



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO COMPARATO, PRIVATO, PROCESSUALE CIVILE E
DELL'IMPRESA
XXXIII CICLO

DIPARTIMENTO DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

TESI DI DOTTORATO DI RICERCA

LA MOBILITÀ TRANSNAZIONALE DEI LAVORATORI:
CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEI PROFILI GIUSLAVORISTICI E DI SICUREZZA SOCIALE

IUS/07

CANDIDATA: GAIA MORRA
N. MATR.: R11859

TUTOR: CHIAR.MO PROF. ARMANDO TURSI

COORDINATORE DEL DOTTORATO: CHIAR.MO PROF. GIUSEPPE LUDOVICO

A.A. 2019-2020

*A Claudio, per la nostra unità.
E a Giulia, adorata complice.*

LA MOBILITÀ TRANSNAZIONALE DEI LAVORATORI

Contributo allo studio dei profili giuslavoristici e di sicurezza sociale

CAPITOLO I

La legge applicabile al rapporto di lavoro con elementi di internazionalità: attualità e prospettive di riforma

1	Il sistema della legge applicabile ai contratti nel d.i.p. eurounitario.....	4
1.1	Breve introduzione alle problematiche di diritto internazionale privato.....	4
1.2	Disciplina pattizia e competenza eurounitaria in materia di d.i.p.: dal metodo della cooperazione intergovernativa al metodo comunitario.....	9
1.3	La comunitarizzazione del diritto internazionale privato convenzionale.....	18
1.4	Il principio dell'autonomia della volontà e i suoi limiti nel sistema generale della Convenzione di Roma e del Regolamento 'Roma I'.....	25
2	Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità nel d.i.p. comunitario.....	37
2.1	I primi (falliti) tentativi di introdurre una disciplina <i>ad hoc</i> sui conflitti di legge e di giurisdizione in materia.....	37
2.2	Il sistema della legge applicabile ai contratti di lavoro con elementi di estraneità nel sistema della Convenzione di Roma e del regolamento Roma I: quale nozione di lavoro subordinato?.....	46
2.3	“Contratto” - “rapporto” di lavoro e “datore di lavoro”: qualche chiarimento.....	60
2.4	I criteri di collegamento in materia di contratto individuale di lavoro nel sistema della Convenzione e del regolamento Roma I.....	65
2.4.1	Primo scenario: l'autonomia della volontà e i suoi limiti.....	71
2.4.2	<i>Segue</i> : Norme non derogabili convenzionalmente vs. norme di applicazione necessaria.....	82
2.4.3	L'art. 9 del regolamento Roma I nella giurisprudenza della Corte di giustizia: la nozione di norme di applicazione necessaria e i suoi plurimi impieghi.....	95
2.4.4	Secondo scenario: i criteri di collegamento sussidiari della <i>lex loci laboris</i> e della sede di assunzione. Le peculiarità del lavoro temporaneo e del lavoro itinerante.....	107
2.4.5	<i>Segue</i> : la clausola di eccezione.....	123
2.4.6	Distacco transnazionale e d.i.p. eurounitario.....	130
3	Considerazioni conclusive.....	142

CAPITOLO II

La mobilità temporanea dei lavoratori nel mercato interno com'era e come è cambiata: la giurisprudenza CE antecedente alla 'direttiva distacchi'

1	Lo sviluppo della mobilità temporanea dei lavoratori come necessario corollario dell'integrazione del mercato dei servizi.....	145
1.1.	Introduzione metodologica.....	145
1.2	La Corte di giustizia “motore immobile” dell'integrazione: la c.d. « <i>quiet revolution</i> » nel mercato dei servizi.....	148
1.3	La prestazione di servizi eurounitaria e i suoi caratteri distintivi.....	154

2	Mercato unico o protezione degli standard di lavoro nazionali?.....	161
2.1	<i>Webb e Seco e Desquenne & Giral.....</i>	162
2.2	<i>Rush Portuguesa (e la sua gemella Vander Elst).....</i>	169
2.3	La tutela del lavoro come ragione imperativa di interesse generale da sottoporre al test di proporzionalità. L'esempio della pronuncia <i>Guiot.....</i>	175
2.4	<i>Arblade e Leloup, Mazzoleni e Finalarte.....</i>	177
3	Considerazioni conclusive.....	183

CAPITOLO III

Il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi: una lettura integrata delle direttive 96/71/CE e 2018/957/UE

1	Uno sguardo al passato: il distacco dei lavoratori e i suoi problemi.....	190
1.1	Premessa.....	190
1.2	Il mutato contesto politico, storico, istituzionale e le sempre più sentite necessità di adeguamento della direttiva del 1996.....	193
1.3	I contenuti essenziali della direttiva 96/71/CE così come emendata dalla direttiva 2018/957/UE.....	200
2	La direttiva 2018/957/UE: grandi speranze?.....	227
2.1	La temporaneità del distacco ed i nuovi indici per accertarla.....	227
2.2	L'applicabilità della direttiva al lavoro peripatetico.....	235
2.3	Dalle tariffe minime salariali al più ampio concetto di retribuzione: <i>equal pay for equal work at the same place?</i>	240
3	Il recepimento in Italia della nuova direttiva: il d.lgs. n. 122/2020 che apporta modifiche al d.lgs. 136/2016.....	253
4	Il nuovo volto della direttiva distacchi: uno sguardo d'insieme.....	255

CAPITOLO IV

Distacco previdenziale e disciplina dei controlli in materia di genuinità dei distacchi: dalla direttiva 2014/67/UE alla *European Labour Authority*

1	Introduzione.....	258
2	Il distacco previdenziale nel quadro della disciplina eurolunitaria del coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.....	260
2.1	Il certificato A1 e la sua vincolatività: il caso <i>Altun.....</i>	270
3	La carente effettività della direttiva 96/71/CE ed i relativi rimedi giuridici.....	273
3.1	La direttiva c.d. " <i>enforcement</i> " 2016/67/UE.....	273
3.2	L'istituzione della <i>European Labour Authority</i> e i suoi (limitati) poteri.....	281
	Conclusioni.....	285
	Bibliografia.....	291

CAPITOLO I

LA LEGGE APPLICABILE AL RAPPORTO DI LAVORO CON ELEMENTI DI INTERNAZIONALITÀ: ATTUALITÀ E PROSPETTIVE DI RIFORMA

1. Il sistema della legge applicabile ai contratti nel d.i.p. eurounitario

1.1. Breve introduzione alle problematiche di diritto internazionale privato

Tradizionalmente, si definiscono di diritto internazionale privato le problematiche giuridiche che trovano origine nella coesistenza di plurimi ordinamenti giuridici, tutti candidati a regolare – in modo difforme e coerente con i propri valori fondamentali – i fatti della vita sociale che presentino elementi di contatto con essi. A fronte della crescente circolazione di uomini e mezzi¹ e della correlata proliferazione di rapporti giuridici che assumono rilevanza non soltanto in un uno, ma in plurimi ordinamenti, è andata sviluppandosi una produzione normativa che, a livello internazionale, comunitario e interno, aspira a regolare i c.d. conflitti di legge².

La fattispecie che presenta punti di contatto con plurimi ordinamenti giuridici che, in ragione di un determinato criterio di collegamento, si candidano a

¹ F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2010, vol. 54, p. 1 ss., in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 2007; G. PERONE, M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero (Voce)*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm., Agg.*, IV ed., UTET, Torino, 2009, p. 384 ss.; M. NAPOLI (a cura di), *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, Vita e pensiero, Milano, 2006; A. LO FARO, *Turisti e vagabondi: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lav. Dir.*, 2005, 3, p. 437 ss.; S. SCARPONI, *Globalizzazione e diritto del lavoro: il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, Milano, 2001.

² Per una trattazione dei principali strumenti pattizi e comunitari di d.i.p., nonché della legge di riforma del d.i.p. italiano, v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, VII ed., Utet, 2017, spec. pp. 1-54; cfr. T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, VIII ed., Cedam, 2016; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2011. Per una ricostruzione più risalente dei principi che governano la materia del d.i.p., v.: G. BARILE, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980; R. MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio (Diritto internazionale privato)*, II ed., Torino, 1964; F. CAPOTORTI, *Premesse e funzioni del diritto internazionale privato*, Napoli, 1961; v. anche C. CAMPIGLIO, *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Int.*, 2011, fasc. 4, p. 1029 ss., spec. p. 1050 ss.

regolarla, suole essere definita “fattispecie con elementi di internazionalità” o di “estraneità” (rispetto a un determinato ordinamento statale)³.

A ben vedere, gli interrogativi di fondo del diritto internazionale privato si ponevano già ai tempi dei giureconsulti⁴ – glossatori e postglossatori – quando la compresenza di un mosaico di ordinamenti e statuti personali ispirati a culture giuridiche profondamente difformi induceva il giurista a interrogarsi sui criteri atti ad individuare quale diritto materiale – per tale intendendosi l’insieme delle fonti del diritto vigenti in un determinato sistema giuridico – fosse più idoneo a offrire la disciplina applicabile ad una determinata fattispecie; ovvero, secondo una diversa prospettiva, a ricercare uno *ius commune* cui conferire preminenza.⁵ Sistemizzato dapprima da Story, nel suo *Commentaries on the Conflict of Laws*⁶, i cui studi furono ulteriormente affinati da Friedrich Carl von Savigny⁷ e dall’italiano Pasquale Stanislao Mancini⁸, il diritto internazionale privato assurge, dal punto di vista scientifico-dogmatico, a branca del diritto autonoma solo nel XX secolo.

³ «Tutti gli accadimenti della vita umana sono suscettibili di verificarsi con una proiezione transnazionale ovvero internazionale – come usualmente si dice nonostante l’ambivalenza di questo termine –, così che l’esigenza di tenere conto delle realtà giuridiche esterne è avvertita in tutti i settori dell’ordinamento giuridico. [...] il diritto privato è il settore rispetto al quale i casi sono più frequenti, l’esigenza è avvertita con maggiore intensità e del tutto caratteristica è la principale fra le tecniche utilizzate per soddisfarla», F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato (voce)*, *Enc. Trec.*, 2012, *cit.* È bene osservare che a rilevare è dapprima una nozione prettamente sociologica di internazionalità, dovendosi in concreto valutare se essa assuma rilevanza giuridica guardata attraverso la lente dell’ordinamento di riferimento, cfr. G. DE NOVA, *Quando un contratto è internazionale?* in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1978, p. 665 ss. e P. MAGNO, *Il lavoro all’estero*, Cedam, Padova, 1990, p. 4-5, nt. 6.

⁴ P. ZICCARDI, *Diritto internazionale (in generale) (voce)*, in *Enc. Dir.*, XII, 1964.

⁵ C. CAMPIGLIO, *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli Statutari ai giorni nostri*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2013, p. 593 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico* (vol. I), Giuffrè, Milano, 2015, p. 78 ss.

⁶ J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 1834. L’espressione richiama le formule “*de collisione statutorum*” e “*de conflictu legum*”, coniate dai giureconsulti e impiegate anche nelle legislazioni municipali del Medioevo, come ricordano F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, *cit.*, p. 4. Oggi, si riferisce espressamente al conflitto di leggi l’art. 81 TFUE, disposizione istitutiva della competenza dell’Unione europea in materia di d.i.p. (v. *infra*).

⁷ F. C. VON SAVIGNY, *System des Heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1840-1849, versione it. V. SCIALOIA (trad. da), *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1886.

⁸ P. S. MANCINI, E. JAYME (a cura di), *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Giappichelli, Torino, 1994, v. in particolare il testo *Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo*, pronunciata da Mancini nell’Università di Torino il 22 gennaio 1851, p. 19 ss.

L'originaria tendenza degli Stati a fare da sé, predisponendo una disciplina materiale direttamente applicabile ad una data fattispecie non totalmente interna, è stata col tempo superata: lo spirito di fondo del diritto internazionale privato presuppone il riconoscimento della pari dignità tra ordinamenti giuridici e mira al contempo alla ricerca dell'uniformità internazionale delle soluzioni⁹.

La riflessione dei giuristi, radunatisi in seno ad organizzazioni internazionali, quali l'UNIDROIT¹⁰ e la Conferenza de l'Aja¹¹, veri e propri laboratori della riflessione internazionalprivatistica, ha favorito la cooperazione internazionale in materia e l'elaborazione di tecniche giuridiche più raffinate.

La più fortunata tra le tecniche volte a garantire il coordinamento tra gli ordinamenti giuridici è quella della predisposizione di norme volte non già a dettare direttamente la regola di diritto da applicare alla fattispecie, ma ad indirizzare il giudice nella scelta del diritto applicabile alla fattispecie stessa. Tale operazione avviene grazie alla valorizzazione di uno o più criteri di collegamento, a loro volta idonei a richiamare un determinato sistema giuridico. Si tratta di una tipica norma di conflitto, ossia di una disposizione volta a risolvere il problema della disponibilità di plurimi ordinamenti a regolare giuridicamente un determinato fatto, orientando il giudice nella scelta dell'ordinamento che con quel fatto presenta un collegamento più stretto.

Successivamente, la materia ha conosciuto una nuova stagione: la ricerca del valore giuridico dell'uniformità internazionale delle soluzioni si è perseguita all'interno di un più ambizioso progetto di cooperazione tra Stati, quello comunitario. L'adesione di un numero sempre crescente di Stati europei

⁹ L'utilità della stipulazione di trattati di diritto internazionale privato era fortemente sostenuta da Mancini. Egli riteneva che soltanto la pattuizione di norme convenzionali avrebbe potuto garantire l'armonia internazionale delle soluzioni, ossia che la medesima situazione giuridica fosse valutata con criteri uniformi indipendentemente dalla localizzazione geografica del giudice chiamato a decidere su essa, v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., p. 14.

¹⁰ M. R. SAULLE, *Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 58 ss. V. anche F. GALGANO, F. MARRELLA, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, cit., p. 56 ss.

¹¹ M.J. BONELL, *Unificazione internazionale del diritto (voce)*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 720 ss.

all'organizzazione, che ha assunto ben presto i caratteri di un vero e proprio ordinamento giuridico, oggi eurounitario¹², ha certamente arricchito il sistema delle fonti del diritto internazionale privato. In effetti, il criterio di competenza attua una coesistenza tra regolamenti comunitari direttamente applicabili e fonti domestiche di d.i.p.. Queste ultime, pur vantando il circoscritto ambito applicativo del proprio ordinamento di appartenenza, tendono sempre più alla soluzione uniforme dei conflitti di leggi.

Gli scenari appena descritti permettono di accennare, senza alcuna pretesa di esaustività, alla fisionomia del diritto internazionale privato di oggi: una disciplina caratterizzata non solo dalla moltiplicazione e stratificazione delle fonti, ma dalla loro dinamica interazione¹³. Da una parte, infatti, le legislazioni nazionali in tema di diritto internazionale privato riformate¹⁴ hanno dato luogo alla c.d. nazionalizzazione di alcune convenzioni internazionali, sancendone l'applicazione universale (si pensi agli artt. 2, 42, 57 e 59 della L. 218/1995); dall'altra, la pluralità di strumenti pattizi convenuti dagli Stati e i numerosi regolamenti comunitari¹⁵ interagiscono dinamicamente in ragione dell'articolata fenomenologia assunta dalle relazioni esterne dell'Unione europea. Nell'ambito della competenza esterna¹⁶, infatti, l'Unione europea ha da un lato aderito alla

¹² Per il dibattito sulla natura giuridica dell'Ue, v. P. FOIS, *L'Unione europea è ancora un'organizzazione internazionale?* in *Riv. Dir. Int.*, 2016, p. 371 ss.; A. VON BOGDANDY, *European Law beyond "ever closer union": repositioning the concept, its thrust and the ECJ's comparative methodology*, in *ELJ*, 2016, p. 519 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2018, pp.48-55.

¹³ Per approfondimenti, v.: R. BARATTA, *Note sull'evoluzione del diritto internazionale privato in chiave europea*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2015, p. 721 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato (voce)*, cit.; R. LUZZATTO, *Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 613 ss.; M.J. BONELL, *Unificazione internazionale del diritto (voce)*, cit., p. 720 ss.

¹⁴ Tra gli anni Sessanta e Ottanta sono state riformate le legislazioni di diritto internazionale privato di un numero significativo di Stati europei, tra i quali Spagna, Portogallo, Repubblica Democratica Tedesca, Austria ecc. e di altrettanti Stati extraeuropei, come ricorda E. VITTA, *In tema di riforma del diritto internazionale privato*, in *FI*, Vol. 109, No. 1, 1986, p. 6.

¹⁵ F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Laws Revolution?"*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2000, p. 873 ss.

¹⁶ J. VON HEIN, J. KUIPERS, *European Union and Private International Law*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (ed.), *Encyclopedia of Private International Law*, Elgar Publishing, 2017, pp. 693-695; F. SALERNO, *Note introduttive*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, in *NLCC*, 2009, 3-4, p. 524.

Conferenza dell'Aja di d.i.p.¹⁷, assumendo la qualità di parte contraente in luogo degli Stati membri nelle aree disciplinari di competenza esclusiva.¹⁸ Dall'altro, per il tramite della Corte di Giustizia, l'Ue attua un costante monitoraggio sull'attività di negoziazione degli Stati, autorizzandoli ad aderire o a ratificare strumenti convenzionali di d.i.p., anche nell'interesse dell'Unione, allorché i trattati abbiano ad oggetto materie di competenza concorrente o del c.d. terzo tipo¹⁹.

A ciò si aggiunga il parallelo fenomeno della c.d. comunitarizzazione degli strumenti convenzionali di d.i.p. adottati in seno alla Comunità, di guisa da garantire il primato²⁰ di siffatta disciplina e la conseguente disapplicazione del diritto interno con essa incompatibile.

Dalla complessità di tali vicende deriva una certezza: la progressiva erosione del d.i.p. dei singoli Stati membri e il carattere residuale assunto dal sistema di d.i.p. recentemente riformato nel nostro ordinamento, rappresentato dalla L. n. 218/1995.

Nelle pagine che seguono si tenterà di ricostruire la disciplina euro-unitaria di d.i.p., con particolare riguardo alla scelta della legge applicabile al rapporto di lavoro con elementi di estraneità. L'inquadramento giuridico dell'istituto sarà accompagnato dall'esame dell'interpretazione giurisprudenziale

¹⁷ Ciò ha richiesto dapprima un'apposita modifica statutaria attuata dall'organizzazione internazionale per rendere possibile l'adesione dell'Unione (2005), ed in un secondo momento una decisione del Consiglio (2006/719/CE).

¹⁸ Nel Parere C. giust., 7 febbraio 2006, n. 1/03 si è affermata la competenza dell'Ue ad aderire come soggetto di diritto internazionale pubblico a convenzioni internazionali, nell'osservanza del c.d. principio del parallelismo tra le competenze interne ed esterne. Per quanto concerne il regime applicabile a trattati bilaterali o multilaterali cui gli Stati membri hanno aderito prima di entrare nell'Unione o ancora prima che questa ampliasse le proprie competenze in settori cui i menzionati trattati afferiscono, v. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 225-236.

¹⁹ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 449-456.

²⁰ Per un inquadramento generale del principio del primato del diritto dell'Ue e una puntuale storia della sua affermazione, nonché delle resistenze della Corte Costituzionale italiana, v. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 313-332; v. anche D.U. GALETTA, *European Union Law in the Jurisprudence of Italian High Courts: Is the Counter-Limits Doctrine a Dog that Barks but Does not Bite?*, in *Eur. Pub. Law*, 2015, p. 747 ss.; G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 195 ss.

delle disposizioni, per poter meglio attingere ai temi di frontiera del diritto internazionale privato di derivazione euro-unitaria.

Il terreno dei rapporti di lavoro transnazionali, come si vedrà, presta il fianco a innumerevoli difficoltà applicative, indotte dai più recenti sviluppi della globalizzazione dei mercati, della divisione internazionale del lavoro²¹, della digitalizzazione dei rapporti giuridici²². Simili fenomeni evidenziano inedite lacune nella disciplina menzionata, inducendo l'interprete particolarmente attento alla vocazione garantistica del diritto del lavoro a riflettere sull'attualità della disciplina euro-unitaria del diritto applicabile al rapporto di lavoro internazionale e sull'opportunità di riformarla²³.

1.2. *Disciplina pattizia e competenza eurounitaria in materia di d.i.p.: dal metodo della cooperazione intergovernativa al metodo comunitario*

“La nozione di mercato comune [...] mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile a un vero e proprio mercato interno”²⁴.

²¹ V. BRINO, *Diritti dei lavoratori e catene globali del valore: un formante giurisprudenziale in via di definizione?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2020, fasc. 3, n. 167, p. 451 ss. W. SANGUINETI RAYMOND, *El Empleador Plural: Articulación Jurídica y Responsabilidades*, in *Milan Law Review*, 2020, 1, p. 22 ss.; V. BRINO, *Lavoro dignitoso e catene globali del valore: uno scenario (ancora) in via di costruzione*, in *Law. Dir.*, 2019, 3, p. 553 ss.; W. SANGUINETI RAYMOND, *Las Cadenas Mundiales de Producción y la Construcción de un Derecho del Trabajo sin Fronteras*, in ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Inmigración y Seguridad Social, 2019, p. 23 ss.; G. CHARNOK, G. STAROSTA, *The New International Division of Labour*, Palgrave MacMillan, 2016; B. CARUSO, *Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro?* in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, 2001, p. 207 ss.

²² M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, fasc. 4, p. 1041 ss.

²³ N. NORD, *La Nécessaire Refonte Du Système de Conflit de Lois en Matière de Contrat de Travail International*, in *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 2016, 2, p. 309 ss.

²⁴ C. giust., 5 maggio 1982, C-15/81, *Gaston Schul Douane-expéditeur BV c. Ispettorato dei dazi doganali e delle imposte di consumo di Roosendaal*, pt. 33 della motivazione.

Se con queste parole la Corte di Giustizia descriveva le finalità della creazione di un mercato comune, ben presto le istituzioni comunitarie avrebbero realizzato che “entro l’Unione non si potrà parlare di un autentico mercato interno, che prevede la libera circolazione delle merci, delle persone, dei beni e dei capitali, finché non esisterà uno spazio comune di giustizia al cui interno ogni cittadino possa far valere i propri diritti in un altro Stato membro non meno che in quello in cui risiede”²⁵.

L’opportunità di elaborare un diritto internazionale privato comunitario²⁶ è andata dunque delineandosi in coincidenza con la progressiva integrazione delle economie degli Stati membri e la realizzazione del mercato interno²⁷, fenomeni che, nella loro graduale evoluzione, hanno contribuito alla moltiplicazione di rapporti giuridici inter-privati di carattere transnazionale²⁸.

Il nocciolo duro di tale sistema di diritto internazionale privato era inizialmente rappresentato da tre Convenzioni: la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (entrata internazionalmente in vigore dal 1 febbraio 1973); la “gemella” Convenzione di Lugano del 1988

²⁵ COM (2002) 654 def., 14 gennaio, 2003, *Libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*. V. anche l’attuale formulazione dell’art. 26 TFUE (già art. 14 TCE) che associa la piena attuazione delle libertà fondamentali alla compiuta realizzazione del mercato interno.

²⁶ J. VON HEIN, J. KUIPERS, *European Union and Private International Law*, cit., p. 687 ss.

²⁷ “Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del presente trattato” (art. 14, par. 2 TCE), cfr. M. EGAN, *Constructing a European Market*, Oxford University Press, 2001. Riguardo all’originaria impostazione ordo-liberale del progetto comunitario v.: C. BARNARD, *Fifty Years of Avoiding Social Dumping? The EU’s Economic and Not So Economic Constitution*, in M. DOUGAN, S. CURRIE (a cura di), *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, 2009, p. 311 ss.; M. GILBERT, *Storia politica dell’integrazione europea*, Laterza, 2007; F. CARINCI, *Piano piano, dolce Carlotta: cronaca di un’Europa “in cammino”*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del Lavoro. Commentario*, Vol. IX, Utet, 2007, p. 1 ss.; S. GIUBBONI, *Da Roma a Nižna. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell’Unione Europea*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, n. 27, p. 9 ss.; C. JOERGES, *What is left of the European Economic Constitution?*, in *EUI Working Papers*, 2004, n. 3, reperibile online al sito: <http://diana-n.iue.it:8080/bitstream/handle/1814/2828/law04-13.pdf?sequence=1>.

²⁸ Sulla creazione del mercato unico, con particolare riguardo al mercato dei servizi e gli effetti della c.d. *quiet revolution* attuata dalla Corte di Giustizia sulla normativa giuslavoristica dello stato ospite, v. la ricostruzione di F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell’Unione europea*, Il Mulino, 2008 e *infra*, cap. II.

riguardante la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale nell'ambito dei rapporti tra alcuni Stati della Comunità europea e gli Stati dell'EFTA; la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale (entrata in vigore il 17 dicembre 2009). In un secondo momento, come noto, si è attuato un processo di c.d. comunitarizzazione, a seguito del quale due dei menzionati strumenti pattizi sono stati trasfusi, con qualche modifica, rispettivamente nei regolamenti comunitari nn. 44/2001 c.d. Bruxelles I (e successivamente nel regolamento n. 1215/2012, c.d. Bruxelles I-bis) e 593/2008 c.d. Roma I²⁹.

Tali complessi rivolgimenti non vanno trattati *en passant*, in quanto è metodologicamente opportuno fare dapprima chiarezza circa la natura giuridica dei 'progenitori' e la loro collocazione nell'evoluzione del processo di integrazione europea. Alla luce di tali elementi, sarà più semplice indagare le ragioni giuridiche della trasformazione in atti regolamentari, valutare l'opportunità di tale scelta e conoscerne più agevolmente le implicazioni sul sistema delle fonti di d.i.p.. Seguirà un'indagine dei rispettivi contenuti, con particolare riguardo alla materia lavoristica.

Fatta luce sul percorso metodologico scelto, si può incominciare la riflessione notando che entrambi gli atti convenzionali vennero stipulati da una pluralità di Stati tutti aderenti alla Comunità europea. Nonostante tale apparente analogia, le menzionate Convenzioni affondano le radici in diversi presupposti normativi.

²⁹ Su cui, in generale v. F. SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Cedam, Padova, 2000; F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA., *Recasting Brussels I*, Padova, Cedam, 2012; M. MCPARLAND, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, 2015; R. PLENDER, M. WILDERSPIN, *The European Private International Law of Obligations*, Sweet & Maxwell, 2014; N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009; F. FERRARI, S. LEIBLE (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009; U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 1997; G. SACERDOTI, M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, Giuffrè, 1993.

La questione del rapporto tra l'ordinamento comunitario e questi strumenti pattizi ha appassionato la dottrina internazionalprivatistica che, indagandone la natura³⁰, ha puntualizzato come la Convenzione di Roma, nonostante l'apparente affinità con il più risalente trattato di Bruxelles, presentasse un collegamento meno immediato con l'ordinamento comunitario. In effetti, la Convenzione di Bruxelles presentava un ancoraggio chiaro nei Trattati: l'art. 220 del Trattato CEE espressamente contemplava che gli Stati membri avviassero negoziati e stipulassero accordi per garantire, tra l'altro "la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali"³¹, formula espressamente richiamata dall'art. 2 del Preambolo della Convenzione, a testimonianza del carattere derivato di tale strumento pattizio³².

Diversamente, alla disciplina convenzionale in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali la dottrina attribuiva un carattere «comunitario attenuato»³³, negando che la Convenzione trovasse il proprio fondamento giuridico nell'art. 220 CEE o in altre disposizioni dei Trattati allora vigenti³⁴. La Convenzione presentava comunque un carattere comunitario in senso lato: a tale strumento pattizio, pur se formalmente autonomo e distinto, si riconosceva la capacità di assolvere ad «una relazione funzionale con obiettivi

³⁰ N. BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato) (voce)*, in *Enc. Dir. Agg.*, Giuffrè, 2016, pp. 925-926.

³¹ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., pp. 60-63 e pp. 373-381; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 17 ss.; G. BIAGIONI (a cura di), *Il principio dell'armonia delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo*, Giappichelli, Torino, 2015; F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA., *Recasting Brussels I*, cit.; R. LUZZATTO, *Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, cit., p. 613 ss.; P. BERTOLI, *La disciplina della giurisdizione civile nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2002, p. 625; F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Laws Revolution?"*, cit., p. 873 ss.; ID., *Cooperazione giudiziaria internazionale (in materia civile) (voce)*, in *Enc. Trecc.*, IX, Roma, 1997, I; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato (voce)*, cit.

³² P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della CE*, in *Lav. Dir.*, 2008, 1, pp. 99-100.

³³ G. SACERDOTI, *Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma*, in G. SACERDOTI, M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, cit., cit. p. 2.

³⁴ A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (diretto da), *Commentario di Diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. VII, Torino, Utet, 2010, p. 825.

strettamente comunitari, quali la realizzazione del mercato interno, il suo buon funzionamento, il ravvicinamento delle legislazioni e la creazione di uno spazio giuridico comune»³⁵.

L'assenza di una disposizione nei Trattati allora vigenti nella quale rinvenire una base giuridica per la sua adozione attribuisce alla Convenzione di Roma una natura diversa dalla Convenzione di Bruxelles, ossia quella di trattato stipulato dagli Stati membri aderenti alla Comunità in una materia genericamente rientrante nei Trattati o ad essi attinenti³⁶. Un punto di vista, questo, condiviso in un secondo tempo dalla Corte di giustizia delle Comunità, che ebbe modo di individuare una corrispondenza 'spirituale' tra la Convenzione di Roma e la più risalente Convenzione di Bruxelles, in quanto nel suo Preambolo la prima esprimeva l'intento di "continuare, nel campo del diritto internazionale privato, l'opera di unificazione giuridica già intrapresa nella Comunità in particolare in materia di competenza giurisdizionale e di esecuzione delle sentenze"³⁷.

Tale diverso atteggiarsi delle Convenzioni rispetto all'architettura delle competenze delle Comunità, per come a quei tempi si caratterizzavano, non è stata priva di conseguenze.

La più importante di esse è certamente rappresentata dalla preclusione per la Corte di giustizia delle Comunità di pronunciarsi sull'interpretazione delle norme della Convenzione di Roma non appena questa è entrata in vigore, con la conseguente inibizione di un meccanismo di rinvio pregiudiziale a carattere diffuso esperibile innanzi agli organi giurisdizionali degli Stati membri.

A quei tempi la Corte di giustizia poteva infatti essere chiamata a svolgere funzioni aggiuntive rispetto a quelle attribuitele dal sistema delle fonti direttamente discendente dai trattati, allorquando queste fossero previste da

³⁵ N. BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato) (voce)*, cit., p. 925. Similmente, G. SACERDOTI, *Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma*, cit., parla di «diritto comunitario attenuato», p. 2.

³⁶ N. BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato) (voce)*, cit., p. 924-925.

³⁷ C. giust., 6 ottobre 2009, causa C-133/08, *ICF*, pt. 22; C. giust., 15 marzo 2011, causa C-29/10, *Koelzsch*, pt. 33.

convenzioni particolari concluse tra gli Stati membri, talvolta estese ad altri Stati³⁸.

Proprio in ragione della carenza di un preciso legame con i Trattati istitutivi, la Corte di giustizia non fu dunque chiamata *ab origine* ad assolvere la propria funzione di controllo giurisdizionale. Si tentò di colmare la lacuna con la stipulazione di due Protocolli datati 19 dicembre 1988 che attribuivano alla Corte competenza pregiudiziale con riguardo alle norme della Convenzione. I Protocolli, ratificati dall'Italia con L. 7 gennaio 1994, n. 92, sono entrati in vigore soltanto nel 2004³⁹.

Eppure, va osservato che, nonostante la diversità di genesi e la diversa intensità del controllo giurisdizionale, la Convenzione di Bruxelles e la Convenzione di Roma si inseriscono in una medesima fase del processo di integrazione. A ben vedere, a dispetto del più intenso legame con i Trattati vantato dalla Convenzione di Bruxelles rispetto alla successiva Convenzione di Roma, si trattava pur sempre di strumenti elaborati al di fuori delle istituzioni comunitarie, accomunati dalla preminenza del metodo c.d. della cooperazione intergovernativa a discapito dell'applicazione del metodo c.d. comunitario.

Come noto, l'innovatività del metodo comunitario ha rappresentato, unitamente alle favorevoli contingenze storico-politiche, il motore del successo dell'integrazione⁴⁰. Il metodo comunitario è caratterizzato dalla prevalenza di organi di individui, che non rappresentano gli Stati di provenienza, ma esprimono

³⁸ La questione è ben inquadrata da P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 19-21.

³⁹ N. BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato) (voce)*, cit., p. 925; J. VON HEIN, J. KUIPERS, *European Union and Private International Law*, cit., p. 690; A. TIZZANO, *I protocolli relativi all'interpretazione della convenzione di Roma sulla legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali*, in *FI*, 1990, IV, vol. 113, p. 538 ss.; A. LYON CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, n. 20, p. 10; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 824 e p. 826-827; P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della CE*, cit., p. 99, nt. 7.

⁴⁰ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 2-15; cfr. J. ZILLER, *Metodo comunitario e metodo intergovernativo a confronto, nell'intrecciamento fra diritto europeo e diritto nazionale*, in P. BILANCIA (a cura di), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione europea e Mercosur*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 187 ss.

invece posizione avvalendosi di competenze tecniche e/o del proprio bagaglio politico-ideologico e accorda centralità al principio maggioritario e alla vincolatività delle decisioni così assunte.

La storia dell'ordinamento comunitario, caratterizzata dal progressivo attribuirsi alla competenza delle Comunità, poi dell'Unione, di un numero sempre più ampio di materie per dare vita ad una produzione normativa all'insegna dell'integrazione delle economie degli Stati membri, è stata particolarmente incisiva nei risultati raggiunti in ragione dell'osservanza del menzionato metodo. Esso non è tuttavia privo di criticità: comporta infatti la soccombenza delle posizioni minoritarie espresse in seno ad organi politici e l'applicazione vincolante delle decisioni assunte a maggioranza qualificata anche agli Stati dissenzienti. Per evidenti motivi esso non ha conosciuto un'evoluzione sempre lineare e attraversa da decenni una vera e propria crisi.

Per contrastare la stasi che l'applicazione del metodo comunitario ha spesso volte cagionato nell'ambito dei processi decisionali, sono state introdotte, dapprima in via di prassi⁴¹, più tardi in vere e proprie disposizioni dei Trattati, in special modo nel Trattato di Lisbona, nuove procedure, da un lato improntate a superare il blocco decisionale che una rigida applicazione del metodo comunitario comporta; dall'altro a preservare la posizione degli Stati messi in minoranza. Al riguardo, si parla di «riemersione della dimensione

⁴¹ A titolo di esempio, per far fronte alle forti resistenze incontrate nell'assunzione di particolari decisioni, sono state adottate la risoluzione di Lussemburgo del 28 gennaio 1966 e quella di Ioannina del 29 marzo 1994, passate alla storia rispettivamente come "Compromesso di Lussemburgo" e "Compromesso di Ioannina". Entrambe ispirate alla ponderazione delle decisioni, le risoluzioni recavano l'impegno degli Stati membri a proseguire per un lasso di tempo ragionevole la discussione su un determinato tema in sede di Consiglio, senza passare subito al voto a maggioranza, allorquando un determinato Stato membro sollevasse importanti motivi di interesse nazionale. Lo scopo di tale soluzione compromissoria era chiaro: giungere ad una soluzione unanime della questione, in qualche modo attribuendo un potere interdittivo allo Stato dissenziente, senza tuttavia rinnegare del tutto il metodo comunitario. Si noti che simili tecniche decisionali hanno ispirato la formulazione dell'art. 31, par. 2 TUE in materia di decisioni nell'ambito del settore della Politica Estera e di Sicurezza Comune (PESC), disposizione introdotta dal Trattato di Lisbona. Per approfondimenti, v. A. CANNONE, *Cooperazioni rafforzate (dir. Ue)*, in *Enc. Trecc.*, 2014; P. FOIS, *Applicazione differenziata e flessibilità nel diritto dell'Unione europea*, in *St. Integr. Eu.*, 2011, p. 25 ss.

intergovernativa»⁴², tendenza volta ad aggirare la stasi provocata dalla rigida applicazione del metodo comunitario costruendo una geometria variabile nell'Unione europea, dando vita a forme di integrazione differenziata tra i soli Stati disponibili a realizzarla, senza penalizzare gli Stati dissenzienti.

A dimostrazione delle descritte oscillazioni, pur acconsentendo all'ampliamento delle competenze materiali⁴³, attuato per il tramite dell'Atto Unico europeo (1986) e del Tratto di Maastricht (1992), con il conseguente assoggettamento di nuovi settori all'applicazione del metodo comunitario, gli Stati membri non accettarono di procedere nel modo descritto con riguardo ad alcune materie. Si scelse di prediligere anche altre forme di collaborazione caratterizzate da minore incidenza sulla sovranità statale, seguendo l'esempio della Convenzione di Bruxelles del 1968 e replicandone lo schema in altri ambiti.

Per effetto di tali tendenze evolutive, il sistema di d.i.p. o, più ampiamente, il sistema di coordinamento tra ordinamenti giuridici della Comunità, si sostanziava nelle plurime convenzioni stipulate negli anni Sessanta-Ottanta, tra le quali erano annoverate non soltanto la Convenzione di Bruxelles, la Convenzione di Lugano e, accanto ad esse, la Convenzione di Roma, ma anche altre convenzioni particolari⁴⁴. Si trattava, a titolo di esempio, delle convenzioni sull'uso dell'informatica nel settore doganale, della convenzione sull'istituzione dell'Europol e di altri atti convenzionali a carattere settoriale che, pur non vantando un ancoraggio nell'art. 220 TCEE, in ragione della coincidenza dei soggetti aderenti con gli Stati membri della Comunità e di un collegamento più o meno intenso con la Comunità, potevano essere ricondotti, per obiettivi e funzioni, al progetto di integrazione⁴⁵.

⁴² L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 21.

⁴³ F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 23 ss.

⁴⁴ A. TIZZANO, *I protocolli relativi all'interpretazione della convenzione di Roma sulla legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali*, in *FI*, 1990, IV, vol. 113, p. 539.

⁴⁵ P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, cit., p. 20-21; G. BIAGIONI, *Il principio dell'armonia delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 73 ss.

Questo apparato convenzionale, in qualche modo disgiunto dal cuore delle competenze delle Comunità, assunse ben presto l'etichetta di cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, o più semplicemente cooperazione giudiziaria in materia civile⁴⁶, affiancato dalla cooperazione giudiziaria in materia penale e dalla cooperazione di polizia.

Le menzionate forme di collaborazione tra Stati membri, in ragione dei caratteri che le contraddistinsero, si spiegano ricorrendo alla nozione di "cooperazione intergovernativa". Trattasi di quella forma di cooperazione ispirata alle forme di negoziazione tipica del diritto internazionale, nell'ambito della quale la propensione all'assunzione di obblighi internazionali è accompagnata dall'indiscussa sovranità degli Stati. Tale metodo si distingue per tre caratteri fondamentali: la costituzione di organi di Stati, l'adozione del metodo decisionale dell'unanimità o del consenso – con la conseguente conservazione di un diritto di veto in capo ai singoli Stati – e il minimo ricorso ad atti vincolanti. Dunque, il metodo della cooperazione intergovernativa valorizza il ruolo delle raccomandazioni e fa salva l'unanimità delle decisioni⁴⁷. Come si intuisce, lo sviluppo del diritto internazionale privato comunitario non avrebbe potuto conoscere la rapida evoluzione che lo ha caratterizzato, né tantomeno distinguersi da altre forme di coordinamento tra ordinamenti giuridici già sperimentate a livello internazionale, se questo metodo non fosse stato abbandonato per sposare un diverso *modus operandi*⁴⁸.

Riflettendo sui caratteri del d.i.p. europeo delle origini, si può concludere attribuendo alla materia, nella sua prima fase evolutiva, una natura «binaria» e

⁴⁶ N. BOSCHIERO, *Cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale (diritto comunitario) (voce)*, in *Enc. Dir. Agg.*, Giuffrè, 2016, p. 344 ss.; O. REMIEN, *European Private International Law, the European Community, and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice*, in *CMLR*, 38, 2001, p. 53 ss.

⁴⁷ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 2; F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 22 ss.

⁴⁸ F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Laws Revolution?"*, cit., p. 873 ss.

«settoriale»⁴⁹. La natura binaria può evincersi dalla già menzionata convivenza tra norme derivate dall'esercizio della sovranità statale degli Stati membri (norme domestiche di d.i.p.) e la contemporanea propensione degli Stati alla collaborazione internazionale e alla stipulazione di accordi internazionali, bilaterali e multilaterali nella materia del d.i.p.; natura settoriale che può dedursi dalla limitazione del processo di armonizzazione giuridica a precisi ambiti settoriali, tra i quali quello delle obbligazioni civili e commerciali.

1.3. La comunitarizzazione del diritto internazionale privato convenzionale

Nel tempo, complice la crescente consapevolezza della necessità di un apparato normativo il più possibile accessibile e chiaro, tale da assicurare il completamento del mercato interno, la competenza nell'ambito del coordinamento tra le legislazioni degli Stati membri ha assunto una più precisa fisionomia, con il conseguente avvio del fenomeno di c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato fino ad allora elaborato.

Le forme di cooperazione settoriale tra Stati membri nell'ambito delle materie della cooperazione in materia civile, della cooperazione giudiziaria in materia penale, della cooperazione di polizia, e delle sensibili questioni attinenti a visti, diritto d'asilo e immigrazione, tutte accomunate dalla prevalenza del metodo intergovernativo, vennero in un primo tempo soltanto formalmente riconosciute e “nominate” dal Trattato di Maastricht. Con questo trattato di revisione si istituisce l'Unione europea e la relativa architettura c.d. “a pilastri”, collocando i menzionati ambiti settoriali nel c.d. terzo pilastro di un ideale tempio greco.

⁴⁹ O. FERACI, *Diritto internazionale privato e processuale dell'Unione europea (voce)*, in *Enc. Trecc.*, 2018, *cit.*; F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una “European Conflict of Laws Revolution?”*, *cit.*, p. 873 ss.

Nello specifico, le materie interessate dai primi passi del d.i.p., ricondotte ad un macro-contenitore settoriale denominato Giustizia e Affari Interni⁵⁰, vennero a costituire la struttura di un immaginario terzo pilastro, caratterizzato dall'applicazione del metodo c.d. intergovernativo.

Ad accomunare il primo pilastro, quello comunitario, il secondo pilastro, dedicato alla politica estera e di sicurezza comune (PESC) ed il terzo pilastro (GAI), erano comuni istituzioni⁵¹ ed un comune apparato di disposizioni costitutive la "base" del tempio, quali le disposizioni in materia di revisione dei Trattati. Eppure, i pilastri si caratterizzavano per una difformità delle tecniche decisionali, dal momento che il secondo e il terzo mancavano di applicare il metodo comunitario, valorizzando piuttosto forme di cooperazione intergovernativa che meglio preservavano le rispettive sovranità statali.

L'immagine, frequentemente utilizzata, della fuga dal terzo pilastro di alcune materie e della migrazione delle stesse nel c.d. primo pilastro, con la conseguente applicazione del metodo comunitario, designa la nuova collocazione delle materie di nostro interesse nel sistema delle competenze comunitarie. Tali cambiamenti, attuati con il Trattato di Amsterdam, hanno inciso principalmente

⁵⁰ R. BARATTA, *Art. 65*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 452 ss.; J. BASEDOW, *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *CMLR*, 2000, p. 687 ss.; G. BIAGIONI, *Il principio dell'armonia delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 73 ss.; A. BONOMI (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009; N. BOSCHIERO, P. BERTOLI (a cura di), *Verso un "ordine comunitario" del processo civile. Pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, Napoli, 2008; N. BOSCHIERO, *Cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale (diritto comunitario)* (voce), cit., p. 344 ss.; O. REMIEN, *European Private International Law, the European Community, and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice*, cit., p. 53 ss.

⁵¹ In realtà non è il Trattato di Maastricht a formalizzare l'unificazione delle istituzioni e delle regole di funzionamento istituzionali della CECA, della CE e della CEEA/Euratom. *Ab origine*, in effetti, ciascuna delle tre Comunità vantava proprie istituzioni esecutive e proprie regole di funzionamento, così come disciplinate nei rispettivi trattati. La necessità di semplificazione delle strutture venne da subito percepita con riguardo a due istituzioni, l'Assemblea Parlamentare e la Corte di giustizia, che per effetto della *Convenzione su alcune istituzioni comuni delle Comunità europee*, conclusa contestualmente al Trattato di Roma, nacquero fin da subito come istituzioni comuni. In un primo tempo, tuttavia, ciascuna istituzione vantava poteri aventi la diversa configurazione prevista dal Trattato di riferimento in ragione del rispettivo ambito di applicazione materiale. Solo nel 1965 venne adottato un *Trattato che istituisce un Consiglio e una Commissione unici delle Comunità europee*, per effetto del quale avvenne una *reductio ad unum* delle istituzioni esecutive. Il Trattato di Maastricht prenderà atto di questi processi per formalizzare la struttura a pilastri che riflette le residue differenziazioni tra i diversi ambiti di intervento e le rispettive diversità di metodi e procedure decisionali.

sulle procedure ed i metodi decisionali adottati e possono riassumersi adottando la locuzione di “comunitarizzazione”.

L’immagine del tempio greco e della struttura a pilastri, certamente evocativa, non spiega le ragioni di fondo di questa evoluzione, né tanto meno la fuga delle materie di nostro interesse dal terzo al primo pilastro. Conviene allora meglio chiarirne le ragioni.

Con la collocazione delle materie della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale, della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, nonché delle materie dell’immigrazione, dei visti e del diritto d’asilo nel terzo pilastro, nulla cambiava. In questi ambiti, infatti, continuava a manifestarsi un ridimensionato ruolo della Commissione e del Parlamento europeo ed una applicazione del principio dell’unanimità in sede di Consiglio che non lasciava spazio a prevaricazioni di alcuni Stati su altri.

A mutare la prospettiva sul tema è la crescente consapevolezza che il macro-contenitore settoriale Giustizia e Affari Interni si pone in rapporto di strumentalità rispetto alle quattro libertà, in particolare alla libertà di circolazione delle persone.

In effetti, appariva difficile immaginare il raggiungimento della piena effettività della libertà di circolazione dei cittadini Ue in mancanza di una corrispondente agilità del riconoscimento in tutti gli Stati di status personali e decisioni giurisdizionali in materia civile e commerciale. Parallelamente, appariva difficile raggiungere un simile risultato senza un’efficace sistema di risoluzione dei conflitti di leggi in presenza di fattispecie transnazionali⁵². Le regole sino ad allora elaborate, pur avendo dispiegato discreta funzionalità, avevano mostrato più di un difetto: la pressoché nulla propensione al coordinamento tra le plurime convenzioni settoriali stipulate; l’incerta collocazione nel sistema delle fonti comunitarie, essendo le convenzioni non

⁵² Il perseguimento di tali obiettivi sarebbe stato formalizzato nell’ambito del *Piano d’azione del Consiglio e della Commissione per l’attuazione del Programma dell’Aja sul rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell’Unione europea*, n. C 198 del 12 agosto 2005.

pienamente integrate nell'ordinamento comunitario, eppure da esso dipendenti in termini di collegamento funzionale⁵³.

È dunque chiara la *ratio* della comunitarizzazione: porre fine al sistema delle convenzioni settoriali e alla loro incerta collocazione sistematica⁵⁴ e proseguire l'opera di coordinamento tra le legislazioni degli Stati membri adottando un più snello metodo decisionale, il tutto al fine di garantire effettività alla libertà di circolazione delle persone, creando una vera e propria rete giudiziaria europea⁵⁵.

La base giuridica per “comunitarizzare” questo ambito materiale, come detto già sviluppatosi parallelamente e al di fuori dalle Comunità, e poi “riconosciuto” dal Trattato di Maastricht come terzo pilastro della comunità, si identificava nell'art. 65 del Trattato istitutivo della Comunità europea che, per effetto delle modifiche introdotte dalla revisione di Amsterdam, attribuiva alla Comunità la competenza ad adottare misure volte a “garantire il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali e la loro esecuzione” nonché la “compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge e di giurisdizione”. La norma espressamente si riferiva a tali competenze adottando la terminologia già in voga di “cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale”, assoggettando la materia alle procedure decisionali tipiche dell'integrazione.

Dovrebbero ormai essere chiari gli effetti di tale revisione: dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, la materia del diritto internazionale privato è assoggettata al metodo comunitario e dunque, in concreto, all'applicazione della

⁵³ G. BIAGIONI, *Il principio dell'armonia delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo*, cit., p. 73-95; N. BOSCHIERO, *Cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale (diritto comunitario) (voce)*, cit., p. 346.

⁵⁴ A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 825; R. BARATTA, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Tomo II, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Vol. XXVI, Torino, 2006, p. 1906.

⁵⁵ Per approfondimenti, v. COM (2003) 654 def., 14 gennaio, 2003, *Libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*.

procedura allora c.d. di codecisione – quella che è oggi la procedura legislativa ordinaria – nell’ambito della quale il potere di iniziativa è della Commissione, il Parlamento ed il Consiglio sono co-decisorio in posizione equi-ordinata e le decisioni in sede esecutiva sono assunte con il metodo della maggioranza qualificata⁵⁶.

Se la norma parlava genericamente dell’adozione di “misure”, esse hanno assunto in tutti i casi la natura giuridica di regolamenti comunitari. In effetti, le caratteristiche dei regolamenti ben si prestavano (e ben si prestano ancora oggi) a promuovere l’unificazione giuridica europea in materia di diritto internazionale privato. Gli atti in questione, fin dal processo di comunitarizzazione della materia, si sono configurati come strumento privilegiato nella materia del d.i.p.⁵⁷. Sono direttamente e generalmente applicabili e integralmente obbligatori, dunque sottratti al discrezionale recepimento degli Stati, che porterebbe con sé il rischio di una ricezione imprecisa o differenziata nei diversi ordinamenti o, peggio, di un’applicazione selettiva; a far tempo dal momento in cui il legislatore comunitario ne sancisce l’efficacia dispiegano effetti giuridici, scavalcando il laborioso meccanismo dell’*exequatur* e della subordinazione dell’entrata in vigore dell’atto ad un determinato numero di ratifiche degli Stati aderenti⁵⁸,

⁵⁶ L. DANIELE, *Diritto dell’Unione europea*, cit., p. 119 ss.

⁵⁷ Non tutta la dottrina condivise questa scelta, a tal punto che un consistente gruppo di professori universitari francesi rivolse una lettera aperta al Presidente della Repubblica d’oltralpe per contestare pubblicamente il progetto di trasformazione della Convenzione di Roma in regolamento comunitario. La polemica affondava le radici nel c.d. deficit democratico che affliggeva la Comunità, secondo gli internazionalprivatisti francesi particolarmente evidente con riguardo all’allora procedura di codecisione. V. *L’union Européenne, la démocratie et l’Etat de droit: lettre ouverte au président de la République*, in *La semaine juridique*, 2007, n. 50, *Actualités*, p. 2313. V. al riguardo T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, in *Riv. Dir. Int.*, 2009, fasc. 1, p. 40 ss. e N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, «disposizioni imperative del diritto comunitario» e «leggi di polizia» nella proposta di regolamento “Roma I”*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*. *Atti del Convegno tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007*, in *Quaderni della Fondazione Italiana di Notariato*, 2007 n. 4, disponibili al sito <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=09/0905&mn=3>, p. 7.

⁵⁸ E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 388.

criticità che avevano contraddistinto la stagione delle convenzioni settoriali stipulate in precedenza⁵⁹.

Ai passaggi finora descritti vanno aggiunte due precisazioni: la prima riguarda la base giuridica per l'adozione di misure di d.i.p. comunitario (art. 65 TUE) che, a seguito delle revisioni apportate all'architettura istituzionale e della razionalizzazione delle disposizioni dei Trattati realizzate con il Trattato di Lisbona, è trasmigrata nel TFUE, ed oggi si colloca all'art. 81⁶⁰. Il Trattato di Lisbona ha ulteriormente proseguito il percorso di comunitarizzazione dando vita al titolo V della parte III del TFUE, dedicato ad uno *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*⁶¹: sancita la fine della struttura a pilastri, con la successione formale dell'Unione europea alla Comunità, il TFUE dispone l'applicazione del metodo comunitario a tutte le materie una volta appartenenti al GAI, incluse la cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione di polizia, rimaste assoggettate ai metodi decisionali tipici della cooperazione intergovernativa anche dopo la revisione di Amsterdam.

La seconda precisazione riguarda una ulteriore, fondamentale, innovazione: dal momento dell'assoggettamento della materia della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale alla disciplina del primo

⁵⁹ Rinnovato l'assetto delle competenze comunitarie in materia di d.i.p., la gran parte dei regolamenti vennero inizialmente adottati nella materia del diritto processuale civile internazionale, ed in particolare alle delicate questioni dell'insolvenza, della notificazione, della cooperazione rafforzata fra autorità giudiziarie per l'assunzione di prove in materia civile ecc. (v., per l'elenco completo dei regolamenti, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, cit., pp. 25-26). In un secondo momento la Comunità/Unione ha assunto anche provvedimenti nella materia più classica del diritto internazionale privato, introducendo regolamenti in materia di conflitti di leggi in specie nel diritto di famiglia e nel diritto successorio. In tali ambiti si sono attuate forme di cooperazione rafforzata e di geometria variabile, disponendo in sede di Consiglio un'applicazione "selettiva" degli strumenti ai soli Stati volenterosi. Ciò a testimonianza ulteriore della commistione tra i metodi decisionali andata accentuandosi a seguito dell'ampliamento progressivo della *membership* dell'Unione europea e del parallelo ampliamento delle competenze materiali dell'organizzazione.

⁶⁰ J. VON HEIN, J. KUIPERS, *European Union and Private International Law*, cit., p. 691.

⁶¹ O. REMIEN, *European Private International Law, the European Community, and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice*, cit., p. 53 ss.; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 826-827.

pilastro, la Corte di giustizia⁶² è stata messa in condizioni di pronunciarsi in via pregiudiziale sull'applicazione dei regolamenti adottati nella materia dei conflitti di giurisdizione e di leggi, garantendone l'uniforme applicazione.

Alla luce di questi elementi è possibile meglio comprendere i caratteri del mosaico delle fonti di d.i.p. cui si accennava in apertura: all'ampliamento delle competenze dell'Unione per la promozione dell'unificazione giuridica ed il coordinamento tra i sistemi giuridici degli Stati aderenti all'ordinamento eurounitario corrisponde un parallelo fenomeno di compressione della rilevanza applicativa delle fonti domestiche nella materia⁶³; la Corte di Giustizia dell'Unione, promuovendo un'interpretazione uniforme degli strumenti di d.i.p., funge da motore propulsore dell'uniformità internazionale delle soluzioni; si registra la generalizzata tendenza a promuovere una applicazione universale degli strumenti comunitari di d.i.p., tanto convenzionali che regolamentari, cui gli Stati membri rinviano indipendentemente dalla sussistenza di un collegamento della fattispecie concreta con lo spazio giuridico europeo.

È possibile allora esaminare il contenuto dei progenitori di natura convenzionale e dei corrispondenti atti regolamentari per indagare come i metodi di coordinamento tra ordinamenti giuridici messi a punto in sede comunitaria sono declinati con particolare riguardo al rapporto di lavoro.

Ciò tenendo presente che, nel tempo, il regolamento Bruxelles I, dimostratosi particolarmente sensibile agli effetti dell'allargamento della

⁶² Inizialmente il rinvio pregiudiziale non era accessibile secondo il modello diffuso dell'attribuzione della legittimazione a proporlo in capo a tutti gli organi giurisdizionali degli Stati membri, ma si caratterizzava come modello accentrato e verticistico nell'ambito del quale la legittimazione a proporre una questione pregiudiziale era attribuita in via esclusiva alle giurisdizioni di ultima istanza degli Stati membri. L'istituzione di un modello diffuso si deve al Trattato di Lisbona. Su questa e altre questioni, v. R. BARATTA, *Note sull'evoluzione del diritto internazionale privato in chiave europea*, cit., 2015, p. 721 ss.; T. HORSLEY, *Reflections on the Role of the Court of Justice as the "Motor" of European Integration: Legal Limits to Judicial Lawmaking*, in CMLR, 2013, 50, 4, p. 931 ss.; R. LUZZATTO, *Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, cit., p. 613 ss.; G. BARILE, *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento tra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; M.J. BONELL, *Unificazione internazionale del diritto (voce)*, cit., p. 720 ss.

⁶³ L. FORLATI PICCHIO, *Limiti posti dalla Convenzione di Roma alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, *Riv. Dir. Int.*, 1992, p. 269 ss.

membership dell'Unione e alle risultanze sempre nuove della prassi applicativa, complice l'interpretazione c.d. autonoma della Corte di giustizia, ha richiesto sempre nuovi adeguamenti al punto da imporre un'attività di revisione complessiva dello strumento, culminata nell'adozione del nuovo regolamento n. 1215/2012, c.d. Bruxelles I bis⁶⁴. Tanto gli strumenti pattizi quanto gli atti derivati di natura regolamentare tendono alla realizzazione di un'analogia tra i titoli di giurisdizione ed i criteri di collegamento utilizzati per la determinazione della legge applicabile, ispirandosi alla coincidenza tra *forum* e *ius*⁶⁵.

1.4 *Il principio dell'autonomia della volontà e i suoi limiti nel sistema generale della Convenzione di Roma e del Regolamento 'Roma I'*

Addentrandoci nella disciplina dei conflitti di legge applicabili alle obbligazioni civili e commerciali in ambito europeo, viene da chiedersi se l'introduzione del regolamento Roma I debba considerarsi un'innovazione importante soltanto con riguardo alla natura giuridica dell'atto e alle connesse implicazioni nel sistema delle fonti, ovvero se tra l'atto progenitore ed il regolamento corrano differenze più profonde, idonee a dispiegare altri effetti innovativi anche dal punto di vista sostanziale nell'ambito del sistema dei conflitti di legge in materia civile e commerciale⁶⁶.

A ben vedere, la Convenzione di Roma aveva assunto la struttura ed il contenuto tipici dei trattati internazionali in materia di d.i.p.⁶⁷: influenzata dalla dottrina classica, manifesta una chiara predilezione per norme di conflitto dalla

⁶⁴ U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels I bis Regulation. Commentary*, in *European Commentaries on Private International Law*, Otto Schmidt, 2016.

⁶⁵ Cfr. Considerando n. 6 del Regolamento Roma I; M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1043; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, p. 388.

⁶⁶ F. SALERNO, *Note introduttive*, cit., pp. 524-527; H. HEISS, *Party autonomy*, in F. FERRARI, S. LEIBLE (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, cit., p. 1 ss.; F. MARONGIU BONAIUTI, *Conseguenze della trasformazione della convenzione di Roma in regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato*, in P. FRANZINA, *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I. Atti della giornata di studi. Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, p. 141 ss.

⁶⁷ T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, cit., pp. 43-45.

struttura bilaterale, capaci di valorizzare parimenti tanto l'applicazione del diritto di uno Stato membro quanto del diritto contrattuale di uno Stato terzo⁶⁸.

Il regolamento conserva questa impostazione solo in parte, risentendo evidentemente del mutato contesto normativo: raggiunta la piena integrazione del mercato interno, si impone l'esigenza di preservare il c.d. *acquis communautaire*, anche sacrificando la struttura c.d. bilaterale delle norme di conflitto e predisponendo soluzioni *ad hoc* per le fattispecie infracomunitarie. Il carattere universale del regolamento non viene dunque rinnegato, ma al contempo vengono introdotti correttivi importanti per scongiurare fenomeni di frode al diritto comunitario e di maggiore valorizzazione del collegamento della fattispecie con lo spazio giuridico europeo (art. 3, parr. 3, e 4).

Al contempo, come testimonia il *Libro verde* sulla trasformazione della Convenzione in strumento comunitario⁶⁹, la riflessione sulla riforma dello strumento pattizio del 1980 ha permesso di realizzare che la prevedibilità del diritto applicabile alla controversia, valore al quale era necessario garantire piena efficacia nel mutato contesto del mercato interno, risultava poco compatibile con l'ampio ruolo attribuito al criterio del c.d. collegamento più stretto, fulcro della Convenzione⁷⁰. Per questi motivi, la *ratio* ricercata dal regolamento è quella di garantire questa prevedibilità accostando alla volontà delle parti l'individuazione predefinita del diritto applicabile in mancanza di scelta, indicando per le tipologie

⁶⁸ Il c.d. bilateralismo, per tale intendendosi la concezione per la quale il d.i.p. assolverebbe una duplice funzione, quella di delimitare l'ambito di applicazione del diritto interno e al contempo quella di richiamare, in determinate circostanze, il diritto straniero, presuppone l'eguaglianza tra diritto statale e diritto straniero. Tale ricostruzione si deve a Mancini, cfr. P. S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, trad. a cura di E. JAYME, Giappichelli, Torino, 1994. Al riguardo, la dottrina successiva avrebbe parlato di bilateralismo perfetto U. VITTA, *Il principio dell'eguaglianza tra « lex fori » e diritto straniero*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964, p. 1578 ss.; ID., *In tema di riforma del diritto internazionale privato*, cit., p. 19.

⁶⁹ COM (2002) 654 def., 14 gennaio, 2003, *Libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*.

⁷⁰ La perdita di centralità del criterio del collegamento più stretto è manifestata dal suo declassamento a regola speciale (art. 4, par. 3) operante in deroga ai criteri di collegamento predeterminati con riguardo ai contratti tipici, ovvero come criterio sussidiario cui si ricorre nel caso di impossibilità di individuare la prestazione caratteristica del contratto (art. 4, par. 4). Leggi anche i considerando nn. 16 e 20. Cfr. F. SALERNO, *Note introduttive*, cit., p. 526.

contrattuali elencate criteri di conflitto imperniati sulla prestazione caratteristica del contratto (art. 4 del regolamento).

A dispetto delle considerate differenze, in qualche modo riconducibili a una diversa impostazione ideologica degli atti, l'impianto generale della Convenzione è rimasto sostanzialmente immutato, trasmigrando nel regolamento⁷¹. Ciò a partire dal campo di applicazione, determinato all'art. 1 di entrambi gli atti, applicati "in circostanze che comportino un conflitto di leggi, alle obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale"⁷².

Quanto all'impostazione dei criteri di collegamento nel sistema della Convenzione e del regolamento, conviene innanzitutto notare che lo sviluppo del diritto internazionale privato dell'Unione è stato caratterizzato dalla crescente valorizzazione dell'autonomia della volontà⁷³, che assurge a criterio di collegamento principale nella quasi totalità degli strumenti di diritto internazionale privato comunitario uniforme⁷⁴. Similmente, la valorizzazione

⁷¹ In verità, l'atto convenzionale e quello regolamentare differiscono per ulteriori profili: primo tra tutti quello del rapporto con altre convenzioni e regolamenti di d.i.p. comunitario. Il regolamento manifesta una maggiore attenzione al coordinamento con questi strumenti rispetto alla Convenzione, mirando ad evitare la dispersione delle norme di d.i.p. in molteplici strumenti di conflitto non coordinati tra loro. L'accresciuto piglio ordinatorio della Comunità si evince anche dall'attenzione dedicata dal regolamento alle esplicite esclusioni dal campo di applicazione del regolamento, talvolta volte a chiarire dubbi interpretativi sorti con riguardo all'applicazione della Convenzione, talaltra mirate a preservare l'applicazione di altri strumenti contenenti regole di conflitto uniformi ovvero perché è intenzione del legislatore procedere in un prossimo futuro all'armonizzazione comunitaria di tali materie.

⁷² Con l'esclusione delle "materie fiscali, doganali o amministrative". Il regolamento contribuisce da un lato ad affinare disposizioni già presenti nel testo della Convenzione, anche recependo le indicazioni della Corte di giustizia (anche se le pronunce riguardano la Convenzione di Bruxelles); dall'altro, valorizza con una disciplina *ad hoc* alcuni istituti che in ambito convenzionale non vantavano una disciplina di conflitto loro espressamente dedicata. È il caso della vendita di beni, della prestazione di servizi, del *franchising*, della distribuzione commerciale, la cui disciplina di conflitto è stata introdotta *ex novo* nel regolamento. A un'importante riforma è stata sottoposta la disciplina del contratto di trasporto, F. SALERNO, *Note introduttive*, cit., p. 526.

⁷³ O. FERACI, *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *Riv. Dir. Int.*, 2013, fasc. 2, p. 424.

⁷⁴ Parte della dottrina ha ritenuto che la libertà delle parti di scelta del diritto applicabile alla fattispecie con elementi di estraneità si possa qualificare come principio generale del diritto internazionale, v. A. GARDELLA, *Art. 3. Libertà di scelta*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, in *NLCC*, 2009, 3-4, p. 611. Per ulteriori approfondimenti, cfr. O. FERACI, *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione europea*, cit., p. 424 ss.

dell'autonomia contrattuale è riscontrabile anche nelle normative nazionali, nonché nelle norme internazionali di matrice non comunitaria⁷⁵, riguardando sovente non soltanto la determinazione della legge applicabile al contratto, ma anche la deroga/proroga della giurisdizione⁷⁶.

Sia l'art. 3 della Convenzione di Roma che l'art. 3 del regolamento Roma I pongono dunque regole ispirate alla valorizzazione dell'autonomia delle parti, pur non rinunciando ad apporvi dei limiti⁷⁷. In materia di autonomia contrattuale, le disposizioni dell'atto progenitore e dell'atto derivato, oltre a riportare la medesima numerazione, assumono un contenuto pressoché analogo⁷⁸.

In apertura, l'art. 3, par. 1, del regolamento enuncia che la scelta della legge designata potrà essere “espressa” o tacita, ossia “risultare chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso”⁷⁹. Nel sistema del regolamento, così come del resto nella precedente Convenzione, dunque, l'*optio legis* potrà ricadere sull'applicazione di qualsiasi legge, purché statale. Tale legge, in ragione del carattere universale assunto prima dalla Convenzione, poi dal regolamento, potrebbe anche essere quella di uno Stato che alla Convenzione

⁷⁵ All'esame delle quali è dedicato un interessante *excursus* nella *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I, cit., sub. art. 3.

⁷⁶ Per un approfondimento del laborioso percorso dottrinale che ha portato all'affermazione della legittimità della scelta dei privati circa la legge applicabile ai rapporti contrattuali, già a partire dalla riflessione di Bartolo di Sassoferrato, cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., p. 196.

⁷⁷ T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 263 ss.; R. CLERICI, *Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I?* in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano, 2009 p. 615 ss.; A. GARDELLA, *Art. 3. Libertà di scelta*, cit., p. 611 ss.

⁷⁸ Nonostante gli auspici della dottrina, che aveva prospettato una profonda revisione dell'impostazione convenzionale quanto alle plurime sfaccettature dell'*optio legis*. Le indicazioni, recepite nella prima bozza del regolamento, sono poi state disattese, cfr. F. MARRELLA, *Prime note critiche circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento Roma I*, in P. FRANZINA, *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I. Atti della giornata di studi. Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, p. 28 ss.; cfr. A. GARDELLA, *Art. 3. Libertà di scelta*, cit., p. 612; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., p. 385.

⁷⁹ Per la precisione, mentre l'art. 3, regolamento Roma I chiarisce che la scelta di legge deve essere espressa o risultare “chiaramente” dalle disposizioni del contratto o “dalle circostanze del caso”, l'art. 3 della Convenzione stabiliva invece che la scelta doveva risultare “in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze”.

non ha aderito e che dello *Spazio di libertà, sicurezza e giustizia* non fa parte (“la legge designata dalla presente convenzione si applica anche se è la legge di uno Stato non contraente”, art. 2 Convenzione); (“la legge designata dal presente regolamento si applica anche ove non sia quella di uno Stato membro”, art. 2 regolamento)⁸⁰.

Si è dunque confermata anche nel regolamento la scelta operata dalla Convenzione di non attribuire alle parti la facoltà di richiamare un diritto di fonte non statale, con ciò disattendendo le indicazioni della dottrina maggioritaria e della prima bozza di regolamento, il cui testo accordava maggiore importanza a norme di diritto sostanziale dei contratti riconosciuti a livello internazionale (tra i quali i *Principi Unidroit sui contratti internazionali*, e i *Principles of European Contract Law*) nonché a norme sviluppatesi in via di prassi ed ampiamente diffuse nelle pratiche commerciali (c.d. *lex mercatoria*)⁸¹. A questi strumenti è invece attribuito, dal considerando n. 13 del regolamento, un ruolo di mera integrazione del contratto, potendo le parti richiamare tali standard per integrare i contenuti contrattuali, ma nell’osservanza dei limiti a tale richiamo apposti dalla *lex contractus*.

⁸⁰ Più compiutamente, il carattere universale di entrambi gli strumenti comporta l’indifferenza verso la circostanza che la fattispecie che implica un conflitto di leggi sia interna allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell’Unione o al contrario presenti elementi di contatto con uno Stato terzo. L’operatività delle norme di conflitto proposte è la medesima e, com’è ovvio, il carattere universale della Convenzione e del regolamento restano impregiudicati anche in mancanza di scelta. I criteri di collegamento sussidiari predisposti dal regolamento ben potrebbero infatti designare l’applicazione del diritto contrattuale di uno Stato terzo. V. al riguardo P. FRANZINA, *Art. 2. Carattere universale*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, in NLCC, 2009, 3-4, p. 606 ss., ove l’A. segnala che il «regime, affrancato da qualsiasi condizione di reciprocità, si conferma in tal modo indifferente alle caratteristiche di ordine personale e territoriale della situazione da regolare», *cit.*, p. 606.

⁸¹ A. GARDELLA, *Art. 3. Libertà di scelta*, *cit.*, p. 612 e più diffusamente pp. 619-620. La difficoltà di addivenire ad una soluzione più dinamica e aperta alla valorizzazione di standard in materia contrattuale elaborati in seno ai più disparati organismi e standard contrattuali andati affermandosi in via di prassi è sostanzialmente ascrivibile alla necessità di scongiurare situazioni di “contratto senza legge”, ossia una fattispecie contrattuale priva di qualsivoglia collegamento chiaro con un ordinamento statale. Il tema è ben spiegato da G. CARELLA, *La scelta della legge applicabile da parte dei contraenti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*. *Atti del Convegno tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007*, in *Quaderni della Fondazione Italiana di Notariato*, 2007 n. 4, disponibili al sito <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=09/0905&mn=3>.

La libertà riconosciuta alle parti rimane, nonostante quest'ultima limitazione, comunque particolarmente ampia. A conferma di ciò va considerata la possibilità di designare l'applicazione della legge straniera sia a tutto il contratto che soltanto ad una parte di esso (*dépeçage*)⁸²; non solo: le parti conservano la propria libertà di scelta nel tempo, potendo decidere, in un momento successivo, di sottoporre il contratto ad una legge diversa da quella che lo regolava in precedenza (art. 3, par. 2)⁸³. Insomma, la volontà delle parti risulta massimamente preservata.

Se ci si chiede come questa valorizzazione della volontà possa conciliarsi con una scelta non espressa della legge applicabile al contratto, è sufficiente

⁸² “In caso di frazionamento la scelta deve essere coerente, deve cioè riguardare quegli elementi del contratto che possono essere disciplinati da leggi diverse senza dar luogo a risultati contraddittori”, *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I, cit., sub. art. 3*. Il tema del frazionamento della disciplina applicabile al contratto è da sempre un tema caldo in ambito di d.i.p.. La tesi prevalente, confortata da una attenta lettura della Relazione Giuliano e Lagarde nella parte qui riportata, tende a circoscrivere l'operatività del *dépeçage* a quei casi in cui sia possibile individuare specifici istituti la cui disciplina sia dotata di una spiccata autonomia rispetto al restante contenuto del contratto: l'esempio più calzante è quello della clausola penale, che potrà ben essere assoggettata ad una legge diversa da quella che disciplina il resto del contratto. A conferma delle difficoltà pratiche che incontra il *dépeçage*, si segnala che la Convenzione di Roma prevedeva la possibilità di un *dépeçage* giudiziale rimesso al prudente apprezzamento del giudice, operante in casi in cui, in mancanza di *optio legis*, ricorrendo ai criteri di collegamento sussidiari si evincesse che una parte del contratto fosse “separabile dal resto” ed al contempo presentasse “un collegamento più stretto con un altro Paese”. L'istituto risulta non trasposto nel regolamento Roma I. Quanto al frazionamento volontario della fattispecie, gli studiosi hanno registrato pochissimi casi di effettivo utilizzo del *dépeçage* per volontà delle parti, come nota F. MARRELLA, *Prime note critiche circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento Roma I*, in P. FRANZINA, *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I. Atti della giornata di studi. Rovigo, 31 marzo 2006*, cit., p. 33. Lo studio dell'istituto ha tuttavia una sua indubbia rilevanza pratica, in quanto un *dépeçage* trova comunque applicazione: o si realizza in dipendenza della coesistenza tra un *pactum de lege utenda* (anche se investe tutto il contratto) e disposizioni cui non è possibile derogare convenzionalmente appartenenti ad uno Stato diverso da quello indicato in virtù dell'*optio legis*; oppure, si ha nel caso in cui siano le stesse norme di conflitto a selezionare diversi aspetti determinando, con riferimento a quell'aspetto del contratto, specifici criteri di collegamento. Ciò può avvenire, ad esempio, in tema di forma del contratto; capacità delle parti ecc. Si tratta in entrambi i casi di *dépeçage* c.d. legale. Al riguardo, v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., p. 226. Per approfondire il *dépeçage*, v. A. GARDELLA, *Art. 3. Libertà di scelta*, cit., p. 616-618. Per ulteriori considerazioni in materia di frazionamento del contratto di lavoro, v. *infra*, par. 2.4.2

⁸³ Potrebbe accadere che le parti esercitino la volontà di mutare la legge che governa il contratto *in limine litis* o secondo alcuni, addirittura anche nel corso del processo fino al momento preclusivo rappresentato, nel nostro ordinamento, dall'udienza di trattazione (art. 183, c.p.c.), cfr. R. BARATTA, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., p. 1911.

osservare che questa «non va confusa con la scelta ipotetica o presunta»⁸⁴ ed è per questo che la Convenzione ed il regolamento impongono all'interprete di appurare la tacita volontà con ragionevole certezza. Sulle concrete modalità con le quali questa ragionevole certezza possa essere appurata si è sviluppata una riflessione dottrinale di ampio respiro su cui non è il caso divagare⁸⁵. A parere di chi scrive, tuttavia, merita segnalare almeno un indice importante, dato dal considerando n. 12 del regolamento Roma I, che indica, tra i fattori di cui tenere conto per determinare se l'*optio legis* risulti in modo chiaro il ricorso ad una eventuale clausola di designazione del foro competente, cosicché ancora una volta la coincidenza tra *ius* e *forum* appare programmaticamente favorita⁸⁶.

A un'attenta riflessione risulta che, al di là della disciplina di dettaglio, l'impiego della volontà delle parti quale criterio di collegamento di d.i.p. pone all'attenzione dell'osservatore un primo nodo problematico. Si tratta della necessità di coordinare il potere delle parti di un negozio giuridico di selezionare il diritto applicabile allo stesso e alla sua fase esecutiva, con la circostanza che in ogni ordinamento l'autonomia contrattuale è soggetta a diversi limiti, tanto in generale, quanto con riguardo allo specifico tipo negoziale considerato.

A ben vedere, un conto è la volontà esercitata dalle parti per la determinazione del contenuto del contratto ed i c.d. limiti legali posti all'esercizio di tale autonomia, un conto è la scelta della legge internazionalmente applicabile al contratto e del giudice chiamato a pronunciarsi in caso di controversia. Si tratta di profili distinti eppure reciprocamente connessi: è infatti ovvio che la

⁸⁴ P. FRANZINA, *La scelta tacita della legge applicabile al contratto secondo il regolamento Roma I*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2016), Vol. 8, reperibile al sito www.e-revistas.uc3m.es, cit. p. 223.

⁸⁵ Per tutti, v. P. FRANZINA, *La scelta tacita della legge applicabile al contratto secondo il regolamento Roma I*, cit. Per quanto concerne applicazioni del principio al contratto di lavoro con elementi di internazionalità, cfr. le seguenti pronunce: Tribunal Superior de Justicia Madrid, 13 febbraio 2006, nonché Pret. Roma, 6 aprile 1998, in *FI*, 1999, p. 53 ss.; v. anche Cour de Cassation, 28 ottobre 1997, n. 94-42340 e più recentemente Cass. 25 novembre 2010, n. 23933.

⁸⁶ A. GARDELLA, *Art. 3. Libertà di scelta*, cit., pp. 626-627. Peraltro, la disposizione del menzionato considerando funge da ulteriore indice della maggiore attenzione regolativa riservata alle fattispecie intracomunitarie, in quanto la rilevanza della clausola attributiva di competenza giurisdizionale ai fini dell'individuazione dello *ius* applicabile è limitata alle sole ipotesi in cui il foro competente sia individuato in uno Stato comunitario.

volontà delle parti di assoggettare il contratto al diritto dell'uno o dell'altro ordinamento si orienterà anche prestando attenzione al margine di manovra lasciato nell'ambito di questi sistemi giuridici all'autonomia contrattuale e alla pervasività delle norme inderogabili in essi vigenti, nonché al loro contenuto precettivo⁸⁷.

La questione, che potrebbe dirsi afferire alla generale tendenza al c.d. *system shopping*, è nota agli studiosi di d.i.p., i quali, distinguendo il concetto giuridico classico di autonomia privata in senso sostanziale dall'autonomia in ambito internazionalprivatistico⁸⁸, e riflettendo sulle possibili implicazioni ulteriori dell'esercizio della volontà, hanno suggerito al legislatore possibili meccanismi di risposta in grado di preservare, o viceversa comprimere, la libertà di scelta dei contraenti. Si è infatti discusso circa l'opportunità o meno che le parti possano effettivamente sottrarre la fattispecie totalmente interna ad un determinato ordinamento all'applicazione della legge vigente nei confini territoriali di riferimento per assoggettarla al diritto straniero, pur in assenza di un concreto elemento di collegamento. A ciò si aggiunga che la possibilità di sottrarre determinate vicende contrattuali alle norme inderogabili vigenti nell'ordinamento di riferimento può rappresentare un'elusione non tollerabile allorquando l'asimmetria contrattuale e la presenza di una parte debole possa denotare la non genuinità di simili pattuizioni⁸⁹.

Il dibattito al riguardo costituisce a ben vedere la cartina di tornasole di un più ampio problema di carattere teorico, ossia quando una fattispecie si possa o meno qualificare internazionale, vanti o meno caratteri di estraneità. In passato è stata prospettata dalla dottrina la tesi dell'impossibilità di attribuire rilevanza

⁸⁷ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., p. 198-199.

⁸⁸ A. GARDELLA, *Art. 3. Libertà di scelta*, cit., p. 613-615. Per approfondire, si vedano i riferimenti bibliografici *ivi* richiamati.

⁸⁹ G. BIAGIONI, *Art. 3. Libertà di scelta*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, in NLCC, 2009, 3-4, p. 629.

internazionalprivatistica⁹⁰ alla fattispecie che non vanti altro elemento di estraneità ad un determinato ordinamento se non la volontà delle parti di assoggettarne la regolazione al diritto straniero. Simile opinione appare poco coerente con la sempre maggiore apertura degli ordinamenti moderni a consentire l'accesso nel proprio spazio giuridico al diritto straniero, al quale si tende ormai ad attribuire pari dignità e autorevolezza del diritto interno. L'opinione menzionata è poi ormai superata, per lo meno in ambito europeo, proprio dagli strumenti di cui si discute. Infatti, nel sistema della Convenzione e del regolamento è ben possibile che la fattispecie acquisti carattere internazionalprivatistico in ragione della sola e unica circostanza che le parti vogliano assoggettarla al diritto straniero, dal momento che l'*optio legis* delle parti non è condizionata dall'esistenza di un collegamento tra il contratto e l'ordinamento richiamato⁹¹.

Nel solco di questo dibattito, nel sistema di d.i.p. comunitario in materia di obbligazioni contrattuali si cerca di realizzare un equilibrio tra l'esigenza di valorizzazione della libertà di scelta delle parti nella selezione del diritto applicabile nell'ambito del commercio transnazionale, attribuendo ai contraenti persino la libertà, in ragione del carattere universale della Convenzione e del regolamento, di optare per l'applicazione del diritto contrattuale di uno Stato extracomunitario; e l'esigenza di ripristinare uno '*status quo*' ispirato al principio di prossimità con riguardo alle c.d. fattispecie totalmente interne ad un determinato Stato⁹².

⁹⁰ G. PERONE, M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero (Voce)*, cit., p. 396; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, n. 20, p. 29 ss., qui p. 47.

⁹¹ G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 5; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., pp. 30-31.

⁹² Del resto, nello stesso regolamento si afferma 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", aggiunge il considerando n. 16 del regolamento, "disporre di un margine di valutazione che gli consenta di stabilire quale sia la legge che presenta il collegamento più stretto con la situazione".

Nel regolamento è dunque introdotta l'inedita disciplina del par. 3 dell'art. 3⁹³, per la quale “qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in un Paese diverso da quello la cui legge è stata scelta, la scelta effettuata dalle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni alle quali la legge di tale diverso Paese non permette di derogare convenzionalmente”. Per interpretare la disposizione è utile rievocare le pocanzi ricordate categorie dell'autonomia contrattuale e dell'autonomia internazionalprivatistica. L'effetto pratico conseguito è, a ben guardare, quello di garantire la piena esplicazione dell'autonomia internazionalprivatistica, ossia la libertà delle parti di individuare la *lex contractus*, prediligendo il sistema giuridico che più si confà alla fattispecie da regolare. Contestualmente, viene ridimensionata l'autonomia contrattuale: la disposizione impone infatti l'applicazione non soltanto delle norme inderogabili vigenti nell'ordinamento della *lex contractus*, che per forza di cose dovranno trovare applicazione, ma anche di un'altra categoria di norme, ossia delle norme non derogabili convenzionalmente⁹⁴ nel Paese ove tutti gli elementi della fattispecie, diversi dall'*optio legis*, risultano ubicati⁹⁵. Com'è facile intuire, spesso le norme in questione saranno appartenenti alla c.d. *lex loci actus*, ossia alla legge del luogo ove il contratto è concluso, proprio a voler valorizzare il collegamento con tale localizzazione, pur non privando le parti della facoltà dell'*optio legis*.

È stato osservato che tecnicamente il meccanismo dell'art. 3, par. 3 non agisce sul piano del conflitto di leggi, la cui operatività rimane la medesima⁹⁶. L'affermazione è condivisibile, perché l'applicazione delle norme cui non è

⁹³ Il testo della Convenzione recitava: “La scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico Paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale Paese non consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate «disposizioni imperative»”, cfr. A. LYON CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., pp. 21-25. Il tema del caos interpretativo generato dal duplice impiego della nozione di norme imperative sia negli artt. 3 e 6 che nell'art. 7 della Convenzione di Roma verrà direttamente declinato con riguardo alle fattispecie lavoristiche *infra*, 2.4.2

⁹⁴ La nozione di norma inderogabile sarà oggetto di ulteriore riflessione *infra*, par. 2.4.2

⁹⁵ G. BIAGIONI, *Art. 3. Libertà di scelta*, cit., p. 630.

⁹⁶ *Ibidem*.

possibile derogare convenzionalmente vigenti nel Paese con il quale la fattispecie presenta un collegamento prevalente opera piuttosto *ex post*, incidendo sul rapporto contrattuale e dunque sul contratto, per tale intendendosi la sua dimensione esecutiva⁹⁷.

La *ratio* della norma appare chiara: il contrasto a situazioni di frode alla legge rispetto a fattispecie totalmente interne⁹⁸. Ed è interessante notare che simile rimedio è accordato anche nel caso in cui l'elusione delle norme inderogabili sia perpetrata in danno all'applicazione della legge di uno Stato non comunitario, perché la disposizione non assume carattere unilaterale.

Come già accennato, la formulazione del regolamento si discosta dal precedente convenzionale, rimediando alla confusione terminologica generata dall'impiego della formula "norme imperative", ricorrendo alla più neutra nozione di "norme non derogabili convenzionalmente". La nozione era stata infatti utilizzata per denotare indifferentemente tanto le norme inderogabili di cui si discute, quanto le norme inderogabili da applicare ricorrendo ai criteri sussidiari nel caso di *optio legis* nel contratto di lavoro, quanto le norme di applicazione necessaria di cui all'art. 7, di cui si dirà più avanti. La discussione verrà ulteriormente approfondita con riguardo alla materia lavoristica: per quanto infatti la nuova formulazione degli artt. 3, par. 3 e 4, 8, par. 1 e 9 rimedi alle storture precedenti, non pochi dubbi circondano ancora il significato della nozione di norme imperative e norme di applicazione necessaria e gli effetti delle due categorie, che rappresentano un tipico esempio di *dépeçage* legale.

Come si è già detto, l'equilibrio tra la libertà di scelta delle parti e la valorizzazione del collegamento prevalente appare nel regolamento sbilanciato a favore del secondo elemento, in particolare nel caso in cui la fattispecie abbia natura intracomunitaria. Tale aspetto è certamente innovativo e manifesta

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., p. 388.

ulteriormente la particolare propensione del regolamento allo sviluppo di una dimensione ordinatoria attenta alle peculiarità regolative del mercato interno.

Questa opzione normativa assume la veste giuridica del nuovo par. 4 dell'art. 3 di Roma I, dedicato alle limitazioni alla designazione della legge applicabile con particolare riguardo all'ipotesi in cui la fattispecie presenti un preponderante collegamento con uno o più Stati comunitari.

In particolare, “qualora tutti gli altri elementi pertinenti alla situazione siano ubicati, nel momento in cui si opera la scelta, in uno o più Stati membri, la scelta di una legge applicabile diversa da quella di uno Stato membro ad opera delle parti fa salva l'applicazione delle disposizioni di diritto comunitario, se del caso, come applicate nello Stato membro del foro, alle quali non è permesso derogare convenzionalmente”. L'introduzione di questa nuova regola, i cui antecedenti sono rinvenibili nel regolamento Roma II ma anche in direttive comunitarie in tema di tutela dei consumatori, trova giustificazione nella costruzione di uno spazio giuridico integrato ispirato alla condivisione di valori uniformi. L'elusione di tali valori giuridici non è considerata tollerabile allorché tutti gli elementi del contratto, ad eccezione della scelta di legge, siano riconducibili ad uno o più Stati membri⁹⁹.

Se le norme del diritto comunitario non derogabili convenzionalmente potrebbero essere identificate tanto con prescrizioni direttamente rinvenibili nei Trattati, quanto con direttive comunitarie, tanto nella materia del diritto dei consumatori che nell'ambito del diritto del lavoro¹⁰⁰, non sembra che questa disposizione abbia avuto un impiego così largo in questi ambiti, il che rappresenta ad avviso di chi scrive un elemento interessante.

Sarà dunque opportuno addentrarci nell'esame della disciplina attinente al contratto di lavoro. Sorgono infatti parecchi interrogativi già sin d'ora, semplicemente esaminando la disciplina generalmente applicabile in caso di

⁹⁹ G. BIAGIONI, *Art. 3. Libertà di scelta, cit.*, pp. 634-636.

¹⁰⁰ A titolo di esempio, la direttiva 1999/70/CE sul lavoro a tempo determinato, la direttiva 1997/81/CE sul lavoro a tempo parziale.

optio legis. Appare necessario comprendere se e come le limitazioni concisamente esposte in materia di scelta della legge applicabile si concilino con la disciplina speciale espressamente dedicata al contratto di lavoro; come e se queste limitazioni possano essere utilizzate per contrastare tentativi di elusione della disciplina eurounitaria in materia di protezione dei lavoratori.

2 Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità nel d.i.p. comunitario

2.1 I primi (falliti) tentativi di introdurre una disciplina ad hoc sui conflitti di legge e di giurisdizione in materia

Il rapporto di lavoro che si caratterizza per la presenza di elementi di internazionalità si suole definire anche rapporto di lavoro internazionale o transnazionale¹⁰¹.

In particolare, il contratto presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento di riferimento quando elementi soggettivi o oggettivi della fattispecie, quali la nazionalità dei contraenti, la sede legale dell'impresa, il luogo di conclusione del contratto, il luogo di totale o parziale esecuzione della prestazione, o ancora, il rinvio – secondo la tesi sopra delibata – all'applicazione

¹⁰¹ M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1041 ss.; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità* cit., p. 387 ss.; M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 58 ss.; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in Working Papers CSDL E “Massimo D’Antona”, Int. n. 137/2012; L. MORRONE, *Il Regolamento “Roma I” le norme a tutela dei lavoratori*, in *Diritto dei Lavori*, 2011, V, p. 41 ss.; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 823 ss.; F. SEATZU, *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel Regolamento Roma I*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 337 ss.; P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, in NLCC, 2009, 3-4, p. 771 ss.; M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 391 ss.; S. SCIARRA, A. LYON CAEN, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 9 ss.; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 29 ss.; M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, n. 20, p. 73 ss.; M. FORNASIER, *Employment Contracts, Jurisdiction*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (ed.), *Encyclopedia of Private International Law*, Elgar Publishing, 2017, p. 624 ss.; P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit., spec. p. 330 ss.

di una legge straniera, evocano un collegamento con diversi ordinamenti giuridici¹⁰².

Com'è ovvio, anche con riguardo al rapporto di lavoro transnazionale¹⁰³ si è tentato di dare risposta agli interrogativi relativi all'individuazione dello *ius* applicabile e del giudice competente nell'ambito dello spazio giuridico europeo¹⁰⁴.

La dottrina più recente sembra aver abbandonato nel dimenticatoio i primi tentativi volti all'introduzione di una disciplina *ad hoc* applicabile ai conflitti di legge e di giurisdizione in materia di contratti di lavoro in ambito comunitario.

Quanto alla prima questione, quella dell'individuazione dello *ius* applicabile, appartiene a un remoto passato la proposta del 23 marzo 1972¹⁰⁵, con la quale la Commissione europea aveva manifestato l'intenzione di dedicare uno strumento di diritto internazionale privato uniforme per la determinazione della legge applicabile al contratto individuale di lavoro con elementi di internazionalità.¹⁰⁶

¹⁰² G. ORLANDINI, *Rapporti di lavoro internazionali*, in *Enc. Trecc.*, 2004. A ciò si aggiungano le ulteriori possibili varianti: «l'assunzione per l'estero, la mobilità internazionale all'interno dei gruppi di impresa, che a sua volta può assumere la forma del distacco o della stipulazione di diversi contratti con le società del gruppo, il distacco all'estero per svolgere la prestazione di lavoro. E queste ipotesi si collocano accanto alle fattispecie tradizionali del lavoro per definizione itinerante», M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, Torino, 2015, *cit.* p. 58-59; P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, *cit.*, p. 5-7.

¹⁰³ Altra questione è quella relativa al momento in cui la natura transnazionale del rapporto di lavoro si genera. Essa può in effetti essere connotata al rapporto, in quanto le parti stabiliscono *ab origine*, dunque al momento della stipulazione del contratto, che esso avrà esecuzione all'estero o che parte dell'esecuzione della prestazione dovrà avvenire all'estero. Viceversa, il carattere transnazionale può subentrare in un momento successivo cosicché la prestazione potrà svolgersi occasionalmente o periodicamente all'estero. La distinzione è di S. FERRUA, *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori italiani all'estero*, in *Tutela e sicurezza del lavoro*, 2013, n. 1, p. 85 ss.

¹⁰⁴ F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, *cit.*, pp. 30-31 e pp. 44-46.

¹⁰⁵ Proposta di regolamento n. C 49/26 in G.U.C.E. del 18 marzo 1972. Il testo è integralmente riportato in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1972, p. 925 ss. Per un commento della proposta v. M. PANEBIANCO, *La «Lex Laboris» per i lavoratori migranti e nelle imprese con attività internazionale*, in *Riv. St. Salern.*, 1971, p. 27 ss., consultabile al sito www.elea.unisa.it. Vi accenna anche F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, *cit.*, pp. 30-31 e pp. 44-46. Per approfondimenti, cfr. S. EVJU, *Posting Past and Present: The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, in *Formula Working Papers* No. 8, 2009, reperibile al sito www.jus.uio.no, pp. 4-11.

¹⁰⁶ Nel preambolo della proposta si affermava che, a fronte di alcuni provvedimenti che avevano disposto la libera circolazione dei lavoratori, questi potevano così trasferirsi più liberamente che in

La proposta di regolamento, elaborata da una apposita commissione di esperti, non si è mai tradotta nell'adozione di un atto vincolante, ma il dibattito riguardo all'opportunità di dedicare uno strumento *ad hoc* ai conflitti di legge in materia è rimasto vivo a lungo. Basti pensare che nella successiva Convenzione di Roma, il cui progetto preliminare veniva messo a punto negli stessi anni, recava anche nel testo definitivo, un generico riferimento, corroborato dalle osservazioni nella Relazione allegata¹⁰⁷, alla futura adozione del regolamento sui conflitti di legge in ambito lavoristico, atto al quale si sarebbe attribuita prevalenza applicativa in luogo della Convenzione (e del suo art. 6) a norma dell'art. 20 della stessa (“*Primato del diritto comunitario*”)¹⁰⁸.

I tratti salienti della proposta di regolamento rappresentano spunti interessanti per l'esame della successiva disciplina adottata in materia nel sistema della Convenzione di Roma e del successivo regolamento. In effetti, la formulazione della proposta di regolamento del 1972 tentava di dare risposta a questioni giuridiche che ancora oggi rivestono importanza centrale nell'ambito dei rapporti di lavoro con elementi di internazionalità¹⁰⁹.

passato all'interno della Comunità. Si riscontrava dunque la necessità di “garantire la certezza del diritto per quanto riguarda i rapporti di lavoro” dal momento che “allo stato attuale della normativa degli Stati membri le norme di diritto internazionale privato in materia di conflitti di leggi differiscono a tal punto che lo stesso rapporto di lavoro può essere disciplinato da più legislazioni in modo divergente”. Ciò avrebbe potuto costituire un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori e risultava dunque opportuno stabilire in materia norme uniformi.

¹⁰⁷ Nella *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I, in G.U. n. C 282, 31 ottobre 1980, pp. 0001–0050, *sub.* art. 20, si legge: “l'articolo intende evitare un eventuale conflitto tra la presente Convenzione e gli atti emanati o da emanarsi dalle istituzioni comunitarie, attribuendo il primato a questi ultimi. La formulazione dell'articolo è modellata su quella dell'articolo 52, comma 2 della Convenzione del 27 settembre 1968, modificato dalla convenzione di adesione del 9 ottobre 1978. Quanto all'oggetto, le disposizioni comunitarie che prevalgono sulla convenzione sono quelle che, in materie particolari, regolano i conflitti di leggi nel settore delle obbligazioni contrattuali. Ad esempio, quando sarà definitivamente adottato il regolamento relativo ai conflitti di leggi in materia di contratti di lavoro, tale regolamento prevarrà sulla Convenzione. Tuttavia, i governi degli Stati membri esprimono il voto, in una dichiarazione comune, che detti strumenti comunitari siano in armonia con le disposizioni della convenzione.”

¹⁰⁸ “La presente 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 emanarsi dalle istituzioni delle Comunità europee o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti” (art. 20 della Convenzione)

¹⁰⁹ A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, *cit.*, p. 824.

In primis, va dato atto che nella proposta veniva manifestata un'esigenza ancora oggi particolarmente sentita dal legislatore comunitario, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla comunità degli interpreti, ossia quella di garantire adeguata protezione al contraente debole¹¹⁰ che, nell'ambito dei contratti/rapporti che ci occupano, è rappresentato dal lavoratore. Ne derivavano il ridimensionamento dell'autonomia negoziale e l'attribuzione di un carattere di spiccata preminenza al criterio territoriale della *lex loci laboris*. L'art. 3 sanciva dunque che "ai rapporti di lavoro si applica il diritto del lavoro vigente nello Stato in cui si trova lo stabilimento nel quale il lavoratore è occupato, indipendentemente dal domicilio delle parti contraenti, dalla sede dell'impresa o dal luogo di conclusione del contratto", negando un ruolo all'autonomia contrattuale. All'accordo delle parti stipulato in violazione delle disposizioni il progetto di regolamento comminava anzi la sanzione della nullità, a meno che esso non fosse riconducibile alle ipotesi di deroga espressamente previste.

Della proposta di regolamento sui conflitti di leggi in materia di rapporti di lavoro va, a ben vedere, osservato proprio il menzionato sistema delle deroghe al principio di territorialità¹¹¹. Gli artt. 4, 5, 6 del progetto di regolamento

¹¹⁰ V. il Considerando n. 23 del Regolamento Roma I per cui "per quanto riguarda i contratti conclusi da soggetti considerati deboli, è opportuno proteggere tali soggetti tramite regole di conflitto di leggi più favorevoli ai loro interessi di quanto non lo siano le norme generali". Si tratta peraltro di finalità perseguite anche dal Regolamento c.d. 'Bruxelles I' n. 44/2001, di cui v. il Considerando n. 13 ("Nei contratti di assicurazione, di consumo e di lavoro è opportuno tutelare la parte più debole con norme in materia di competenza più favorevoli ai suoi interessi rispetto alle regole generali"). La condizione di inferiorità socio-economica del lavoratore, per lo meno nell'ambito del rapporto negoziale, è affermata da Giuliano e Lagarde, nella *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I, cit., sub. art. 6.

¹¹¹ "Se un'impresa avente la sede in uno Stato membro possiede stabilimenti in un altro Stato membro, può essere convenuto che ai lavoratori in essi trasferiti dallo Stato dove ha sede l'impresa stessa si applichi il diritto del lavoro in quest'ultimo vigente, anziché quello in vigore nel luogo dello stabilimento in cui i lavoratori sono occupati, sempreché ricorrano i seguenti presupposti: 1) l'accordo deve essere stipulato per iscritto; 2) l'accordo relativo al diritto del lavoro applicabile alla sede dell'impresa non deve comunque pregiudicare l'applicazione obbligatoria delle sottoindicate norme legislative, contrattuali o consuetudinarie, vigenti nel luogo dello stabilimento in cui i lavoratori sono occupati: a) norme che vietano il lavoro domenicale o festivo; b) norme che riguardano la durata massima giornaliera e settimanale del lavoro ed all'autorizzazione delle deroghe in materia; c) norme che vietano il lavoro dei fanciulli, degli adolescenti e delle donne; d) norme sulla prevenzione contro gli infortuni e sull'igiene del lavoro; e) norme che subordinano ad autorizzazione amministrativa la risoluzione del rapporto di lavoro, quando tale vincolo è destinato a prevenire la

riportavano in effetti le sole deroghe al principio di territorialità ammissibili, rispettivamente riguardanti le ipotesi del trasferimento, del distacco temporaneo, del lavoro itinerante. Al riguardo, le disposizioni della proposta ponevano la regola della persistenza dell'applicabilità della legge del Paese d'origine se disposta con una pattuizione scritta e nel reciproco interesse delle parti, salva l'applicazione di alcune norme del Paese ospite che riecheggiano non poco l'elencazione di materie disciplinata dall'art. 3 della direttiva 96/71/CE.

Nel corso di questa trattazione (v. *infra*, par. 3 e cap. II, par. 2.2) si avrà modo di esaminare la particolarità degli istituti menzionati e di istituti aventi tratti caratteristici ad essi comuni (si pensi al c.d. cabotaggio). Simili fattispecie rappresentano temi di frontiera nell'ambito del diritto applicabile ai rapporti di lavoro transnazionali, in quanto per le loro caratteristiche intrinseche mal si prestano all'applicazione del criterio di collegamento "classico" di natura territoriale. Si impone dunque la riflessione dell'interprete ed il costante monitoraggio del legislatore comunitario, per garantire l'effettività delle discipline protettive del lavoro avente implicazioni transnazionali, specie se ad elevata dinamica spaziale e temporale, come nel caso del distacco temporaneo e del cabotaggio transnazionale e, più in generale, del c.d. lavoro peripatetico. Le

disoccupazione; f) norme sul salario minimo garantito per legge o per contratto collettivo e sulla sua corresponsione; g) norme riguardanti il periodo minimo di ferie; h) norme riguardanti la nullità di determinate clausole nei contratti di lavoro; i) norme riguardanti l'organizzazione generale dell'impresa, il servizio medico aziendale, l'esercizio dei diritti sindacali, la rappresentanza del personale all'interno dell'azienda e la protezione speciale dei membri di tale rappresentanza. 2. "Per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, a ogni Stato membro è dato apportare alla propria legislazione modifiche tendenti a limitare nel proprio territorio l'applicazione del diritto del lavoro vigente nello Stato in cui ha sede l'impresa straniera. Le restrizioni in materia non possono essere contrarie alle norme sulla libera circolazione dei lavoratori, adottate in virtù degli articoli 48 e 49 del trattato che istituisce la Comunità economica europea. Il governo dello Stato membro deve notificare immediatamente ogni restrizione del genere alla Commissione delle Comunità europee". Similmente, il successivo art. 5 dispone l'applicazione ai lavoratori temporaneamente distaccati in uno Stato diverso della disciplina del diritto del lavoro del luogo ove ha sede l'impresa distaccante, fatta salva l'applicazione delle norme del Paese ospite limitatamente alle materie indicate dal precedente art. 4, par. 1, lett. a)-f). Allo stesso modo, ai lavoratori "la cui attività comporti frequenti cambiamenti del luogo di attività" l'art. 7 disponeva l'applicazione della legge del luogo ove ha sede l'impresa d'origine, ovvero, in mancanza, ove si svolgeva l'attività principale.

questioni problematiche attinenti a queste fattispecie erano, *in nuce*, già affrontate da questa dimenticata proposta di regolamento.

Quanto alla questione dell'individuazione dei criteri di attribuzione della competenza giurisdizionale, è interessante notare che anche nell'ambito della negoziazione per l'adozione della Convenzione di Bruxelles del 1968 si era presa in un primo tempo in considerazione l'opportunità di dedicare al contratto individuale di lavoro una disposizione *ad hoc*. Nel progetto preliminare del 1962, per il contratto di lavoro venivano individuati titoli di giurisdizione del tutto indipendenti da quello generale del domicilio del convenuto, essendo la competenza giurisdizionale attribuita ai "giudici dello Stato contraente nel cui territorio si trova l'impresa o nel quale il lavoro deve essere o è stato eseguito". Della disposizione, originariamente collocata all'art. 16, par. 2 del progetto preliminare, non vi è tuttavia traccia nel testo infine licenziato nella iniziale versione del 1968.

Ne spiegava le ragioni la Relazione Jenard¹¹², nell'ambito della quale il comitato di esperti che ha elaborato la Convenzione chiariva che la scelta, da un lato, si riconduceva al timore di una non coincidenza con i criteri di collegamento in materia di legge applicabile che sarebbero stati apprestati nell'ambito del regolamento in discussione in materia, il che avrebbe potuto minare il valore della coincidenza tra *ius* e *forum*, considerato di rilevanza centrale; dall'altro, alla difficoltà riscontrata nell'individuazione di una competenza giurisdizionale di tipo funzionale che avrebbe imposto una riflessione relativa alle tipologie contrattuali. Si era inoltre riscontrato uno stallo nella negoziazione della clausola circa la proroga della competenza giurisdizionale, anche in dipendenza delle marcate differenziazioni presenti nelle legislazioni degli Stati membri, e della diversa concezione del ruolo da attribuirsi alla volontà delle parti nell'ambito del contratto di lavoro. La Relazione aggiungeva però una nota di speranza, come

¹¹² *Relazione dei signori P. Jenard e G. Möller sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, fatta a Lugano il 16 settembre 1988*, in G.U.C.E. n. C 59 del 5 marzo 1979, p. 24.

sappiamo successivamente disattesa, affermando: “una volta che i lavori attualmente in corso in seno alla Commissione saranno completati, le norme della convenzione potranno essere modificate, sia attraverso la stipulazione di un protocollo supplementare, sia mediante l’elaborazione di un accordo che disciplini tutti i problemi connessi con il contratto di lavoro”.

Con riguardo alla determinazione della competenza giurisdizionale, nonostante l’espunzione nel testo finale della Convenzione di una disposizione dedicata al contratto di lavoro, la Relazione affermava comunque la pacifica applicabilità delle norme generali della Convenzione¹¹³. Come noto, in seguito tale lacuna sarebbe stata colmata.

Precisamente, è con la stipulazione di una nuova versione della Convenzione, ratificata a Donostia-San Sebastian il 26 maggio 1989, per consentire l’adesione di Spagna e Portogallo, a sua volta ispirata al testo della Convenzione di Lugano, che venne introdotta una inedita sezione 5 contenente norme speciali dedicate al contratto individuale di lavoro. Tale impostazione è “trasmigrata” nel regolamento Bruxelles I e nel successivo Bruxelles I-bis¹¹⁴.

Le vicende appena descritte testimoniano «le difficoltà che incontra ogni tentativo di sottoporre il contratto di lavoro a discipline di carattere generale: difficoltà, d’altronde, chiaramente riconducibili alla peculiare natura – per non dire all’ambiguità intrinseca – del diritto del lavoro»¹¹⁵.

¹¹³ A riprova che ciò non fosse così pacifico va dato conto che la Corte di Giustizia delle Comunità è stata adita in via pregiudiziale dalla *Court de Cassation* francese proprio per risolvere il dubbio circa l’applicabilità anche ai contratti di lavoro della disciplina della clausola attributiva di competenza introdotta dalla Convenzione. La Corte, pur condividendo il punto di vista del giudice *a quo* circa le specificità del contratto di lavoro rispetto agli altri rapporti contrattuali, aveva chiarito che la Convenzione di Bruxelles fosse applicabile anche alla materia del contratto individuale di lavoro, cfr. C. giust., 13 novembre 1979, C- 25/79, *Sanicentral GmbH c. René Collin*. Ciò con buona pace dell’«orientamento negativo di alcuni ordinamenti circa la derogabilità della competenza dei giudici nazionali nella materia dei rapporti di lavoro», cfr. le Conclusioni dell’Avvocato Generale Francesco Capotorti. Al riguardo, v. anche F.MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 31, nt. 5.

¹¹⁴ M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1060, nt. 47; U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (ed.), *Brussels I bis Regulation. Commentary*, cit., p. 534 ss.

¹¹⁵ F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 30.

Sulle ragioni del fallimento del ricorso ad un regolamento espressamente dedicato alla determinazione della legge applicabile al rapporto di lavoro con elementi di estraneità, la dottrina dell'epoca tace, complice la convinzione che la soluzione del problema sarebbe stata soltanto posticipata a tempi futuri, convinzione della quale, come si è già detto, è testimonianza anche la Relazione di commento alla Convenzione di Roma. La difficoltà di giungere a una soluzione condivisa può spiegarsi, a parere di chi scrive, in un'ottica multidimensionale: se non è da escludere una sorta di incomunicabilità di fondo tra giuslavoristi e internazionalprivatisti¹¹⁶, c'è poi da considerare l'eterogeneità dei sistemi di relazioni industriali degli Stati membri, che concerne «il tipo ed il grado di sindacalizzazione dei lavoratori, le strutture e i contenuti della contrattazione collettiva, le dimensioni del conflitto collettivo, in particolare dello sciopero, nonché le forme e gli ambiti in cui è consentita o promossa la partecipazione dei lavoratori all'impresa»¹¹⁷, il che si riverbera sulla disciplina del contratto individuale di lavoro ed in particolare sugli equilibri tra norma inderogabile e contratto collettivo, rendendo i pilastri del diritto del lavoro particolarmente instabili se declinati in ambito transnazionale.

L'eterogenea fisionomia dell'ordinamento intersindacale degli Stati membri¹¹⁸, per dirlo con le parole di Giugni, è un connotato ineliminabile del sistema giuridico integrato che coinvolge l'Unione e gli Stati ed è una realtà rimasta sostanzialmente immutata, a dispetto dell'integrazione delle economie europee¹¹⁹. A ciò si aggiungano due tratti caratterizzanti i rapporti di lavoro. *In primis*, la disciplina in esame è informata, nell'ambito di qualsivoglia ordinamento, a esigenze di tutela sociale del lavoratore: la presenza di un'asimmetria nella relazione contrattuale ha determinato un'attenzione regolativa ispirata, fin dalle sue origini, al riequilibrio della suddetta relazione. Il

¹¹⁶ M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 391.

¹¹⁷ M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, cit., pp. 5-6.

¹¹⁸ G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960.

¹¹⁹ C. VIGNEAU, *Social Dumping at the Core of National Labour Law Reforms*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 160, 2018, 4, p. 871 ss.; J. VISSER, *Union membership statistics in 24 countries*, in *MoLR*, 2006.

che pone, sul piano della operatività delle classiche regole di conflitto del diritto internazionale privato, esigenze di ridimensionamento dell'autonomia delle parti e, per contro, una valorizzazione della logica localizzatrice del rapporto di lavoro¹²⁰. Il secondo profilo attiene alla complessità delle fonti della disciplina di tali rapporti giuridici: accanto alle fonti tradizionali di qualsivoglia rapporto contrattuale, infatti, per i rapporti di lavoro rileva pure il contratto collettivo che, con la sua duplice anima di contratto e atto normativo, pone ulteriori questioni se la fattispecie è declinata in una dimensione transnazionale¹²¹.

L'adozione di uno strumento espressamente dedicato alla risoluzione dei conflitti di legge in materia di rapporti di lavoro non sembra essere, oggi, una priorità¹²². Nondimeno, una parte della dottrina¹²³ ha suggerito di sottoporre ad aggiornamento la disciplina in materia di legge applicabile ai contratti individuali di lavoro proposta dal regolamento Roma I, disciplina che, come si vedrà, ha mostrato una certa dose di ambiguità e di arretratezza rispetto ai recenti sviluppi del diritto del lavoro, messo a dura prova dai nuovi equilibri – e squilibri – della globalizzazione economica e investito dalle dinamiche della tecnologizzazione dei rapporti giuridici aventi ad oggetto una prestazione personale.

2.2 *Il sistema della legge applicabile ai contratti di lavoro con elementi di estraneità nel regolamento Roma I: quale nozione di lavoro subordinato?*

¹²⁰ P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della CE*, cit., p. 98.

¹²¹ M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 391; M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, cit., p. 73-74.

¹²² Le tensioni protezionistiche che oggi caratterizzano gli equilibri politici in atto nell'Unione europea non sembrano suggerire affatto una propensione ad una maggiore armonizzazione, anche solo delle norme di conflitto, in un ambito delicato come quello della disciplina dei rapporti di lavoro.

¹²³ A.H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, in *ELR*, 2014, No. 3, p. 157 ss.; M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., spec. p. 1057 ss. V. anche Cass., 21 settembre 2019, n. 30416, con nota di B. ROSSILLI, *Il criterio del collegamento più stretto garantisce il favor praestatoris?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2020, fasc. 2, p. 353 ss.

Va chiarito, in via preliminare, che la Convenzione, così come il regolamento, non offrono una definizione di contratto individuale di lavoro.

Come noto, l'ordinamento euro-unitario manca di una definizione giuridica di contratto individuale di lavoro sul modello del 2094 cod. civ. Purtuttavia, il legislatore eurolunitario si riferisce in plurime fonti normative alla nozione di "lavoratore subordinato", e "autonomo", e in alcune isolate disposizioni anche alle nozioni di "contratto" e "rapporto di lavoro"¹²⁴.

La riflessione della dottrina giuridica sulle nozioni di autonomia e subordinazione nel diritto del lavoro dell'Unione europea ha ormai raggiunto un significativo grado di approfondimento¹²⁵. Ai nostri fini, interessa che è pacifico il riconoscimento di una «peculiarità genetica»¹²⁶ dello statuto giuridico del lavoro subordinato nell'ordinamento eurolunitario. Come noto, tanto negli ordinamenti di *civil* che di *common law*, l'individuazione di una «porta che dà accesso all'area del lavoro normativamente protetto»¹²⁷ è connaturata alla costruzione della definizione giuridica di subordinazione, così selezionando i rapporti destinatari dello statuto protettivo e, correlativamente, escludendo l'applicabilità delle norme ispirate alla correzione dell'asimmetria contrattuale a quelle prestazioni personali incompatibili con la nozione di subordinazione¹²⁸.

La caratteristica peculiare della subordinazione eurolunitaria sta invece in ciò: la finalità perseguita dal legislatore e dalla Corte di giustizia non è la selezione di fattispecie meritevoli di un *corpus* di tutele, bensì il perseguimento

¹²⁴ S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, Cedam, Padova, 2018, p. 121; E. MENEGATTI, *Taking EU labour law beyond the employment contract: the role played by the European Court of Justice*, in *ELLJ* 2020, Vol. 11, Issue 1, p. 29.

¹²⁵ T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2019, p. 87 ss.; M. BORZAGA, *Nozione di «lavoratore», libertà di circolazione e diritto di soggiorno in ambito comunitario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, IV, p. 683 ss.; R. ESTEVE, *La nozione di lavoratore subordinato nel diritto comunitario e nel diritto nazionale*, in *DLM*, 2004, n. 1, p. 63 ss.; S. BORELLI, *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm., Agg.*, vol. 2, Utet, Torino, 2002, p. 628 ss.

¹²⁶ S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo, cit.*, p. 124.

¹²⁷ M. D'ANTONA, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Confrontazioni e prospettive*, Bologna, 1989, *cit.* p. 44. L'efficace citazione è richiamata da S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo, cit.*, p. 124.

¹²⁸ M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 1966, p. 3 ss.

della garanzia della funzionalità della libertà di circolazione dei lavoratori nel mercato interno¹²⁹. In altre parole, quel che conta non è garantire l'applicabilità di specifiche forme di tutela ispirate alla «critica di un rapporto diseguale»¹³⁰, bensì di garantire che il lavoro, inteso come fattore della produzione, sia in condizione di circolare liberamente negli Stati membri¹³¹.

Alla luce di queste premesse, si intuisce perché la nozione di subordinazione elaborata dalla Corte di giustizia per la corretta delimitazione del campo di applicazione dell'art. 45 TUE in materia di libera circolazione dei lavoratori assuma caratteri di particolare ampiezza. Secondo una ormai consolidata giurisprudenza, infatti, la menzionata libertà fondamentale si applica a chi svolga un'attività lavorativa reale ed effettiva, in posizione di soggezione rispetto ad un altro soggetto, e dietro il pagamento di una retribuzione¹³². Una così ampia nozione, imperniata sulla personalità e onerosità della prestazione,

¹²⁹ In questa sede si è ritenuto di non approfondire il dibattito dottrinale che ha tentato di circoscrivere ulteriori nozioni di lavoro subordinato emerse nell'ordinamento eurounitario, collocando accanto alla nozione giurisprudenziale riferita alla libertà di circolazione dei lavoratori una diversa nozione rilevante ai fini del coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale (art. 48 TFUE e regolamento n. 883/2004), in origine assorbita da quella ricavabile dall'art. 39 TCE/45 TUE. Vi sarebbe poi un'ulteriore nozione avente un carattere solo latamente eurounitario in quanto il legislatore dell'Unione rimette agli Stati membri la qualificazione del rapporto di lavoro subordinato, in ossequio all'ottica funzionalista caratterizzante l'originario assetto di competenze nell'ordinamento multilivello. Per l'approfondimento di queste nozioni e gli indispensabili riferimenti bibliografici si rinvia a S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo, cit.*, pp. 121-170 e a S. MARETTI, *L'incorporazione del diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 147 ss.

¹³⁰ G. F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, ne *Il lavoro nel diritto comunitario e nell'ordinamento italiano*, Atti del Convegno di Parma, 30-31 ottobre 1985, Padova, Cedam, 1988, *cit.* p. 33. L'efficace citazione è richiamata da S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo, cit.*, p. 124.

¹³¹ M. VINCIERI, *Libera circolazione dei lavoratori e nozione eurounitaria di subordinazione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2020, fasc. 1, p. 195 ss.

¹³² L'antesignana formulazione di questo canone giuridico si riscontra in C. giust., 19 marzo 1974, causa C-75/63, *Unger in Hoekstra* e C. giust., 23 marzo 1982, causa C-53/81, *Levin*. La formula viene poi perfezionata nei suoi contenuti nelle più celebri C. giust., 3 luglio 1986, causa C-66/85, *Lawie-Blum*; C. giust., 31 maggio 1989, C- 344/87 *Betray*; C. giust., 14 dicembre 1989, C- 3/87, *Regina*, tanto che la dottrina usa riferirsi alla "formula Betray". Il consolidamento avviene poi con C. giust., 27 settembre 1989, causa C-9/88, *Lopez Vega*, C. giust., 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*; C. giust., 13 aprile 2000, causa C-176/96, *Lethonen*; C. giust., 8 giugno 1999, C- 377/97, *C.P.M. Meensen c. Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*; C. giust., 23 marzo 2004, C-138/02, *Brian Francis Collins c. Secretary of State for Work and Pensions*. Per casi più recenti, v. C. giust., 11 settembre 2008, C-228/07, *Petersen*; C. giust., 4 giugno 2009, C-22/08 e 23/08 *Vatsouras e Koupatantzer*; C. giust., 10 settembre 2014, C-270/13, *Harlambidis*.

che deve infatti presentare un effettivo valore economico, nonché sulla titolarità in capo al datore di lavoro di un potere direttivo¹³³, ha permesso di applicare la disciplina della libertà di circolazione e dei diritti e facoltà ad essa connessi¹³⁴ anche ai contratti c.d. flessibili, avendo la Corte di giustizia avallato un'interpretazione che include nella nozione di lavoratore ex art. 39 TCE/45 TFUE, oltre al contratto di lavoro part-time¹³⁵ e al contratto a termine¹³⁶, contratti intermittenti¹³⁷ e occasionali¹³⁸, stagionali e temporanei¹³⁹ e, a determinate condizioni, tirocini¹⁴⁰ ecc. nell'alveo applicativo della fattispecie.^{141 142}

Bisogna allora domandarsi, nel silenzio della Convenzione e del Regolamento, se l'illustrato canone interpretativo, costruito ai fini della libertà di circolazione dei lavoratori, possa tornare utile anche in ambito internazionalprivatistico. Al riguardo, si deve innanzitutto ritenere che la definizione di contratto individuale di lavoro rilevante ai fini dell'applicazione dei criteri di collegamento, e dunque della selezione del diritto applicabile, debba risultare in modo autonomo e che prescindano dunque dai criteri di qualificazione del rapporto e di delimitazione delle fattispecie contigue vigenti nei singoli Stati membri¹⁴³. Ciò per garantire un'uniforme applicazione degli strumenti di d.i.p. e preservarne la funzionalità.

¹³³ M. BORZAGA, *Nozione di «lavoratore», libertà di circolazione e diritto di soggiorno in ambito comunitario*, cit., p. 687.

¹³⁴ I contenuti principali della libertà di circolazione dei lavoratori sono la parità di accesso all'impiego (i.e. divieto di discriminazione nell'accesso all'impiego) e la parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro.

¹³⁵ C. giust., 3 giugno 1986, C-139/85, *Kempf*.

¹³⁶ C. giust., 6 novembre 2002, C-413/01, *Ninni-Orasche*.

¹³⁷ C. giust., 26 febbraio 1992, C-357/89, *Raulin*.

¹³⁸ C. giust., 21 giugno 1988, C-197/86, *Brown*.

¹³⁹ C. giust., 17 marzo 2005, C-109/04, *Kranemann*; C. giust. 9 luglio 2015, C-229/14, *Balkaya*.

¹⁴⁰ C. giust., 26 febbraio 1992, C-3/90, *Bernini*; C. giust. 19 novembre 2002, C-188/00, *Kurz*.

¹⁴¹ S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., p. 136; M. VINCIERI, *Libera circolazione dei lavoratori e nozione eurounitaria di subordinazione*, cit., p. 204-207.

¹⁴² E. MENEGATTI, *Taking EU labour law beyond the employment contract: the role played by the European Court of Justice*, cit., p. 39; T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 95-96.

¹⁴³ T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 95-96; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 6.

Ne consegue la necessità che il giudice del foro, nel compiere queste operazioni, sposi una nozione sufficientemente aperta che, *in primis* valorizzi l’oggettivo e concreto atteggiarsi del rapporto oggetto della lite, indipendentemente dalle scelte qualificatorie delle parti. In secondo luogo, anche se esposto all’influenza della cultura giuridica predominante nell’ordinamento del foro, il giudice dovrà prescindere dal significato giuridico che certe nozioni hanno nell’ordinamento di appartenenza, attribuendo piuttosto rilevanza al significato comunitario delle stesse, nell’osservanza non soltanto del valore dell’uniformità internazionale delle soluzioni, ma della stessa natura giuridica del regolamento¹⁴⁴.

In particolare, su tutte, risulta particolarmente insidioso ricercare il significato dell’espressione “potere direttivo”. In effetti, la Corte di giustizia non ha mai chiarito il concetto, elaborando una definizione espressa del contenuto giuridico della nozione. Dalla casistica giurisprudenziale emerge però la valorizzazione di un concetto di potere direttivo ampio, tale da ricomprendere non solo quelle ipotesi in cui le direttive sono «continue, puntuali, specifiche»¹⁴⁵, denotando un vincolo di subordinazione vero e proprio, ma anche quelle ipotesi in cui le direttive impartite assumono carattere meramente programmatico o di massima, rilevando l’effettivo inserimento del prestatore nell’organizzazione e il collegamento funzionale tra la sua attività e quella complessivamente gestita dal beneficiario, cosicché, più che l’eterodirezione, la Corte di giustizia parrebbe valorizzare quella che per l’interprete italiano è l’etero-organizzazione¹⁴⁶.

¹⁴⁴ La Corte di giustizia suggerisce di “avvalersi dei principi interpretativi generalmente ammessi, assumendo come base il senso che correntemente si attribuisce a queste espressioni” “alla luce delle finalità del Trattato”, C. giust., 23 marzo 1982, C-53/81, *Levin*, pt. 9.

¹⁴⁵ M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1045, ove la riflessione è riferita ad un possibile ampliamento della nozione anche ai rapporti di lavoro via web.

¹⁴⁶ Nella giurisprudenza comunitaria, dunque, la nozione di potere direttivo emerge come nozione ben più ampia e sfumata di quanto non sia, ad esempio, nel nostro ordinamento, cfr. M. VINCIERI, *Libera circolazione dei lavoratori e nozione eurounitaria di subordinazione*, cit., p. 206 ss. Per la ricostruzione del dibattito sul nuovo art. 2, d. lgs. 81/2015, così come modificato dal d.lgs. 101/2019, conv. in L. n. 128/2019, v. A. TURSI, *La disciplina del lavoro etero-organizzato: tra riqualificazione normativa del lavoro subordinato, tecnica rimediale, e nuovo paradigma di protezione sociale* in M.T. CARINCI, A. TURSI, *Licenziamento*,

In particolare, la Corte di Giustizia ha avuto modo di soffermarsi sull'applicabilità del regime della libertà di circolazione dei lavoratori a rapporti di lavoro che, per le loro caratteristiche distintive, parrebbero rientrare nell'alveo del lavoro autonomo alla luce dell'ordinamento di riferimento. Purtroppo, come la Corte ha chiarito, siffatto inquadramento giuridico alla luce del diritto nazionale non può considerarsi dirimente, in quanto vanno indagati diritti ed obblighi delle parti. Potrebbe accadere, infatti, che "tale persona agisca sotto la direzione del suo datore di lavoro, per quanto riguarda in particolare la sua libertà di scegliere l'orario, il luogo e il contenuto del suo lavoro, non partecipi ai rischi commerciali di tale datore di lavoro e sia integrata nell'impresa di detto datore di lavoro per la durata del rapporto di lavoro, formando con essa un'unità economica"¹⁴⁷. In effetti, "un prestatore di servizi può perdere la qualità di operatore economico indipendente, e dunque d'impresa, qualora non determini in modo autonomo il proprio comportamento sul mercato, ma dipenda interamente dal suo committente, per il fatto che non sopporta nessuno dei rischi finanziari e commerciali derivanti dall'attività economica di quest'ultimo e agisce come ausiliario integrato nell'impresa di detto committente"¹⁴⁸.

subordinazione e lavoro agile, tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale, Giappichelli, 2020, p. 65 ss.; M.T. CARINCI, *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. 1663/2020: verso un nuovo sistema dei contratti in cui è dedotta un'attività di lavoro*, in M.T. CARINCI, A. TURSI, *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile, tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020, p. 53 ss.; v. anche LDE n. 2/2020, con contributi di F. CARINCI, M. MAGNANI, F. MARTELLONI, M. PERSIANI *et.al.*, reperibile al sito <https://www.lavorodirittieuropa.it/archivio-rivista-lavoro-diritti-europa/419-indice-del-numero-1-2020-della-rivista>. Anche M. MAGNANI, *Subordinazione, eteroorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2020, fasc. 1, p. 105 ss.; S. CIUCCIOVINO, *Le "collaborazioni organizzate dal committente" nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, 3, p. 321 ss.; M. PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, I, 65 ss.; F. FERRARO, *Collaborazioni organizzate dal committente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, p. 53 ss.; L. NOGLER, *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'"autorità dal punto di vista giuridico"*, in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona" Int. 267/2015; P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 6, p. 1130; A. PERULLI, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2015, p. 279 ss.

¹⁴⁷ C. giust., 4 dicembre 2014, C-413/13 *FNV Kunsten*, pt. 3, 1.

¹⁴⁸ C. giust., 4 dicembre 2014, C-413/13 *FNV Kunsten*, pt. 3, 2. V. anche C. giust., 27 giugno 1996, C-107/94 *P. H. Ascher*, e C. giust. 10 settembre 2015, *Holterman Ferbo*. Nel caso *FNV Kunsten* la Corte ha statuito che gli orchestrali soggetti all'applicazione di un accordo collettivo che determinava tariffe minime potevano considerarsi "falsi autonomi" e rientranti nella nozione di subordinazione e che l'accordo collettivo dovesse considerarsi per l'effetto esente dall'applicazione delle norme sulla

Recentemente, nell'adottare la direttiva 2019/1152/UE relativa a *Condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili nell'Unione europea*¹⁴⁹, il legislatore eurounitario ha delineato la nozione di lavoratore rilevante ai fini dell'applicazione dei diritti introdotti dalla direttiva stessa, affermando che i diritti menzionati "si applicano a tutti i lavoratori nell'Unione che hanno un contratto di lavoro o un rapporto di lavoro quali definiti dal diritto, dai contratti collettivi o dalle prassi in vigore in ciascuno Stato membro, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia" (art. 1, par. 2). La nozione appare criptica, ma la stessa direttiva, nel Considerando 8, apre gli orizzonti applicativi dell'atto all'opportunità che "i lavoratori domestici, i lavoratori a chiamata, i lavoratori intermittenti, i lavoratori a *voucher*, i lavoratori tramite piattaforma digitale, i tirocinanti e gli apprendisti" rientrino "nell'ambito di applicazione della presente direttiva a condizione che soddisfino tali criteri", (cioè, criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libertà di circolazione). La menzionata disposizione a ciò aggiunge che i lavoratori effettivamente autonomi non rientrano certamente nel campo di applicazione della direttiva, mentre i diritti sanciti dalla medesima dovrebbero essere accordati ai "falsi lavoratori autonomi"¹⁵⁰.

Dunque, la nozione eurounitaria di lavoratore subordinato ai fini della libertà di circolazione ha assunto, nel tempo, una dimensione ampia e onnicomprensiva, in grado di includere tutte quelle prestazioni di lavoro reali ed

concorrenza. La sentenza ha suscitato interesse tra gli addetti ai lavori, che l'hanno accostata al risalente caso *Albany*, pronuncia con la quale la Corte esentò dall'applicazione delle norme concorrenziali i contratti collettivi, riconoscendone la peculiarità di oggetto e funzione. Per una disamina della sentenza, cfr. P. ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, fasc. 2, p. 566 ss.

¹⁴⁹ L'adozione della direttiva, che attua una revisione della direttiva n. 91/533, si pone nel solco tracciato dal c.d. *Pilastro europeo dei diritti sociali*. A onor del vero, l'intenzione di apportare modifiche alla direttiva n. 533 era stata manifestata già nel 2014 e nel 2017 era stata avviata la consultazione delle parti sociali ex artt. 154 e 155 TFUE, come si evince dalla puntuale ricostruzione di S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *QG*, 2019, fasc. 4, p. 54 ss.

¹⁵⁰ M. VINCIERI, *Libera circolazione dei lavoratori e nozione eurounitaria di subordinazione*, cit., p. 201; E. MENEGATTI, *Taking EU labour law beyond the employment contract: the role played by the European Court of Justice*, cit. p. 26 ss.

effettive, di valore economico apprezzabile, nell'ambito delle quali la sottoposizione all'eterodirezione può assumere, in concreto anche caratteri meno marcati assimilati al mero coordinamento organizzativo, tipico dell'etero-organizzazione.

Dal *corpus* giurisprudenziale in questione si evince piuttosto chiaramente come lo spartiacque rilevante non sia rappresentato dall'effettiva ricerca di un vincolo di subordinazione, in quanto le tutele accordate quanto alla libertà di circolazione nell'ambito del mercato interno sono molto simili per il lavoratore subordinato e per il lavoratore autonomo. Piuttosto, il *discrimen* fondamentale progressivamente emerso è quello tra lavoratori attivi e migranti economicamente non attivi¹⁵¹. Si tratta di quei soggetti che accedono al mercato del lavoro dello Stato ospite per svolgere un'attività latamente lavorativa che non supera una soglia minima di patrimonialità e onerosità, caratterizzandosi per l'accessorietà o la marginalità. Siffatta attività non potrà qualificarsi come "reale ed effettiva" e propriamente "economica" alla luce del canone interpretativo della Corte, e non potrà dunque essere sussunta nell'alveo applicativo della libertà di circolazione. Al riguardo, la Corte ha ad esempio escluso che il soggetto che svolga lavori socialmente utili possa rientrare nell'alveo applicativo dell'art. 45 TFUE¹⁵².

Il giudizio in questione è andato sempre più assumendo rilevanza fondamentale anche in ragione della moltiplicazione di rapporti di lavoro non

¹⁵¹ T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 95; S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., p. 136 ss.; ID., "Being a Worker", in *ELLJ*, 2018, Vol. 9, Issue 3, p. 223 ss.; E. ALES, *Il diritto alle prestazioni sociali dei migranti economicamente non attivi: una parola definitiva dalla Corte di giustizia*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2015, 2, p. 295 ss.

¹⁵² C. giust., 31 maggio 1989, C- 344/87 *Bettray*, "devesi constatare che le attività svolte nell'ambito della WSW (legge olandese volta al reinserimento sociale e lavorativo di tossicodipendenti aderenti ad un programma di recupero) non possono essere considerate attività economiche reali ed effettive, dal momento che rappresentano solo uno strumento per la rieducazione o il reinserimento degli interessati e che il lavoro retribuito, modellato sulle capacità fisiche e psichiche del singolo, ha come finalità il recupero, in tempi più o meno lunghi, della capacità di occupare un posto di lavoro ordinario o l'accesso ad un'esistenza il più possibile normale", cit. pt. 17. V. anche C. giust., 7 settembre 2004, C-456/02 *Trojani*, nel qual caso il sig. Trojani, accolto in un centro dell'Esercito della salvezza, in cambio del suo alloggio e di un po' di denaro per le piccole spese, effettuava varie prestazioni di circa trenta ore settimanali nell'ambito di un progetto individuale di inserimento socio-professionale.

standard che rappresentano ormai il primo accesso al mercato del lavoro in molti degli Stati membri. Nel pronunciarsi su tali rapporti giuridici e sulla meritevolezza dell'accesso alle tutele accordate dalla libertà di circolazione ex art. 45 TFUE, la Corte ha prestato particolare attenzione non già alla natura subordinata del vincolo o alla intensità delle direttive impartite, ma alla effettiva apprezzabilità economica del contenuto della prestazione tale da distinguerla sensibilmente dalla inattività o da quelle forme di accesso al mercato del lavoro di soggetti migranti che versano in uno stato di disoccupazione tale da contare in modo determinante sulle prestazioni sociali e assistenziali dello Stato ospite e la cui attività, se svolta, assume carattere marginale ed accessorio rispetto al sostentamento di questi¹⁵³.

Questo filone giurisprudenziale non può certo essere esaminato in questa sede. Si può soltanto osservare che la Corte di giustizia ha in qualche modo contribuito a rafforzare le tendenze già emerse in alcune legislazioni nazionali ispirate a contrastare pratiche di c.d. turismo sociale¹⁵⁴.

¹⁵³ C. giust., 23 marzo 1982, causa C-53/81, *Levin*. V. anche C. giust., 26 febbraio 1992, C-357/89, *Raulin*, caso in cui il lavoratore, pur considerato assoggettato al vincolo di subordinazione, avendo svolto un numero esiguo di ore, non poteva superare il "test" relativo al contenuto economico della prestazione e alla sua non marginalità ed accessorialità rispetto alle prestazioni socio-assistenziali dello Stato ospite; v. anche C. giust., 8 giugno 1999, C-337/97, *Meeusen*.

¹⁵⁴ S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, cit., p. 139-140. La Corte ha ribaltato il *decisum* della celebre sentenza *Martinez Sala* (C. giust., 12 maggio 1998, C-85/96), con la quale il cittadino europeo aveva visto riconosciuto il principio di parità di trattamento ex art. 18 TFUE con riguardo all'accesso alle prestazioni sociali. Nel tempo, con l'accentuarsi della crisi dei sistemi di *welfare*, la migrazione intracomunitaria ai fini dell'accesso a più generose prestazioni sociali è divenuta sempre meno socialmente accettata dai cittadini del Paese ospite, inducendo gli Stati ad intervenire con misure protezionistiche, ispirate alla selettività dei soggetti meritevoli di accesso alle prestazioni menzionate. Tali misure, scrutinate dalla Corte di giustizia, sono state ritenute legittime alla luce di una nuova e ridimensionata lettura dei diritti connessi allo *status* di cittadino europeo, cfr. i casi *Brey* (C. giust., 19 settembre 2013, C-140/12), *Dano* (C. giust., 11 novembre 2014, C-333/13), *Alimanovic* (C. giust., 15 settembre 2015, C-67/14). Per approfondimenti, v. E. ALES, *Il diritto alle prestazioni sociali dei migranti economicamente non attivi: una parola definitiva dalla Corte di giustizia*, cit., p. 295 ss.; S. GIUBBONI, *La solidarietà come «scudo». Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Q. Cost.*, a. XXXVIII, n. 3, settembre 2018, p. 521 ss.; S. BORELLI, *La mobilità dei lavoratori subordinati cittadini dell'Unione europea*, in L. CALAFÀ, D. GOTTARDI, M. PERUZZI (a cura di), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali*, Edizioni Scientifiche italiane, Roma-Napoli, 2012, p. 29 ss. Si tratta di un tema particolarmente caldo, come dimostrato anche dalla negoziazione delle condizioni di permanenza del Regno Unito dall'Unione europea negli anni 2015-2016. Una deroga *ad hoc* al regolamento n. 883/2004 rappresentava in effetti uno dei punti dell'Accordo raggiunto il 19 febbraio 2016 tra il Primo ministro David Cameron e il Consiglio europeo dell'Ue per scongiurare "Brexit". Nello stesso

Al contempo, secondo alcuni autori, alla luce dei recenti sviluppi, si può affermare che la Corte stia contribuendo sensibilmente alla costruzione di una nozione eurounitaria di lavoratore, applicabile in tutti gli ambiti di intervento dell'Unione nella materia giuslavoristica.¹⁵⁵

Tornando al tema in questione, la maggior parte della dottrina, pur tenendo presente la diversa *ratio* della formula *Bettray* ne afferma l'applicabilità anche in campo di d.i.p.¹⁵⁶. Infatti, si ritiene che la nozione di contratto di lavoro, riferita ai «rapporti in forza dei quali una parte è tenuta a svolgere una prestazione

periodo, la Corte di giustizia si è pronunciata su una procedura di infrazione promossa dalla Commissione contro il Regno Unito, sancendo la legittimità della legislazione britannica in quanto costruita in osservanza del principio di parità di trattamento in materia di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, nonostante la stessa introducesse delle clausole di residenza. Sull'importanza centrale di questi temi nell'ambito della trattativa relativa, dapprima alla rinegoziazione, poi, all'uscita del Regno Unito dall'Unione, cfr. G. STRBAN, *Brexit and social security of mobile persons*, ERA Forum, 2017, 18, p. 165 ss.; L. ROOTS, *Impact of the Article 50 of TEU on Migration of the EU Workers in Case of Brexit* in D. R. TROITINO T. KERIKMÄE A. CHOCHIAE (ed.), *Brexit*, Springer, 2018, p. 249 ss. Per approfondire i contenuti dell'Accordo, mai implementato a ragione dell'esito del noto referendum v. G.G. BALANDI, S. BORELLI, *Appunti sull'Accordo tra il Regno Unito e l'Unione europea in merito ai lavoratori comunitari*, in *Il Mulino*, 24 febbraio 2016. V. anche F. BILANCIA, *Il referendum del Regno Unito sulla Brexit: la libertà di circolazione dei cittadini UE nel mercato interno ed il problema del costo dei diritti sociali*, in *Ist. Fed.*, 2017, numero speciale, p. 69 ss.

¹⁵⁵ A. SAGAN, *The classification as 'worker' under EU law*, in *ELLJ*, 2019, Vol. 10, Issue 4, p. 353 ss.; E. MENEGATTI, *Taking EU labour law beyond the employment contract: the role played by the European Court of Justice*, *cit.*: «the capacious 'container' that is the single EU concept of worker can be applied to workers 'without adjectives', excluding only genuinely self-employed workers and entrepreneurs, that is to say, workers with 'direct' access to the markets they work in, where they normally perform services for multiple clients, without any functional and operational subordination to any other business entity. In this way, the CJEU's jurisprudence has wound up entitling dependent contractors, including casually engaged ones, to a good share of the employment protections provided for in EU primary and secondary law. These are protections the Court has so far expressly located in matters relating to pay, equality between male and female workers, pregnant workers, the organisation of working time, the regulation of collective dismissal (mass layoff) procedures, temporary agency workers, and the right to collective bargaining, which may work in derogation of antitrust law», *cit.* p. 39.

¹⁵⁶ P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della CE*, *cit.*, p. 103; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, *cit.*, p. 66-68; F. SEATZU, *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel Regolamento Roma I*, *cit.*, p. 338; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, *cit.*, p. 830; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, *cit.* p. 6; ID., *Rapporti di lavoro internazionali*, *cit.*; B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, M.T. CARINCI, C. CESTER, M.G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, Utet, 2011, p. 35; I. KUNDA, *Law applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in G. SANDER et. al. (ed.) *Transnational, European and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, Springer, 2017 p. 73 ss.; G. PERONE, M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero (Voce)*, *cit.*, p. 390. Per un'opinione contraria, v. E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, p. 392; M.E. CORRAO, *Profili internazionale-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in *Lav. Dir.*, fasc. 3, 2005, p. 503.

a carattere continuativo nell'interesse dell'altra operando secondo le direttive di quest'ultima e rivendicandone un corrispettivo in denaro, normalmente calcolato su base periodica»,¹⁵⁷ possa valere in ambito di d.i.p., anche in ragione del fatto che essa tiene conto della larghezza del bacino di utenti della disciplina in materia di norme di conflitto.

Il ricorso alla formula *Bettray* non conduce però per tutti gli interpreti agli stessi risultati: in effetti, le posizioni appaiono molto diversificate. Se in alcuni commenti si ridimensiona la rilevanza del potere direttivo come parametro restrittivo e ci si apre all'universo del lavoro economicamente dipendente in senso ampio¹⁵⁸, spingendosi ad ampliare ulteriormente il campo di applicazione delle norme di conflitto al lavoro autonomo *tout court*¹⁵⁹, in sintonia con le indicazioni formulate dalla Corte di giustizia, altre voci della dottrina, al contrario, sembrano voler negare l'applicabilità delle norme di scelta del diritto applicabile anche all'universo della parasubordinazione¹⁶⁰.

Ci pare doveroso prendere posizione tanto sull'applicazione dei canoni interpretativi tipici della libertà di circolazione all'ambito dei conflitti di leggi in materia lavoristica quanto sulla natura giuridica dei rapporti che la nozione di contratto individuale di lavoro ex art. 8 del Regolamento Roma I potrebbe abbracciare.

Vale la pena osservare in primo luogo che la libertà fondamentale di circolazione dei lavoratori è un pilastro comunitario rispetto al quale la disciplina

¹⁵⁷ P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della CE*, cit., p. 103.

¹⁵⁸ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in L. MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 2000, vol. I, p. 52 e 64 ss.; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 6; F. LUNARDON, *Subordinazione e diritto del lavoro in Europa*, in *Europa e Diritto*, 1998, I, p. 8; SANTORO PASSARELLI G., *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, attraverso il lavoro a progetto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, fasc. 4, I, p. 543 ss.; con meno convinzione anche G. PERONE, M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero (Voce)*, cit., p. 390;

¹⁵⁹ G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 6-7, spec. nt. 14, afferma l'applicabilità delle norme anche al lavoro autonomo, prendendo le mosse dalla giurisprudenza della Corte che ha esteso l'applicazione dei criteri di collegamento ex art. 8 Regolamento Roma I alla figura dell'agente in monocommittenza. Cfr. C. giust., 9 novembre 2000, C-381/98, *Ingmar*.

¹⁶⁰ A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 830; A. LYON CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 14-15.

delle norme di conflitto in materia di rapporti di lavoro presenta una indubbia strumentalità¹⁶¹. Armonizzare le norme di conflitto costituisce infatti un incentivo alla piena esplicazione delle libertà fondamentali previste dai Trattati. Risulterebbe dunque, a parere di chi scrive, un controsenso confezionare una nozione restrittiva *ad hoc* che si discosti dal canone giuridico in materia di subordinazione già sottoposto ad ampio rodaggio dalla Corte di giustizia.

Andrebbe poi indagato quali ricadute sistematiche avrebbe la ricostruzione che esclude l'applicabilità della disciplina a prestazioni personali ritenute estranee alla nozione di contratto di lavoro di cui agli artt. 6 della Convenzione e 8 del Regolamento. Ne conseguirebbe una valorizzazione della volontà delle parti *tout court* probabilmente poco coerente con l'impianto complessivo di entrambi gli atti, i quali manifestano una particolare attenzione alla protezione della parte debole. Eppure, anche nei casi in cui il potere direttivo risulti atteggiarsi in modo meno stringente, una asimmetria contrattuale tra le parti è pur sempre presente e l'esigenza della costruzione di uno statuto protettivo della parte contrattuale svantaggiata permane in ogni caso, a prescindere dalla soggezione ad un potere di direzione propriamente detto¹⁶².

D'altro canto, l'opinione minoritaria che nega l'esportabilità della formula *Betray* alla materia dei conflitti di legge poggia su considerazioni non del tutto infondate. In particolare, questa dottrina ha osservato che sarebbe molto più sensato, in luogo dell'adozione delle linee interpretative adottate dalla Corte di giustizia in materia di libertà di circolazione, avvalersi della c.d. *lex causae*¹⁶³.

In effetti, il giudice potrebbe, secondo questa ricostruzione, avvalersi della legge applicabile al contratto per determinare se il rapporto in questione possa qualificarsi come rapporto di lavoro alla luce dell'ordinamento richiamato;

¹⁶¹ COM (2003) 654 def., 14 gennaio, 2003, *Libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*.

¹⁶² PUBLICATIONS OFFICE OF THE EUROPEAN UNION, *Exploring Self-Employment in the European Union*, Luxembourg, 2017, consultabile al sito: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/microdata/europeanunion-labour-force-survey>.

¹⁶³ E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, p. 392.

si tratterebbe della legge scelta delle parti in caso la volontà sia stata espressamente o tacitamente espressa, oppure, in mancanza, tale legge andrebbe ad identificarsi con quella del luogo abituale di lavoro. È alla luce di tale legge che il giudice dovrà, accertando le concrete modalità di esecuzione del rapporto, determinare le disposizioni applicabili in ragione del tipo contrattuale cui la fattispecie concreta è ricondotta. Il risultato di questa operazione dovrebbe essere, a parere di questa dottrina, la medesima provenienza della *lex causae* e delle norme inderogabili a tutela del lavoratore di cui all'art. 8, par. 1, seconda frase del regolamento Roma I, rinvenibili nel medesimo ordinamento.

Un'altra possibilità potrebbe essere quella di adottare la *lex fori*, per lo meno ai fini della qualificazione.

Per quanto infatti un'interpretazione autonoma degli atti considerati sia auspicata anche dalla Corte di Lussemburgo, in concreto il giudice potrebbe muoversi alla luce della c.d. doppia qualificazione¹⁶⁴, ossia quel modo di procedere tipico del diritto internazionale privato per il quale il dilemma della qualificazione giuridica di una determinata fattispecie va dapprima risolto alla luce dell'ordinamento del foro, e in un secondo luogo, "corretta" alla luce dell'ordinamento richiamato dai criteri di collegamento individuati dalla norma di conflitto, ordinamento che potrebbe eventualmente sostituirsi a tale prima qualificazione, etichettando un determinato rapporto giuridico non già come rapporto di lavoro subordinato *tout-court*, ma riconducendolo all'universo della parasubordinazione o dell'autonomia.

Il criterio della doppia qualificazione, insomma, potrebbe condurre all'applicazione di un determinato statuto protettivo o viceversa escluderne l'applicabilità alla luce della lente del diritto straniero richiamato in sede di seconda qualificazione.

¹⁶⁴ G. BARILE, *Qualificazione (dir. internaz. priv.) (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 96 ss.

Peraltro, va tenuto conto, da un lato, della tendenziale coincidenza tra *ius e forum* molto valorizzata dal legislatore eurounitario, tale per cui il giudice tenderà ad applicare il diritto che più conosce e con il quale avrà maggiore familiarità, senza che questi problemi si pongano affatto; dall'altro, la valorizzazione delle norme cui non è possibile derogare convenzionalmente che ai sensi dell'art. 8 comunque troveranno applicazione anche se il *pactum de lege utenda* richiama il diritto straniero. Il tutto riduce la probabilità che il giudice sia chiamato ad applicare una legge diversa da quella del foro, ma non la esclude del tutto.

Se questo punto di vista dottrinale suscita una certa suggestione, a parere di chi scrive la soluzione preferibile rimane il rinvio all'interpretazione della nozione di lavoro subordinato a fini della libertà di circolazione. Ciò non solo in ragione del già esposto argomento relativo al rapporto di strumentalità tra libertà di circolazione e norme di conflitto, ma anche in forza di un più attento esame della giurisprudenza.

In effetti, la Corte di giustizia ha avuto modo di applicare il canone giuridico elaborato in materia di libertà di circolazione ad una fattispecie di d.i.p.. In particolare, la questione si è posta con riguardo al riparto di giurisdizione sancito dal regolamento Bruxelles I, n. 44/2001¹⁶⁵. La Corte, nel pronunciarsi in via pregiudiziale su una domanda di risarcimento del danno cagionato da un amministratore delegato di nazionalità tedesca alla società olandese dalla quale era stato assunto, avendo egli lavorato per le sedi controllate ubicate in Germania, non ha esitato ad applicare la giurisprudenza elaborata in materia di libertà di circolazione esportandone i contenuti al riparto di giurisdizione. I giudici di Lussemburgo hanno così affermando che i titoli di giurisdizione speciali previsti dal regolamento (art. 5), che accordano la competenza giurisdizionale al giudice del luogo abituale di lavoro, potevano ben applicarsi anche in questo caso. Simile

¹⁶⁵ C. giust., 10 settembre 2015, C-47/14, *Holterman*.

interpretazione pare senza dubbio estensibile alla più evoluta versione del regolamento, n. 1215/2012, c.d. Bruxelles I-bis¹⁶⁶.

Resta tuttavia da domandarsi se, risolto il dilemma della nozione di subordinazione alla luce della giurisprudenza sviluppatasi sulla libertà di circolazione ex art. 45 TFUE, abbia senso anche applicare il test di non marginalità ed accessorietà che, come si è visto, funge da spartiacque per qualificare o meno come subordinazione rilevante ai fini della circolazione nel mercato interno, soprattutto nell'ambito di rapporti di lavoro non standard o atipici.

A parere di chi scrive, la soluzione preferibile è quella negativa, innanzitutto perché il test in questione si ispira alla *ratio* di selezionare i lavoratori subordinati che si spostano per effettuare all'estero una attività economica reale ed effettiva, caratterizzata da patrimonialità, per distinguerli dai migranti economicamente non attivi; la *ratio* in esame è del tutto inconferente allorquando si discuta di d.i.p. In secondo luogo, l'esclusione di tali rapporti giuridici pare ingiustificata per il semplice motivo che, allorquando essi assumano carattere di internazionalità, potrebbe ben porsi un problema di conflitto di leggi e di selezione del diritto applicabile, soprattutto quando la qualificazione giuridica dei rapporti in questione porta a risultati diversi nei diversi ordinamenti (si pensi ai rapporti di apprendistato, in alcuni Stati qualificati come rapporti di lavoro subordinato ed in altri come rapporti formativi)¹⁶⁷. E, se il problema in questione si pone, va risolto alla luce della disposizione che meglio si attaglia a fattispecie simili, ossia l'art. 8 del Regolamento Roma I.

Si potrebbe tuttavia obiettare che un'applicazione selettiva dei suddetti criteri non trova giustificazione e che il loro utilizzo impone anche il necessario impiego del "test" come sopra descritto.

¹⁶⁶ M. FORNASIER, *Employment Contracts, Jurisdiction*, cit., p. 624 ss.

¹⁶⁷ E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, p. 392.

2.3 “Contratto” - “rapporto” di lavoro e “datore di lavoro”: qualche chiarimento

Vi sono ulteriori elementi sui quali la Convenzione, come pure il regolamento, tacciono. Tra questi, è singolare la mancanza di una definizione di datore di lavoro. Com'è stato giustamente osservato in dottrina, «occorre distinguere il problema internazional-privatistico della sua identificazione ai fini della determinazione della legge applicabile da quello dell'imputazione del rapporto come conseguenza di quest'ultima»¹⁶⁸. La ricerca della nozione di datore di lavoro va di sicuro effettuata in modo autonomo, nell'ambito dell'interpretazione del sistema della Convenzione e del regolamento e, dunque, di certo, a prescindere dalla tentazione del ricorso alla *lex fori*. Il datore di lavoro si identificherà naturalmente con il soggetto titolare del potere direttivo e dell'interesse all'esecuzione della prestazione, nonché con il soggetto che eroga il corrispettivo, dovendosi di nuovo ricercare il significato di queste nozioni alla luce degli orientamenti della Corte di giustizia¹⁶⁹. Quanto alla qualificazione giuridica dello stesso, se in passato si escludeva del tutto l'applicabilità delle norme di conflitto al datore di lavoro pubblico, anche in ragione dell'esclusione della materia amministrativa dal campo di applicazione del regolamento (art. 1, par. 1), l'approccio in questione appare oggi troppo manicheo, dal momento che gli stessi rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni sono

¹⁶⁸ G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 8.

¹⁶⁹ M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, cit., p. 504.

sovente privatizzati¹⁷⁰ e che anche la mobilità internazionale dei lavoratori pubblici si è accentuata¹⁷¹.

L'assenza di una precisa nozione di "datore di lavoro" si affianca alla ulteriore ambiguità cui è d'obbligo dedicare qualche riflessione: ci riferiamo alla dicotomia "contratto" - "rapporto" di lavoro, cui sinora, nel corso della trattazione non si è attribuita rilevanza, impiegando sovente le due nozioni come se esse fossero intercambiabili.

Prima di addentrarsi nella disciplina della legge regolatrice del contratto di lavoro con elementi di internazionalità, appare opportuno comprendere le sfumature di queste nozioni e la loro connessione.

Pare opportuno partire da un dato: se nel progetto preliminare della Convenzione si parlava di "rapporto di lavoro", nel testo infine licenziato della Convenzione e nel successivo regolamento il riferimento è invece al "contratto individuale di lavoro"¹⁷². Una formulazione del genere potrebbe far sorgere il dubbio circa l'applicabilità del regolamento anche a rapporti di mero fatto, privi di qualsivoglia copertura contrattuale. A ben vedere, lo stesso regolamento fornisce una risposta chiara a queste perplessità con le disposizioni dell'art. 12, par. 1, lett. e) e art. 10, par. 1¹⁷³. In effetti, l'art. 12 annovera tra gli istituti giuridici disciplinati dalla legge individuata ai sensi del regolamento anche le conseguenze della nullità del contratto; inoltre, l'art. 10, par. 1 chiarisce che "l'esistenza e la validità del contratto o di una sua disposizione si stabiliscono in

¹⁷⁰ G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 7. È noto l'orientamento uniforme delle corti nazionali che sancisce la necessità di distinguere le funzioni esercitate dal lavoratore, affermando che le funzioni non strettamente attinenti a pubblici poteri importano l'applicabilità delle regole generali tanto con riguardo al conflitto di leggi e alla scelta del diritto applicabile al contratto, quanto con riguardo alla determinazione del giudice competente. Per approfondire, cfr. C. giust., 19 luglio 2012, C-154/11 *Abmed Mahamdia c. Repubblica algerina democratica e popolare* e Cass. S.U., 4 febbraio 2016, n. 2200. L'impostazione del problema è condivisa da F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., p. 401.

¹⁷¹ Cfr. art. 32 D.lgs. 165/2001, in forza del quale "le pubbliche amministrazioni favoriscono e incentivano le esperienze del proprio personale presso le istituzioni europee, le organizzazioni internazionali nonché gli Stati membri dell'Unione europea [...]".

¹⁷² S. SCIARRA, A. LYON CAEN, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 14-15; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 65.

¹⁷³ G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 8.

base alla legge che sarebbe applicabile in virtù del presente regolamento se il contratto o la disposizione fossero validi»¹⁷⁴.

La Relazione Giuliano e Lagarde conferma questa impostazione, affermando che «l'attuale formulazione dell'articolo 6 parla di 'contratto di lavoro' e non di 'rapporti di lavoro', ai quali invece si riferisce l'avamprogetto iniziale. Occorre però precisare che la norma dell'articolo 6 abbraccia anche il caso dei contratti nulli e i rapporti di lavoro di puro fatto, e segnatamente quelli caratterizzati dall'inosservanza di disposizioni contrattuali che la legge impone per la protezione dei lavoratori»¹⁷⁵. In effetti, anche il contratto nullo o annullabile può porre questioni di conflitto di leggi se sono presenti elementi di estraneità, ed in tal caso ben potranno applicarsi l'art. 2126 cod. civ. o le analoghe disposizioni del diritto straniero.

A sollevare qualche ulteriore perplessità è però, come attenta dottrina ha osservato, il fatto che questa formulazione finisca per non tenere conto di vicende fattuali che non possono considerarsi rilevanti in quanto non strettamente contrattuali: «a fronte di un contratto di lavoro, in cui le parti costruiscono l'impianto iniziale del sinallagma, si osservano imprevedibili diversificazioni delle originarie obbligazioni. Può succedere che il datore di lavoro sia parte di una struttura societaria complessa e chiedi al lavoratore di muoversi all'interno dell'impresa di gruppo o fra le società collegate; può accadere che un terzo soggetto – l'impresa utilizzatrice nel lavoro interinale, l'impresa di un altro stato membro presso cui il lavoratore viene distaccato – si inserisca nell'impianto originario e diventi rilevante per lo svolgimento del rapporto, pur non essendo

¹⁷⁴ B. CORTESE, *Art. 10. Consenso e validità sostanziale*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, in NLCC, 2009, 3-4, p. 804 ss.; A. LEANDRO, *Art. 12. Ambito della legge applicabile*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, in NLCC, 2009, 3-4, p. 817 ss.

¹⁷⁵ *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I, cit., sub. art. 6.*

parte del contratto di lavoro, con ciò materializzando una dimensione triangolare dello scambio ed una diversificazione dei poteri organizzativi e gestionali»¹⁷⁶.

In effetti, la predilezione per la soluzione contrattuale può condurre a qualche criticità, nel momento in cui il rapporto di lavoro assuma, a titolo di esempio, oltre al carattere internazionalprivatistico, il carattere di rapporto di lavoro nel gruppo di impresa le cui consociate si collochino in diversi Stati membri. In questo caso, i criteri di collegamento assumono, almeno in apparenza, un carattere mutevole (*conflict mobil*), portando con sé il mutamento della legge applicabile corrispondente al mutamento del luogo di esecuzione della prestazione¹⁷⁷.

Riflettendoci bene, però, simili osservazioni assumono una rilevanza più teorica che pratica. Se le critiche in questione hanno infatti il merito di segnalare che, già all'indomani dell'approvazione della Convenzione, e a maggior ragione oggi, essa si attagliava forse troppo rigidamente al modello classico di subordinazione, presentando scarsi profili di dinamicità¹⁷⁸, esse d'altro canto trascurano ciò che avviene nella prassi. Normalmente, infatti, la mobilità dei lavoratori si esplica in ragione di un corrispondente strumento di natura negoziale a ciò preposto. In primo luogo, potrebbe accadere che l'invio all'estero del lavoratore avvenga in ragione di una *mobility clause* inserita nel contratto stipulato. Potrebbe darsi che il lavoratore venga distaccato presso la succursale estera del proprio datore di lavoro per effetto dell'assegnazione di un compito di natura temporanea nell'ambito di un contratto di cooperazione tra le società del gruppo. Le parti potrebbero concludere un nuovo contratto, per il tramite di una novazione, in ragione del mutamento soggettivo del contratto precedente; oppure potrà stipularsi una cessione del contratto da una consociata all'altra; oppure

¹⁷⁶ S. SCIARRA, A. LYON CAEN, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 15. Per approfondimenti, v. M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, cit., p. 504-505.

¹⁷⁷ M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, cit., p. 497-499; P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit., p. 240.

¹⁷⁸ S. SCIARRA, A. LYON CAEN, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 15-16.

dovranno stipulare un contratto di assunzione in loco perché ciò è richiesto dalla legislazione dello stato di destinazione (che potrebbe essere anche uno Stato non UE)¹⁷⁹. Potrebbe accadere che addirittura vi siano due contratti in collegamento: quello originariamente stipulato e quello preposto a regolare la prestazione per l'estero, con la previsione dell'attribuzione al datore di lavoro "originario" di una clausola di revoca del distacco, riservandosi questi il diritto di richiamare il lavoratore ad eseguire la prestazione nel luogo di lavoro originario.

Gli strumenti negoziali impiegati, dunque, potrebbero essere vari ed è improbabile che la mobilità del lavoratore non venga "cristallizzata" contrattualmente o, più genericamente, non assuma forma negoziale alcuna¹⁸⁰. Non a caso, il considerando n. 36 del regolamento Roma I, nel precisare che, "per quanto riguarda i contratti di lavoro individuali, il lavoro eseguito in un altro paese dovrebbe essere considerato temporaneo se il lavoratore deve riprendere il suo lavoro nel paese d'origine dopo l'esecuzione del suo compito all'estero", aggiunge che "la conclusione di un nuovo contratto di lavoro con il datore di lavoro originario o con un datore di lavoro appartenente allo stesso gruppo di società del datore di lavoro originario non dovrebbe escludere che il lavoratore esegua il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo."

Sui problemi posti dal lavoro temporaneo nello spazio giuridico eurounitario si tornerà. Sin d'ora è bene segnalare che l'individuazione del luogo

¹⁷⁹ Vedi U. GRUŠIĆ, *The European Private International Law of Employment*, cit., p. 157 e ancora p. 161; P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. Commentario, cit., pp. 779-781.

¹⁸⁰ Vedi U. GRUŠIĆ, *The European Private International Law of Employment*, cit., pp. 157-162. B. FOUQUET, V. LACAUX, *Le politiche di mobilità nelle imprese transnazionali*, in *Law. Dir.*, 2005, 3, p. 475 ss.; A. COSTA, *Criticità nella gestione operativa del personale distaccato all'estero*, in *RDSS*, anno XII, n. 3, 2012, p. 705 ss.; ID., *Mobilità transazionale del management nei gruppi di impresa: la gestione del personale distaccato in Italia*, in *RDSS*, anno VIII, n. 2, 2008, p. 455 ss.; O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da unicità d'impresa*, in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona", Int. n. 89/2009; L. NOGLER, *Sulla previsione contrattuale della sospensione del rapporto con prestito del lavoratore ad altra impresa collegata*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, p. 936 ss. V. anche, in una prospettiva più ampia, M. T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro. Atti del convegno internazionale di studio, Università di Milano, 26-27 giugno 2014*, Milano, Giuffrè, 2015.

abituale di lavoro, in questi casi, non è così scontata come si potrebbe evincere dal considerando sopra esposto¹⁸¹.

2.4 *I criteri di collegamento in materia di contratto individuale di lavoro nel sistema della Convenzione e del regolamento Roma I*

La disciplina dei conflitti di legge¹⁸² in tema di contratti individuali di lavoro è individuata dall'articolo 6 della Convenzione di Roma e dall'art. 8 del Regolamento 'Roma I' che, come noto, per i contratti stipulati a far data dal 19 dicembre 2009, sostituisce la Convenzione in tutti gli Stati membri ad eccezione della Danimarca.

Abbiamo già ampiamente inquadrato la genesi della Convenzione rispetto al sistema delle fonti comunitarie e fatto cenno al rapporto con i sistemi di d.i.p. degli Stati membri, che in un primo tempo convivevano con il sistema delle convenzioni vantando un ruolo ben più intenso di quello odierno, destinato a ridimensionarsi in seguito al fenomeno di comunitarizzazione della disciplina di d.i.p. convenzionale.

¹⁸¹ C. giust., 10 aprile 2003, C-437/00, *Pugliese*. Su cui v. U. GRUŠIĆ, *The European Private International Law of Employment*, cit., pp. 161-162.

¹⁸² Si è già chiarito che la Convenzione di Roma quanto il Regolamento Roma I non recano una definizione di contratti internazionali o con elementi di estraneità, ma dispongono che la disciplina in questione si applichi "alle circostanze che comportino un conflitto di leggi" con particolare riguardo alle "obbligazioni contrattuali in materia civile e commerciale" (art. 1). Come si è ampiamente visto, nel campo del diritto internazionale privato la convivenza tra diversi ordinamenti giuridici ed il contatto di questi con la medesima fattispecie contrattuale conduce alla «disponibilità di tutti a regolare quella fattispecie, rendendo necessario che venga operata una scelta tra loro», F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 386. Inoltre, va osservato che l'ampia valorizzazione della libertà delle parti dà spazio all'ulteriore possibilità che la fattispecie puramente interna ad un determinato ordinamento possa ben essere assoggettata all'applicazione del diritto straniero per effetto del *pactum de lege utenda*, cfr. F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 52; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 5. Come visto sopra, la possibilità di assoggettare la fattispecie totalmente interna alla legge straniera è accordata dalla Convenzione e dal regolamento, anche se quest'ultimo appone limitazioni all'esercizio dell'autonomia delle parti, sia per contrastare ipotesi di frode alla legge di un dato Stato, le cui disposizioni non derogabili convenzionalmente non devono poter essere fatte oggetto di elusione (art. 3, par. 3), sia per contrastare ipotesi di frode al diritto comunitario (art. 3, par. 4).

Quel che non si è ancora detto è che i sistemi di diritto internazionale privato domestici al tempo accordavano preminenza assoluta ad un'applicazione territoriale del diritto del lavoro, avvalendosi dell'argomento del *favor prestatoris*. Diretta conseguenza di tale operazione interpretativa era l'innalzamento di una vera e propria frontiera giuridica ad impedire l'ingresso del diritto straniero e la frequente inibizione dell'applicazione di norme lavoristiche straniere, specie se ispirate ad un equilibrio tra gli interessi delle parti meno favorevole per il lavoratore¹⁸³.

La prima grande innovazione della Convenzione di Roma in ambito giuslavoristico è stata proprio quella di creare una breccia nella descritta concezione protezionistica, per fare gradualmente spazio alla convinzione che «la minima protezione che deve essere assicurata al lavoratore non è necessariamente

¹⁸³ L'orientamento è inaugurato da Cass. 6 settembre 1980, n. 5156, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1982, II, p. 42 ss., con nota di F. POCAR, *Protezione del lavoratore e legge applicabile ai rapporti di lavoro*. Alla stessa sentenza, v. pure il commento di G.B. FERRI, *Territorialità del diritto del lavoro e ordine pubblico*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1981, p. 23 ss. L'orientamento è successivamente consolidato da: Cass. 9 novembre 1981, n. 5924, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1982, p. 619 ss.; Cass. 25 maggio 1985, n. 3209 in *FI*, Repertorio (Dir. Int. Priv- Lavoro-Rapporto di); Cass. 7 marzo 1986, n. 1530, in *FI*, Repertorio (Dir. Int. Priv- Lavoro-Rapporto di); Cass. 26 febbraio 1986, n. 1226, in *FI*, 1986, I, p. 1560; Cass. 15 febbraio 1988, n. 1622, in *FI*, Repertorio (Dir. Int. Priv- Lavoro-Rapporto di); Cass. 25 febbraio 1988, n. 2029, in *Riv. Giur. Lav.*, 1988, II, p. 282 ss. Orientamenti accolti nella giurisprudenza di merito coeva: Pret. Roma, ord. 11 agosto 1988, in *FI*, 1989, I, col. 787; Trib. Milano, 26 maggio 1989, conferma Pret. Milano 12 agosto 1987, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, I, p. 33 ss., con nota di W. BURRAGATO, *Sul contratto di lavoro tra italiani all'estero*; Pret. Roma, 28 giugno 1990, in *DPL*, 1990, p. 2287 ss.. Lo stesso orientamento rimane immutato per tutti gli anni Novanta: Cass. 22 febbraio 1992, n. 2193, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1992, p. 150 ss.; Cass. 9 settembre 1993, n. 9435, in *Giust. Civ.*, 1994, V, pt. I, p. 1315 ss., con nota di C. BONCI, *Appunti sull'applicabilità della legge straniera ai rapporti di lavoro e il favor verso il lavoratore*; Cass. 27 marzo 1996, n. 2756, in *FI*, 1996, I, p. 2427 ss.; Cass., 9 marzo 1998, n. 2622, in *FI*, 1999, I, p. 983 ss.. Similmente, nella giurisprudenza di merito, Pret. Milano, 5 gennaio 1995, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, con nota di T. VETTOR, *Rapporto di lavoro all'estero, licenziamento e legge applicabile secondo la Convenzione di Roma*, p. 503 ss.; Pret. Roma, 8 gennaio 1998, e ord. Pret. Roma, 20 aprile 1998, entrambe in *Giur. Lav. Lazio*, 1998, fasc. 1, con nota di P. DE MARCO, *Lavoro all'estero: scelta della legge applicabile e limite dell'ordine pubblico interno*, leggibile anche collegandosi al sito: <http://www.chilosiantpartners.it/pubblicazioni/pubblicazioni-giurisprudenza-del-lavoro-nel-lazio/lavoro-allestero-scelta-della-legge-applicabile-e-limite-dellordine-pubblico-interno/>. Per una ricostruzione di sistema di questa giurisprudenza v. M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, cit., p. 75 ss.; F. MOSCONI, *Giurisprudenza e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 40 ss.; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 33 ss.; B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili di internazionalità*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del Lavoro. Commentario*, Vol. II, Utet, 2007, cit. p. 2093 ss., nonché A. MALINTOPPI, *Lavoro (dir. internaz. priv.) (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, p. 641 ss. Soltanto a partire dagli anni 2000 si registrerà un mutamento di orientamento su cui v. *infra*, par. 2.4.3, nt. 270.

quella che reca il più alto livello di tutela, ma quella che presenta il collegamento più soddisfacente con il contratto»¹⁸⁴. In altre parole, nella prospettiva della Convenzione, il valore che va salvaguardato è piuttosto quello della prossimità, tanto ai fini della determinazione dello *ius* applicabile che ai fini della determinazione del *forum*.

A dispetto di tali indicazioni di massima, tra gli aspetti più marcati di differenziazione tra la Convenzione ed il regolamento, atti che – pur vantando un’impostazione generalmente sovrapponibile¹⁸⁵ – presentano più di una discrepanza, va certamente annoverato il diverso atteggiarsi del principio di prossimità. Quest’ultimo è infatti fortemente valorizzato nella Convenzione e invece ridimensionato nell’ambito del regolamento, ove si sceglie di comprimerne il ruolo a favore della prevedibilità delle soluzioni. L’immediata conseguenza di questa scelta, come si è già visto, è rappresentata dalla lettera dell’art. 4 del regolamento che, individuando la prestazione caratteristica del contratto¹⁸⁶, si riferisce alla residenza abituale del debitore come generale criterio di collegamento per la determinazione della legge applicabile ai contratti ivi individuati¹⁸⁷.

Come si vedrà, questa impostazione è in parte disattesa con riguardo al contratto di lavoro, per il quale si predispongono criteri di collegamento *ad hoc*

¹⁸⁴ B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili di internazionalità*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, cit. p. 2093.

¹⁸⁵ P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., pp. 771-772.

¹⁸⁶ Individuabile alla luce della “funzione che il rapporto giuridico in oggetto svolge nella vita economica e sociale”, *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del prof. Mario Giuliano, docente all’Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all’Università di Parigi I*, cit., sub. art. 4. Nei più comuni contratti sinallagmatici si tratta della prestazione non monetaria.

¹⁸⁷ A. LEANDRO, *Art. 4. Libertà di scelta*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, in NLCC, 2009, 3-4, p. 637 ss.; N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, cit., 2009; T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, cit., pp. 48-51; G. CARELLA, *La scelta della legge applicabile da parte dei contraenti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*. *Atti del Convegno tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007*, cit.

senza paralizzare del tutto il principio di prossimità, il quale conserva comunque un discreto protagonismo¹⁸⁸

Veniamo allora alla formulazione dell'art. 8 del regolamento, che eredita la generale impostazione dell'art. 6 della Convenzione¹⁸⁹.

La disposizione regolamentare enuncia che “il contratto individuale di lavoro è disciplinato dalla legge scelta dalle parti conformemente all'art. 3”, consacrando dunque il criterio di collegamento della volontà delle parti; si precisa tuttavia che “tale scelta non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma dei paragrafi 2, 3, 4” (par. 1) dello stesso articolo. Si tratta della legge del luogo ove il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro (par. 2) ovvero, in mancanza, della legge del luogo di assunzione (par. 3), sempreché, dall'insieme delle circostanze, non emerga che il contratto presenti un collegamento più stretto con un altro Paese (par. 4, c.d. clausola di eccezione).

Procedendo con ordine, appare opportuno innanzitutto meglio chiarire l'ingegneria dell'art. 8 che, similmente all'antecedente art. 6, costruisce due scenari alternativi. Il primo scenario, che intercorre quando i contraenti esercitino l'*optio legis*, introduce una limitazione dell'autonomia contrattuale nell'interesse del prestatore di lavoro, garantendo comunque l'applicazione delle norme protettive

¹⁸⁸ G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 10-11; contra, A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., pp. 828-829.

¹⁸⁹ E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 389 ss.; M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, cit., pp. 58-64; U. LIUKKUNEN, M. FORNASIER, *Employment Contracts, Jurisdiction*, cit., p. 617-618; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 9 ss.; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 829 ss.; M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, cit., p. 506 ss.; F. SEATZU, *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel Regolamento Roma I*, cit., p. 337 ss.; P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»). *Commentario*, cit., p. 771 ss.; M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 391-392. Con riguardo alla sola Convenzione di Roma, cfr. S. SCIARRA, A. LYON CAEN, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 21 ss.; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., pp. 50-53; M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, cit., pp. 81-86; P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit., pp. 238-240.

del diritto che sarebbe stato richiamato dai criteri di collegamento operanti in mancanza di scelta. Gli stessi criteri di collegamento assolvono ad una doppia funzione, perché contribuiscono anche alla costruzione del secondo scenario, che intercorre quando la volontà delle parti non sia stata esercitata e sia dunque necessario determinare la legge applicabile al contratto. Sono allora indicati, in concorso successivo, i criteri di collegamento sussidiari della *lex loci laboris* e della sede di assunzione, destinati tuttavia a soccombere quando, in virtù del principio di prossimità, la fattispecie concreta risulti più legata a un diverso ordinamento giuridico, la legge del quale finirà per prevalere¹⁹⁰.

Riscontriamo dunque il ricorso ad una commistione di tecniche internazionalprivatistiche diverse. Da una parte, l'indicazione di plurimi criteri di collegamento in c.d. concorso successivo: i criteri sono impiegati a cascata, in sequenza, l'uno dopo l'altro, talché il criterio di collegamento successivamente elencato subentra a quello precedente soltanto nel caso in cui questo non sia in grado di funzionare. Il concorso successivo denota preferenza per i criteri di collegamento prioritariamente indicati, ritenuti più idonei a determinare l'ordinamento più adatto a regolare la fattispecie; gli ulteriori criteri possono subentrarvi, ma soltanto nel caso di malfunzionamento dei primi¹⁹¹. Purtuttavia, nel caso dei contratti di lavoro, a questa esigenza si aggiunge la finalità di

¹⁹⁰ E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 389 ss.; M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, cit., pp. 58-64; U. LIUKKUNEN, M. FURNASIER, *Employment Contracts, Jurisdiction*, cit., pp. 617-618; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 9 ss.; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 829 ss.; M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, cit., p. 506 ss.; F. SEATZU, *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel Regolamento Roma I*, cit., p. 337 ss.; P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»). *Commentario*, cit., p. 771 ss.; M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., pp. 391-392. Con riguardo alla sola Convenzione di Roma, cfr. S. SCIARRA, A. LYON CAEN, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 21 ss.; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., pp. 50-53; M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, cit., pp. 81-86; P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit., pp. 238-240.

¹⁹¹ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., pp. 210-211.

protezione della parte debole¹⁹², che si esprime nella previsione di alcuni correttivi in grado di sovrapporsi alla naturale operatività del meccanismo appena menzionato.

A ben guardare, in effetti, la volontà delle parti è sì criterio preferito, ma non può comportare la disapplicazione delle norme protettive non derogabili convenzionalmente che avrebbero trovato applicazione in mancanza di scelta; in secondo luogo, il ricorso alla c.d. clausola di eccezione individuata al par. 4 pretermette la legge del luogo di esecuzione della prestazione o del luogo di assunzione, perché un più stretto collegamento con un altro Paese è in grado di prevalere in ogni caso, denotando una maggiore prossimità della fattispecie con un diverso ordinamento.

Un'ingegneria complessa, forse macchinosa, eppure ritenuta dai più coerente con la *ratio* perseguita¹⁹³, quella di predisporre una disciplina attenta alle particolarità del contratto di lavoro, capace di assicurare alla parte debole del rapporto una disciplina ancor più favorevole di quella applicabile in virtù dei criteri previsti dall'art. 4, ed al contempo rispondente alla funzione economico-sociale del contratto in questione¹⁹⁴.

¹⁹² S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 6 ss.

¹⁹³ Si evince un giudizio di complessiva appropriatezza della disciplina in: E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 389 ss.; M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, cit., pp. 58-64; U. LIUKKUNEN, M. FORNASIER, *Employment Contracts, Jurisdiction*, cit., p. 617-618; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 9 ss.; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 829 ss.; M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, cit., p. 506 ss.; M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., pp. 391-392; M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, cit., pp. 81-86. Moderatamente critici appaiono invece i giudizi di cfr. S. SCIARRA, A. LYON CAEN, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 21 ss. e F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 50-53. Il giudizio di P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 771 ss. è invece radicalmente negativo, così come quello di F. SEATZU, *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel Regolamento Roma I*, cit., p. 337 ss. In una prospettiva più squisitamente internazionalprivatistica è scettica anche S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, cit., p. 306 ss.

¹⁹⁴ “Dopo aver riesaminato la specifica norma di conflitto in materia di contratti di lavoro, il gruppo ha deciso di procedere ad una profonda modifica del presente articolo, che già era contenuto (come articolo 5) nell'avamprogetto iniziale, e di ravvicinarne la struttura a quella dell'attuale articolo 5, che ha per oggetto i contratti conclusi dai consumatori. Si trattava infatti, in un caso come nell'altro, di

Si cercherà di tenere presente la complessiva operatività della disciplina per formulare un giudizio. Nondimeno, comprenderne i risvolti impone per forza di cose di considerarne i singoli aspetti. A tal fine, conviene affidarsi alla metafora sopra esposta della coesistenza di due scenari alternativi.

2.4.1 *Primo scenario: l'autonomia della volontà e i suoi limiti*

Si ricorderà che nella naufragata proposta di regolamento del 1972 la volontà delle parti veniva sostanzialmente neutralizzata, in quanto vi si stabiliva che ai rapporti di lavoro si applicasse il diritto del lavoro vigente nello Stato in cui si trovava lo stabilimento nel quale il lavoratore era occupato, indipendentemente dal domicilio delle parti contraenti, dalla sede dell'impresa o dal luogo di conclusione del contratto¹⁹⁵. Per di più, all'accordo delle parti stipulato in violazione delle menzionate disposizioni, il progetto di regolamento comminava la sanzione della nullità, a meno che la pattuizione non afferisse alle ipotesi di deroga espressamente consentite, tutte riconducibili ad ipotesi di mutamento temporaneo del luogo abituale di lavoro. In queste circostanze, l'applicazione della legge del Paese d'origine in luogo di quella di effettivo svolgimento della prestazione era autorizzata purché accettata per iscritto dal lavoratore, il quale avrebbe comunque beneficiato anche dell'applicazione del *corpus* protettivo delle norme lavoristiche del paese ospite (v. *supra*, par. 2.1).

Come si è detto, nel primo scenario delineato dall'art. 8 del regolamento Roma I, in continuità con l'art. 6 della Convenzione, il legislatore attribuisce

applicare una normativa più adatta a materie nelle quali gli interessi di una parte contraente non si pongono sullo stesso piano degli interessi dell'altra, e di assicurare parallelamente, tramite detta normativa, una migliore tutela a quella parte che, sotto l'aspetto socio-economico, dev'essere considerata come la più debole nel rapporto contrattuale", cfr. *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I, cit., sub. art. 6.*

¹⁹⁵ Proposta di regolamento n. C 49/26 in G.U.C.E. del 18 marzo 1972, *cit.*, leggi in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1972, p. 925 ss.; cfr. M. PANEBIANCO, *La «Lex Laboris» per i lavoratori migranti e nelle imprese con attività internazionale*, *cit.*, p. 27 ss.; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, *cit.*, pp. 30-31 e pp. 44-46; S. EVJU, *Posting Past and Present: The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, *cit.*, pp. 4-11.

rilevanza prioritaria al criterio di collegamento della volontà delle parti (pur introducendo il significativo correttivo di cui si dirà) dando luogo ad una radicale inversione di tendenza rispetto al progetto di regolamento, peraltro elaborato negli stessi anni della Convenzione. Ciò induce a riflettere sulla meritevolezza della scelta del criterio di collegamento della volontà con riguardo al tipo contrattuale che ci occupa¹⁹⁶.

In particolare, la menzionata opzione regolativa suscita qualche dubbio considerando che l'autonomia internazionalprivatistica, di cui si sono già esaminati i caratteri generali, assume connotati del tutto peculiari allorquando esercitata nel contesto del contratto di lavoro. È infatti evidente che, in questo tipo contrattuale, la presenza di una parte debole impone al legislatore una particolare attenzione regolativa, nella consapevolezza di potenziali effetti distorsivi¹⁹⁷. Interrogarsi sulla protezione della parte debole del contratto di lavoro impone tuttavia preliminarmente di capire chi è il contraente debole in ambito comunitario, quali le sue caratteristiche distintive¹⁹⁸. E ancora, appare opportuno domandarsi se la protezione del contraente debole assuma connotati differenti quando declinata in una dimensione totalmente interna ad un dato ordinamento giuridico ovvero in una dimensione internazionalprivatistica.

A fornire i chiarimenti dovuti è stata, come sovente accade, la Corte di giustizia, la quale ha riscontrato la presenza di una parte debole nei tipi contrattuali del contratto di lavoro, del contratto dei consumatori, nei contratti di assicurazione e di trasporto, individuando nella minore esperienza nei confronti

¹⁹⁶ P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. Commentario, cit., p. 773.

¹⁹⁷ *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I*, cit., sub. art. 6; R. CLERICI, *Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I?*, cit., p. 615 ss.; E. DE GÖTZEN, *Contratto di lavoro, criteri di collegamento e legge applicabile: luci e ombre del regolamento (CE) n. 583/2008*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2014, 3, p. 529 ss.

¹⁹⁸ M.M. SALVADORI, *La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma*, in G. SACERDOTI, M. FRIGO, *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, cit., p. 121 ss.; S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, cit., p. 6 ss.

della controparte contrattuale un primo indice di debolezza del lavoratore, del consumatore, dell'assicurato, del trasportato¹⁹⁹. Trattasi naturalmente di una inesperienza giuridica, per tale intendendosi la minore consapevolezza, rispetto alla controparte, delle conseguenze giuridiche della stipulazione del contratto. A questo aspetto si accompagna anche una debolezza economica, particolarmente evidente nel contratto di lavoro, ma riscontrabile anche in tutti gli altri tipi menzionati. L'ulteriore caratteristica distintiva è a ben vedere un corollario delle altre due: il contraente debole è tale allorché non sia nella condizione di negoziare il contratto, di orientarne il contenuto, trovandosi nella necessità di accettare integralmente il regolamento di interessi già confezionato dalla controparte²⁰⁰.

Le considerazioni della Corte di giustizia potrebbero attagliarsi perfettamente ad una fattispecie totalmente interna ad un determinato ordinamento. Quando simili tipi contrattuali assumono declinazione internazionale, alle sopra esposte osservazioni si aggiungerebbe un ulteriore tassello, che in qualche modo realizza un'amplificazione dei caratteri distintivi già elencati. Se infatti la fattispecie si caratterizza per elementi di estraneità, la parte debole del contratto vede affievolirsi ancor di più l'auspicata parità delle armi: le asimmetrie informative si estenderanno anche al diritto straniero, alla disciplina del contratto in quell'ordinamento, alla comparazione tra questi sistemi giuridici e alla valutazione dei relativi benefici e sacrifici in capo alle parti.

¹⁹⁹ C. giust., 11 luglio 2002, causa C-96/00, *Gabriel*; C. giust., 20 gennaio 2005, causa C-27/02, *Engler*; C. giust., 20 gennaio 2005, causa C-464/01, *Gruber*; C. giust., 12 maggio 2005, causa C-112/03, *Société financière et industrielle du Peloux*; e più di recente, C. giust., 15 marzo 2011, causa C-29/10, *Koelzsch*, pt. 40 e 42 e C. giust., 15 dicembre 2011, causa C-384/10, *Voogsgeerd*, pt. 35 cfr. S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, cit., spec. 6 ss.; M.M. SALVADORI, *La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma*, cit., p. 121 ss.

²⁰⁰ S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, cit., p. 9.

Insomma, la debolezza del contraente sarà accentuata proprio dall'esplicarsi dell'autonomia internazionalprivatistica²⁰¹.

Con riguardo al contratto individuale di lavoro, è d'obbligo una precisazione ulteriore: l'argomento della subalternità del lavoratore rispetto alla controparte contrattuale, come è stato giustamente osservato, può rappresentare una grossolana semplificazione se declinato con riguardo ai rapporti di lavoro transnazionali. Non di rado, infatti, si tratta di rapporti contrattuali aventi ad oggetto mansioni altamente specializzate o funzioni dirigenziali di alta responsabilità, e in talune situazioni potrebbe dirsi che la disparità delle armi operi più su un piano teorico che nell'effettiva realtà dei rapporti²⁰². Ricorrono, tuttavia, anche situazioni diametralmente opposte, nell'ambito delle quali la parte lavoratrice non è affatto navigata: in simili circostanze, la disparità linguistica e conoscitiva dell'altrui sistema giuridico possono contribuire allo smarrimento del lavoratore che "esporta" la propria forza lavoro, anche solo temporaneamente.

Orbene, la presa d'atto della sussistenza di esigenze protettive ha suggerito una riflessione più ampia, sulla funzione stessa del diritto internazionale privato. Tradizionalmente, infatti, la norma di diritto internazionale privato ha assunto una dimensione di neutralità, in ossequio alla teoria savignana della localizzazione spaziale della fattispecie²⁰³. Secondo questa concezione del d.i.p., che potrebbe definirsi "classica", il coordinamento tra ordinamenti giuridici si realizza attraverso l'elaborazione di norme di conflitto neutre, che non esprimono preferenza per un determinato risultato sostanziale, limitandosi a ricercare la sede spaziale più idonea alla regolazione della

²⁰¹ G. CARELLA, *La scelta della legge applicabile da parte dei contraenti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento "Roma I". Atti del Convegno tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007*, cit.

²⁰² P. MANKOWSKY, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, in F. FERRARI, S. LEIBLE (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, p. 172; M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, cit., p. 506-507.

²⁰³ F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlino, 1840-1849 e la versione italiana di V. SCIALOIA (trad. da), *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1886; S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, cit., p. 4.

fattispecie. La fattispecie verrà assoggettata al diritto di un determinato luogo perché ad esso risulta più prossima o più strettamente collegata, indipendentemente da come, in concreto, questa finirà per essere regolata.

Tale prospettiva ha di certo il merito di scoraggiare orientamenti “legeforisti”²⁰⁴ incompatibili con lo spirito stesso del d.i.p.. Eppure, appare totalmente inconciliabile con esigenze di carattere sostanziale. Una politica legislativa ispirata alla protezione di determinati interessi, ad esempio quelli meritori del riequilibrio della relazione contrattuale a favore della parte debole, dovrebbe infatti necessariamente affidarsi a norme di diritto internazionale privato prive di quel carattere di neutralità che le contraddistingueva nella concezione classica²⁰⁵.

Si è fatta strada, dunque, nella riflessione dottrinale, un’esigenza di superamento della teoria savignana della localizzazione della fattispecie²⁰⁶. Nell’ambito di tale riflessione, si è riscontrata l’opportunità di costruire metodi alternativi di coordinamento tra ordinamenti giuridici, ispirati a tecniche di d.i.p. più sensibili ad esigenze di protezione – ovvero anche alla più semplice tutela di interessi ritenuti meritevoli –²⁰⁷. Simile concezione che, ripudiando la neutralità del d.i.p., aspira ad orientare il risultato del conflitto di leggi per condizionarne l’esito²⁰⁸, ha ispirato la tecnica delle c.d. considerazioni materiali. Si tratta della tecnica internazionalprivatistica orientata alla valutazione degli interessi in gioco

²⁰⁴ L’aggettivo, in voga tra gli internazionalprivatisti, vuole descrivere la manifestazione di una preferenza per la *lex fori* da parte del legislatore o dell’interprete. Inutile dire che simile atteggiamento risulta poco compatibile con lo spirito di fondo del d.i.p. che, come si è già avuto modo di dire nel corso di questa trattazione, impone la presunzione di una pari dignità degli ordinamenti giuridici e dunque un atteggiamento di apertura all’applicazione del diritto straniero.

²⁰⁵ S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, cit., p. 292 ss.

²⁰⁶ P. PICONE, *La riforma italiana di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1998, p. 29 ss. e 303 ss.; S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, cit., p. 292 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., p. 8.

²⁰⁷ P. PICONE, *La riforma italiana di diritto internazionale privato*, cit., p. 29 ss. e 303 ss.; S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, cit., p. 292 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., p. 8; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, cit., p. 79 ss.

²⁰⁸ P. PICONE, *La riforma italiana di diritto internazionale privato*, cit., p. 303 ss.

e alla valorizzazione del risultato che meglio garantisca, in concreto, la salvaguardia di determinate necessità ritenute meritevoli di tutela. Il ricorso al metodo delle considerazioni materiali permette di preferire un determinato risultato pratico quale, ad esempio, la conservazione della validità di un contratto, in ragione dell'orientamento a ciò condizionato della struttura stessa della norma d.i.p.²⁰⁹; oppure, come nel caso di nostro interesse, la prevalenza della legge più garantista per la parte debole, se a ciò viene preposta la norma di conflitto.

Al riguardo, però, va compresa la pericolosità di scelte troppo lapidarie: proteggere la parte debole non impone per forza di garantire l'applicazione della legge più favorevole al contraente tra tutte quelle che si prestano a regolare la fattispecie di d.i.p. perché con essa presentano un elemento di collegamento. Questa regola, apparentemente allettante in ragione del fine perseguito, condurrebbe a conseguenze parecchio singolari: la prima conseguenza sarebbe rappresentata dalla discriminazione alla rovescia subita dal contraente debole che stipula un contratto totalmente interno ad un determinato ordinamento giuridico, che risulterebbe meno tutelato del corrispondente contraente in ambito transnazionale. Affermare, insomma, che per il solo carattere dell'internazionalità, la fattispecie dovrebbe essere regolata nel modo più favorevole possibile per il contraente debole appare una soluzione ingiustificatamente sbilanciata²¹⁰. La seconda conseguenza sarebbe ancora più problematica, e del tutto incompatibile con un'area di libero scambio qual è l'UE: la totale carenza di prevedibilità della legge applicabile al contratto per la parte "forte", che non saprebbe quali comportamenti assumere, ed in conformità a

²⁰⁹ Utilizzato sovente è il concorso alternativo di criteri di collegamento, in ossequio al c.d. principio di *favor validitatis*. Ad esempio, il concorso alternativo è impiegato per garantire il riconoscimento dello stato di figlio, o per garantire efficacia alla volontà del testatore. In tutti questi casi, l'indicazione di plurimi criteri di collegamento in concorso alternativo permette di agevolare il raggiungimento del risultato di carattere sostanziale oggetto delle premure del legislatore, risultato che potrà trovare realizzazione se ciò è permesso da almeno una delle leggi richiamate dalla norma di d.i.p.. Cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni, cit.*, pp. 207-210.

²¹⁰ S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario, cit.*, p. 10-11.

quale legge, dal momento che la scelta del regolamento di interessi più favorevole andrebbe fatta, di volta in volta, in ragione del singolo istituto considerato (solo per fare un esempio, il recesso, la clausola penale, ecc.).

Così si è fatta strada la più mite e condivisa tesi che il contraente debole in ambito internazionalprivatistico si possa efficacemente proteggere in altro modo, ossia assicurandogli l'applicazione della legge che conosce meglio, normalmente trattandosi del luogo in cui egli risiede (come avviene nel caso del consumatore)²¹¹ o, come nel caso che ci occupa, ove esegue la prestazione di lavoro (spesso coincidente col luogo di residenza). È infatti innegabile che il criterio di collegamento del luogo abituale di lavoro, che si esaminerà tra qualche pagina, si deve considerare il centro di gravità del complesso sistema dei conflitti di legge in materia di contratti individuali di lavoro, assumendo un ruolo prioritario tanto nel caso di *optio legis* delle parti – in quanto è alla luce di questo che vengono prioritariamente individuate le norme cui non è possibile derogare convenzionalmente – quanto nell'ipotesi in cui questa scelta non sia operata²¹².

La rappresentazione di questo dibattito, seppur consapevolmente schematica²¹³, è, ad avviso di chi scrive, assolutamente necessaria ai fini della nostra trattazione. Serve infatti a meglio soppesare i giudizi sulle scelte di politica

²¹¹ «L'articolo 5 della convenzione stabilisce una specifica norma di conflitto per determinati contratti conclusi dai consumatori. La maggior parte degli esperti che dal 1973 hanno partecipato ai lavori del gruppo hanno ritenuto infatti che la tutela del consumatore – scopo perseguito attualmente da numerosi legislatori nazionali – comporta un ribaltamento del criterio di collegamento previsto dall'articolo 4, o una modifica della libertà di scelta prevista dall'articolo 3. In effetti, da un lato la scelta delle parti non può recare pregiudizio alle norme imperative della legge del paese in cui il consumatore ha la residenza abituale e, dall'altro, in questo tipo di contratti dovrebbe normalmente prevalere la legge dell'acquirente (parte più debole) sulla legge del venditore», *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I, cit., sub. art. 6.*

²¹² M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1048.

²¹³ Si sono trascurate del tutto le interessanti implicazioni sistematiche derivanti dalla applicazione del metodo delle considerazioni materiali "puro" in un sistema di d.i.p. che preveda i correttivi delle norme di applicazione necessaria e dell'ordine pubblico. Rispetto a questi e ulteriori aspetti si rinvia alla trattazione monografica di S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, cit.

legislativa del legislatore di d.i.p. in materia di conflitti di legge nell'ambito dei contratti individuali di lavoro transnazionali.

Sarebbe infatti forse troppo semplicistico affermare che le disposizioni che si stanno esaminando siano ispirate ad uno spiccato *favor* per il lavoratore²¹⁴ in quanto parte debole del rapporto e pervase da una significativa «connotazione sociale»²¹⁵. Il giudizio può considerarsi fondato, ad avviso di chi scrive, soltanto se circondato da una serie abbondante di precisazioni. Non si potrà infatti certo dire che la norma di diritto internazionale privato adottata in ambito comunitario, la cui impostazione è quasi identica nell'art. 6 e nell'art. 8, sia ispirata al metodo delle c.d. considerazioni materiali²¹⁶.

È forse più corretto dire che le disposizioni in questione sembrano ispirate dall'intento di apportare correttivi mirati alla teoria classica della localizzazione della fattispecie, senza rinnegarla. Non a caso, la disposizione individua come primo criterio di collegamento quello della volontà delle parti, che non fa altro che sottoporre la fattispecie ad una determinata "sede regolativa" e che costituisce uno dei criteri di collegamento classici e tradizionali del d.i.p., apportandovi il correttivo delle norme non derogabili convenzionalmente così come individuate in forza dei criteri sussidiari, primo tra tutti quello della *lex loci*

²¹⁴ E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 389 ss.; U. LIUKKUNEN, M. FURNASIER, *Employment Contracts, Jurisdiction*, cit., pp. 617-618; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 829 ss.; M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, cit., p. 506 ss.; Moderatamente critici appaiono invece i giudizi di cfr. S. SCIARRA, A. LYON CAEN, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 21 ss.; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., pp. 50-53.

²¹⁵ P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della CE*, cit. p. 106.

²¹⁶ «La prospettiva dalla quale si è partiti nella redazione del nuovo testo dell'art. 8 non è dunque quella di una riforma del sistema vigente, bensì, più semplicemente, quella di introdurre delle correzioni capaci di ovviare ad alcune incertezze interpretative derivanti dall'applicazione della Convenzione, lasciando però ferma l'idea originaria della migliore tutela possibile del lavoratore. L'obiettivo appena ricordato, tuttavia, sembra centrato solo in parte, soprattutto per l'insufficiente coordinamento tra interessi materiali tutelati e tecniche di conflitto utilizzate per realizzarli», P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 772.

*laboris*²¹⁷. *Lex loci laboris* che, a sua volta, assume un carattere di centralità, esprimendo un'esigenza di protezione minimale, che si declina, in definitiva, nell'accordare al lavoratore l'applicazione della legge che egli dovrebbe conoscere.

Alla luce delle riflessioni sopra esposte, è possibile fare qualche ulteriore considerazione circa il ruolo della volontà delle parti come criterio di collegamento prioritario nell'ambito della disciplina dei contratti individuali di lavoro, meglio valutandone la compatibilità con esigenze di tutela della parte debole.

Già si è detto che la preminenza della legge più favorevole al lavoratore sarebbe stata una soluzione del tutto improponibile nel contesto regolativo del mercato comune²¹⁸. Nondimeno, la scelta di accordare, nell'ambito del primo scenario, rilevanza all'autonomia internazionalprivatistica delle parti avrebbe potuto comunque essere maggiormente orientata a considerazioni materiali.

In effetti, una soluzione realmente coerente con il metodo delle considerazioni materiali avrebbe potuto essere rappresentata dal condizionamento della libertà delle parti, guidate nella scelta della *lex contractus* tra una predeterminata rosa di ordinamenti i quali presentassero un significativo

²¹⁷ Pur non facendo espresso riferimento alla teoria delle considerazioni materiali, v. M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, ove l'A. precisa che «più che a un criterio di *favor laboris* (in base al quale, tra due discipline astrattamente applicabili, dovrebbe prevalere la più favorevole al lavoratore), la Convenzione risponde all'esigenza di tutela del contraente debole, che viene realizzata unicamente restringendo la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile», *cit.*, p. 392. Similmente, v. M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, *cit.*, ove si afferma «la Corte di giustizia ha più volte affermato che quei criteri sono deputati a proteggere il lavoratore quale “parte debole” del rapporto. Ciò in un certo senso è vero: essi costituiscono limiti al principio di libera scelta e pertanto impediscono al datore di imporre al lavoratore la legge applicabile. Al contempo, però, essi non sono espressione del principio del *favor* strettamente inteso, perché non conducono necessariamente all'applicazione della legge più protettiva per il lavoratore. Piuttosto, il criterio del luogo abituale esprime un principio di prossimità, perché seleziona la legge dell'ordinamento all'interno del quale prevalentemente gravita il rapporto, cioè il Paese nel cui ambito il lavoratore esercita la sua funzione economico-sociale», *cit.* p. 1050-1051. V. anche G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, *cit.*, p. 10 e N. NORD, *La Nécessaire Refonte du Système de Conflit de Lois en Matière de Contrat de Travail International*, *cit.*, p. 312.

²¹⁸ P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in P. PICONE (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 485 ss.

collegamento con il contratto²¹⁹. Le parti non avrebbero potuto scegliere una legge diversa da quelle elencate e si sarebbe così garantito un risultato pratico mediano: la scelta vincolata avrebbe assoggettato il contratto ad una rosa di leggi necessariamente “vicine” alla fattispecie contrattuale, perché ad essa legate dai criteri di collegamento individuati dal legislatore; al contempo, il contratto sarebbe stato prevedibile nel suo funzionamento, a beneficio del contraente forte²²⁰.

Anche a voler valorizzare argomenti meno critici, la marcata valorizzazione dell'autonomia internazionalprivatistica è stata comunque guardata con qualche riserva, in quanto forse eccessivamente ampia in un contesto di disparità delle armi²²¹. Ciò emerge dal rapporto della disciplina in materia di autonomia delle parti nel contratto di lavoro con la disposizione generale in materia di libertà di scelta delle parti di cui all'art. 3 sia della Convenzione che del regolamento. Rispetto al regolamento, la formulazione della Convenzione sembrava voler denotare un rapporto reciprocamente escludente tra la norma generale di cui all'art. 3 e la disposizione dell'art. 6. Quest'ultima, ponendo il criterio di collegamento della volontà in materia di contratto individuale di lavoro, si apriva infatti con la locuzione “in deroga all'art. 3”²²². Al contrario, nel regolamento, l'art. 8 enuncia il criterio della volontà “conformemente all'art. 3” in materia di libera scelta della legge applicabile.

²¹⁹ Cfr. P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario, cit.*, p. 774, ove l'A. suggerisce il ricorso proprio agli ordinamenti individuati in virtù dei criteri sussidiari della *lex loci laboris* e del luogo di assunzione del lavoratore.

²²⁰ P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario, cit.*, pp. 772-773.

²²¹ *Ibidem*.

²²² Si precisa che anche nella vigenza della Convenzione era andata affermandosi un'interpretazione per la quale l'art. 6, nonostante la sua specialità, mutuasse dall'art. 3 le indicazioni circa il *modus operandi* della scelta di legge. La nuova formulazione della versione italiana del regolamento, rimuovendo l'espressione “in deroga”, e sostituendola con “conformemente all'art. 3”, non fa che rafforzare la precedente tesi interpretativa sull'esistenza di un rinvio incondizionato della norma sui contratti individuali di lavoro alla disposizione generale sulla libertà di scelta.

Tale rinvio si intende riferito alle modalità con le quali deve essere operata la scelta che, lo si ricorderà, dovrà essere “espressa” o “risultare chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso”²²³. Come già visto, infatti, il *pactum de lege utenda* potrà risultare espressamente o tacitamente, purché emerga in modo chiaro la propensione delle parti per l’applicazione di una determinata legge straniera. Dunque, per effetto del richiamo all’art. 3 operato dall’art. 8 del regolamento, tutto il *corpus* interpretativo elaborato circa le modalità di esercizio dell’autonomia contrattuale, anche per ciò che attiene all’esercizio di una scelta di legge tacita o implicita, si applicherà, in blocco, anche ai contratti individuali di lavoro, senza distinzioni di sorta²²⁴.

L’opportunità di questa scelta nello specifico contesto del contratto di lavoro è discutibile. La disparità delle armi tra i contraenti avrebbe forse dovuto suggerire una maggiore cautela con riguardo alla legittimità della scelta di legge tacita. In effetti, uno spazio così ampio accordato all’autonomia contrattuale ha condotto la giurisprudenza ad individuare la sussistenza di una scelta tacita del diritto applicabile al contratto in ragione del richiamo effettuato al contratto collettivo che ivi trova territorialmente applicazione. Una scelta tacita di legge è stata ritenuta sussistente per via del richiamo ad istituti di un certo ordinamento; allo stesso risultato si è giunti attribuendo rilevanza a semplici riferimenti testuali a disposizioni vigenti in un determinato Stato²²⁵. Non si pretende di mettere in

²²³ Cfr. E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 393.

²²⁴ Sulle potenzialità di questo assetto regolativo in termini di flessibilità, anche temporale, ben potendo le parti mutare, nel tempo, il diritto applicabile al contratto individuale di lavoro, v. M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, cit., p. 508.

²²⁵ P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 773, nt. 12, ove si richiamano Pret. Milano 5 gennaio 1995, e Cass., S.U., 18 ottobre 1993, n. 10293, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1994, p. 617 ss., pronunce in cui il riferimento, nel testo del contratto, ad istituti tipici di un ordinamento e a locuzioni impiegate da disposizioni ivi vigenti sono stati ritenuti elementi dirimenti per affermare la sussistenza di una scelta di legge implicita. Allo stesso modo, anche la mera redazione del contratto in una determinata lingua viene considerata sufficiente a denotare una scelta implicita di legge. Addirittura, in Trib. Napoli, 3 novembre 2004, la scelta implicita della legge applicabile è stata dedotta solo dal fatto che le difese delle parti fossero argomentate a partire dalla legge italiana. In commento, v. I.

discussione la fondatezza di simili decisioni; nondimeno, non può non notarsi che l'accertamento della volontà presunta delle parti appare ancorato a parametri eccessivamente discrezionali, che stridono con l'intento dichiarato di protezione della parte debole.

In definitiva, l'accertamento giudiziale di una scelta tacita di legge cozza, a parere di chi scrive, con la prevedibilità per il lavoratore della legge applicabile al contratto ed appare poco coerente con la necessità di garantirne la partecipazione alla contrattazione in modo libero e consapevole.

2.4.2 Segue: Norme non derogabili convenzionalmente vs. norme di applicazione necessaria

Al netto delle considerazioni critiche sopra svolte, la scelta della legge applicabile al contratto appare mitigata nel suo risultato operativo, in quanto la Convenzione ed il regolamento vi apportano rispettivamente il correttivo dell'applicazione delle "norme imperative" (art. 6, Convenzione) e "delle disposizioni alle quali non è possibile derogare convenzionalmente" (art. 8, regolamento), da ricercare, in entrambi i casi, nell'ambito dell'ordinamento richiamato dai criteri sussidiari, primo tra tutti quello del luogo abituale di lavoro.

Per comprendere il significato delle due nozioni conviene partire dal testo della Convenzione di Roma, ove la nozione di norme imperative viene impiegata in diversi luoghi. Innanzitutto, nel già esaminato art. 3 in materia di libertà di scelta delle parti, a ribadire che "la scelta di una legge straniera ad opera delle parti, accompagnata o non dalla scelta di un tribunale straniero, qualora nel momento della scelta tutti gli altri dati di fatto si riferiscano a un unico Paese, non può recare pregiudizio alle norme alle quali la legge di tale Paese non

KUNDA, *Law applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in G. SANDER et. Al. (ed.) *Transnational, European and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, cit., p. 75-76. In commento anche G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 24 ss. che esprime qualche perplessità circa la coerenza di questa giurisprudenza.

consente di derogare per contratto, qui di seguito denominate ‘disposizioni imperative’”.

Ancora, la nozione è impiegata proprio nell’art. 6, ove si prescrive che “in deroga all’articolo 3, nei contratti di lavoro, la scelta della legge applicabile ad opera delle parti non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto, in mancanza di scelta, a norma del paragrafo 2”. Dall’altra, il successivo art. 7 richiama anch’esso la nozione, disponendo che “nell’applicazione, in forza della presente Convenzione, della legge di un paese determinato, potrà essere data efficacia alle norme imperative di un altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest’ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto. Ai fini di decidere se debba essere data efficacia a queste norme imperative, si terrà conto della loro natura e del loro oggetto nonché delle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione” (art. 7, par. 1). Inoltre, “la presente Convenzione non può impedire l’applicazione delle norme in vigore nel paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto.” (art. 7, par. 2).

L’indeterminatezza della nozione di “norme imperative” ha naturalmente suscitato l’interesse della dottrina, dedicatasi alla ricostruzione del suo significato – o meglio, dei suoi diversi significati – nel sistema della Convenzione²²⁶. In un secondo momento, gli sforzi interpretativi degli studiosi si sono focalizzati sulla

²²⁶ A. LYON CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 21 ss.; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., pp. 51-57; M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, cit., pp. 84-86; M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 393 ss.; N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, «disposizioni imperative del diritto comunitario» e «leggi di polizia» nella proposta di regolamento “Roma I”*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”. Atti del Convegno tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007*, cit.; M.E. CORRAO, *Profili internazionale-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, cit., p. 509 ss.; G. PERONE, M. T. SPADAFORA, *Lavoro all’estero (Voce)*, cit., p. 31 della versione online del documento; T. TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del giugno 1980*, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1983, p. 25 ss. Per un inquadramento del tema antecedentemente all’entrata in vigore della Convenzione, v. F. POCAR, *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in materia di rapporti di lavoro*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1967, p. 734 ss.

delimitazione del significato delle nozioni di “disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente” e di “norme di applicazione necessaria”, rispettivamente consacrate dagli artt. 8 e 9 del regolamento Roma I²²⁷.

Per iniziare a orientarsi, ci sembra doveroso dapprima ricapitolare le riflessioni della dottrina civilistica italiana sulle nozioni di “norma inderogabile”, “norma derogabile” e “norma imperativa”. La norma inderogabile, o norma cogente, è la norma imposta dall’ordinamento a prescindere dalla volontà dei singoli, che non possono derogarvi. Sovente, le norme inderogabili vengono definite tali anche in ragione dell’interesse protetto, affermandosi che la norma inderogabile è tale perché riflette l’indisponibilità di un interesse, sottratto alla volontà privata e riferibile alla collettività²²⁸. Viceversa, è derogabile la norma dalla quale la volontà delle parti può discostarsi: la norma di cui queste possono liberamente disporre, decidendo se applicarla o meno²²⁹. Quest’ultima categoria ricomprende anche le c.d. norme suppletive, per tali intendendosi le norme che trovano applicazione allorquando la volontà delle parti non abbia provveduto.

In dottrina è d’uso l’ulteriore distinzione tra le norme inderogabili in senso stretto e le norme imperative. Le norme inderogabili in senso stretto individuano le «modalità che determinano la conformità o meno del comportamento dei singoli all’ordinamento giuridico, senza sindacare il merito del comportamento stesso»²³⁰, il che avviene, a titolo di esempio, con riguardo alle prescrizioni in materia di forma *ad substantiam*. Al contrario, le norme

²²⁷ S. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, Relazione svolta al IV seminario nazionale TRESS – *Training and Reporting on European Social Security*, tenutosi a Roma, 13 giugno 2008, p. 7-8; P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 776 ss.; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 392-394; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 29 ss.; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 833-834; G. BIAGIONI, *Art. 9, Norme di applicazione necessaria*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 771 ss.

²²⁸ G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, Nel Diritto, 2018, p. 6.

²²⁹ G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 5-6.

²³⁰ G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, cit. p. 6.

imperative sono particolari norme inderogabili che non esprimono neutralità rispetto ai comportamenti dei privati, perché operano attraverso un'imposizione delle regole cui l'attività dei privati deve necessariamente conformarsi, individuando, normalmente a pena di nullità, limiti esterni all'attività dei privati o determinando il contenuto vincolante degli atti posti in essere da questi²³¹.

L'utilità di queste distinzioni, sicuramente riscontrabile in un'ottica puramente interna, deve però ridimensionarsi con riguardo ai rapporti di lavoro declinati in una dimensione internazionalprivatistica. In primo luogo, infatti, le classificazioni scontano una minore rilevanza nell'ambito che ci occupa, essendo il diritto del lavoro caratterizzato dall'assoluto protagonismo della norma inderogabile e, in particolare, della inderogabilità *in peius* delle disposizioni poste a protezione del lavoratore²³². A tale protagonismo è peraltro correlata l'originaria concezione pubblicistica del diritto del lavoro²³³, in osservanza della quale si attribuiva alla normativa giuslavoristica una particolare forza precettiva, quella tipica delle norme di polizia o di diritto pubblico²³⁴.

In secondo luogo, se è vero che le classificazioni descritte assumono anche negli altri ordinamenti europei un'indubbia utilità, riflettendo del resto una tradizione giuridica comune, d'altro canto, è evidente che non si possa affermare

²³¹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 14-15.

²³² Il tema non si può trattare brevemente. Per un inquadramento classico della questione si rinvia a R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976. Per quanto riguarda invece i recenti sviluppi e la crisi del paradigma dell'inderogabilità si rinvia a: A. ZOPPOLI, *Il declino dell'inderogabilità?*, in *DLM*, 2013, p. 53 ss.; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, p. 341 ss.; M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006. Per una riflessione di ampio respiro in ambito comunitario, v. S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona"*, Int. n. 44/2006.

²³³ A. MALINTOPPI, *Lavoro (dir. internaz. priv.) (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, p. 641 ss.

²³⁴ Anche l'ultima nozione richiamata, quella di norme di diritto pubblico, dunque, gioca un ruolo nel nostro discorso. Lo dimostra il ricorso alle nozioni di *mandatory rules* e *lois de police*, impiegate rispettivamente nelle versioni linguistiche inglese e francese della rubrica dell'art. 7 della Convenzione. Rispetto ad esse manca unanimità di vedute: potrebbero essere interpretate sia nel significato di norme imperative o cogenti e dunque come sinonimo di norme inderogabili, sia nel diverso senso di norme di rilevanza pubblicistica, cfr. A. LYON CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 24-25 e F. GAMILLSCHEG, M. FRANZEN, *Conflict of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations*, in R. BLANPAIN, C. ENGELS, *Comparative Labour Law in Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, 1998, pp. 168-169.

la sovrapposibilità delle locuzioni d'uso a livello nazionale alle analoghe locuzioni terminologiche impiegate in ambito internazionalprivatistico²³⁵. Non va dimenticata, infatti, la dimensione intergovernativa permeante il sistema della Convenzione e, più in generale, il necessario atteggiarsi degli atti di diritto internazionale privato, ontologicamente preposti al compromesso tra l'apertura all'applicazione del diritto straniero e la preservazione dei valori giuridici interni ritenuti irrinunciabili²³⁶. Queste diverse prospettive rendono difficile attribuire un significato univoco al concetto di norma imperativa e, al contrario, impongono di relativizzarne il significato a seconda del punto di vista, meramente interno all'ordinamento giuridico, ovvero rivolto alla dimensione internazionale dei rapporti tra quell'ordinamento e altri sistemi giuridici.

A orientare nella ricostruzione del significato internazionalprivatistico della polisemica nozione di norma imperativa soccorrono ulteriori indicazioni dottrinali. Si tratta di indicazioni particolarmente qualificate, essendo queste contenute nella Relazione Giuliano Lagarde, principale fonte chiarificatrice della Convenzione. In primo luogo, infatti, la Relazione chiarisce che, nell'ambito della disposizione dell'art. 6, il ruolo delle c.d. norme imperative è quello di individuare una protezione minima²³⁷, in quanto allorquando il diritto applicabile in base alla scelta di legge assicuri al lavoratore un livello di protezione superiore, non sarà necessario procedere all'applicazione di queste (considerando 35)²³⁸. In

²³⁵ A. LYON CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, ove si ammette che «la Convenzione di Roma non ha cercato di fondare una concezione unitaria dell'imperatività delle norme; tuttavia, non è escluso che, in nome di un'interpretazione uniforme della Convenzione, non si avvii un qualche ravvicinamento delle concezioni dell'imperatività delle norme», *cit.*, p. 22.

²³⁶ Il tema verrà trattato più approfonditamente in rapporto all'art. 7 in questo stesso paragrafo.

²³⁷ A. LYON CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, *cit.*, p. 22; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, *cit.*, p. 52-53.

²³⁸ «Se la legge applicabile in base al paragrafo 2 accorda ai lavoratori una protezione maggiore di quella risultante dalla legge scelta dalle parti, non ne consegue che la scelta di tale legge sia, nel suo insieme, inefficace. Al contrario, in tal caso, la legge scelta resta in linea di principio applicabile. Nella misura in cui le disposizioni della legge applicabile in base al paragrafo 2 proteggono i lavoratori meglio della legge scelta, per esempio accordando loro un più lungo termine di preavviso, esse prevalgono sulle corrispondenti disposizioni di quest'ultima e si applicano in loro vece», *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I, cit., sub. art. 6.*

secondo luogo, in riferimento all'art. 7, la Relazione lascia intendere che, quando il contratto è manifestamente localizzato in un paese determinato, le disposizioni di legge di tale paese, che per natura e oggetto escludono l'applicazione di ogni altra legge, non possono essere neutralizzate dalla volontà delle parti e trovano comunque applicazione²³⁹.

Alla luce di tali indicazioni agevolmente si comprende che le disposizioni degli artt. 6 e 7 della Convenzione non sono affatto la stessa cosa; anzi, hanno più tratti distintivi che tratti comuni. Nonostante la sovrapposizione nozionistica e le comuni caratteristiche funzionali o operative – date dalla capacità di neutralizzare l'applicazione di determinate disposizioni per affermare, in luogo di esse, la propria preminenza applicativa – si tratta, in realtà, di disposizioni che differiscono profondamente per oggetto e natura.

La prima categoria di norme imperative è infatti rappresentata dalle disposizioni vigenti in un determinato ordinamento – nella specie quello individuato dai criteri sussidiari di cui al par. 2 – che contrattualmente non potrebbero essere derogate dalla volontà dei contraenti, in quanto norme indisponibili. Simile interpretazione è ancor più evidente alla luce dell'affinità tra la formulazione dell'art. 6, par. 1 e quella dell'art. 3, par. 3 della Convenzione, ove espressamente si equiparano le norme imperative alle disposizioni cui non è possibile derogare per contratto²⁴⁰.

Le disposizioni imperative di cui all'art. 6, par. 1, dunque, sono della stessa specie di quelle di cui all'art. 3, par. 3. E, in entrambi i casi, come osservano Giuliano e Lagarde, non si tratta di norme che si applicheranno necessariamente: solo eventualmente esse troveranno applicazione. Nel contratto di lavoro, in particolare, esse rappresentano una soglia minima di protezione che

²³⁹ *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I, cit., sub. art. 7.*

²⁴⁰ A. LYON CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro, cit.*, p. 21 ss.; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità, cit.*, pp. 51-57; M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi, cit.*, pp. 84-86; M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità, cit.*, p. 393 ss.

potrebbe ben essere superata dalla *lex voluntatis* (sull'aspetto dei termini di comparazione torneremo tra qualche pagina)²⁴¹. D'altro canto, nell'ambito dei contratti in generale – disciplina cui, si ricorderà, almeno in apparenza, l'art. 6 deroga espressamente –²⁴² dispone l'art. 3, par. 2 che le disposizioni imperative troveranno applicazione soltanto nei particolari casi in cui sia necessario porre un argine ad un arbitrario esercizio dell'autonomia internazionalprivatistica. Infatti, soltanto nel caso in cui tutti gli elementi della fattispecie, ad eccezione della legge scelta, manifestino un significativo collegamento con un altro ordinamento, le norme inderogabili di quell'ordinamento troveranno, in ogni caso, applicazione (v. *supra* par. 1.4)

Le norme imperative dell'art. 6, così come quelle di cui all'art. 3, par. 2, si distinguono dunque dalle disposizioni imperative di cui all'art. 7 della Convenzione, caratterizzandosi, rispetto a queste ultime, da un lato, per la vocazione protettiva (il che non necessariamente rappresenta il primario fine dell'applicazione delle disposizioni di cui all'art.7); dall'altro, per una minore forza precettiva ed incisività, riconducendosi all'ampio ed eterogeneo bacino di norme precettive cui l'autonomia dei contraenti non può derogare. Le disposizioni di cui all'art. 7, d'altro canto, sono state definite da attenta dottrina «super-imperative»²⁴³, in quanto rappresentavano una categoria più ristretta di norme, sovente rispondenti a interessi di natura pubblicistica.

Queste erano, dunque, le generali direttrici interpretative della questione: si trattava, nonostante l'omonimia, di due diverse categorie di norme, permeate da una forza imperativa diversamente graduata e maggiormente intensa nel caso delle disposizioni dell'art. 7. Su quali però fossero le une e le altre, non è che vi

²⁴¹ A. LYON CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 22.

²⁴² F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., pp. 51-52.

²⁴³ M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 392. In realtà il primo ad aver teorizzato la distinzione tra due specie di norme imperative in questo contesto, pur senza aver coniato la nozione di norme super-imperative, è il giurista francese F. RIGAUX, *Loi d'autonomie et Contrat de Travail en Droit International Privé*, in *JIT*, 1985, p. 455. *Non visto*.

fosse chiarezza²⁴⁴. A dispetto della teoria, infatti non era possibile, distinguere in concreto le norme imperative ex art. 6 da quelle ex art. 7.

Ulteriori complicazioni poneva l'art. 7, disposizione che, si noti bene, si applicava in due casi: il primo, se la situazione presentava un collegamento con un determinato Paese – attenzione: non uno stretto collegamento, ma un qualsivoglia collegamento²⁴⁵ –; il secondo, se il giudice chiamato a decidere riteneva doveroso applicare le norme imperative del foro, in ragione della loro natura e del loro oggetto²⁴⁶.

Soffermandoci sul secondo caso, la scelta di accordare un qualche controllo al giudice del foro circa le situazioni giuridiche con elementi di estraneità sottoposte al suo giudizio si traduce nel potere di applicare le norme super-imperative del foro. Ciò sembra condivisibile, anche al fine di preservare la parità di trattamento tra fattispecie analoghe.

La *ratio* dell'applicazione delle norme imperative nella situazione descritta dal par. 1 dell'art. 7 è invece meno immediatamente comprensibile e si

²⁴⁴ Basta leggere, al riguardo, il prosieguito della Relazione Giuliano e Lagarde che aggiunge, in commento all'art. 6, che “le disposizioni imperative cui le parti non possono derogare sono non solo le disposizioni relative al contratto di lavoro propriamente detto, bensì anche le disposizioni, quali quelle relative all'igiene e alla sicurezza dei lavoratori, che sono qualificate in alcuni Stati membri come disposizioni di diritto pubblico”; il che è in grado già di mettere in crisi le nostre sicurezze, dal momento che le norme pubblicistiche protettive di interessi superiori dovrebbero, alla luce del discorso fatto finora, tendenzialmente ricondursi non già all'art. 6 ma all'art. 7.

²⁴⁵ Riporto nuovamente il testo dell'art. 7, par. 1, che prevedeva: “nell'applicazione, in forza della presente convenzione, della *legge di un paese determinato*, potrà essere data efficacia alle norme imperative di un *altro paese con il quale la situazione presenti uno stretto legame*, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo paese, le norme stesse siano applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto” (corsivo nostro). Nel caso del contratto di lavoro si tratta di un Paese diverso da quello il cui diritto sarebbe stato richiamato in virtù dell'art. 6, par. 2.

²⁴⁶ Si trattava di due situazioni presupposte circondate, a parere di chi scrive, da eccessivi profili di discrezionalità: la determinazione della sussistenza di un c.d. collegamento relativo o non preminente, nel primo caso; nel secondo, l'arbitrarietà della qualificazione di una norma come norma imperativa. In particolare, nel secondo caso, il giudice del foro godeva dell'ampia discrezionalità derivante dalle incertezze interpretative relative agli artt. 6 e 7, ben potendo scegliere di dare applicazione non già alle norme super-imperative strettamente intese ma alla più ampia categoria delle norme indisponibili del foro. Si sarebbe potuto, in altre parole, approfittare della confusione interpretativa circa le distinzioni tra l'art. 6 e l'art. 7 per agevolare l'applicazione di determinate norme, quelle non derogabili convenzionalmente vigenti nel foro, anche se, a rigore, lo spirito della Convenzione non lo avrebbe permesso, in quanto il legislatore comunitario si era limitato a prescrivere, nelle situazioni dell'art. 7, par. 2, la sola applicazione delle norme super-imperative della *lex fori*.

spiega ponendo l'accento sull'*imprinting* intergovernativo della disciplina²⁴⁷. Si può infatti affermare che la natura di trattato internazionale "classico" di d.i.p. della Convenzione, pur stipulata *a latere* del progetto comunitario, abbia giocato un ruolo importante nella costruzione normativa dello scenario d'intervento delle norme imperative di cui all'art. 7, par. 1.

In questo contesto, la necessità di porre particolare attenzione alla preservazione della sovranità degli Stati contraenti ha imposto di garantire qualcosa di più rispetto alla semplice operatività del principio di prossimità, accordando rilevanza giuridica anche ad una prossimità solo relativa. A ben vedere, infatti, a fronte dell'accertamento della «prossimità preminente»²⁴⁸ di una situazione giuridica rispetto ad un determinato Stato, poteva ben accadere che questa presentasse al contempo un collegamento meno forte, ma comunque significativo, con *un altro Paese*. È proprio alle esigenze di preservazione della sovranità di quest'ultimo Paese che si indirizzavano le disposizioni dell'art. 7, par. 1: tali Stati, «che possono avere un legittimo interesse a che il contratto non violi norme che sono per loro essenziali»²⁴⁹, si vedevano assicurata la possibilità di conferire preminenza applicativa a norme da questi ritenute irrinunciabili per oggetto e finalità.

Riscontrata la descritta confusione terminologica e interpretativa, ben si comprende perché il legislatore abbia preferito riformulare le disposizioni in questione all'atto della trasformazione della Convenzione in regolamento, preferendo risolvere le precedenti ambiguità affidandosi a due nuove nozioni²⁵⁰.

²⁴⁷ Cfr. T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, cit., p. 58 ss., ove l'autore, prendendo in rassegna le critiche sollevate dalla dottrina sulla norma in commento, definisce l'art. 7, par. 1 l'«apprendista stregone del diritto internazionale privato contemporaneo», cit. p. 59, con ciò alludendo alla estrema genericità delle indicazioni del legislatore circa i presupposti di applicazione delle norme imperative del paese terzo.

²⁴⁸ A. LYON CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 24.

²⁴⁹ P. LAGARDE, *La Nouveau Droit International Privé des Contrats après l'Entrée en Viguer de la Convention de Rome du 19 Juin 1980*, in *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, cit., p. 322.

²⁵⁰ L. MORRONE, *Il Regolamento "Roma I" le norme a tutela dei lavoratori*, cit., p. 42; BIAGIONI G., *Art. 9, Norme di applicazione necessaria*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 790. Riguardo ai criteri di successione dei due atti nel tempo e al regime di

Il regolamento parla infatti più opportunamente di “norme cui non è possibile derogare convenzionalmente” e di “norme di applicazione necessaria”²⁵¹ distinguendole così anche nominativamente da quelle “imperative”²⁵², opportunamente precisando, al considerando n. 37, che “[...] il concetto di ‘norme di applicazione necessaria’ dovrebbe essere distinto dall’espressione ‘disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente’ e dovrebbe essere inteso in maniera più restrittiva”²⁵³.

Il significato della nozione di norme non derogabili convenzionalmente è del tutto sovrapponibile a quello andato ricostruendosi con riguardo alle “vecchie” norme imperative dell’art. 6, par. 1. La nuova formulazione sgombra, dunque, il campo dalle precedenti confusioni terminologiche; eppure, d’altra parte, permangono alcuni dubbi interpretativi. In particolare, rimane disseminato di incertezze il procedimento di comparazione tra le disposizioni applicabili in virtù dell’*optio legis* e le disposizioni non derogabili convenzionalmente dell’art. 8, par. 1, da ricercare alla luce dei criteri sussidiari del par. 2, le quali dovrebbero trovare applicazione in luogo delle prime nel caso in cui il risultato della menzionata comparazione ne mostrasse la maggiore intensità protettiva²⁵⁴. Al

applicazione della disciplina convenzionale delle norme imperative o di quella regolamentare è sorta una controversia risolta pregiudizialmente dalla Corte di Giustizia, cfr. C. giust., 18 ottobre 2016, C-135/15, *Repubblica di Grecia contro Grigorios Nikiforidis*, con nota di S. RAMMELOO, ‘From Rome To Rome’ – *Cross-Border Employment Contract. European Private International Law: Intertemporal Law and Foreign Overriding Mandatory Laws*, in *Maastr. Journ. Eur. Comp. Law*, 2017, Vol. 24, 2, p. 298 ss. Come si vedrà tra poco, la questione può assumere un significato dirimente, in quanto nel regolamento, a differenza della Convenzione, le norme di applicazione necessaria cui può essere conferita applicazione sono solo ed esclusivamente quelle del Paese ove la prestazione è eseguita o quelle della *lex fori*, non anche, come nella Convenzione, quelle del Paese con cui la fattispecie presenta una prossimità solo relativa.

²⁵¹ E non di “leggi di polizia”, come recitava la versione italiana della proposta di regolamento, poi emendata.

²⁵² S. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, cit., pp. 7-8; P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 776 ss.; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., pp. 392-394; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 23-27; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., pp. 833-834.

²⁵³ Sull’opportunità di tale «isolamento semantico», v. T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, cit., pp. 59-60

²⁵⁴ G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., pp. 26-27, sottolinea che il problema è colpevolmente ignorato dal regolamento.

riguardo, le indicazioni della Relazione Giuliano Lagarde risultano criptiche e concise, ma sembrano suggerire che la comparazione tra le disposizioni di cui si discute andrebbe effettuata clausola per clausola. Tuttavia, come giustamente osservato dalla più attenta dottrina, simile scelta non pare adeguata ad uno strumento di d.i.p.²⁵⁵, in cui «non si tratta di preservare le valutazioni normative tipiche di un determinato ordinamento ma di scegliere tra le regolamentazioni provenienti da due ordinamenti da assumere come dotati di pari dignità»²⁵⁶.

Gli interpreti hanno prospettato diverse soluzioni del problema. È stato suggerito di preferire un approccio più onnicomprensivo, che non si riferisca alle singole clausole, ma agli istituti complessivamente intesi, secondo un metodo del tutto simile a quello impiegato nel nostro ordinamento per effettuare il raffronto tra contratto collettivo e contratto individuale, alla ricerca del trattamento migliorativo. I giuslavoristi nostrani dovrebbero avere confidenza con l'effettuazione in concreto della comparazione²⁵⁷, in quanto si suppone che il procedimento non sia dissimile da quello attuato in forza del c.d. conglobamento²⁵⁸; ciò è vero, quanto meno, in teoria²⁵⁹.

A ben vedere, qualunque tesi si preferisca, la delicatezza del problema sta nel fatto che i pacchetti di regole oggetto di comparazione potrebbero offrire diversi rimedi applicabili ai medesimi presupposti, rimedi rispetto ai quali non si possa dire con certezza che l'uno sia migliore o peggiore dell'altro. Il testo della Convenzione è stato per questo criticato, dal momento che imporrebbe, in

²⁵⁵ M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 393-394; F. GAMILLSCHEG, M. FRANZEN, *Conflict of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations*, cit., p. 171-173.

²⁵⁶ M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, cit., p. 86;

²⁵⁷ M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 393.

²⁵⁸ F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Diritto del lavoro, Vol. 1, Diritto sindacale*, UTET, 2016, p. 259-260; C. CESTER., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit. p. 341 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 22 gennaio 1979, n. 491; Cass., 17 maggio 1980, n. 3253; Cass., 19 maggio 1980, n. 3277; Cass. 1 agosto 1986, n. 4933; Cass., 22 marzo 1986, n. 2042; Cass. 22 febbraio 1992, n. 2205; Cass. 16 luglio 2007, n. 15781.

²⁵⁹ In pratica, è già difficile reperire riflessioni dottrinali che dedichino più di qualche riga a questa operazione e al suo risultato applicativo, cfr. C. CESTER., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., che riferendosi ai criteri di comparazione tra i trattamenti si domanda retoricamente «un problema quasi dimenticato?», cit., p. 378.

definitiva, di comparare sistemi giuridici nella loro interezza²⁶⁰. Sposando un approccio meno decostruttivo, vi è chi ha suggerito di risolvere l'*impasse* accordando al lavoratore la scelta del regime preferito²⁶¹.

Quel che pare certo è che, a ben guardare, ci dovremmo trovare di fronte ad una ipotesi di *dépeçage* legale: ciò perché la disciplina dell'art. 8, par. 1, lungi dall'imporre l'applicabilità *in toto* della disciplina giuslavoristica vigente in un determinato sistema giuridico in quanto astrattamente più favorevole (come si è già detto *supra*, par. 1.4, nt. 82), predilige un'applicazione selettiva delle norme indisponibili individuate in forza dei criteri sussidiari. Ne deriva che queste ultime si debbano in qualche modo sovrapporre alla legge scelta dalle parti, neutralizzandone l'applicazione con riguardo ai soli profili peggiorativi e rimanendo, per il resto, la *lex voluntatis* pienamente applicabile. D'altra parte, viene unanimemente esclusa la cumulabilità dei rimedi²⁶².

In assenza di precise indicazioni al riguardo, anche in ragione dello scarso ricorso nella prassi al criterio di collegamento dell'autonomia della volontà nell'ambito del contratto di lavoro transnazionale (forse, anche a ragione delle incertezze applicative che deriverebbero dal *dépeçage*?)²⁶³ ci pare doveroso sottolineare quanto già detto circa le condizioni di massima di applicabilità del *dépeçage* volontario. Si è già avuto modo di dire che il legittimo ricorso allo strumento dovrebbe essere limitato a quelle ipotesi in cui il frazionamento riguardi aspetti del contratto scindibili e tendenzialmente indipendenti dal punto di vista della disciplina applicabile, di modo che l'assenza di interconnessioni non dovrebbe condurre a contraddizioni nell'applicazione di discipline

²⁶⁰ F. GAMILLSCHEG, M. FRANZEN, *Conflict of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations*, cit., pp. 171-173.

²⁶¹ L. MERRETT, *Employment Contracts in Private International Law*, Oxford University Press, 2011, pp. 216-217.

²⁶² «The intention of article 8, 1), does not seem to be to allow the employee to accumulate remedies», L. MERRETT, *Employment Contracts in Private International Law*, cit., p. 217; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità* cit., pp. 393-394.

²⁶³ F. MARRELLA, *Prime note critiche circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento Roma I*, in P. FRANZINA, *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I. Atti della giornata di studi. Rovigo, 31 marzo 2006*, cit., p. 33 ss.

appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi. Né i testi normativi né la Relazione Giuliano e Lagarde, però, si preoccupano di fare simili precisazioni con riguardo al particolare *dépeçage* legale risultante dall'applicazione delle norme cui non è possibile derogare convenzionalmente, anche perché l'operatività del meccanismo è garantita in automatico ogni volta che vi sia la necessità di assicurare al lavoratore il trattamento migliorativo. Chi scrive suppone però che problemi di inconciliabilità tra le due discipline potrebbero porsi eccome, e che in tal caso la soluzione della questione sarebbe in definitiva rimessa alla discrezionalità del giudice, cui è rimesso il controllo circa la complessiva funzionalità del contratto nella sua dimensione esecutiva.

Riguardo alle prescrizioni che accordano al lavoratore la protezione che gli deriverebbe dall'applicazione delle norme inderogabili che sarebbero comunque applicabili in mancanza di scelta, va dunque ribadito il giudizio già espresso in precedenza circa il presunto *favor* accordato al lavoratore dagli artt. 6 e 8 dei due atti normativi in discussione. A dispetto della prima impressione, la tutela predisposta nell'interesse del lavoratore nel nostro "primo scenario", ossia nel caso in cui sia stata effettuata l'*optio legis*, potrà in concreto operare soltanto rispondendo ai seguenti interrogativi: quali sono le norme indisponibili del diritto applicabile in mancanza di scelta? Si tratta di norme che accordano una protezione maggiore rispetto a quella accordata dalla *lex contractus*? Sulla base di quali criteri si deve condurre la comparazione?

Dal momento, dunque, che nel caso di *optio legis* si incontrano serie incertezze applicative e che, in ogni caso, questa condurrebbe comunque all'applicazione delle norme indisponibili del Paese il cui diritto sarebbe applicabile in mancanza di scelta, le parti ben spesso finiscono per scegliere di non avvalersi del criterio di collegamento dell'autonomia della volontà²⁶⁴. Ne

²⁶⁴ «With the principle of the most favourable law, the employer loses all the interest in a choice of law, for that would only cost him money. What would remain would be the law of the place of work with all the disadvantages described above (combined according to Article 6 of European Convention with all the uncertainties of the 'unless' clause)», affermano lucidamente F. GAMILLSCHEG, M. FRANZEN, *Conflict of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations*, cit. p. 173.

consegue che la legge applicabile al contratto di lavoro internazionale sarà, nella maggior parte dei casi, quella dei criteri sussidiari che, come abbiamo visto, si pongono in concorso successivo tra loro, rilevando prioritariamente proprio il criterio di collegamento prioritario della *lex loci laboris*.

Cosicché, a parere di chi scrive, la tutela del lavoratore opera non già in via diretta, ma piuttosto in via indiretta e comunque limitatamente ad un aspetto, quello dell'accordare al prestatore l'applicazione, nella maggior parte dei casi, della legge che conosce meglio, *i.e.*, la legge del luogo abituale di lavoro e, non secondariamente, quello di garantire la prevedibilità della legge applicabile al contratto²⁶⁵.

2.4.3 *L'art. 9 del regolamento Roma I nella giurisprudenza della Corte di giustizia: stessa nozione, plurime finalità*

Tornando all'analisi delle nuove disposizioni regolamentari, non resta che esaminare il significato di norme di applicazione necessaria di cui all'art. 9 del regolamento. Per l'interprete italiano, simile lavoro risulta agevolato dalla circostanza che durante la fase intermedia intercorsa tra la vigenza della Convenzione di Roma e la trasformazione di questa in regolamento è occorsa nel nostro ordinamento un'importante innovazione, ossia l'entrata in vigore della L. n. 218/1995²⁶⁶ che, interamente riformando il nostro sistema domestico di d.i.p.,

²⁶⁵ Per simili considerazioni, v. B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, cit., p. 36 e P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., pp. 787-788; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., pp. 10-11. Viene allora da domandarsi se, in luogo dei descritti congegni, non sarebbe stato forse più opportuno costruire la norma in modo diverso, avvalendosi della *lex loci laboris* come criterio di collegamento principale e conservando i criteri di collegamento in concorso successivo, con la garanzia dell'operatività degli eventuali correttivi, generalmente previsti per tutti i contratti, delle norme di applicazione necessaria e dell'ordine pubblico. Il che, peraltro, sarebbe stato del tutto coerente con la disciplina generale della Convenzione e del regolamento, nell'ambito dei quali si valorizza la prossimità della fattispecie ad un determinato ordinamento giuridico, individuando la prossimità medesima alla luce di criteri di localizzazione spaziale. L'individuazione *de plano* del criterio di collegamento del luogo di lavoro abituale sarebbe stata perfettamente coerente con questa impostazione.

²⁶⁶ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, cit., per quanto concerne la giurisdizione, p. 133 ss.; per quanto concerne l'ambito sostanziale v. vol.

ha anche introdotto la nuova – nuova, per la lettera della legge, dal momento che nel dibattito dottrinale e nelle legislazioni domestiche di d.i.p. di altri Stati, la nozione era ampiamente conosciuta²⁶⁷ – nozione di norme di applicazione necessaria²⁶⁸.

La definizione delle norme in questione predisposta nell'ordinamento italiano, lungi dal valere per tutti gli Stati membri – dovendosi ricordare che alle nozioni del regolamento si deve conferire un'interpretazione autonoma – rimane comunque una bussola in grado di orientarci nell'universo misterioso di quelle norme ribattezzate dalla dottrina “superimperative”. In particolare, la nozione italiana di norme di applicazione necessaria è tanto concisa quanto efficace, essendo queste definite dall'art. 17 della L. n. 218/1995 come quelle norme la cui

II, *Statuto personale e diritti reali* (es. stato e capacità delle persone; rapporti personali e patrimoniali tra coniugi ecc.). V. anche S. BARIATTI (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *NLCC*, 1996, p. 877 ss. Sulle questioni giuridiche oggetto di discussione dottrinale nella fase storica antecedente alla riforma sono utili i contributi di E. VITTA, *In tema di riforma del diritto internazionale privato*, *cit.*, p. 1 ss. e L. FORLATI PICCHIO, *I limiti posti alla riforma di diritto internazionale privato*, *cit.*, p. 269 ss. Sul tema dei contratti internazionali di lavoro nella vigenza delle disposizioni preliminari al codice civile, v. la ricca voce di A. MALINTOPPI, *Lavoro (dir. internaz. priv.) (voce)*, *cit.*, p. 641 ss. e G. PERONE, M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero (Voce)*, *cit.*, § 5 *Individuazione delle norme di regolamentazione dei rapporti di lavoro: i criteri di cui all'art. 25 delle disposizioni preliminari al codice civile*. Torna pure *supra*, par. 2.4 nt. 183 e *infra*, nt. 270. Giova nuovamente ricordare che, in virtù del richiamo alla Convenzione di Roma (art. 57) da intendersi ormai riferito al regolamento Roma I, la disciplina dei conflitti di legge in materia contrattuale si applica *erga omnes*, indipendentemente dal domicilio del convenuto in uno degli Stati membri dell'UE: “Le obbligazioni contrattuali sono *in ogni caso* regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva con la legge 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili” (corsivo nostro). Alla riduzione dello spazio applicativo delle legislazioni domestiche di d.i.p., ridimensionate nel ruolo da strumenti di d.i.p. uniforme, si è già accennato *supra*, par. 1.3.

²⁶⁷ Cfr. T. TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del giugno 1980*, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1983, p. 25 ss. Per ulteriori riferimenti dottrinali si rinvia G. BIAGIONI, *Art. 9, Norme di applicazione necessaria*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»). *Commentario*, *cit.*, p. 791, nt. 13.

²⁶⁸ T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, *cit.* p. 78 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, *cit.*, che precisano, in coerenza con quanto si diceva nel paragrafo precedente, che «la terminologia usata al riguardo in dottrina e in giurisprudenza, ma anche nelle leggi, nei regolamenti comunitari e nelle convenzioni di d.i.pr., è assai varia. In realtà espressioni come norme di applicazione necessaria, norme di immediata applicazione, norme autolimitate, norme spazialmente condizionate, norme a collegamento speciale, norme di d.i.pr. materiale, norme imperative, non sono sovrapponibili né del tutto intercambiabili, in quanto colgono profili diversi di un fenomeno polimorfo e complesso. Soltanto alcuni aspetti di questo fenomeno sono messi in evidenza dall'art. 17 della nostra legge di d.i.pr. [...]», *cit.*, p. 275.

prevalenza è sempre fatta salva perché, in considerazione del loro oggetto e del loro scopo, debbono essere applicate nonostante il richiamo alla legge straniera.

L'indicazione del legislatore italiano risulta utile perché circoscrive le norme di cui si discute in modo chiaro, riferendosi ai parametri del loro oggetto e del loro scopo (come del resto un inciso del vecchio art. 7 della Convenzione) considerati i quali si sancisce la preminenza in ogni caso di tali norme, indipendentemente dall'operatività del conflitto di leggi.

A ragione di questi caratteri, la manualistica di d.i.p. si riferisce alle norme di applicazione necessaria, distinguendole dall'ordine pubblico, come a quelle norme la cui forza applicativa è tale da garantirne la coerenza prioritariamente a qualunque considerazione di d.i.p., talché dal punto di vista logico esse vengono applicate prima ancora che operi la norma di conflitto, con ciò rendendo irrilevante qualsiasi discorso circa l'applicazione del diritto straniero²⁶⁹. Ciò a differenza dell'ordine pubblico: anch'esso, come le norme di applicazione necessaria, rappresenta un limite all'applicazione del diritto straniero ed è strumento di garanzia della coerenza interna dell'ordinamento del foro. Tuttavia, l'ordine pubblico opera *ex post*, quando l'operatività delle norme di conflitto ha già fatto il suo corso e decretato l'applicazione del diritto straniero. Il giudice del foro si trova a bloccare a posteriori l'avvenuto "ingresso" delle norme estranee, dal momento che l'applicazione di queste avrebbe sull'ordinamento del foro effetti ritenuti inaccettabili alla luce dei valori ivi condivisi, valori appunto ritenuti di ordine pubblico²⁷⁰.

²⁶⁹ «Le norme di applicazione necessaria [...], nei rapporti internazionali, escludono in via preventiva l'operare delle norme di conflitto. Infatti, se l'eccezione di ordine pubblico non impedisce alla norma di conflitto di funzionare [...] e interviene a posteriori frustrando, eventualmente, il richiamo della legge straniera, l'esistenza di una norma di applicazione necessaria influisce a priori sul funzionamento delle norme di conflitto», A. LUPONE, *Diritto internazionale privato (disposizioni generali) (voce)*, in *Enc. Dir. Agg.* V, 2001, *cit.* § 11.

²⁷⁰ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni, cit.*, p. 256 ss.; T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano, cit.*, p. 109 ss.; G. BARILE, *Ordine pubblico (dir. internaz. priv.) (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXX, 1980, nota che la funzione di selezione dei valori giuridici applicati nell'ordinamento per scrutarne la coerenza con l'assetto giuridico-valoriale complessivo, provvedendo alla loro eventuale espulsione, è assolta dall'ordine pubblico non solo con riguardo al diritto internazionale privato nella sua dimensione sostanziale e processuale, ma opera anche con

Quanto al regolamento Roma I, questo non innova soltanto dal punto di vista semantico rispetto al precedente convenzionale, sostituendo la controversa nozione di norme imperative con quella di norme di applicazione necessaria²⁷¹. Esso offre infatti una vera e propria definizione di queste, definizione che, guarda caso, appare molto simile a quella appena descritta introdotta dall'attesa riforma

riguardo ad ordinamenti contigui quali il diritto canonico, il diritto internazionale, il diritto comunitario. In ambito internazionalprivatistico, in ossequio alla progressiva apertura degli ordinamenti ai valori giuridici di altri Stati, è andata consolidandosi la distinzione tra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale, cfr. C. giust., 4 ottobre 2001, C- 450/00 *Commissione c. Granducato di Lussemburgo* (come si vedrà *infra*, cap. III). A ben vedere, infatti, non tutte le prescrizioni di ordine pubblico vigenti per le fattispecie aventi connotati puramente interni possono essere considerate tali in una controversa con elementi di internazionalità. L'integrazione del nostro ordinamento in una realtà sovranazionale come l'Unione Europea ha indotto la nostra giurisprudenza nazionale a superare le proprie consolidate posizioni in tema di ordine pubblico. In questo mutato contesto, infatti, il giudice nazionale non può «ergersi a censore dell'attività legislativa di altri Stati», M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, cit., p. 63, cosicché è stato abbandonando il precedente orientamento – fondato sull'art. 31 prel. e replicato anche in applicazione della Convenzione di Roma – che attribuiva valore di ordine pubblico al principio del *favor laboris* e, per questa via, finiva per attribuire all'intero *corpus* di tutele giuslavoristiche prevalenza applicativa in luogo di leggi straniere improntate a minore protezione del lavoratore (come visto *supra*, par. 2.4, nt. 183). Il mutamento di orientamento è stato consacrato da Cass., 11 novembre 2000, n. 14662, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 2719 ss., con nota di A. PARDINI, *Contratto di lavoro tra italiani all'estero: ordine pubblico internazionale e facoltà di scelta della legge regolatrice*, ove si inaugura una nozione di ordine pubblico internazionale fondata sull'idea della corrispondenza fra i diritti inderogabili garantiti al lavoratore nell'ordinamento statale e quelli previsti nelle fonti internazionali, ripudiando l'orientamento precedente che vanificava la scelta della legge applicabile per ridurne l'efficacia, in definitiva, ai soli casi in cui la legge straniera fosse più favorevole di quella italiana. Coerentemente: Cass. 11 novembre 2002, n. 15822, in *MGL*, 2003, p. 357 ss., con nota di C. OGRIESEG, *Recesso libero e limite dell'ordine pubblico*. Si noti che C. Cost. 7 febbraio 2000, n. 46 e C. Cost. 6 febbraio 2003, n. 41 ha confermato la correttezza delle precedenti pronunce di Cassazione che avevano negato il riconoscimento del valore di ordine pubblico alla tutela reale ex art. 18 St. lav. vecchio testo. Al riguardo v. P. ICHINO, *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti. Note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti*, in R. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte Costituzionale*, Edizioni Scientifiche italiane, 2006, p. 129 ss. Più di recente, v. Cass. 22 febbraio 2013, n. 4545, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, 3, p. 798 ss., con nota di N. VASCHELLO, *Filiale di impresa italiana negli Stati Uniti ed eccedenza di personale: ordine pubblico ed applicazione della procedura italiana*.

²⁷¹ L. MORRONE, *Il Regolamento "Roma I" le norme a tutela dei lavoratori*, cit., p. 41 ss.; G. BIAGIONI, *Art. 9, Norme di applicazione necessaria*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 788; S. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, cit., p. 7-8; P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 776 ss.; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 392-394; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 23-27; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 833-834.

del d.i.p. italiano²⁷². L'art. 9 definisce finalmente le norme super-imperative come “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, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo di applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto”²⁷³.

Dalla lettura combinata della disposizione con il *considerando* n. 37 si evince la portata innovativa della nuova nozione, circoscritta a quelle disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un Paese in rapporto alla sua compagine politica sociale ed economica. Dunque, le norme in questione dovranno trovare spazio soltanto in “circostanze eccezionali”, ove emergano precise e significative “considerazioni di pubblico interesse”. Del resto, come si è già detto, queste rappresentano qualcosa di diverso rispetto alle norme non derogabili convenzionalmente, appartenendo ad un insieme più ristretto ed esclusivo di norme²⁷⁴.

Roma I introduce poi una disciplina dei presupposti applicativi delle norme di applicazione necessaria che si distingue da quella convenzionale. La disciplina del regolamento Roma I, infatti, si inserisce nel già descritto contesto di maturità del percorso di integrazione: le tensioni protezionistiche sono state smorzate dall'applicazione diffusa del metodo comunitario; la costruzione del mercato interno ha già dato i suoi frutti in termini di crescita economica; le

²⁷² Di «tendenziale omologazione valutativa» tra diritto comunitario e diritto interno parla F. SALERNO, *Note introduttive*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»). *Commentario*, cit., p. 533., locuzione ripresa da B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, cit., p. 37.

²⁷³ Per una lettura critica di questa definizione, ritenuta per molti versi superata, v. N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, «disposizioni imperative del diritto comunitario» e «leggi di polizia» nella proposta di regolamento “Roma I”*, cit., e G. BIAGIONI, *Art. 9, Norme di applicazione necessaria*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»). *Commentario*, cit., p. 791.

²⁷⁴ È stato giustamente osservato che non esiste una relazione biunivoca tra le norme di applicazione necessaria e le norme inderogabili. Tutte le norme di applicazione necessaria sono infatti norme inderogabili; non viceversa, cfr. G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 30.

esigenze di preservazione dei propri valori giuridici, particolarmente sentite nell'ambito delle trattative per l'adozione della Convenzione di Roma, non vengono del tutto abbandonate, eppure sono ragionevolmente ridimensionate e circoscritte dagli Stati membri alle più stringenti necessità.

Questi cambiamenti incidono sul testo del nuovo articolo 9 del regolamento, il quale lascia cadere la previsione che consentiva di valorizzare anche quelle situazioni di collegamento secondario e non preminente della fattispecie con un determinato Stato, tali da consentire l'applicazione delle norme imperative di quell'ordinamento ex art. 7, par. 1. Il testo dell'art. 9 si limita invece a valorizzare le norme di applicazione necessaria del foro, come il precedente art. 7, par. 2, disponendo che "le disposizioni del presente regolamento non ostano all'applicazione delle norme di applicazione necessaria del foro" e, innovando rispetto al precedente convenzionale, introducendo l'ulteriore ipotesi di applicazione delle "norme di applicazione necessaria del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti, nella misura in cui tali norme di applicazione necessaria rendono illecito l'adempimento del contratto", chiarendo che "per decidere se vada data efficacia a queste norme, si deve tenere conto della loro natura e della loro finalità nonché delle conseguenze derivanti dal fatto che siano applicate, o meno"²⁷⁵.

²⁷⁵ Questi cambiamenti devono essere letti alla luce della nuova collocazione sistematica del sistema dei conflitti di leggi nell'ambito dell'ordinamento comunitario, intervenuta a seguito della trasformazione della Convenzione di Roma in regolamento (se ne è già discusso *supra*, par. 1.3). L'abbandono della dimensione intergovernativa è stato infatti correlativamente accompagnato dal protagonismo della Commissione, organo tecnico "di individui" e non "di Stati", titolare del potere di proposta. Le trattative si sono svolte dunque in un ambito molto diverso dalla classica conferenza di diritto internazionale per la stipulazione di un trattato: la redazione del regolamento è stata oggetto di un processo partecipativo delle istituzioni comunitarie collegiali dotate di ruolo decisionale, il Parlamento europeo e il Consiglio, a seguito di una proposta della Commissione del tutto avulsa da meccanismi di rappresentanza degli Stati. La proposta ha perseguito l'unico scopo di emendare il testo precedente, rendendolo più funzionale allo sviluppo del mercato interno ma anche predisponendone meglio i legami con altri atti comunitari (tra i quali la direttiva 96/71/CE, vedi Considerando n. 34). Poco spazio hanno avuto, in questo contesto, le singole istanze politiche nazionali degli Stati membri. Per approfondire, v. COM (2002) 654 def., 14 gennaio, 2003, *Libro verde sulla trasformazione in strumento comunitario della Convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima* e P. FRANZINA, *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I. Atti della giornata di studi. Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, spec. il contributo di F. MARRELLA, *Prime note critiche circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta*

Dunque, il nuovo campo di applicazione delle norme di applicazione necessaria è quello circoscritto alle norme superimperative della *lex fori* e a quelle della *lex loci solutionis*²⁷⁶, allorché queste rendano illecito il contratto.

Quanto all'identificazione delle norme di applicazione necessaria applicabili nei casi sopra descritti, ruolo fondamentale va riconosciuto alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Al riguardo, va curiosamente notato che la Corte ha elaborato la nozione di norme di applicazione necessaria non già, come ci si aspetterebbe, nell'ambito del suo scrutinio di diritto internazionale privato, ma nel diverso ambito del bilanciamento tra libertà di prestazione di servizi e norme di protezione sociale del paese ospite²⁷⁷.

Come si vedrà più approfonditamente più avanti (v. *infra*, cap. II), infatti, si sono sviluppate, tra gli anni Ottanta e Novanta, controversie aventi ad oggetto la compatibilità comunitaria di prescrizioni dello stato ospite, anche di natura lavoristica, ritenute illegittime dal prestatore di servizi perché asseritamente adottate in violazione della c.d. dottrina degli ostacoli²⁷⁸. Questo filone giurisprudenziale, in particolare, ha riguardato lo scrutinio di normative che

di regolamento Roma I, *cit.*, p. 28 ss.; v. anche F. SALERNO, *Note introduttive*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, *cit.*, p. 521 ss., v. anche T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, *cit.*, p. 40 ss.

²⁷⁶ Si rinvia a T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, *cit.*, p. 61, per l'efficace illustrazione dei precedenti storico-dottrinali che hanno condotto alla valorizzazione delle norme di applicazione necessaria della *lex loci solutionis* e per comprendere come questa disposizione vada interpretata alla luce di tali precedenti.

²⁷⁷ B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, *cit.*, p. 38 ss.; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009, p. 114 ss.; ID, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, I, p. 33 ss.; A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona", Int. 47, 2006, p. 26 ss.; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013, spec. 17 ss.; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, *cit.*, Int. n. 137/2012, p. 30 e poi 40 ss.

²⁷⁸ Ciò, come giustamente osservato dalla dottrina, dipende dal fatto che, nell'originaria impostazione dei Trattati il rapporto tra libertà economiche e "diritti sociali" non è un rapporto di equiordinazione. «Nel giudizio di fronte alla Corte di giustizia, la tutela del lavoro figura tecnicamente non come un diritto sociale di fonte comunitaria, bensì come una restrizione di fonte nazionale la cui legittimità dipende dall'accettabilità o meno del grado di compressione che essa impone alla libertà di far circolare le prestazioni di servizi. L'accettabilità è ovviamente rimessa alla discrezionalità dei giudici comunitari, la cui provata sensibilità per le implicazioni sociali può arginare, ma non sovvertire, l'impianto del giudizio finale», F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, *cit.*, p. 131.

rappresentavano un aggravamento della libertà di prestazione di servizi nel mercato unico, anche se indistintamente applicate²⁷⁹ alle imprese ivi stabilite.

Come vedremo, nell'ambito di tali valutazioni, le norme dello stato ospite preposte alla tutela del lavoro hanno assunto, in un primo tempo, la valenza di ragioni imperative di interesse generale. Esse, dunque, potevano rappresentare legittime eccezioni alla libertà di prestazione di servizi, purché soddisfacessero determinate condizioni, elaborate dalla Corte di giustizia nell'ambito del noto test di proporzionalità.

Riguardava proprio un caso di distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale (un distacco *ante litteram* – perchè la direttiva 96/71/CE non era ancora entrata in vigore²⁸⁰ –) una delle prime sentenze²⁸¹ di questo filone in cui, tra le altre statuizioni, si è avuto modo di precisare il significato di norme di applicazione necessaria. Nell'ambito di tale decisione, la Corte ha chiarito che le disposizioni nazionali qualificate da uno Stato membro come norme imperative di applicazione necessaria sono “le disposizioni la cui osservanza è reputata cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporne il rispetto a chiunque si trovi nel territorio nazionale di tale Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato nel suo territorio”²⁸².

²⁷⁹ B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, cit., pp. 40-41.

²⁸⁰ È noto che la direttiva si staccò principalmente per risolvere i dubbi interpretativi ingenerati dal *corpus* giurisprudenziale di cui si discute, che aveva indotto gli Stati membri ad adottare legislazioni di ispirazione protezionistica presuntivamente allineate con il noto inciso della sentenza C. giust., 27 marzo 1990, C-113/89 *Rush Portuguesa c. Office national d'immigration*. La pronuncia aveva autorizzato gli Stati membri ad adottare discrezionalmente misure di estensione della legislazione lavoristica alla manodopera ivi temporaneamente inviata, apparentemente senza alcuna limitazione. Il che aveva indotto alcuni Stati membri ad estendere in blocco le proprie “condizioni di lavoro e di occupazione” anche alla manodopera distaccata. Si tornerà su questi temi nel capitolo II.

²⁸¹ C. giust., 23 novembre 1999, causa C-368/96 e C-376/99 *Arblade e Leloup*.

²⁸² C. giust., 23 novembre 1999, causa C-368/96 e C-376/99 *Arblade e Leloup*, spec. pt. 30

Successivamente, in forza di un processo che potremmo definire di *reductio ad unum* interpretativa²⁸³, la medesima nozione è stata nuovamente utilizzata dalla Corte di giustizia in un diverso contesto, per assolvere ad una diversa finalità: non già quella di individuazione di legittime deroghe alla libertà di prestazione di servizi, ma la limitazione del diritto straniero applicabile in una qualsivoglia situazione di conflitto di leggi.

Il descritto fenomeno è stato accolto dalla dottrina con qualche perplessità, perché le statuizioni della Corte di giustizia nel contesto del bilanciamento tra la predetta libertà economica e le normative dello stato ospite, inquadrate come ostacoli sostanziali o procedurali all'esercizio di questa, sembrano costruire una nozione di norme di applicazione necessaria più ampia di quanto ci si sarebbe aspettato, a dispetto della lettera dell'art. 9 (il che è paradossale, dato che, come si è detto in apertura, la disposizione è mutuata dalle statuizioni definitorie della stessa Corte). Di fatto, la Corte, coniando quella definizione restrittiva, contestualmente la disattende e la amplia in via interpretativa con sentenze coeve²⁸⁴.

In effetti, si vedrà che, tra le ondivaghe oscillazioni e le contraddizioni logiche della sua giurisprudenza, la Corte di Lussemburgo tenderà in un primo tempo a legittimare l'applicazione di disposizioni che in parecchi casi difficilmente si sarebbero potuti inquadrare nella nozione, utilizzata in precedenza, di norme superimperative²⁸⁵. Si tratta, infatti, spesso di norme di altro tipo, di carattere meramente organizzativo, o procedurale, che non rispondono affatto al prototipo ristretto di norme che assolvono alla protezione

²⁸³ B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, cit., p. 37. Similmente, G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 30.

²⁸⁴ Lo spiega molto bene T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, cit., p. 60. Per un'interpretazione differente della nozione, v. C. giust., 15 marzo 2001, C-165/98 *Mazzoleni*. Ci torneremo nel capitolo II.

²⁸⁵ Nozione che non va certo "mandata in pensione" per l'intervenuta modifica normativa, trattandosi di nozione dottrinale che continua ad assolvere la sua finalità: quella di circoscrivere il nucleo duro di disposizioni più-che-imperative, irrinunciabili, fondamentali. Tutte parole che appartengono allo stesso campo semantico dell'aggettivo "cruciale". Il che testimonia ulteriormente la distorsione interpretativa del testo regolamentare, ad opera della stessa Corte che avrebbe dovuto preservarne la corretta osservanza.

di fondamentali interessi politici, sociali o economici²⁸⁶. Interessi, a ben guardare, di rilevanza “costituzionale” o comunque collettiva, che si contrappongono a semplici interessi privati. Si veda, peraltro, che proprio rispetto a questo tema la nozione delle norme imperative elaborata dalla Corte (nozione che, peraltro, ricalcava la definizione in precedenza proposta in dottrina e ampiamente criticata) era stata vivacemente messa in discussione nell’appropriatezza²⁸⁷. Si riteneva, infatti, che la nozione erroneamente limitava la corrispondenza delle norme di applicazione necessaria alla protezione di interessi di natura pubblicistica, senza adeguatamente valorizzare, ad esempio, le norme preposte alla salvaguardia di interessi squisitamente privatistici²⁸⁸.

Pare così che ci sia una sorta di contraddizione di fondo: ossia che nell’ambito della persistente confusione terminologica, nelle more dell’adozione del regolamento, affiori un’ulteriore specie di norme che trasversalmente attraversa gli insiemi delle norme superimperative e delle norme indisponibili (o, come usa il regolamento, le norme non derogabili convenzionalmente), norme a loro volta tutte appartenenti all’insieme ancora più ampio delle norme inderogabili. Questa categoria di norme “trasversale” è sovente definita dalla dottrina ricorrendo alla nozione di “norme autolimitate”. Potrebbe dirsi che si

²⁸⁶ B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, cit., p. 37.

²⁸⁷ N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, «disposizioni imperative del diritto comunitario» e «leggi di polizia» nella proposta di regolamento “Roma I”*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”. Atti del Convegno tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007*, in *Quaderni della Fondazione Italiana di Notariato*, 2007 n. 4, disponibili al sito <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=09/0905&mn=3>, cit., che, tra l’altro, fa notare che la Corte ha accolto nella sentenza *Arblade* una nozione in precedenza elaborata dall’internazionalprivatista FRANCESKAKIS, «*Quelques précisions sur les 'lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois*», in *Rev. Critique Dr. Int. Privé*, 1966, p. 1 e ss., spec. p. 13 e ss. (*Non visto*) ampiamente discussa in dottrina e unanimemente ritenuta superata dagli stessi esperti del settore.

²⁸⁸ N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, «disposizioni imperative del diritto comunitario» e «leggi di polizia» nella proposta di regolamento “Roma I”*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”. Atti del Convegno tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007*, in *Quaderni della Fondazione Italiana di Notariato*, 2007 n. 4, disponibili al sito <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=09/0905&mn=3>, cit.

tratti non già di un insieme separato, ma più correttamente della caratteristica propria di alcune norme inderogabili²⁸⁹.

La caratteristica della norma autolimitata è quella di imporre la propria applicazione indistintamente a fattispecie interne e a fattispecie con elementi di estraneità, indipendentemente dal collegamento delle fattispecie estranee con altri ordinamenti. In alcuni casi, queste norme rispondono ad esigenze di marcata natura valoriale o morale; ma non sempre, potendosi ben trattare di norme che rispondono a esigenze di carattere «procedurale, di controllo, organizzativo, o specifico» che semplicemente danno luogo ad una estensione dell'applicazione della *lex fori*²⁹⁰ o, si potrebbe dire, che ne sanciscono l'applicazione ad ogni fattispecie che territorialmente ricada sotto l'egida della sovranità spaziale dello Stato.

Mettendo dunque in ordine logico i fattori, si potrebbe dire che la Corte di giustizia si è trovata a giudicare circa la legittimità di due diverse tipologie di situazioni: misure che rappresentavano ostacoli di natura procedurale o organizzativa, da questa ricondotti alle ragioni di interesse generale che giustificano eccezioni alle libertà economiche (semprechè idonee a superare il test di proporzionalità di cui si dirà); normative di protezione sociale o giuslavoristica di carattere sostanziale, ricondotte anch'esse alle ragioni imperative di interesse generale che giustificano deroghe alle libertà economiche (ed anch'esse sottoposte al test). In entrambi i casi, si trattava di norme autolimitate, ma aventi caratteri diversi, perché non tutte queste norme, e certamente più le seconde che le prime, avrebbero potuto dirsi superimperative o di "cruciale importanza".

²⁸⁹ Norme inderogabili che, a loro volta, abbiamo già detto intrattenere con le norme non derogabili convenzionalmente e le norme di applicazione necessaria i rapporti così descritti: le norme di applicazione necessaria sono sempre inderogabili; ma non tutte le norme inderogabili sono di applicazione necessaria. Tanto è vero che le norme indisponibili - o non derogabili convenzionalmente - sono inderogabili ma non di applicazione necessaria.

²⁹⁰ B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, cit., pp. 36-37.

Eppure, si è finito per qualificarle tutte come di applicazione necessaria²⁹¹. La definizione del regolamento Roma I, che ne ha circoscritto il significato a quelle di rilevanza cruciale, manca dunque di corrispondenza nella prassi applicativa, ove la Corte ha qualificato norme di applicazione necessaria norme di vario genere, non sempre rispondenti ad interesse pubblici propriamente detti e talvolta caratterizzate dal mero carattere della particolare forza applicativa delle norme autolimitate della *lex fori*. A ciò si aggiunga che risulta difficile individuare la linea di demarcazione tra questa nozione e quella di ordine pubblico: «per effetto del processo di comunitarizzazione del diritto internazionale privato, le due nozioni tendono a sovrapporsi non solo sul piano del contenuto ma anche sul piano della loro funzione (di limite positivo e negativo, appunto): ne emerge, da una parte, una marginalizzazione del limite dell'ordine pubblico nella sua tradizionale accezione, dall'altra la tendenza ad utilizzare tale nozione come sinonimo di norma di applicazione necessaria»²⁹².

Ci si dedicherà più compiutamente ai rapporti tra distacco transnazionale e norme di conflitto in materia di contratto di lavoro nel diritto internazionale privato europeo uniforme tra qualche pagina. Resta infatti da capire quale sia la collocazione sistematica della direttiva 96/71/CE rispetto alla disciplina dei conflitti di leggi eurounitaria. Appare però chiaro sin d'ora che è del tutto privo di senso analizzare le questioni tenendole separate, trattandosi in definitiva di ambiti che, sin dagli inizi, ancora prima che il distacco venisse regolato

²⁹¹ Il dibattito è molto ben ricostruito da N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, «disposizioni imperative del diritto comunitario» e «leggi di polizia» nella proposta di regolamento “Roma I”*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*. Atti del Convegno tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007, in *Quaderni della Fondazione Italiana di Notariato*, 2007 n. 4, disponibili al sito <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=09/0905&mn=3>, che osserva con riferimento all'incorporazione della formula *Arblade* delle norme di applicazione necessaria nella proposta di regolamento Roma I «sarebbe stato altamente opportuno abbandonare la definizione di norme di applicazione necessaria tratta dalla sentenza *Arblade*, limitandosi a sancire il principio che le future norme del regolamento non possono impedire l'applicazione delle norme in vigore nel Paese del giudice, le quali disciplinino imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto. Per quanto possa apparire tautologica, questa nozione crea meno danni e incertezze di quella proposta dalla Commissione» *cit.*

²⁹² G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, *cit.*, p. 30, nt. 114.

normativamente, appaiono intimamente connessi, al punto da aver generato un'omogeneità valutativa dei canoni giurisprudenziali elaborati dalla Corte di giustizia²⁹³.

2.4.4 *Secondo scenario: i criteri di collegamento sussidiari della lex loci laboris e della sede di assunzione. Le peculiarità del lavoro temporaneo e del lavoro itinerante*

Ricorre quello che abbiamo definito “secondo scenario” quando, in assenza di una valida *optio legis*, si attivano i meccanismi sussidiari di determinazione della legge applicabile²⁹⁴. “Nella misura in cui la legge applicabile al contratto di lavoro non sia stata scelta dalle parti” infatti “il contratto è disciplinato dalla legge del Paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale, il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro”. “Il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto”, aggiunge l'art. 8, “non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in

²⁹³ Ciò si evince chiaramente dalle considerazioni di un'illustre internazionalprivatista: «Le norme di applicazione necessaria ora sono isolate non soltanto semanticamente ma anche per effetto di una definizione precisa [...]. La pesantezza delle condizioni richieste ed il richiamo del considerando 37 alle circostanze eccezionali da cui devono emergere considerazioni di pubblico interesse, potrebbero far propendere per una scarsa probabilità di messa in gioco di queste norme, ma l'argomento perde peso se si pensa che la formula (compreso l'aggettivo cruciale) è ricalcata da quella della sentenza *Arblade* nata da un rapporto di lavoro. [...] Ne danno testimonianza le sentenze *Centros*, *Inspire Art e Überseeing*, e la serie di sentenze relative al distacco dei lavoratori salariati», T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, cit., p. 60.

²⁹⁴ Su cui v. in generale: M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1041 ss.; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità* cit., p. 387 ss.; M. LIOBERA VILA, *L'articolo 8 del Regolamento Roma I, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, alla luce delle sentenze Koelzsch, Voogsgeerd e Schlecker* (nota a C. giust. 12 settembre 2013, Anton Schlecker c. Melitta Josefa Boedeker, causa C-64/12), in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 2, p. 615 ss.; U. GRUŠIĆ, *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, 2015, p. 155 ss.; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit.; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 829 ss.; P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 771 ss.; S. SCIARRA, A. LYON CAEN, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 9 ss.; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 29 ss.; M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, cit., p. 73 ss.; I. KUNDA, *Law applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in G. SANDER et. al. (ed.), *Transnational, European and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, cit., p. 73 ss.

modo temporaneo.” Soltanto se il criterio di collegamento della *lex loci laboris* non possa operare, ossia “quando la legge non possa essere determinata a norma del par. 2”, il par. 3 dell’art. 8 affida la determinazione della legge applicabile al criterio della localizzazione della sede di assunzione del lavoratore (“la legge del Paese nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore”). A sua volta, la clausola di eccezione potrà operare, in ossequio al principio di prossimità, quando, a dispetto delle operazioni precedenti, la fattispecie presenti un collegamento più stretto con un altro Paese.

La norma si caratterizza per una forte valorizzazione della *lex loci laboris*, criterio di collegamento che, come si è già avuto modo di sottolineare, assolve un ruolo centrale non soltanto nel secondo itinerario che ci occupa, ma anche nella già esaminata ipotesi di esercizio di *optio legis*²⁹⁵.

La predilezione del criterio di collegamento del luogo di lavoro abituale trova giustificazione in una pluralità di considerazioni, condivise al punto che il giudizio dottrinale circa l’«ineluttabilità»²⁹⁶ del ricorso al criterio di collegamento *de quo* può considerarsi unanime e, in un certo senso, trasversale alle generazioni di studiosi. Il principale argomento a favore del ricorso alla *lex loci laboris* è naturalmente quello della neutralizzazione delle potenziali differenziazioni di trattamento economico e normativo che «la simultanea presenza dei destinatari nello stesso ambiente di lavoro fisico rende particolarmente visibili e odiose»²⁹⁷. È forse stata questa considerazione a

²⁹⁵ M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1048.

²⁹⁶ L. FORLATI PICCHIO, *Lavoro nel diritto internazionale privato (voce)*, Dig. Disc. Priv. Sez. Comm., 1992, vol. 8, Utet, Torino, § 17. *Criteri di collegamento utilizzati dall’art. 6, par. 2*, collocato a p. 50 della versione digitale del documento reperibile sulla corrispondente banca dati. Si noti che la versione analogica, che non è stata consultata causa Covid-19, riporta una diversa numerazione, collocandosi alle p. 331 ss.

²⁹⁷ L. FORLATI PICCHIO, *Lavoro nel diritto internazionale privato, (voce)*, cit., p. 50 versione online. Nello stesso senso anche M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, cit., p. 513, che sottolinea che l’applicazione del criterio territoriale funge da fattore di integrazione tra manodopera locale e manodopera straniera; v. pure P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della CE*, cit., p. 107 e F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 59.

giustificare una amplissima utilizzazione del criterio nelle legislazioni internazionalprivatistiche degli Stati membri²⁹⁸.

Simile impostazione è del resto connaturata alla originaria concezione del diritto del lavoro, branca del diritto che, in ragione della connessione con l'ordine sociale, è stata per lungo tempo collocata dalla dottrina nell'alveo del diritto pubblico. In particolare, le norme del diritto del lavoro sono state considerate appartenenti a quell'area semantica che variamente si esprime nelle locuzioni "norme di polizia", "disposizioni ordine pubblico", "norme autolimitate"²⁹⁹, nozioni su cui non ci si dilungherà oltre ma che tutte, a loro volta, possono ricondursi al binomio sovranità-territorio. Proprio per la sua intima connessione con la sovranità statale, la concezione della territorialità del diritto ha subito condizionamenti nel contenuto e nel significato, mutando in ragione della concezione di Stato e, a sua volta, in ragione del rapporto di questo con la comunità internazionale, al punto che risulta difficile offrirne una definizione.³⁰⁰ Quel che è certo è che una primaria giustificazione del ricorso al criterio di collegamento del luogo abituale di lavoro è la connotazione territoriale del diritto del lavoro e la presa d'atto della connessione esistente tra la regolazione dei rapporti di lavoro con l'ordine politico di una società organizzata³⁰¹. A ciò si

²⁹⁸ F. GAMILLSCHEG, M. FRANZEN, *Conflict of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations*, cit. pp. 169-170.

²⁹⁹ Per le considerazioni riguardo alla concezione giuspubblicistica del diritto del lavoro e le relative implicazioni di d.i.p. nell'ottica dell'ordinamento italiano si rinvia a A. MALINTOPPI, *Lavoro (dir. internaz. priv.) (voce)*, cit., e alla bibliografia ivi; per i riferimenti comparatistici, a F. GAMILLSCHEG, M. FRANZEN, *Conflict of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations*, cit. p. 161 ss. Per una ricostruzione del dibattito tra sostenitori dell'adeguatezza del d.i.p. a regolare i rapporti di lavoro transnazionali (tesi strettamente connessa alla concezione contrattualistica) e sostenitori dell'inadeguatezza del d.i.p. a regolare i rapporti di lavoro, in relazione alla loro natura giuspubblicistica, v. A.H. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *Where Do EU Mobile Workers Belong, According to Rome I and the PWD?*, in H. VERSCHUEREN (a cura di), *Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons: on How EU Law Defines Where They Belong*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 217, spec. nt. 7. Leggi anche le considerazioni di E. KOLEHMAINEN, *The Directive concerning the Posting of workers: synchronization of the function of national legal systems*, *Comp. Lab. Law Pol. Journ.*, 1998, p. 81.

³⁰⁰ Sottolinea queste ambiguità M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, cit., p. 513.

³⁰¹ Cfr. G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 10, che fa derivare l'opportunità della preminenza del criterio di collegamento che ci occupa dalla necessità che a prevalere sia la legge del luogo ove il lavoratore svolge la sua funzione economica e sociale e dove

aggiunga che l'applicazione del criterio di territorialità porta con sé ulteriori esternalità positive, tra le quali il raccordo con le disposizioni in materia di salute e sicurezza territorialmente vigenti – che sarebbero applicabili in ogni caso, ma che meglio si raccordano con la legislazione sostanziale applicata al rapporto.³⁰²

In ossequio ad una concezione più “atomistica” dei rapporti giuridici si sono fatte strada altre valide considerazioni, incentrate sull'identificazione del lavoratore con la parte debole³⁰³ del rapporto che ci occupa e sulla conseguente necessità di accordargli protezione. Ciò in ossequio al principio del *favor laboris*, principio cui Paul Lagarde – che del gruppo di lavoro di redazione della Convenzione ha fatto parte – si è riferito come principio ispiratore della disciplina internazionalprivatistica comunitaria in materia di lavoro³⁰⁴. In quest'ottica, la *lex loci laboris* è la legge con la quale il lavoratore presenta una maggiore confidenza, in quanto legge dell'ordinamento presso il quale egli svolge abitualmente la prestazione lavorativa. Si tratterà, di frequente, anche della legge del luogo presso il quale il lavoratore è domiciliato³⁰⁵.

L'applicazione di tale legge andrebbe dunque preservata nell'interesse della parte contrattualmente meno forte, con ciò contribuendo a rimediare, almeno in parte, all'asimmetria contrattuale. Si è già detto che le concezioni dottrinali più attente alla protezione della parte debole hanno a loro volta sviluppato una pluralità di tesi su come gli interessi del lavoratore, così come del consumatore e dell'assicurato, debbano essere in concreto preservati. Tali

esercita i diritti civili e politici, richiamando a supporto le conclusioni dell'Avv. Generale Bot nella causa C. giust., 15 marzo 2011, C-29/11, *Koelzsch*.

³⁰² M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in *Lav. Dir.*, cit., p. 513.

³⁰³ S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, cit.; M.M. SALVADORI, *La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma*, in G. SACERDOTI, M. FRIGO, *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, cit., p. 121 ss.; P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in ID. (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, cit., p. 485 ss.

³⁰⁴ Lo ricorda G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 10, nt. 8.

³⁰⁵ M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 392, pone l'accento sul binomio dimestichezza-domicilio; v. pure S. SCIARRA, A. LYON CAEN, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 12 ove le esigenze di protezione della parte debole ed il principio di territorialità sono fatti oggetto di una lettura integrata.

ragionamenti investono, ovviamente, anche il rapporto con gli altri criteri di collegamento, più in particolare con il criterio di collegamento dell'autonomia contrattuale. In quest'ottica, l'opzione regolativa in concreto adottata dal legislatore eurounitario di d.i.p. riflette una scelta di favore per il lavoratore, per così dire, di stampo minimalista³⁰⁶. Il legislatore rinuncia infatti ad un approccio propriamente ispirato al metodo delle considerazioni materiali³⁰⁷, preferendo valorizzare la tecnica, meno invasiva, della valorizzazione del diritto del luogo con il quale il lavoratore presuntivamente vanta il maggior grado di familiarità³⁰⁸.

Discusse le ragioni³⁰⁹ per le quali il criterio della *lex loci laboris* è il criterio principe in materia di rapporti di lavoro internazionali, va detto che la preminenza di questo è stata assicurata non solo dall'impostazione della normativa, ma anche nell'ambito della sua ricezione giurisprudenziale. In effetti, la Corte di giustizia, in ossequio alla tecnica del concorso successivo di criteri di collegamento – che imposta il concorso dei criteri di collegamento secondo un ordine di gerarchia valoriale – ha assicurato una indiscussa efficacia assorbente al criterio di collegamento prioritariamente indicato, ossia proprio quello della legge del luogo abituale di lavoro. Il criterio di collegamento del luogo di lavoro

³⁰⁶ Per un giudizio contrario, v.: P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della CE*, cit., p. 105 ss.; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 829.

³⁰⁷ Si è già avuto modo di vedere che la dottrina internazionalprivatistica ha suggerito l'utilizzo di tecniche maggiormente coerenti con la dichiarata esigenza di protezione della parte debole, tecniche tutte fondate sulla ricerca di un equilibrio tra i criteri di collegamento della *lex loci laboris* e dell'autonomia contrattuale: i) l'esclusione dell'autonomia contrattuale e la conseguente valorizzazione del solo criterio territoriale; ii) la valorizzazione di un' "autonomia contrattuale limitata" ad una rosa predeterminata di ordinamenti, tra i quali proprio quello individuato alla luce del luogo di lavoro abituale; iii) l'attribuzione al lavoratore della scelta della legge applicabile in caso di lite; da ultimo, iv) la necessità, per lo meno, di escludere ipotesi la legittimità di una scelta tacita della legge applicabile. Il giudizio del giurista circa la pervasività delle esigenze di protezione della parte debole condiziona chiaramente il giudizio complessivo circa la effettiva rispondenza di questa architettura normativa al *favor prestatoris*.

³⁰⁸ A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione sopra svolta circa la macchinosità del ricorso alle disposizioni non derogabili convenzionalmente individuate in forza dei criteri sussidiari come "cura palliativa" del ricorso all'autonomia contrattuale. Anche nel caso di *optio legis* si torna alla *lex loci laboris*; tuttavia, ciò accade non già in ragione del meccanismo delle norme non derogabili convenzionalmente in sé, ma perché la problematicità del *dépeçage* che ne consegue induce le parti, nella maggior parte dei casi, a rinunciare al *pactum de lege utenda* e a lasciar operare il criterio sussidiario della legge del luogo abituale di lavoro. v. *supra*, par. 2.4.2.

³⁰⁹ Riassume efficacemente G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 12.

abituale ha infatti assunto una valenza quasi magnetica, in quanto la Corte di giustizia vi ha conferito un'applicazione massimamente estensiva, correlativamente riducendo gli spazi applicativi dei criteri di collegamento successivamente elencati.

In particolare, essendo l'accertamento del luogo abituale di lavoro un accertamento di fatto, la Corte di giustizia è stata chiamata più volte a guidare il giudice di merito circa i criteri per effettuare siffatto accertamento. Tali principi interpretativi si sono in verità andati consolidando dapprima nell'ambito dell'interpretazione dell'art. 5, punto 1 della Convenzione di Bruxelles in materia di giurisdizione sui contratti di lavoro; poi, i medesimi canoni interpretativi sono stati "esportati" all'ambito dei conflitti di leggi e ulteriormente perfezionati, anche direttamente interpretando il regolamento Roma I, che nel frattempo ha sostituito la Convenzione³¹⁰.

La stratificazione di tali principi giurisprudenziali ha permesso di chiarire la portata del concetto di "luogo abituale di lavoro", a partire com'è ovvio, dai casi più controversi o di difficile lettura. La gran parte della casistica esaminata può considerarsi riconducibile a due fattispecie, fattispecie che potremmo definire avvalendoci delle locuzioni "lavoro temporaneo" e "lavoro itinerante" (o "peripatetico"). Non si tratta di tipi legali: da un lato, infatti, diversi istituti, di rilevanza comunitaria o di matrice interna, possono integrare in concreto i caratteri della mobilità temporanea e del lavoro itinerante;³¹¹ dall'altro, le

³¹⁰ Per una lettura di sistema di questa giurisprudenza, cfr. I. KUNDA, *Law applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in G. SANDER et. al. (ed.) *Transnational, European and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, cit., p. 79 ss. Giova ricordare che *ab initio* la Convenzione di Roma, in ragione della sua collocazione nel sistema delle fonti comunitarie, già discussa *supra* par. 1.2, non era annoverata tra le fonti suscettibili di rinvio pregiudiziale. Si rileva in ogni caso l'ampia esportabilità dei ragionamenti interpretativi consolidati con riguardo alla Convenzione di Bruxelles al diverso ambito dei conflitti di legge.

³¹¹ «Le fattispecie di riferimento sono le più varie: dai lavoratori che, pur svolgendo la propria attività in più di uno Stato, abbiano però un collegamento più stretto con uno solo di essi, in ragione, ad esempio, dell'esistenza ivi di un ufficio o di un luogo cui rientrare dopo ogni trasferta; ai lavoratori che, prescindendo del tutto da un centro principale di interessi, svolgano la loro attività in luoghi sempre mutevoli», M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit. pp. 1061-1062. V. pure E. TRAVERSA,

fattispecie in questione vantano marcati caratteri comuni che potrebbero, in un certo senso, condurre ad una loro sovrapposizione concettuale, il che rende difficile la loro trattazione distinta e sovente induce a sviluppare una trattazione unitaria del problema.

Quanto alla prima figura, essa non vanta una definizione normativa ma il regolamento Roma I sembra avere presente di cosa di tratti. Infatti, il considerando n. 36³¹², cui già si è accennato in precedenza, vi si riferisce espressamente, con ciò affermando che “per quanto riguarda i contratti di lavoro individuali, il lavoro eseguito in un altro paese dovrebbe essere considerato temporaneo se il lavoratore deve riprendere il suo lavoro nel paese d’origine dopo l’esecuzione del suo compito all’estero [...]”³¹³.

La ricerca degli aspetti distintivi di questa fattispecie conduce l’interprete a prendere atto che la definizione di lavoro temporaneo passa per la sua distinzione dal lavoro abituale, per tale intendendosi il lavoro continuativamente prestato presso un determinato luogo. Si tratta di una prima importante deduzione: l’individuazione dei caratteri della mobilità temporanea del lavoratore impone, per lo meno in apparenza, una riflessione su ciò che non è abituale e, per questa via, una riflessione sulla legge applicabile. Infatti, il lavoro

Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità cit., p. 398. Per una simile impostazione, v. M. DELFINO, *The ‘Puzzle’ of Workers’ Mobility in Italy*, *ELLJ*, 2020, vol. 11, p. 97 ss.

³¹² È curioso notare che nell’originaria proposta di regolamento Roma I, il testo dell’articolo dedicato al contratto individuale di lavoro (che recava numerazione analoga a quella della Convenzione – ossia art.6) incorporava proprio l’attuale considerando 36, che nella versione finale si è scelto di espungere dal corpo della disposizione e collocare nel *Preambolo*. Lo nota, esaminandone le conseguenze, P. MANKOWSKY, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, in F. FERRARI, S. LEIBLÉ (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, cit.*, pp. 176-177.

³¹³ Il considerando 36 aggiunge che potrebbe accadere che le parti, in previsione della attività di lavoro a titolo temporaneo in un Paese diverso, stipulino un nuovo contratto con il datore di lavoro originario o con una società del gruppo, precisando che tale atto negoziale non necessariamente vale ad escludere la temporaneità della prestazione lavorativa. In commento, v. E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità cit.*, pp. 398-399, che obietta che andrebbe invece attribuita rilevanza alla circostanza della stipulazione di siffatto atto negoziale per valutare la natura temporanea o meno del trasferimento. Aggiunge che anche la lunghezza del periodo di tempo trascorso rileverà a determinare la natura temporanea della prestazione o, viceversa, l’instaurazione di un nuovo luogo di lavoro abituale, dovendosi fare attenzione al tipo di mansioni svolte e ai compiti affidati in rapporto alla durata del trasferimento. Sul tema v. pure M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società, cit.*

abituale è, secondo quanto si è appena visto, nel sistema di d.i.p. comunitario (volendo anche più in generale, data la diffusione del criterio nelle legislazioni di d.i.p., anche non europee) proprio in ragione dell'aspetto dell'abitudine, assoggettato, quanto al regime giuridico sostanziale, alla legge territorialmente applicabile. Viceversa, il lavoro temporaneo si dovrebbe avere, così come sembra far intendere il considerando n. 36, allorché la prestazione, abitualmente resa, cessa di svolgersi nel luogo territorialmente usuale per essere temporaneamente svolta all'estero. Il lavoratore è dunque inviato in un altro Paese temporaneamente e, secondo le intenzioni delle parti, è destinato a tornare a dare esecuzione al contratto nel Paese di origine.

La dottrina ha dunque osservato che il lavoro temporaneo si caratterizza per due elementi distintivi: l'*animus revertendi* e l'*animus retrahendi*, che trovano una corrispondenza con la volontà delle singole parti del rapporto.³¹⁴ In effetti, da una parte è intenzione del lavoratore fare ritorno nel Paese di origine, dall'altra il datore di lavoro intende richiamarlo ad effettuare la prestazione nel luogo originario della prestazione di lavoro.

D'altra parte, potrebbe ben accadere che, in ragione delle particolari caratteristiche delle mansioni svolte, il lavoratore sia chiamato a svolgere la prestazione non già temporaneamente presso un luogo determinato, ma in plurimi luoghi – o plurimi Stati. È il caso degli assistenti di volo e dei piloti, del personale

³¹⁴ P. MANKOWSKY, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, in F. FERRARI, S. LEIBLE (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, cit., pp. 185-186, che a sua volta richiama diversi contributi della dottrina tedesca di fine anni Ottanta. V. anche I. KUNDA, *Law applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in G. SANDER et. al. (ed.) *Transnational, European and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, cit., p. 80; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità* cit., pp. 398-399. Bisognerebbe poi chiedersi in che modo questa intenzionalità del rientro nel Paese di origine andrebbe valutata, ossia se deve essere oggetto di un accertamento formale, per tale intendendosi la ricerca di un chiaro indice giuridico in tal senso nel contratto, oppure se tale volontà delle parti possa accertarsi con una certa dose di flessibilità interpretativa. Per la seconda opzione propende una certa dottrina che a supporto si avvale delle versioni linguistiche francese e inglese, che a differenza della versione italiana degli atti in commento si avvalgono della terminologia meno rigorosa delle espressioni verbali “*expected*” e “*censé*”, P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 781.

navigante, ma anche dei vettori dell'autotrasporto su gomma. Si tratta degli esempi classici di lavoro itinerante, o peripatetico: locuzione atecnica, eppure imperniata su una precisa caratteristica distintiva, ossia la circostanza che la prestazione di lavoro sia portata, per così dire, a “passeggiare” con la persona del lavoratore tracciando una rotta trasfrontaliera che attraversa più Stati³¹⁵.

A ben vedere, però, c'è qualcosa che accomuna il lavoro peripatetico al lavoro temporaneo al punto da appiattire la prima figura sulla seconda: anche con riguardo ai lavoratori itineranti può infatti ben dirsi che svolgano le mansioni a partire da un determinato luogo, un Paese di origine, per poi farvi ritorno, a conclusione di più o meno lunghe missioni “all'estero”, anche presso plurimi Stati, europei e non³¹⁶.

Così descritte queste situazioni, si potrebbe sostenere che in entrambe le figure non vi sia un luogo di lavoro abituale. Nel caso del lavoro temporaneo, a tale conclusione dovrebbe giungersi se l'esecuzione della prestazione all'estero assumesse una durata considerevole, tale da incrinare il carattere di abitualità della prestazione lavorativa resa nel Paese d'origine; nel caso del lavoro itinerante, l'esecuzione della prestazione in plurimi Stati rende, almeno in apparenza, impossibile identificare un luogo di lavoro abituale. Dovrebbe derivarne la presa d'atto dell'impossibilità di funzionamento del criterio di collegamento prioritariamente indicato del luogo di lavoro abituale e la necessità di rivolgersi al criterio di collegamento successivo, ossia il criterio di collegamento della sede di assunzione del lavoratore. Al contrario, la Corte di giustizia ha ritenuto, anche in questi casi, possibile individuare un luogo abituale

³¹⁵ Tanto che, concisamente, c'è chi definisce i lavoratori peripatetici semplicemente come quei lavoratori «che operano in luoghi sempre diversi» M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1049.

³¹⁶ Si potrebbe aggiungere che il lavoro peripatetico vanta una ulteriore caratteristica: ossia quella di riguardare particolari tipologie di mansioni intrinsecamente itineranti. Si sono appena esaminate le fattispecie del lavoro navigante, del lavoro a bordo di areomobili, del cabotaggio. «Some occupations are transnational by their very nature», Vedi U. GRUŠIĆ, *The European Private International Law of Employment*, cit., p. 162. Non si tratta però necessariamente di un elemento distintivo, la cui assenza vale a escludere la figura in questione. Potrebbe cioè darsi il contrario: che mansioni sino ad allora eseguite in un'unica realtà territoriale debbano essere eseguite in luoghi diversi, con il conseguente temporaneo invio del lavoratore all'estero per svolgerle in più Stati. Vedi il caso *Mulox*.

di lavoro, con ciò conferendo al criterio di collegamento del “luogo di lavoro abituale” la massima estensione interpretativa. Correlativamente, il criterio della sede di assunzione ha assunto i caratteri di vero e proprio criterio fantasma, tanto che in dottrina, decretatane l’inutilità, se ne è prospettata l’abolizione³¹⁷.

Così, la Corte ha avuto modo di precisare che nel caso in cui il lavoratore svolga la propria attività lavorativa in più Stati – ad esempio, sia direttore commerciale e responsabile delle vendite per la società in diversi Stati europei – si dovrà considerare luogo di lavoro abituale il luogo ove egli principalmente adempie le sue obbligazioni, la parte essenziale dei suoi obblighi, potendosi identificare tale luogo con il luogo ove egli svolge le mansioni in modo prevalente, ad esempio ivi fissando una base operativa, dalla quale il lavoratore parte e presso la quale questi periodicamente fa ritorno. È questo il *dictum* dell’ormai celebre caso *Mulox*³¹⁸, che ci permette di fare attenzione anche all’evoluzione nel tempo della normativa che ci occupa.

Il testo originario della Convenzione, infatti, mancava di considerare il caso-limite del lavoro itinerante³¹⁹: il vecchio testo identificava la legge del luogo di lavoro abituale con la “legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente in un altro paese”, prendendo in considerazione soltanto la mobilità temporanea. L’introduzione della locuzione “il contratto è disciplinato dalla legge *nel quale*

³¹⁷ U. GRUŠIĆ, *Should the Connecting Factor of the ‘Engaging Place of Business’ Be Abolished in European Private International Law?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 62, Issue 1, January 2013, p. 173 ss.

³¹⁸ C. giust., 13 luglio 1993, C-125/92, *Mulox*. I fatti della causa sono così riassumibili: il sig. Geels, cittadino olandese, residente in Francia, è assunto da una società inglese per svolgere le funzioni di responsabile delle vendite in Francia, Belgio, Germania, Paesi Bassi. Il sig. Geels utilizzava il proprio domicilio francese come ufficio e base operativa, da dove partiva e faceva ritorno. Qui organizzava la propria attività lavorativa. Per il riconoscimento dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro egli si rivolgeva al giudice francese invocando l’applicazione della legge francese. In commento, cfr. F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 32; e più recentemente M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1048; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità* cit., pp. 394-495,

³¹⁹ I. KUNDA, *Law applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in G. SANDER et. al. (ed.) *Transnational, European and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, cit., p. 79.

o, in mancanza, *a partire dal quale*, il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro”³²⁰ (corsivo nostro) nel regolamento è dunque un recepimento delle acquisizioni giurisprudenziali in materia, a testimonianza della reciproca influenza tra normazione e giurisprudenza.

Con successive decisioni³²¹, la Corte ha meglio chiarito che, nei casi problematici, ad assumere rilevanza nell’ambito dell’accertamento del luogo di lavoro abituale sono tanto il profilo «qualitativo» che quello «quantitativo»³²². In particolare, rilevano sia il concreto atteggiarsi dell’adempimento dell’obbligazione lavorativa – nel senso della necessità di individuare che tipo di mansioni sono in concreto svolte e quali di queste presentano carattere di preminenza rispetto a quelle accessorie, mettendo tali indici in rapporto all’elemento territoriale – sia l’indice quantitativo del tempo impiegato in un dato Paese per lo svolgimento delle mansioni³²³.

³²⁰ «The [...] phrase was added in view of the aircrews and similar workers who do not carry out their work habitually in any place, but there is a place from which their work is organised, where they receive work instruction from, where they submit their work reports, where they pass the work-related security checks and similar», I. KUNDA, *Law applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in G. SANDER et. al. (ed.) *Transnational, European and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, cit., p. 79.

³²¹ C. giust., 15 marzo 2011 C-29/11 *Koelzsch*. Il sig. *Koelzsch* era un autotrasportatore residente in Germania, assunto da una società lussemburghese con contratto lussemburghese, adibito al trasporto internazionale di merci dalla Danimarca alla Germania. *Koelzsch* impugna il licenziamento intimatogli invocando l’applicazione della legge tedesca. Nella pronuncia la Corte ha chiarito che anche laddove il lavoratore svolga la sua attività in più Stati membri si applicano i canoni interpretativi in materia di accertamento del luogo abituale di lavoro e che questo criterio di collegamento dev’essere interpretato in senso ampio. In particolare, «nei casi in cui il contratto comporta attività di trasporto occorre fare riferimento al paese dal quale il lavoratore effettua le sue missioni di trasporto, riceve le istruzioni sulle sue missioni e organizza il suo lavoro, il luogo in cui si trovano i suoi strumenti di lavoro, 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», COMMISSIONE EUROPEA, *Guida Pratica. Competenza giurisdizionale e legge applicabile nelle controversie internazionali tra lavoratore e datore di lavoro*, reperibile al sito <http://e-justice.europa.eu>, cit. p. 21. In commento, I. KUNDA, *Law applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in G. SANDER et. al. (ed.) *Transnational, European and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, cit., p. 81; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità* cit., p. 395.

³²² M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1048..

³²³ C. giust., 9 gennaio 1997, C-383/95, *Rutten*; C. giust., 27 febbraio 2002, C-37/00, *Weber*. L’elemento temporale è particolarmente evidente nei casi considerati. Quanto ai fatti di causa, Il Sig. *Rutten*, di nazionalità olandese, era assunto da una società inglese per svolgere le proprie mansioni in prevalenza presso i Paesi Bassi e per il resto presso altri paesi europei. A seguito di ogni missione egli faceva ritorno nei Paesi Bassi, ove ha adito il giudice per il riconoscimento dell’applicazione della

Per meglio chiarire il *modus operandi* della Corte è utile richiamare le sue stesse parole. Essa, offrendo una lettura integrata e concisa dei metodi dell'accertamento del luogo di lavoro abituale, suggerisce di fare "riferimento al luogo a partire dal quale il lavoratore adempie principalmente le sue obbligazioni nei confronti del suo datore di lavoro (sentenza *Mulox* punti 21-23), oppure al luogo in cui egli ha stabilito il centro effettivo delle sue attività professionali (sentenza *Rutten*, punto 23), o, in mancanza di un ufficio, al luogo in cui il lavoratore compie la maggior parte del suo lavoro (sentenza *Weber*, punto 42)"³²⁴.

legge olandese. La Corte di giustizia ha riconosciuto il fondamento delle pretese del ricorrente, con particolare riguardo all'accertamento del luogo abituale di lavoro nei Paesi Bassi, ove il lavoratore trascorrevva la maggior parte del tempo lavorativo. In aggiunta a tale dirimente profilo, il Sig. Rutten, similmente alle situazioni già considerate, aveva nei Paesi Bassi collocato il centro effettivo dei propri interessi e ivi costituito un ufficio presso il quale organizzava l'attività per conto del datore di lavoro, anche in vista delle missioni. Ancora più interessante è il caso *Weber*, ove il criterio temporale assume rilevanza dirimente in via esclusiva. Il Sig. Weber, di nazionalità e residenza tedesche, veniva assunto per svolgere attività di cuoco su navi di ricognizione mineraria che operavano presso piattaforme e gru galleggianti dislocate nel mare del Nord, in acque territoriali danesi, ma anche nella piattaforma continentale adiacente ai Paesi Bassi. La Corte di giustizia ha in questo caso riscontrato l'assenza di profili qualitativi dirimenti, avendo il ricorrente svolto le stesse attività per tutto il tempo oggetto di causa e non potendosi queste attività graduare in ordine di importanza. Ha perciò individuato nel maggior tempo trascorso presso un determinato territorio l'indice per la determinazione del luogo di lavoro abituale, per rinviare i concreti accertamenti al giudice di merito. Al riguardo, v. I. KUNDA, *Law applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in G. SANDER et. al. (ed.) *Transnational, European and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, cit., pp. 79-83.

³²⁴ *Koelzsch*, pt. 39. Va precisato che la stessa Corte ha predisposto questo metro di valutazione con riguardo alle fattispecie dei trasporti internazionali su strada e del lavoro marittimo che rappresentano i principali esempi di lavoro peripatetico, per poi adattarne il contenuto al comparto dell'aviazione, cfr. C. giust., 14 settembre 2017, cause riunite C-168/16 e C-169/19 *Nogueira e Crenlink Ireland e Moreno Osacar c. Ryanair*. In particolare, la Corte ha ritenuto di valorizzare gli indici territoriali del luogo da dove il lavoratore dell'aviazione parte per una missione di trasporto e dove torna; il luogo ove vengono esercitati i poteri direttivi e assegnati i compiti/turni da svolgere; i luoghi di stazionamento degli aeromobili a bordo dei quali viene svolta l'attività, a nulla rilevando i luoghi di immatricolazione degli aeromobili. Di conseguenza, ai dipendenti della famosa compagnia low-cost *Ryanair* non può essere imposta l'applicazione della legge irlandese né la giurisdizione irlandese. Per una trattazione sintetica, v. E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità* cit., pp. 396-397. Per approfondire sui temi interconnessi della giurisdizione e della legge applicabile nel settore del trasporto aereo si rinvia a: G. CALVELLINI, G. FROSCCHI, M. TUFO, *The Ryanair case in the Italian and European framework: who decides the rules of the game?* in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona", Int. 148/2019; M. MURGO, *Personale di volo e competenza giurisdizionale nel caso Ryanair* (nota a C. giust., 14 settembre 2017, *Ryanair*, cause riunite C-168/16 e C-169/16) in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, fasc. 3, p. 967 ss.; C. TINCANI, *Il rapporto di lavoro del personale di volo e l'applicazione della disciplina irlandese*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2018, fasc. 1, p. 225 ss.; C. TINCANI, *La disciplina del rapporto di lavoro del personale di volo e il principio di specialità*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, fasc. 3, 2017, p. 755 ss.; D. DIVERIO, *Dalla Corte di giustizia un'importante precisazione sulla giurisdizione delle controversie di*

Vista l'ampiezza accordata all'interpretazione dell'abitudine della prestazione lavorativa – riconosciuta anche nel caso più problematico, ossia allorché il lavoratore sia inviato all'estero per lunghi periodi e faccia soltanto ritorno periodicamente in un determinato luogo – viene da domandarsi che ruolo possa giocare³²⁵ il criterio di collegamento del “Paese nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore”, preposto dal legislatore a soccorrere in via sussidiaria allorché un luogo di lavoro abituale non sia determinabile.

Al riguardo, riveste un'importanza fondamentale il caso *Voogsgeerd*.³²⁶ Il sig. Voogsgeerd era impiegato da una società lussemburghese come capomacchinista con contratto di diritto lussemburghese, ma l'assunzione era avvenuta presso la consociata belga, sita ad Aversa. Dalla società lussemburghese il sig. Voogsgeerd veniva retribuito. Eppure, era la consociata belga che gli dava istruzioni direttive; dal Belgio egli partiva per lo svolgimento di missioni di navigazione e in Belgio faceva ritorno. Qui egli aveva impugnato il licenziamento successivamente intervenuto, domandando l'applicazione delle norme imperative belghe sul preavviso di licenziamento. Il diritto belga era ritenuto applicabile da parte ricorrente in ragione della collocazione in Belgio della sede di assunzione, a dispetto dell'indice formale dell'istaurazione del

lavoro relative al personale di cabina, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, 4, II, p. 872 ss.; A. KERR, *Jurisdiction and Choice of Law Issues in Transnational Employment Rights Disputes*, in *University College Dublin Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies*, Research Paper n. 23/2017; G. FROSECCHI, *La legge previdenziale applicabile ai lavoratori di compagnie aeree internazionali. I casi Ryanair*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, fasc. 1, parte II, p. 105 ss.; S. BORELLI, *Parlando di welfare e barbarie, oggi*, in *Ragion Pratica*, 2014, 1, p. 103 ss.; A. MATTEI, *La legge applicabile al lavoro transnazionale a partire da un caso recente* in *Lav. Dir.*, 2013, fasc. 3, p. 451ss.

³²⁵ U. GRUŠIĆ, *Should the Connecting Factor of the 'Engaging Place Of Business' Be Abolished in European Private International Law?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 62, Issue 1, January 2013, p. 181.

³²⁶ C. giust., 15 dicembre 2011, C-384/10, *Voogsgeerd*. «The very first case in which the Court has dealt with the interpretation of the connecting factor of the engaging place of business», U. GRUŠIĆ, *Should the Connecting Factor of the 'Engaging Place Of Business' Be Abolished in European Private International Law?*, cit. p. 175; cfr. I. KUNDA, *Law applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in G. SANDER et. al. (ed.) *Transnational, European and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, cit., pp. 84-85; GRUŠIĆ U., *The European Private International Law of Employment*, cit., p. 167 ss.; M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1049.

rapporto con la società lussemburghese³²⁷. La Corte di giustizia era stata dunque interrogata in via pregiudiziale sulla portata del criterio di collegamento del paese in cui si trova la sede del datore di lavoro che ha assunto il lavoratore.

L'espressione "sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore" aveva già in precedenza suscitato l'interesse della dottrina. Si consideri, in proposito, che la versione inglese del regolamento parla di "*engaging place of business*" cosicché gli autori si sono focalizzati innanzitutto su cosa voglia dire "*engaging*" e su cosa sia un "*place of business*". Secondo un punto di vista, la prima sarebbe una locuzione da intendere letteralmente, designando la mera contrattazione, per tale intendendosi la negoziazione e la firma del contratto.³²⁸ Secondo altri, invece, il significato di assunzione si riferisce ad un complesso di situazioni giuridiche, che si sviluppano anche successivamente alla conclusione del contratto in sé. Ciò perché a rilevare dovrebbe essere l'integrazione organizzativa del lavoratore all'interno di una determinata realtà societaria in forma stabile³²⁹ e la relativa collocazione territoriale. Dal momento che si tratta ben spesso di rapporti giuridici di lunga durata, dovrebbe assumere rilevanza non già il punto di partenza temporale e territoriale di questo rapporto, ma il suo sviluppo³³⁰. Si comprende però che questo secondo punto di vista, certamente attento alla

³²⁷ Per un'illustrazione approfondita dei fatti di causa, si rinvia a U. GRUŠIĆ, *Should the Connecting Factor of the 'Engaging Place Of Business' Be Abolished in European Private International Law?*, cit., pp. 175-177; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità* cit., p. 395.

³²⁸ V. Conclusioni dell'Avv. Generale Trstenjak, pt. 45-51. Lo stesso Avv. Generale riconosce i rischi connessi ad una interpretazione siffatta, dal momento che il datore di lavoro potrebbe utilizzare elusivamente la disciplina dello stabilimento a ciò "piegando" anche la determinazione della legge applicabile. Aggiunge dunque che andrebbe verificato se vi sia stato un effettivo coinvolgimento della struttura organizzativa della sede di assunzione anche nelle fasi prodromiche alla stipulazione del contratto, quali ad esempio la pubblicazione dell'offerta di lavoro e la negoziazione delle condizioni contrattuali, v. U. GRUŠIĆ, *Should the Connecting Factor of the 'Engaging Place Of Business' Be Abolished in European Private International Law?*, cit., pp. 176- 177.

³²⁹ P. MANKOWSKY, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, in F. FERRARI, S. LEIBLE (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, «organisational integration, internal structuring and internal directives»*, cit., p. 194. Per i dettagli di questo dibattito, U. GRUŠIĆ, *Should the Connecting Factor of the 'Engaging Place Of Business' Be Abolished in European Private International Law?*, cit. p. 182 ss.

³³⁰ P. MANKOWSKY, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, in F. FERRARI, S. LEIBLE (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe, «organisational integration, internal structuring and internal directives»*, cit., p. 194.

sostanza dei rapporti di lavoro, è più problematico, perché tende a sovrapporsi alle valutazioni effettuate dalla Corte con riguardo al luogo abituale di lavoro. Valutazioni che, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, tendono ad estendersi all'accertamento della localizzazione dei luoghi ove avviene l'esercizio dei poteri di direzione e controllo e sono collocati gli strumenti di lavoro.

Quanto al significato di “*place of business*”, parte della dottrina ha fatto con disinvoltura ricorso al testo del regolamento Bruxelles I (oggi il regolamento Bruxelles Ibis), la cui sezione 5, dedicata ai contratti individuali di lavoro attribuisce al lavoratore la facoltà di convenire il datore di lavoro, tra l'altro, nello Stato ove il datore di lavoro abbia una succursale, un'agenzia, o qualsiasi altra sede di attività. Non tutti concordano, affermando in primo luogo che la locuzione adottata in materia giurisdizionale è riferita all'ipotesi di datore di lavoro non domiciliato; in secondo luogo, che la definizione offerta dal regolamento dovrebbe essere limitata alle relazioni societarie dal punto di vista della loro fenomenologia esterna, a nulla rilevando sul piano interno dei rapporti con i propri dipendenti.³³¹

La Corte rinuncia a rispondere a gran parte di questi quesiti e, nel caso che ci occupa, finisce per disinteressarsi degli aspetti più problematici dell'*engaging place of business*. Ciò perché, a suo dire, il concorso successivo di criteri di collegamento impone dapprima di verificare se, anche nel caso di specie, possa individuarsi un luogo abituale di lavoro, prioritariamente indicato in ordine di gerarchia rispetto ai successivi criteri.³³² Così, la Corte ha nuovamente ribadito che se è possibile individuare un luogo preciso a partire dal quale il lavoratore svolge le proprie missioni, per poi farvi ritorno, questo è da considerarsi luogo abituale di lavoro, a nulla rilevando in questo caso il criterio di collegamento di cui all'art. 8, par. 3. Ha aggiunto però qualche informazione importante. *In*

³³¹ U. GRUŠIĆ, *Should the Connecting Factor of the 'Engaging Place Of Business' Be Abolished in European Private International Law?*, cit. p. 177 ss.

³³² E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità cit.*, p. 399.

primis, che le considerazioni afferenti alla gestione del rapporto, ivi comprese quelle afferenti all'esercizio dei poteri datoriali³³³ e alla relativa collocazione territoriale, sono assorbite dal criterio di collegamento del luogo abituale di lavoro.

In secondo luogo, prendendo atto dei potenziali abusi³³⁴, la Corte ha prescritto che la "sede di assunzione" debba essere una persona giuridica e vantare un certo grado di stabilità, manifestando un collegamento chiaro e integrato con l'impresa principale. A detta della dottrina più ottimista, dunque, la Corte ha interpretato correttamente la natura del criterio – sussidiario e residuale, in quanto facilmente manipolabile dal datore di lavoro – e conseguentemente lo ha circondato di cautele.

D'altra parte, si potrebbe dire che la dottrina dell'effetto utile imporrebbe di attribuire al criterio sussidiario un ruolo non così marginale. La dottrina ha prospettato la necessità di abolire il criterio dell'*engaging place of business*. Da una parte, perché continua a risultare incerta la sua individuazione in quei casi in cui il lavoratore sia chiamato ad interfacciarsi, nell'ambito di un'unica relazione contrattuale, con più soggetti societari variamente coinvolti nel rapporto.

Dall'altra, perché appare chiaro che è sostanzialmente sempre possibile individuare un luogo di lavoro abituale. Dunque, le ipotesi residue in cui questo criterio sarebbe chiamato in concreto a trovare applicazione dovrebbero essere i casi limite del lavoro prestato presso territori non soggetti alla sovranità di alcuno Stato; oppure il particolare caso del soggetto che svolga la propria attività lavorativa in più Stati, in ciascuno dei quali sono costituiti uffici che assolvono

³³³ M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1049; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità* cit., p. 399.

³³⁴ Tanto che la stessa Corte richiama i canoni interpretativi da essa stessa elaborati in materia di società fantasma, C. giust. 2 maggio 2006, C-341/04, *Eurofood*. V. E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità* cit., p. 400.

equamente la funzione di “sedi operative”, ove il soggetto trascorre lo stesso periodo di tempo.³³⁵

2.4.5 *Segue*: la clausola di eccezione

Coerentemente con l'impostazione generale del sistema internazionalprivatistico così come costruito dalla Convenzione, anche il regolamento prevede l'operatività di una “clausola di eccezione”, ossia la disposizione che fa salva l'applicazione della legge del luogo con il quale, alla luce dell'insieme delle circostanze, il contratto individuale di lavoro vanta un collegamento più stretto³³⁶.

La clausola di eccezione si pone su un piano diverso rispetto all'operatività dei criteri di collegamento sinora esaminati. Non si può infatti affermare, come ha ritenuto una certa dottrina³³⁷, che la clausola di eccezione abbia una portata residuale nel senso che sia anch'essa coinvolta nel meccanismo del concorso successivo di criteri di collegamento: ciò in concreto significherebbe che questa possa essere neutralizzata se i criteri di collegamento precedentemente elencati possono funzionare correttamente. Piuttosto, la clausola di eccezione opera *a prescindere* dai criteri di collegamento di cui ai parr. 2 e 3. A ben vedere, infatti, il criterio di collegamento del luogo abituale di

³³⁵ Eventualità minima da un punto di vista statistico verificatasi in una controversia inglese *Portec Ltd v. Mogensen*, reperibile al sito <https://discovery.nationalarchives.gov.uk/details/r/C3331954>, su cui v. U. GRUŠIĆ, *Should the Connecting Factor of the 'Engaging Place Of Business' Be Abolished in European Private International Law?*, cit. pp. 181-182.

³³⁶ Gli artt. 6 e 8 differiscono leggermente nella formulazione. L'art. 6 infatti dispone che il contratto individuale di lavoro è regolato dalla legge del Paese individuato dalla volontà delle parti o dalla legge del Paese individuato in forza dei criteri sussidiari (luogo di lavoro abituale o sede di assunzione) “a meno che non risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese. In questo caso si applica la legge di quest'altro paese”. Diversamente, l'art. 8, par. 4, è così formulato: “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”.

³³⁷ Si tratta di un'opinione diffusa in dottrina. Cfr., a titolo esemplificativo, R. CLERICI, *Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I?* in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar, cit.*, p. 622; A. LYON CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro, cit.*, p. 12; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità, cit.*, p. 61.

lavoro pone solo una presunzione *iuris tantum*³³⁸, ossia presume che l'ordinamento che presenta il legame più intenso e significativo con il contratto sia quello del luogo di lavoro abituale, ma questa presunzione potrebbe essere smentita da altre circostanze. Allo stesso modo, potrebbe accadere – raramente, come si è appena visto – che il luogo di lavoro abituale non sia individuabile e che soccorra il criterio di collegamento della sede di assunzione del lavoratore a fornire un rilevante elemento di collegamento; ma anche in questo caso si potrebbe evincere che la fattispecie presenti un legame più significativo con un altro Paese. Indipendentemente, dunque, dalla operatività di questi criteri, il giudice potrà accertare l'esistenza di un ulteriore e diverso Stato con il quale il contratto presenti un collegamento più stretto, togliendo di mezzo le precedenti operazioni valutative.

Di recente, la Corte di Cassazione italiana è stata chiamata a pronunciarsi proprio sulla clausola di eccezione (nella versione convenzionale, applicabile *ratione temporis*)³³⁹. La Corte ha, in particolare, statuito che, allorquando il giudice di merito accerti la funzionalità del criterio di collegamento del luogo di lavoro abituale, ovvero, in subordine, del criterio della sede di assunzione, questi non dovrà comunque astenersi dall'accertare anche l'eventuale sussistenza di un collegamento più stretto della fattispecie, complessivamente intesa, con un determinato (altro?) ordinamento.

La pronuncia riguardava una dipendente del Goethe Institut di Roma che, all'atto dell'assunzione aveva pattuito con il datore di lavoro che la retribuzione fosse regolata dai contratti collettivi “BAT” tedeschi. La controversia è sorta quando la lavoratrice ha preteso i ratei del TFR non corrisposti, invocando l'applicazione della legge italiana e contestando la validità della scelta tacita di

³³⁸ M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1049.

³³⁹ Cass., 21 settembre 2019, n. 30416. A riguardo, v. B. ROSSILLI, *Il criterio del collegamento più stretto garantisce il favor praestatoris?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2020, fasc. 2, p. 353 ss.

legge allegata da controparte³⁴⁰. Sorge allora spontaneo un primo dubbio: la clausola di cui all'art. 6, ultimo capoverso della Convenzione (ed il corrispondente art. 8, par. 4 del regolamento) si riferisce sempre ad un Paese diverso rispetto a quelli individuabili alla luce dei criteri di collegamento principali? Oppure può anche identificarsi con uno dei Paesi comunque designati dai suddetti criteri? Dalla lettera della norma sembrerebbe di no: si guardi all'utilizzo della locuzione "Paese *diverso*". Riflettiamo sull'esempio pratico della sentenza di Cassazione: si dibatte sulla sussistenza di un *pactum de lege utenda* avente ad oggetto la legge tedesca, ove una parte sostiene che questo sia stato validamente stipulato; l'altra parte sostiene la diversa ricostruzione che si applichi la legge del luogo abituale di lavoro, l'Italia, perché non vi è stata scelta di legge. E che comunque, anche a voler sostenere che la legge tedesca sia la *lex contractus*, la disposizione dell'art. 2120 cod. civ. si applicherebbe comunque, perché norma imperativa vigente nel Paese che è luogo abituale di lavoro, appunto, l'Italia.

Nell'accogliere le censure del datore di lavoro, la Cassazione non si spinge, com'è ovvio, nel merito, ma afferma che è compito del giudice accertare in ogni caso l'eventuale sussistenza del collegamento più stretto, anche se i criteri di collegamento indicati dalla norma per risolvere il conflitto di leggi funzionano regolarmente. La Corte afferma ciò con riguardo ad una fattispecie che presenta però un chiaro collegamento con due Paesi, rispettivamente individuabili alla luce dei criteri di collegamento della volontà delle parti o del luogo abituale di lavoro; collegamenti rispetto ai quali è necessario stabilire quale prevalga a seconda della ricostruzione che si accolga nel merito. Stiamo dicendo che il giudice può "far saltare il banco", avvalendosi della clausola di eccezione e ricorrere, per questa via, a prediligere l'applicazione della legge di uno dei due Paesi richiamati dai criteri di collegamento in discussione. La tesi non convince,

³⁴⁰ Nonché la sua interpretazione come rinuncia tacita al trattamento di fine rapporto. Per i dettagli, v. B. ROSSILLI, *Il criterio del collegamento più stretto garantisce il favor praestatoris?*, *cit.*

in quanto sembra accordare al giudice una discrezionalità esagerata, soprattutto se si pensa che è compito delle parti provare l'integrazione del criterio di collegamento da queste ritenuto applicabile (o viceversa, allegare l'infondatezza delle ragioni avversarie).

Conviene allora rivolgersi a qualche indicazione più precisa della Corte di giustizia, leggendo con attenzione l'unica decisione in cui la Corte ha applicato la clausola di eccezione: il caso *Schlecker*³⁴¹. La situazione di fatto oggetto di discussione riguardava una lavoratrice tedesca. Questa veniva assunta, alla fine degli anni Settanta, da una società con sede in Germania dotata di plurime succursali in diversi Stati membri. La lavoratrice, che svolgeva mansioni di direzione, era dapprima impiegata in Germania per circa 15 anni; successivamente, in forza di un nuovo contratto, veniva distaccata per dirigere la filiale dei Paesi Bassi. Lo svolgimento delle mansioni in Olanda si prolungava per parecchio tempo, circa 12 anni, fino a quando la lavoratrice veniva informata della soppressione della sua posizione olandese e intimata di fare ritorno ad eseguire la prestazione in territorio tedesco. La lavoratrice, ormai residente presso quello che era divenuto – per lo meno nella sua percezione – il Paese del luogo abituale di lavoro, adiva il giudice dei Paesi Bassi per ottenere l'applicazione della legge olandese in quanto più favorevole per il lavoratore unilateralmente trasferito dal datore; correlativamente, la società datrice invocava l'applicazione della legge tedesca³⁴². Nel pronunciarsi sul quesito, la Corte

³⁴¹ C. giust., 12 settembre 2013, C-64/12 *Schlecker*. Alla clausola di eccezione la Corte accenna soltanto incidentalmente negli altri casi. A titolo di esempio, v. C. giust., 15 dicembre 2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, pt. 27 e 51, ove la Corte sembra manifestare la consapevolezza che il criterio di collegamento della sede di assunzione possa non rappresentare un adeguato collegamento con la collocazione socio-economica del contratto, ben potendosi, nei casi in cui si accerti la presenza di un più stretto collegamento con un altro ordinamento, ricorrere proprio alla clausola di eccezione; v. A.H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, cit., p. 161.

³⁴² Le letture più significative della vicenda sono di: A.H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, cit., p. 161 ss.; M. LLOBERA VILA, *L'articolo 8 del Regolamento Roma I, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, alla luce delle sentenze Koelzsch, Voogsgeerd e Schlecker (nota a C. giust. 12 settembre 2013, Anton Schlecker c. Melitta Josefa Boedecker, causa C-64/12)*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 2, p. 615 ss.; U. GRUŠIĆ, *The European Private International Law of Employment*, cit., p. 157 ss.; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di*

chiarisce che il *modus procedendi* del giudice di merito nell'accertamento della legge applicabile al rapporto di lavoro internazionale secondo le norme del d.i.p. comunitario uniforme, deve essere conforme alla regola del prioritario accertamento della sussistenza e funzionalità dei criteri di collegamento indicati dall'art. 8 del regolamento Roma I o, *ratione temporis*, dal corrispondente art. 6 della Convenzione. Nondimeno, i criteri di collegamento in questione, compreso quello del luogo abituale di lavoro, possono essere disattesi dal giudice allorquando l'insieme delle circostanze obiettive del caso di specie conduca a ritenere che il contratto presenti un collegamento più stretto con la legge di un altro Stato. La pronuncia esemplifica quali indici potrebbero suggerire la sussistenza di questo più stretto legame, elencando: il luogo ove il lavoratore paga le imposte; il Paese ove il lavoratore versa i contributi pensionistici; il luogo ove egli risulta assicurato avverso la malattia e gli infortuni, nonché i parametri per stabilire l'ammontare della retribuzione e le altre condizioni di lavoro ed il relativo ancoraggio ad un determinato Paese.

Sembrerebbe, dunque, che la clausola di eccezione possa essere impiegata dal giudice di merito per sancire la prevalenza del diritto di un Paese con il quale la fattispecie risulta globalmente collegata, anche se questo Paese non è un Paese terzo, ma coincide con uno dei Paesi designati dai criteri di collegamento elencati dall'art. 8, parr. 2 e 3 (o dall'art. 6, lettere a e b)³⁴³.

La dottrina ha evidenziato, al riguardo, diverse perplessità³⁴⁴. Innanzitutto, ha suscitato perplessità la circostanza che la Corte abbia individuato, tra gli indici cui attribuire rilevanza per l'accertamento d'insieme

internazionalità, cit., p. 400 ss. In una prospettiva più ampia v. anche A.H. VAN HOEK, *Re-Embedding the Transnational Employment Relationship: A Tale About the Limitations of (Eu) Law?*, in *CMLR*, 2018, n. 55, p. 449 ss.;

³⁴³ Rispetto a questo aspetto ribadisco il mio scetticismo, dal momento che la lettera di entrambe le norme parla di "Paese *diverso*".

³⁴⁴ E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, pp. 401-402; A.H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, cit., p. 161 ss.; M. LLOBERA VILA, *L'articolo 8 del Regolamento Roma I, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, alla luce delle sentenze Koelzsch, Voogsgeerd e Schlecker* (nota a C. giust. 12 settembre 2013, Anton Schlecker c. Melitta Josefa Boedeker, causa C-64/12), in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 2, p. 615 ss.

della sussistenza del collegamento più stretto, i Paesi ove il lavoratore è fiscalmente residente o assolve gli obblighi contributivi. Questioni che, da un lato, afferiscono ad obblighi di natura pubblicistica cui sono sottesi interessi diversi rispetto a quelli coinvolti nel rapporto di lavoro; d'altro canto, le scelte afferenti ai regimi fiscali e contributivi delle prestazioni potrebbero essere dettate da mere contingenze di natura economica, e poco hanno a che fare con lo svolgimento del rapporto³⁴⁵.

La dottrina si è interrogata su questa decisione riflettendo anche sulle sue implicazioni di sistema. A ben vedere, infatti, il caso *Schlecker* esemplifica interrogativi ricorrenti in materia di mobilità temporanea dei lavoratori nell'Ue. Calando la decisione sul caso concreto, va preso atto che i numerosi elementi sopra elencati potessero denotare un collegamento molto forte con la Germania: la comune nazionalità delle parti, l'iscrizione della lavoratrice presso gli istituti previdenziali tedeschi, ecc. Eppure, la Corte ha preso posizione su un tema più ampio rispondendo al seguente quesito: qual è la linea sottile che separa la temporaneità dalla costruzione di una nuova abitudine?³⁴⁶ Alla domanda la Corte sembra aver risposto affermando che, indipendentemente dalla lunga durata del distacco all'estero – in questo caso, dodici anni – se datore di lavoro e lavoratore condividono la provenienza geografica e in questo Paese sono collocati anche gli altri interessi, per così dire, personali del lavoratore, dovrebbe essere data preminenza applicativa al diritto di questo altro luogo, anche se questo non è più luogo abituale di lavoro.

Simile canone interpretativo, da un lato, disattende l'opinione per cui la clausola di eccezione dovrebbe essere impiegata con parsimonia, soprattutto allorquando confrontata con il criterio di collegamento del luogo di abituale di lavoro;³⁴⁷ dall'altro, toglie di mezzo l'opinione dottrinale che la clausola di

³⁴⁵ E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, pp. 401-402;

³⁴⁶ U. GRUŠIĆ, *The European Private International Law of Employment*, cit., pp. 157-158; A.H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, cit., p. 169.

³⁴⁷ Vedi *supra* nt. 337.

salvaguardia sia stata messa lì per tutelare meglio il lavoratore, ossia a svolgere il ruolo di valvola di sfogo per far riemergere il principio del *favor* in circostanze eccezionali³⁴⁸.

Un altro aspetto che suscita qualche confusione è il seguente: la protezione che scatta in presenza di *optio legis*, ossia l'applicabilità in ogni caso delle norme non derogabili convenzionalmente del luogo abituale di lavoro, è una protezione che il giudice europeo è disposto a dismettere nel diverso caso di mancanza di scelta. Se dunque, per lo meno nelle intenzioni, e con tutte le sopra esposte criticità, la finalità perseguita dal legislatore nel nostro "primo scenario" è primariamente la protezione della parte debole, nel secondo scenario non sembra che questa esigenza sia parimenti perseguita nell'altro caso, tanto è vero che alcuni osservatori hanno affermato che questo "secondo scenario" sia improntato alla diversa *ratio* della ricerca del valore giuridico della prossimità in senso stretto³⁴⁹.

In conclusione, non solo la clausola di eccezione non può essere utilizzata per valorizzare la legge più favorevole per il lavoratore, ma rappresenta uno strumento di discrezionalità valutativa che permette al giudice di disattendere l'applicazione della legge del luogo abituale di lavoro, con ciò, in concreto, pregiudicando la posizione della parte debole³⁵⁰.

³⁴⁸ C. giust., 12 settembre 2013, C-64/12 *Schlecker*, pt. 34. Di questa opinione, L. MERRETT, *Employment Contracts in Private International Law*, cit., p. 206 e 209.

³⁴⁹ A.H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, cit., p. 163. Similmente, R. CLERICI, *Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I?* in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, cit., p. 615.

³⁵⁰ Ciò è avvenuto tanto nella sopra ricordata vicenda oggetto di ricorso per Cassazione, quanto nell'ambito del caso *Schlecker*. Si noti peraltro che, riguardo ai possibili impieghi della clausola di eccezione, la dottrina aveva proprio prospettato un suo utilizzo in senso contrario a quello di cui si discute: ossia aveva supposto che questa avrebbe potuto essere impiegata per radicare la fattispecie nel paese di distacco, nel caso di durata particolarmente significativa di questo, a dispetto della presunta intenzionalità del rientro nel paese d'origine. Ciò perché la *ratio* da questa espletata avrebbe dovuto essere proprio quella della ricerca del centro effettivo di gravità del rapporto. Esprime questa tesi P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 781.

2.4.6 *Distacco transnazionale e d.i.p. eurounitario*

Concluso il dettagliato esame della disciplina dei conflitti di legge in materia di contratti individuali di lavoro nel d.i.p. europeo uniforme, è possibile approfondire i profili di una di quelle figure giuridiche sinora vagamente ricondotte al fenomeno, non ben definito, di lavoro temporaneo. Ci riferiamo al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, istituto controverso e appassionante, che impone al giuslavorista di confrontarsi con il tema della coerenza sistematica della disciplina del conflitto di leggi con la altrettanto complessa disciplina della mobilità della manodopera nell'alveo della prestazione di servizi eurounitaria.

In questa sede non si vuole esaminare nel dettaglio la complessa disciplina del “*posting of workers*”, che si è evoluta nel tempo con l'adozione di ben tre direttive: la direttiva 96/71/CE, la direttiva 2014/67/UE e la più recente direttiva 2018/957/UE, atti che tenteremo di inquadrare diacronicamente nel capitolo III. Lo scopo è qui, più semplicemente, mettere a sistema i cenni disseminati in queste pagine circa il dialogo tra il regime giuridico dei conflitti di leggi in materia di contratti individuali di lavoro ed il *corpus* normativo in materia di distacco, avvalendoci dell'analisi delle disposizioni in materia e delle riflessioni della dottrina³⁵¹.

³⁵¹ La bibliografia al riguardo è parecchio ampia e offre una lettura integrata delle due discipline sotto diverse angolazioni. Per approfondire v. i seguenti contributi, a partire dal più recente: R. PIIR, *Safeguarding the Posted Worker. A Private International Law Perspective*, in *ELLJ*, 2019, 10, p. 101 ss.; A.H. VAN HOEK, *Re-Embedding the Transnational Employment Relationship: A Tale About the Limitations of (Eu) Law?*, in *CMLR*, 2018, n. 55, p. 449 ss.; A.H. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *Where Do EU Mobile Workers Belong, According to Rome I and the PWD?*, in H. VERSCHUEREN (a cura di), *Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons: on How EU Law Defines where They Belong*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 215 ss.; A.H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, *cit.*, p. 157 ss.; U. GRUŠIĆ, *The Territorial Scope of Employment Legislation and Choice of Law*, in *The Modern Law Review*, 2012, vol. 75, 5, p. 722 ss.; A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *'Posting' and 'Posted Workers' – The Need for Clear Definitions of Two Key Concepts of The Posting of Workers Directive*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011-2012, Vol. 14, 2012, p. 419 ss.; L. MERRETT, *The Extra-Territorial Reach of Employment Legislation*, in *ILJ*, 2010, 4, p. 355 ss.; S. EVJU, *Cross Border Services, Posting of Workers and Jurisdictional Alternation*, in *ELLJ*, 2010, 1, p. 89 ss.; S. EVJU, *Posting Past and Present: The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, in *Formula Working Papers* No. 8, 2009, reperibile al sito www.jus.uio.no, pp. 4-11; E. KOLEHMAINEN, *The*

Sempre dalle norme partiamo, con ciò rendendoci immediatamente conto che i due ambiti di riferimento “si parlano”. Non però, per il tramite di disposizioni collocate nel corpo degli atti considerati, ma avvalendosi di Considerando collocati nel *Preambolo*, disposizioni che assolvono il precipuo ruolo di guidare l’interprete nella comprensione delle reciproche interconnessioni tra gli atti normativi esaminati.³⁵² In particolare, l’art. 34 del regolamento Roma I non manca di accennare alla direttiva distacchi, affermando che “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 [...]”. La “direttiva madre” in materia di distacco si dilunga invece maggiormente, dando atto “che la transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro solleva problemi in ordine alla legislazione applicabile al rapporto [...] e che, nell’interesse delle parti, occorre definire le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili[...]” (considerando n. 6), tenendo ben presente che la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali regola i conflitti di leggi in materia (considerando 7). In particolare, “l’articolo 3 di detta convenzione prevede, come regola generale, la libera scelta della legislazione ad opera delle parti”, disponendo che, in assenza di *optio legis* “il contratto è disciplinato [...] dalla legge del paese in cui il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro in esecuzione del contratto, anche nel caso in cui sia temporaneamente occupato in un altro paese [...]” (considerando 8).

Directive concerning the Posting of workers: synchronization of the function of national legal systems, Comp. Lab. Law Pol. Journ., 1998, p. 71 ss.

Per la prospettiva squisitamente internazionalprivatistica consulta: G. BIAGIONI, *Art. 9, Norme di applicazione necessaria*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»). *Commentario, cit.*, spec. p. 793 ss.; P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»). *Commentario, cit.*, spec. p. 785 ss.

³⁵² A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, ‘Posting’ and ‘Posted Workers’ – *The Need for Clear Definitions of Two Key Concepts of The Posting of Workers Directive*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011-2012, *cit.*, p. 437 ss. Critica questa impostazione in luogo dei riferimenti espliciti reciproci nel corpo del testo dei due atti P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»). *Commentario, cit.*, pp. 777-778.

Il Preambolo della direttiva distacchi instaura poi un espresso legame tra la Convenzione (e dunque il regolamento) e la stessa direttiva, perché “l'articolo 7 di detta convenzione prevede, a determinate condizioni, che parallelamente alla legislazione dichiarata applicabile sia dato effetto alle norme di polizia di un'altra legislazione, in particolare di quella dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è temporaneamente distaccato” (considerando 10).

Del resto, anche alla luce del principio del primato del diritto comunitario (art. 20 della Convenzione), “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” (considerando 11). Inoltre, “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”, essendo gli Stati membri liberi di garantire l'osservanza di tali disposizioni con mezzi adeguati (considerando 12). Al contempo, la libertà dello Stato di definire quali normative possono essere fatte oggetto di estensione ai lavoratori distaccati incontra dei limiti nel coordinamento europeo, dovendosi definire non già in autonomia, ma di concerto con gli Stati membri, “un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima cui deve attenersi, nel paese ospite, il datore di lavoro che distacca dipendenti a svolgere un lavoro a carattere temporaneo nel territorio di uno Stato membro dove vengono prestati i servizi” (considerando 13). L'osservanza delle disposizioni in questione, che costituiranno “un «nocciolo duro» di norme protettive chiaramente definite”, sarà imposta in capo ai prestatori di servizi “a prescindere dalla durata del distacco dei lavoratori” (considerando 14).

Per riassumere i passaggi logici descritti dal *Preambolo*, la direttiva pone le regole generali per determinare di quali disposizioni di legge e dei contratti

collettivi gli Stati devono (e i casi in cui possono) estendere l'applicazione ai lavoratori temporaneamente inviati nel proprio Paese. Questo “nocciolo duro di tutele” che i prestatori di servizi saranno tenuti, a loro volta, a garantire ai propri lavoratori in occasione del distacco, costituirebbero norme di applicazione necessaria, rispettivamente ai sensi dell'art. 7 della Convenzione e 9 del regolamento. La questione è tuttavia più complessa di così. Ciò soprattutto agli occhi dell'interprete che ha assistito ai successivi sviluppi e che conosce come la direttiva 96/71 è stata interpretata.

Per sciogliere i nodi problematici e fornire qualche risposta in più è opportuno ricapitolare che, a norma dell'art. 8 e del suo progenitore art. 6, il perno del luogo abituale di lavoro per la determinazione della legge applicabile non viene scardinato dalla circostanza che il lavoratore venga temporaneamente inviato all'estero a svolgere una missione, in quanto il luogo di lavoro abituale “non è ritenuto cambiato” allorché il lavoratore svolga il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo: l'*animus revertendi* e *retrahendi* delle parti e l'oggettiva temporaneità della prestazione valgono, dunque, nel caso di specie, ad escludere eventuali mutamenti della legge applicabile al contratto individuale di lavoro, in ragione dell'espressa previsione dell'art. 8 del regolamento³⁵³.

Purtuttavia, la disciplina di diritto internazionale privato non può esaurire la regolazione delle dinamiche della mobilità della manodopera eurounitaria, perché vengono in gioco altri significativi interessi. A ben vedere, infatti, la costruzione di un mercato interno realmente aperto ha reso necessaria la rimozione delle restrizioni all'esercizio delle libertà economiche, tra le quali la libertà di prestazione di servizi, libertà che si esplica, tra l'altro, nel diritto di

³⁵³ «By referring to the *habitual* place of work, rather than the *actual* place of work, this provision stabilises the law applying to the employment contract: during a temporary posting, the law of the home state remains applicable», A.H. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *Where Do EU Mobile Workers Belong, According to Rome I and the PWD?*, in H. VERSCHUEREN (a cura di), *Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons: on How EU Law Defines where They Belong*, cit., p. 221; cfr. R. PIIR, *Safeguarding the Posted Worker. A Private International Law Perspective*, cit., pp. 102-103. In una prospettiva più ampia, v. A.H. VAN HOEK, *Re-Embedding the Transnational Employment Relationship: A Tale About the Limitations of (Eu) Law?*, cit., p. 449 ss.

aggiudicarsi lavori in un altro Stato membro e di poter “circolare” nello spazio comunitario per eseguirli avvalendosi della propria manodopera senza subire ostacoli³⁵⁴.

Eppure, come dimostra la giurisprudenza che si esaminerà nel capitolo II, e che ha condotto all’adozione della direttiva 96/71, vi è la necessità di ricercare un equilibrio tra la predetta libertà e la legittima estensione alla manodopera temporaneamente inviata nel territorio ospite delle disposizioni giuslavoristiche ivi vigenti. Gli equilibri inizialmente raggiunti si sono assestati sull’individuazione da parte della Corte di giustizia, di volta in volta, delle “ragioni imperative di interesse generale” che potevano, se assoggettate ad un controllo di idoneità e proporzionalità, legittimamente ostacolare la libera prestazione di servizi dell’impresa straniera imponendo obblighi riconducibili alla protezione dei lavoratori³⁵⁵. Spiegheremo nel dettaglio questa giurisprudenza; per il momento ci interessa sapere che questo meccanismo “casistico”³⁵⁶ ha smesso di funzionare a dovere, inducendo il legislatore eurounitario ad intervenire meglio regolando *quali* frontiere giuridiche gli Stati ospitanti la prestazione di servizi avrebbero potuto opporre al prestatore di servizio straniero, *come* introdurre questi legittimi “ostacoli” e *su quali aspetti*

³⁵⁴ «L’attività d’impresa non può essere considerata del tutto indipendente dalle persone che costituiscono il supporto su cui si basa l’attività dell’impresa stessa. Questa considerazione vale *a fortiori* per un prestatore di servizi, che in via di principio non è stabilmente presente nello Stato membro in cui viene effettuato il servizio e la cui attività imprenditoriale dipende quindi ampiamente dalla sua mobilità al di là delle frontiere nazionali. In questa prospettiva, se si vuole dare un contributo utile alla libera prestazione di servizi di un’impresa, occorre [...] che il prestatore di servizi possa avvalersi liberamente del personale che costituisce il nucleo della sua impresa, perché ciò è indispensabile per l’esercizio efficace dell’attività [...]», Conclusioni dell’Avv. Generale in C. giust., 27 marzo 1990, C-113/89 *Rush Portuguesa c. Office national d’Immigration*, cit., pt. 18, riportate integralmente da F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell’Unione Europea*, cit. pp. 95-96. V. anche A.H. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *Where Do EU Mobile Workers Belong, According to Rome I and the PWD?*, in H. VERSCHUEREN (a cura di), *Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons: on How EU Law Defines where They Belong*, cit., p. 217 ss;

³⁵⁵ A.H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, cit., p. 167 ss.

³⁵⁶ E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, Giappichelli, 2018, pp. 171-172.

della protezione del lavoro questi ostacoli avrebbero potuto essere introdotti, alla ricerca di un'uniformità di disciplina in tutti gli Stati membri.

Ne è conseguita l'adozione di una direttiva, la direttiva 96/71/CE, costruita in modo da definire uno statuto obbligatorio ed uno statuto facoltativo dell'applicazione delle disposizioni giuslavoristiche dello Stato ospite al lavoratore distaccato (art. 3, par. 3). Statuto obbligatorio che si esplica nella determinazione di un elenco di materie che vanno a costituire un "nocciolo duro di tutele chiaramente definito" – elenco recentemente rafforzato nella sua vocazione protettiva dalla nuova direttiva 2018/957/UE – rispetto alle quali gli Stati membri devono garantire protezione ai lavoratori temporaneamente distaccati sul proprio territorio, per il tramite dell'estensione a questi delle disposizioni di legge, regolamentari, amministrative e di contratto collettivo (che soddisfino determinati requisiti) che a tali materie afferiscono. Statuto facoltativo che si esplica nell'eventuale ulteriore estensione discrezionale della normativa dello Stato ospite che, a seguito di una valutazione insindacabile rimessa allo Stato sovrano, risponda a ragioni di ordine pubblico (art. 3, par. 10).

Come si è detto, questo sistema è imperniato su una norma, l'art. 3 della direttiva, che non indica materialmente delle misure di protezione sostanziale del lavoratore distaccato, limitandosi a determinare in quali materie il singolo Stato dovrà poi estendere, implementando la direttiva, le proprie normative di fonte legale e contrattuale alla manodopera temporaneamente inviata nel suo territorio. Un primo problema di d.i.p. afferisce dunque, da un lato, alla natura internazionalprivatistica delle disposizioni nazionali richiamate; dall'altro alla natura dello stesso art. 3, perché non è chiaro se questa si possa definire o meno una norma di conflitto.

Partendo dal secondo problema, potremmo dire che la funzione di una norma di conflitto sia quella di fornire strumenti all'interprete per determinare, a fronte di una determinata situazione giuridica che presenti plurimi collegamenti con diversi ordinamenti, quale collegamento debba ritenersi più significativo, determinando il diritto da applicare alla fattispecie concreta. Ciò avviene,

dunque, non già indicando direttamente quali regole applicare, ma individuando in forza di quali criteri di collegamento quelle norme vanno ricercate, all'interno dell'ordinamento del foro, ovvero all'esterno (funzione bilaterale del d.i.p.)³⁵⁷.

La direttiva distacchi non sembra propriamente aderire a questo prototipo, perché sempre sancisce l'applicazione delle norme tassativamente definite dell'ordinamento del foro ai distacchi di manodopera che soddisfino determinati requisiti³⁵⁸. Si veda, peraltro, che un inciso iniziale dell'art. 3, afferma che "qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro" gli Stati membri devono garantire al lavoratore distaccato nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione nelle materie appresso indicate. Da una parte, dunque, è indiscutibilmente applicabile la disciplina di conflitto di cui all'art. 6 o 8 della Convenzione o del regolamento Roma I³⁵⁹ e la direttiva sembrerebbe prescindere da questo aspetto, disinteressandosi dei conflitti di leggi. Dall'altra, a rifletterci bene, questa direttiva gioca un ruolo dirimente nella determinazione del diritto applicabile, perché la regola che opererebbe se non vi fosse la direttiva sarebbe la semplice applicazione del diritto del lavoro dello Stato di origine³⁶⁰, così come prescrive l'inciso dell'art. 8, par. 2 che, riguardo alla mobilità temporanea, chiarisce che il luogo di lavoro abituale, e dunque la legge applicabile, non sono ritenuti cambiati. La direttiva, dunque, si pone in continuità con il diritto

³⁵⁷ T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato italiano*, cit., pp. 2-3 e pp. 71-72; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, cit., pp. 181-182.

³⁵⁸ P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 786 nega che la direttiva distacchi rechi norme di conflitto.

³⁵⁹ Il che ci induce a riflettere su un ulteriore aspetto: ossia che la legge fisiologicamente applicabile al contratto individuale di lavoro dovrebbe essere nella maggior parte dei casi la legge del luogo abituale di lavoro, ossia il diritto del lavoro dello Stato di origine. Non sempre, però, sarà così, ben potendo le parti pattuire l'applicazione di un diritto differente, perché potranno avvalersi del criterio di collegamento della volontà.

³⁶⁰ F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit. pp. 69-71, illustra il modello dell'*home state control*.

internazionale privato, assolvendo una funzione di completamento di tale regime³⁶¹.

A parere di chi scrive, dunque, la direttiva di certo non risolve un conflitto di leggi in senso stretto, ma risolve un conflitto *sui generis*. Risolve infatti un “conflitto” potenziale, una situazione di incertezza, con ciò intendendosi la scarsa prevedibilità regolativa che caratterizzava la stagione antecedente l’adozione della direttiva stessa. Lo scopo dell’atto in questione è rimuovere questo “conflitto”, limitando l’eccessiva discrezionalità dello Stato ospite nell’imposizione delle proprie norme lavoristiche – di applicazione necessaria o di ordine pubblico – alla manodopera distaccata nel proprio territorio.

Lo strumento tecnico adottato è anch’esso *sui generis*: quello dell’individuazione non già di un diritto materiale uniforme applicabile al lavoratore distaccato, che avrebbe richiesto una complessa attività di armonizzazione;³⁶² non già quello della parità di trattamento pura, secondo il modello dell’*host state control*,³⁶³ scelta che avrebbe in sostanza parificato la mobilità temporanea di manodopera alla libera circolazione dei lavoratori; ma la via di mezzo di un nocciolo duro di tutele rispetto alle quali il singolo Stato, recependo la direttiva e dunque dandovi attuazione, mette a punto in concreto la protezione del lavoratore distaccato³⁶⁴.

In particolare, questa operazione attribuisce di diritto alle disposizioni nazionali di implementazione della direttiva una particolare forza precettiva, qualificandole come “norme di applicazione necessaria”. Ciò ha suscitato più di un dubbio, perché è difficile, in concreto, collocare sistematicamente queste

³⁶¹ A. TURSI, *La giurisprudenza uni-europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro: discerni oportet*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, fasc. 3, pp. 841-842.

³⁶² E. KOLEHMAINEN, *The Directive concerning the Posting of workers: synchronization of the function of national legal systems*, *Comp. Lab. Law Pol. Journ.*, cit., p. 72.

³⁶³ F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell’Unione Europea*, cit. pp. 69-71.

³⁶⁴ Che poi, a sua volta, le materie elencate siano state già oggetto di ampia armonizzazione comunitaria è un altro tema: ciò è infatti non già il risultato della direttiva ma una sua premessa. Una riflessione sulle materie, in larga parte già fatte oggetto di armonizzazione comunitaria, si deve al contributo ormai risalente di P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, in *CMLR*, 1997, 34, 3, p. 571 ss.

disposizioni nel sistema d.i.p.. In altre parole, non è che la scelta nominalistica del legislatore, che le ha battezzate “di applicazione necessaria” risolva la questione dello *status* di queste norme. Di sicuro, le norme in questione sono autolimitate, nel senso che abbiamo già descritto: si applicano a tutte le situazioni giuridiche che rientrino nel loro campo di applicazione, indipendentemente dalla loro natura di fattispecie “estranee”, per il solo fatto di rientrare nell’ambito territoriale del foro, con ciò concorrendo a definire uno statuto obbligatorio, certo e predeterminato, di protezione del lavoro distaccato.

Per il resto, i dubbi riguardo alle disposizioni in questione sono molti. Come è stato osservato dagli internazionalprivatisti, non è facile figurarsi norme di applicazione necessaria che non siano definite tali dallo Stato nell’esercizio della sovranità ma che siano concertate in una sede sovranazionale, peraltro in una materia così delicata quale la gestione di fenomeni latamente migratori.³⁶⁵

Inoltre, volendo collocare sistematicamente le norme di attuazione della direttiva nell’ambito dello scenario di d.i.p. costruito dalla Convenzione di Roma e dal regolamento, non è chiaro a quali fattispecie di norme di applicazione necessaria si riferiscano. Come si ricorderà, infatti, la disciplina dell’art. 7 e dell’art. 9 non è identica. L’art. 9 del regolamento ha circoscritto l’operatività delle norme di applicazione necessaria rispetto al precedente testo convenzionale (che le chiamava norme imperative): nella vigenza della Convenzione era legittimo invocare l’applicazione di norme imperative anche nei casi di prossimità solo relativa di una fattispecie con un determinato ordinamento, tanto è vero che certa dottrina aveva ritenuto che se, in generale, il giudice “poteva dare efficacia a norme di uno Stato diverso da quello la cui legge regolava in contatto” solo facoltativamente, «in una particolare situazione il possibile è diventato obbligatorio: una direttiva del 1996 rende obbligatorio nel caso di

³⁶⁵ P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 786-787; A.H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, cit., p. 165 ss.

distacco temporaneo il rispetto di un certo numero di norme di applicazione necessaria dello Stato il cui territorio il lavoratore è distaccato»³⁶⁶.

Il regolamento sposa un approccio più rigoroso, attribuendo cittadinanza alle norme di applicazione necessaria del foro ovvero del luogo di esecuzione della prestazione, ma soltanto se queste la rendano illegittima.³⁶⁷ Mentre dunque, nell'ambito della Convenzione di Roma la qualificazione delle disposizioni nazionali di attuazione della direttiva come norme (imperative) di applicazione necessaria ex art. 7, par. 1 può risultare calzante, non è chiaro in quali delle ipotesi applicative dell'art. 9 del regolamento le stesse misure dovrebbero ricadere.

Vi è dunque chi ha supposto che, in realtà, le disposizioni del Paese di distacco si debbano ricondurre ad altri due ambiti. Si è detto che le norme del Paese di distacco rappresentano un esempio di applicazione dell'art. 8, par. 1 nella parte in cui si riferisce alle norme non derogabili convenzionalmente (per l'art. 6 vige la nozione più ambigua di norme imperative) del luogo abituale di lavoro. Questa lettura non è condivisibile, perché la stessa norma chiarisce che è luogo abituale di lavoro non già il Paese di distacco ma il Paese di origine. D'altro canto, vi è chi ha prospettato che le norme del Paese ospite, così come determinate dall'art. 3 della direttiva, siano disposizioni inderogabili del diritto comunitario di cui all'art. 3 par. 4 del regolamento Roma I³⁶⁸. Anche questa è una inesattezza, perché l'art. 8, par. 4 è circoscritto ai comportamenti elusivi del diritto Ue, mentre il distacco dei lavoratori rappresenta una legittima applicazione del diritto eurounitario.

³⁶⁶ F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 55. Similmente, A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, 'Posting' and 'Posted Workers' – The Need for Clear Definitions of Two Key Concepts of The Posting of Workers Directive, in Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2011-2012, 2012, Vol. 14, p. 419.

³⁶⁷ B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, cit., p. 40 ss.; U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., p. 38.

³⁶⁸ P. DE CESARI, «Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e «norme di applicazione necessaria» nel regolamento Roma I, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 269.

A parere di chi scrive, le disposizioni attuative della direttiva adottate nel Paese di distacco sono effettivamente norme di applicazione necessaria, ma non nel senso sinora inteso: le misure protettive nazionali sono infatti esecutive di un obbligo comunitario, e dunque la loro necessaria applicazione non deriva dalla necessità della protezione di una prerogativa di sovranità dello Stato ospite – anche se questa funzione aggiuntiva è certamente riscontrabile, tanto che la chiave di lettura antidumping del congegno normativo in questione è unanimemente condivisa – ma è piuttosto una necessarietà comunitaria.

Le disposizioni attuative della direttiva vanno dunque ricondotte al già citato art. 20 della Convenzione, in forza del quale la 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 emanarsi dalle istituzioni delle Comunità europee o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti³⁶⁹.

Quanto al contenuto precettivo delle norme, va ricordato che non solo gli Stati membri adottavano, per lo meno sino all'entrata in vigore della direttiva, un proprio metro di valutazione circa la qualificazione delle norme come imperative o di interesse generale. In secondo luogo, come si è già notato in precedenza, era proprio nell'ambito del *corpus* giurisprudenziale elaborato in materia di distacchi

³⁶⁹ Al riguardo è illuminante il commento all'art. 20 della Relazione Giuliano e Lagarde: «L'articolo intende evitare un eventuale conflitto tra la presente convenzione e gli atti emanati o da emanarsi dalle istituzioni comunitarie, attribuendo il primato a questi ultimi. [...]. Quanto all'oggetto, le disposizioni comunitarie che prevalgono sulla convenzione sono quelle che, in materie particolari, regolano i conflitti di leggi nel settore delle obbligazioni contrattuali. Ad esempio, quando sarà definitivamente adottato il regolamento relativo ai conflitti di leggi in materia di contratti di lavoro, tale regolamento prevarrà sulla convenzione [...]. Riguardo alla forma, le disposizioni comunitarie contemplate in questo articolo 20 si riferiscono sia ad atti emanati o da emanarsi dalle istituzioni delle Comunità europee, e cioè principalmente a regolamenti e direttive, sia a convenzioni concluse dalle Comunità, sia anche alle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti. Il provvedimento legislativo o regolamentare adottato da uno Stato per adeguare il proprio ordinamento ad una direttiva mutua in un certo senso da quest'ultima il suo valore comunitario: ciò giustifica il primato che a tale provvedimento viene accordato sulla presente convenzione. Infine, il primato che l'articolo 20 attribuisce al diritto comunitario è valido non soltanto per il diritto comunitario vigente al momento dell'entrata in vigore della presente convenzione, ma anche per quello che sarà adottato successivamente a tale entrata in vigore», nella *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I, cit., sub. art. 20.

che la Corte di giustizia aveva avallato un'interpretazione molto lata delle norme di applicazione necessaria, da una parte definendone la natura cruciale e la presunta eccezionalità, dall'altra annoverandovi disposizioni che si potevano ben ascrivere anche a mere norme non derogabili convenzionalmente, o a misure di unità amministrativa o organizzativa a carattere autolimitato ma non necessariamente rispondenti a esigenze irrinunciabili di natura pubblicistica.

In proposito, ci si chiede che fine faccia la discrezionalità degli Stati membri nella determinazione di ulteriori e diverse norme di applicazione necessaria, non prescritte nell'elenco obbligatorio. Si potrebbe ipotizzare che queste potrebbero trovare spazio in applicazione dell'art. 3, par. 10, che autorizza gli Stati ad introdurre misure ulteriori se rispondenti ad esigenze di ordine pubblico. A parte la confusione terminologica che la stessa norma sembra perpetrare³⁷⁰, la questione può risolversi con un'occhiata anticipatrice, perché come noto, nella sentenza *Commissione contro Lussemburgo*³⁷¹ la Corte di giustizia ha censurato pratiche di estensione indiscriminata delle discipline lavoristiche nazionali, fornendo una interpretazione estremamente restrittiva della nozione di ordine pubblico. A ciò si aggiunga che la Corte di giustizia ha precisato che, a prescindere dall'utilizzo della clausola dell'art. 3, par. 10, l'estensione ai distaccati di disposizioni nazionali ulteriori e diverse da quelle prescritte dalla stessa direttiva risulta illegittima, anche in ragione della lettura da questa data dell'art. 3, par. 7 (principio del *favor*), rispetto al quale la Corte si è espressa affermandone la sola riferibilità ai trattamenti migliorativi del Paese d'origine³⁷² (aspetti su cui si tornerà nel cap. III).

Si può dunque concludere sia ormai parte del *acquis* comunitario un robusto orientamento interpretativo che attribuisce alla direttiva 96/71/CE – nonché alle misure nazionali che la attuano – la valenza di fonte di protezione

³⁷⁰ Delle sovrapposizioni terminologiche e in termini d'uso tra norme di applicazione necessaria e ordine pubblico si è già detto *supra*, par. 2.4.3.

³⁷¹ C. giust., 4 ottobre 2001, C-450/00, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, pt. 29-30.

³⁷² U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., pp. 39-40, nt. 16.

minima e massima dei distaccati, perché le ulteriori estensioni di tutele sarebbero sanzionate da illegittimità. Le ragioni di siffatto orientamento restrittivo si esamineranno più avanti.

Quello che è importante qui sottolineare è che, se di norme di applicazione necessaria si tratta, quelle esaminate sono norme di applicazione necessaria molto particolari: sono sottratte alla discrezionalità del giudice; sono sottratte alla discrezionalità dello Stato membro; sono, in definitiva, nella esclusiva disponibilità del legislatore comunitario e, a ben vedere del suo principale interprete, ossia la Corte di giustizia Ue. La direttiva 96/71/CE, dunque, pur apparentemente attribuendo allo Stato membro una certa dose di libertà nel determinare quali siano le norme di applicazione necessaria, in realtà le imbriglia, coerentemente³⁷³, nella necessaria osservanza dei pilastri economici dell'ordinamento eurounitario.

3 Considerazioni conclusive

Apprestandoci a rassegnare le conclusioni di questa prima parte del lavoro, rimane più di un interrogativo.

La disciplina dei conflitti di leggi in materia di contratti individuali di lavoro presenta, in effetti, diverse ambiguità: le criticità che si è cercato di far emergere, tanto con riguardo al primo che al secondo scenario, si devono principalmente alla difficoltà di tenere insieme plurime istanze non sempre conciliabili. Innanzitutto, la rinuncia alla definizione di uno statuto autonomo dei conflitti di leggi in materia lavoristica non paga in termini di chiarezza, dal momento che la volontà di proteggere la parte debole non solo è stata realizzata

³⁷³ N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, «disposizioni imperative del diritto comunitario» e «leggi di polizia» nella proposta di regolamento “Roma I”*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”. Atti del Convegno tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007*, in *Quaderni della Fondazione Italiana di Notariato*, 2007 n. 4, disponibili al sito <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=09/0905&mn=3>, critica le posizioni di chi si sorprende che le norme di applicazione necessaria degli Stati membri siano ormai da tempo assoggettate al test di compatibilità comunitaria.

in una prospettiva minimale, ma poco si concilia con altre esigenze connaturate alla Convenzione e al regolamento, quali quelle di prevedibilità della legge applicabile e di valorizzazione del principio di prossimità.

Non sono poi chiari i rapporti tra l'esercizio della libertà di scelta e l'esercizio dell'autonomia della volontà nel contesto del contratto di lavoro, anche con riguardo al ruolo delle disposizioni dell'art. 3, parr. 3 e 4 del regolamento Roma I. Se si addivenisse alla conclusione che queste trovano applicazione anche alla disciplina speciale che ci occupa, la disposizione dell'art. 3, par. 4 potrebbe, a parere di chi scrive, giocare un ruolo importante per "ri-allocare" la fattispecie fraudolentemente assoggettata al diritto di uno Stato terzo all'ambito intracomunitario³⁷⁴.

Altro nodo da sciogliere è certamente quello della determinazione del confine tra abitualità e temporaneità della prestazione³⁷⁵, che è sinora apparso eccessivamente labile alla luce del caso *Schlecker*. Rispetto a questo tema, l'esame della disciplina sostanziale in tema di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi eurounitaria potrà darci qualche risposta; anche se, ricordiamolo, i chiarimenti auspicati saranno limitati alle ipotesi di mobilità che rientrano nel circoscritto campo di applicazione della direttiva.

Vi sono poi ulteriori questioni di sistema relative all'efficacia del collaudo della disciplina del conflitto di leggi in materia di contratti individuali di lavoro con le libertà economiche. Le principali problematiche in materia di applicazione del Regolamento Roma I continuano a riscontrarsi nell'ambito di quello che si è definito lavoro peripatetico, nella fenomenologia del c.d. trasporto internazionale di merci o c.d. cabotaggio.³⁷⁶ In tal caso, infatti, l'assenza di una precisa

³⁷⁴ Lo strumento dell'art. 3, par. 4 è particolarmente adatto a risolvere i conflitti di legge nell'ambito del c.d. lavoro via web reso dal lavoratore in territorio extra Ue. Per realizzare lo stesso scopo protettivo, M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1041 ss. suggeriscono invece di avvalersi in via analogica delle norme di applicazione necessaria di cui all'art. 3, par. 3 della direttiva distacchi.

³⁷⁵ R. PIIR, *Safeguarding the Posted Worker. A Private International Law Perspective*, cit., pp. 106-107.

³⁷⁶ Su cui v. G. FROSECCHI, *Il dumping sociale nel settore dell'autotrasporto europeo: in viaggio tra differenziali di costo e imprese cartiere*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2020, fasc. 3, n. 167, p. 543 ss.; F. VAN OVERBEEKE, *Posting Drivers in the EU Road Transport Sector*, ERA Forum, 2020; B. BEDNAROWICZ, A. ZWANENBURG

infrastruttura (a differenza del ruolo rivestito da porti e aeroporti per gli altri lavoratori peripatetici del settore nautico e aereo) da cui necessariamente partire e fare ritorno, nonché la natura estremamente individualistica della prestazione, hanno mostrato la difficoltà di assoggettare questo settore ad una regolazione sostanziale efficace, tale garantire la prevedibilità dello statuto protettivo da accordare al lavoratore³⁷⁷. Le pratiche abusive si sono mostrate particolarmente diffuse nel settore e incisive nei loro effetti pregiudizievoli per i lavoratori,³⁷⁸ suscitando clamore mediatico e stupore per l'uomo della strada.

Queste vicende dimostrano, ancora una volta, come l'intricata sovrapposizione tra gli statuti dei conflitti di leggi, della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione di servizi nell'Unione imponga il necessario coordinamento delle autorità nazionali preposte al controllo amministrativo e giurisdizionale, a garanzia della genuinità dell'esercizio delle predette libertà e del contrasto agli abusi del diritto eurounitario.

(eds.), *Cross-Border Employment and Social Rights in the EU Road Transport Sector*, Eleven International Publishing, 2019; S. CASSAR, *Il distacco transnazionale intracomunitario*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, fasc. 2, p. 283 ss., spec. note 25 e 26; L. LAZZERONI, *Trasporti sovranazionali e diritti sociali: per una mobilità sostenibile*, *Lav. Dir.*, 2017, fasc. 1, p. 37 ss.; G. FROSECCHI, *Distacco, cabotaggio e trasporto internazionale: un puzzle ancora da comporre*, in *Logistica e lavoro, Quad. Riv. Giur. Lav.*, 2017, fasc. 3, p. 43 ss. V pure C. giust, 16 luglio, 2020, C-610/18, *AFMB e a. vs. Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank*.

³⁷⁷ A.H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, *cit.*, pp. 164-165, nota che nel caso dell'autotrasporto non si può neanche parlare di una vera e propria flotta, a differenza del trasporto aereo e marittimo; che la prestazione di lavoro dell'autotrasportatore è svolta in solitudine, rimuovendo del tutto l'elemento della percezione della dimensione collettiva del rapporto di lavoro. Al riguardo, conviene anticipare che nel recente Mobility Package si è disposta la futura applicazione della direttiva 2018/957/UE anche agli autotrasportatori. Per approfondire, v. G. FROSECCHI, *Il dumping sociale nel settore dell'autotrasporto europeo: in viaggio tra differenziali di costo e imprese cartiere*, *cit.*, p. 543 ss. e *infra*, cap. III, par. 2.2.

³⁷⁸ Cfr. S. ARCHAN, «Vinci la crisi con lavoratori interinali a contratto rumeno» *Scherzo? No, offerta commerciale* in *A.Dir.*, 2015, reperibile al sito <http://www.adir.unifi.it/>, che richiama, tra l'altro la vicenda degli autotrasportatori modenesi con contratto rumeno. Per ulteriori riferimenti all'attualità, G. FROSECCHI, *Il dumping sociale nel settore dell'autotrasporto europeo: in viaggio tra differenziali di costo e imprese cartiere*, *cit.*, p. 543 ss. In materia, v. anche l'intervento del Ministero del Lavoro, 9 aprile 2015, circolare n. 14.

CAPITOLO II

LA MOBILITÀ TEMPORANEA DEI LAVORATORI NEL MERCATO INTERNO COM'ERA E COME È CAMBIATA: LA GIURISPRUDENZA CGUE ANTECEDENTE ALLA 'DIRETTIVA DISTACCHI'

1. Lo sviluppo della mobilità temporanea dei lavoratori come necessario corollario dell'integrazione del mercato dei servizi

1.1 Introduzione metodologica

Il presente capitolo ambisce a ricostruire gli orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di mobilità transnazionale dei lavoratori nel tempo antecedente all'adozione della direttiva 96/71/CE.

Tale giurisprudenza è normalmente attenzionata dalla dottrina nell'ambito di una più ampia ricostruzione teorica³⁷⁹ che, approcciando il tema della mobilità transnazionale dei lavoratori nel quadro di una prestazione di servizi, tende ad ampliare i propri orizzonti fino a lambire lo sconfinato tema della tutela dei diritti sociali nello spazio comunitario, nonché del loro bilanciamento con le libertà economiche.

³⁷⁹ Per citare solo alcuni contributi fondamentali, senza pretesa di esaustività: S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 4, p. 907 ss.; G. ORLANDINI, *Libertà di stabilimento versus diritto al lavoro: ancora un bilanciamento "sbilanciato" tra libertà economiche e diritti dei lavoratori*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2017, n. 153, 1, p. 203 ss.; M. FREEDLAND, J. PRASSI, *Viking, Laval and Beyond*, Oxford-Portland, Oregon, 2016; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013; A. DE SALVIA, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona", Int. 98/2012; A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci, Bari, 2009; A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea, Dopo le sentenze Laval, Viking e Lussemburgo*, Ediesse, 2009; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009; M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, p. 24 ss.; 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.*, 2007, I, p. 33 ss.; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003.

Come noto, nel ripercorrere le prime tappe dell'integrazione comunitaria, gli studiosi del diritto del lavoro europeo³⁸⁰ tendono a richiamare – contestualizzandolo – il celebre giudizio di «frigidità sociale»³⁸¹ elaborato dal giurista Federico Mancini a voler criticare la preminenza delle ambizioni economiche delle Comunità rispetto alle parimenti necessarie esigenze di protezione sociale che affliggevano la società europea³⁸² agli inizi del percorso di integrazione. Nonostante l'ampliamento progressivo delle competenze eurounitarie in materia sociale – culminato nell'adozione di un vero e proprio catalogo dei diritti sociali, enunciato dal Titolo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁸³ – si discute se questo originario *vulnus* possa considerarsi del tutto colmato.³⁸⁴

³⁸⁰ C. BARNARD, *Fifty Years of Avoiding Social Dumping? The EU's Economic and Not So Economic Constitution*, in M. DOUGAN, S. CURRIE (a cura di), *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, 2009, p. 311 ss.; F. CARINCI, *Piano piano, dolce Carlotta: cronaca di un'Europa "in cammino"*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del Lavoro. Commentario*, Vol. IX, Utet, 2007, p. 1 ss.; S. GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, n. 27, p. 9 ss.; C. JOERGES, *What is left of the European Economic Constitution?*, in *EUI Working Papers*, 2004, n. 3, reperibile al sito: <http://diana-n.iue.it:8080/bitstream/handle/1814/2828/law04-13.pdf?sequence=1>; J. H. H. WEILER, *La costituzione dell'Europa*, Il Mulino, Bologna 2003; M. EGAN, *Constructing a European Market*, Oxford University Press, 2001. V. Sulla stessa linea anche la ricostruzione manualistica: T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2019, p. 3 ss.; M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 10; B. BERCUSSON, *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, p. 5 ss.

³⁸¹ G. F. MANCINI, *Principi fondamentali di diritto del lavoro dell'ordinamento delle Comunità Europee*, in AA.VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*. Atti del Convegno di Parma, 30-31 ottobre 1985, Padova, Cedam, 1988, cit. p. 26.

³⁸² Sia permesso rinviare a AA.VV., *Alle origini del REI: modelli del reddito di base, tra universalità e selettività delle tutele*, in G. CANAVESI, E. ALES, *La tutela per la disoccupazione nelle trasformazioni del lavoro. Seminari Previdenziali Maceratesi 2018*, Macerata, EUM, 2020, § 2. *Il contrasto alla povertà nell'ordinamento internazionale: il ruolo dell'OIL e dell'Unione Europea*, p. 212.

³⁸³ A. LO FARO, *L'Europa sociale senza la Carta. L'Europa sociale oltre la Carta?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 4, p. 761 ss.; A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in *Working Papers CSDLE "Massimo d'Antona"*, Int. 82/2010.

³⁸⁴ Recentemente A. COUNTOURIS, A. KOUKIADAKI, *The Glass Half Full: Collective Redundancies, Public Interest, and the (Unfulfilled) Potential of Europe's «Highly Competitive Social Market Economy»*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2017, p. 193 ss. In argomento, si v. la ricostruzione critica su «Stato sociale e integrazione europea», ove si declina il passaggio «dalla complementarità alla collisione» tra dimensione economica e dimensione sociale in S. GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo*, Cedam Padova, cit., p. 3 ss.; v. anche C. JOERGES, *Will the Welfare State Survive European Integration?*, in *EJSL*, 2011, 1, p. 4 ss. Per quanto concerne il confronto tra costituzionalismo e diritto del lavoro, v. B. CARUSO, G. FONTANA, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, Bologna, 2015.

Queste vicende, e la relativa lettura dottrinale, verranno trattate in questo capitolo solo sommariamente. Si vuole infatti analizzare l'evoluzione della disciplina del distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi superando l'usuale impostazione del problema, imperniata sul «conflitto sbilanciato»³⁸⁵ tra libertà economiche e tutela del lavoro³⁸⁶.

Ciò al fine di preferire una diversa chiave di lettura, partendo dalla collocazione sistematica di questo *corpus* normativo e giurisprudenziale nell'ambito del sistema dei conflitti di leggi nello spazio giuridico UE. Questo *modus operandi*, che ha del resto già ispirato la redazione del Capitolo I – ove si è ricostruita la disciplina internazionalprivatistica dei contratti di lavoro internazionali – ispirerà anche questo secondo Capitolo, dedicato all'analisi ragionata della giurisprudenza della Corte prima dell'adozione della direttiva, al fine di capire meglio le implicazioni della mobilità temporanea dei lavoratori dell'UE antecedentemente all'intervento regolativo del legislatore.

Seguirà una trattazione dei profili giuslavoristici e di sicurezza sociale che risultano, a parere di chi scrive, più problematici, nonostante i recenti interventi del legislatore eurounitario in materia (Cap. III e Cap. IV).

Ciò, lo si precisa, non tanto perché non si condividano le considerazioni critiche sulla necessità di un più attento bilanciamento tra libertà economiche e protezione sociale dei lavoratori. Al contrario, si ritiene che questo rappresenti un problema che andrebbe risolto unitamente a quello, altrettanto sentito, del deficit democratico³⁸⁷ dell'Unione. In questa trattazione si vuole tuttavia più semplicemente prendere atto di questo stato di cose – senza trascurare di dare

³⁸⁵ A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, cit.

³⁸⁶ A. TURSÌ, *La giurisprudenza uni-europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro: discerni oportet*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, fasc. 3, p. 835 ss.; R. BALDUZZI, *Ancora sulla dimensione europea dei diritti sociali: come superare la posizione "social-sceittica", senza cadere in quella perennemente "scontenta"*, in P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 335 ss.

³⁸⁷ S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, in *RDSS*, 2009, 2, p. 322.

conto delle più recenti tendenze evolutive in materia³⁸⁸ – preferendo esaminare quelle problematiche giuridiche meno attenzionate dalla dottrina ma non meno importanti, quali le questioni afferenti alla previdenza sociale dei lavoratori distaccati.

1.2 La Corte di giustizia “motore immobile” dell’integrazione: la c.d. «quiet revolution» nel mercato dei servizi

L’asserzione manciniana che la dimensione sociale non fosse considerata una priorità dai padri fondatori è stata contestualizzata da una lettura successiva che ha – correttamente – inquadrato nell’ordoliberalismo tedesco³⁸⁹ l’ideologia ispiratrice delle opzioni regolative adottate a fondamento del percorso di integrazione.

In effetti, l’impostazione ordolibérale della ripartizione di competenze tra Comunità e Stati Membri era ispirata ad un approccio duale: più che indifferenti³⁹⁰ alla necessità di istituire politiche sociali comunitarie, i padri fondatori nutrivano fiducia nella spontanea capacità del mercato di innescare un’armonizzazione verso l’alto dei sistemi di protezione sociale³⁹¹. Vero era

³⁸⁸ Tra tutte, l’adozione del c.d. *Pilastro europeo dei diritti sociali*, su cui v.: G. BRONZINI, *L’enforcement della Carta di Nizza e l’attuazione dell’European Social Pillar: due strade convergenti verso lo stesso fine?* in *Quad. Dir. Sind.*, 2019, 1, p. 97 ss.; S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *QG*, 2019, fasc. 4, p. 54 ss.; S. GIUBBONI, *L’insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Pol. Dir.*, 2018, fasc. 4, p. 557 ss.; M. BELL, *The Principle of Equal Treatment and the European Pillar of Social Rights*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 4, p. 783 ss.; S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. Cost.*, 2017, fasc. 4, p. 953 ss.

³⁸⁹ La teoria ordolibérale ha contribuito all’elaborazione di un modello duale che, distinguendo gli ambiti di competenza, affidava la creazione del mercato comune alla Comunità e la conduzione delle politiche sociali agli Stati. Per gli opportuni riferimenti bibliografici si rinvia a D. FERRI, F. CORTESE, *The EU Social Market Economy and the Law*, Routledge, London, 2019; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 13 ss.; S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, cit., p. 305 ss.

³⁹⁰ C. JOERGES, *What is left of the European Economic Constitution?*, in Working Papers of the European University Institute 2004, n. 3, reperibile al sito: <http://diana-n.iue.it:8080/bitstream/handle/1814/2828/law04-13.pdf?sequence=1>.

³⁹¹ Da una parte, dunque, la Comunità avrebbe garantito il buon funzionamento del mercato comune, costruendo le proprie fondamenta sulla consacrazione delle libertà economiche e sulla conseguente rimozione delle misure protezionistiche di natura doganale; dall’altra, la liberalizzazione dei mercati

dunque che le preoccupazioni sociali erano seconde rispetto a quelle economiche. Ciò, tuttavia, nella convinzione che la politica sociale potesse essere appannaggio degli Stati e che ciò sarebbe stato di gran lunga più efficace dell'affidare tali competenze, anche a ragione della scarsa legittimazione politica di questa, ad una creatura sovranazionale quale la Comunità³⁹².

In effetti, in un primo tempo, i pochi interventi normativi apparentemente afferenti alla materia sociale si ispiravano piuttosto a logiche concorrenziali, configurandosi, anch'essi, seppur indirettamente, come strumentali al perseguimento dell'integrazione economica dei mercati³⁹³. A corroborare questa tesi è generalmente richiamato come esempio il principio di parità retributiva uomo-donna, introdotto nei Trattati ad ulteriore dimostrazione della strumentalità delle disposizioni latamente afferenti alla materia sociale rispetto agli imperativi della concorrenza³⁹⁴.

avrebbe garantito agli Stati nuove potenzialità di crescita economica, permettendo di accantonare un surplus di risorse da destinare al finanziamento dei diritti sociali, elaborati dai sistemi giuridici degli Stati membri nell'ambito di precisi meccanismi di legittimazione democratica. Pur nelle macroscopiche differenziazioni, le tradizioni costituzionali degli Stati fondatori annoveravano un corposo catalogo di diritti sociali e gli apparati statuali vennero considerati i luoghi più opportuni della garanzia formale e dell'elaborazione sostanziale dei diritti sociali. Sul tema v. M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. Dir.*, 2000, 3, p. 367 ss. Sullo sviluppo dei sistemi di *welfare* in Europa in un'ottica comparata, v. i classici G. ESPING-ANDERSEN, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, 1990; C. ASPALTER, *The Development of Ideal-typical Welfare Regime Theory*, in *International Social Work*, 2011, n. 54, 6, p. 735 ss. Per l'ordinamento italiano, v. A. ANDREONI (a cura di), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006.

³⁹² Nell'impostazione del Trattato, il progresso sociale sarebbe dovuto discendere dal funzionamento del mercato comune, che avrebbe dovuto favorire l'armonizzazione dei sistemi sociali. Se la fisiologia del mercato avesse manifestato qualche disfunzione, soccorrevano allora le procedure previste dal Trattato, imperniate sul riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative. L'art. 117 del Trattato Cee – tra le poche disposizioni in materia sociale «disperse nelle diverse parti del Trattato» (M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, cit., p. 10) – recitava: «gli Stati membri convengono sulla necessità di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera che consenta la loro parificazione nel progresso» precisando che «una tale evoluzione risulterà dal funzionamento del mercato comune». V. anche M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 13 ss.

³⁹³ V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Ue*, cit., p. 29 ss.

³⁹⁴ È noto che il principio, espresso all'art. 139 TCEE (attuale art. 157 TFUE), fu fortemente voluto dalla Francia, che già da tempo aveva sancito la parità retributiva tra i generi. Al di là della legittima preoccupazione francese di mettere al sicuro il proprio mercato del lavoro da dinamiche di dumping salariale, la parità retributiva venne garantita per evitare che il mercato unico del lavoro della Comunità, ancor prima di essere implementato, si caratterizzasse per alti differenziali nel costo del lavoro: ancora una volta a conferma che la «parificazione nel progresso» era tesa ad assolvere finalità

Come noto, l'approccio astensionista in materia sociale³⁹⁵ venne per forza di cose superato e dunque pian piano contaminato nella sua purezza iniziale. Ciò principalmente a ragione di contingenze economiche avverse³⁹⁶. Per reagire ad una potenziale spirale regressiva del mercato unico, le istituzioni europee apprestarono una serie di strumenti giuridici: tra questi sono annoverate le prime direttive afferenti alla materia del diritto del lavoro, tutte in qualche modo riconducibili al delicato ambito della crisi d'impresa³⁹⁷. Si trattava di discipline di armonizzazione che, da un lato, dimostravano ancora una volta una marcata accessorietà rispetto alla costruzione del mercato interno, ai fallimenti del quale si tentava di rispondere; dall'altro, non contraddicevano fino in fondo l'impostazione iniziale, dispiegando in fin dei conti una modesta influenza sui modelli sociali nazionali³⁹⁸.

In effetti, se si mette temporaneamente "in pausa" la cronistoria del processo di integrazione e dell'evoluzione delle competenze in materia sociale della Comunità/Unione, e cambiando punto di vista, si torna a rivolgere lo sguardo nell'ambito delle realtà nazionali, ci si accorge che in questa prima fase il diritto del lavoro e la legislazione sociale³⁹⁹ sono andati fiorendo indisturbati

dichiaratamente economiche. Cfr., T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 9; F. COSTAMAGNA, *Regulatory Competition in the Social Domain and the Revision of the Posted Workers Directive*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, pp. 79-80.

³⁹⁵ F. CARINCI, *La dimensione istituzionale dell'Unione europea*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 22 ss.; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 14; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., p. 42.

³⁹⁶ La crisi petrolifera e dunque monetaria degli anni 1971-1974, la conseguente fine della convertibilità del dollaro (Dichiarazione di Camp David, 1971), l'affermazione politica di Margaret Thatcher e Ronald Reagan, *leaders* non particolarmente propensi all'integrazione comunitaria cfr. F. CARINCI, *La dimensione istituzionale dell'Unione europea*, cit., p. 23. T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, si riferiscono a questa fase storica ricordando l'«offensiva politico-culturale del neoliberalismo» e la diffusa «eurosclerosi», cit., p. 10.

³⁹⁷ Si tratta delle direttive: 75/129/CE sui licenziamenti collettivi; 77/187/CE, sul trasferimento d'azienda; 80/987/CE, sulla tutela dei lavoratori di fronte all'insolvenza dell'impresa.

³⁹⁸ S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, cit., p. 305 ss.

³⁹⁹ Per una ricostruzione dei fondamenti del nostro sistema previdenziale, v. U. PROSPERETTI, *Sulle nozioni di protezione sociale e di sicurezza sociale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1954, I, p. 298 ss.; A. VENTURI, *I fondamenti scientifici della sicurezza sociale*, Milano, 1954; M. PERSIANI, *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Padova, 1960; *Trattato di previdenza sociale*, (diretto da) B. BUSSI, M. PERSIANI, Padova, 1974-1990. Per una ricostruzione alla luce dell'evoluzione recente del sistema, v. M. CINELLI, *Diritto della*

negli Stati membri ed il contributo europeo ha in un primo tempo soltanto arricchito le tutele apprestate dal legislatore domestico. Quel che si vuole dire è che, per lungo tempo, i modelli sociali nazionali hanno conservato la propria originaria integrità, limitandosi a beneficiare delle politiche di «armonizzazione nel progresso»⁴⁰⁰.

Tale equilibrio è rimasto quasi immutato anche durante la fase storica unanimemente ricordata come una vera e propria svolta, ossia l'adozione del Libro Bianco sul completamento del mercato interno promosso da Jaques Delors nel 1985⁴⁰¹. Questo mirava, tra l'altro, a promuovere «la libera circolazione della manodopera e delle professioni» (Titolo III) e a rafforzare la libertà di prestazione di servizi, con particolare riguardo all'ambito degli appalti pubblici («la liberalizzazione su scala comunitaria degli appalti nel campo dei servizi pubblici è essenziale per il futuro dell'economia della Comunità», pt. 87). «Sebbene la libera prestazione dei servizi nella Comunità sia direttamente applicabile sin dalla fine del periodo transitorio, [...] tanto le imprese quanto le singole persone non sono riuscite ancora ad avvalersi pienamente di questa libertà. Per questi motivi,

previdenza sociale, Giappichelli, Torino, 2020; M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁴⁰⁰ La diffusissima espressione, impiegata negli artt. 117 e 118 A, così come innovati dall'Atto Unico Europeo, è divenuta di uso comune in ambiente accademico per denotare la stagione delle prime direttive di armonizzazione, cfr. T. TREU, *Le regole sociali europee: quali innovazioni?* in *Eur. Dir. Priv.*, 2004, 1, p. 33 ss. S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, cit., pp. 303-304, la impiega come sinonimo di armonizzazione «funzionalista», locuzione a sua volta ideata dal giuslavorista M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA, *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, 1996, p. 22, in contrapposizione all'armonizzazione «coesiva». Al di là della terminologia, la stagione delle ricordate direttive di «prima generazione» adottate per contrastare i fenomeni di crisi di impresa in risposta alla stagione economica avversa, rappresenta la prima vera fase di attivismo europeo in materia sociale. A ben vedere, tuttavia, la *ratio* di tali interventi, dal punto di vista sistematico, non si discosta del tutto dall'impostazione precedente: lo scopo dell'armonizzazione attuata dalle direttive è stato infatti quello di prevenire pericolose politiche deregolative che gli Stati membri, arbitri della materia sociale, avrebbero potuto attuare in risposta alla crisi, con ciò danneggiando il mercato interno. Così S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, cit., p. 304. D'altro canto, altra parte della dottrina ridimensiona l'importanza di questa fase, ritenendo che non si sia realizzata una vera e propria armonizzazione verso l'alto ma si sia attuato un semplice ravvicinamento dei diritti procedurali in materia di informazione e consultazione sindacale, cfr. B. HEPPLER, *Labour Law and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford, p. 200.

⁴⁰¹ *Il completamento del mercato interno. Libro bianco della Commissione per il Consiglio europeo*, Milano, 28-29 giugno 1985, COM (85) 310.

la Commissione ritiene che occorra prendere rapidamente iniziative volte ad aprire l'intero mercato dei servizi” (pt. 98-99).

Si trattava principalmente di obiettivi di rafforzamento delle libertà economiche. Obiettivi da realizzare sia focalizzando gli sforzi normativi sull'incremento di effettività delle misure già adottate in precedenza; sia per il tramite dell'introduzione di nuove disposizioni, in modo da portare a compimento politiche di integrazione del mercato interno attuate solo in parte e che necessitavano, appunto, di essere portate a termine nei risultati. Gli obiettivi in questione, tuttavia, erano, almeno in apparenza, inidonei a minare la competenza sociale degli Stati. Il programma compendiato dal Libro Bianco tanto meno sembrava voler ridimensionare il riparto di competenze in materia di *welfare* e protezione sociale, materie che continuavano ad essere affidate, in via esclusiva, alla sovranità regolativa statale. Ci si interroga, dunque, come si sia potuto verificare, con queste premesse, il mutamento di paradigma successivo.

Si potrebbe dire che a determinare il cambio di passo dell'integrazione – con il conseguente declino del precedente approccio duale e la progressiva perdita di sovranità degli Stati nella materia sociale – non sia stato tanto il progetto di completamento del mercato interno in sé, ma il parallelo sviluppo di un innovativo *corpus* di principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁰² in materia di attuazione delle libertà economiche.

Tali principi sono andati stratificandosi, rafforzando l'*acquis communautaire*, e dando vita ad un carsico processo, parallelo all'integrazione normativa, che ha impresso una nuova intensità all'integrazione comunitaria. Un cambiamento, dunque, da imputarsi non tanto al legislatore, ma alla Corte di giustizia; al punto che la dottrina ha coniato l'espressione «*quiet revolution*»⁴⁰³,

⁴⁰² Così G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., pp. 14-15.

⁴⁰³ J.H.H. WEILER, *A Quiet Revolution. The Court of Justice and its Interlocutors*, in *Comp. Pol. Stud.*, 1994, p. 510 ss. In generale, v. T. HORSLEY, *Reflections on the Role of the Court of Justice as the “Motor” of European Integration: Legal Limits to Judicial Lawmaking*, in *CMLR*, 2013, 50, 4, p. 931 ss.

a denotare tanto la gradualità del processo quanto l'impatto sovversivo del *modus operandi* della Corte.

Il risultato di tale processo interpretativo, per quanto a noi interessa, è rappresentato dal declino dell'assolutismo del principio di territorialità.⁴⁰⁴ La territorialità del diritto, corollario della sovranità statale, che aveva fino ad allora tenuto il diritto del lavoro al riparo dall'influenza del diritto comunitario della concorrenza, per effetto della nuova interpretazione delle libertà economiche inizia, in questa fase, a perdere terreno. In particolare, le materie del diritto del lavoro e della legislazione sociale, per lungo tempo ritenute immuni alle potenzialità di «infiltrazione del diritto comune della concorrenza»⁴⁰⁵, hanno progressivamente perso quelle capacità di resistenza, finendo per essere in un certo senso investite anch'esse dalle potenzialità deregolative della giurisprudenza comunitaria. Si è dunque verificato un vero e proprio paradosso, perché mentre si svolgeva l'*iter* legislativo della direttiva sul distacco transnazionale, la Corte di Giustizia definitiva in autonomia i parametri del bilanciamento tra la libertà di prestazione di servizi e la tutela del lavoro.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit. p. 11 ss.; S. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, Relazione svolta al IV seminario nazionale TRESS – *Training and Reporting on European Social Security*, p. 1 ss. Emblematica rappresentazione della tendenza all'«assolutismo territoriale» del diritto del lavoro è la giurisprudenza italiana che, dapprima nella vigenza delle disposizioni preliminari al codice civile (specc. artt. 25 e 31), poi negli anni di immediata entrata in vigore della Convenzione di Roma, ha attribuito valore di ordine pubblico al principio del *favor prestatoris*, per questa via attribuendo preminenza applicativa al sistema domestico di protezione giuslavoristica e limitando i casi di applicazione della legge straniera alle ipotesi di trattamento più favorevole. La questione è già stata esaminata *supra*, par. 2.4 nt. 183 e par. 2.4.3, nt. 270. I problemi dell'asimmetria tra «dimensione territoriale della politica e del diritto nazionale e la spazialità aperta e radicata dell'economia e soprattutto della finanza globalizzata», S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit. p. 9, sono oggetto di una corposa riflessione bibliografica multidisciplinare che non c'è modo di esaminare in questa sede. Si rinvia dunque alle letture richiamate dallo stesso S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit. 9 ss. Per una lettura recente del principio di territorialità e dei suoi problemi, con particolare riguardo alla mobilità della manodopera distaccata nell'UE, v. F. BANO, *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in *Law. Dir.*, 2015, 4, p. 583 ss.

⁴⁰⁵ G. LYON CAEN, *L'Infiltration du Droit du Travail par le Droit de la Concurrence*, in *Dr. Soc.*, 1992, cit. p. 313 ss.

⁴⁰⁶ G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 41.

1.3 La prestazione di servizi eurounitaria e i suoi caratteri distintivi

Conviene dedicare qualche pagina all'esame delle caratteristiche principali della libertà di prestazione di servizi, senza alcuna pretesa di esaustività e con il mero fine di comprendere quale sia il collegamento tra l'esercizio di tale libertà ed il sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia sulle norme di protezione sociale dello Stato ospite. La prestazione di servizi in ambito eurounitario⁴⁰⁷ è in sostanza l'esercizio temporaneo di un'attività economica non salariata transnazionale, ossia necessariamente caratterizzata dal coinvolgimento delle frontiere territoriali di più di uno Stato.⁴⁰⁸ A norma dei Trattati, sono servizi le attività di carattere industriale e commerciale, le attività artigiane e l'attività delle libere professioni (art. 57, par. 1, lett. *a-d* TFUE). Ebbene, in ossequio al generale obiettivo della costruzione di “uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali” (art. 26, par. 2, TFUE), la libertà di prestazione di servizi si esplica nella libertà del prestatore stabilito in uno Stato membro di esercitare le predette attività, a titolo temporaneo, nel diverso Stato in cui la prestazione è fornita, “alle stesse condizioni” che lo Stato in questione riserva ai propri cittadini (art. 57

⁴⁰⁷ Per un inquadramento della disciplina si rinvia a: G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Cedam, 2012, p. 541 ss.; A. TIZZANO, *Circolazione dei servizi nei Paesi della Cee*, in *Noviss. Dig. It.*, I, p. 80 ss.; E. GREPPI, *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario (voce)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. 14, 1990, p. 486 ss.; G. CASALE, *La libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 142 ss.; S. D'ACUNTO, *Le professioni nel mercato interno dell'Unione europea: bilancio di un ventennio (2000-2020)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2020, fasc. 5, p. 1107 ss.; L. NOGLER, *Le attività autonome. Vol. 6*, in G. AJANI, G.A. BENACCHIO, *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006; G. SANTORO-PASSARELLI, *Lavoro: IV) Diritto comunitario*, in *Enc. Dir. Agg.*, 1996, p. 711 ss., spec. p. 744 ss. Sul rapporto dell'esercizio di questa libertà con la “mobilità all'interno dell'impiego”, v. P. SYRPIS, T. NOVITZ, *The Eu Internal Market and Domestic Labour Law: Looking Beyond Autonomy*, in A. BOGG, C. COSTELLO, A.C.L. DAVIES E J. PRASSL (ed.), *The Autonomy of Labour Law*, Oxford, Hart Publishing, p. 291 ss.; F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 55 ss.; ID., *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *Lav. Dir.*, 2008, 1, p. 7 ss.; U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., p. 40 ss.; U. CARABELLI, V. LECCESE, *Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in Working Papers CSDLE “Massimo d'Antona”, Int. 35/2005; B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, M.T. CARINCI, C. CESTER, M.G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, Utet, 2011, p. 30 ss.

⁴⁰⁸ F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 59.

TFUE), con tale locuzione intendendosi l'obbligo posto in capo agli Stati di rimuovere le indebite restrizioni al libero espletamento dei servizi da parte della persona fisica o giuridica straniera (sempre che questa abbia cittadinanza o stabilimento comunitari).

Dunque, quando parliamo di servizi ci occupiamo di attività autonome, riconducibili ad un *facere* (e non ad un *dare*) eseguite a fronte di un corrispettivo di natura non retributiva e temporaneamente rese in uno Stato – lo Stato ospite la prestazione – diverso da quello di stabilimento del prestatore. Per comprendere il significato di queste prime affermazioni, è possibile affidarsi alla collocazione sistematica delle norme dedicate alla prestazione di servizi (artt. 56-62 TFUE): il Titolo IV, *Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali*, dedica alle persone distinti regimi giuridici. Il capo 1 (artt. 39-42 TFUE) riguarda i lavoratori e contempla la loro mobilità intracomunitaria per rispondere a offerte di lavoro. Il capo 2 (artt. 49-55 TFUE) è dedicato alla *Libertà di stabilimento* e definisce il lavoro autonomo e l'accesso alle attività non salariate. Segue un capo 3, dedicato appunto alla *Libertà di prestazione di servizi* (art. 56-62 TFUE).

Nello specifico, la libertà di stabilimento comporta "l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e gestione di imprese e di società [...] alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali" (art. 49, par 2).⁴⁰⁹ L'art. 49, par. 1 vieta di conseguenza le restrizioni apposte dagli Stati a tale libertà, il che attribuisce ai cittadini di uno Stato membro il diritto di liberamente stabilire la propria attività di impresa in un diverso Stato dell'Unione, senza per questo subire svantaggi di natura normativa e/o economica. Dalla lettura delle norme di riferimento si evince dunque una comunanza tipologica: il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi definiscono i principi della mobilità intracomunitaria del lavoro autonomo/imprenditoriale e denotano, dal punto di vista strettamente sostanziale,

⁴⁰⁹ G. CASALE, *La libera prestazione dei servizi e la libertà di stabilimento*, cit., p. 144.

le medesime attività.⁴¹⁰ La distinzione tra la libertà di stabilimento e quella di prestare servizio non è dunque di carattere ontologico. Essa è piuttosto fondata sulla diversa intensità del legame che la prestazione intrattiene con il territorio dello stato ospite⁴¹¹ e passa attraverso il collegamento più o meno stretto con lo Stato in cui il prestatore opera. La graduazione del predetto legame è ben enucleata dalla caratteristica della temporaneità, tratto distintivo della prestazione di servizi.

La distinzione tra le attività economiche svolte sotto l'alveo della libertà di stabilimento e quelle tutelate dalla libertà di prestazione di servizi corre in effetti sullo spartiacque della stabilità delle prime e della temporaneità delle seconde, e dunque del maggior ancoraggio delle prime nel Paese di stabilimento a fronte dell'occasionalità delle seconde.⁴¹²

Ecco spiegato il perché, nonostante i servizi svolgano un ruolo strategico nell'economia europea, del tutto peculiare è il regime giuridico della

⁴¹⁰ "Un cittadino comunitario che si sposta in un altro Stato membro per svolgere un'attività economica può rientrare nel capo del Trattato relativo alla libera circolazione dei lavoratori subordinati, o in quello relativo al diritto di stabilimento, o in quello relativo ai servizi", C. giust., 30 novembre 1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, pt. 20. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit. p. 541 ss.; A. TIZZANO, *Circolazione dei servizi nei Paesi della Cee*, cit., p. 80 ss.; R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'UE: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, p. 806.

⁴¹¹ F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit. pp. 57-58.

⁴¹² Si v. C. giust., 30 novembre 1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* pt. 27 e 28; C. giust., 13 febbraio 2003 C-131/01 *Commissione c. Repubblica italiana*, pt. 22, ove si individuano nei canoni di periodicità, continuità, frequenza e durata gli indici della temporaneità. La temporaneità di una prestazione o, viceversa, la sua stabilità però, non si evince solo dalla circostanza che essa sia esercitata in un lasso temporale definito e circoscritto. Rileverà, piuttosto, che non sia continuativa o stabile l'attività del prestatore sul luogo, che la sua partecipazione alla vita economica del Paese ospite non sia determinante e che, al contrario, sia poco assidua. Su questo tema, i più recenti sviluppi giurisprudenziali hanno condotto a una sempre più confusa linea di demarcazione tra l'applicabilità del regime giuridico dell'una e dell'altra libertà economica, v. C. giust., 11 novembre 2003, C- 215/01, *Schnitzer*. In commento, M. PALLINI, *La tutela dell'«ordine pubblico sociale» quale limite alle libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in A. VIMERCATI, (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, cit., p. 197 ss. e U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., p. 40 ss., in generale e anche con riferimento al rapporto tra temporaneità della prestazione di servizi e temporaneità del distacco transnazionale. Consulta anche la circolare Ministero dello Sviluppo Economico, 30 dicembre 2015, n. 3685/C che, ricapitolando gli adempimenti al primo ingresso dei professionisti prestatori di servizi comunitari, riepiloga i criteri per l'identificazione del regime giuridico della prestazione di servizi temporanea o viceversa, per identificare lo stabilimento.

corrispondente libertà. In effetti, le prestazioni di servizi sono definite dal trattato come “le prestazioni normalmente fornite dietro retribuzione, *in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone*” (art. 57, par. 1 TFUE; corsivo nostro). La categoria dei servizi vanta dunque carattere residuale⁴¹³ rispetto alle altre libertà. La residualità in questione è stata definita dalla dottrina una residualità «riflessa»⁴¹⁴, in quanto ad essere residuale non è il servizio in sé, ma i termini applicativi del relativo regime giuridico⁴¹⁵.

Si è già detto che la prestazione di servizi è transnazionale allorché venga fornita dal prestatore⁴¹⁶ non già nella realtà territoriale e puramente interna di uno solo degli Stati membri, ma coinvolga i territori di più di uno di tali Stati⁴¹⁷. Dottrina autorevole individua quattro forme di mobilità dei servizi⁴¹⁸: la prima, nella quale è il prestatore, stabilito in un dato Stato membro, a mobilitarsi verso il fruitore del servizio stesso. Ne è esempio l'esecuzione di un appalto transnazionale da parte del prestatore stabilito in uno Stato membro presso un diverso Stato dell'Unione. Nella seconda ipotesi è invece il fruitore che, in occasione della fruizione del servizio, si muove dallo Stato di appartenenza verso

⁴¹³G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit. p. 584.

⁴¹⁴E. GREPPI, *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario (voce)*, cit., p. 490.

⁴¹⁵Cfr. C. giust., 30 novembre 1995 C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, pt. 20, ove la Corte ha chiarito che deve essere normalmente esclusa l'applicazione concorrente delle disposizioni che delineano lo statuto giuridico delle libertà economiche, e che la loro applicazione cumulativa può darsi solo eccezionalmente, allorché non sia possibile escludere il ricorrere dei presupposti applicativi dell'una o dell'altra libertà.

⁴¹⁶Quanto ai soggetti, l'art. 56 TFUE enuncia un primo importante elemento, perché stabilisce che la libertà di prestare servizi compete ai cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Dunque, è richiesto un duplice requisito: oltre alla cittadinanza, anche lo stabilimento. Lo stabilimento denota l'incardinamento del prestatore in un determinato Stato membro e, coerentemente con i modelli di *market access*, attribuisce ai mercati dei servizi dell'Unione una protezione derivante dall'impossibilità per prestatori stranieri di beneficiare della liberalizzazione promossa nello spazio europeo. Per espressa previsione dell'art. 54 TFUE, le previsioni in materia di libertà di prestazione di servizi si applicano anche alle società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi nell'Unione la sede sociale ovvero l'amministrazione centrale o il centro della propria attività principale, in quanto tali imprese godono di una equiparazione con i cittadini dell'Unione, F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 66-67.

⁴¹⁷F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p.62.

⁴¹⁸E. GREPPI, *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, cit., 491 ss.

quello del prestatore⁴¹⁹. La terza ipotesi di mobilità prevede che siano entrambi i soggetti, prestatore e fruitore, a spostarsi presso un terzo Stato, dove il servizio potrà essere fornito e contestualmente fruito.⁴²⁰ La quarta ed ultima ipotesi di mobilità del servizio transnazionale occorre quando è il servizio a circolare, in modo che il Paese in cui viene erogato e quello in cui viene fruito siano differenti, ma prestatore e fruitore non si muovano nello spazio comunitario.⁴²¹

Alla luce di questa ricostruzione di massima, possiamo addentrarci nei temi lavoristici. Ciò partendo dalla semplice considerazione che, proprio in ossequio alla già discussa territorialità, se l'art. 49.2 TFUE pone la regola per la quale la libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento per i propri cittadini, ciò comporta per il prestatore ivi stabilito l'osservanza – tra l'altro – anche delle disposizioni lavoristiche in materia. A titolo di esempio, le normative in materia di salute e sicurezza e non discriminazione, ma soprattutto quelle disposizioni che definiscono il trattamento economico e normativo dei lavoratori occupati di un determinato settore.

Diverso è il grado di “integrazione” del prestatore di servizi nel sistema normativo dello Stato ospite la prestazione.⁴²² A pensarci bene, infatti, se a fronte di una prestazione di servizi temporanea fosse possibile applicare in blocco il *corpus* di legislazione dello Stato ospite al prestatore di servizi che solo occasionalmente e temporaneamente presta ivi la sua attività, ciò comprometterebbe inevitabilmente la fruibilità della libertà medesima.

⁴¹⁹ Ad esempio, per fruire di specifiche prestazioni mediche, il paziente si reca presso uno Stato membro diverso da quello presso cui abitualmente risiede, cfr. F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 62; E. GREPPI, *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, cit., 491 ss.; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit. pp. 587-588.

⁴²⁰ La giurisprudenza della Corte di giustizia al riguardo ha oggetto prevalentemente servizi turistici.

⁴²¹ Ciò accade, ad esempio, in occasione di attività di consulenza a distanza, ovvero nelle prestazioni di marketing telefonico, cfr. F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 63; v. anche E. GREPPI, *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario*, cit., p. 491 ss.; TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit. pp. 587-688.

⁴²² F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., pp. 57-58.

La scelta di attribuire alla libertà di prestazione di servizi un significativo grado di effettività ha conseguentemente comportato uno sforzo nella direzione della liberalizzazione del mercato dei servizi, allo scopo di rimuovere le restrizioni di stampo protezionistico vigenti nei singoli Stati membri prima della sua apertura, restrizioni talvolta da questi gelosamente conservate, in ossequio ad una sorta di prova di resistenza, sino all'intervento demolitorio del legislatore eurounitario o della Corte di Lussemburgo.

Una prima direttrice di tale sforzo è identificata a livello normativo, tenendo presente che lo scarno assetto regolativo imbastito dai Trattati necessita di una copiosa attività di implementazione, come precipuamente dispone l'art. 56, par. 2 TFUE.⁴²³ Una seconda direttrice di questo processo, probabilmente più dirompente e discussa dell'altra è, come si diceva in apertura, da individuare nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Per descriverne i caratteri, è sufficiente rievocare alla mente del lettore le celebri decisioni *Dassonville*⁴²⁴ e *Cassis de Dijon/ Rewe Zentral*,⁴²⁵ che i manuali di diritto dell'Unione europea – a ragione – individuano come i più pregnanti esempi dell'attività di liberalizzazione del mercato delle merci ad opera della Corte di giustizia. Come noto, i principi di apertura dei mercati, solo

⁴²³ Sull'evoluzione della disciplina attuativa della libertà economica di prestazione di servizi v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit. p. 579. Per le interconnessioni con il diritto del lavoro, M. PALLINI, *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri o presunti) di dumping sociale nell'Unione Europea*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2007, p. 379 ss.; ID., *La direttiva Bolkestein non ha peccati ... se non l'ignavia*, in *Biblioteca delle Libertà*, Centro Einaudi, 2007, nonché ID., *Il caso Laval-Vaxholm. Il diritto comunitario del lavoro ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, 2, pt. II, p. 239 ss.

⁴²⁴ C. giust., 11 luglio 1974, C-8/74 *Dassonville c. SA Èts Fourcroy e SA Breuval e Cie*; C. giust., 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe Zentrale AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwe*. Le due decisioni sono accomunate dalla medesima nozione di ostacolo: esse coniano le definizioni gemelle di tasse e misure aventi un effetto equivalente, rispettivamente, ai dazi doganali e alle restrizioni quantitative, con lo scopo di rimuovere tutti gli ostacoli ingiustificati al libero scambio e non soltanto, come in precedenza, le misure meramente discriminatorie. Questo orientamento, da un lato, ha gradualmente condotto ad un'armonizzazione interpretativa delle omologhe disposizioni del Trattato che disciplinano la libertà di circolazione degli altri fattori di produzione, dall'altro ha contribuito a configurare la peculiarità dei tratti essenziali che distinguono la Comunità europea da altri regimi di libero scambio commerciale, cfr. J.H.H. WEILER, *La costituzione dell'Europa*, cit., p. 307 ss. Evidenziano la continuità del canone interpretativo con riguardo alle quattro libertà U. CARABELLI, V. LECCESE, *Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, cit., p. 13 ss.

⁴²⁵ C. giust., 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe Zentrale AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwe*.

teoricamente elaborati dal legislatore comunitario nel Trattato CECA, passando per il Libro Bianco e l'Atto Unico Europeo, sono stati puntualizzati nel loro pratico significato proprio dalla Corte, nella giurisprudenza elaborata con riguardo alla libertà di circolazione delle merci, per poi esportarne i canoni interpretativi anche negli ambiti della libertà di stabilimento (vedi *Gebhard*⁴²⁶ ed altre pronunce più o meno coeve⁴²⁷) e della libertà di prestazione di servizi.

In particolare, il simbolo di tale processo con riguardo al mercato dei servizi è rappresentato dalla sentenza *Säger*⁴²⁸. Questa pronuncia testimonia il definitivo cambio di passo della Corte rispetto alla ormai consolidata lettura della libertà di prestazione di servizi.⁴²⁹ In precedenza, lo scrutinio della Corte si limitava infatti a sanzionare il carattere discriminatorio di determinate misure, ossia la loro idoneità a creare una disparità di trattamento ingiustificata tra il prestatore di servizi straniero e il prestatore di servizi stabilito nello Stato membro che aveva introdotto le misure. Nella sentenza *Säger* la Corte afferma un principio diverso, attribuendo ai prestatori di servizi europei un diritto al *market access*, per tale intendendosi il diritto ad accedere al mercato dei servizi di un altro Stato membro senza subire ostacoli.⁴³⁰ Ne consegue che una misura non discriminatoria e dunque indistintamente applicabile ai prestatori di servizi locali e ai prestatori di servizi stranieri non risulta di per sé legittima. Anch'essa può essere oggetto di scrutinio di legittimità comunitaria e, per questa via, dichiarata illegittima allorquando costituisca un ostacolo all'esercizio della libertà di prestazione di servizi, duplicando oneri amministrativi già assolti nello

⁴²⁶ C. giust., 30 novembre 1995 C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*.

⁴²⁷ C. giust., 15 dicembre 1995 C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL c. Jean-Marc Bosman*; C. giust., 10 maggio 1995, C-384/93 *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*.

⁴²⁸ C. giust., 25 luglio 1991, C-76/90, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd.*

⁴²⁹ M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, cit., p. 58.

⁴³⁰ C. giust., 25 luglio 1991, C-76/90, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd.*, pt. 12, "l'art. 59 del Trattato prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore 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 un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi".

Stato di origine. Unico argine a questo ragionamento è rappresentato dalle legittime eccezioni alle libertà economiche che i Trattati avevano variamente introdotto. Tra queste le c.d. ragioni imperative di interesse generale.⁴³¹

Lo spirito di *Säger* era già carsicamente emerso in precedenza nella giurisprudenza della Corte, rappresentando la sentenza il più sofisticato affinamento di un nuovo modo di interpretare la libertà in commento. Nel lungo periodo, questo nuovo orientamento imporrà agli Stati membri di ripensare le normative nazionali non solo in un'ottica autoreferenziale, ma in una prospettiva di *market access*. Ciò indipendentemente dalla necessità di rendere o meno appetibile il mercato dei servizi nazionale, ma nell'ottica più pragmatica della necessaria legittimità comunitaria del proprio sistema di norme.

L'introduzione di eccezioni a questo schema risultava di certo possibile, ma queste avrebbero dovuto rispondere alle le ragioni imperative di pubblico interesse individuate dalla Corte come legittime giustificazioni alla neutralizzazione delle libertà economiche. Corollario di questa nuova impostazione è la potenziale incisività delle verifiche di compatibilità comunitaria anche sui sistemi di diritto del lavoro nazionali.

2. Mercato unico o protezione degli standard di lavoro nazionali?

L'interrogativo con cui diamo inizio a questa parte della trattazione traduce il titolo di un contributo dottrinale di qualche anno fa⁴³². Lo si prende in prestito perché in grado di esemplificare le due anime delle ricorrenze

⁴³¹ “La libertà di prestazione di servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata soltanto da normative giustificate da motivi imperativi di pubblico interesse e che si applicano a ogni persona o impresa sul territorio dello Stato destinatario, nella misura in cui tale interesse non sia salvaguardato dalle norme alle quali è soggetto il prestatore nello Stato membro in cui è stabilito. In particolare, detti obblighi debbono essere obiettivamente necessari per garantire l'osservanza delle norme professionali e per assicurare la tutela del destinatario dei servizi ed essi non devono esorbitare da quanto necessario per raggiungere questi obiettivi”, C. giust., 25 luglio 1991, C-76/90, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*, pt. 13.

⁴³² P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?* in *CMLR*, 1997, 34, 3, p. 571 ss. Sulla stessa lunghezza d'onda, v. anche R. GIESEN, *Posting: Social Protection of Workers vs Fundamental Freedoms?*, in *CMLR*, 2003, 40, 1, p. 143 ss.

terminologiche che è possibile rintracciare nell'ambito della giurisprudenza della Corte di giustizia che ci apprestiamo a commentare. La carenza di una vera e propria unità sistematica di questa giurisprudenza la rende particolarmente interessante, eppure difficile da enucleare nei suoi contenuti fondamentali. Se chiari sono i suoi effetti, ossia il venir meno della precedente immunità delle legislazioni lavoristiche nazionali al controllo di legittimità comunitaria, è al contempo diffusa in dottrina l'opinione che si tratti di una giurisprudenza ondivaga e contraddittoria⁴³³. Come stiamo per vedere, in effetti, la Corte sembra non riuscire a prendere una posizione rigorosa e chiara tra le due anime esemplificate dalle due locuzioni "mercato unico" e "protezione degli standard di lavoro nazionali", talvolta prediligendo la dimensione del mercato unico dei servizi senza restrizioni di sorta, talaltra valorizzando le istanze di protezione sociale degli Stati ospiti la prestazione di servizi.

2.1 *Le prime pronunce: Webb, Seco e Desquenne & Giral*

La Corte di giustizia aveva iniziato, nei primi anni Ottanta⁴³⁴, a confrontarsi con fenomeni riconducibili alla mobilità della manodopera nel quadro di una prestazione di servizi comunitaria. Come è stato correttamente osservato⁴³⁵, la forma attuativa più frequente della prestazione di servizi transnazionale è rappresentata, allora e ancora oggi, dall'appalto di servizi,

⁴³³ U. CARABELLI, V. LECCESE, *Le clause di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, cit., p. 13 ss.; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 114 ss.; ID., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., p. 33 ss.; B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, cit., p. 40 ss.; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., spec. 17 ss.; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 40 ss.; F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 104 ss.

⁴³⁴ Sottolinea l'importanza cruciale di questa stagione per la comprensione degli sviluppi successivi A.H. VAN HOEK, *Re-Embedding the Transnational Employment Relationship: A Tale About the Limitations of (Eu) Law?*, in *CMLR*, 2018, n. 55, pp. 463-464.

⁴³⁵ F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 99. L'autore ha effettuato una certissima ricognizione di tutti i casi giurisprudenziali riconducibili ad ipotesi che, nella vigenza della direttiva 96/71/CE, sarebbero rientrati nel suo campo di applicazione. Per approfondire, v. la tabella a p. 98.

accompagnato da forme di mobilità transnazionale della manodopera che la Corte di giustizia ha sin dagli inizi qualificato come “distacco di lavoratori”.⁴³⁶

Cronologicamente, la Corte si imbatte dapprima in una fattispecie di somministrazione di lavoro, situazione giuridica che sarebbe stata ascrivibile all’ipotesi di distacco del lavoratore descritta dall’art. 1, par. 3, lett. c) della direttiva 96/71/CE.

Il caso *Webb*⁴³⁷ è così riassumibile: un’agenzia di lavoro interinale stabilita nel Regno Unito assume sul suolo inglese lavoratori altamente specializzati per poi inviarli temporaneamente in Olanda, ove la manodopera svolge le proprie attività senza stipulare alcun contratto di lavoro con l’utilizzatore. Il rappresentante legale dell’agenzia viene però assoggettato a un procedimento penale davanti alle Corti olandesi di primo grado e di appello, avendo svolto attività di somministrazione di lavoro sul territorio in assenza della necessaria autorizzazione locale. La potenziale rilevanza comunitaria della fattispecie induce il giudice penale a voler disporre una sospensione del procedimento, con la contestuale sottoposizione alla Corte di giustizia di una questione pregiudiziale. Ciò al fine di acclarare due questioni: la prima, se l’attività di somministrazione di manodopera possa considerarsi prestazione di servizi; la seconda, se l’imposizione di un’autorizzazione locale per l’esercizio di tale attività si possa considerare legittima alla luce dei Trattati, dovendosi a tal

⁴³⁶ L’utilizzazione di questa terminologia, per lo meno nella fase antecedente all’adozione della direttiva, va compresa nella sua onnicomprensività, perché denota forme di invio temporaneo da uno Stato membro all’altro sia di cittadini Ue che di cittadini non Ue nonché ipotesi di somministrazione transnazionale di manodopera. A ciò si aggiunga che, da quando la direttiva 96/71/CE è entrata in vigore, il termine “distacco” è utilizzato per denotare globalmente il fenomeno di aggiudicazione di un appalto transnazionale con conseguente invio di manodopera; il distacco transnazionale infragrupo; la somministrazione transnazionale di manodopera, rispettivamente individuati all’art. 3, par. 1, lett. a, b e c della direttiva 96/71/CE. Sottolinea la «polisemia» del termine distacco, F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell’Unione Europea*, cit., p. 99.

⁴³⁷ C. giust., 17 dicembre 1981, C-279/80, *Webb*. In commento, v. F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell’Unione Europea*, cit., p. 109; U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., pp. 59-60; S. EVJU, *Posting Past and Present: The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, in Formula Working Papers No. 8, 2009, reperibile al sito www.jus.uio.no, pp. 11-12.

fine tenere debitamente conto delle peculiarità della somministrazione di lavoro e del suo potenziale impatto concorrenziale sulla manodopera locale.

Nel suo pronunciarsi in diritto, la Corte di giustizia indirizza concisamente le questioni sottese al caso *Webb*, chiarendo che il collocamento privato su scala comunitaria è a pieno titolo prestazione di servizi ex art. 60 TCE, potendosi ben dire, anche in questo caso, che l'agenzia interinale non possa essere assoggettata a restrizioni che ne ostacolano illegittimamente l'attività (art. 59 TCE). Tali restrizioni assumono, in concreto, la forma della duplicazione degli oneri amministrativi, dal momento che già nel Paese di stabilimento tale attività è assoggettata a puntigliosi controlli di solidità patrimoniale e condizionata, nell'esercizio, al possesso delle necessarie autorizzazioni. L'obbligo di acquisire un'ulteriore autorizzazione per ogni Stato membro in cui il somministratore volesse esercitare l'attività rappresenterebbe un'inutile duplicazione degli oneri procedurali ed un illegittimo ostacolo alla sua libertà economica, in aperta violazione dell'art. 59 TCE.

A dispetto di ciò, tuttavia, “per gli Stati membri è lecito e costituisce una legittima scelta politica, effettuata nell'interesse generale, il subordinare la fornitura di manodopera sul proprio territorio ad un regime di licenze, in modo da poter rifiutare la licenza se esiste il fondato timore che tale attività possa nuocere ai buoni rapporti sul mercato del lavoro o se gli interessi dei lavoratori di cui trattasi non sono adeguatamente garantiti”. In effetti, “tenendo conto, da un lato, delle differenze che possono sussistere, quanto alla situazione del mercato del lavoro, fra uno Stato membro e l'altro e, dall'altro, dei diversi criteri di valutazione applicati a questo genere di attività, non è possibile negare allo Stato membro destinatario della prestazione il diritto d'imporre agli stranieri l'obbligo di munirsi di una licenza rilasciata in base agli stessi criteri vigenti per i cittadini”.⁴³⁸ Le eventuali limitazioni alla prestazione di servizi potranno dunque essere legittimamente introdotte: se e solo se ispirate ad una ragione imperativa

⁴³⁸ C. giust., 17 dicembre 1981, C-279/80 *Webb*, pt. 19.

di interesse generale; se indistintamente applicate a tutti i prestatori di servizi; se finalizzate a proteggere interessi non adeguatamente tutelati dalla normativa dello Stato di origine.⁴³⁹

Più o meno nello stesso periodo, esaminando il caso *Seco*⁴⁴⁰, situazione giuridica ascrivibile all'ipotesi di distacco del lavoratore descritta dall'art. 1, par. 3, lett. a) della direttiva 96/71/CE, la Corte è chiamata a confrontarsi con un classico appalto transnazionale per esecuzione di lavori di manutenzione ferroviaria, che due imprese francesi si aggiudicano in Lussemburgo. Qui, la legislazione sociale imporrebbe in genere, tanto al lavoratore che al datore di lavoro, il versamento obbligatorio di contributi per l'assicurazione obbligatoria contro la malattia e la vecchiaia all'*Etablissement d'Assurance contre la Vieillesse et l'Invalidité*. Tuttavia, mentre la legge lussemburghese prevede che i lavoratori solo temporaneamente presenti sul territorio siano esentati da tale contributo, in modo da evitare un'ingiusta duplicazione di oneri sociali, non provvede parimenti ad esentare dai corrispondenti obblighi il prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro che solo temporaneamente esercita la sua attività sul territorio. La *ratio* dichiarata di tale scelta sta nella necessità di neutralizzare pratiche concorrenziali in danno della manodopera locale, dovendosi evitare che sia più vantaggioso per i prestatori di servizi del luogo avvalersi di lavoratori stranieri perché questi sono esentati dal versamento degli oneri sociali e dunque disposti a essere pagati proporzionalmente meno dei lavoratori ivi residenti. D'altro canto, la misura rende più oneroso per il prestatore di servizi straniero esercitare la prestazione di servizi in Lussemburgo, perché egli è tenuto a pagare due volte gli oneri assicurativi. Questa ulteriore chiave di

⁴³⁹ U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit. p. 59; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 41.

⁴⁴⁰ C. giust., 3 febbraio 1982, C-82/81 e C-63/81, *Seco e Desquenne & Giral*. In commento, F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 109; U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit. pp. 59-60; S. ENJU, *Posting Past and Present: The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, cit., p. 11-12.

lettura protezionistica della misura, pur non dichiarata, è parimenti evidente dalla lettura delle prese di posizione delle parti.⁴⁴¹

Nel pronunciarsi sul caso di specie, la Corte chiarisce che, in linea di massima, gli Stati ospitanti la prestazione di servizi possono legittimamente adottare provvedimenti di estensione delle leggi e delle retribuzioni minime ai lavoratori stranieri che accedano nel Paese a svolgere la prestazione lavorativa, anche se temporaneamente, nel loro territorio, indipendentemente dalla sede di stabilimento del datore di lavoro. Il diritto comunitario permette anche agli Stati di assicurare l'osservanza di tali norme con mezzi adeguati.

Tuttavia, la prestazione di servizi nel mercato interno deve potersi esercitare liberamente, e le misure in concreto adottate rappresentano illegittimi ostacoli all'esercizio di tale libertà, perché hanno il pratico effetto di rendere ingiustificatamente gravosa la prestazione di servizi per l'impresa straniera, duplicando oneri sociali di cui, peraltro, i lavoratori temporaneamente inviati in esecuzione dell'appalto non potranno neanche, in concreto, beneficiare. Insomma, deve concludersi che "il diritto comunitario vieta che uno Stato membro obblighi un datore di lavoro, stabilito in un altro Stato membro e che esercita temporaneamente, mediante lavoratori cittadini di paesi terzi, lavori nel primo Stato, a versare la parte dei contributi di previdenza sociale dovuti dal datore di lavoro per questi lavoratori, qualora tale datore di lavoro sia già soggetto ad analoga contribuzione per gli stessi lavoratori e per lo stesso periodo di attività, in forza della legislazione del suo Stato di stabilimento [...]. Un tale obbligo non è nemmeno giustificato nel caso in cui esso ha come scopo di compensare i vantaggi economici che il datore di lavoro ha potuto trarre dall'inosservanza della

⁴⁴¹ Esemplicative, al riguardo sono le osservazioni per la Corte dell'istituto previdenziale lussemburghese, per cui "il Granducato del Lussemburgo è notoriamente uno Stato con alti salari. Pertanto, l'impresa di uno Stato membro che intenda effettuare una prestazione di servizi può spesso speculare in partenza sul suo vantaggio reale nei confronti dei concorrenti locali, per il fatto che i salari che essa paga ai propri operai, secondo le leggi dello Stato d'origine, sono inferiori a quelli corrisposti nello Stato di destinazione".

normativa in materia di salario sociale minimo dello Stato in cui si effettua la prestazione”⁴⁴².

A ben vedere, entrambe le pronunce introducono, pur senza affrontarlo come fulcro centrale della decisione, il tema relativo alla collocazione comunitaria delle normative di tutela del lavoro allorquando queste si confrontano con l’esercizio di una libertà economica. Tra le righe, si può già intuire un pensiero successivamente meglio esplicitato dalla Corte, ossia che le normative lavoristiche possono esprimere interessi di rilevanza pubblicistica e che, in taluni casi, tale circostanza potrebbe legittimare l’apposizione di limitazioni alla libertà di prestazione di servizi. Anche solo in queste prime pronunce, inizia però già a manifestarsi *in nuce* un problema di eccessiva discrezionalità casistica, cui la Corte cercherà di rimediare affinando le proprie tecniche valutative. Lo scopo di tale operazione sarà determinare quando e perché la tutela del lavoro potrà legittimamente limitare la libertà di prestare servizi e a quali condizioni.

Per ora, l’unico riferimento cui la Corte accenna quale parametro cui ancorare la valutazione è il confronto funzionale con la normativa dello Stato di origine, perché se questa già realizza le medesime finalità protettive della normativa dello stato ospite dovrà concludersi per l’irragionevolezza della duplicazione degli oneri.

Peraltro, l’affermazione che la tutela del lavoro rappresenti una legittima ipotesi di neutralizzazione del pieno esplicarsi della libertà di prestazione di servizi andrebbe indagata più a fondo perché, a ben vedere, porta con sé una contraddizione intrinseca se inquadrata nel particolare contesto regolativo del mercato interno. Se infatti lo Stato membro ospitante adotta una politica di protezione sociale e previdenziale del lavoratore distaccato, che si qualifica come ostacolo alla libertà di prestazione di servizi del suo datore di lavoro, imponendo a quest’ultimo obblighi di adeguamento a taluni *standard* di tutela, si può intuire

⁴⁴² C. giust., 3 febbraio 1982, C-82/81 e C-63/81, *Seco e Desquenne & Giral*.

che la finalità ultima di tale normativa non è la solidarietà senza frontiere, ma la ben più pragmatica necessità di protezione del mercato del lavoro nazionale, mercato che il legislatore dello Stato ospitante tenta di difendere da dinamiche concorrenziali. Paradossalmente, però, i Trattati avallano e incoraggiano proprio quelle dinamiche concorrenziali da cui lo Stato ospite sembra volersi difendere.⁴⁴³

Altro interessante aspetto è l'ancoraggio di questi ragionamenti nel contesto dei Trattati. Si tenga infatti presente che i Trattati legittimavano apparentemente soltanto le deroghe distintamente applicabili per le ragioni di "ordine pubblico", "sicurezza pubblica" e "sanità pubblica", deroghe tutt'oggi individuate dall'art. 52 TFUE in materia di libertà di stabilimento ed espressamente estese dall'art. 62 TFUE anche alla libertà di prestazione di servizi. Era dunque solamente possibile, per espressa previsione di diritto primario, discriminare un prestatore di servizi straniero, e dunque applicargli distintamente una misura senza estenderla anche ai prestatori di servizi locali, se questa misura esprimeva le suddette eccezionali situazioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica. È in via esclusivamente giurisprudenziale che la Corte elabora un suo modo di vedere il sistema delle deroghe, affermando che, a dispetto delle disposizioni appena esaminate (e delle loro analoghe progenitrici del TCE, gli artt. 55 e 46 TCE), è ben possibile introdurre ulteriori misure indistintamente applicabili ossia, a condizione di parità giuridica tra

⁴⁴³ «Lo Stato ospitante non intende affatto tutelare i lavoratori stranieri per improbabili finalità solidaristiche, ma è mosso dalla finalità di difendere il mercato del lavoro nazionale dalla concorrenza da parte di imprese che beneficiano di un più basso costo del lavoro e di norme meno rigide di tutela», così, pragmaticamente, G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 19. Sul tema della contrapposizione di interessi tra apertura del mercato interno e istanze protezionistiche degli Stati membri in materia di lavoro v. anche P. SYRPIS, T. NOVITZ, *The Eu Internal Market and Domestic Labour Law: Looking Beyond Autonomy*, in A. BOGG, C. COSTELLO, A.C.L. DAVIES E J. PRASSL (ed.), *The Autonomy of Labour Law*, cit., p. 291 ss.; C. BARNARD, *Fifty Years of Avoiding Social Dumping? The EU's Economic and Not So Economic Constitution*, in M. DOUGAN, S. CURRIE (a cura di), *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward*, cit., p. 311 ss.; M. BERNACIAK, *Social Dumping: Political Catchphrase or Threat to Labour Standards?*, Brussels, ETUI Working Papers, 2012, n. 6; P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, cit., p. 571 ss.; e più ampiamente anche S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003, cap. I.

prestatori di servizi stabiliti nello Stato e prestatori di servizi stranieri che solo temporaneamente esercitano colà la propria attività, se queste misure rispondono a “ragioni imperative di interesse generale”, nell’ambito delle quali è annoverata la tutela del lavoro⁴⁴⁴, e se tale interesse non sia adeguatamente tutelato nello Stato di stabilimento.⁴⁴⁵

2.2 Rush Portuguesa (e la sua gemella Vander Elst)

La pronuncia che si sta per esaminare si può considerare la pietra miliare della disciplina del distacco transnazionale: è opinione diffusa che a dare inizio al procedimento di adozione della direttiva⁴⁴⁶ sia stata proprio questa sentenza, o meglio la sua contraddittorietà.

⁴⁴⁴ Per la ricostruzione della locuzione nell’ambito dapprima della libertà di circolazione delle merci, la sua estensione alle altre libertà e i necessari adattamenti messi a punto dalla Corte con riguardo ai diversi contesti, ci affidiamo a U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit. p. 33 ss.; e a U. CARABELLI, V. LECCESE, *Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, cit., p. 13 ss., con ampi riferimenti giurisprudenziali in entrambe le trattazioni. Più concisamente, si leggano B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell’appalto transnazionale*, cit., pp. 40-42 e G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 14-17.

⁴⁴⁵ “La libertà di prestazione di servizi, in quanto principio fondamentale riconosciuto dal Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate dall’interesse generale e valevoli per tutte le persone e le imprese che esercitino un’attività nel territorio dello Stato destinatario, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato in cui è stabilito”, cfr. C. giust., 26 febbraio 1991, C- 180/89, *Commissione c. Italia* e C-198/89, *Commissione c. Grecia*.

⁴⁴⁶ Nella dottrina più recente si accenna al ruolo determinante di questa pronuncia e delle sentenze coeve in A.H. VAN HOEK, *Re-Embedding the Transnational Employment Relationship: A Tale About the Limitations of (Eu) Law?*, in *CMLR*, 2018, n. 55, pp. 463-464; A.H. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *Where Do EU Mobile Workers Belong, According to Rome I and the PWD?*, in H. VERSCHUEREN (a cura di), *Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons: on How EU Law Defines where They Belong*, Intersentia, Cambridge, 2016, spec. p. 243 ss.; P. SYRPIS, T. NOVITZ, *The Eu Internal Market and Domestic Labour Law: Looking Beyond Autonomy*, in A. BOGG, C. COSTELLO, A.C.L. DAVIES E J. PRASSL (ed.), *The Autonomy of Labour Law*, cit., p. 291. Similmente, nei contributi meno recenti v: G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 18 ss.; B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell’appalto transnazionale*, cit., p. 42; S. EVJU, *Cross Border Services, Posting of Workers and Jurisdictional Alternation*, in *ELLJ*, 2010, 1, p. 90; S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, cit., p. 311 ss.; P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, cit., p. 571 ss. Anche se G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, p. 465 ss. segnala che, in realtà, già nel Programma d’azione relativo all’attuazione della Carta dei diritti sociali fondamentali del 1989 si faceva riferimento alla necessità di adottare uno strumento comunitario relativo alle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori solo temporaneamente inviati in un altro Stato membro nell’ambito di una prestazione di servizi, anche nel particolare caso del subappalto.

Nel caso in esame la Corte di giustizia si trova ad affrontare la compatibilità comunitaria dei limiti posti dall'*Office national d'Immigration* francese all'ingresso dei lavoratori distaccati in Francia da un'impresa portoghese nell'esecuzione di un appalto. In particolare, l'impresa portoghese specializzata in costruzioni infrastrutturali aveva stipulato un contratto di subappalto per la costruzione di un tratto di ferrovia in Francia. La questione pregiudiziale verte sulla legittimità del contributo speciale che l'ufficio di immigrazione francese fa gravare sul subappaltatore portoghese che aveva colà distaccato i propri dipendenti. In particolare, il contributo speciale era stato comminato dall'ente a titolo sanzionatorio in quanto l'impresa portoghese aveva violato il monopolio nel collocamento di cittadini provenienti da Paesi terzi, attribuito all'ente medesimo dal codice del lavoro francese. Un caso, dunque, molto simile al caso *Seco & Desquenne*, ma anche al coevo *Webb*.

Il quesito riguardava dunque la legittimità della pretesa di un permesso di lavoro per i lavoratori distaccati e dell'assunzione *in loco* di questi alla luce della libera prestazione di servizi dell'impresa portoghese. Al riguardo, la Corte di giustizia non può che schierarsi, in assoluta coerenza con la già collaudata dottrina degli ostacoli, sanzionando con l'illegittimità le pratiche dell'imposizione di una condizione di assunzione in loco o di un permesso di lavoro, perché esse rendono ingiustificatamente onerosa la prestazione di servizi, ostacolandola e inutilmente duplicando gli oneri già imposti in patria al prestatore. Un regime autorizzatorio di tal fatta viene dunque giudicato *de plano* in contrasto con il diritto comunitario. Fin qui, niente di nuovo.

La maturità della sentenza sta nel fatto che la Corte cerca di dare una spiegazione di queste statuizioni, giustificandone la coerenza. Ciò alla luce dell'assunto che "i lavoratori distaccati tornano nel loro mercato di origine dopo aver svolto il loro compito, senza accedere al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante".⁴⁴⁷ Questa peculiarità è solitamente denotata dalla locuzione

⁴⁴⁷ C. giust., 27 marzo 1990, C-113/89 *Rush Portuguesa c. Office national d'immigration*, cit. pt. 15.

ormai diffusa di «mobilità *all'interno* dell'impiego»⁴⁴⁸, con la quale si designa appunto la differenza di queste ipotesi di distacco temporaneo rispetto ad altre forme di mobilità dei lavoratori che comportano l'uscita dal mercato del lavoro d'origine e la permanente accessione al mercato del lavoro di destinazione. Alle seconde, che rappresentano forme di mobilità *verso* l'impiego, dovrà necessariamente applicarsi la libertà di circolazione dei lavoratori, e la relativa parità di trattamento, sotto l'alveo dell'art. 39 TCE.

Viceversa, alle ipotesi di mobilità all'interno dell'impiego non c'è ragione di garantire parità di trattamento; anzi, questa andrebbe ostacolata in quanto comporta un adeguamento particolarmente complesso in termini di oneri amministrativi e burocratici che in sostanza finirebbe per scoraggiare l'attività di prestazione di servizi transfrontaliera.⁴⁴⁹ L'orientamento esplicita un cambio di passo, perché nei casi precedentemente esaminati l'applicazione dell'art. 39 TCE non era in discussione e la stessa Corte lo aveva dato per assodato nel momento in cui avallava l'applicazione dei trattamenti salariali (e di tutto il corpus lavoristico) dello Stato ospite alla manodopera lì temporaneamente inviata.

Ciò che della sentenza ha suscitato più interesse, tuttavia, non è soltanto la sopra esposta massima, ma le ulteriori precisazioni che sembrano volerla contraddire. In un inciso successivo, infatti, la Corte affermando 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” e precisando

⁴⁴⁸ Va precisato che è attribuita a A. LYON CAEN, *Le Droit, la Mobilité et le Relations du Travail: quelques Perspectives*, in *Droit du Marché Commun*, 1991, p. 108 ss. la prima teorizzazione della distinzione tra mobilità all'interno dell'impiego e mobilità verso l'impiego. Il contributo non è stato consultato.

⁴⁴⁹ «Il principio di piena parità di trattamento dei lavoratori in base alla legislazione del Paese ospitante ai sensi dell'art. 39 del Trattato Ce non avrebbe più potuto costituire il referente normativo utile ai fini della regolazione di tali forme di mobilità temporanea e indiretta della manodopera nel mercato interno» S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, cit., p. 313. Per approfondire, v. S. BORELLI, *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm., Agg.*, vol. 2, Utet, Torino, 2002, p. 628 ss. Per inquadrare il tema in una prospettiva più attuale, v. J.I. FORRESTER, *Free Movement of Persons: the Right We Must Leave Behind?*, James Wood Lecture, University of Glasgow, 11 November 2016, in *European Competition Law Review*, 2018, 9, p. 379 ss.

ulteriormente che “il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche di imporre l’osservanza di queste norme con mezzi adeguati”⁴⁵⁰ sembra assumere un punto di vista agli antipodi delle prese di posizione precedentemente enucleate.

Per comprendere la portata di questa affermazione, su cui molto è stato scritto⁴⁵¹ va detto innanzitutto che la Corte si pronunciava al di là di quanto le parti e il giudice nazionale avessero domandato assumendosi, con questo inciso «*ultra petita*»⁴⁵² una sorta di responsabilità politica. Si trattava, infatti, di rassicurare i c.d. Stati importatori di manodopera, con una statuizione tranquillizzante del seguente tenore: è vero, gli ostacoli di natura procedurale che rendono più onerosa la prestazione di servizi per l’impresa straniera sono, in un mercato dei servizi aperto, illegittimi e vanno rimossi; è possibile, tuttavia, imporre l’applicazione di *standard* di tutela del lavoro ai lavoratori che, pur alle dipendenze del datore di lavoro straniero, svolgano anche temporaneamente la prestazione sul territorio nazionale, e ciò indipendentemente dalla legge applicabile al contratto di lavoro, nonché dalla tipologia della prestazione in questione.

Il pt. 18 della sentenza apparentemente avallava l’introduzione dei successivi interventi legislativi di stampo protezionistico che, soprattutto in ambito europeo continentale, vennero frettolosamente adottati negli anni

⁴⁵⁰ C. giust., 27 marzo 1990, C-113/89 *Rush Portuguesa c. Office national d’immigration*, cit. pt. 18.

⁴⁵¹ Solo per fare degli esempi: G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, definisce l’inciso «estraneo all’economia della sentenza», cit. p. 19. S. EVJU, *Posting Past and Present: The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, cit., p. 6, nt. 18, richiama altre espressioni dottrinali quali «green light», «model», «booster». «La circostanza che la Corte abbia ritenuto di operare questa precisazione in un caso in cui non le era stata neanche sottoposta dal giudice nazionale remittente è stata interpretata come la manifestazione della ferma volontà della Corte di proteggere integralmente la sovranità nazionale in materia di regolazione del rapporto contrattuale di lavoro da possibili aggressioni della libertà di circolazione e di conferire un *imprimatur* di legittimità all’applicazione di tale regolazione nella sua interezza anche ai lavoratori distaccati in via temporanea da altri Stati membri», M. PALLINI, *La direttiva Bolkestein e il dumping sociale: tanto rumore per nulla?*, in G. GIACOBBE (a cura di), *Studi in memoria di Vittorio Sgroi*, Giuffrè, Milano, 2008, cit. p. 958. Si vedrà poi che Davies ha parlato al riguardo della concessione di una «*blanket permission*» che ha legittimato le successive pratiche protezionistiche, P. DAVIES, *The Posted Workers Directive and The EC Treaty*, in *ILJ*, 2002, n. 31, 3, cit., p. 301.

⁴⁵² M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, cit., p. 65.

immediatamente successivi. Così, l'art. 36 della legge n. 93-1313 del 20 dicembre 1993, modificando l'art. 341 par. 5 del *Code du travail*, estendeva al lavoratore temporaneamente distaccato in Francia l'applicazione dei contratti collettivi e della legge applicabile ai lavoratori francesi occupati in prestazioni analoghe⁴⁵³. Allo stesso modo, la legge 29 febbraio 1996 *Gesetz uber zwingende arbeitsbedingungen bei gernzuberschreitenden Dienstleistungen* (BGB, I, 227) estendeva ai lavoratori edili temporaneamente distaccati in Germania i minimi retributivi fissati dai contratti collettivi della zona di esecuzione della prestazione lavorativa.⁴⁵⁴

In realtà, come stiamo per vedere, la presunta valenza autorizzatoria dell'inciso della sentenza *Rush Portuguesa* è solo apparente, in quanto sottintende un'ovvietà, ossia che la titolarità di una competenza sociale esclusiva in capo agli Stati membri "non significa immunità di quelle disposizioni da una valutazione di compatibilità comunitaria che potrebbe, in concreto, imporre i necessari adattamenti delle discipline lavoristiche e previdenziali, senza che con ciò si possa ritenere che ne venga compromessa la competenza sovrana in materia".⁴⁵⁵

Lo conferma la successiva sentenza *Vander Elst*⁴⁵⁶, pronunciata a qualche anno di distanza, che perfettamente si attaglia alla nostra interpretazione: l'iter argomentativo di *Rush Portuguesa* è confermato, anche ricalcandone la terminologia; ma la clausola autorizzatoria non va a concretarsi in una licenza

⁴⁵³ M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratto collettivo*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, p. 90, nt. 29; P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, *cit.*, pp. 590-591.

⁴⁵⁴ A.H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, in *ELR*, 2014, No. 3, p. 166, nt. 95 accenna anche ai casi dei Paesi Bassi e del Belgio.

⁴⁵⁵ C. giust., 16 maggio 2006, C- 372/04, *Watts*, pt. 17. Cfr. G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, che mette in relazione *Rush Portuguesa* e *Säger* «come conciliare l'affermazione della Corte in merito all'applicabilità alle imprese straniere delle norme lavoristiche vigenti nel paese dove prestano un servizio con il principio del paese d'origine posto dalla sentenza *Säger*? Dal momento che va considerato potenzialmente illegittimo qualsiasi intralcio capace di rendere più difficoltoso l'accesso al mercato di un altro Stato membro, come ed entro quali limiti giustificare i vincoli imposti alle imprese straniere?» *cit.*, p. 26; v. anche G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, *cit.*, p. 41.

⁴⁵⁶ C. giust., 9 agosto 1994, C-43/93, *Vander Elst c. Office des migrations internationales*, su cui v. P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, *cit.*, pp. 589-590.

assoluta, bensì in una facoltà di intervento del legislatore che comunque dovrà assoggettarsi ad una valutazione di compatibilità comunitaria.

Il giudizio afferisce alla legittimità dei requisiti imposti dall'immigrazione francese come condizioni per l'impiego di lavoratori marocchini, regolarmente soggiornanti in Belgio e impiegati con regolare contratto di lavoro dall'imprenditore Vander Elst, che in territorio francese li aveva distaccati temporaneamente per svolgere lavori di demolizione. *In primis*, come statuito in precedenza, l'art. 59 del Trattato prescrive sia l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi straniero, sia la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente anche ai prestatori nazionali, che renda la prestazione eccessivamente onerosa (pt. 14). Certo, la libera prestazione di servizi può essere limitata; solo però da norme giustificate dall'interesse generale e valevoli per tutte le persone e le imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato destinatario, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito (pt. 16).

In questo caso, l'imposizione di un permesso di lavoro ulteriore e del pagamento di ulteriori contributi per i lavoratori cittadini di Stati terzi rappresentano duplicazioni di oneri procedurali, anche particolarmente onerose in termini economici. Le misure francesi in commento potrebbero, nonostante la loro onerosità, essere giustificate se aggiungessero tutele non previste dalla legislazione sociale dello Stato di stabilimento; ma non aggiungono tutele sociali aggiuntive a quelle già adeguatamente assicurate dal diritto belga. Dunque, in concreto, anche se nulla osta a che gli Stati ospiti estendano l'applicazione delle loro leggi e dei contratti collettivi ivi vigenti anche alla manodopera colà temporaneamente inviata, potendo assicurarne l'osservanza con mezzi adeguati (pt. 23), "l'applicazione del regime belga è comunque tale da escludere i rischi sensibili di sfruttamento dei lavoratori e di alterazione di concorrenza tra le imprese" (pt. 25).

Come si vede, a dispetto dell'inciso generalmente permissivo, in concreto, le tutele sociali di cui lo Stato ospite prescrive l'estensione debbono comunque essere assoggettate ad un controllo di compatibilità comunitaria. Questo controllo dovrebbe però essere ispirato a principi chiari e prevedibili, per evitare abusi, confusione e disparità di trattamento ingiustificate. Al contrario, come dimostra la giurisprudenza successiva, il macchinoso controllo di compatibilità comunitaria della Corte di giustizia lascia spazio a contraddizioni e ripensamenti, al punto che ne emerge un approccio casistico volto, di volta in volta, a verificare, secondo parametri talvolta imprevedibili, se le normative dello Stato ospite la prestazione possano o meno superare il vaglio di legittimità.⁴⁵⁷

2.3 *La tutela del lavoro come ragione imperativa di interesse generale da sottoporre al test di proporzionalità. L'esempio della pronuncia Guiot*

Lo strumento tecnico attraverso il quale il controllo di compatibilità comunitaria delle misure nazionali viene condotto è un vero e proprio test, per il tramite del quale, una volta riscontrata la possibile riconducibilità di una misura alle ragioni imperative di interesse generale che legittimano deroghe alla libertà economica di prestare servizi, si verifica se queste non celino in realtà delle misure protezionistiche e siano effettivamente necessarie e idonee al raggiungimento dello scopo; se ne testa, insomma, la proporzionalità⁴⁵⁸.

Il test di proporzionalità si compone di due momenti⁴⁵⁹. Il primo consta della verifica della sola idoneità (o adeguatezza) della misura, valutata in

⁴⁵⁷ E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., pp. 171-172.

⁴⁵⁸ Per approfondire il funzionamento del test leggi le seguenti sentenze: C. giust., 25 luglio 1991, C-76/90, *Manfred Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd*, pt. 15; C. giust., 31 marzo 1993, C-19/92, *Kraus*, c. *Land Baden-Württemberg*, pt. 32; C. giust., 30 novembre 1995 C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, pt. 37; C. giust., 12 dicembre 1996, C-3/95, *Reisebüro Brode*, pt. 28, nonché la appena descritta *Guiot*, pt. 13). Il test è stato successivamente affinato dalla Corte nella nota sentenza C. giust., 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger*, pt. 71. Per approfondire, v. U. CARABELLI U., *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione comunitaria*, reperibile al sito www.europeanrights.eu, settembre 2009.

⁴⁵⁹ G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 16.

un'ottica di comparazione funzionale tra le normative interessate: il provvedimento del Paese ospite, pur se improntato ad una ragione imperativa di pubblico interesse, non è idoneo o adeguato al perseguimento dello scopo se gli interessi da questo salvaguardati abbiano parimenti ispirato la normativa del paese di stabilimento, e dunque siano già adeguatamente tutelati. Il secondo momento del test di proporzionalità risponde al criterio di necessità (o di proporzionalità in senso stretto): una volta appurata la rispondenza a ragioni di pubblico interesse di normative adottate da uno Stato membro dell'Unione, queste rischiano comunque d'esser tacciate di illegittimità allorquando sarebbe stato possibile tutelare suddetto interesse adottando misure meno onerose, ossia più proporzionate al fine perseguito.

Anche nel caso *Guiot*⁴⁶⁰ si tratta, similmente ai casi precedenti, di stabilire la legittimità comunitaria della disciplina restrittiva dello stato ospite. Stavolta, è necessario accertare se i requisiti fissati dalla contrattazione collettiva belga del comparto edile, resa con regio decreto di applicazione generale, comportino effetti restrittivi sulla libera prestazione di servizi e, eventualmente, se motivi imperativi di interesse generale giustificano tali restrizioni, per poi appurarne la proporzionalità. Più in particolare, in questo caso era necessario determinare se il fatto che il Belgio avesse reso obbligatorio mediante un contratto collettivo di applicazione generale il versamento di contributi datoriali a titolo di “marche di fedeltà” e di “marche intemperie” costituiva un illegittimo ostacolo per il prestatore straniero, dal momento che simili misure costituivano un doppio dell'obbligo di contribuzione nel suo paese di origine, il Lussemburgo. Nel Paese di stabilimento, infatti, la stessa impresa versava contributi volti a coprire analoghi rischi.

⁴⁶⁰ C. giust, 28 febbraio 1996, C-272/94, *Guiot*. In commento, M. HOUWERZIJL, F. PENNING, *Double Charges in case of Posting of Employees: the Guiot Judgment and its Effects on the Construction Sector*, in *European Journal of Social Security*, 1999, 1, p. 91 ss.; P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, *cit.*, p. 588.

Si tratta di una buona occasione per precisare il funzionamento del test. Il primo passo, quello di valutazione dell' idoneità della misura, mediate l'impiego del criterio funzionale di equivalenza, richiede che il giudice valuti se la normativa del luogo realizza una tutela sostanzialmente comparabile a quella del Paese d'origine, per evitare duplicazioni ingiustificate. Precisa la Corte che l'equiparazione dovrà riscontrarsi comparando i trattamenti non già clausola per clausola, bensì complessivamente, compensando le clausole peggiorative con quelle migliorative della stessa legislazione.

In concreto, dunque, sebbene la normativa lussemburghese differisca da quella belga, in particolare per quanto attiene alle percentuali dei premi e alle modalità del loro versamento, si può comunque affermare che tali normative siano equivalenti dal punto di vista funzionale. In effetti, prevedono entrambe meccanismi volti, da un lato, a tutelare i lavoratori del settore edile dal rischio di inattività e, quindi, di perdita del salario dovuta ad intemperie e, dall'altro, a premiarne la fedeltà al settore di attività di cui trattasi.

Si dovrà propendere, dunque, limitandosi al solo primo step del test, per l'illegittimità della duplicazione. Essa rappresenta infatti un ostacolo ingiustificato alla prestazione di servizi, dal momento che nulla aggiunge alla tutela previdenziale dei lavoratori distaccati, già adeguatamente tutelati dalla normativa contrattualcollettiva del Paese di stabilimento.

2.4 Arblade e Leloup, Mazzoleni e Finalarte

Il sig. Arblade e i fratelli Leloup⁴⁶¹ erano rispettivamente rappresentanti legali di due imprese lussemburghesi aggiudicatrici dell'appalto per la costruzione, nello stabilimento produttivo belga di una società, di un complesso di silos adibiti allo stoccaggio di zucchero bianco da questa prodotto, per l'installazione dei quali avevano distaccato in Belgio rispettivamente 17 e 9 lavoratori.

⁴⁶¹ C. giust., 23 novembre 1999, causa C-368/96 e C-376/99 *Arblade e Leloup*.

Durante l'esecuzione dei lavori, l'Ispettorato del lavoro belga aveva condotto un'ispezione riscontrando la violazione di plurimi obblighi relativi alla tenuta di documenti sociali vigenti nel Paese. In particolare, infatti, in Belgio operava una sorveglianza rigorosa sul rispetto della normativa attinente alla tenuta dei documenti sociali, all'igiene e alla medicina del lavoro, alla più generale dimensione della tutela del lavoro, della previdenza e dell'assistenza sociale. Anche ai datori di lavoro distaccanti era stata dunque richiesta l'esibizione del registro speciale del personale e del conto individuale riferito ai singoli lavoratori, documenti comprovanti l'adempimento del complesso di obblighi vigenti in loco per la tutela dei lavoratori.

Durante il procedimento penale scaturito dall'applicazione delle sanzioni previste in caso inosservanza della normativa sulla tenuta dei documenti sociali era stata dunque sollevata una questione pregiudiziale circa la legittimità delle misure restrittive in questione e la proporzionalità delle stesse al fine perseguito.

Ai prestatori di servizi era peraltro stato contestato dall'autorità amministrativa il mancato pagamento del salario minimo del luogo, più elevato di quello da questi corrisposto, perché includeva nel lordo contributi padronali locali corrispondenti a figure molto simili alle marche intemperie che questi già versavano in patria per effetto degli obblighi di fonte collettiva.

Nel pronunciarsi sulla questione pregiudiziale, la Corte di giustizia si attiene al già esaminato test di proporzionalità. Il ragionamento giuridico si snoda, come di consueto⁴⁶², a partire dalla formula *Säger*, per la quale andrebbe rimossa ogni restrizione indistintamente applicabile se tale misura rende, di fatto, la prestazione di servizi più onerosa per il prestatore straniero (pt. 33, con richiami ai precedenti *Guiot* e *Vander Elst*). Corollario di questi principi è che la pratica di imporre alle imprese straniere distaccanti l'adempimento indistinto di tutti gli obblighi gravanti sulle imprese stabilite *in loco* sarebbe contrario allo

⁴⁶² U. CARABELLI, V. LECCESE, *Le clause di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, cit. p. 23, spec. nt. 62 dove richiamano *Arblade*, pt. 33, ma anche i passi delle altre sentenze nei quali è esplicitato il concetto: *Mazzoleni*, pt. 22; *Finalarte*, pt. 28.

spirito dei Trattati, privando di effetto utile la disciplina della libertà di prestazione di servizi (pt. 35).

Tuttavia, è legittimo, in linea teorica, imporre l'adempimento di obblighi specifici se questi rispondono a ragioni imperative di interesse generale che trovano riscontro in norme invocate dal paese ospite come di applicazione necessaria, rispondendo a interessi cruciali di rilevanza pubblicistica, sempreché superino il test di adeguatezza e proporzionalità in senso stretto.

Nello specifico, quindi, il test va condotto con molta attenzione con riguardo ad entrambe le misure in discussione⁴⁶³. *In primis*, va esaminata l'imposizione del pagamento del salario minimo secondo le regole previste nel Paese ospite. Tale obbligo sarebbe genericamente ammissibile, perché risponde a ragioni imperative di interesse generale, quali la tutela del lavoro (pt. 41). Tuttavia, l'equiparazione funzionale tra la normativa dello stato ospite e quella dello stato di stabilimento impone di verificare se la prima riesca ad assicurare vantaggi sociali in concreto aggiuntivi rispetto alle tutele già effettivamente garantite dallo Stato di stabilimento. Questo accertamento di idoneità deve essere condotto, in concreto, dal giudice di merito. Tuttavia, si intuisce che il primo momento del test non risulta superato in senso positivo: il *surplus* di salario si concreterebbe, in pratica, nella corresponsione di contributi aggiuntivi di natura analoga (ossia preposti alla medesima ratio di far fronte con un ristoro patrimoniale all'inattività derivante da intemperie) a quelli che il datore di lavoro già versa in Lussemburgo e che in Belgio si computano nel lordo della retribuzione (pt. 53-54).

⁴⁶³ “L'applicazione delle normative nazionali di uno Stato membro ai prestatori di servizi stabiliti in altri deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento” (pt. 35). “Occorre quindi esaminare, in ordine successivo, se i requisiti fissati dalla normativa nazionale come quella di cui si tratta nella fattispecie comportino effetti restrittivi sulla libera prestazione di servizi e eventualmente se, nel settore di attività in esame, ragioni imperative di interesse generale giustificano tali restrizioni alla libertà di prestazione di servizi. In caso affermativo si dovrà valutare se questo interesse non sia garantito dalle norme in cui il prestatore dei servizi è stabilito e che lo stesso risultato non possa essere conseguito mediante regole meno restrittive” (pt. 39).

Quanto invece alla tenuta della documentazione sociale, questo obbligo va anch'esso sottoposto al test di proporzionalità. L'imposizione della tenuta di registri risponde astrattamente ad esigenze imperative di interesse generale, ed in particolare soddisfa una norma di applicazione necessaria dello Stato ospite che presiede alla corretta funzionalità del mercato del lavoro. Vi è sotteso un interesse di cruciale rilevanza, ossia quello di tracciare tutti gli obblighi giuslavoristici, previdenziali e di sicurezza dei lavoratori attraverso documenti di pronta esibizione. La comparazione funzionale tra la disciplina belga e quella lussemburghese conduce tuttavia a constatare che analoghi obblighi di tenuta di documentazione sociale sono imposti in Lussemburgo (pt. 56).

Va verificato dunque se la tenuta di documenti sociali da parte del prestatore di servizi temporaneo anche in Belgio, conformemente alla normativa locale, sia in grado di offrire una tutela aggiuntiva per i lavoratori. La Corte riscontra la sussistenza di questa tutela aggiuntiva, perché l'assenza di pratiche informative consolidate, nelle more dell'entrata in vigore dell'art. 4 della direttiva 96/71/CE, rende difficile per lo Stato ospite l'accertamento dei regolari adempimenti e la prova dell'adeguatezza delle tutele apprestate che, in assenza di documenti locali, imporrebbero una attività di accertamento amministrativo transnazionale difficile da compiere.

La tenuta dei documenti sociali potrà dunque essere imposta, alla luce del primo momento del test. Va sottoposta però anche al test di proporzionalità in senso stretto, in forza del quale la misura è ritenuta dalla Corte illegittima, per lo meno per come è ad ora strutturata. Infatti, i giudici ritengono che la conservazione dei documenti sociali per cinque anni presso una persona fisica mandataria nello Stato ospite sia un onere eccessivo e sproporzionato per il prestatore di servizi straniero. Si potrebbe infatti assolvere all'esigenza di reperibilità dei documenti in modi meno invasivi e onerosi per il prestatore, ad esempio per il tramite della previa trasmissione della documentazione all'autorità amministrativa all'atto del primo ingresso nel Paese (pt. 74-78). La Corte precisa, d'altronde, che con la direttiva 96/71/CE saranno istituiti meccanismi

amministrativi di coordinamento che esonereranno i prestatori da oneri sproporzionati, in quanto tale valutazione di proporzionalità sarà già stata effettuata dal legislatore⁴⁶⁴.

Similmente, ormai a distanza di dieci anni dal caso *Rush Portuguesa*, nei casi *Mazzoleni*⁴⁶⁵ e *Finalarte*⁴⁶⁶ la Corte effettua il riconoscimento della tutela del lavoro come ragione imperativa di pubblico interesse, riconducendola all'alveo dell'ormai rodato test di proporzionalità. In particolare, nelle pronunce la Corte afferma, come di consueto, l'ipotetica legittimità delle deroghe alla libertà economica fondamentale di prestazione di servizi poste dalle normative degli Stati membri ospitanti, purché le normative interessate siano ispirate a ragioni imperative di pubblico interesse e proporzionate⁴⁶⁷.

Quanto al *modus operandi*, questo è ormai consolidato. Innanzitutto, i giudici di Lussemburgo si pongono il problema dell'accertamento della sussistenza di una legittima esigenza imperativa di interesse generale quale la tutela del lavoro e, nella specie, la protezione dei lavoratori distaccati. Ne segue la valutazione di idoneità della misura, che implica il ricorso al parallelismo funzionale: ciò impone una valutazione comparativa della disciplina di tutela di cui gode il lavoratore temporaneamente distaccato, con riguardo a quello specifico istituto, nello Stato ospite e nel Paese di stabilimento.

Abbiamo ormai imparato che il risultato di questa operazione valutativa può condurre a due ipotesi alternative. Se la normativa che lo Stato ospitante

⁴⁶⁴ Su tutto questo cfr. G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 22 e più diffusamente p. 94 ss., dove si sottolinea che la funzione di tali oneri di natura procedurale-amministrativa ha assolto, ora che il ricorso all'istituto del distacco ha assunto dimensioni molto maggiori, una valenza del tutto nuova: è attraverso tali oneri, infatti che gli Stati membri possono effettuare procedure di controllo e di monitoraggio. Non a caso, la direttiva 2014/67/UE ha potenziato tali strumenti, proprio a fronte della carenza di effettività della direttiva 96/71/CE.

⁴⁶⁵ C. giust., 15 marzo 2001, C-165/98 *Mazzoleni*.

⁴⁶⁶ C. giust., 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/89 50/98 52-54/98 68-71/98, *Finalarte*. In commento, S. EVJU, *Posting Past and Present: The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, cit., pp. 32-33.

⁴⁶⁷ U. CARABELLI, V. LECCESE, *Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, cit., p. 23, spec. nt. 63, dove l'autore richiama i passi delle sentenze nei quali è esplicitato il concetto: *Arblade*, pt. 34; *Mazzoleni*, pt. 25; *Finalarte*, pt. 31.

pretende di estendere al lavoratore distaccato protegge interessi già adeguatamente tutelati ed è dunque funzionalmente analoga alla normativa già applicabile al distaccato in forza del suo rapporto contrattuale con il prestatore, ne segue una valorizzazione di questa e l'affermazione del principio per cui, nel caso di una duplicazione di oneri, l'apparato normativo che costruisce il mercato dei servizi risulterebbe privato del suo effetto utile. Se, viceversa, l'apparato protettivo dello Stato ospite, ossia l'obbligo di adeguarsi a *standard* fissati dalla legge o dai contratti collettivi, attribuisce al lavoratore distaccato diritti *ex novo* oppure ne amplia il contenuto rispetto alla normativa dello Stato di origine, allora la misura del Paese ospite dovrà prevalere⁴⁶⁸.

Le prime valutazioni sono di idoneità e insieme di adeguatezza. Segue un controllo eventuale di minore restrittività, mirante ad indagare se le legittime finalità perseguite avrebbero potuto essere realizzate efficacemente recando un minor pregiudizio al prestatore.

Il test riguarda l'istituto delle ferie nel caso *Finalarte*, i minimi retribuitivi nel caso *Mazzoleni*. Nel caso *Finalarte*, la Corte indaga della legittimità della legislazione tedesca in forza della quale si impone al prestatore di servizi che distacca temporaneamente manodopera in Germania di assolvere oneri contributivi nei confronti delle casse ferie istituite da fondi negoziali del settore edile. La Corte si rimette alla valutazione del giudice nazionale, cui rinvia la decisione, specificando tuttavia che è legittima l'imposizione al prestatore straniero di obblighi di contribuzione in corrispondenza delle ferie del lavoratore distaccato, in quanto legittima è l'estensione di tutele di fonte normativa o contrattuale se queste sono giustificate da ragioni imperative di pubblico interesse, qual è la tutela del lavoro. Insomma, ben venga la parità di trattamento

⁴⁶⁸ C. giust., 23 novembre 1999, C-369/96 *Arblade*, pt. 52-54; C. giust., 15 marzo 2001, C-165/98 *Mazzoleni*, pt. 34-37; C. giust., 25 ottobre 2001, C-49/89 50/98 52-54/98 68-71/98, *Finalarte*, "il giudice del rinvio verifichi che, al ritorno nello Stato membro di stabilimento del loro datore di lavoro, i lavoratori interessati siano davvero in condizione di far valere i loro diritti di ottenere il versamento delle indennità di ferie presso la cassa, tenendo conto in special modo delle formalità che essi devono adempiere, della lingua che devono utilizzare e delle modalità di pagamento", pt. 48. Cfr. M. PALLINI, *La direttiva Bolkestein e il dumping sociale: tanto rumore per nulla?*, cit., p. 976.

del distaccato e del lavoratore nazionale del medesimo settore, purchè il lavoratore distaccato non benefici, in base alla normativa del Paese di stabilimento, di tutela funzionalmente analoga a quella del Paese ospitante. In tal caso, afferma la Corte nella motivazione, la normativa del Paese ospitante non offrirebbe una tutela aggiuntiva al lavoratore distaccato e pretendere l'osservanza sarebbe superfluo ed anzi illegittimo, in quanto aggravio eccessivo ed ingiustificato alla luce del diritto comunitario.

Nel caso *Mazzoleni*, lavoratore subordinato dipendente di una società francese, tenuto ad eseguire la prestazione lavorativa a titolo temporaneo in Belgio, il lavoratore è distaccato all'estero per brevi periodi. Il calcolo della retribuzione spettante al distaccato si caratterizzerà per una notevole complessità, dovendo il datore di lavoro attenersi soltanto per le ore di prestazione trascorse all'estero alla normativa dello Stato ospitante in materia di minimi retributivi⁴⁶⁹. In questo caso, una tutela aggiuntiva del lavoratore *Mazzoleni* si riscontra, perché il trattamento che questi conseguirebbe dall'applicazione del salario minimo orario belga sarebbe migliorativo. Nondimeno, la posizione del prestatore deve essere comunque considerata, e rilevata quell'eccessiva onerosità degli obblighi che palesemente contrasta con la libertà di prestazione di servizi.

Alla parità di trattamento, in questo caso, si dovrà apportare un sacrificio, contemperandola, alla luce del principio di proporzionalità, con la necessità di non aggravare il prestatore di pregiudizi eccessivamente onerosi.

3 Considerazioni conclusive

La giurisprudenza esaminata è stata volutamente esposta con la massima adesione possibile al testo delle sentenze. Tale operazione può risultare pedante: sarebbe stato possibile infatti raggrupparne l'esame, optando per una lettura d'insieme di queste pronunce. Tuttavia, è proprio questo che si è voluto evitare:

⁴⁶⁹ C. giust., 15 marzo 2001, C-165/98 *Mazzoleni*, pt. 35-36.

scegliere una sola chiave di lettura e trascurarne altre. Si ritiene che la giurisprudenza in questione sia fisiologicamente contraddittoria, non potendosi dare una interpretazione univoca. Ed è questo l'elemento più interessante di questa stagione: la contestuale manifestazione di plurime tendenze di sistema. Si tenterà, dunque, nelle riflessioni che seguono, di sottolineare i plurimi punti di vista e gli eterogenei interessi che la Corte ha cercato di tenere insieme.

È possibile partire da quanto già messo a sistema nel capitolo I. In quella sede si è compreso che la disciplina dei conflitti di legge in materia di contratti di lavoro vanta delle peculiarità, perché la condivisione di un sistema d.i.p. uniforme in ambito europeo ha incontrato in questo ambito particolari resistenze.

Quando la fattispecie con elementi di estraneità considerata è infatti un rapporto di lavoro, la scelta del diritto applicabile è ispirata non solo alla necessità di individuare quale diritto materiale sia il più "vicino" alla fattispecie, ma si intreccia anche con esigenze pubblicistiche, quali ad esempio quella di presidiare un sistema nazionale di *managed migration* o quella, a quest'ultima strettamente connaturata, di limitare gli effetti distorsivi della concorrenza. L'assente (o comunque minimale) armonizzazione degli standard di protezione del lavoro nell'Ue ha infatti attribuito ai sistemi giuridici improntati a minori tutele un inedito e "minaccioso" ruolo: la concessione della libertà di stabilirsi ovunque nell'Unione porta con sé anche la connessa facoltà per il prestatore di scegliere il regime di costo del lavoro più favorevole. Egli potrà, legittimamente esercitando la libertà di prestazione di servizi eurounitaria, avvalersi della propria manodopera per eseguire lavori in un altro Stato membro, con ciò ponendola in diretta competizione con la manodopera locale.

Nel diritto del lavoro sono particolarmente sentite le esigenze di limitazione della funzionalità della norma di d.i.p., allorquando questa designi l'applicazione del diritto straniero indesiderato. Si è manifestato un significativo ricorso ai due strumenti prediletti in tal senso, quelli delle norme di applicazione necessaria e dell'ordine pubblico. A queste tendenze si è aggiunto però un

ulteriore tassello: i menzionati strumenti, al di là della loro valenza domestica, hanno assunto una nuova veste e un diverso impiego comunitario, perché la Corte di giustizia li ha eletti come parametri per costruire delle deroghe legittime alle libertà economiche. Le norme di applicazione necessaria e le disposizioni di ordine pubblico in materia giuslavoristica (e non solo) sono state dunque ascritte al più ampio contenitore di “ragioni imperative di interesse generale”, di cui la protezione sociale dei lavoratori è esempio.

Al riguardo, nelle sentenze esaminate, si evince, a sprazzi e in modo asistematico, che l’interesse generale di tutela del lavoro sfugge alle valutazioni di contraddittorietà che emergono dalla condotta dello Stato ospite che, nell’imporre una protezione sociale aggiuntiva al lavoratore distaccato, agisce non già in via solidaristica, ma nell’intento protezionistico di livellare le potenzialità competitive dei prestatori di servizi interni e stranieri, nonché di proteggere la manodopera locale dal dumping salariale⁴⁷⁰. La Corte, evasiva rispetto al problema, parte da un presupposto: non conta l’intento protezionistico in sé di una determinata normativa, ma i suoi effetti oggettivi. Insomma, passi la riserva mentale degli Stati membri che, nel fissare normative applicabili ai lavoratori distaccati, mirano alla protezione dei lavoratori nazionali; quel che conta è che la normativa in questione persegua una finalità di tutela sociale reale.

La Corte sembra voler affermare un ulteriore corollario del principio generale per cui la tutela del lavoro rappresenta una ragione imperativa di interesse generale, ossia che questa non può essere usata per creare divisioni tra i lavoratori locali e stranieri. L’intento protettivo coinvolge infatti i lavoratori tutti, compresi quelli solo temporaneamente distaccati nello Stato ove la normativa che a tale valore giuridico si ispira è adottata. E giustifica pregiudizi ai prestatori di servizi allorquando assicurati al distaccato una garanzia ulteriore rispetto al trattamento del quale il lavoratore transfrontaliero gode in base alla normativa del Paese di stabilimento.

⁴⁷⁰ G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 23.

Questo *modus operandi* può interpretarsi nel senso di voler presidiare le esigenze di controllo sul mercato del lavoro che gli Stati importatori di manodopera manifestavano nella fase antecedente all'adozione della direttiva. Le eterogenee normative a ciò preposte venivano assoggettate, di volta in volta, ad un controllo di proporzionalità certamente particolarmente attento a questa esigenza di protezione, anche nell'ottica di gradualità dell'apertura del mercato dei servizi.

Un ulteriore filone interpretativo è quello che fa leva sulla natura degli ostacoli considerati. Si possono in effetti individuare le due categorie di oneri di protezione sociale di natura sostanziale e, viceversa, oneri imposti al prestatore di servizi di carattere procedurale. Con riguardo ai primi, la Corte si mostra più propensa a manifestare un'apertura, ritenendoli spesse volte legittimi. Viceversa, con riguardo agli ostacoli che si concretino in oneri procedurali, quali obblighi di assunzione in loco o di acquisizione di permessi di lavoro nello Stato ospite, la Corte manifesta un orientamento più restrittivo. A ben vedere, infatti, gli unici oneri procedurali che la Corte ha ritenuto ammissibili hanno riguardato la tenuta di documenti sociali nel caso *Arblade*. La finalità di tale disciplina era tuttavia strettamente legata alla protezione del lavoro e al controllo amministrativo sugli obblighi ad essa preposti. Inoltre, quando questi due aspetti si incontrano, ossia quando la protezione sociale si attuerebbe imponendo uno sproporzionato e eccessivo onere organizzativo (come nel caso *Mazzoleni*), le tutele aggiuntive offerte dallo Stato ospite possono essere sacrificate. Questa valutazione è, in un certo senso, inglobata nel test, perché tra le righe della giurisprudenza frequente risulta il ricorso non soltanto al canone, solo eventuale, della minore restrittività, ma anche al criterio dell'effetto utile. Se infatti le finalità di tutela del lavoro sono legittime, duplicare oneri amministrativi costituisce un controsenso rispetto alla creazione di un mercato unico, privando di effetto utile la normativa comunitaria che incoraggia l'esercizio delle libertà economiche nello spazio comunitario.

Come valutare, dunque, nel complesso, questa giurisprudenza dal punto di vista delle tutele apprestate al lavoratore distaccato? In apparenza, la protezione sociale dei lavoratori distaccati appare nel complesso garantita e “presa cuore” dai giudici di Lussemburgo, anche se tale risultato pratico viene acquisito mediante un meccanismo complesso (e poco controllabile negli esiti) quale è il test di proporzionalità.

In realtà, molto discusso è l'accertamento in concreto della sussistenza o meno di una tutela aggiuntiva a favore del lavoratore distaccato⁴⁷¹. A rifletterci bene, infatti, in linea di principio il test di idoneità e adeguatezza mira ad effettuare un confronto funzionale tra la normativa dello Stato di origine e quella di destinazione. In concreto, il confronto funzionale viene condotto tuttavia complessivamente, con la conseguente compensazione globale dei trattamenti migliorativi con quelli peggiorativi. Se ne evince, come nel caso *Guiot*, la possibilità di accordare comunque prevalenza alla normativa dello stato di stabilimento se questa appare globalmente o complessivamente sufficiente a garantire una adeguata protezione sociale del lavoratore. Risulta dunque molto ridimensionato il giudizio precedentemente esposto circa la presunta solidità della protezione sociale del lavoratore distaccato, perché la valutazione della posizione del prestatore di servizi, che agli obblighi in questione deve in concreto adeguarsi, è sempre di centrale importanza nel giudizio della Corte, al punto da imporre, in taluni casi, un ridimensionamento degli standard protettivi della manodopera coinvolta nella prestazione di servizi transnazionale.

Se ne evince, nel complesso, una eccessiva discrezionalità valutativa della Corte; il che contribuisce, a sua volta, al giudizio di contraddittorietà complessiva della giurisprudenza esaminata. Si deve ritenere che questo approccio casistico abbia di certo contribuito ad un cambio di passo, ossia alla scelta di costruire un

⁴⁷¹ Cfr. M. PALLINI, *La direttiva Bolkestein e il dumping sociale: tanto rumore per nulla?*, in G. GIACOBBE (a cura di), *Studi in memoria di Vittorio Sgroi*, cit., pp. 975-976.

catalogo condiviso, chiaro, predeterminato, quale l'elenco di materie di cui all'art. 3 della direttiva⁴⁷².

Non è ancora chiaro, poi, quale fosse l'intento della *green light* contenuta nel pt. 18 della sentenza *Rush Portuguesa*. Si deve ritenere che la contraddittorietà dell'inciso con la dottrina degli ostacoli sia più apparente che effettiva. A riprova, la disciplina protezionistica adottata dagli Stati ospiti la prestazione di servizi è comunque stata assoggettata ad un giudizio di compatibilità comunitaria. Questa ultima considerazione ci permette di tornare al punto di partenza del capitolo II. Il giudizio di compatibilità comunitaria delle discipline lavoristiche estese ai lavoratori distaccati ha infatti condotto, in un primo tempo, ad una tormentata e difficilmente prevedibile valutazione di legittimità delle normative di protezione della manodopera temporaneamente importata nello Stato ospite. Tale valutazione ha, nel complesso, sufficientemente protetto la posizione dei lavoratori distaccati: anche se, a seguito della nuova collocazione sistematica del distacco nell'ambito della mobilità all'interno dell'impiego, il principio generale di parità di trattamento (corollario dell'art. 39 TCE) non ha più trovato applicazione, le finalità protezionistiche perseguite dagli Stati ed avallate dalla Corte di giustizia hanno, di riflesso, condotto ad una adeguata protezione della manodopera ivi distaccata.

Eppure, l'effetto più importante di questa operazione non risiede in questa temporanea acquisizione, ma nelle nuove costanti di sistema che ne derivano: da questo momento in poi, nelle alterne stagioni di maggiore attenzione alla tutela del lavoro o, di contro, di maggiore valorizzazione delle libertà economiche, la competenza in materia sociale degli Stati membri non potrà più considerarsi esclusiva in senso stretto, in quanto sempre soggetta al vaglio di compatibilità comunitaria.

⁴⁷² E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 169 ss.

Il tramonto della territorialità del diritto del lavoro in ambito eurounitario è dunque definitivamente compiuto. Gli sprazzi della residua sovranità degli Stati concessi in materia dalla direttiva 96/71/CE sono più apparenti che reali. Sarà nostro compito comprendere questi equilibri e valutare come l'avvento della nuova direttiva 2018/957/UE potrebbe alterarli.

CAPITOLO III

IL DISTACCO DEI LAVORATORI NELL'AMBITO DI UNA PRESTAZIONE DI SERVIZI: UNA LETTURA INTEGRATA DELLE DIRETTIVE 96/71/CE E 2018/957/UE

1 Uno sguardo al passato: il distacco dei lavoratori e i suoi problemi

1.1 Premessa

Determinare il successo o il fallimento di una riforma è spesso una questione di aspettative. È sufficiente dare uno sguardo al tenore dei contributi dottrinali degli ultimi quattro anni, da quando dell'emendamento della direttiva distacchi si è iniziato a discutere in ambito eurounitario, per comprendere che le aspettative degli addetti ai lavori sono particolarmente elevate⁴⁷³. Non è certo che

⁴⁷³ M. ROCCA, *Extending the Principle of Equal Treatment to Posting of Workers*, Study Prepared at the Request of the France Insoumise Delegation of the Gauche Unitaire Européenne/Gauche Verte Nordique of The European Parliament, 2020; ID., *Stepping Stones over Troubled Waters. Recent Legal Evolutions and the Reform of the Posting of Workers Directive*, in N. LILLIE, J. ARNHOLTZ (eds.), *Posted Work in the European Union the Political Economy of Free Movement*, pp. 167 ss., Routledge, Abingdon, 2020; J.P. LHERNOULD, *Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the Posting of Workers in the Framework of the Provision of Services. What Will Change in 2020?* in *ERA Forum*, 2020, 20, p. 249 ss.; M. DELFINO, *The 'Puzzle' of workers' Mobility in Italy*, in *ELLJ*, 2020, vol. 11, p. 97 ss.; A. AVONDOLA, *Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali in materia di distacco transnazionale. Segnali dal futuro per la lotta al dumping salariale* in *RDSS*, 2020, fasc. 1, p. 147 ss.; S. DI MATTEO, *Il distacco del lavoratore. Aspetti critici e dubbi interpretativi alla luce della recente normativa*, in *Working Papers Adapt* n. 19, 2020; A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, I, p. 133 ss.; S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *QG*, 2019, fasc. 4, spec. p. 56 ss.; S. CASSAR, *Il distacco transnazionale intracomunitario*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, fasc. 2, p. 283 ss.; G. ORLANDINI, *Il dumping salariale nell'Unione europea: nuovi scenari e vecchie problematiche*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, p. 105 ss.; F. COSTAMAGNA, *Regulatory Competition in the Social Domain and the Revision of the Posted Workers Directive*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, p. 79 ss.; C. CORDELLA, *Transnational Posting of workers between Public Policy and Collective Bargaining*, in A. PERULLI, S. BELLOMO (eds.), *New Industrial Relations in the Era of Globalization: a Multilevel Analysis*, Cedam, Padova, 2019, p. 125 ss.; J.P. LHERNOULD, *Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the Posting of Workers in the Framework of the Provision of Services*, in *ERA Forum*, 2019, 20, p. 249 ss.; S. PATRU RADU, *Discussions on new EU-wide regulations on the posting of workers. Special Consideration for Directive (EU) 2018/957 amending Directive 96/71/EC on the Posting of Workers in the Framework of the Provision of Services*, *Juridical Tribune*, 2019, vol. 9(1), p. 157 ss.; R. SANTAGATA DE CASTRO, *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, in *Italian Labour Law E-Journal*, Issue 2, Vol. 12, 2019, p. 149 ss.; T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del*

la direttiva 2018/957/UE del 28 giugno 2018, che gli Stati hanno implementato entro il 30 luglio 2020, sarà in grado di dare risposte soddisfacenti a fronte di simili auspici. Quel che è certo è che il generalizzato clima di fiducia trova giustificazione non tanto nell'innovatività della nuova direttiva in sé, ma nella ormai diffusa convinzione dell'inidoneità del precedente assetto regolativo a determinare un punto di equilibrio soddisfacente tra i plurimi e diversificati interessi in gioco.

La direttiva 96/71/CE e la sua interpretazione giurisprudenziale “*pro-market*”⁴⁷⁴ sono stati oggetto di un vivace dibattito pubblico, dottrinale e legislativo, da ultimo culminati nell'adozione di una nuova proposta di direttiva. “*Since 1996 the economic and labour market situation in the European Union has changed considerably*”. “*In the last two decades, the Single Market has grown and wage differences have increased, thereby creating unwanted incentives to use posting as a means to exploit these differences. The legislative*

lavoro dell'Unione Europea, Giappichelli, Torino, 2019, p. 151 ss.; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 160, 2018, p. 907 ss.; M. FUCHS, *Posting. The Legal Panorama of European Labor and Social Security Law*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, n. 1, I, p. 15 ss.; F.G. ABELLEIRA, *Desplazamiento Transnacional Laboral Genuino y ley aplicable al contrato de trabajo*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10 n. 1, p. 213 ss.; S. DE CARVALHO, *The Revision of The Posting of Workers Directive and The Freedom To Provide Services In EU: Towards a Dead End?*, in *Juridical Tribune*, 2018, 8(3), p. 719 ss.; Z. RASNÂCA, *Identifying the (dis)placement of 'new' Member State Social Interests in the Posting of Workers: the Case of Latvia*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 131 ss.; I. PETRONE, *Approvata la direttiva sui distacchi transnazionali*, in *Diritti e Lavoro*, Bollettino n. 5, 2018, p. 9 ss.; L. CARBALLO PIÑEIRO, M. FORNASIER, *Employment, Posting of Workers*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (ed.), *Encyclopedia of Private International Law*, Elgar Publishing, 2017, p. 650 ss.; U. LIUKKUNEN, M. FORNASIER, *Employment contracts, applicable law*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (ed.), *Encyclopedia of Private International Law*, Elgar Publishing, 2017, p. 615 ss.; R. ZAHN, *Revision of The Posted Workers' Directive: A Europeanisation Perspective*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, 19, p. 187 ss.; G. ORLANDINI, *Note sulla proposta di direttiva recante modifica della direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori*, 14 aprile 2016, reperibile al sito <http://www.europeanrights.eu>.

⁴⁷⁴ Ci si riferisce all'ormai celebre “Laval Quartet” ossia alle quattro sentenze Laval, Viking, Ruffert e Commissione c. Lussemburgo, che hanno generato un vero e proprio tsunami di contributi dottrinali fortemente critici. Questa giurisprudenza non rappresenta il cuore della nostra trattazione (anche perché dire qualcosa di nuovo al riguardo sarebbe impossibile). Se ne parlerà selettivamente, individuandone gli aspetti problematici in una dimensione di prospettiva, ossia per capire se i principi giurisprudenziali conosciuti in precedenza potrebbero essere messi in discussione o meno con l'avvento della nuova direttiva. Per approfondire v. l'opera collettanea di A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci, Bari, 2009.

*framework put in place by the 1996 Directive no longer fully replies to these new realities*⁴⁷⁵.

La nuova direttiva, che trova espressione nella suggestiva massima “*equal pay for equal work at the same place*”⁴⁷⁶, sembra mettere in discussione la stessa nozione di mobilità all’interno dell’impiego e manifesta l’intenzione della Commissione europea di attribuire un nuovo slancio al principio di parità di trattamento. Se la Confederazione Europea dei Sindacati⁴⁷⁷ ed una trasversale aggregazione di Paesi dell’Europa continentale e mediterranea, tutti membri di vecchia data dell’Ue⁴⁷⁸, hanno fortemente sostenuto l’adozione delle modifiche, la proposta ha trovato una forte opposizione nei c.d. Paesi di Visegrad⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ EUROPEAN COMMISSION, *Press Release*, reperibile al sito: <http://europea.eu/rapid/press-release-MEMO.16-67-467en.htm>

⁴⁷⁶ EUROPEAN COMMISSION, *No Time for Business as Usual. Commission Work Programme 2016*, 26 novembre 2015, COM (2015) 610 final, p. 8.

⁴⁷⁷ Ormai dieci anni fa la Confederazione Europea dei Sindacati pubblicava un Report redatto da un gruppo di esperti di diversa nazionalità e provenienza accademica. «This report is based on the assumption that the current interpretation of the PWD does not fulfil the objectives of the Community legislator to ensure a climate of fair competition, does not the guarantee the respect for the rights of workers, and undermines fundamental social rights. Whilst the PWD as a legal instrument can potentially play an important role in the fight against unfair competition, key amendments must be envisaged», ETUC, *A Revision of the Posting Workers Directive: Eight proposals for improvement*, 31 maggio 2010, *cit.* p. 4. Reperibile al sito: https://www.etuc.org/sites/default/files/final_report_ETUC_expert_group_posting_310510_EN_1.pdf

⁴⁷⁸ Un corposo gruppo di Stati membri (Austria, Francia, Belgio, Germania, Lussemburgo Olanda e Svezia) accomunati da alti salari, aveva già rivolto nel 2015 un caloroso invito ad attivare un processo di revisione della direttiva alla allora commissaria agli affari sociali Thyssen. In risposta, un altrettanto numeroso gruppo di Stati dell’est europeo (Bulgaria, Repubblica Ceca, Estonia, Ungheria, Lituania, Polonia, Romania e Slovacchia) aveva rivolto un appello di spirito contrario alla stessa commissaria, a sostegno dell’adeguatezza della direttiva ad equilibrare gli interessi alla protezione sociale e alla tutela della libertà di prestazione di servizi, affermando contestualmente la necessità di attendere i risultati della direttiva c.d. *enforcement* prima di intervenire nuovamente sulla materia cfr. F. COSTAMAGNA, *Regulatory Competition in the Social Domain and the Revision of the Posted Workers Directive*, in A. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, *cit.*, p. 90; Z. RASNÁCA, *Identifying the (dis)placement of ‘New’ Member State Social Interests in the Posting of Workers: the Case of Latvia*, *cit.*, pp. 144-145, che nota, a testimonianza della sensibilità politica del tema, che le due lettere sono scaturite da un semplice annuncio in tema di *Mobility Package* senza che la proposta fosse ancora stata elaborata.

⁴⁷⁹ Si tratta di Ungheria, Polonia, Slovacchia e Repubblica Ceca. Il riferimento alla cittadina di Visegrad, sita nella contea di Pest, a nord di Budapest, si deve al meeting colà avvenuto tra i Capi di Stato e di Governo di questi Paesi per fondare un fronte comune in sede europea. Gli scopi dichiarati dell’alleanza sono la protezione delle radici cattolico-cristiane dell’Europa e la più generale preservazione delle identità nazionali dei Paesi. Le finalità perseguite non sono soltanto culturali e patriottiche: il club di Visegrad vuole piuttosto fare fronte comune e consolidare un’unitaria posizione con riguardo a tutti i temi più controversi dell’integrazione (diritti civili e non discriminazione,

notoriamente coinvolti nella esportazione temporanea di manodopera.⁴⁸⁰ Converterà allora, in queste prime pagine, ricapitolare brevemente su quali temi si è giocata la partita di revisione della direttiva, guardando ai vecchi equilibri per comprendere meglio i nuovi.

1.2 Il mutato contesto politico, storico, istituzionale e le sempre più sentite necessità di adeguamento della direttiva del 1996

Il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi interessa al momento poco meno di due milioni di lavoratori in Europa. Il fenomeno è stato caratterizzato da un costante aumento negli ultimi anni, con un incremento particolarmente significativo registratosi tra il 2010 e il 2015, intervallo temporale in cui il ricorso al distacco dei lavoratori è aumentato del 43%. La gran parte dei distacchi occorrono tra Paesi confinanti, sfiorando in alcuni casi l'80% del totale. Nel settore delle costruzioni, il ricorso al distacco sfiora il 35% del complesso dei lavoratori impiegati. Come si vede, il distacco dei lavoratori ha un'incidenza limitata in termini numerici assoluti, se comparato al totale delle persone che si muovono nello spazio giuridico Ue, assestandosi i beneficiari della libertà di circolazione attorno ai 17 milioni di persone⁴⁸¹. Eppure, il distacco è un fenomeno tutt'altro che neutro, tanto in una prospettiva economica quanto in una prospettiva sociale⁴⁸², in quanto strettamente connesso al tema della competizione regolativa tra i sistemi giuridici Ue.

immigrazione, finanziamento dell'azione dell'Ue). La valenza simbolica del luogo dell'incontro si deve alla collocazione, nel 1335, della capitale del Regno di Ungheria proprio nella cittadina di Visegrad.

⁴⁸⁰ Al riguardo, suggerisco di consultare il sito www.migrationonline.cz, blog di discussione critica sulla mobilità del lavoro nell'est Europa, dove sono rinvenibili plurimi report, documenti e notizie in materia.

⁴⁸¹ Dati tratti dal materiale informativo in materia di distacco transnazionale messo a disposizione degli interessati dalla Commissione europea, reperibile al sito https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/IP_16_466.

⁴⁸² T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea, cit.*, p.152

Il distacco dei lavoratori nel quadro della prestazione di servizi eurounitaria esprime eterogenei e diversi interessi⁴⁸³. Nella trattazione sinora svolta si è in particolar modo sposata la prospettiva dello Stato ospite la prestazione di servizi, esposto alla pressione concorrenziale delle imprese straniere. La competizione tra imprese si declina, nel mercato dei servizi eurounitario, nella possibilità di effettuare prestazioni a carattere transnazionale e temporaneo presso un altro Stato avvalendosi della propria manodopera, perché «l'attività d'impresa non può essere considerata del tutto indipendente dalle persone che costituiscono il supporto su cui si basa l'attività» della stessa, con la conseguente necessità «che il prestatore di servizi possa avvalersi liberamente del personale che costituisce il nucleo della sua impresa, perché ciò è indispensabile per l'esercizio efficace dell'attività [...]»⁴⁸⁴. Se lo Stato ospite la prestazione di servizi, per tradizione storica e politica, vanta uno statuto regolativo del lavoro maggiormente protettivo rispetto allo Stato di origine, la circostanza che il prestatore di servizi straniero possa avvalersi della propria manodopera cagiona pregiudizio tanto alle imprese nazionali, esposte alla concorrenza dell'impresa straniera vincolata da un costo del lavoro minore; tanto alla manodopera locale, che a sua volta subisce la pressione competitiva dei più bassi salari dei colleghi stranieri.

Gli Stati di origine, c.d. esportatori di manodopera, dal canto loro, esprimono l'opposto interesse a che sia il più stringato possibile, nell'occasione

⁴⁸³ Z. RASNÁCA, *Identifying the (dis)placement of 'new' Member State Social Interests in the Posting of Workers: the Case of Latvia*, cit., p. 1 ss.; N. VOICULESCU, *Posting of workers in the European Union: Affects and Effects at Political and Legal Level*, in XVI Law Annals Titu Maiorescu, 2017, p. 17 ss.; N. VASILE, *Posting of Workers in the European Union: Between Limiting Policies and Stimulating Standards*, Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale, 2015, p. 744 ss.; M. VINKOVIĆ, *Transformation of Employment Relations and Social Dumping in the European Union: The Struggle Between David and Goliath?* in G.G. SANDER et al. (eds.), *Transnational, European, and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, Springer, 2017, p. 5 ss. Sempre attuale, per l'efficace descrizione dell'eterogeneità degli interessi in gioco, P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, cit., p.571 ss.

⁴⁸⁴ Conclusioni dell'Avv. Generale in C. giust., 27 marzo 1990, C-113/89 *Rush Portuguesa c. Office national d'Immigration*, cit., pt. 18, riportate da F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., pp. 95-96.

del distacco all'estero, il novero di obblighi di adeguamento alle condizioni di lavoro imposto dagli Stati ospitanti alle imprese che eseguono commesse nel proprio territorio. Da un lato, perché tale adeguamento è percepito come orpello alla libertà economica; dall'altro, perché sovente la prestazione di servizi transnazionale rappresenta una fonte di profitto rilevante per le imprese ed i lavoratori locali allorché il tessuto industriale e produttivo del luogo non offra occasioni di commesse parimenti remunerative.

Se, in linea teorica, un determinato Stato può trovarsi ad essere sia esportatore che importatore di manodopera, essendo ciò il presupposto stesso della flessibilità connessa alle libertà di stabilimento e di servizi, in verità la collocazione dei sopra descritti interessi trova una ben definita fisionomia "geografica", per lo meno in alcuni settori⁴⁸⁵. Fisionomia che rappresenta uno dei prevedibili corollari dell'allargamento ad est dell'Unione europea (12 nuovi stati tra il 2004 e il 2007): in concreto, infatti, sono Stati importatori di manodopera i Paesi fondatori dell'Unione, quali Francia, Germania, Paesi Bassi, Italia (con incidenza del fenomeno maggiore o minore⁴⁸⁶) e sono correlativamente esportatori di manodopera proprio i Paesi *newcomers*, tra cui si annoverano i particolarmente combattivi e "rumorosi" membri del gruppo di Visegrad, ma anche la Romania, la Croazia e le c.d. repubbliche baltiche, Estonia, Lettonia e Lituania⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Cfr. F. COSTAMAGNA, *Regulatory Competition in the Social Domain and the Revision of the Posted Workers Directive*, in A. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, cit., pp. 82-83. È noto che uno dei settori più esposti al fenomeno del distacco transnazionale è quello delle costruzioni. V. al riguardo, J. CREMERS, *In Search of Cheap Labour in Europe: Working and Living Conditions of Posted Workers*, in *CLR Studies*, 2011; M. HOUWERZIJL, F. PENNING, *Double Charges in case of Posting of Employees: the Guiot Judgment and its Effects on the Construction Sector*, cit., p. 91 ss.; nonché i riferimenti bibliografici nelle prossime due note a pie di pagina.

⁴⁸⁶ Per approfondire v. lo studio di F. DE WISPELAERE, J. PACOLET, *An ad hoc Statistical Analysis on Short Term Mobility – Economic Value of Posting of Workers*, 2016; S. RAINONE, J. CREMERS, *Posting of workers in the construction sector*, 2018, specc. 5-7; anche M. ROCCA, *Extending the Principle of Equal Treatment to Posting of Workers*, cit., p. 12 ss.

⁴⁸⁷ Z. RASNÁCA, *Identifying the (dis)placement of 'new' Member State Social Interests in the Posting of Workers: the Case of Latvia*, cit., p. 131 ss.

Quanto alla classe imprenditoriale, i differenziali di costo del lavoro⁴⁸⁸ – notevolmente aumentati, passando da una differenza proporzionale tra il più basso e il più alto salario medio di 1:3 prima degli ultimi due allargamenti all'impressionante rapporto 1:10 – hanno in qualche modo creato una divisione al suo interno, perché le imprese prestatrici di servizi hanno manifestato interessi diversificati in ragione della loro capacità o meno di far fronte alla competizione. Le imprese stabilite in uno Stato membro particolarmente attento alla protezione sociale del lavoro, soprattutto se di piccole dimensioni, hanno dunque combattuto gli interessi delle imprese il cui Stato di origine rende possibile la corresponsione di bassi salari. A fronte degli eterogenei interessi della classe imprenditoriale, la Confederazione europea dei sindacati ha manifestato una posizione unitaria, assestandosi sulla pretesa di un livellamento verso l'alto del costo del lavoro in Europa, con ciò dimostrandosi positiva anche nei confronti della ventilata ipotesi di introdurre un salario minimo europeo.

Quanto all'Unione europea è ben noto che, pur rappresentando l'organizzazione sovranazionale gli Stati membri tutti ed i loro cittadini, a livello istituzionale si registra la pervasività degli interessi degli Stati fondatori, ben più rappresentati politicamente rispetto ai *newcomers*. Al contempo, i meccanismi di voto in Consiglio e in Consiglio europeo, possono attribuire ai secondi un inedito potere di veto; il che ha reso nell'ultimo quindicennio particolarmente difficile realizzare alcuni cambiamenti di centrale importanza, alimentando fenomeni di geometria variabile in ambito europeo (v. *supra*, cap. I, par. 1.2). Con riguardo alla riforma del distacco transnazionale questi equilibri, di natura squisitamente politica, hanno manifestato, come stiamo per vedere, un impatto significativo.

⁴⁸⁸ Vedi l'evocativa tabella in S. RAINONE, J. CREMES, *Posting of workers in the construction sector*, cit., p. 7 ove è mostrato il costo medio orario del lavoro nel settore delle costruzioni, in ordine crescente, dall'economicissima Bulgaria alla costosissima Danimarca. Ciò a conferma che «regolare il fenomeno del distacco transnazionale significa determinare il “quantum” di dumping sociale (in primis salariale) ammesso all'interno dell'Unione. Significa cioè stabilire se e in che misura la concorrenza giocata sul costo del lavoro possa costruire una (legittima) leva del processo d'integrazione europea», S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, cit., p. 56.

Certo è che l'Unione, come soggetto politico autonomo, smarcandosi dalle posizioni utilitaristiche e dal particolarismo degli Stati, ha più volte, per il tramite della voce dei suoi principali attori istituzionali, manifestato l'interesse⁴⁸⁹ a che la circolazione dei lavoratori alle dipendenze di imprese comunitarie ed il loro svolgimento dell'attività lavorativa nell'ambito di una prestazione di servizi fosse un'occasione di crescita economica ed insieme di progresso sociale e non anche di competizione tra lavoratori e sistemi giuridici, lavorando, per lo meno nelle intenzioni, nella direzione della preminenza della concorrenza leale sul *dumping sociale*.

Quanto all'adozione della nuova direttiva, il suo iter legislativo è esemplificativo dell'eterogeneità degli interessi ad essa sottesi. Fortemente voluta dalla Commissione Juncker, la proposta⁴⁹⁰ ha lasciato scontenti tutti gli attori politici coinvolti: mentre gli Stati membri di vecchia data avrebbero appoggiato una proposta più coraggiosa⁴⁹¹, alcuni Paesi di recente ingresso hanno

⁴⁸⁹ Compara M. ROCCA, *The Reform of the EU Directive on Posting of Workers. Fortune smiles on the Juncker Presidency?*, in G. CASALE, T. TREU (eds.), *Transformations of Work: Challenges for the National Systems of Labour Law and Social Security. XXII World Congress of the International Society for Labour Law and Social Security Law, Turin, 4-7 September 2018*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 1171 ss., con M. BIAGI, *Fortune Smiles on The Italian EU Presidency: Talking Half-Seriously about the Posted Workers and Parental Leave Directives*, in *IJCLLR*, 1996, p. 97 ss.

⁴⁹⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, COM (2016) 128 final, Strasburgo, 8 marzo 2016. La proposta è stata assoggettata, come prescritto dalla procedura di codecisione in materia sociale, ai Pareri del Comitato europeo delle regioni e del Comitato economico e sociale, rispettivamente espressi il 7 e il 14 dicembre 2016. Il testo trasmesso al Consiglio è stato trattenuto in discussione dal 10 marzo 2016 al 21 giugno 2018, quando l'istituzione ha espresso la propria posizione in prima lettura. In seguito, Parlamento e Consiglio ne hanno adottato il testo finale il 28 giugno 2018, che è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 9 luglio. Tutti gli atti intermedi sono liberamente consultabili al sito: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/HIS/?uri=CELEX:32018L0957>. In commento, R. SANTAGATA DE CASTRO, *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, cit., pp. 149-150.

⁴⁹¹ Vedi la posizione *sui generis* della Danimarca, che ha espresso parere negativo in ragione della asserita violazione delle competenze esclusive statali in materia di conflitto collettivo. Il silenzio della direttiva in materia non aveva in passato impedito l'indebita ingerenza in danno al diritto di sciopero e di contrattazione collettiva, come dimostrato dall'interpretazione della direttiva nella sentenza *Laval*. Il nuovo art. 1, par.1-bis dispone quanto segue: "la presente direttiva non pregiudica in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello di Unione, compresi il diritto o la libertà di sciopero o il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali. Essa non pregiudica neppure il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi, o di intraprendere azioni collettive in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali".

viceversa fortemente osteggiato l'adozione della direttiva, addirittura attivando la c.d. *yellow card procedure*, come era già successo con la proposta di regolamento Monti II. Mentre quel progetto fu abbandonato proprio in ragione dell'opposizione dei Parlamenti nazionali, la direttiva è stata in definitiva adottata in quanto, a dispetto delle opinioni contrarie, ritenuta pienamente coerente con l'architettura fondamentale dei Trattati dalla Commissione, con il susseguente avallo della Corte di giustizia.⁴⁹²

In precedenza, l'unico riferimento al conflitto collettivo era contenuto nel considerando n. 22 per cui "la presente direttiva lascia impregiudicato il diritto vigente degli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria". Il testo del considerando non aveva impedito che la Corte di giustizia si pronunciasse effettuando un bilanciamento tra libertà di prestazione di servizi e diritto di sciopero. Per la verità, anche l'art. 1, par. 2 della direttiva 2014/67/UE contiene una disposizione di analogo tenore. In commento, A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, cit., pp. 134-135.

⁴⁹² La c.d. *yellow card procedure* rappresenta uno dei tanti strumenti che, a seguito del fallimento del Trattato per l'adozione di una Costituzione per l'Europa, il meno ambizioso Trattato di Lisbona ha messo a disposizione degli Stati per attribuire loro un maggiore controllo sugli atti indesiderati. Ciò sin dalla discussione delle proposte in ambito europeo. In particolare, la finalità della procedura del cartellino giallo è quella di permettere ai Parlamenti nazionali, regolarmente informati circa il contenuto delle proposte della Commissione, di esprimere il proprio dissenso in quanto un determinato progetto è asseritamente adottato in violazione del *Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità* allegato ai Trattati. Come noto, infatti, il principio generale di proporzionalità esprime l'obbligo per le istituzioni europee di adottare atti la cui forma e il cui contenuto "si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati", art. 5, par. 4 TUE. L'osservanza del principio di sussidiarietà, ad esso strettamente connesso, impone invece che l'Unione, nell'esercizio delle competenze non attribuite alla sua esclusiva titolarità, intervenga soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati (art. 5, par. 3 TUE), L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 438 ss. Lo strumento in commento attribuisce ai parlamenti nazionali il diritto di esprimersi in prima battuta, entro 8 settimane dalla trasmissione del progetto di atto, circa la presunta violazione dei principi generali di proporzionalità e sussidiarietà. Nel caso in cui i pareri di asserita violazione dei principi suddetti ammontino a un terzo dei voti totali, il progetto di atto deve essere riesaminato dalla Commissione, che potrà ritirare o modificare il progetto, ma anche mantenerlo invariato previa adeguata motivazione. A fronte della fermezza della Commissione e dell'insuccesso della procedura del cartellino giallo, Ungheria e Polonia hanno proposto due ricorsi di simile impostazione per l'annullamento della direttiva 2018/957/UE, affermando che questa avrebbe cagionato la violazione della disciplina della libertà di prestazione di servizi (art. 56 TFUE). In secondo luogo, secondo il governo ungherese e quello polacco "la direttiva impugnata è contraria all'articolo 153, paragrafo 5, TFUE che esclude il potere legislativo dell'Unione per quanto attiene alla regolamentazione delle retribuzioni nell'ambito dei rapporti di lavoro", cit. ricorso depositato l'11 novembre 2018, secondo motivo. La Corte di giustizia, confermando le conclusioni dell'Avv. Generale Campos Sánchez-Bordona del 28 maggio 2020, ne ha dichiarato l'infondatezza; cfr. C. giust., cause C-620/18 e C-626/18, i documenti sono consultabili al sito: curia.europa.eu. Quanto alla proposta Monti II, nel 2010 il Commissario Mario Monti redigeva il documento denominato *Una nuova strategia per il mercato unico. Rapporto al Presidente della Commissione Europea J.M. Barroso*, 9 maggio 2010, in cui affermava la necessità di risolvere le ambiguità connesse alla carente effettività della direttiva. Alle dichiarazioni di Mario Monti era seguita una proposta di regolamento della Commissione, soprannominata Monti II,

Dare una lettura del testo del 1996 unitamente all’innesto del 2018 non è facile, perché molti sono i vasi di pandora che si ha la tentazione di scoperciare. Per questa ragione si è scelto di procedere nel modo seguente: si procederà dapprima a spiegare concisamente qual è l’assetto della direttiva attualmente vigente, senza procedere a spiegarne nel dettaglio i problemi. Successivamente, si tenterà di approfondire alcuni aspetti critici selezionati. In particolare, tratteremo questioni interpretative e sistematiche già note durante la vigenza della “direttiva madre” rispetto alle quali la nuova direttiva tenta di fare chiarezza. Ci occuperemo inoltre dei rimedi apportati dalla nuova direttiva alle lacune protettive del lavoro distaccato riscontratesi durante la vigenza della prima direttiva (anche a causa dell’interpretazione datane dai giudici di Lussemburgo). Gli interventi correttivi saranno commentati criticamente, potendosi sin d’ora anticipare che non sempre assumeranno, a parere di chi scrive, valenza risolutiva. Al contrario, gli emendamenti porranno nuovi e diversi problemi, senza definitivamente fugare i dubbi applicativi iniziali.⁴⁹³ La rassegna critica non si esimerà dall’aggiungere sostanza alla trattazione con l’esposizione della giurisprudenza passata e recentissima, a testimonianza della dinamicità dell’istituto che ci occupa.

Diversamente si procederà con la direttiva 2014/67UE. La direttiva *enforcement* merita una trattazione a sé stante, in quanto vanno distinti i problemi della direttiva e del suo emendamento dalle diverse questioni connesse alla elusione della disciplina. La direttiva *enforcement* presenta in effetti una peculiarità di oggetto, mirando a costruire un sistema europeo di sorveglianza

la cui bozza ha sollevato un coro unanime di reazioni negative, in quanto aspirava a disciplinare la delicata materia della conciliazione dei diritti collettivi con le libertà economiche. Per approfondire, v. G. ORLANDINI, *The Monti II Proposal for the Regulation and the Right to Strike in Post-Lisbon Europe*, in *Eur. Jour. Soc. Law*, 2012, 4, p. 224 ss.

⁴⁹³ «The practical impact of these changes in terms of a shift of values underpinning the internal market should not be overestimated», R. SANTAGATA DE CASTRO, *EU Law on Posting Of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, in *Italian Labour Law E-Journal*, cit., p. 150. Similmente, A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, cit., p. 134. Molto critico pure il giudizio di J.P. LHERNOULD, *Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. What Will Change in 2020?*, cit., p. 249 ss.

amministrativa sul genuino adempimento degli obblighi eurounitari in materia di distacco. In argomento, andrà indagato il ruolo della appena istituita *European Labour Authority*,⁴⁹⁴ nella speranza che alcuni dei problemi incontrati sul piano sostanziale possano essere risolti a livello applicativo per il tramite del sistema di generalizzato presidio all'effettività della disciplina.

1.3 *I contenuti essenziali della direttiva 96/71/CE come emendata dalla direttiva 2018/957/UE*

Si è già esaminato in precedenza il Preambolo della direttiva 96/71/CE⁴⁹⁵, la cui conoscenza sarà data per scontata; si sono pure già esaminati i rapporti tra la disciplina dei conflitti di leggi e la direttiva distacchi (capitolo I). Già sappiamo dunque che lo scopo della direttiva madre è stato creare un clima di leale concorrenza tra imprese, coniugandola con la protezione sociale dei lavoratori. Ciò per il tramite dell'introduzione di un nocciolo duro di tutele a favore dei lavoratori distaccati la cui garanzia era rimessa ai singoli Stati membri, garantendo la parità di trattamento tra imprese e la prevedibilità di tali obblighi.

Sappiamo anche che i sopra esposti mutamenti nel mercato dei servizi e gli effetti dell'allargamento ad est hanno imposto “a più di vent'anni dalla sua adozione” nuovamente di valutare “se la direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio consegua ancora il giusto equilibrio tra la necessità di

⁴⁹⁴ S. BORELLI, *Which Way I Ought to Go From Here? the European Labour Authority in the Internal Market Regulation*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, p. 143 ss.; J. CREMER, *The European Labour Authority and Enhanced Enforcement*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. European Parliament, Brussels, 2018;

⁴⁹⁵ Per approfondire i contenuti della direttiva 96/71/CE e le prime impressioni della dottrina coeva leggasi: G.G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori, un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, cit., p. 115 ss.; G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, cit., p. 465 ss.; R. MANCINO, *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, in *NLC*, 2000, p. 899 ss.; S. MARETTI, *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 223 ss.; R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'UE: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, p. 806 ss.; 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*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 175 ss.; P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, cit., p. 571 ss.; ID., *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, cit., p. 298 ss.

promuovere la libera prestazione dei servizi e garantire parità di condizioni, da un lato, e quella di tutelare i diritti dei lavoratori distaccati, dall'altro". Ciò allo scopo di "garantire uniformità nell'applicazione delle norme e un'autentica convergenza sociale" (considerando 4 della direttiva 2018/957/UE):

Ne esamineremo ora concisamente i contenuti, sottolineando le innovazioni della direttiva di emendamento. Va detto innanzitutto che la direttiva 96/71/CE affondava le radici nell'art. 57.2 TCE e 66 TCE. Attualmente, gli artt. 53, par. 1 e 62 TFUE, disposizioni confermate dal recente emendamento come base giuridica dell'intervento, dispongono che, al fine di facilitare l'accesso delle persone alle attività non salariate e l'esercizio di queste, il Parlamento europeo ed il Consiglio sono legittimati ad adottare atti di armonizzazione; che, al fine di dare concreta attuazione alla libertà di prestazione di servizi, le disposizioni in materia di rimozione delle restrizioni alla libertà di stabilimento trovano applicazione anche alla predetta libertà (55-58 TCE, ossia gli attuali 51-54 TFUE).⁴⁹⁶ La direttiva non trovava la propria fonte, dunque, nelle previsioni in materia sociale, e a queste non è ancorata neppure la direttiva di emendamento. L'obiettivo perseguito dalla disciplina non dovrebbe consistere nel perseguimento di finalità sociali, quali la protezione del lavoratore distaccato, né tanto meno nell'armonizzare le discipline di tutela del lavoro⁴⁹⁷, come lo

⁴⁹⁶ Nota J.P. LHERNOULD, *Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. What Will Change in 2020?* «the proposal of the European Parliament to extend the legal basis to Article 153 TFEU (social policy) has not been taken on board. Not only a double basis would have been an unusual practice but, in the specific case of posting, it would have been difficult to justify for the reason that posting of workers are based on a service contract. This is also why an exclusive basis referring to Article 45 TFEU did not seem relevant», *cit.* p. 250. In commento, più recentemente, E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, *cit.*, pp. 172-173; v. anche la più risalente analisi di P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, *cit.*, p. 572.

⁴⁹⁷ A. BELLAVISTA, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona", Int. 47, 2006, p. 28; v. S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, *cit.*, p. 122, per il quale la direttiva non ha obiettivi di armonizzazione, si limita a coordinare i sistemi di diritto del lavoro degli Stati membri attribuendo piuttosto al legislatore nazionale il compito di determinare la tutela materiale del lavoratore distaccato. Di direttiva di coordinamento parla pure, più recentemente, E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, *cit.*, p. 173.

strumento normativo scelto potrebbe suggerire⁴⁹⁸. Gli obiettivi della direttiva sono piuttosto, come prescritto dalla sua base giuridica, l'agevolazione della libertà di prestazione di servizi e la semplificazione del suo espletamento.

A ben vedere, come si è già avuto modo di dire, la direttiva ha fornito una risposta politica al problema giuridico posto dal caso *Rush Portuguesa*⁴⁹⁹ e dalla giurisprudenza successiva, attraverso l'introduzione di vincoli certi e prevedibili in capo ai prestatori di servizi, con ciò ponendo fine al confusionario regime preesistente (v. *supra* cap. II). Scopo della sua adozione è stato dunque, tra l'altro, ripristinare un certo grado di certezza giuridica, definendo gli istituti e le materie per le quali lo Stato membro è tenuto a definire un nocciolo duro di protezione del quale il lavoratore distaccato necessariamente deve beneficiare.

Se i prestatori di servizi sono stati gravati da inediti obblighi comunitari in forza della direttiva, è ciò è risultato per alcuni apparentemente antitetico rispetto alla sua base giuridica⁵⁰⁰, è pur vero che tali obblighi venivano imposti

⁴⁹⁸ Al tempo dell'adozione della direttiva madre, le disposizioni in materia sociale erano contenute nell'allora Protocollo sociale allegato al Trattato di Maastricht, destinato ad essere trasfuso nei Trattati. Come noto, la scelta di incardinare la direttiva sulle disposizioni in materia di tutela della libertà economica di prestazione di servizi in luogo delle disposizioni sociali ha suscitato le perplessità del Comitato economico e sociale che, già agli inizi del cammino della direttiva, nell'esprimere un parere ragionato sulla prima proposta (quella del 1991) sottolineava l'inadeguatezza della base giuridica scelta dalla Commissione. L'opposizione del Comitato economico e sociale, ribadita anche in occasione della seconda proposta (1993), è sostanzialmente rimasta inascoltata stante la conservazione della base giuridica. Si tratta di dubbi che anche la dottrina giuslavoristica ha espresso, tenendo conto dell'esito del procedimento e della formulazione finale dell'atto comunitario. In commento, G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, cit. p. 467; cfr. M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratto collettivo*, cit. p. 89; R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'UE: la normativa comunitaria*, cit., p. 806.

⁴⁹⁹ Si è già detto che la dottrina si è variamente espressa circa la valenza simbolica del nulla osta reale o apparente contenuto nel pt. 18 della sentenza *Rush Portuguesa*, cfr. S. EVJU, *Posting Past and Present: The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, cit., p. 6, nt. 18, che richiama le espressioni dottrinali quali «green light», «modeb», «boosters»; di «blanket permission» che ha legittimato le successive pratiche protezionistiche parla P. DAVIES, *The Posted Workers Directive and The EC Treaty*, cit., p. 301. Non la vedono così problematica T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, cit., pp. 152-153 a detta dei quali la Corte avrebbe dato preziose indicazioni sul tema dei limiti delle estensioni dei trattamenti lavoristici dello stato ospite al lavoro distaccato, senza accennare all'intrinseca contraddittorietà di tale giurisprudenza.

⁵⁰⁰ Cfr. P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems*, cit., p. 571 ss., che, operando un confronto tra la posizione dei prestatori in assenza della direttiva e dopo l'entrata in vigore di questa, conclude che la direttiva abbia reso più gravosa la prestazione dei servizi e sia espressione degli Stati importatori di manodopera, gli stessi Stati che vantano sistemi di

ai prestatori di servizi anche in precedenza, dagli Stati ospitanti la prestazione, in modo caotico, differenziato e sovente non proporzionato.

Quanto all'“oggetto” e all'“ambito di applicazione”⁵⁰¹ locuzioni entrambe introdotte a rubrica dell'art. 1 a seguito delle modifiche del 2018, la direttiva in commento “garantisce la protezione dei lavoratori distaccati durante il loro distacco in relazione alla libera prestazione dei servizi, stabilendo disposizioni obbligatorie riguardanti le condizioni di lavoro e la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori che devono essere rispettate” (nuovo art. 1, par. 1). Tali finalità vengono realizzate con riguardo ad ipotesi applicative che tutte muovono dal nesso giuridico tra lavoro e servizi⁵⁰². A ben vedere, la mobilità del lavoro eurounitaria rilevante per l'applicazione della disciplina è quella che si caratterizza per l'integrazione dei tassativi requisiti di cui alle lett. a) b) e c) dell'art. 1, par. 3. Destinatario della direttiva sono infatti le “imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano lavoratori, a norma del paragrafo 3, nel territorio di uno Stato membro” soddisfacendo i requisiti ivi descritti.

La lettera a) riguarda imprese che “distaccano un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia”. Rappresentano dunque caratteri peculiari di questa ipotesi applicativa: il riferimento ad un contratto commerciale

protezione sociale più “ingombranti”. Similmente, C. BARNARD, *Ec employment Law*, Oxford University Press, 2006, «if the directive is intended to facilitate the provision of services, it could be argued that the imposition of additional burdens on services providers hinders, rather than facilitates the provision of services, albeit the Court approved this interference in *Rush Portuguesa*. If, on the other hand, the Directive is intended to harmonize costs and stop social dumping, the setting of only minimum standards suggests this is unlikely», *cit.* p. 288.

⁵⁰¹ Per un inquadramento pulito e diretto a cura della dottrina più recente, v. T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea, cit.*, p. 151 ss.; E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea, cit.*, p. 175 ss. Per una maggiore problematizzazione dell'ambito di applicazione si consiglia la lettura della bibliografia indicata a **nt. 495**.

⁵⁰² F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea, cit.*, p. 146.

tra l'impresa prestatrice ed il destinatario⁵⁰³ della prestazione di servizi; la persistenza di un rapporto di lavoro tra l'impresa datrice ed il lavoratore distaccato; l'invio all'estero del lavoratore per conto proprio dell'impresa prestatrice e la conservazione dei poteri direttivi in capo alla stessa.⁵⁰⁴ In questa prima fattispecie, dunque, il prestatore di servizi distaccante svolge all'estero una commessa, normalmente inquadrata nella figura negoziale dell'appalto di servizi o del subappalto, a favore di un soggetto, destinatario della prestazione, presso uno Stato membro dell'Unione. La norma prescrive, da un lato, che il lavoratore si «inserisca nell'organizzazione produttiva dell'impresa ricevente»⁵⁰⁵; al contempo impone che l'impresa distaccante conservi i poteri direttivi nei confronti del lavoratore e lo distacchi in costanza del rapporto di lavoro⁵⁰⁶. La mobilità del lavoro è, in questo caso, a ben vedere, mobilità del fattore della produzione lavoro. Tra le tre fattispecie, questa è l'unica che coinvolge una vera e propria attività produttiva transnazionale del soggetto distaccante. Al contrario, nelle altre due ipotesi, come vedremo, la prestazione di servizi transnazionale consta essa stessa nel distacco dei lavoratori⁵⁰⁷.

L'enunciato di cui alla lett. b) contempla la discussa ipotesi di distacco

⁵⁰³ Mentre nelle lett. b) e c), nel riferirsi al soggetto distaccatario, la direttiva adotta il riferimento alla nozione di impresa, nella lett. a) il riferimento è ad un generico "destinatario". Si tratta di una svista: fermo restando che l'interpretazione data dalla giurisprudenza della Corte di giustizia del concetto di "destinatario di una prestazione di servizi" è un'interpretazione ampia, che coinvolge anche soggetti non imprenditori, si deve ritenere che il mancato riferimento alla natura imprenditoriale del distaccatario nella lett. a) costituisca una incoerenza sistematica. cfr. F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., 66-69. V. anche G.G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori, un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, cit., p. 119, che fa notare che la sollecitazione a chiarire la nozione di destinatari era stata sollecitata dal parere del Comitato economico e sociale sulla prima proposta di direttiva.

⁵⁰⁴ U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit. pp. 40-41.

⁵⁰⁵ R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'UE: la normativa comunitaria*, cit., p.808.

⁵⁰⁶ «The directive identifies three such categories of arrangements. The most obvious is where the host and home State undertakings have concluded a contract for the provision of the services in question», P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, cit., p. 576.

⁵⁰⁷ U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit. p. 45.

del lavoratore “in uno stabilimento o in un’impresa appartenente al gruppo”⁵⁰⁸. La fattispecie in questione, rimasta inalterata anche a seguito dei recenti interventi modificativi, ha posto *ab origine* dubbi interpretativi sulla conciliazione con l’affermazione per cui il corpus della disciplina abbia come presupposto essenziale l’elemento della prestazione di servizi transnazionale. Sembrerebbe infatti che il distacco dei lavoratori debba essere considerato un elemento ulteriore e diverso rispetto alla prestazione di servizi transnazionale.⁵⁰⁹ Al contrario, si deve ritenere che la costruzione della fattispecie di cui alla lett. b) denoti che la prestazione di servizi transnazionale consista nel distacco stesso (analogamente deve dirsi, peraltro, per la lett. c dello stesso paragrafo 3, anche dopo le modifiche recentemente intervenute). La lett. b) parrebbe dunque rappresentare una deroga⁵¹⁰ rispetto al requisito della necessità di una prestazione di servizi, in quanto «l’appartenenza al medesimo gruppo sostituisce l’esistenza di un formale contratto di prestazione di servizi»⁵¹¹. Se «manca, a rigore, il presupposto della prestazione di un servizio transfrontaliero, o meglio tale presupposto è creato dallo stesso legislatore»⁵¹², non tutta la dottrina concorda: un’altra lettura valorizza la tendenziale «sovrapposizione concettuale

⁵⁰⁸ Il riferimento all’appartenenza al gruppo ovvero allo svolgimento temporaneo della prestazione presso uno stabilimento dell’impresa è stato inserito in sede di formulazione finale del testo della direttiva. Le proposte del 1991 e del 1993 non facevano cenno alla fattispecie del distacco infragruppo, ed anzi contemplavano una nozione ampia di distacco presso un’impresa stabilita in un altro Stato membro, pur in mancanza di un legame di gruppo tra le due imprese coinvolte. Il restringimento della fattispecie di cui alla lett. b) ha cagionato dunque l’esclusione dal campo d’applicazione della direttiva di forme di mobilità temporanea del lavoro presso imprese stabilite in Stati terzi prive di un collegamento di gruppo con l’impresa datrice di lavoro. Il che comporta l’applicazione al lavoratore in questione della disciplina di protezione sociale che lo Stato ospite riterrà di voler estendere ai lavoratori distaccati in loco (usiamo il termine impropriamente, a prescindere dal sistema di obblighi e facoltà che la direttiva 96/71 costruisce, dal cui campo di applicazione tali ipotesi esulano). Per approfondire, U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit. p. 51 ss.

⁵⁰⁹ U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit. p. 46.

⁵¹⁰ Si potrebbe dubitare compatibilità comunitaria della disposizione di cui alla b) dal momento che l’allora art. 50 TCE/oggi art. 57 TFUE definisce le attività di prestazione di servizi come, in particolare, attività a carattere industriale commerciale o artigiano, normalmente fornite dietro retribuzione. Si tratta di una definizione ben lontana dalla fattispecie che stiamo considerando.

⁵¹¹ M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratto collettivo*, cit. p. 89.

⁵¹² S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., p. 133, nt. 127.

tra servizio e lavoro»⁵¹³, a denotare la natura *labour intensive* della prestazione di servizi. Quale che sia l'interpretazione preferita, si suppone che la *ratio* della scelta di includere fenomeni di mobilità interna alla medesima realtà organizzativa di gruppo risponda ad una esigenza antielusiva, ovvero valga a contrastare tecniche di ingegneria societaria volte a frammentare la tutela del lavoratore, il che si avrebbe, ad esempio, nel caso di novazione soggettiva del rapporto di lavoro, nel caso in cui fosse stipulato un rapporto di lavoro *ex novo* con la consociata estera.⁵¹⁴ Questa garanzia è data dal requisito che permanga “un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia”, e pare ulteriormente confermata dal fatto che, qualche anno dopo, il regolamento Roma I abbia sancito, con il considerando n. 34, l'irrelevanza della stipulazione di un nuovo contratto nella valutazione della abitudine della prestazione ai fini della legge applicabile.

Quanto alla lett. c)⁵¹⁵, essa contempla l'ipotesi in cui il lavoratore venga

⁵¹³ F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., 151.

⁵¹⁴ F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 156.

⁵¹⁵ Il Considerando n. 19 della direttiva 96/71/CE stabilisce che, “fatte salve altre disposizioni comunitarie, la direttiva non implica l'obbligo di riconoscimento giuridico dell'esistenza di imprese di lavoro temporaneo né osta all'applicazione, da parte degli Stati membri, della loro legislazione in materia di cessione temporanea di manodopera e di imprese di lavoro temporaneo presso imprese che non sono stabilite nel loro territorio ma vi esercitano attività nel quadro di una prestazione di servizi”. La precisazione che gli Stati membri non sono tenuti, allorché il loro ordinamento non ne preveda lo statuto, a riconoscere l'attività di imprese che, professionalmente, svolgono attività cessione di lavoratori a titolo temporaneo, e l'affermazione che, viceversa, nulla osta a che gli Stati membri che di tale disciplina si sono dotati possano estenderne l'applicazione alle imprese che, nell'occasione di una prestazione di servizi, vi svolgono temporaneamente la propria attività, ci permette di fare le opportune precisazioni sullo statuto del “lavoro temporaneo” ai tempi in cui la direttiva è stata adottata e nell'attualità dell'ordinamento dell'Unione. Mentre la direttiva 96/71 entrava in vigore, infatti, venivano adottate la Convenzione OIL n. 181/1997 e la Raccomandazione ad essa accessoria n. 188/1997. Si tratta di due atti con i quali l'Organizzazione Internazionale del Lavoro adottava un approccio meno restrittivo rispetto all'istituto del lavoro tramite agenzia. Dieci anni più tardi, l'Unione europea avrebbe adottato una direttiva, la 2008/104/CE volta alla regolazione comunitaria dell'istituto del c.d. lavoro temporaneo o interinale. Prima dell'adozione della direttiva comunitaria, dunque, non vi era un'armonizzazione neanche minimale delle fattispecie ascritte dai vari ordinamenti giuridici e dalla dottrina al *nomen iuris* di “lavoro intermittente”, “lavoro interinale”, “lavoro tramite agenzia”, “*leasing* di manodopera”, “lavoro temporaneo” (ed ecco spiegata l'eterogeneità del linguaggio utilizzato). Eppure, la quasi totalità degli Stati membri vantavano, prima che la direttiva venisse approvata a livello europeo, una propria disciplina variamente riconducibile all'istituto, improntato sulla struttura trilaterale ed al ricorso ad un contratto commerciale tra l'agenzia di fornitura di lavoro altrui e l'utilizzatore della prestazione lavorativa, da un lato, ed il contratto di lavoro tra il prestatore di lavoro e l'agenzia, dall'altro. Per quanto ci riguarda, la L. n. 1369/1960

distaccato da un'impresa di lavoro temporaneo, in costanza del rapporto di lavoro con essa intrattenuto, presso una impresa utilizzatrice. Conviene dapprima riassumerne i caratteri distintivi: l'esistenza di un contratto commerciale tra l'impresa distaccante, un'agenzia per il lavoro, e l'impresa utilizzatrice; la circostanza che oggetto di tale contratto è proprio la fornitura di manodopera, e dunque, la coincidenza tra la prestazione di servizi transnazionale e il distacco stesso; la costanza di rapporto tra il lavoratore temporaneamente inviato all'estero e l'impresa che lo invia; la natura necessariamente temporanea del distacco. La direttiva 2018 ha apportato una modifica terminologica al testo della lett. c), sostituendo la precedente formulazione, che impiegava la nozione di "cessione temporanea" con la tecnicamente più appropriata nozione di "fornitura".

Le modifiche recentemente intervenute in materia di somministrazione transnazionale di manodopera non si limitano tuttavia a questo marginale profilo. Va segnalato, infatti, che la direttiva 2018 è intervenuta in materia con due sostanziose previsioni⁵¹⁶. La prima novella introduce per la prima volta nel testo della direttiva distacchi il riferimento esplicito ai c.d. "distacchi a catena". Si tratta dell'ipotesi in cui l'impresa distaccataria, a sua volta, durante la pendenza del distacco originario, provveda ad inviare all'estero il lavoratore nel quadro di una delle ipotesi applicative della stessa direttiva. In tal caso, precisa un nuovo paragrafo aggiunto all'art. 1, "il lavoratore è considerato distaccato nel territorio di tale Stato membro dall'impresa di lavoro temporaneo o dall'impresa che effettua la fornitura con la quale sussiste un rapporto di lavoro. L'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che effettua la fornitura di lavoratori si considera

vietava qualsivoglia forma di interposizione nelle prestazioni di lavoro che realizzasse una forma di fornitura a terzi di prestazioni lavorative. La prima regolazione della materia veniva introdotta dal c.d. Pacchetto Treu, adottato a un anno dall'introduzione della direttiva (L.n. 196/1997). Cfr. G.G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori, un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, cit., pp. 117- 119, sottolinea le preoccupazioni del Comitato economico e sociale nel parere allegato alla prima proposta a causa del mancato riconoscimento giuridico dell'attività delle agenzie di lavoro temporaneo nell'Ue.

⁵¹⁶ A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, cit., pp. 141-142.

essere un'impresa di cui al paragrafo 1 e tale impresa deve rispettare pienamente le pertinenti disposizioni della presente direttiva e della direttiva 2014/67/UE". È inoltre prevista un'informativa preventiva all'impresa di lavoro temporaneo.

Si tratta di precisazioni che testimoniano la dinamicità degli istituti giuridici in commento, che possono sovrapporsi tra loro. Il fondamento giuridico delle nuove disposizioni è quello di inquadrare questo dinamismo in una rigorosa cornice giuridica di protezione del lavoratore, dal momento che in precedenza, l'ulteriore distacco all'estero presso un utilizzatore in uno Stato terzo non veniva, a rigore, inquadrata come prestazione di servizi transnazionale e dunque non ricadeva nel campo di applicazione della direttiva. Oggi è possibile effettuare tale attività, senza nondimeno eludere la rigorosa osservanza della disciplina sostanziale di tutela del lavoratore. Tuttavia, come è stato osservato da giuslavoristi attenti a questi temi, introducendo questi obblighi la direttiva ha di fatto "sdoganato" il ricorso ai distacchi a catena, della legittimità dei quali in precedenza si dubitava.⁵¹⁷ Quanto alla seconda previsione in materia di somministrazione transnazionale, la più recente direttiva trasforma in obbligo quanto in precedenza era soltanto una facoltà degli Stati membri, che oggi sono obbligati ad introdurre una parità di trattamento quanto alle condizioni di lavoro e di occupazione tra lavoratori somministrati in loco e lavoratori distaccati in somministrazione a norma dell'art. 5 della direttiva 2008/104/CE, con ciò dimostrando l'attitudine della nuova direttiva a realizzare un nuovo equilibrio tra statuto obbligatorio e statuto facoltativo del lavoro distaccato, ossia tra quanto gli Stati devono e possono fare (art. 3, nuovo paragrafo 1-ter).

Esaminato il campo di applicazione della direttiva, va determinato in conclusione quali situazioni giuridiche non vi ricadano.⁵¹⁸ Innanzitutto, la

⁵¹⁷ A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, cit., pp. 141-142, ove gli A. richiamano C. giust., 14 novembre 2018, C-18/17, *Danieli*, che riguardava lavoratori croati somministrati in distacco in Italia e poi temporaneamente inviati in Austria secondo lo schema del distacco a catena.

⁵¹⁸ È pure opportuno concisamente riflettere su quali aspetti accomunano le fattispecie appena descritte e quali siano i principali elementi di differenziazione. Partiamo con constatare che, con riguardo alle lett. a) e c), la necessaria temporaneità della prestazione di servizi impone l'apposizione

direttiva “non si applica alle imprese della marina mercantile con riguardo al personale navigante” (art. 1, par. 2). Nel capitolo I abbiamo pure individuato talune categorie di attività che richiedono continui spostamenti della manodopera, e si caratterizzano per la difficile individuazione di un luogo abituale di lavoro nella sua fenomenologia “classica”. In considerazione di ciò, il legislatore ha ampliato la nozione di luogo abituale di lavoro sino a farvi rientrare la situazione limite del luogo a partire dal quale i lavoratori peripatetici partono e fanno ritorno, con il pieno avallo della giurisprudenza della Corte di giustizia.

di un termine al contratto commerciale intercorrente tra la distaccante prestatrice di servizi ed il destinatario del servizio, nel primo caso; tra l'impresa di lavoro temporaneo e l'impresa utilizzatrice nel secondo. Su questa temporaneità si innesterà la necessaria temporaneità del distacco del lavoratore, non necessariamente con essa coincidente in termini di durata, cfr. R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'UE: la normativa comunitaria*, cit., p. 807. Va fatta poi qualche riflessione sul luogo di svolgimento della prestazione lavorativa, necessariamente dislocato in uno Stato membro dell'Unione diverso da quello del distaccante, elemento di cui dà conto l'inciso che, nell'aprire il paragrafo 3 dell'art. 1, parla di “misure transnazionali”. La transnazionalità del distacco è però un concetto meno ampio della transnazionalità evocata con riguardo alla libertà di prestazione di servizi: «il distacco presuppone una modificazione del contesto topografico in cui si svolge la prestazione, il che per la direttiva comporta lo spostamento dal territorio di uno Stato membro a quello di un altro Stato membro della Comunità», R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell'UE: la normativa comunitaria*, cit., p. 808. Infatti, «la condizione soggettiva del lavoratore, ricorrente nelle ipotesi sub. a), b), e c) denota non semplicemente una modifica del luogo abituale di esecuzione della prestazione ma una modifica implicante uno spostamento oltre i confini dello Stato di costituzione del rapporto», F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 150. Analogie si riscontrano tra le lett. a) b) e c) pure con riguardo ad un ulteriore profilo: in tutte e tre le enunciazioni si indica il requisito della conservazione di “un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia” (lett. a) e b)), ovvero “fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente” (lett. c). Il distacco avviene dunque “in costanza di rapporto” e si deve escludere che il rapporto di lavoro possa essere costituito *ad hoc*, come confermano pure le norme antielusive della direttiva 2014/67/UE. Per il resto, non può affermarsi che nelle tre ipotesi considerate si verifichi un'alterazione dell'identità tra datore di lavoro titolare del rapporto e concreto utilizzatore o beneficiario della fattispecie. Ciò perché, nella lett. a), l'utilizzatore effettivo della prestazione rimane il datore di lavoro prestatore di servizi che si sposta nel territorio di un altro Stato membro con il suo personale per eseguire obbligazioni nascenti da un contratto commerciale, anche se per farlo è necessario l'inserimento nell'organizzazione dell'impresa ricevente. Il beneficiario è, invece, nelle lett. b) e c), un soggetto terzo. Anche se, per la verità, il beneficiario della prestazione, nelle ipotesi di distacco presso uno stabilimento della stessa impresa, è comunque la medesima identità giuridica datrice. Ulteriori affinità possono poi essere individuate tra le lett. a) e c), con riguardo al profilo dell'esistenza di un contratto altro rispetto a quello da cui nasce il rapporto di lavoro tra impresa datrice e lavoratore distaccato. Nel caso della lett. a) un contratto commerciale “tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro”, di norma un appalto di servizi, che costituisce la «forma giuridica prevalente nella casistica giurisprudenziale», F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 154, dove rinvia tabella p. 98. Nel secondo caso, la lett. c), un contratto tra l'impresa distaccante, ossia l'agenzia di somministrazione, e l'impresa utilizzatrice. Nel secondo caso, a differenza del primo, oggetto del contratto è proprio l'attività di cessione dei lavoratori distaccati.

Capire in che misura simili fenomeni peripatetici rientrino nel campo di applicazione della disciplina del distacco rappresenta uno dei nodi più problematici da sciogliere, in quanto strettamente connesso al nodo della temporaneità e del suo confine con la abitualità. Tratteremo dunque queste questioni problematiche direttamente nelle pagine dedicate agli aspetti critici della disciplina.

Quanto alle esclusioni, il considerando n. 20 dispone che la direttiva “non interessa gli accordi conclusi dalla Comunità con paesi terzi né le normative degli Stati membri relative all’accesso al loro territorio da parte di prestatori di servizi di paesi terzi”, lasciando la direttiva impregiudicate le legislazioni nazionali relative alle condizioni di ingresso, di residenza e di occupazione per i lavoratori di paesi terzi”⁵¹⁹. Al riguardo si segnala pure il considerando n. 18, che esplicitamente impone agli Stati membri di scongiurare il rischio che imprese stabilite in Stati terzi godano di un trattamento più favorevole rispetto a quelle comunitarie.⁵²⁰ Nondimeno, a dispetto della incompetenza della direttiva a regolare tali fenomeni, nulla osta a che gli Stati membri estendano alle imprese stabilite in uno Stato terzo disposizioni del diritto nazionale che garantiscano un determinato trattamento economico e normativo ai lavoratori di un dato settore, anche se solo temporaneamente presenti sul territorio. Ciò può avvenire anche contestualmente all’attuazione degli atti comunitari che disciplinano questi aspetti infra-UE. Si noti, in tema, che il legislatore italiano ha, sin dall’adozione dell’ormai abrogato d.lgs. 72/2000, atto con il quale la direttiva 1996 veniva

⁵¹⁹ F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell’Unione Europea*, cit., pp. 159-160.

⁵²⁰ Cfr. S. MARETTI, *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, cit., p. 1149. Al di là dei profili concorrenziali, va detto che la questione è complicata da un’ulteriore variabile: oltre alla nazionalità dell’impresa distaccante, rileva pure la nazionalità dei lavoratori distaccati. Se i lavoratori distaccati sono cittadini extracomunitari, anche se regolarmente assunti presso uno degli Stati membri, gli Stati ospiti tenderanno a frapporre ostacoli procedurali alla libertà di prestazione di servizi che coinvolgono questo profilo. La Corte di giustizia si era espressa chiaramente al riguardo, come si ricorderà, già ai tempi del caso *Vander Elst*: nell’ipotesi di esercizio della libertà di prestazione di servizi da parte di un prestatore comunitario che distacchi presso uno degli Stati membri propria manodopera extracomunitaria, l’imposizione di ulteriori oneri di natura amministrativa e la richiesta per essi di una autorizzazione sono pratiche illegittime perché rappresentano indebiti ostacoli all’esercizio della predetta libertà economica comunitaria. (v. *supra*, cap. II, par. 2.2).

recepita, adottato un simile approccio, estendendo le medesime misure anche ai lavoratori extracomunitari temporaneamente distaccati in Italia.

Quanto alle caratteristiche identificative del lavoratore distaccato, egli è il “lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente”. Alla luce dell’assenza di una nozione eurounitaria di subordinazione, il legislatore ha dato una risposta al problema della qualificazione all’art. 2 comma 2, stabilendo che ai fini della direttiva, la nozione di lavoratore è quella applicata in base al diritto dello Stato membro nel cui territorio è distaccato. Scelta ritenuta felice dalla dottrina, che la ha giudicata rispondente alla necessità di garantire l’indispensabile coerenza tra la nozione giuridica di lavoratore e le disposizioni imperative che gli sono applicabili a norma dell’art. 3⁵²¹.

Quanto alla determinazione di quali tutele sono riservate ai lavoratori distaccati, centrale importanza è assunta dall’art. 3 che definisce le “Condizioni di lavoro e di occupazione” del lavoratore distaccato. La disposizione, che rappresenta il cuore pulsante della direttiva 96/71/CE, è stata innovata dalla direttiva 2018/957/UE, in forza della quale attualmente dispone: “gli Stati membri provvedono affinché, indipendentemente dalla normativa applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all’articolo 1, paragrafo 1, garantiscano, sulla base della parità di trattamento, ai lavoratori distaccati nel loro territorio le

⁵²¹ «The directive applies only to workers, and the law of the host State is used to determine who is a worker. On the basis that the purpose of the directive is to protect the regulatory system of the host State, this seems the correct rule. The host State should not be entitled to regulate any person it would not regard as a worker if the employer were established in the host State; conversely, the fact the home State labour law would not regard a particular person as a worker is beside the point, if that person would be so regarded by the host State and the objective is to protect the host State’s system of labour regulation», P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, cit., p. 577. In commento pure G.G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori, un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, cit., p. 121; cfr. F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell’Unione Europea*, cit., pp. 152-153, dove si sottolinea la coerenza della scelta con il modello *host state control*. Ma v. C. giust., 15 giugno 2006, C-255/04, *Commissione c. Repubblica francese*. In tema, v. anche lo studio di A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, ‘Posting’ and ‘Posted Workers’ – *The Need for Clear Definitions of Two Key Concepts of The Posting of Workers Directive*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2011-2012, 2012, Vol. 14, p. 419 ss., ove le studiose mettono in relazione gli aspetti dello campo di applicazione personale della direttiva con i diversi metodi di implementazione della prima direttiva negli Stati membri.

condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie elencate di seguito che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono stabilite da: disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale o altrimenti applicabili a norma del paragrafo 8: a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) durata minima dei congedi annuali retribuiti; c) retribuzione, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; d) condizioni di fornitura dei lavoratori, in particolare la fornitura di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro; f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; g) parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione; h) condizioni di alloggio dei lavoratori qualora questo sia fornito dal datore di lavoro ai lavoratori lontani dal loro abituale luogo di lavoro; i) indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori lontani da casa per motivi professionali [...]”.

Limitandoci qui a commentare la disciplina nei suoi caratteri essenziali, si deve innanzitutto dire che la direttiva sul distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi ha trasformato in obbligo in capo agli Stati membri quanto la Corte di giustizia aveva concesso loro a titolo di mera facoltà.⁵²² Il cuore della direttiva consta infatti nell’imporre agli Stati membri la garanzia, ai lavoratori distaccati nel proprio territorio, dell’applicazione di parte del diritto nazionale del lavoro, così da formare un “nocciolo duro di tutele”,⁵²³ un “nucleo

⁵²²A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, ‘*Posting’ and ‘Posted Workers’ – The Need for Clear Definitions of Two Key Concepts of The Posting of Workers Directive*, cit., p. 419; cfr. la stessa espressione nella Comunicazione della Commissione del 25 luglio 2003, *L’applicazione della direttiva 96/71/CE*, COM (2003) 458, def., p. 7.

⁵²³ “Considerando che il prestatore di servizi deve osservare, a prescindere dalla durata del distacco dei lavoratori, un nocciolo duro di norme protettive chiaramente definite”, considerando n. 14.

di norme vincolanti»⁵²⁴ con riguardo ad una serie di «profili indifetibili»⁵²⁵ del rapporto di lavoro. Si delinea così uno primo sistema di norme, che possiamo definire obbligatorio⁵²⁶. Come vedremo appresso, la direttiva pone le basi affinché possa trovare applicazione, negli Stati membri, un sistema di altrettante norme facoltative applicabili al lavoratore in forza non già di un obbligo gravante in capo allo Stato ospite, ma di una facoltà⁵²⁷. Partiamo dunque da cosa gli Stati membri devono fare.

Se la direttiva non è una direttiva di armonizzazione ma di mero coordinamento, indicando soltanto criteri per la selezione delle misure di protezione minima senza specificare la disciplina materialmente applicabile, è stato osservato che l'art. 3, par. 1 individua materie ed istituti in gran parte fatti oggetto di armonizzazione comunitaria⁵²⁸ o che lo sarebbero stati negli anni successivi. L'elenco, che dopo le modifiche del 2018, annovera due nuovi punti, rispecchia in effetti plurimi sforzi di armonizzazione già condotti dal legislatore eurounitario al tempo dell'adozione della prima direttiva o di lì a poco realizzati. Con riguardo alle lett. a) e b), infatti, le direttive 93/104/CEE e 2003/88/CE sul tempo di lavoro forniscono una disciplina di coordinamento riguardo ai limiti massimi di lavoro, al riposo e alle ferie⁵²⁹. Ampiamente armonizzata è pure la

⁵²⁴ «Considerando che le legislazioni degli Stati membri devono essere coordinate per definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima cui deve attenersi nel paese ospite il datore di lavoro che distacca dipendenti a svolgere un lavoro a carattere temporaneo nel territorio di uno Stato membro dove vengono prestati i servizi; che tale coordinamento può essere effettuato soltanto attraverso il diritto comunitario», considerando n. 13.

⁵²⁵ F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 161.

⁵²⁶ Cfr. P. DAVIES, *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, p. 571 ss. il quale, nel definire i tre «features of interest» della direttiva, indica «the distinction between the standards Member States *must apply* and those which they *may apply*», cit., p. 577 (corsivo nostro).

⁵²⁷ La direttiva attribuisce agli Stati membri una vasta gamma di facoltà che a loro volta istituiscono un sistema di deroghe complesso e articolato: «deroghe settoriali», «deroghe per ridurre il livello di tutela domestica», «deroghe per incrementare il livello di tutela domestica», che tutte esamineremo, F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., pp. 171-173. Su statuto obbligatorio e facoltativo cfr. M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratto collettivo*, cit., p. 89; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 27.

⁵²⁸ G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, cit., p. 471. Cfr. F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., pp. 162-163.

⁵²⁹ V. FILÌ, *L'organizzazione del lavoro*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 286 ss.

disciplina in materia di salute e sicurezza, a partire dalla direttiva 83/391/CEE cui si affiancano le plurime direttive in materia di rischi specifici⁵³⁰; oggetto di armonizzazione è pure la tutela comunitaria dei giovani (v. direttiva 94/33/CE) e delle lavoratrici gestanti e puerpere, di cui alla lett. f) (v. direttiva 92/85/CE).⁵³¹ La lett. g) richiede di garantire la parità di trattamento tra uomini e donne, il che ha costituito uno degli obiettivi prioritari della Comunità, poi dell'Unione, perseguito per il tramite di una pluralità di direttive comunitarie.⁵³²

Rispetto all'elenco delle materie, merita segnalare il riferimento alla retribuzione, inedito elemento introdotto dalla direttiva 2018/957/UE in luogo della precedente formulazione che si riferiva soltanto alle “tariffe minime salariali”. Tale aspetto rappresenta unanimemente la principale novità dell'intervento di emendamento, come si è già detto, imperniato sulla massima “*equal pay for equal work at the same place*”. Della *ratio* dell'emendamento, nonché degli auspicati cambiamenti che questo dovrebbe, per lo meno in apparenza, introdurre, si parlerà più avanti, rappresentando questa novità uno degli elementi critici (e insieme più interessanti) della disciplina. In questa sede, ci limitiamo a osservare che questa materia non è riconducibile alla competenza normativa dell'Unione: l'art. 153, par. 5, infatti, esclude la competenza dell'UE quanto alle “retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero ed al diritto di serrata”⁵³³. Se l'allora Comunità europea non aveva voce in capitolo in materia retributiva, la scelta di annoverare le tariffe minime salariali tra le materie costituenti il nucleo inderogabile di norme vincolanti ha rappresentato il tentativo di dare una risposta al problema dei differenziali di costo del lavoro tra gli Stati membri (e più in generale al problema del c.d. *dumping* salariale), senza avventurarsi a determinare il *quantum* di retribuzione minima spettante ai

⁵³⁰ V. FILÌ, *L'organizzazione del lavoro*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 291 ss.

⁵³¹ V. FILÌ, *L'organizzazione del lavoro*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., pp. 300-303.

⁵³² A. MONTANARI, N. GIRELLI, *Parità di trattamento e divieto di discriminazione*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 206 ss.

⁵³³ In commento, M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, cit., p. 11.

lavoratori. Simile ingerenza – o, vedendola in un'altra maniera, tale ponderato *self-restraint* – non è stata sanzionata di illegittimità, né ai tempi dell'adozione della prima direttiva, né, come si è visto, a seguito della più coraggiosa recente introduzione della parità di trattamento con riferimento al più onnicomprensivo parametro della retribuzione. La Corte di giustizia, anche nell'ambito dei recenti ricorsi presentati da Polonia e Ungheria avverso la disciplina della nuova direttiva, non ha ritenuto fondata la censura⁵³⁴.

Rappresentano elementi di novità pure la lettera h), afferente alle condizioni di alloggio dei lavoratori qualora questo sia fornito dal datore di lavoro ai lavoratori lontani dal loro abituale luogo di lavoro, nonché la lettera i) “indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori lontani da casa per motivi professionali”⁵³⁵. Al riguardo, è sufficiente qui dire che la complessiva opera di *maquillage* della direttiva 2018 ha interessato anche i profili percepiti come più iniqui in termini sociali. In quest'ottica, appare meritevole lo sforzo del legislatore europeo nella direzione di rendere più difficile attuare le pratiche di compressione dei salari dei lavoratori distaccati per il tramite dell'inglobamento delle voci di rimborso spese per spese di viaggio vitto e alloggio. Su questo aspetto torneremo nuovamente in occasione della riflessione più approfondita sulla novella in materia retributiva.

Quanto alle ragioni che hanno indotto gli attori istituzionali della Comunità a indicare, nell'adozione la direttiva, queste materie, la domanda, in verità, sottende la più profonda questione del perché limitare la parità di trattamento tra manodopera locale e manodopera distaccata alle sole materie elencate nel corpo dell'art. 3 par. 1. Quante sono le chiavi di lettura della direttiva del 1996, altrettante sono le risposte a questo interrogativo e le interpretazioni di questa scelta⁵³⁶. Sul punto, l'originario assetto della direttiva induceva

⁵³⁴ V. Conclusioni dell'Avv. Generale Campos Sánchez-Bordona, 28 maggio 2020.

⁵³⁵ Z. RASNÁCA, *Reimbursement rules for posted workers: mapping national law in the EU28*, in Etui Working Papers, 2019.

⁵³⁶ La scelta è unanimemente ritenuta compromissoria: parte della dottrina ha giudicato il compromesso un valore positivo, e positivamente giudicato la direttiva nel suo complesso. La

l'interprete ad affermare che la parità di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori locali fosse solo eventuale⁵³⁷: l'estensione ai lavoratori distaccati della disciplina posta dalla legge o dai contratti collettivi per i lavoratori autoctoni riguardava infatti soltanto un numero limitato di materie, quelle appunto del c.d. nocciolo duro. Per tutta una serie di altri istituti, la parità di trattamento era subordinata ad una condizione parecchio restrittiva quale il ricorrere dell'ordine pubblico (art. par. 10). La direttiva 96/71, nella sua formulazione finale, optava dunque per un modello *host state control* ridimensionato. Parimenti era evidente che la direttiva propugnava piuttosto la parità di trattamento tra imprese prestatrici di servizi straniere ed imprese stabilite nel Paese ospite: la parziale equiparazione delle condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati e dei lavoratori

direttiva è stata ritenuta «un esempio di come, nell'economia della globalizzazione, i processi di integrazione regionale dei mercati possano essere governati senza trascurarne le ricadute di carattere sociale» M. ROCCELLA, *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1997, I, *cit.*, p. 287. Altra parte della dottrina ha ritenuto che la scelta di limitare ai soli istituti elencati l'obbligatorietà dell'estensione di trattamenti economici e normativi a favore dei lavoratori distaccati fosse un compromesso al ribasso che sacrificava la tutela del lavoratore distaccato e pure la posizione del lavoratore nazionale dello Stato ospite che, di conseguenza, avrebbe subito la concorrenza sleale di quest'ultimo nell'ipotesi in cui a questi fossero applicate condizioni di lavoro più sfavorevoli. Questa polemica muoveva, tra l'altro, da una valorizzazione della prima stagione della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di distacco e della posizione originariamente da questa assunta sul punto dell'estensione delle condizioni di lavoro e di occupazione garantite dallo Stato ospite ai lavoratori temporaneamente inviati sul territorio in occasione di una prestazione di servizi transnazionale. Se in tale giurisprudenza si rintracciava la legittimità dei trattamenti in grado di garantire al lavoratore una "tutela reale e aggiuntiva", d'altra parte, una lettura più pessimista di tale giurisprudenza individua già i primi segni di ravvedimento della Corte, conducendo questa il test di proporzionalità sempre con un'occhio di riguardo alle esigenze dell'impresa in materia di adeguamento agli obblighi dello Stato ospite. V. *supra*, cap. II. A ciò si aggiunga che, rispetto agli equilibri tra statuto obbligatorio e statuto facoltativo precedentemente delineati dalle proposte del 1991 e del 1993, la direttiva finale assicurava al lavoratore distaccato una tutela meno efficace. Per approfondire, v. U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, *cit.*, p. 78 ss. Quel che è certo, come attenta dottrina ha osservato più recentemente, è che l'individuazione di materie ampiamente armonizzate comporta che «la libertà di scelta dei legislatori nazionali nel disciplinare gli aspetti del rapporto di lavoro enumerati all'art. 3, par. 1 è fortemente limitata tanto sotto il profilo del contenuto materiale delle norme poste a protezione dei lavoratori, quanto [...] dal punto di vista degli strumenti normativi (leggi o contratti collettivi di lavoro) con i quali uno Stato membro può disciplinare le materie già regolate da direttive di armonizzazione basate sull'art. 153 TFUE», E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, *cit.*, p. 177.

⁵³⁷ S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, *cit.*, p. 110.

del Paese ospite del medesimo settore era ad essa strumentale⁵³⁸. A ciò si aggiunga che non era, e non è possibile oggi, assoggettare l'impresa straniera ad un obbligo al quale l'imprenditore locale potrebbe sottrarsi. Ne parleremo.

Quanto all'assetto attuale, senza voler qui anticipare questioni problematiche che si approfondiranno nel corso successivo della trattazione, pare a chi scrive che, a dispetto dello slogan riecheggiato durante il procedimento di revisione "*equal pay for equal work at the same place*", non si possa dire che la direttiva emendata risulti oggi improntata ad una effettiva parità di trattamento tra lavoratori distaccati e manodopera locale. È ancora possibile, infatti, rintracciare uno statuto obbligatorio limitato ad un nocciolo duro di materie, cui si accompagna uno statuto facoltativo comunque sempre ispirato alla regola restrittiva dell'ordine pubblico. Inoltre, come vedremo più avanti, l'ancoraggio di queste regole ad una fonte di complessa collocazione sistematica come il contratto collettivo poneva in passato e continuerà a porre in futuro problemi di coordinamento con l'irrinunciabile principio di parità di trattamento tra imprese. Certo, l'introduzione tra le disposizioni dello statuto obbligatorio della materia della retribuzione – in luogo delle sole tariffe minime salariali – è certamente un significativo passo in avanti verso la direzione di una effettiva parificazione dei trattamenti economici applicati. Tuttavia, sarà necessario meglio comprendere quali sono le implicazioni di sistema della eventuale assenza di una disciplina legale del salario minimo e/o dell'assenza di un sistema di applicazione generale del contratto collettivo. Quella delle fonti legali e contrattuali di individuazione dei trattamenti applicabili alla manodopera temporanea è anch'essa, come si intuirà, questione problematica, di cui converrà discutere a parte.

⁵³⁸ Ossia essa non poneva una regola inderogabile e chiara di parità di trattamento tra lavoratori comparabili che svolgono medesime mansioni negli stessi settori di attività. Al contrario, la parità di trattamento riguardava le imprese. La direttiva esprimeva insomma «l'intento di evitare forme di *dumping* sociale con una - peraltro solo parziale - parificazione tra le imprese nazionali e transnazionali nell'osservanza di alcune garanzie per la manodopera impiegata» F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p.162. Similmente U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., p. 37.

Veniamo ora al sistema facoltativo delle tutele applicabili ai lavoratori distaccati. Tale regime è da sempre complesso e tale complessità non sembra essere attenuata nella vigenza della direttiva di emendamento, che introduce importanti novità. La problematicità della disciplina è data dalla convivenza di due elementi: l'attribuzione di una discrezionalità allo Stato ospite nell'estensione dei trattamenti applicabili a materie e settori diversi da quelli elencati dalla direttiva; l'attribuzione del potere di introdurre esenzioni all'applicazione degli obblighi di adeguamento di protezione sociale dei lavoratori distaccati in determinate situazioni.

Cercando di non perderci nel complesso statuto facoltativo, potremmo dire che esso sia riassumibile come segue. L'art. 3, par. 1 della direttiva 96/71/CE estendeva la disciplina delle condizioni di lavoro e di occupazione relative all'elenco di materie ivi elencate, se tali trattamenti fossero di fonte legale, a tutti i settori; quanto alle disposizioni protettive previste nei contratti collettivi, queste invece non erano applicabili a tutti i comparti, ma al solo comparto delle costruzioni e purché si trattasse di attività che rientravano nella specifica elencazione dell'allegato⁵³⁹. Dal canto suo, l'art. 3, par. 10 affermava che gli Stati membri avrebbero potuto estendere ai lavoratori distaccati ulteriori disposizioni (di legge o regolamentari), disponendo la parità di trattamento anche con riguardo a materie diverse da quelle elencate, purché tali disposizioni fossero di ordine pubblico (primo trattino). Inoltre, gli Stati membri potevano estendere l'applicazione di disposizioni di fonte contrattuale a settori diversi da quelli di cui all'allegato, ossia potevano disporre che con riguardo ad attività produttive diverse dall'edilizia, i contratti collettivi potessero giocare un ruolo (secondo

⁵³⁹ “Le attività di cui all'art. 3, par. 1 secondo trattino (ossia quelle con riguardo alle quali i contratti collettivi potevano introdurre disposizioni di applicazione obbligatoria) comprendono tutte le attività di settore edilizio riguardanti la realizzazione, il riattamento, la manutenzione, la modifica o l'eliminazione di edifici ed in particolare i lavori seguenti: scavo, sistemazione, costruzione, montaggio, smontaggio di elementi prefabbricati, assetto o attrezzatura, trasformazione, rinnovo riparazione, smantellamento, demolizione, manutenzione, manutenzione-pittura e pulitura, bonifica”, Allegato.

trattino).⁵⁴⁰

L'interpretazione della nozione di ordine pubblico ha rappresentato un elemento di vivace confronto dottrinale, in quanto si è configurata come estremamente rigorosa nel consolidato giurisprudenziale della Corte di giustizia⁵⁴¹. A ben vedere, nel dare le prime indicazioni per l'adozione degli atti

⁵⁴⁰ Il dubbio che per primo sorgeva esaminando le due disposizioni era se in settori diversi dall'edilizia, alla luce della formulazione del secondo trattino dell'art. 3 par. 10, si potesse disporre l'estensione della disciplina contenuta nei contratti collettivi con riguardo a tutte le materie e tutti gli istituti di rilevanza lavoristica, indipendentemente dalle limitazioni operate nell'incipit dell'articolo alle sole materie che andavano a costituire il nocciolo duro. La maggior parte della dottrina riteneva che, nei settori diversi dalle costruzioni, gli Stati membri potevano disporre l'estensione alla manodopera temporaneamente presente sul territorio delle disposizioni dei contratti collettivi di riferimento afferenti alle sole materie elencate dal par. 1, e dunque con riguardo a quelle sole clausole che riguardano i periodi massimi di lavoro e i periodi minimi di riposo, le ferie, le tariffe minime salariali, le condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, la sicurezza e l'igiene, la protezione dei soggetti deboli e la parità di trattamento uomo-donna, cfr. M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratto collettivo*, cit., p. 93; M. PALLINI, *Posted workers: Italian regulation and dilemmas*, cit., p. 273; M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, cit., p. 242.

⁵⁴¹ L'interpretazione dell'articolo 3, par. 10 ha rappresentato uno degli aspetti più problematici e discussi della direttiva. Vi è chi ha ritenuto che l'art. par. 3, par. 10 sancisse «il principio della lista aperta, in forza del quale l'elenco delle materie di cui al primo comma può essere ampliato dal singolo Stato membro che, nella fase di trasposizione si richiami al limite dell'ordine pubblico», alimentando in tal modo il rischio «di un ampliamento a dismisura dell'opzione zero oltre che di trattamenti nuovamente differenziati da paese a paese», S. MARETTI, *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, cit., p. 1150. Questa dottrina aveva a ben dire centrato il punto: in effetti, il rischio si è in concreto verificato, come dimostrava la formulazione dell'abrogato d.lgs. 72/2000, che estendeva tutta la disciplina lavoristica vigente in Italia al lavoratore distaccato, a dispetto del richiamo all'ordine pubblico come canone restrittivo per l'estensione delle tutele domestiche. Similmente, anche la Germania aveva adottato una disciplina indistintamente estensiva delle tutele applicabili ai lavoratori distaccati, disciplina dichiarata illegittima dalla Corte di giustizia (v. *infra*, in questo paragrafo). Altra dottrina ha attentamente esaminato il passaggio dal canone delle ragioni imperative di interesse generale al più severo canone dell'ordine pubblico, valutandone l'impatto. Si ricorderà, infatti, che prima dell'entrata in vigore della direttiva 96/71/CE, qualsivoglia forma di estensione dell'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione della manodopera locale pure a quella "importata" da prestatori di servizi stranieri era improntata alla mera facoltatività (torna al capitolo II). Il canone ermeneutico utilizzato dalla Corte di giustizia per valutare la legittimità delle normative nazionali adottate dagli Stati ospiti era, nell'assoggettarle al controllo di compatibilità con i principi del mercato interno, rappresentato dalla rispondenza di queste a ragioni imperative di interesse generale. Muovendo dalla prospettiva degli equilibri tra "poteri" e "doveri" degli Stati, si può dire che la direttiva 96/71/CE, nell'entrare in vigore, ha diversamente ponderato gli equilibri tra questi. Da un lato, infatti, come abbiamo visto, ha trasformato in obbligo quanto, fino a quel momento, constava di una semplice facoltà: le *mandatory rules* di cui all'art. 3 par. 1 formano oggetto di un vero e proprio obbligo di estensione gravante in capo agli Stati membri che ospitano una prestazione di servizi. Dall'altro, ha limitato in capo agli Stati membri i poteri di estensione delle condizioni di lavoro e di occupazione di cui godono i lavoratori nazionali ai lavoratori temporaneamente distaccati sul territorio, trasformando il canone ermeneutico dell'interesse generale nel più severo ordine pubblico, cfr. G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 26. Per una lettura più recente, v. E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*,

di recepimento della direttiva, Commissione e Consiglio avevano già prefigurato un simile approccio restrittivo, apportando esempi del seguente tenore: “il divieto di lavoro forzato, il coinvolgimento di autorità pubbliche nella sorveglianza del rispetto della legislazione concernente le condizioni di lavoro”⁵⁴².

A rigore, a determinare quali disposizioni del diritto nazionale siano riconducibili all’ordine pubblico, avrebbero dovuto essere gli Stati nell’esercizio della propria indiscutibile sovranità. Peraltro, la stessa Corte aveva in precedenza rimesso agli Stati la determinazione delle “norme nazionali la cui osservanza è reputata cruciale per la salvaguardia dell’organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporre il rispetto a chiunque si trovi sul territorio nazionale di tale Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato nel suo territorio”⁵⁴³. Si ricorderà che la Corte aveva dato ampio riconoscimento alla eterogeneità di tali norme, alle quali aveva conferito lo statuto di legittime esenzioni alle libertà economiche senza sindacarne l’effettiva riconducibilità al canone delle norme di applicazione necessaria o dell’ordine pubblico.

Nondimeno, nella sentenza *Commissione contro Lussemburgo*⁵⁴⁴, relativa proprio alla valutazione della legittimità comunitaria delle estensioni delle tutele domestiche approntate da quel Paese in attuazione della direttiva, la Corte ha precisato che gli Stati membri non avrebbero potuto interpretare a loro piacimento la nozione, riconducendo ad esempio tutto il diritto nazionale del lavoro alla clausola di ordine pubblico, con ciò realizzando una palese violazione della direttiva e degli equilibri tra statuto obbligatorio e statuto facoltativo da questa compendiate. La Corte di giustizia ha così tracciato una distinzione tra disposizioni di ordine pubblico interno e disposizioni che valgono a integrare il

cit., pp. 195-198.

⁵⁴² *L’applicazione della direttiva 96/71/CE*, COM (2003) 458, def., 25 luglio 2003, *cit.*, p. 14.

⁵⁴³ C. giust., 23 novembre 1999, C-369/96 *Arblade*, pt. 30.

⁵⁴⁴ C. giust., 4 ottobre 2001, C- 450/00 *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, pt. 29-30.

c.d. “ordine pubblico internazionale”⁵⁴⁵. In altre parole, non tutto ciò che viene ricondotto a ragioni di ordine pubblico in sede giudiziale, allorquando il giudice del foro deve valutare se dare o meno applicazione al diritto straniero, potrebbe essere trasposto in sede comunitaria.

L'integrazione degli ordinamenti degli Stati membri nell'ordinamento eurounitario impone dunque di mettere in discussione le consolidate posizioni interne in tema di ordine pubblico, sposando una nozione condivisibile tra tutti gli Stati membri e realmente rappresentativa degli irrinunciabili valori generalmente condivisi dalla comunità internazionale. Alla preminenza di una nozione di ordine pubblico “internazionale” si è accompagnata non soltanto la declaratoria di illegittimità delle discipline di recepimento della direttiva improntate ad una generalizzata estensione del diritto del lavoro nazionale ai lavoratori distaccati. A ben vedere, infatti, tale nozione ha comportato anche un'interpretazione estremamente rigorosa della compatibilità comunitaria di discipline di estensione selezionata del diritto nazionale ai lavoratori distaccati, limitando di fatto la capacità degli Stati membri di esercitare una discrezionalità incisiva nell'estensione del proprio diritto nazionale alla manodopera temporaneamente presente sul territorio.⁵⁴⁶

Tali considerazioni assumono un riflesso importante con riguardo alle disposizioni nazionali vigenti nelle materie riconducibili al famoso elenco. Quando la direttiva 96/71/CE era stata introdotta, l'obiettivo perseguito era apparentemente limpido⁵⁴⁷: la parità di trattamento tra manodopera locale e lavoratori distaccati riguardava solo ed esclusivamente i minimi, come a dire che erano benvenute le normative che, conformemente all'impianto complessivo

⁵⁴⁵ In commento, M. PALLINI, *La tutela dell'«ordine pubblico sociale» quale limite alle libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in A. VIMERCATI, (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, cit., p. 197 ss.; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 36 ss.; F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., pp. 174-175; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., p. 122 ss.

⁵⁴⁶ G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 30. Cfr. U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, cit., p. 62.

⁵⁴⁷ Nell'Explanatory memorandum alla proposta di direttiva si leggeva: “the proposal for a directive, by identifying a ‘hard core’ of mandatory rules, makes it clear that that these constitutes a minimum threshold of protection only”, cit. p. 17.

della direttiva e, più in generale, al diritto comunitario, garantissero una tutela maggiore. La Corte di giustizia ha interpretato la questione diversamente, affermando che gli obblighi gravanti in capo agli Stati membri in forza dell'art. 3, par. 1 vadano a costituire un nucleo di tutele inderogabile, non soltanto *in peius*, ma anche *in melius*. A modo di vedere della Corte, le direttive comunitarie di armonizzazione nelle materie elencate dal par. 1 dell'art. 3, offrirebbero standard minimi e, insieme, massimi di tutela. È stata giudicata dunque illegittima la legislazione statale volta ad estendere ai distaccati trattamenti ulteriori nelle materie in questione, allorché i trattamenti di miglior favore non ricadano nell'interpretazione restrittiva della clausola di ordine pubblico. «Detto in altri termini, se da una parte uno Stato è libero di definire livelli di tutela più elevati rispetto a quelli prescritti dalle direttive, le imprese sono però tenute a rispettare solo questi ultimi quando erogano un servizio sul territorio di uno Stato membro diverso da quello nel quale hanno sede. Il che significa che nelle materie oggetto di direttiva l'ordine pubblico non sia mai invocabile dagli Stati membri, a meno che lo Stato non abbia recepito correttamente la direttiva medesima». ⁵⁴⁸ Dunque, nelle materie oggetto di armonizzazione, l'ordine pubblico «è di fatto inutilizzabile». ⁵⁴⁹

A ciò si aggiunga che a nulla vale, nel senso dell'attribuzione della discrezionalità agli Stati membri nell'estensione delle tutele domestiche ai distaccati, la previsione dell'art. 3, par. 7 che pare accordare immunità ai trattamenti più favorevoli. Il considerando n. 17 della direttiva dispone che l'operatività delle disposizioni previste dalla stessa non osta all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli al lavoratore: la portata del principio del *favor*⁵⁵⁰ è forse tra i concetti meno chiari della direttiva.

⁵⁴⁸ G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 29.

⁵⁴⁹ G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., p. 30.

⁵⁵⁰ G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona", Int. n. 137/2012, p. 45; cfr. P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della CE*, in *Lav. Dir.*, 2008, 1, p. 109, nt. 32; I. VIARENGO, *La legge applicabile al lavoratore distaccato in un altro Stato Membro nell'ambito di una prestazione di servizi*, cit., pp. 179-180.

Non vi è dubbio che la clausola di cui all'art. 3 par. 7 garantisca al lavoratore temporaneamente inviato all'estero l'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione a lui più favorevoli eventualmente previste dallo Stato di origine. I dubbi interpretativi prospettati hanno riguardato però la possibilità di invocare la clausola di cui all'art. 3 par. 7 per garantire al lavoratore trattamenti più favorevoli previsti dalla legge non già del Paese di origine, ma del Paese ospite. Nella sentenza *Laval*⁵⁵¹, la Corte ha stroncato tali aspirazioni protezionistiche affermando, tra l'altro, che il principio espresso dall'art. 3 par. 7 si intende riferito alla disciplina più favorevole eventualmente prevista dalle norme del Paese di origine, aggiungendo che le disposizioni della direttiva vanno sempre interpretate nel senso che meglio ne preservi l'effetto utile. Non così sarebbe se l'art. 3, par. 7 varrebbe a compromettere gli equilibri già delineati dalla direttiva stessa in materia di statuto facoltativo, che valgono a delimitare i poteri di estensione delle tutele domestiche in ambiti diversi da quelli obbligatoriamente previsti in capo agli Stati ospitanti.⁵⁵²

Su questo equilibrio si è innestata la direttiva 2018/957/UE. La nuova direttiva è intervenuta sullo "statuto facoltativo" nel senso seguente. In primo luogo, viene riformulato il c.d. principio del *favor*, con una nuova disposizione che, sostituendosi alla precedente, non sembra alterarne la sostanza, disponendo

⁵⁵¹ C. giust., 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggtan e Svenska Elektrikerförbundet*, pt. 33. La questione riguardava, per quanto qui interessa, la possibilità di estendere ai lavoratori distaccati in Svezia i trattamenti più favorevoli previsti dal contratto collettivo svedese con riguardo a materie diverse da quelle di cui all'art. 3, par.1. La Corte ha affermato che se questa clausola venisse interpretata nel senso di consentire deroghe ulteriori rispetto a quanto già previsto dallo statuto facoltativo della direttiva priverebbe le disposizioni della direttiva stessa che predispongono la vincolatività del nocciolo duro di tutele, ed in particolare l'art. 3 par. 1, di qualsivoglia effetto utile.

⁵⁵² La formulazione generica della clausola di *favor* suscita ulteriori dubbi se si tiene conto delle complicazioni relative alla legge applicabile al contratto individuale di lavoro del distaccato: *quid* se le parti scelgono, in conformità al "primo scenario" dell'art. 8 del regolamento Roma I di assoggettare il contratto individuale di lavoro ad una legge diversa da quella dello Stato di origine? Si deve ritenere che, in quel caso, il principio del *favor* sia una sorta di specificazione della clausola per cui è fatta salva l'applicazione delle norme non convenzionalmente derogabili previste dalla legge applicabile al contratto in mancanza di scelta? Se si considera che le norme non derogabili convenzionalmente che dovremmo considerare sono proprio quelle della *lex loci laboris*, la risposta parrebbe essere positiva. Si tratterebbe, in definitiva, delle norme imperative dello Stato di origine che, lo ribadiamo potrebbe essere diverso dallo Stato indicato dal *pactum de lege utenda*.

che “i paragrafi da 1 a 6 non ostano all’applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori”.

Dal canto suo, l’art. 3 elenca le disposizioni estensibili di fonte legale e contrattuale senza più fare riferimento alla limitazione della fonte contrattuale al solo settore delle costruzioni. Dunque, i contratti collettivi si devono obbligatoriamente applicare ai lavoratori distaccati di tutti i comparti nella parte in cui regolano le materie elencate. Inoltre, l’art. 3, par. 10, legittima l’estensione delle condizioni di lavoro e di occupazione con riguardo a materie diverse da quelle elencate. La norma non fa riferimenti precisi alla fonte legale o contrattuale di tali ulteriori garanzie, fonti dalle quali si dovrebbe dunque poter attingere senza distinzioni di sorta. Non c’è più bisogno di affermare che tale estensione può riguardare anche settori diversi da quelli delle costruzioni, perché oramai, indipendentemente dalla fonte, vi è parificazione assoluta tra tutti i settori. L’estensione della rilevanza del contratto collettivo a tutti i comparti, in luogo del confinamento applicativo all’edilizia che caratterizzava il regime previgente, rappresenta una «sensibile estensione del campo di applicazione, sia personale che materiale della regolamentazione giuslavoristica contrattuale dello Stato membro di esecuzione della prestazione» trattandosi di «una notevolissima concessione ottenuta dagli Stati membri “importatori di lavoratori distaccati, nei confronti degli Stati membri “esportatori”».⁵⁵³ Gli effetti di tale novità potranno iniziare a valutarsi compiutamente tra qualche tempo. Quel che è certo è che valgono, anche con riguardo a questo aspetto, le problematiche della collocazione sistematica della fonte collettiva, soprattutto con riguardo ai Paesi che, come l’Italia, non conoscono l’*erga omnes*.

Rimane interamente vigente la disciplina delle deroghe così articolata: gli Stati possono decidere, previa consultazione con le parti sociali e in base agli usi e costumi vigenti, di non applicare al lavoratore distaccato la disciplina in materia

⁵⁵³ E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, cit., p. 202.

di parità di trattamento quanto alla durata minima delle ferie annuali retribuite e tariffe minime salariali – oggi il riferimento deve intendersi alla retribuzione – nelle sole ipotesi di appalto transnazionale e distacco infragruppo (ossia le lett. a e b dell’art. 1, par. 3) e dunque ferma restando l’inderogabilità della parità di trattamento con riguardo a questi due aspetti quanto ai lavoratori somministrati; ciò qualora la durata del distacco non sia superiore ad un mese (art. 3, par. 3). Una ulteriore esenzione di simile natura, ossia l’inapplicabilità della disciplina delle ferie e del trattamento salariale, può essere introdotta dagli Stati membri anche nel caso di scarsa entità dei lavori da effettuare, chiaramente determinando a che condizioni i lavori da effettuare possano considerarsi di scarsa entità (art. 3, parr. 5 e 6); anche in questo caso, con riguardo alle sole ipotesi di appalto transnazionale e distacco infragruppo.

La direttiva 96/71/CE contemplava un’ulteriore deroga, la cui operatività non è rimessa agli Stati ma è direttamente prescrittiva. Tale deroga trova un’anticipazione già nei considerando, in quanto vi si dispone che “occorre prevedere che, in determinati casi di lavori di assemblaggio e/o di installazione di un bene, non si applichino le disposizioni relative alle tariffe minime salariali e alla durata delle ferie annuali retribuite” (considerando n. 15). Di conseguenza, l’art. 3, par. 2 esenta⁵⁵⁴ dall’applicazione delle lettere b) e c) del paragrafo 1 i prestatori di servizi obbligatisi alla prima installazione di un bene, allorché tali lavori siano “indispensabili per mettere in funzione il bene fornito ed eseguiti dai lavoratori qualificati e/o specializzati dell’impresa di fornitura, quando la durata del distacco non è superiore a otto giorni” (art.3, par. 2)⁵⁵⁵. Lo stesso par.

⁵⁵⁴ R. FOGLIA, *Il distacco del lavoratore nell’UE: la normativa comunitaria*, cit., p. 809; cfr. S. MARETTI, *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, cit., p. 1149.

⁵⁵⁵ «Tale disposizione si presta a dubbi interpretativi: l’espressione comporta semplicemente che gli stati membri non hanno l’obbligo di garantire ai lavoratori di cui trattasi le condizioni di lavoro di cui al primo paragrafo dell’art. 3, ma di per sé non impone l’obbligo di non dare quella garanzia. In breve, la lettera del secondo comma dell’art. 3 non esclude che lo stato possa applicare anche ai lavoratori ivi indicati la normativa nazionale», G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, cit., p. 473. In commento, v. pure G.G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori, un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, cit., p. 122; S. MARETTI, *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, definisce la deroga «in senso proprio, in quanto obbligatoria», cit. p. 1150.

2, tuttavia, dispone il ritorno all'operatività della fisiologica applicazione delle garanzie in materia di ferie e salari, pur ricorrendo le condizioni di cui sopra, (contratto di fornitura, prima installazione di un bene, manodopera qualificata o specializzata, durata non superiore a otto giorni), quando le attività cui sono obbligati i lavoratori distaccati siano annoverate tra quelle dell'allegato: ciò a conferma dell'autonoma rilevanza del settore edilizio, cui la deroga non è riferibile. Si tratta, come si vede, di una fattispecie *sui generis*⁵⁵⁶, che forzatamente rientra nel campo di applicazione della direttiva: essa ha infatti ad oggetto una tipologia di attività che, a rigore, potrebbe ben rientrare nell'alveo protettivo assicurato dallo statuto della libertà di circolazione delle merci.

La direttiva 2018/957, modificando la lettera dell'allegato, sembra oggi aver complicato le cose, introducendo la precisazione per cui “le attività di cui all'articolo 3, paragrafo 2, comprendono tutte le attività del settore edilizio riguardanti la realizzazione, il riattamento, la manutenzione, la modifica o l'eliminazione di edifici e in particolare i lavori seguenti [...]”. Segue elenco, rimasto immutato. Bisogna dunque chiedersi se lo scopo di questa precisazione sia di rendere il più ampia possibile l'operatività della “deroga alla deroga”, ossia di assicurarsi che tutto ciò che rientri latamente nelle attività riferibili al comparto delle costruzioni sia coperto anche e sempre dalle garanzie relative alle tariffe minime salariali (e dunque oggi alla retribuzione) e alla durata delle ferie annuali, neutralizzando eventuali lacune protettive; ovvero se viceversa si voglia dire che l'attività dei c.d. installatori riconducibile al settore edilizio così come descritto coincida precipuamente con il nuovo campo di applicazione della deroga descritta con l'art. 3, par. 2. La prima soluzione ci sembra preferibile in quanto più coerente con l'impianto complessivo dell'atto comunitario.

Completata l'analisi dei tratti essenziali e del fondamento giuridico della disciplina, ci si appresta a commentare le questioni giuridiche ritenute da chi

⁵⁵⁶ F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 147.

scrive particolarmente problematiche, a dispetto delle aspirazioni risolutive della direttiva 2018/957/UE.

2 *La direttiva 2018/957/UE: grandi speranze?*

2.1 *La temporaneità del distacco ed i nuovi indici per accertarla*

Nel corso della trattazione si è avuto più volte modo di accennare alla questione della distinzione tra temporaneità e abitudine della prestazione nel contesto del rapporto di lavoro transnazionale. In argomento, conviene nuovamente ribadire che la disciplina eurounitaria di d.i.p. non risulta particolarmente esaustiva, ma pone dei principi generali su cui incardinare i ragionamenti. Si ricorderà che la disciplina di riferimento è collocata agli artt. 6 e 8 rispettivamente della Convenzione di Roma e del regolamento Roma I⁵⁵⁷, che prescrivono che la disciplina del rapporto di lavoro con elementi di estraneità risulti incentrata, sia nel caso di *optio legis*, sia in assenza di una scelta di legge, sul criterio di collegamento della legge del luogo abituale di lavoro: nel primo caso, è da questa che si attinge per la determinazione delle norme imperative/non

⁵⁵⁷ M.T. CARINCI, A. HENKE, *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, cit., p. 1041 ss.; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità* cit., p. 387 ss.; M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 58 ss.; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in Working Papers CSDLE “Massimo D’Antona”, Int. n. 137/2012; L. MORRONE, *Il Regolamento “Roma I” le norme a tutela dei lavoratori*, in *Diritto dei Lavori*, 2011, V, p. 41 ss.; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, cit., p. 823 ss.; F. SEATZU, *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel Regolamento Roma I*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 337 ss.; P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, in NLCC, 2009, 3-4, p. 771 ss.; M. MAGNANI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 391 ss.; S. SCIARRA, A. LYON CAEN, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, cit., p. 9 ss.; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 29 ss.; M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, n. 20, p. 73 ss.; M. FORNASIER, *Employment Contracts, Jurisdiction*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (ed.), *Encyclopedia of Private International Law*, Elgar Publishing, 2017, p. 624 ss.; P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit., spec. p. 330 ss.

derogabili convenzionalmente applicabili alla fattispecie; nel secondo caso, questa legge regolerà interamente la situazione giuridica transnazionale.

D'altro canto, la disciplina di d.i.p. tiene conto della possibilità che vi siano mutamenti temporanei del luogo di lavoro, ossia che si abbia il temporaneo invio all'estero del lavoratore. In quanto tale mutamento risulti temporaneo, esso non incide, a norma dell'art. 8 del regolamento Roma I (e del suo considerando n. 34) sulla legge applicabile al rapporto: l'occasionale alterazione del luogo fisico di compimento dell'attività lavorativa non incide sulla costruzione giuridica dell'abitudine e sul legame del rapporto con quello Stato. Sappiamo poi che tale temporaneità è stata oggetto di approfondimento dottrinale, con la conseguente elaborazione degli indici dell'*animus revertendi* e dell'*animus retrahendi* come elementi di accertamento della predetta temporaneità, rispettivamente riferiti al lavoratore ed al datore di lavoro. Se le parti, dunque, hanno comunemente inteso che il lavoratore debba "tornare alla base", allora la prestazione è necessariamente temporanea⁵⁵⁸.

Nondimeno, quando il temporaneo invio all'estero integra una delle fattispecie giuridiche rappresentate dall'art. 3, par. 1, lett. a, b, e c della direttiva 96/71/CE (così come recentemente modificate dalla 2018/957/UE) ossia quando la mobilità della manodopera avviene nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, la legge applicabile subisce dei mutamenti significativi perché, come si è visto, a garanzia del lavoratore distaccato, si applicheranno una serie di norme di fonte legale e contrattuale del Paese ospitante. L'osservanza di tali

⁵⁵⁸ P. MANKOWSKY, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, in F. FERRARI, S. LEIBLE (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, cit., pp. 185-186; I. KUNDA, *Law applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in G. SANDER et. al. (ed.) *Transnational, European and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, cit., p. 80; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., pp. 398-399. Abbiamo pure già riflettuto sul fatto che non vi è concordanza di pareri circa il modo in cui questa intenzionalità del rientro nel Paese di origine andrebbe valutata, ossia se deve essere oggetto di un accertamento formale, per tale intendendosi la ricerca di un chiaro indice giuridico in tal senso nel contratto, oppure se tale volontà delle parti possa accertarsi con una certa dose di flessibilità interpretativa, P. VENTURI, *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 781.

norme di applicazione necessaria risulta indifettibile ed assolve la finalità di istituire un c.d. *level playing field* per le imprese coinvolte, nonché di evitare, nei limiti del possibile, che la concorrenza giocata sui differenziali di costo del lavoro vada a detrimento della protezione sociale dei lavoratori distaccati e autoctoni.

Si è pure esaminato il caso *Schlecker*⁵⁵⁹, in cui la Corte di giustizia sembra ridimensionare l'indice dell'abitudine, o comunque interpretarlo *sui generis*. Il lettore ricorderà che, in quel caso, il rapporto di lavoro è stato assoggettato dai giudici alla legge del Paese di origine comune delle parti, nonostante fosse intervenuto un distacco di lunga durata presso una consociata del gruppo e presso questo diverso Stato la lavoratrice avesse successivamente eseguito la prestazione per anni, circostanza che la aveva indotta a considerarlo nuovo luogo abituale di lavoro⁵⁶⁰.

Come si vede, la determinazione del confine tra la temporaneità e l'abitudine della prestazione di lavoro transnazionale è particolarmente complessa; al contempo l'individuazione di detto *discrimen* dispiega effetti molto incisivi. Infatti, se il mutamento del luogo di lavoro è, a seguito di questo confuso accertamento, ritenuto non più temporaneo, ma definitivo, ne consegue l'effetto giuridico dell'incardinamento della fattispecie in quel luogo, ossia, l'individuazione ivi della *lex loci laboris*, e dunque l'assoggettamento *in toto* del rapporto di lavoro alla disciplina lavoristica lì applicabile. Quando questo statuto regolativo si attaglia alla fattispecie del distacco nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, si comprende la sua natura potenzialmente distorsiva. In effetti, se risulta labile la distinzione tra quando l'invio all'estero del lavoratore integra la figura giuridica del distacco temporaneo e quando l'invio assume

⁵⁵⁹ C. giust. 12 settembre 2013, causa C-64/12, *Schlecker*.

⁵⁶⁰ A.H. VAN HOEK, *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, cit., p. 161 ss.; M. LLOBERA VILA, *L'articolo 8 del Regolamento Roma I, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, alla luce delle sentenze Koelzsch, Voogsgeerd e Schlecker (nota a C. giust. 12 settembre 2013, Anton Schlecker c. Melitta Josefa Boedeker, causa C-64/12)*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2016, 2, p. 615 ss.; U. GRUŠIĆ, *The European Private International Law of Employment*, cit., p. 157 ss.; E. TRAVERSA, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., p. 400 ss. In una prospettiva più ampia v. anche A.H. VAN HOEK, *Re-Embedding the Transnational Employment Relationship: A Tale About the Limitations of (Eu) Law?*, in *CMLR*, 2018, n. 55, p. 449 ss.

carattere definitivo (trasferimento), l'impresa distaccante può approfittare di tale confusione per applicare le sole "condizioni di lavoro e di occupazione" prescritte dalla direttiva distacchi, senza doversi preoccupare di garantire al lavoratore il trattamento economico e normativo garantito nel Paese ospitante nel suo senso più onnicomprensivo e generalizzato. Queste disposizioni e la confusa interpretazione che se ne ricava sono andate nel tempo configurandosi come vere e proprie leve distorsive della concorrenza leale nel mercato dei servizi.

A tali meccanismi elusivi il legislatore del 2018 ha reagito con un'importante novella. Nell'introdurre le modifiche, il legislatore eurounitario chiarisce che il distacco, come già del resto prevede l'art. 2, par. 1 della direttiva originaria, è temporaneo o non è: i lavoratori distaccati, generalmente, devono rientrare presso lo Stato di origine. Quanto ai distacchi di lungo periodo, "riconoscendo il nesso fra il mercato del lavoro dello Stato membro ospitante e i lavoratori distaccati per tali periodi di lunga durata" gli Stati membri ospitanti dovrebbero assicurare in questi casi "una serie aggiuntiva di condizioni di lavoro" (considerando 9). L'attuazione di queste statuizioni di principio viene affidata ad una nuova regola, definita dalla dottrina di settore la «regola dei 12 mesi»⁵⁶¹: nell'introdurre il nuovo par. 1bis dell'art. 3, la disposizione prevede che, decorsi 12 mesi dall'invio del lavoratore presso lo Stato membro ospitante, egli acquisirà il diritto all'applicazione non già soltanto delle condizioni di lavoro e di occupazione dello Stato ospite limitatamente alle materie di cui all'art. 3, par. 1, ma di "tutte le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, stabilite da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale o che, in alternativa, si applicano a norma del

⁵⁶¹ E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 199. In argomento, R. SANTAGATA DE CASTRO, *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, cit., p. 160 ss.; A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, cit., p. 138 ss.

paragrafo 8.” La disposizione sembra dunque voler riconoscere, decorso un significativo periodo di tempo, uno stabile collegamento con il Paese ospite.

L'estensione ai distacchi di lunga durata delle disposizioni di fonte legale e contrattuale afferenti a tutte le materie del rapporto di lavoro trova opportunamente riscontro nell'ulteriore disposizione anti-elusiva predisposta al fine di evitare che, facendo ruotare la manodopera inviata all'estero e sostituendo la singola unità di personale con un'altra prima della decorrenza dei 12 mesi, il datore di lavoro distaccante si sottragga all'applicazione della parità di trattamento. A tal fine è preposta la disposizione che, nel riferirsi alle ipotesi di sostituzione di lavoratori, prescrive il cumulo dei periodi riferiti a più lavoratori adibiti alle stesse mansioni presso lo stesso luogo, opportunamente precisando che l'analogia delle mansioni dovrà valutarsi in considerazione del servizio fornito, dell'opera da effettuare e degli indirizzi di legge e di prassi vigenti presso il luogo di lavoro.

Non possono poi mancare gli opportuni adattamenti, prevedendo la direttiva, da un lato, che l'impresa distaccante possa domandare, notificando allo Stato membro una comunicazione motivata, un'esenzione semestrale per continuare ad avvalersi dell'applicazione della parità di trattamento “selettiva” del solo nocciolo duro di tutele (che può dunque operare per un massimo di 18 mesi)⁵⁶²; dall'altro, la novella dispone che la parità di trattamento non investa né la disciplina delle “procedure, formalità e condizioni per l'assunzione” né il tema

⁵⁶² La dottrina ha fatto notare che manca del tutto qualsivoglia precisazione circa le condizioni di ammissibilità dell'esenzione semestrale la cui notifica motivata allo Stato ospite legittimerebbe per il prestatore la sottoposizione ai soli oneri derivanti dal c.d. nocciolo duro e non anche alle più onerose condizioni di complessiva parità di trattamento. «Appare quindi fondato il dubbio, tenuto conto della circostanza che in tal caso gli Stati membri “attuano il diritto dell'Unione”, che la norma della direttiva [...] possa risultare contraria all'art. 41, par. 2, lett. c) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, secondo il quale il “Diritto ad una buona amministrazione” comprende anche “l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni”. Non essendo infatti stati previsti nella norma legislativa europea i criteri di concessione o di rifiuto della proroga medesima (in quali casi la richiesta del datore di lavoro deve ritenersi sufficientemente motivata?), la motivazione di un rifiuto di proroga potrebbe ridursi ad una pura apparenza, a totale discrezione dell'amministrazione competente dello Stato membro di accoglienza», E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZO FERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 200.

caldo della risoluzione del rapporto, pure escludendo i regimi pensionistici integrativi.

Per quanto la dottrina abbia riconosciuto la meritevolezza dello sforzo del legislatore eurounitario nell'introdurre un chiarimento di tal fatta, il rischio di dare avvio a nuovi dubbi interpretativi è dietro l'angolo. Innanzitutto, è stato osservato che la disciplina non introduce l'effettiva parità di trattamento economico e normativo del lavoratore distaccato alla manodopera locale, perché richiama la disciplina generalmente prevista circa le condizioni di ammissibilità del contratto collettivo. Ciò significa che anche la disposizione dell'art. 3, par. 1bis evoca, per l'effetto, i consueti problemi: nei sistemi che non conoscono l'*erga omnes* sarà difficile dimostrare l'effettiva parità di trattamento tra imprese e legittimamente imporre loro l'osservanza del contratto privo di efficacia generalizzata; in secondo luogo, i contratti di prossimità o di secondo livello non assumeranno rilevanza, con ciò contribuendo a definire una parità di trattamento solo relativa.⁵⁶³

Non può poi essere sottaciuta l'ulteriore osservazione che il considerando n. 10 precisi che "qualsiasi disposizione applicabile ai lavoratori distaccati nel contesto di un distacco superiore a 12 o, se del caso, 18 mesi" deve essere compatibile con la libertà di prestazione di servizi. Conseguentemente, tali disposizioni, che assumeranno la veste giuridica di restrizioni alla predetta libertà economica, saranno ammissibili solo se giustificate da motivi imperativi di interesse generale e se proporzionate e necessarie. È suggestivo dunque constatare che siamo nuovamente di fronte all'applicazione del test di proporzionalità⁵⁶⁴.

Ci si deve domandare, dunque, senza arrendersi alla tentazione di evadere la dimensione interdisciplinare della trattazione e tenendo, anche in questa sede,

⁵⁶³ A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, cit., p. 139.

⁵⁶⁴ A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, cit., p. 139.

debitamente conto della dimensione internazionalprivatistica, quale sia il significato della regola dei dodici mesi in rapporto al concetto di abitudine del luogo di lavoro (inteso come luogo della *lex loci laboris* ex art. 8, par. 2 del regolamento Roma I). L'impressione di chi scrive è che non siamo di fonte all'individuazione di un nuovo luogo abituale di lavoro: la legge applicabile al rapporto giuridico del lavoratore coinvolto nel distacco di lunga durata continua a essere la legge del Paese d'origine o la diversa legge convenuta dalle parti nell'esercizio dell'autonomia internazionalprivatistica (cui si sovrapporranno le norme non derogabili convenzionalmente della legge del luogo abituale di lavoro, ossia del Paese di origine). Si ritiene che la parità di trattamento invocata dall'art. 3, par. 1-bis, infatti, non derivi dalla instaurazione di una nuova abitudine derivante dalla presunzione per cui, decorso un anno, si creerebbe un nuovo incardinamento del rapporto di lavoro nel Paese ospitante. Il richiamo effettuato dal considerando 10 ci permette di desumere che le norme del Paese ospite ascrivibili alle materie lavoristiche diverse da quelle già applicate al distaccato – in quanto parte dell'“elenco” ex art. 3, par. 3 della direttiva – siano infatti norme di applicazione necessaria di derivazione comunitaria. Tali disposizioni trovano nella previsione della direttiva in commento la legittimazione per essere applicate al rapporto del lavoratore distaccato da lungo tempo. Queste dovranno necessariamente integrare i requisiti di proporzionalità e adeguatezza che fanno ormai parte dell'*acquis* comunitario quanto al giudizio sulle restrizioni alle libertà economiche (cap. II).

Tutto questo per dire che, a dispetto delle apparenze, le esigenze di protezione sociale dei lavoratori inviati per lungo tempo all'estero in distacco vanno comunque sempre inquadrare tenendo conto della posizione del prestatore di servizi il quale, per quanto longevo sia l'esercizio dell'attività all'estero, non ha collocato colà la propria sede di stabilimento. Egli, dunque, deve poter beneficiare di un trattamento diverso rispetto alle imprese del luogo, essendo un prestatore di servizi che solo temporaneamente esercita nello Stato ospite l'attività e che dunque beneficia di necessarie esenzioni circa gli oneri di

conformità legale che deriverebbero dallo stabilimento. Il lavoratore distaccato, dunque, per quanto nell'ambito di un «*long-term posting*»⁵⁶⁵, non potrà beneficiare di una piena parità di trattamento con la manodopera locale, ma solo delle norme di applicazione necessaria del “nocciolo duro” e, eventualmente, delle ulteriori norme di applicazione necessaria ex art. 3, par. 1bis, che scattano decorso un anno dall'invio.

La disposizione, dunque, se compresa nel suo profondo significato, va ridimensionata nella sua portata innovativa. Va detto, però, che questa ha di certo il merito di reintrodurre quella dose di flessibilità in capo allo Stato ospitante che l'interpretazione estremamente rigorosa del canone dell'ordine pubblico aveva del tutto precluso. Il ruolo sistematico dell'art. 3, par. 1bis, dunque, va comunque valorizzato, perché contribuisce al riequilibrio dei poteri di estensione della disciplina lavoristica in capo allo Stato ospite, in precedenza eccessivamente ingessati. Ciò risulta particolarmente opportuno in situazioni, come quella considerata, di lunga permanenza della manodopera straniera nel territorio dello Stato, permanenza che denota una – per lo meno parziale – integrazione nel mercato del lavoro del luogo.

Nell'ambito delle considerazioni critiche va poi collocata una riflessione di sistema, che guarda anche alla disciplina della sicurezza sociale del lavoratore distaccato: come vedremo nel capitolo IV infatti, il regolamento in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale rende possibile la permanenza dell'iscrizione nel regime previdenziale del Paese d'origine per un massimo di 24 mesi⁵⁶⁶. A parte la questione dello scarso coordinamento, ci si è chiesti se abbia senso introdurre dei rigidi limiti temporali senza chiarire se questi siano o meno suscettibili di prova contraria. In altre parole, il rischio principale connesso

⁵⁶⁵ R. SANTAGATA DE CASTRO, *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, cit., p. 160.

⁵⁶⁶ V. in generale, A. AVONDOLA, *Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali in materia di distacco transnazionale. Segnali dal futuro per la lotta al dumping salariale*, cit., p. 147 ss.; ma anche M. MORSA, *The Failure of Negotiations on European Regulations for the Coordination of Social Security Systems: the End of European Solidarity? The Reasons for Failure in an Endeavour that Started Well*, in S. BORELLI, A. GUZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, p. 123 ss.

a questa disposizione è che venga interpretata come introduttiva di una presunzione a che il distacco sia per definizione temporaneo sino allo scadere del dodicesimo mese. Nella prassi, invece, mille variabili potrebbero contribuire a denotare l'assenza della temporaneità dell'invio all'estero e conseguentemente a negarne la genuinità anche ben prima del superamento dello spartiacque annuale di cui si discute⁵⁶⁷.

Si potrebbe dire dunque che, anche seguito dell'intervento modificativo del legislatore eurounitario, non si possa comunque distinguere con un significativo grado di certezza quando il distacco è temporaneo e quando la temporaneità si evolva in una nuova abitudine della prestazione. Le conseguenze giuridiche dei due diversi regimi non sono dunque più chiare nei loro confini ermeneutici⁵⁶⁸.

2.2 *L'applicabilità della direttiva al lavoro peripatetico*

Abbiamo descritto in apertura la disciplina di d.i.p. in materia di lavoro itinerante, assoggettato alla legge del luogo a partire dal quale il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro e dove periodicamente egli fa ritorno. Si intuirà che simile fattispecie si possa intrecciare con la disciplina del distacco dei lavoratori, in quanto si può ben dire che il lavoratore peripatetico è temporaneamente inviato in uno o più Stati esteri, il cui territorio egli attraversa nel corso delle sue missioni, per poi fare ritorno al luogo di partenza. Per meglio comprendere queste potenziali intersezioni, vale la pena esaminare un caso giurisprudenziale recentemente assoggettato all'attenzione dei giudici di Lussemburgo. Nel c.d. caso *Dobersberger*⁵⁶⁹ la Henry am Zug Kft, un'impresa appaltatrice ungherese,

⁵⁶⁷ A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, cit., p. 139.

⁵⁶⁸ La direttiva 2014/67/UE ha annoverato tra gli indici di genuinità del distacco la sua temporaneità. Come si vedrà tra poco, anche rispetto a tale profilo si pone tuttavia qualche problema interpretativo.

⁵⁶⁹ C. giust., 19 dicembre 2019, C-16/18, *Michael Dobersberger v Magistrat der Stadt Wien*. In commento, J. HEINDL, M. LENGlinger, *The Problem with Highly Mobile Workers in the Eu: a Critical Analysis of the Court of Justice of The European Union Judgment in Dobersberger Regarding the Posting of Workers*, in *Comparative*

si era aggiudicata diversi contratti di subappalto per la fornitura di servizi a favore delle Ferrovie federali austriache. In particolare, la società si era obbligata verso il committente a gestire il funzionamento dei vagoni ristorante e i servizi di bordo, incluse le attività di pulizia, su treni internazionali della compagnia. Dai fatti di causa emerge che tutti i lavoratori erano domiciliati in Ungheria, dove pure erano iscritti all'assicurazione sociale; in Ungheria avevano inizio i loro turni di lavoro, ed in territorio ungherese i lavoratori facevano ritorno. Alcune attività sottese al contratto, quali l'approvvigionamento ed il carico delle merci a bordo treno, nonché il calcolo del fatturato a fine corsa, venivano eseguite presso la stazione di Budapest, e dunque, ancora, in Ungheria. Ciò, ovviamente, ad eccezione di quella che, a prima vista, sembrerebbe la principale obbligazione del subcontraente, il cuore di questi contratti di subappalto (e dunque delle prestazioni lavorative ad essi sottesi, trattandosi di appalti *labour intensive*): l'esecuzione vera e propria dei servizi di ristorazione e pulizie a bordo treno⁵⁷⁰. Queste ultime attività venivano svolte al di fuori del territorio ungherese, in quanto le tratte ferroviarie considerate collegavano Budapest (Ungheria) con Salisburgo (Austria) e Monaco (Germania) (pt. 10). I lavoratori attraversavano regolarmente i tre Paesi, con partenza e ritorno in Ungheria: insomma, un'ipotesi di lavoro peripatetico di tutto punto. In occasione di un controllo condotto a bordo treno, le autorità austriache avevano ritenuto che, nell'ambito della descritta tratta ferroviaria internazionale, il transito in Austria integrasse un distacco di lavoratori nel Paese, identificando nell'Ungheria lo Stato di origine. Conseguentemente, le autorità amministrative di controllo avevano sanzionato il

Labor Law & Policy Journal, Dispatch n. 28, Austria, October 2020; v. anche CORTE DI GIUSTIZIA UE, *Relazione annuale attività giudiziaria anno 2019*, Lussemburgo, 2020, reperibile al sito www.curia.europa.eu, spec. pp.131-132. V. pure concisamente, M. ROCCA, *Extending the Principle of Equal Treatment to Posting of Workers*, cit., p. 20; e F. BUFFA, S. CENTONZE, *Le più interessanti pronunce della Corte di Lussemburgo nel quarto trimestre del 2019*, in *QG*, reperibile al sito: https://www.questionegiustizia.it/articolo/quarto-trimestre-2019_31-01-2020.php.

⁵⁷⁰ “A Budapest, dovevano prendere in consegna le merci, vale a dire il cibo e le bevande ivi immagazzinati, e caricarli sui treni. Erano inoltre tenuti ad effettuare i controlli sullo stato delle scorte e il calcolo del fatturato a Budapest. Pertanto, tutte le prestazioni di lavoro di cui trattasi nel procedimento principale, ad eccezione di quelle da effettuarsi sui treni, erano fornite in Ungheria” (pt. 11).

datore di lavoro per non aver tenuto a disposizione i documenti relativi alla posizione previdenziale e fiscale dei lavoratori distaccati, come prescritto dalla legge del luogo attuativa delle direttive del 1996 e del 2014⁵⁷¹. Investita di una questione pregiudiziale dalle autorità austriache, la Corte di giustizia si è pronunciata sull'interessante questione se il caso di specie potesse considerarsi distacco transnazionale a norma della direttiva 96/71/CE, sorprendendo gli interpreti con una risposta negativa.

Contrariamente alle aspettative, la Corte di Lussemburgo ha infatti affermato che la lett. a, così come descritta dall'art. 1, par. 3 della direttiva, che apparentemente si attaglia ai fatti causa, va interpretata nel senso che non comprende la fornitura di servizi di bordo, di pulizia o di ristorazione per i passeggeri, effettuati da lavoratori in treni internazionali che attraversano uno Stato membro per poi fare ritorno nello Stato ove l'impresa che li occupa è stabilita. Le argomentazioni a supporto di tale statuizione si riferiscono, *in primis*, alla circostanza che una parte significativa della prestazione di lavoro è svolta in territorio ungherese. A ben vedere, afferma la Corte, i “lavoratori [...] che svolgono una parte rilevante del loro lavoro nello Stato membro in cui è stabilita l'impresa [...] vale a dire l'insieme delle attività rientranti in tale lavoro, ad eccezione dell'attività di servizio di bordo svolta quando il treno è in marcia, e che iniziano o terminano il loro servizio in tale Stato membro, *non presentano con il territorio dello Stato membro o degli Stati membri attraverso i quali transitano tali treni un legame sufficiente per essere considerati «distaccati»*, ai sensi della direttiva 96/71” (pt. 33) (corsivo nostro). Per corroborare tali statuizioni, la Corte si riferisce alle deroghe ammesse dalla stessa direttiva che,

⁵⁷¹ In particolare, la legge applicabile al lavoro distaccato *Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz* (legge recante adeguamento del diritto dei contratti di lavoro, BGBl., 459/1993, c.d. “AVRAG”) obbliga a tenere a disposizione sul luogo di lavoro una serie di documenti redatti in lingua tedesca: il contratto di lavoro, le buste paga, i documenti attestanti la regolarità del corrispettivo ed il suo ammontare, cedolini, registri delle ore lavorate e documenti attestanti l'inquadramento contrattuale dei lavoratori. Ciò per rendere possibile all'autorità amministrativa di controllo la verifica circa il corretto adempimento degli obblighi relativi al trattamento economico e normativo del lavoratore distaccato.

come si è visto, autorizza l'esenzione dagli obblighi (e dunque dalle garanzie) generalmente previsti quando la prestazione di servizi è di breve durata. Pur non riconducendo espressamente la fattispecie in discussione a tali ipotesi, la Corte riconosce una comunanza di *ratio*: come si ricorderà, infatti, distacchi di breve durata legittimano l'esenzione dall'applicabilità della disciplina in materia di tariffe minime salariali (*rectius*, retribuzione) e trattamento delle ferie, in quanto il legame dei lavoratori con lo Stato ospitante non è radicato abbastanza nemmeno da legittimare il pur debole collegamento che dà luogo all'applicazione della direttiva. Allo stesso modo, il mero transito in terra straniera non vale a legittimare l'instaurazione di tale legame, per cui la direttiva 96/71/CE non potrà trovare, in questi casi, applicazione.

Le ragioni di fatto e di diritto poste a fondamento della decisione non convincono pienamente. In particolare, risulta difficile ritenere fondata la considerazione che la prestazione di centrale rilevanza dovrebbe essere rappresentata non già dalle attività di ristorazione, catering e pulizia a bordo treno, ma dalle attività di carico-scarico merci nonché calcolo del fatturato e organizzazione del servizio. Si tratta, com'è ovvio, di prestazioni accessorie rispetto a quella principale di assistenza ai passeggeri a bordo, che rappresenta, a ben vedere, il cuore dell'attività di questi lavoratori. Simili considerazioni sembrano ribaltare le stesse ragioni che hanno condotto all'adozione della direttiva: si tratta di una prestazione di servizi transnazionale eseguita da un'impresa stabilita in uno Stato "esportatore di manodopera" per eseguire lavori in un diverso Stato. Il più elevato costo del lavoro medio del secondo ha presumibilmente rappresentato la leva concorrenziale dirimente per l'aggiudicazione del subappalto in capo all'impresa ungherese, determinandone il successo rispetto alle imprese del luogo. Applicare ai lavoratori itineranti considerati la disciplina del distacco transnazionale avrebbe garantito loro una maggiore protezione sociale e contribuito a rendere più equa la concorrenza tra imprese nel settore, senza per questo negare il ruolo di *lex loci laboris* alla legge ungherese. Peraltro, la direttiva non dà luogo a distinzioni di sorta in materia, per

così dire, di individuazione della prestazione caratteristica, prescrivendo che, allorquando la prestazione di servizi assuma il carattere della transnazionalità e della temporaneità e sussista un contratto di appalto (o di subappalto) la direttiva debba applicarsi. Lascia perplessi pure il riferimento alle deroghe: queste non sono applicabili nel caso di specie e sono peraltro rimesse nella concreta operatività alla valutazione degli Stati membri. Trattandosi di deroghe, queste per definizione rappresentano eccezioni dalle quali non sembra di potersi trarre una regola per cui la direttiva non debba applicarsi, in presenza di tutti i requisiti, in ragione della fugacità del transito, transito che peraltro rappresenta il carattere distintivo della prestazione.

Ancora meno comprensibile è la *ratio* della decisione se si considera che la Corte ha, per questa via, frammentato la disciplina applicabile ad attività appartenenti al medesimo comparto. Nell'ambito della decisione, infatti, la Corte ricorda che il regime generale della libertà di prestazione di servizi non si applica allorquando le attività siano ascritte al settore dei trasporti, per il quale i Trattati hanno predisposto una disciplina speciale. Nell'argomentare al riguardo, la Corte nega che le attività di ristorazione e pulizie a bordo treno siano riconducibili a tale settore, perché non afferiscono all'attività di trasporto in senso stretto, che potrebbe ben svolgersi pur in mancanza di tali servizi, accessori per definizione. Nel frattempo, il legislatore eurounitario ha adottato, con l'approvazione del c.d. Mobility Package I, la complessiva riforma della disciplina di settore dei trasporti, prescrivendo, tra l'altro, che decorsi 18 mesi dall'entrata in vigore dello stesso, la direttiva distacchi troverà applicazione anche in quest'ambito⁵⁷².

⁵⁷² Per approfondire v. da ultimo G. FROSECCHI, *Il dumping sociale nel settore dell'autotrasporto europeo: in viaggio tra differenziali di costo e imprese cartiere*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2020, fasc. 3, n. 167, p. 543 ss., che puntualmente spiega la disciplina vigente, facendo notare che «è significativo che non si applichi lo stesso quadro normativo a tutti i trasporti con elementi di internazionalità». L'A. spiega anche i cambiamenti che interverranno con il Mobility Package in termini di legge applicabile al rapporto di lavoro. Vedi pure F. VAN OVERBEEKE, *Posting Drivers in the EU Road Transport Sector*, ERA Forum, 2020; nonché G. FROSECCHI, *Distacco, cabotaggio e trasporto internazionale: un puzzle ancora da comporre*, in *Logistica e lavoro, Quad. Riv. Giur. Lav.*, 2017, fasc. 3, p. 43 ss.

2.3 Dalle tariffe minime salariali al più ampio concetto di retribuzione: “equal pay for equal work at the same place”?

Le discusse disfunzioni della direttiva 96/71/CE derivano in gran parte dalla tormentata convivenza delle eterogenee caratteristiche dei sistemi di relazioni industriali europei con il principio di non discriminazione tra imprese e dispiegano effetti su ciò che più conta per il lavoratore: il trattamento economico. L'equità del corrispettivo della prestazione è, come dimostrato da plurime vicende scaturite dall'applicazione direttiva e dai relativi risvolti sociali, non solo il principale tema del contendere nell'ambito delle controversie individuali di lavoro, ma assume centralità anche nell'ambito delle attività di rivendicazione e negoziazione sindacale, nonché, in certi casi, di conflitto collettivo⁵⁷³. Non a caso, il processo di emendamento della direttiva è ruotato in larga parte attorno alla discussione su come e in che misura attuare la massima più volte evocata nel corso della trattazione: “*equal pay for equal work at the same place*”.

Dal momento che una trattazione *omnibus* di queste questioni richiederebbe una dissertazione monografica a parte, ci concentreremo sui nuovi equilibri introdotti dalla direttiva 2018/957/UE⁵⁷⁴.

A distanza di più di vent'anni, non vi sono dubbi che i tentativi del

⁵⁷³ «Così come agli albori delle relazioni sindacali con i concordati di tariffa, anche oggi il compenso (termine generico, utile per ampliare la platea dei destinatari) per la prestazione resa è nucleo centrale dei rapporti di lavoro e assume connotati peculiari nelle esternalizzazioni, nella mobilità transnazionale “al seguito di imprese”, nonché nei lavori precari e discontinui, oscillando tra garanzie dei minimi, divieti di loro innalzamento, proiezione verso la parità di trattamento», F. BORGOGELLI, D. GOTTARDI, P. TULLINI, *Introduzione*, in *Law. Dir.*, 2020, fasc. 2, *Minimi retributivi e retribuzioni al minimo. Riflessioni teoriche e riscontri empirici*, cit., p. 176.

⁵⁷⁴ Con riguardo alle modifiche apportate dalla nuova direttiva, v. G. ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in *Law. Dir.*, 2020, fasc. 2, p. 285 ss.; M. ROCCA, *Extending the Principle of Equal Treatment to Posting of Workers*, cit.; A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, cit. p. 135 ss.; R. SANTAGATA DE CASTRO, *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, cit., p. 151 ss.; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 160, 2018, p. 907 ss.; E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 190 ss.; M. FUCHS, *Posting. The Legal Panorama Of European Labor and Social Security Law*, cit., p. 15 ss. Quanto al dibattito antecedente all'emendamento del 2018, v.: M. PALLINI, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, cit., p. 525 ss.

legislatore eurounitario di attribuire rilevanza giuridica alle diverse fenomenologie della contrattazione collettiva, indicando tale fonte di produzione come riferimento per individuare le condizioni di lavoro e di occupazione del lavoratore distaccato, siano risultati fallimentari. Tale fallimento non si deve, a parere di chi scrive, alla tecnica legislativa utilizzata: se si esamina la direttiva 96/71/CE nell'impianto originario e la si confronta con il nuovo testo risultante dall'intervento modificativo della direttiva 2018/957/UE, la quale ha sostituito la disposizione dell'art. 3, par. 8, si nota che le differenze tra le due disposizioni sono minimali⁵⁷⁵. Ciò a conferma che il problema dell'eterogeneità dei sistemi di

⁵⁷⁵ Ci pare utile riportare il testo di entrambe le direttive. La direttiva 96/71/CE nel testo originario, recita: "1. Gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate: - da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o; - da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del paragrafo 8, sempreché vertano sulle attività menzionate in allegato [...]. 8. *Per contratti collettivi o arbitrati, dichiarati di applicazione generale, si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate.* In mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati di cui al primo comma, gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi: - dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o - dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale, a condizione che la loro applicazione alle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 assicuri la parità di trattamento quanto alle materie di cui al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, fra tali imprese e le altre imprese di cui al presente comma che si trovano in una situazione analoga. Vi è parità di trattamento, a norma del presente articolo, quando le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga: - sono soggette, nel luogo o nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi delle imprese che effettuano il distacco, per quanto attiene alle materie menzionate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, e - sono soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti."

D'altro canto, la direttiva 2018/957/UE prevede: "L'articolo 3 è così modificato: a) il paragrafo 1 è sostituito dal seguente: «1. *Gli Stati membri provvedono affinché, indipendentemente dalla normativa applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1, garantiscano, sulla base della parità di trattamento, ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie elencate di seguito che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono stabilite da: — disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale o altrimenti applicabili a norma del paragrafo 8 [...].* al paragrafo 8 il secondo comma e il terzo comma sono sostituiti dai seguenti: «*In mancanza, o a complemento, di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati di cui al primo comma, gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi: — dei contratti collettivi o degli arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o — dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale a condizione che la loro applicazione alle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1, assicuri la parità di trattamento quanto alle materie di cui al primo comma, del paragrafo 1 del presente articolo e, se del caso, con riguardo alle condizioni di lavoro e di*

relazioni industriali e dell'assenza, in alcuni di questi, di un sistema di applicazione generale del contratto non può essere risolto con un intervento del legislatore eurounitario, che cerca semplicemente di arginarlo (anche per il tramite di un'accurata revisione linguistica). Inoltre, è fatto notorio che, allorquando la direttiva 96/71/CE veniva redatta, il legislatore europeo si trovava per la prima volta ad affrontare normativamente il tema dell'eterogeneità dei sistemi di relazioni industriali e del contratto collettivo come fonte di produzione giuridica. Gli atti sino ad allora adottati, anche nell'ambito del d.i.p., avevano (intenzionalmente) ignorato il problema del contratto collettivo e della sua efficacia extraterritoriale⁵⁷⁶. Si potrebbe dire, dunque, che il legislatore eurounitario non potesse fare di più, anche se, a rigore, deve osservarsi che le precedenti proposte di direttiva del 1991 e del 1993 avevano conferito uno spazio maggiore al contratto collettivo. Non c'è modo di esaminarle approfonditamente in questa sede; basti sapere che la direttiva 96/71/CE, nella sua formulazione finale, adottando una soluzione di compromesso, sposa un approccio di

occupazione che devono essere assicurate ai lavoratori distaccati in conformità del paragrafo 1 bis del presente articolo, fra tali imprese e le altre imprese di cui al presente comma che si trovano in una situazione analoga. Si considera che vi sia parità di trattamento, a norma del presente articolo, quando le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga:— sono soggette, nel luogo o nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi delle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1, per quanto attiene alle materie elencate al primo comma del paragrafo 1 del presente articolo e, se del caso, con riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione che devono essere assicurate ai lavoratori distaccati in conformità del paragrafo 1 bis del presente articolo, e — sono soggette ai medesimi obblighi aventi i medesimi effetti». I paragrafi in corsivo rappresentano il testo attualmente vigente. La direttiva 2018/957/UE, schematicamente: a) sostituisce il par. 1 dell'art. 3 riferendosi espressamente alla garanzia di condizioni di parità di trattamento con la manodopera dello Stato ospite; b) mantiene intatta la definizione di contratto collettivo o arbitrato di applicazione generale; c) riscrive la disciplina del contratto collettivo o di arbitrato privo di applicazione generale; d) tiene conto delle modifiche precedentemente esaminate relative ai *long-term postings*, cui pure dispone la riferibilità della fonte collettiva. A dispetto della complessità della lettura dei testi si ribadisce quanto già detto: si ritiene che il problema dello statuto della fonte collettiva nell'ambito del distacco transnazionale non sia un problema di tecnica legislativa, ma di incompatibilità di fondo tra il principio di parità di trattamento tra imprese e le caratteristiche dei sistemi in cui lo statuto del contratto collettivo non è sufficientemente giuridificato.

⁵⁷⁶ G. ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, cit., p. 286. In tema v. M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, n. 20, p. 73 ss. Si ricorderà che inizialmente si era pensato di adottare un regolamento *ad hoc* riguardo ai di conflitti di legge in materia di rapporto di lavoro e che tale idea si è ritenuta, ancora per qualche tempo dopo l'adozione della Convenzione di Roma, praticabile; il progetto è poi stato definitivamente abbandonato con la trasformazione della direttiva in regolamento, dopo che la 96/71/CE era già stata definita ed era entrata in vigore.

limitazione dell'efficacia del contratto collettivo al solo settore edilizio. Ciò anche per fugare i timori, già ampiamente prefigurati, relativi alla capacità dei sistemi di relazioni industriali privi del contratto collettivo *erga omnes* di garantire un'adeguata protezione sociale al lavoratore distaccato⁵⁷⁷.

Si diceva dunque che il problema non è tanto come l'art. 3, par. 8 sia costruito, in quanto il suo impianto rimane lo stesso anche dopo le modifiche del 2018: quando manca un meccanismo di efficacia generalizzata, lo Stato ospite la prestazione di servizi può pretendere l'applicazione del contratto collettivo privo di tale caratteristica soltanto se questo è generalmente applicato nell'ambito del settore o del territorio interessato, oppure se si tratta di un contratto collettivo stipulato dalle parti sociali più rappresentative a livello nazionale, sempreché sia applicato in un regime di assoluta parità di trattamento tra le imprese locali e le imprese straniere, sottoponendole a medesimi obblighi e medesimi effetti.

Piuttosto, si deve ritenere che sussista un'incompatibilità insanabile tra il principio di non discriminazione tra imprese e le caratteristiche strutturali di alcuni dei sistemi di relazioni industriali degli Stati membri. Tale incompatibilità si spiega se si considera che nell'ambito di quegli ordinamenti privi di un sistema di applicazione generalizzata, come l'Italia o la Svezia, nell'ambito dei quali l'operatività della funzione normativo-tariffaria del contratto è affidata, rispettivamente, al diritto comune e all'autonomia sindacale, l'impresa straniera potrà invocare una disparità di trattamento con l'impresa nazionale allorquando si pretenda di assoggettare la prima ad un obbligo giuridico al quale le imprese nazionali possono sottrarsi⁵⁷⁸. È quanto accaduto in diversi casi giurisprudenziali,

⁵⁷⁷ Ricostruisce le questioni M. BIAGI, *Fortune Smiles on The Italian EU Presidency: Talking Half-Seriously about the Posted Workers and Parental Leave Directives*, cit. p. 97 ss. V. pure U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, cit., p. 33 ss. e G.G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori, un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, cit., p. 115 ss.

⁵⁷⁸ G. ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, cit., p. 285 ss.; M. ROCCA, *The Reform of the EU Directive on Posting of Workers. Fortune smiles on the Juncker Presidency?*, in G. CASALE, T. TREU (eds.), *Transformations of Work: Challenges for the National Systems of Labour Law and Social Security*, cit., p. 1171 ss.; E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 193 ss.

che hanno appassionato tanto gli addetti ai lavori che l'opinione pubblica.

Al riguardo, va premesso che la direttiva 96/71/CE trova applicazione anche agli appalti pubblici di servizi⁵⁷⁹. In quest'ambito, assumono la veste di committente pubbliche amministrazioni ed enti pubblici vincolati da Convenzioni internazionali (in particolare, la Convenzione Oil n. 94) e disposizioni di diritto interno (della specie del nostro art. 36 St. Lav.) a subordinare, per il tramite di c.d. clausole sociali di equo trattamento, l'aggiudicazione di prestazioni di servizi in loro favore all'osservanza di determinati standard retributivi a tutela della manodopera coinvolta⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ «Nel determinare il suo ambito di applicazione, il d.lgs. 136/16 non fa alcuna distinzione in merito alla natura pubblica o privata del distaccatario. D'altra parte, la direttiva 96/71 tace sul punto, che è stato ignorato anche in sede di revisione. Si tratta, più che di una svista, di un consapevole silenzio frutto dell'incapacità politica di risolvere uno dei nodi problematici principali ai quali la disciplina del distacco transnazionale ha dato origine», G. ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, cit., p. 298.

⁵⁸⁰ L'impiego dei pubblici appalti per il conseguimento di finalità sociali rappresenta un fenomeno profondamente radicato nell'ambito degli ordinamenti comunitari e l'adozione delle clausole sociali, annoverate tra gli strumenti giuridici a disposizione del legislatore per il perseguimento di siffatte finalità, affonda le radici in un passato risalente. Tra gli antesignani esperimenti normativi in tal senso pare opportuno menzionare l'impiego delle clausole sociali dapprima in Inghilterra, a far data dal 1891, allorché la House of Commons adottò le *Fair Wages Resolutions*; in Francia, con i Decreti "Millerand", nel 1899; in Olanda, negli anni Trenta del Novecento; negli Stati Uniti, dapprima in Kansas e successivamente in altri Stati federali, agli inizi del Novecento. Tecnica tradizionalmente adottata dai legislatori nazionali, tanto per promuovere l'applicazione delle condizioni economico-normative fissate dai contratti collettivi, quanto per selezionare imprese socialmente responsabili nell'ambito di un appalto pubblico, l'istituto delle clausole sociali è oggetto di rinnovato interesse da parte della dottrina giuslavoristica comunitaria. Se oggetto degli studi classici sul tema è la tradizionale distinzione tra clausole di prima e di seconda generazione nella loro fisionomia ed esperienza applicativa, a conferire rinnovata attualità agli studi in materia contribuiscono da un lato il dato normativo, con la recente adozione di una nuova disciplina europea in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione, appalti pubblici e procedure d'appalto (la direttiva 2014/24/UE, ma v. anche le direttive 2014/23/UE e 2014/25/UE), dall'altro, il contributo della giurisprudenza comunitaria. Ambedue gli aspetti offrono nuova linfa vitale al dibattito della dottrina giuridica relativamente a legittimità, ruolo e problematiche applicative di quelle clausole che orientano il mercato a fini socialmente rilevanti. La bibliografia al riguardo è sterminata ed il tema rappresenta una delle tante "scatole cinesi" che impongono un adeguato approfondimento incompatibile con la nostra trattazione. Per questo si rinvia a G. FROSECCHI, G. ORLANDINI, *An Internationally Oriented Interpretation of EU Law on Public Procurement: Strengthening Labour Clauses Through ILO Convention no. 94*, in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona", Int. 153/2020; C. BARNARD, *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*, in ILJ, 2016, p. 1 ss.; G. CAROSIELLI, *La sentenza RegioPost e l'anima "dimezzata" della Corte di Giustizia europea nella tutela dei lavoratori impegnati negli appalti pubblici*, in Dir. Rel. Ind., 2016, p. 881 ss.; S. COSTANTINI, *Direttive sui contratti pubblici e Corte di Giustizia, continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, CSDLE "Massimo D'Antona", Int. 309/2016; C. BARNARD, *Using Procurement Law to Enforce Labour Standards*, in G. DAVIDOV, B. LANGILLE (a cura di), *The idea of Labour*

Nel celebre caso *Rüffert*⁵⁸¹, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della legge regionale della Bassa Sassonia, che imponeva agli enti pubblici di assegnare appalti soltanto alle imprese che avessero rilasciato, all'atto dell'aggiudicazione, una dichiarazione scritta che attestasse l'assunzione dell'obbligo a corrispondere alla manodopera impiegata nell'appalto il salario minimo previsto dal contratto collettivo del luogo di esecuzione dell'appalto⁵⁸². Non essendo tale contratto collettivo di efficacia generale, la Corte di giustizia aveva sanzionato con l'illegittimità l'imposizione di tale obbligo alle imprese aggiudicatrici straniere, apportando diverse – e discusse – giustificazioni: *in primis*, l'imposizione dei requisiti menzionati in termini di tariffe minime salariali avrebbe in sostanza neutralizzato il legittimo vantaggio concorrenziale dell'impresa straniera a fronte di un obbligo non imposto a tutte le imprese simili in quanto, appunto, derivante dal contratto collettivo non *erga omnes*; in secondo luogo, la direttiva definisce meccanismi tassativi per supplire alla carenza di efficacia generale del contratto collettivo e sarebbe illegittima qualsivoglia via alternativa a siffatto assetto. La disciplina in questione, imponendo obblighi differenziati e limitati al settore pubblico, si sottrae al principio di non discriminazione su cui lo stesso art. 3, par. 8 si fonda⁵⁸³.

Law, Oxford University Press, 2011, p. 256 ss.; N. BRUUN, A. JACOBS, M. SCHMIDT, *La Convenzione n. 94 dell'ILO alla luce del caso Rüffert*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, I, p. 649 ss.;

⁵⁸¹ C. giust., 3 aprile 2008, C- 346/06, *Rüffert*. In commento, N. BRUUN, A. JACOBS, M. SCHMIDT, *La Convenzione n. 94 dell'ILO alla luce del caso Rüffert*, *cit.*, p. 649 ss.; M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, *cit.*, p. 81 ss.

⁵⁸² Si è semplificato il ragionamento per non appesantire il discorso. Ad essere precisi, il caso di specie riguardava la gara d'appalto bandita dal Land Niedersachsen per la costruzione di un istituto carcerario; l'impresa coinvolta nel procedimento giudiziario si era aggiudicata una parte dei lavori in regime di subappalto. L'impresa appaltatrice aveva effettivamente sottoscritto l'impegno ad applicare il contratto collettivo territoriale, ossia il contratto edile del Land, ma l'impresa subappaltatrice si era rifiutata. Per questa ragione, il contratto era stato risolto ed era stata scattata la penale. Il rifiuto del pagamento della sanzione ha dato inizio al procedimento innanzi al giudice di merito. In sede d'appello è stata sollevata la questione pregiudiziale di cui si discute. Cfr. M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, *cit.*, p. 81 ss.

⁵⁸³ «Per la Corte di giustizia non c'è dubbio che la direttiva 96/71 trovi applicazione anche nell'ambito degli appalti pubblici, con la conseguente necessità di tener conto dei criteri dettati dal suo art. 3, par. 8 nel valutare la legittimità dell'obbligo di rispettare il contratto collettivo imposto da un bando di gara. Quindi non è ammissibile pretendere che un'impresa aggiudicataria di appalto con sede in un altro Stato membro applichi contratti collettivi privi di *erga omnes*, a meno che “di fatto” questi non siano comunque rispettati da tutte le imprese del settore al quale l'appalto si riferisce. La Corte deduce

Come noto, la Corte di giustizia è tornata in successive occasioni a pronunciarsi su casi giurisprudenziali riferiti al settore dei pubblici appalti, attenzionati dalla dottrina nonostante la ridotta rilevanza in termini di novità⁵⁸⁴. Le pronunce della Corte in materia hanno riguardato due situazioni completamente diverse, e solo la seconda ci interessa⁵⁸⁵. Nel secondo caso, la nota pronuncia *RegioPost*⁵⁸⁶, la Corte ha sancito la legittimità dell'estensione ai lavoratori distaccati dall'impresa straniera del salario minimo previsto dalla legge del Land Renania Palatinato, anche se riferita ai soli appalti di servizi pubblici e inapplicabile al settore privato. Ciò perché i requisiti che impongono l'applicazione generale e dunque la parità di trattamento tra imprese si riferiscono alla disciplina del contratto collettivo e non anche alla legge.

Come si vede, il campo semantico cui possono essere ascritte tali massime è sempre il medesimo: quello della parità di trattamento e della non discriminazione. Un'endiadi irrinunciabile rispetto alla quale la Corte di giustizia non può arretrare, trattandosi di disposizioni di diritto primario che trovano nei trattati un sicuro ancoraggio mentre, come si sa, ben più controverso è lo statuto dei c.d. diritti sociali nell'ambito dell'ordinamento eurounitario⁵⁸⁷. Si segnala a

queste conclusioni anche dall'art. 56 TFUE (*ex* 49 TCE), non potendo superare il test di proporzionalità l'obbligo di rispettare standard lavoristici dai quali possono sottrarsi parte delle imprese nazionali (ovvero quelle che operano al di fuori degli appalti pubblici)», G. ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, *cit.*, p. 298, che segnala l'impatto della pronuncia sul sistema tedesco, il quale ha per le vie brevi riformato il proprio sistema di aggiudicazione degli appalti pubblici e nel successivo 2014 adottato la disciplina del salario minimo legale.

⁵⁸⁴ P. PECINOVSKY, *Evolutions in the Social Case Law of The Court of Justice the Follow-Up Cases of the Laval Quartet: Esa and Regiopost*, in *ELLJ*, 2016, vol. VII, No. 2, p. 294 ss., che si richiama solo con riferimento alla seconda sentenza (sul caso Esa si tornerà appresso); G. CAROSIELLI, *La sentenza RegioPost e l'anima "dimezzata" della Corte di Giustizia europea nella tutela dei lavoratori impegnati negli appalti pubblici*, *cit.*, p. 881 ss.; S. COSTANTINI, *Direttive sui contratti pubblici e Corte di Giustizia, continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, *cit.*, p. 12 ss.

⁵⁸⁵ C. giust., 18 settembre 2014, C-549/13 *Bundesdruckerei*. Il caso non attiene alle questioni problematiche di cui si discute. La Corte ha sostanzialmente negato l'applicabilità della direttiva in quanto, nel caso di specie, la prestazione di servizi non veniva eseguita per mezzo dell'invio all'estero di lavoratori, con conseguente esenzione dall'applicazione della 96/71/CE. In commento, A. TURSI, *La giurisprudenza uni-europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro: discerni oportet*, *cit.*, p. 843.

⁵⁸⁶ C. giust., 17 novembre 2015, C-115/14 *RegioPost*.

⁵⁸⁷ R. BALDUZZI, *Ancora sulla dimensione europea dei diritti sociali: come superare la posizione "social-scettica", senza cadere in quella perennemente "scontenta"*, in P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 335 ss.

questo proposito che, come è ben noto, la Corte di giustizia ha sanzionato condotte volte ad imporre al prestatore di servizi straniero l'applicazione del trattamento salariale previsto da contratti collettivi privi di efficacia generalizzata nell'ambito di sistemi di relazioni industriali non giuridificati o "volontaristici", dichiarando illegittimo il conflitto collettivo scaturito dalla volontà dell'impresa di sottrarsi⁵⁸⁸. È la vicenda del celebre caso Laval: concisamente e per quanto qui interessa, l'ordinamento svedese, in osservanza degli obblighi comunitari di adeguamento alla direttiva 96/71/CE, si era naturalmente dotato di una disciplina di recepimento della stessa. Anche con riguardo al lavoro distaccato, così come imponeva il generale assetto del proprio sistema di relazioni industriali, il legislatore aveva lasciato alle parti sociali ed in particolare alle associazioni sindacali, conformemente alla prassi di relazione sindacale da tempo consolidatasi nel Paese, l'attuazione dell'art. 3, par. 1, lett. c) in materia di determinazione delle tariffe minime salariali applicabili al lavoro distaccato. Il legislatore svedese non si era però preoccupato di esplicitare tale scelta, né di verificare la conformità della contrattazione collettiva così stipulata ai requisiti di cui all'art. 3, par. 8 della direttiva. Ne era scaturita la volontà dell'impresa distaccante di sottrarsi all'applicazione del contratto collettivo privo di applicazione generale e una compatta e significativa reazione sindacale, sfociata in un lungo sciopero in grado di mettere in ginocchio l'impresa, al punto da indurla a rivolgersi al giudice per ottenere un risarcimento. La Corte di giustizia

⁵⁸⁸ C. giust., 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*. In commento, A. TURSI, *La giurisprudenza uni-europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro: discerni oportet*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, fasc. 3, p. 835 ss.; v. M. FREEDLAND, J. PRASSL, *Viking, Laval and Beyond*, Oxford-Portland, Oregon, 2016; A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci, Bari, 2009; A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea, Dopo le sentenze Laval, Viking e Lussemburgo*, Ediesse, 2009; M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. Dir.*, 2008, 2, p. 371 ss.; M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, p. 24 ss.; M. PALLINI, *La direttiva Bolkestein e il dumping sociale: tanto rumore per nulla?*, in G. GIACOBBE (a cura di), *Studi in memoria di Vittorio Sgroi*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 928 ss. M. PALLINI, *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri o presunti) di dumping sociale nell'Unione Europea*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2007, p. 379 ss.; M. PALLINI, *La direttiva Bolkestein non ha peccati ... se non l'ignavia*, in *Biblioteca delle Libertà*, Centro Einaudi, 2007; M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm. Il diritto comunitario del lavoro ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, 2, pt. II, p. 239 ss.

ha negato l'immunità del diritto di sciopero rispetto alle valutazioni di compatibilità comunitaria, con ciò addivenendo ad un giudizio di sostanziale illegittimità dell'intero impianto di relazioni industriali svedese⁵⁸⁹.

Non si può dire che la direttiva 2018/957/UE si getti alle spalle del tutto i descritti problemi. Come si è anticipato, su questo specifico tema, la direttiva interviene su tre direttrici: la prima è quella di ritoccare l'art. 3, par. 8, riscrivendo la norma che riguarda i sistemi privi di un contratto collettivo *erga omnes* e specificando più volte che va ricercata la parità di trattamento con la manodopera locale; la seconda è quella di includere nell'elenco di materie oggetto di parità di trattamento non già il concetto minimale di tariffe minime salariali, bensì il più onnicomprensivo concetto di retribuzione. La terza è quella di riconoscere uno status di immunità al diritto di sciopero, per il tramite della già esaminata disposizione dell'art. 1, par. 1bis.

Quanto alla nuova formulazione del c.d. “nocciolo duro di tutele” (art. 3) e all'inedita inclusione nell'elenco dell'onnicomprendiva nozione di “retribuzione” in luogo delle “tariffe minime salariali” in precedenza indicate, si deve ritenere che tale novità, così come la rinnovata attenzione per il principio di parità di trattamento con la manodopera locale, siano il frutto di un percorso evolutivo⁵⁹⁰ cui hanno senza dubbio contribuito un insieme di fattori. Tra questi vanno certamente annoverati le vicende delle lotte sindacali ed il contributo della giurisprudenza nazionale, ma anche e soprattutto il mutamento di orientamento della Corte di Giustizia sulla materia salariale, registratosi nel 2015 con la sentenza “*ESA*” o “*Ammattilitto*”.

⁵⁸⁹ Cfr. da ultimo A. TURSI, *La giurisprudenza uni-europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro: discerni oportet*, cit., p. 844 ss. ove l'A., pur non avendo a dire circa il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali svolto dalla Corte, sottolinea d'altro canto il carattere «illiberale» delle intrusioni negli ambiti di competenza dell'autonomia collettiva, anche alla luce dell'art. 28 della Carta di Nizza.

⁵⁹⁰ R. SANTAGATA DE CASTRO, *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, cit., p. 151 ss.; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 160, 2018, p. 907 ss.; E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 190 ss.; M. FUCHS, *Posting. The Legal Panorama of European Labor and Social Security Law*, cit., p. 15 ss.

Quanto all'ultimo profilo richiamato, la Corte di giustizia è stata chiamata più volte a pronunciarsi sul significato di "tariffe minime salariali" ai sensi della direttiva 96/71/CE vecchio testo. La questione appare particolarmente delicata se si considera che, nelle situazioni concrete di applicazione della direttiva, molto probabilmente esisterà una differenza tra le tariffe salariali minime imposte dallo Stato ospite la prestazione e la struttura del sistema retributivo dello Stato di origine⁵⁹¹. La composizione della remunerazione, infatti, rispecchia le peculiarità del diritto del lavoro dello Stato di riferimento, ed i problemi di coordinamento si moltiplicano allorché si adotti una dimensione internazionalprivatistica, che ci siamo prefissi di tenere d'occhio. A ben vedere, infatti, il rapporto di lavoro del lavoratore distaccato è «divisibile»⁵⁹², ossia assoggettato a leggi appartenenti a distinti sistemi giuridici, diverse quanto a obblighi, garanzie e diritti (anche sul piano processuale). L'elemento retributivo, accanto a quello dei rimborsi e dell'imputazione delle spese sostenute in termini di vitto e alloggio, paiono particolarmente ostici all'assimilazione e a quell'armonia di disciplina che il c.d. *dépeçage*, in teoria, imporrebbe.

Nei propri interventi, la Corte ha dovuto dapprima risolvere la questione pregiudiziale della competenza a pronunciarsi. Dal momento che la direttiva non offre una definizione di quali siano gli elementi costitutivi del trattamento salariale minimo, e non potrebbe farlo, essendo tale definizione rimessa dal Trattato agli Stati, si potrebbe sostenere che la Corte di giustizia non dovrebbe

⁵⁹¹ E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., p. 190.

⁵⁹² La nozione è impiegata da L. FORLATI PICCHIO, *Lavoro nel diritto internazionale privato*, *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, 1992, vol. 8, Utet, Torino, nt. 110, che richiama il risalente precedente di Cass., 26 febbraio 1986, n. 1226, in *FI*, 1986, I, p. 1560. Nel caso di specie, il lavoratore italiano assunto in Italia e contrattualmente distaccato presso terzi all'estero aveva pattuito con il datore di lavoro la sottoposizione alla *lex loci executionis* non già dell'intero contratto ma soltanto della disciplina del lavoro straordinario e dell'articolazione dell'orario di lavoro, lasciando impregiudicata per il resto la legge italiana. Chi scrive fa notare che l'istituto del frazionamento volontario pone probabilmente meno problemi rispetto a situazioni, come quella del distacco regolato dalla 96/71/CE, ove il frazionamento risulta dalla combinazione legalmente imposta tra norme del Paese di origine e norme di applicazione necessaria del Paese ospite, senza che si verifichi in concreto la coerenza regolativa d'insieme del regolamento contrattuale risultante da tale artificiale contaminazione. L'istituto del *dépeçage* è approfondito *supra*, cap. I, par. 1.4, nt. 82 e par. 2.4.2.

poter esprimere la propria su queste questioni. Al contrario, come ci si aspettava, la Corte ha come di consueto ribadito la propria competenza a pronunciarsi sulla materia sociale, che è comunque soggetta ad una valutazione di compatibilità comunitaria⁵⁹³ essendo gli Stati vincolati, nell'adozione delle proprie prescrizioni in materia, a non ostacolare la prestazione di servizi, ad esempio attuando una disparità di trattamento illegittima tra imprese straniere ed imprese locali (come si è visto *supra*, in questo par.)⁵⁹⁴.

Risolta la questione della competenza, va chiarito che gli interventi della Corte di giustizia sono stati, in un primo tempo, asistematici e vertenti di volta in volta su specifiche voci retributive e sulla loro ascrivibilità o meno al concetto di tariffa minima salariale⁵⁹⁵. Il primo orientamento in materia è apparso particolarmente restrittivo, in quanto la Corte ha sancito il principio per cui ricadono nel significato armonizzato di tariffa minima salariale soltanto quelle prestazioni le quali rappresentano il corrispettivo per la prestazione di lavoro strettamente intesa. Il significato della statuizione appare alquanto fumoso, e forse si comprende meglio *a contrario*: la Corte ha infatti stabilito che tutte le imposizioni dello Stato ospite, di fonte legale o contrattuale, che siano in grado

⁵⁹³ “Occorre ricordare che la Corte si è già dichiarata competente a statuire su domande di pronuncia pregiudiziale vertenti su disposizioni del diritto dell’Unione in situazioni in cui i fatti della causa principale si collocavano al di fuori dell’ambito d’applicazione del diritto dell’Unione, ma nelle quali tali disposizioni di diritto erano state rese applicabili dal diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza *Leur-Bloem*, punti 26 e 27). Allo stesso modo la Corte ha statuito che, quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto dell’Unione, al fine, in particolare, di evitare che vi siano discriminazioni nei confronti dei cittadini nazionali o eventuali distorsioni di concorrenza, esiste un interesse certo dell’Unione europea a che, per evitare future divergenze d’interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto dell’Unione ricevano un’interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate (v., in tal senso, sentenza *Modehuis A. Zwijnenburg*, punto 33)”, C. giust., 7 novembre 2013, C- 522/12 *Isbir*, pt. 28.

⁵⁹⁴ “[...] Si deve constatare che di per sé la direttiva 96/71 non fornisce alcun elemento per definire in modo sostanziale il salario minimo. La definizione di quali siano i suoi elementi costitutivi, per l’applicazione di tale direttiva, rientra pertanto nell’ambito del diritto dello Stato membro interessato, fermo restando solo che tale definizione, come risulta dalla legislazione o dai pertinenti contratti collettivi nazionali o dall’interpretazione che ne danno i giudici nazionali, non può avere l’effetto di ostacolare la libera prestazione dei servizi tra gli Stati membri”, C. giust., 7 novembre 2013, C- 522/12 *Isbir*, pt. 37.

⁵⁹⁵ In commento, E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, cit., pp. 190-192.

di “modificare il rapporto tra la prestazione del lavoratore ed il corrispettivo percepito” non si possano tecnicamente ascrivere al concetto giuridico di salario minimo. Ne consegue che le maggiorazioni e i supplementi che non sono riconosciuti quali componenti della retribuzione minima dalla normativa o dalla prassi nazionale dello Stato membro sul territorio nel quale il lavoratore è distaccato e che modificano il rapporto tra la prestazione del lavoratore ed il corrispettivo percepito non possono essere considerati tariffe minime ai sensi della direttiva⁵⁹⁶. Nella stessa sentenza i giudici hanno chiarito, tra l’altro, che lo Stato membro non potrebbe imporre alle imprese prestatrici di servizi i compensi forfettari riferiti a prestazioni particolari o supplementari, a titolo di esempio, quelle che riguardano attività lavorative pericolose. D’altra parte, vanno esclusi dal novero degli obblighi comunitari connessi al concetto di tariffa minima salariale gli emolumenti corrisposti al fine di finanziare piani di risparmio pluriennale, anche se ciò non significa del tutto escluderne la rilevanza, potendo ben formare oggetto di un separato obbligo in capo al prestatore di servizi, che andrà valutato in concreto nella sua proporzionalità⁵⁹⁷. Diversamente, “tenuto conto della prassi nazionale che consiste, al momento della negoziazione di un [...] contratto collettivo e alla scadenza del contratto collettivo anteriore, nell’anticipare”, per il tramite di pagamenti forfettari, “l’applicazione dei nuovi livelli di retribuzione”, tali emolumenti debbono considerarsi ascrivibili alla nozione di tariffe minime salariali⁵⁹⁸, indipendentemente dalla circostanza che queste non siano state temporalmente erogate a titolo di stretto corrispettivo rispetto ad un’attività di lavoro.

Il superamento di questo approccio eccessivamente casistico e poco funzionale a comprendere il cuore della nozione delle tariffe minime salariali si ha con la pronuncia *Esa/Ammattilitto*⁵⁹⁹. La sentenza rappresenta un punto di

⁵⁹⁶ C. giust., 14 aprile 2005, c- 341/2002, *Commissione c. Germania*, pt. 38-40.

⁵⁹⁷ C. giust., 7 novembre 2013, C- 522/12 *Isbir*, pt. 44.

⁵⁹⁸ C. giust., 7 novembre 2013, C- 522/12 *Isbir*, pt. 42.

⁵⁹⁹ Le abbreviazioni sovente utilizzate dalla dottrina, che talvolta utilizza anche “Sähköalojen”, si devono alla difficoltà di pronuncia dei nomi delle parti per intero: C. giust., 12 febbraio 2015, C-

riferimento imprescindibile in termini di individuazione della nozione di tariffa minima salariale. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla questione della ascrivibilità alla nozione di tariffa minima di plurime voci retributive individuate da un contratto collettivo che i lavoratori ed il sindacato di riferimento E.S.A. pretendevano di applicare ad un'impresa polacca distaccante in Finlandia, fornisce finalmente delle indicazioni di sistema per accertare o meno, ferma la competenza statale in tal senso, la qualificazione di un dato elemento retributivo come tariffa minima.

I concetti chiave qui chiariti trovano peraltro diretto riscontro nel nuovo testo della direttiva. La Corte, in proposito, ha smentito il precedente restrittivo orientamento, chiarendo che la direttiva debba essere interpretata nel senso che la nozione di tariffe minime salariali include la retribuzione oraria di base come delineata dall'inquadramento in gruppi salariali disposto dalla fonte contrattuale di riferimento nel Paese ospite, il che è certo il principio di diritto più innovativo. Inoltre, le indennità di tragitto, distacco e la gratifica per ferie sono giuridicamente ascrivibili al concetto di tariffa minima. Al contrario, ne sono esclusi i rimborsi delle spese di alloggio e vitto, che vanno riconosciuti non già come elementi retribuitivi ma come emolumenti ulteriori e diversi la cui entità va sempre precisata in modo chiaro, per evitare comportamenti fraudolenti.

Al di là dei singoli emolumenti, il significato sistematico della pronuncia è stato unanimemente quello di ampliare in modo incisivo il significato di tariffa minima salariale, «in modo da includervi qualsiasi voce retributiva capace di contribuire alla tutela sociale del lavoratore distaccato, tenuto conto del diverso costo della vita dello Stato membro ospitante»⁶⁰⁰.

Oggi, la direttiva ha recepito tali indicazioni. La nozione di tariffa minima

396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry contro Elektrobudowa Spółka Akcyjna*. In commento, P. PECINOVSKY, *Evolutions in the Social Case Law of The Court of Justice the Follow-Up Cases of the Laval Quartet: Esa and Regiopost*, cit., p. 294 ss.; S. BUOSO, *La portata della nozione di "tariffe minime salariali" tra direttiva europea sul distacco del lavoratore e disciplina nazionale applicabile*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, p. 898 ss.; D. VENTURI, *La nozione di tariffe minime salariali nel distacco transnazionale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, p. 552 ss.

⁶⁰⁰ A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, cit., p. 135.

salariale è stata sostituita con l'onnicomprendente nozione di retribuzione, che verrà determinata da disposizioni di fonte legale e contrattuale, purchè queste ultime soddisfino i requisiti dell'art. 3, par. 8. Gli elementi costitutivi della retribuzione andranno dunque individuati alla luce della disciplina del Paese ospite, tenuto conto delle precisazioni della direttiva: le indennità o rimborsi a copertura delle spese di vitto e alloggio, pur non facendo parte tecnicamente della retribuzione, formano oggetto di un obbligo previsto dalla nuova lett. i) dell'elenco di materie del c.d. nocciolo duro; il rimborso delle spese sostenute a fronte del distacco è invece assoggettato dalla direttiva alla disciplina della legge applicabile al rapporto di lavoro⁶⁰¹.

3 Il recepimento della direttiva in Italia: il d.lgs. 120/2020 che apporta modifiche al d.lgs. 136/2016

A giudizio unanime della dottrina⁶⁰², a dispetto dell'assenza di una formale pronuncia di illegittimità, il nostro d.lgs. 72/2000 era stato adottato in aperta violazione delle prescrizioni della direttiva, in quanto non vi era modo di interpretarlo conformemente alla stessa: conferire effetto utile alle prescrizioni dell'atto comunitario avrebbe comportato giocoforza la disapplicazione della normativa italiana. Consapevole che il vecchio decreto, a dispetto delle (relativamente) chiare indicazioni della direttiva quanto alla linea di demarcazione tra “statuto obbligatorio” e “statuto facoltativo”, illegittimamente estendeva *de plano* la disciplina giuslavoristica nostrana al lavoratore distaccato, il legislatore del 2016 ne ha opportunamente disposto l'abrogazione. Il nuovo

⁶⁰¹ Z. RASNÁCA, *Reimbursement Rules for Posted Workers: Mapping National Law in the EU28*, in ETUI Working Papers, 2019, ove l'A. provvede ad analizzare sia la disciplina dei singoli Stati in materia di rimborsi a favore dei lavoratori distaccati, sia a effettuare le opportune valutazioni di sistema, distinguendo tra gli Stati che sono del tutto sprovvisti di una disciplina legale in materia; gli Stati che equiparano la manodopera emigrante con quella distaccata nel territorio quanto a trattamento dei rimborsi; gli Stati che offrono una disciplina differenziata dei due fenomeni.

⁶⁰² S. NADALET, *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lav. Dir.*, 2008, fasc. 1, p. 37 ss.; S. MARETTI, *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 1148 ss.; M. PALLINI, *Gli appalti transnazionali: la disciplina italiana al vaglio di conformità con il diritto europeo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2017, III, pt. 1, p. 485 ss.; M. DELFINO, *The 'Puzzle' of workers' Mobility in Italy*, *cit.*, p. 100 ss.

d.lgs. 136/2016 appare ben più coerente con l'impianto generale della direttiva, e a tratti ne traspone pedissequamente il registro linguistico.

Il decreto pecca però di adattare la disciplina generale della direttiva alle peculiarità del nostro sistema. Stessa cosa deve dirsi del decreto modificativo, intervenuto direttamente sul vecchio testo per recepire le indicazioni della riforma del 2018. Il d.lgs. 15 settembre 2020, n. 122 non sembra in effetti porsi il problema cui si accennava in apertura del paragrafo precedente, ossia che il nostro ordinamento manca di un sistema di applicazione generale. È conseguentemente del tutto irrilevante il richiamo all'art. 51 del d.lgs. 81 del 2015 se rimane il problema della potenziale disparità di trattamento tra l'impresa nazionale, che potrebbe, volendo, sottrarsi all'applicazione del contratto collettivo, e quella straniera alla quale l'applicazione del contratto non *erga omnes* si vuole imporre.

Quel che è certo è che, nel nostro sistema, la parità di trattamento retributiva tra lavoratore "locale" e lavoratore distaccato del medesimo settore va molto ridimensionata rispetto a quanto ci si potrebbe aspettare da una lettura approssimativa della direttiva. Si deve ritenere, infatti, che gli unici elementi retributivi dei quali si potrebbe dover pretendere l'applicazione anche all'impresa straniera, in quanto di applicazione generalizzata, sono quelli che derivano dalla consolidata lettura giurisprudenziale dell'art. 2099, c. 2, cod. civ., in combinato disposto con l'art. 36 Cost. Anche percorrendo questa strada, però, i problemi restano aperti: «la via giurisprudenziale all'*erga omnes* in materia salariale non permette infatti di identificare preventivamente gli standard minimi di omogenea applicazione in un determinato settore economico, posta l'incertezza sia in merito alle voci retributive integranti la retribuzione costituzionalmente equa, sia in merito all'identificazione del Ccnl da assumere come parametro; un problema, questo, amplificatosi a dismisura per effetto del noto processo di moltiplicazione dei Ccnl verificatasi negli ultimi anni in tutti i settori produttivi. Sotto il primo profilo, l'orientamento maggioritario della Cassazione che identifica nella paga base, nell'indennità di contingenza e nella tredicesima le voci integranti il

minimo inderogabile ex art. 36, convive con letture più generose della norma costituzionale che portano a includere nel suo ambito di applicazione voci ulteriori (quale ad esempio gli scatti di anzianità). Sotto il secondo profilo, non solo la proliferazione dei Ccnl rende più problematica la censura dei minimi retributivi applicati in virtù di un Ccnl firmato da attori privi di certa rappresentatività (specie se gli scostamenti salariali non sono di rilevante entità); ma la selezione del Ccnl-parametro è ulteriormente complicata dal sovrapporsi dei perimetri contrattuali che riguarda gli stessi Ccnl firmati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative»⁶⁰³.

4 Il nuovo volto della direttiva distacchi: uno sguardo d'insieme

Non si può non dedicare qualche riflessione conclusiva alla valutazione complessiva dei cambiamenti apportati dalla nuova direttiva quanto alle condizioni di lavoro applicabili alla manodopera temporaneamente inviata nello Stato ospite, con il supporto della dottrina più recente⁶⁰⁴. Come già accaduto in

⁶⁰³ G. ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, cit., pp. 292-293.

⁶⁰⁴ M. ROCCA, *Extending The Principle of Equal Treatment To Posting Of Workers*, Study Prepared at the Request of the France Insoumise Delegation of the Gauche Unitaire Européenne/Gauche Verte Nordique of The European Parliament, 2020; ID., *Stepping Stones Over Troubled Waters. Recent Legal Evolutions and the Reform of the Posting of Workers Directive*, in N. LILLIE, J. ARNHOLTZ (eds.), *Posted Work in the European Union the Political Economy of Free Movement*, pp. 167 ss., Routledge, Abingdon, 2020; J.P. LHERNOULD, *Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the Posting of Workers in the Framework of the Provision of Services. What Will Change in 2020?* in *ERA Forum*, 2020, 20, p. 249 ss.; M. DELFINO, *The 'Puzzle' of workers' Mobility in Italy*, *ELLJ*, 2020, vol. 11, p. 97 ss.; A. AVONDOLA, *Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali in materia di distacco transnazionale. Segnali dal futuro per la lotta al dumping salariale* in *R.D.S.S.*, 2020, fasc. 1, p. 147 ss.; S. DI MATTEO, *Il distacco del lavoratore. Aspetti critici e dubbi interpretativi alla luce della recente normativa*, in Working Papers Adapt n. 19, 2020; A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, I, p. 133 ss.; S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *QG*, 2019, fasc. 4, spec. p. 56 ss.; S. CASSAR, *Il distacco transnazionale intracomunitario*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, fasc. 2, p. 283 ss.; G. ORLANDINI, *Il dumping salariale nell'Unione europea: nuovi scenari e vecchie problematiche*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, p. 105 ss.; F. COSTAMAGNA, *Regulatory Competition in the Social Domain and the Revision of the Posted Workers Directive*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, p. 79 ss.; C. CORDELLA, *Transnational Posting of workers between Public Policy and Collective Bargaining*, in A. PERULLI, S. BELLOMO (eds.), *New Industrial Relations in the Era of Globalization: a Multilevel Analysis*, Cedam, Padova, 2019, p. 125 ss.; J.P. LHERNOULD, *Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the Posting of Workers in the Framework of The Provision of*

precedenza con riguardo alla formulazione della direttiva, si deve constatare che le buone intenzioni del legislatore appaiono certamente lodevoli ma insufficienti a garantire i cambiamenti che ci si aspetterebbe dallo slogan di bandiera della riforma in materia di parità di trattamento⁶⁰⁵.

Un esame attento della terminologia utilizzata restituisce il quadro della contraddittorietà delle soluzioni di politica legislativa concretamente attuate rispetto agli scopi dichiaratamente perseguiti. In effetti, gli emendamenti e le disposizioni sostitutive sono disseminati da riferimenti al principio di parità di trattamento tra lavoratori distaccati e manodopera locale, che pare ispirare la fisionomia generale dell'atto. Purtroppo, anche la nuova direttiva dispone che gli interventi di estensione obbligatoria e facoltativa delle tutele domestiche debbano comunque ispirarsi alla rigorosa osservanza delle disposizioni dei Trattati e manifesta una particolare sensibilità alla parità di trattamento tra imprese. Si porranno dunque, in futuro come in passato, le incertezze connesse al giudizio di proporzionalità delle discipline nazionali di estensione dei trattamenti ai distaccati, che la Corte di giustizia potrà continuare a sindacare

Services, in *ERA Forum*, 2019, 20, p. 249 ss.; S. PATRU RADU, *Discussions on new EU-wide regulations on the posting of workers. Special Consideration for Directive (EU) 2018/957 amending Directive 96/71/EC on the Posting of Workers in the Framework of the Provision of Services*, *Juridical Tribune*, 2019, vol. 9(1), p. 157 ss.; R. SANTAGATA DE CASTRO, *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, in *Italian Labour Law E-Journal*, Issue 2, Vol. 12, 2019, p. 149 ss.; T. TREU, M. ROCCELLA, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 151 ss.; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 160, 2018, p. 907 ss.; M. FUCHS, *Posting. The Legal Panorama of European Labor and Social Security Law*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, n. 1, I, p. 15 ss.; F.G. ABELLEIRA, *Desplazamiento Transnacional Laboral Genuino y ley aplicable al contrato de trabajo*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10 n. 1, p. 213 ss.; S. DE CARVALHO, *The Revision Of The Posting Of Workers Directive and The Freedom To Provide Services In EU: Towards a Dead End?*, *Juridical Tribune*, 2018, 8(3), p. 719 ss.; Z. RASNÁCA, *Identifying the (dis)placement of 'new' Member State Social Interests in the Posting of Workers: the Case of Latvia*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 131 ss.; I. PETRONE, *Approvata la direttiva sui distacchi transnazionali*, in *Diritti e Lavoro*, Bollettino n. 5, 2018, p. 9 ss.; L. CARBALLO PIÑEIRO, M. FORNASIER, *Employment, Posting of Workers*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (ed.), *Encyclopedia of Private International Law*, Elgar Publishing, 2017, p. 650 ss.; U. LIUKKUNEN, M. FORNASIER, *Employment contracts, applicable law*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (ed.), *Encyclopedia of Private International Law*, Elgar Publishing, 2017, p. 615 ss.; R. ZAHN, *Revision of The Posted Workers' Directive: A Europeanisation Perspective*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, 19, p. 187 ss.; G. ORLANDINI, *Note sulla proposta di direttiva recante modifica della direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori*, 14 aprile 2016, reperibile al sito <http://www.europeanrights.eu>.

⁶⁰⁵ J.P. LHERNOULD, *Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the Posting of Workers in the Framework of the Provision of Services. What Will Change in 2020?* cit., p. 257.

nella concreta idoneità ad ostacolare la prestazione di servizi, eventualmente dichiarandole illegittime.

L'enunciata parità di trattamento tra la manodopera temporaneamente distaccata nello Stato ospite ed i lavoratori del luogo occupati nel medesimo settore è peraltro soltanto limitata a determinati istituti, quelli del nocciolo duro, potendosi estendere ulteriori trattamenti in regime di parità di trattamento soltanto nel caso di distacchi di lunga durata (salve le deroghe).

La limitata parità di trattamento è poi veicolata da strumenti giuridici incerti. Incerto rimane infatti lo statuto del contratto collettivo privo di *erga omnes* e la sua conciliazione con il principio di parità di trattamento tra imprese. Al riguardo, si deve riscontrare la contraddittorietà di posizioni dell'UE rispetto alla collocazione del contratto di prossimità o contratto aziendale. Da una parte, infatti, l'Unione europea ha, negli ultimi anni, molto incoraggiato il decentramento contrattuale, in ragione della capacità dello strumento di veicolare un legame tra dinamiche retributive ed efficientamento della produttività del lavoro. D'altro canto, però, nell'ambito della direttiva in commento, il problema dello status del contratto collettivo di prossimità, anche come fonte di trattamenti economici migliorativi, neanche si pone.

Considerata l'estensione dell'applicabilità della fonte collettiva a tutti i comparti, e non anche al solo settore delle costruzioni, le accennate contraddizioni non sono destinate a risolversi nei prossimi anni. Piuttosto, esse sono destinate a mostrarsi, a parere di chi scrive, con maggiore evidenza.

CAPITOLO IV

DISTACCO PREVIDENZIALE E DISCIPLINA DEI CONTROLLI IN MATERIA DI GENUINITÀ DEI DISTACCHI: DALLA DIRETTIVA 2014/67/UE ALLA EUROPEAN LABOUR AUTHORITY

1. Introduzione

Nel corso della trattazione si è avuto modo soltanto di accennare al tema della concorrenza tra ordinamenti giuridici e dei differenziali salariali tra gli Stati membri (cap. III). Nell'ultima parte di questa trattazione si tenterà di approfondire la variabile che maggiormente incide sul "costo" del distacco dei lavoratori all'estero.

Abbiamo avuto modo di apprezzare gli sforzi del legislatore eurounitario nella direzione della parità di trattamento retributiva tra lavoratori distaccati e manodopera del Paese ospite, avendo pure cura di approfondire limiti e debolezze del principio "*equal pay for equal work at the same place*". La componente salariale è tuttavia soltanto una delle variabili che contribuiscono alla determinazione complessiva dei costi connessi all'invio della manodopera all'estero: accanto al parametro retributivo si collocano infatti i costi associati alla sicurezza sociale del lavoratore distaccato⁶⁰⁶. Tale variabile incide in modo ancora più sensibile sul costo della mobilità transnazionale dei lavoratori e continuerà, anche dopo la direttiva 2018 – intervenuta sui soli profili sostanziali e non anche su quelli previdenziali – a rappresentare la principale leva

⁶⁰⁶ A. AVONDOLA, *Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali in materia di distacco transnazionale. Segnali dal futuro per la lotta al dumping salariale*, in RDSS, 2020, fasc. 1, p. 147 ss.; M. FUCHS, *Posting. The Legal Panorama of European Labor and Social Security Law*, in Riv. It. Dir. Lav., 2018, n. 1, I, p. 15 ss.; A. SGROI, *Il distacco di lavoratori nel quadro del regolamento CEE n. 1408/71 e del regolamento CE, n. 883/2004*, in R. FOGLIA, R. COSIO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Giuffrè, 2011, 199 ss.; M. MURGO, *Sulla vincolatività del certificato E 101 (e A1) ottenuto in maniera fraudolenta*, in Dir. Rel. Ind., 2018, 4, p. 1285 ss.; A. ALLAMPRESE, *Distacco di lavoratori stranieri in Italia nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale: profili previdenziali*, in AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci, 2007, 289 ss.; M. CINELLI, *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in Lav. Giur., 2007, 2, p. 124 ss. Per i profili fiscali, A. COSTA, *Criticità nella gestione operativa del personale distaccato all'estero*, in RDSS, 2012, 3, p. 705 ss.

concorrenziale dei Paesi esportatori di manodopera. In queste pagine approfondiremo dunque la disciplina del c.d. distacco previdenziale e della sicurezza sociale del lavoratore distaccato.

Il tema sarà esaminato in concomitanza con altre questioni ad esso strettamente connesse: il corretto adempimento degli obblighi in materia di sicurezza sociale, rappresentando i costi (e correlativamente i risparmi) connessi a tale ambito il principale elemento di vantaggio concorrenziale per le imprese, assume rilevanza anche ai fini della valutazione della genuinità dei distacchi eurounitari ed è oggetto di sempre più incisivi e approfonditi accertamenti. Studiando queste dinamiche congiuntamente tenteremo di restituire al lettore la completezza del quadro dei distacchi transnazionali, ribadendo che la messa a sistema di controlli amministrativi coordinati da parte degli Stati membri rappresenta, a parere di chi scrive, il principale strumento di contrasto a pratiche di concorrenza sleale, per tale intendendosi non già la legittima concorrenza delle imprese basata sullo sfruttamento dei differenziali salariali e previdenziali, ma il vantaggio concorrenziale determinato da condotte elusive di obblighi e libertà comunitari⁶⁰⁷.

Si procederà dapprima a esaminare la disciplina del c.d. coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale che, per la verità, dedica al distacco previdenziale uno scarno apparato regolatorio. A seguito della comprensione dell'istituto del distacco previdenziale e dei suoi problemi, sarà esaminato il funzionamento del sistema dei controlli amministrativi sulla genuinità dei distacchi, di cui alla direttiva 2014/67/UE – anch'essa recentemente modificata dalla direttiva 2018/957/UE – approfondendo le intersezioni tra queste discipline e analizzando la giurisprudenza in materia. Si concluderà accennando alla nuova *European*

⁶⁰⁷ Per un esame ragionato degli ormai abusati concetti di “dumping sociale” e “dumping salariale”, v. l'utile riflessione di G. FROSECCHI, *Il dumping sociale nel settore dell'autotrasporto europeo: in viaggio tra differenziali di costo e imprese cartiere*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2020, fasc. 3, n. 167, p. 547 ss., che sottolinea che la terminologia venga in taluni contesti associata a pratiche legittime, in tali altri a comportamenti giuridicamente illeciti o, per lo meno, ad abusi del diritto. Per il posizionamento della Corte di Giustizia in materia, C. giust., 27 aprile 2017, C-620/15, *Rosa Flussschiff*, pt. 54 ss.

Labour Authority, istituita dal legislatore europeo a presidio dell'effettività della disciplina eurounitaria in tema di mobilità dei lavoratori in tutte le sue sfaccettature⁶⁰⁸. L'esame di poteri e carenze di attribuzioni⁶⁰⁹ dell'Autorità ci permetteranno di trarre qualche conclusione, in un'ottica di proiezione verso il futuro del distacco transnazionale.

2. Il distacco previdenziale nel quadro della disciplina eurounitaria del coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale

L'ordinamento eurounitario interviene in materia di sicurezza sociale sia in ambito di *soft law* che di *hard law*⁶¹⁰. A ben vedere, la crisi economica che affligge il continente ha comportato l'assunzione in capo all'Unione di funzioni di sorveglianza macroeconomica e la messa a punto di meccanismi di monitoraggio sulle politiche di bilancio degli Stati. Tali attività non possono che riguardare anche il monitoraggio sulla componente previdenziale che, come si sa, rappresenta una delle voci più incisive della spesa pubblica⁶¹¹. Di questo aspetto

⁶⁰⁸ EUROPEAN COMMISSION, *Report on the application and implementation of Directive 2014/67/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) 1024/2012 on administrative co-operation through the Internal Market Information System ('the IMI Regulation')*. European Commission, Brussels, 2019; J. CREMERS, *The European Labour Authority and Enhanced Enforcement, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*. European Parliament, Brussels, 2018; S. BORELLI, *Appunti e idee per il contrasto alle letter box companies*, in *Quad. Riv. Giur. Lav.*, n. 2018, p. 118 ss.; A. MATTEI, *La direttiva "enforcement" n. 2014/67/UE e il recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2017, I, p. 147 ss.; J. CREMERS, *Letter-box Companies and Abuse of the Posting Rules: How the Primacy of Economic Freedoms and Weak Enforcement Give Rise to Social Dumping*, in *ETUI policy brief* n. 5/2014, ETUI, Brussels, 2014.

⁶⁰⁹ S. BORELLI, *Which Way I Ought to Go From Here? The European Labour Authority in the Internal Market Regulation*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, p. 143 ss.

⁶¹⁰ G. MORRA, *Sicurezza sociale dei lavoratori di Paesi terzi soggiornanti nell'UE. Il caso dei pattinatori professionisti soggiornanti nei Paesi Bassi*. Nota a C. Giust. 24 gennaio 2019, Raad van bestuur van de Sociale Verzekeringsbank c. D. Balandin, I. Lukachenko, Holiday on Ice Services BV, causa C-477/2017, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, fasc. 4, p. 1249; A. PIZZOFERRATO, *La sicurezza sociale*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 405 ss.

⁶¹¹ Per approfondire, v. L. TASCHINI, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Giappichelli, 2019; S. BORELLI, *Le politiche del lavoro nazionali nell'ambito della Strategia Europa 2020 e della governance economica europea*, in *Lav. Dir.*, 2012, 3-4, p. 465 ss. «Tale manifestazione di interesse dell'Unione, che pur si esprime in indicazioni programmatiche e di indirizzo, rimanendo dunque confinata a meri atti di c.d. soft law, affonda le radici nella necessità di conciliare le istanze di protezione sociale con le esigenze di sostenibilità finanziaria dei sistemi nazionali, nell'ambito dei quali il peso della spesa sociale impatta incisivamente sull'ammontare complessivo della spesa pubblica», G. MORRA, *Sicurezza sociale dei*

non è il caso di occuparsi in questa sede. Si ritiene doveroso tuttavia notare che, a dispetto della non giuridicità degli strumenti utilizzati, l'adesione al progetto europeo contribuisca in modo ormai molto incisivo a influenzare le scelte di politica legislativa degli Stati in ambito previdenziale. In particolare, l'appartenenza all'eurozona condiziona il giudizio del decisore politico nazionale sia rispetto a quali prestazioni previdenziali implementare e con quali caratteristiche disegnarle, sia in termini di ri-organizzazione/efficientamento di quelle esistenti⁶¹², con ciò contribuendo anche a mettere in discussione gli equilibri del sistema nel suo complesso, anche nell'ottica di una maggiore equità intergenerazionale⁶¹³.

D'altro canto, l'Unione europea adotta pure interventi normativi veri e propri, ascrivibili dunque alla c.d. *hard law*. Il legislatore eurounitario ha, sin dagli albori dell'integrazione, introdotto con regolamenti meccanismi di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale al precipuo scopo di garantire effettività alla libertà di circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE). In proposito, l'art. 153 TFUE attribuisce all'Unione europea una mera competenza concorrente o del c.d. terzo tipo in quanto, pur attribuendo all'organizzazione sovranazionale il compito di intervenire in materia di sicurezza sociale, subordina

lavoratori di Paesi terzi soggiornanti nell'UE. Il caso dei pattinatori professionisti soggiornanti nei Paesi Bassi. Nota a C. Giust. 24 gennaio 2019, Raad van bestuur van de Sociale Verzekeringsbank c. D. Balandin, I. Lukachenko, Holiday on Ice Services BV, causa C- 477/2017, *cit.*, p. 1250.

⁶¹² Sull'influenza eurounitaria in materia previdenziale v. pure L. TASCHINI, *I diritti sociali al tempo della condizionalità*, Giappichelli, 2019. Si noti poi che anche il c.d. Pilastro europeo dei diritti sociali è un atto di *soft law* mirante al rilancio di politiche sociali europee che espone linee di indirizzo anche in materia di sicurezza sociale. Per approfondirne contenuti e natura giuridica, si rinvia a: G. BRONZINI, *L'enforcement della Carta di Nizza e l'attuazione dell'European Social Pillar: due strade convergenti verso lo stesso fine?* in *Quad. Dir. Sind.*, 2019, 1, p. 97 ss.; S. BORELLI, G. ORLANDINI, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *QG*, 2019, fasc. 4, p. 54 ss.; S. GIUBBONI, *L'insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Pol. Dir.*, 2018, fasc. 4, p. 557 ss.; M. BELL, *The Principle of Equal Treatment and the European Pillar of Social Rights*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 4, p. 783 ss.; S. GIUBBONI, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. Cost.*, 2017, fasc. 4, p. 953 ss.

⁶¹³ Per tutti, v. G. LUDOVICO, *La solidarietà intergenerazionale nel sistema pensionistico: fascino e limiti di un principio necessario*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, fasc. 1, p. 29 ss.; G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81, e 97 Cost.*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2019, fasc. 1, p. 1 ss.; V. FILI, *La sostenibilità del sistema pensionistico italiano tra equilibri ed equilibrismi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2018, numero unico, p. 25 ss.

tali interventi alla rigorosa osservanza della (e alla non intrusione nella) sovranità statale in tali ambiti, sovranità che si esplica nel potere degli Stati di definire i principi fondamentali dell'architettura dei propri sistemi di sicurezza sociale. Questo riparto di attribuzioni, coerente con l'originaria impostazione "funzionalista" dell'integrazione europea, di cui si è già discusso, introduce per l'effetto un obbligo di astensione da ingerenze negli equilibri delle gestioni dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati, che detengono l'esclusiva in materia⁶¹⁴. A ciò si aggiunga che la Carta di Nizza, che a seguito del Trattato di Lisbona ha assunto il medesimo valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE), attribuisce a qualunque persona che "risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione" il "diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali", art. 34, par. 2.

Gli interventi normativi in materia di sicurezza sociale trovano dunque nell'art. 39 TCE/art. 45 TFUE, nell'art. 153 TFUE, nell'art. 34 della Carta, nonché nei principi generali di proporzionalità e sussidiarietà che, come noto, debbono guidare l'Unione europea nel coadiuvare gli Stati nell'attuazione degli obiettivi comuni, le proprie basi giuridiche. Anche in questo caso, tuttavia, si riscontra una strumentalità del sociale rispetto alla disciplina economicistica, o comunque un sensibile legame tra questi due ambiti. Ben si comprende, infatti, che l'attribuzione della libertà di circolazione dei lavoratori, ma anche, più in generale, la costruzione giuridica di un mercato integrato, rappresenterebbero mere affermazioni di principio allorquando non accompagnate da alcune previsioni di buon senso, quali, ad esempio, la possibilità di vedersi riconosciuta in ogni Stato membro dell'Unione la progressiva anzianità contributiva, anche se questa è stata giuridicamente regolata nell'ambito del diritto previdenziale di

⁶¹⁴ In argomento, M. MORSA, *The Failure of Negotiations on European Regulations for the Coordination of Social Security Systems: the end of European Solidarity? The Reasons for Failure in an Endeavour that Started Well*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, p. 123 ss.; A. PIZZOFERRATO, *La sicurezza sociale*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 405 ss.; F. MARONGIU BONAIUTI, *La legge applicabile alle prestazioni di sicurezza sociale nel regolamento Ce n. 883/2004*, in *RDSS*, 2010, 3, p. 537 ss.

altro Stato; ovvero, evitare, a certe condizioni, che i rapporti di lavoro caratterizzati da elevata mobilità transnazionale siano assoggettati all'onere di iscrizione in plurimi sistemi di contribuzione. Dunque, in mancanza di un vero e proprio regime previdenziale europeo, per tale intendendosi un'uniforme disciplina delle prestazioni di sicurezza sociale erogate a livello eurounitario, sulla base di un regime uniformato quanto a presupposti, tipologie di prestazioni, diritti e obblighi, la disciplina eurounitaria ha lo scopo di presidiare l'effettività delle libertà di circolazione previste dai Trattati e di agevolarne la libera espressione, assumendo il ruolo di "regia" e di coordinamento rispetto a sistemi previdenziali che sono, ed è molto probabile che rimarranno ancora per molto, di competenza statale quanto a caratteristiche strutturali e prestazioni erogate⁶¹⁵.

In concreto, il coordinamento è stato attuato per il tramite di fonti regolamentari. Oggi la fonte principale in materia è rappresentata dal regolamento n. 883/2004⁶¹⁶, nonché dal regolamento che ne regola l'applicazione, il n. 987/2009. Al riguardo, è bene precisare che, a fronte delle più recenti tendenze evolutive nell'Unione, quello della circolazione comunitaria dei cittadini-lavoratori e dell'annessa titolarità-pretesa di accedere alle prestazioni sociali dello Stato di accoglienza è diventato un tema politicamente dibattuto⁶¹⁷. A dimostrazione di ciò, basti ricordare quanto già accennato in precedenza circa i contenuti del negoziato attivato dall'UE nel 2016 con il Regno

⁶¹⁵ "È necessario rispettare le caratteristiche proprie delle legislazioni nazionali di sicurezza sociale ed elaborare unicamente un sistema di coordinamento", considerando n. 4 del regolamento n. 883/2004.

⁶¹⁶ Il regolamento è frutto di un'attività di razionalizzazione e risistemazione della disciplina previgente, come spiega il suo *Preambolo*: "il regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi ed ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità è stato modificato e aggiornato in diverse occasioni al fine di tener conto non solo degli sviluppi a livello comunitario, comprese le sentenze della Corte di giustizia, ma anche delle modifiche legislative a livello nazionale. Tali fattori hanno contribuito a rendere complesse e macchinose le norme di coordinamento comunitario. Pertanto, è essenziale sostituire tali norme e, allo stesso tempo, modernizzarle e semplificarle, per raggiungere l'obiettivo della libera circolazione delle persone", considerando n. 3 del regolamento n. 883/2004.

⁶¹⁷ Si ricorderà che si sono concisamente esaminate alcune pronunce della Corte di giustizia nell'ambito delle quali queste tendenze evolutive risultano particolarmente evidenti, con riguardo alla figura dei c.d. migranti economicamente non attivi, cfr. *supra*, cap. I, par. 2.2, spec. nt. 154.

Unito, ove una moratoria del regolamento è stata concessa per scongiurare – inutilmente – le più gravi conseguenze di Brexit⁶¹⁸.

A una quindicina di anni di distanza dalla sua entrata in vigore si è insomma alimentata una diffusa insoddisfazione nei confronti del regolamento in commento⁶¹⁹. Per meglio rispondere alle nuove tendenze politiche in atto e adattare il regolamento alla mutata realtà post-allargamento, nell'ultima legislatura – per intenderci, quella a guida Tajani/Juncker – nel quadro del già ricordato Mobility Package, se ne è discussa la revisione. Tuttavia, pur a seguito di plurimi rimaneggiamenti e aggiustamenti del progetto di riforma, anche in un'ottica di ridimensionamento delle sue aspirazioni innovative, il 29 marzo 2019 il testo è stato nuovamente oggetto di bocciatura in seno al Coreper, ossia il comitato di tecnici rappresentanti degli Stati membri che coadiuva il Consiglio, inducendo anche il Parlamento europeo a votarne lo stralcio il 18 aprile 2019. Sebbene la Commissione detenga il potere di proposta e, potenzialmente, potrebbe avviare in ogni momento una nuova discussione sulla riforma del regolamento, si deve ritenere che il fallimento della precedente esperienza di revisione possa pregiudicare, nel breve periodo, siffatta iniziativa⁶²⁰.

Dunque, a dispetto della generale insoddisfazione dimostrata nei confronti della disciplina, il regolamento n. 883/2004 rimane in piedi e continua

⁶¹⁸ L'Accordo, raggiunto il 19 febbraio 2016 tra il Primo ministro David Cameron e il Consiglio europeo dell'Ue per evitare "Brexit", veniva curiosamente affiancato dalla pronuncia favorevole al Regno Unito sulla procedura di infrazione promossa dalla Commissione, pronuncia in la Corte di giustizia ha sancito la legittimità della legislazione britannica in quanto costruita in osservanza del principio di parità di trattamento in materia di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, nonostante la stessa introducesse delle clausole di residenza. Per approfondire i contenuti dell'Accordo, mai implementato a ragione dell'esito del noto referendum v. G.G. BALANDI, S. BORELLI, *Appunti sull'Accordo tra il Regno Unito e l'Unione europea in merito ai lavoratori comunitari*, in *Il Mulino*, 24 febbraio 2016, ove gli autori adottato una posizione fortemente critica. In generale, sul tema, G. STRBAN, *Brexit and Social Security of Mobile Persons*, ERA Forum, 2017, 18, p. 165 ss.; F. BILANCIA, *Il referendum del Regno Unito sulla Brexit: la libertà di circolazione dei cittadini UE nel mercato interno ed il problema del costo dei diritti sociali*, in *Ist. Fed.*, 2017, numero speciale, p. 69 ss.

⁶¹⁹ Il regolamento ha formato oggetto di plurime modifiche e rettifiche ad opera di regolamenti adottati tra il 2009 e il 2013.

⁶²⁰ Per una puntigliosa ricostruzione dei contenuti della proposta di revisione, v. M. MORSA, *The Failure of Negotiations on European Regulations for the Coordination of Social Security Systems: the end of European Solidarity? The Reasons for Failure in an Endeavour that Started Well*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, cit. p. 123 ss.

a rappresentare la principale fonte normativa in materia di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Quanto al suo contenuto, il testo del regolamento si basa su principi che saranno di seguito concisamente esposti; immediatamente dopo ci focalizzeremo sulle prescrizioni in materia di distacco che, come stiamo per vedere, rappresentano una deroga ai principi generali.

Quanto al campo di applicazione soggettivo, il regolamento si applica sia ai lavoratori cittadini degli Stati membri, sia ai lavoratori apolidi e ai rifugiati che abbiano la residenza in uno Stato dell'Ue, o che siano, o siano stati soggetti alla disciplina previdenziale di uno dei sistemi europei, nonché ai loro familiari e superstiti (art. 2). Ampio è pure il campo di applicazione oggettivo della disciplina, che riguarda una pluralità di prestazioni sociali, ossia quelle correlate a: malattia, maternità, paternità e assimilate; prestazioni d'invalidità e di vecchiaia; prestazioni per i superstiti; prestazioni per infortunio sul lavoro e malattie professionali; assegni in caso di morte; prestazioni di disoccupazione; prestazioni di pensionamento anticipato; prestazioni familiari⁶²¹.

Il criterio principale su cui è costruito l'intero sistema è chiaramente quello della *lex loci laboris*: il principio, di derivazione giuspubblicistica, prevede in genere l'assoggettamento della disciplina previdenziale del rapporto al regime di sicurezza sociale dello Stato ove il rapporto stesso si svolge abitualmente⁶²². Dal momento che lo scopo principale dell'atto è quello di

⁶²¹ Sono escluse le prestazioni correlate all'assistenza sociale e medica e tutto ciò che riguarda le obbligazioni risarcitorie delle pubbliche amministrazioni.

⁶²² A completamento di tale principio valgono le regole poste dall'art. 13, che reca rubrica "Esercizio di attività in due o più Stati membri", in forza del quale: "1. La persona che esercita abitualmente un'attività subordinata in due o più Stati membri è soggetta: a) se esercita una parte sostanziale della sua attività in tale Stato membro, alla legislazione dello Stato membro di residenza; oppure b) se non esercita una parte sostanziale della sua attività nello Stato membro di residenza: i) alla legislazione dello Stato membro in cui ha la propria sede legale o il proprio domicilio l'impresa o il datore di lavoro, se è alle dipendenze di un'impresa o di un datore di lavoro; oppure ii) alla legislazione dello Stato membro in cui ha la propria sede legale o il proprio domicilio l'impresa o il datore di lavoro, se è alle dipendenze di due o più imprese o datori di lavoro aventi la propria sede legale o il proprio domicilio in un solo Stato membro; oppure iii) alla legislazione dello Stato membro in cui l'impresa o il datore di lavoro ha la propria sede legale o il proprio domicilio diverso dallo Stato membro di residenza, se è alle dipendenze di due o più imprese o datori di lavoro aventi la propria sede legale o il proprio domicilio in due Stati membri, di cui uno è lo Stato membro di residenza; oppure iv) alla legislazione dello Stato membro di residenza se è alle dipendenze di due o più imprese o datori di

effettuare un'attività di coordinamento delle regole in materia previdenziale, vengono poi esposti principi di centrale rilevanza la cui introduzione ha lo scopo di permettere al lavoratore che beneficia, o ha beneficiato, della libertà di circolazione, di non esserne pregiudicato sul fronte previdenziale. Innanzitutto, il legislatore sancisce il principio di unicità del regime previdenziale, per cui il rapporto previdenziale applicabile alla prestazione di lavoro che presenti plurimi collegamenti con sistemi giuridici diversi rimarrà comunque unico⁶²³. Inoltre, in forza del principio di totalizzazione dei periodi assicurati, l'anzianità contributiva complessiva del lavoratore migrante viene determinata in ragione di tutti i periodi contributivi maturati, pur se in Stati membri diversi (art. 6).

Quid, dal punto di vista previdenziale, se la prestazione lavorativa, come nel caso del distacco transnazionale nell'ambito di una prestazione di servizi eurounitaria, è normalmente resa in un luogo abituale di lavoro ma viene temporaneamente resa in un diverso Stato? A ben vedere, una rigorosa applicazione del principio dello Stato di impiego imporrebbe che il lavoratore distaccato debba iscriversi pure nel sistema previdenziale dello Stato membro di destinazione⁶²⁴, con ciò dando luogo ad un fenomeno di doppia contribuzione. Dall'applicazione della regola generale conseguirebbe, cioè, la sottoposizione del lavoratore distaccato (e del suo datore di lavoro) a duplici obblighi previdenziali, dello Stato di origine e dello Stato ospite. Problemi analoghi, peraltro, si porrebbero anche nel diverso caso in cui il lavoratore fosse chiamato a svolgere la prestazione in plurimi Stati, come avviene nell'ambito del rapporto di lavoro dei lavoratori itineranti, le cui peculiarità abbiamo più volte rievocato.

lavoro, almeno due dei quali hanno la propria sede legale o il proprio domicilio in Stati membri diversi dallo Stato membro di residenza”.

⁶²³ “Il principio dell'unicità della legislazione applicabile è di grande importanza e dovrebbe essere rafforzato. Ciò non dovrebbe significare tuttavia che il semplice fatto di accordare una prestazione, ai sensi del presente regolamento, derivante dal versamento dei contributi assicurativi o dalla copertura assicurativa del beneficiario, renda applicabile alla persona in questione la legislazione dello Stato membro la cui istituzione ha accordato la prestazione”, considerando n. 18 bis.

⁶²⁴ Cfr. Considerando n. 8 del regolamento n. 1231/2010.

Per evitare simili situazioni, ossia fenomeni di doppia iscrizione e – considerazione ben più importante – contrastare l’insorgere di situazioni in cui la libertà di prestazione di servizi incontra ostacoli nell’imposizione di siffatti oneri procedurali, il regolamento introduce, all’art. 12, una disciplina *ad hoc* in materia di distacco previdenziale⁶²⁵. Nel caso in cui il lavoratore svolga temporaneamente la propria prestazione in uno Stato diverso, per prevenire le sopra citate criticità, egli resterà comunque soggetto all’iscrizione presso il sistema di sicurezza sociale dello Stato di origine. In effetti, l’art. 12, par. 1 del regolamento prevede che “la persona che esercita un’attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente le sue attività ed è da questo distaccata, per svolgervi un lavoro per suo conto, in un altro Stato membro, rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i ventiquattro mesi e che essa non sia inviata in sostituzione di un’altra persona distaccata”⁶²⁶.

Esaminando la norma – e il suo progenitore, l’art. 14 del regolamento 1408/71 – la dottrina ha codificato i requisiti costitutivi del distacco previdenziale, che possono identificarsi con: i) lo svolgimento dell’attività lavorativa nello Stato di destinazione per conto del datore di lavoro “abituale”;

⁶²⁵ M. FUCHS, *Posting. The Legal Panorama of European Labor and Social Security Law*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, n. 1, I, p. 15 ss.; A. SGROI, *Il distacco di lavoratori nel quadro del regolamento CEE n. 1408/71 e del regolamento CE*, n. 883/2004, in R. FOGLIA, R. COSIO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell’Unione europea*, Giuffrè, 2011, 199 ss.; M. MURGO, *Sulla vincolatività del certificato E 101 (e A1) ottenuto in maniera fraudolenta*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, 4, p. 1285 ss.; F. MARONGIU BONAIUTI, *La legge applicabile alle prestazioni di sicurezza sociale nel regolamento Ce n. 883/2004*, cit., spec. 551 ss.; A. ALLAMPRESE, *Distacco di lavoratori stranieri in Italia nell’ambito di una prestazione di servizi transnazionale: profili previdenziali*, in AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Cacucci, 2007, 289 ss.; M. CINELLI, *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in *Lav. Giur.*, 2007, 2, p. 124 ss.

⁶²⁶ Secondo il principio della *lex loci laboris*, dunque, i lavoratori occupati nel territorio di uno Stato membro sono soggetti alla legislazione di tale Stato. Tuttavia, “in determinate situazioni e per alcune categorie di lavoratori la rigida applicazione di tale principio avrebbe portato a situazioni quanto meno abnormi e creato disagi e complicazioni amministrative per il lavoratore, le imprese e le amministrazioni”. “Per evitare queste difficoltà e per agevolare la libertà di movimento dei lavoratori, senza pregiudizio per i loro diritti di sicurezza sociale, anche la nuova regolamentazione comunitaria prevede alcune eccezioni e particolarità disciplinate dall’articolo 12 del regolamento n. 883/2004”, cfr. Circolare INPS del 1 luglio 2010, n. 83.

ii) la prevedibilità della durata, che non deve eccedere i due anni; iii) l'assenza di sostituzione di altri lavoratori che hanno trascorso all'estero lo stesso periodo.

Qualche approfondimento in più si rinviene poi nell'art. 14 del regolamento di applicazione, il n. 987/2009⁶²⁷. Dal momento che la conservazione dell'iscrizione previdenziale presso lo Stato membro di origine rappresenta un'eccezione alla regola generale, questa è soggetta a stringenti requisiti. Infatti, è necessario che il datore di lavoro svolga un'attività di consistente rilevanza sul territorio dello Stato presso il quale egli è stabilito e presso il quale, per l'effetto, la manodopera da questi impiegata è affiliata sul piano previdenziale. Ciò a maggior ragione se si considera che i costi associati alla sicurezza sociale dei lavoratori sono estremamente differenziati⁶²⁸ in termini di esborsi per il datore di lavoro: la tentazione di fruire della libertà di stabilimento soltanto a tal fine è dunque forte. Il problema è comprendere il confine tra l'esercizio legittimo e l'esercizio abusivo della libertà di stabilimento.

Per questa ragione sono stati elaborati plurimi indici che denotano un collegamento sufficientemente forte dell'attività d'impresa del datore di lavoro con lo Stato di stabilimento. Le operazioni di accertamento, che competono alle autorità competenti del Paese di origine, andranno necessariamente calate sulla realtà dell'attività esercitata, tenendone in debita considerazione la natura giuridica. A tal fine, è opportuno indagare, tra l'altro, la consistenza del personale coinvolto; la collocazione delle sedi amministrative della società,

⁶²⁷ L'art. 14, par. 1 dispone che "per persona che esercita un'attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente la sua attività ed è da questo distaccata per svolgere un lavoro per suo conto in un altro Stato membro si intende anche una persona assunta nella prospettiva di tale distacco in un altro Stato membro, purché, immediatamente prima dell'inizio del rapporto di lavoro in questione, la persona interessata fosse già soggetta alla legislazione dello Stato membro in cui il suo datore di lavoro è stabilito". L'art. 14, par. 2 prevede che si considera datore di lavoro "che vi esercita abitualmente le sue attività" un datore di lavoro che "svolge normalmente attività sostanziali, diverse dalle mere attività di gestione interna, nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito, tenendo conto di tutti i criteri che caratterizzano le attività dell'impresa in questione. I criteri applicati devono essere adattati alle caratteristiche specifiche di ciascun datore di lavoro e alla effettiva natura delle attività svolte".

⁶²⁸ Al riguardo, v. lo studio di F. DE WISPELAERE, J. PACOLET, *Posting of Workers: the Impact of Social Security Coordination and Income Taxation Law on Welfare States*, Research Institute for Work and Society, November 2015.

anche con riguardo all'entità del personale impiegato; il luogo di assunzione dei lavoratori ed il luogo ove questi vengono inviati; i profili della legge applicabile non soltanto ai contratti di lavoro, ma anche nei rapporti negoziali intrattenuti con fornitori e clienti; l'entità del fatturato prodotto in loco, e così via.

Con riguardo, in particolare, alla figura dei lavoratori distaccati, vanno poi effettuati accertamenti *ad hoc* circa la persistenza del legame organico, ossia il permanere di un vincolo giuridico tra il distaccante ed il lavoratore.

Gli indici di accertamento in materia sono innanzitutto il permanere dell'esercizio dei poteri direttivi e gestionali del rapporto. A ciò si aggiunga la persistenza dell'obbligo, per lo meno formale, in capo all'impresa distaccante, di corrispondere la retribuzione. Inoltre, va sempre accertata la natura temporanea del distacco, che mai potrà eccedere i 24 mesi. Quanto al profilo dell'assenza dell'illegittima sostituzione di altri lavoratori, questo andrà accertato con riferimento "alla natura dell'attività e alle mansioni specifiche del lavoratore che viene inviato all'estero in regime di distacco" imponendo di "valutare la situazione dell'impresa relativamente ai lavoratori già distaccati nello stesso Stato membro nei due anni che precedono il rilascio dell'attestazione relativa alla legislazione applicabile"⁶²⁹.

La sommaria descrizione sin qui svolta della complicatezza degli accertamenti connessi al distacco previdenziale restituisce un quadro d'insieme dell'istituto apparentemente del tutto sconnesso rispetto al distacco transnazionale nell'ambito di una prestazione di servizi. Come si è anticipato, già prima che la direttiva 96/71/CE entrasse in vigore il legislatore dell'Unione aveva adoperato la nozione di distacco nel regolamento 1408/1971 in materia di regimi di sicurezza sociale applicabile ai lavoratori subordinati che si spostano all'interno della Comunità⁶³⁰. Fin dagli inizi, e pure nella vigenza del nuovo

⁶²⁹ Circolare INPS del 1 luglio 2010, n. 83.

⁶³⁰ Già nella vigenza del regolamento 1408/71 del Consiglio la disciplina in materia di trattamento previdenziale del lavoratore distaccato veniva impostata come figura derogatoria rispetto al generale principio della *lex loci laboris*, imponendo il risalente regolamento l'applicazione della disciplina previdenziale dello stato di origine, nonostante il mutamento del luogo di lavoro avrebbe imposto

regolamento 883/2004, si è posto il problema della assenza di dialogo tra le due nozioni. Mentre infatti la disciplina della direttiva è focalizzata sull'esercizio di un'attività subordinata nel territorio di uno Stato membro diverso da quello abituale in occasione dell'esercizio della libertà di cui all'art. 56 TFUE, la fattispecie di cui al regolamento risulta del tutto indifferente all'eventuale connessione con lo svolgimento della predetta libertà⁶³¹.

Lo scollamento tra le due nozioni ha posto, nel tempo, più di un dubbio, al punto da indurre il legislatore eurounitario ad includere nel fallito progetto di riforma del regolamento nuove disposizioni in materia di distacco previdenziale. In particolare, il progetto prevedeva l'inclusione nella disciplina di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale in materia una sovrapposizione nozionistica con quanto previsto dalla direttiva 96/71/CE così come risulta dall'emendamento del 2018. Ne sarebbe dovuta conseguire l'automatica applicazione della disciplina previdenziale in commento al verificarsi delle fattispecie descritte dalle lett. a, b, e c del campo di applicazione della direttiva⁶³².

2.1 *Il certificato AI e la sua vincolatività: il caso Altun*

Esaminando il caso *Dobersberger*⁶³³ avevamo già accennato al potere in capo alle autorità di un determinato Stato di effettuare controlli sulla regolarità dei distacchi transnazionali effettuati nel loro territorio. Prima di addentrarci nell'esame della direttiva 2014/67/UE, precipuamente adottata a presidio dell'effettività della disciplina, dobbiamo esaminare qual è la valenza dei

L'applicazione della legge dello Stato ospite. L'impostazione è rimasta invariata nel regolamento 883/2004, che ha sostituito, modernizzato e semplificato tali norme. Fermo pure è rimasto il limite dei due anni di affiliazione del distaccato al regime previdenziale del Paese di origine. Novità è rappresentata dalla facoltà di proroga previo accordo degli enti previdenziali degli Stati coinvolti. La funzione di siffatta proroga è quella di evitare, nell'interesse del lavoratore, la penalizzazione derivante da un eccessivo frazionamento dei suoi contributi previdenziali, cfr. S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., pp. 112-113.

⁶³¹ F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., p. 147

⁶³² COM (2016) 815 final 2016/0397, Strasburgo, 13 dicembre 2016.

⁶³³ C. giust., 19 dicembre 2019, C-16/18, *Dobersberger*, su cui v. *supra*, cap. III, par. 2.2.

documenti⁶³⁴ impiegati. Come si intuirà, la loro funzione è assolutamente centrale, dal momento che sono utilizzati per verificare, in un luogo diverso dallo Stato di origine, ossia in condizioni in cui è impossibile effettuare l'accesso alle pubbliche amministrazioni competenti a “conferma” della veridicità delle dichiarazioni, l'adempimento degli obblighi sostanziali e previdenziali gravanti in capo alle imprese distaccanti.

A tal fine, assume centrale importanza il c.d. certificato A1⁶³⁵. Si tratta di un “*portable document*”, ossia di un documento da portare con sé, che lavoratore distaccato e datore di lavoro devono esibire all'occorrenza alle autorità dello Stato ospite. A ben vedere, per quanto ci riguarda, con la Circolare INPS 11 giugno 2019, n. 86, la pubblica amministrazione ha previsto che il certificato A1 debba essere trasmesso telematicamente, per il tramite dunque del portale telematico a ciò dedicato. Quanto al suo contenuto, “il documento portatile A1 viene rilasciato per certificare la legislazione di sicurezza sociale applicabile al lavoratore, titolare del modello, nei casi in cui lo stesso svolga un'attività lavorativa in uno o più Stati che applicano la regolamentazione comunitaria”⁶³⁶.

A seguito, dunque, degli accertamenti delle autorità dello Stato di origine, viene rilasciato telematicamente il documento che attesta l'iscrizione del lavoratore nel regime di sicurezza sociale dello Stato di partenza e che, a rigore, dovrebbe denotare la sussistenza dei requisiti di cui si diceva. Il distacco dovrebbe cioè sussistere a fronte dell'incardinamento stabile ed effettivo del datore di lavoro distaccante nell'ambito dello Stato di origine, alla luce degli

⁶³⁴ In materia, le letture più significative sono: F. DE WISPELAERE, J. PACOLET, *Posting of Workers: Report on A1 Portable Documents Issued in 2017*. European Commission, Brussels, 2017; F. DE WISPELAERE, M. ROCCA, *The Dark Side of the Tour. Labour and Social Security Challenges of Highly Mobile Workers in the Live Performance Sector*, ERA Forum, 2020; M. MURGO, *Sulla vincolatività del certificato E 101 (e A1) ottenuto in maniera fraudolenta*, cit., p. 1285 ss.; A. SGROI, *Il distacco di lavoratori nel quadro del regolamento CEE n. 1408/71 e del regolamento CE, n. 883/2004*, in R. FOGLIA, R. COSIO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, cit., 199 ss.; A. ALLAMPRESE, *Distacco di lavoratori stranieri in Italia nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale: profili previdenziali*, in AA.VV., *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, cit., 289 ss.; M. CINELLI, *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in cit., p. 124 ss.

⁶³⁵ Circolare INPS 11 giugno 2019, n. 86.

⁶³⁶ Per approfondire v. pure i Messaggi INPS 218/2016 e 1605/2017.

indici (non tassativi) *supra* elencati; dovrebbe denotare la persistenza del c.d. legame organico del lavoratore con il datore di lavoro, che continua ad esercitare il potere direttivo e gestionale e sul quale grava l'obbligazione retributiva; il lavoratore dovrebbe poi essere distaccato temporaneamente e non per sostituire lavoratori già impiegati per lo svolgimento di analoghe mansioni.

La funzione semplificatoria del documento appare chiara: le autorità amministrative competenti in materia di sicurezza sociale dei singoli Stati membri agiscono sul piano di una leale collaborazione e, applicando una sorta di variante dell'*home state control*, si relazionano ai documenti sulla base di un principio di affidamento. In altre parole, il rilascio dello stesso da parte delle autorità dello Stato di origine instaura una presunzione di regolarità previdenziale del distacco.

Al riguardo, va segnalato che la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sul valore giuridico del certificato A1 e ha chiarito a quali condizioni la suesposta presunzione possa essere superata. In tale occasione, ha affermato il principio di buon senso per cui, allorquando risulti che il certificato A1 sia stato emesso in maniera fraudolenta, gli accertamenti ivi contenuti dovranno essere disattesi dalle autorità previdenziali dello Stato ospite. Nel caso di specie, era stato infatti dimostrato che le imprese distaccanti non avevano alcun legame di fatto con la Bulgaria, ove formalmente erano stabilite al solo scopo di un minore esborso sul piano previdenziale⁶³⁷.

D'altro canto, in una recente sentenza, la Corte ha chiarito che la rilevanza del certificato A1 è giuridicamente limitata ai temi connessi alla sicurezza sociale, vincolando le autorità e i giudici dello Stato ospite solo limitatamente a tali profili⁶³⁸.

⁶³⁷ C. giust., 6 febbraio 2018, C-359/16, *Altun*. In commento, M. MURGO, *Sulla vincolatività del certificato E 101 (e A1) ottenuto in maniera fraudolenta*, cit., p. 1285 ss.

⁶³⁸ C. giust., 14 maggio 2020, C-17/19, *Bouygues travaux publics*. Cfr. G. FROSECCHI, *Il dumping sociale nel settore dell'autotrasporto europeo: in viaggio tra differenziali di costo e imprese cartiere*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2020, fasc. 3, n. 167, p. 545.

3. La carente effettività della direttiva 96/71/CE ed i relativi rimedi giuridici

3.1 La direttiva c.d. “enforcement” 2014/67/UE

Fin dall’adozione della direttiva 96/71/CE, il legislatore eurounitario è parso consapevole della necessità che la disciplina fosse supportata da adeguati meccanismi di monitoraggio, nonché da strumenti che permettessero al lavoratore di poter ottenere il controllo giurisdizionale dei diritti ad essa connessi in tempi ragionevoli. L’art. 8 della direttiva 96/71/CE, nella sua versione originaria, prevedeva infatti che, non oltre il 16 dicembre 2001, la Commissione riesaminasse le sue modalità di applicazione al fine di proporre, se del caso, le opportune modifiche al Consiglio. Da allora, la scarsa effettività della direttiva è divenuta nota e si colloca a pieno titolo tra i più spinosi problemi da risolvere dell’agenda UE⁶³⁹.

Riguardo al trattamento sanzionatorio operante in caso di “inosservanza della presente direttiva”, il legislatore eurounitario aveva probabilmente manifestato un eccessivo ottimismo, non preoccupandosi, per lo meno inizialmente, di attuare un vero e proprio coordinamento tra gli Stati quanto alle attività di controllo a presidio dell’effettività della direttiva. Le sanzioni erano infatti rimesse nella determinazione concreta ai singoli Stati, che avrebbero dovuto adottare le opportune “misure” al fine di accertarsi che “i lavoratori e/o i loro rappresentanti disponessero di procedure adeguate ai fini dell’esecuzione

⁶³⁹ In argomento, v. EUROPEAN COMMISSION, *Report on the Application and Implementation of Directive 2014/67/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the Enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) 1024/2012 on Administrative Cooperation through the Internal Market Information System (the IMI Regulation)*. European Commission, Brussels, 2019; J. CREMERS, *The European Labour Authority and Enhanced Enforcement, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*. European Parliament, Brussels, 2018; S. BORELLI, *Appunti e idee per il contrasto alle letter box companies*, in *Quad. Riv. Giur. Lav.*, n. 2018, p. 118 ss.; A. MATTEI, *La direttiva “enforcement” n. 2014/67/UE e il recepimento nell’ordinamento italiano*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2017, I, p. 147 ss.; J. CREMERS, *Letter-box Companies and Abuse of the Posting Rules: How the Primacy of Economic Freedoms and Weak Enforcement Give Rise to Social Dumping*, in *ETUI policy brief* n. 5/2014, ETUI, Brussels, 2014.

degli obblighi previsti” dalla direttiva stessa (art. 5). Un primo dato problematico era dunque rappresentato proprio da questo profilo, quello dell’eterogeneità delle misure introdotte dagli Stati per contrastare comportamenti abusivi ed elusivi. A fronte di tale eterogeneità, nonché dello scarso coordinamento tra le pubbliche amministrazioni preposte alla gestione del mercato del lavoro e alla regolarità degli adempimenti connessi, nei primi anni di applicazione della direttiva ci si era resi conto che le caratteristiche dei fenomeni abusivi accomunavano tutti i Paesi. In argomento, si erano andati delineando due diversi “generi” di violazioni e pratiche illegittime, rispetto alle quali è, nel tempo, cresciuta la consapevolezza di operatori sindacali, dottrina e pubblici poteri.

In primis, risultava frequente l’inosservanza delle norme a garanzia delle condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori distaccati: l’impresa distaccante, pur adottando una delle misure transnazionali di cui all’art. 3 par. 1, lett. a), b) e c), non assolveva gli obblighi di adeguamento alla disciplina legale e contrattuale dello Stato ospite con riguardo alle materie e agli istituti costituenti il nocciolo duro, lasciando i lavoratori distaccati sprovvisti delle relative tutele. Ciò anche allorquando tali disposizioni assumessero il carattere di trattamento più favorevole rispetto a quello della legge applicabile al rapporto di lavoro (che, ricordiamolo, non è sempre quella dello Stato di origine, ben potendo le parti assoggettare il contratto di lavoro internazionale ad una legge diversa).

La seconda fattispecie illecita riguardava situazioni in cui, viceversa, le misure adottate erano solo apparentemente inquadrabili nel campo di applicazione della direttiva, in quanto si trattava di distacchi abusivi o fraudolenti. Si attuavano, così, pratiche di concorrenza sleale nel mercato dei servizi, sostanzialmente giocate sull’abuso degli strumenti comunitari che, pur preposti a proteggere la posizione dei lavoratori temporanei, venivano “piegati” ad esigenze di competizione fraudolenta. I vantaggi derivanti dall’impiego del distacco non genuino sono facilmente intuibili e dipendono, in sostanza, dall’applicazione dello statuto della libertà di prestazione di servizi in luogo della più onerosa libertà di stabilimento. Come sappiamo, infatti, l’applicazione della

direttiva 96/71/CE, pur ponendo una serie obblighi in capo ai datori di lavoro distaccanti, li vincola solamente all'applicazione degli *standard* di tutela del lavoro corrispondenti al nocciolo duro di tutele dello Stato ospite. Ciò rappresenta indubbiamente un vantaggio, se comparato all'applicazione della più onerosa e onnicomprensiva disciplina del diritto nazionale del lavoro che deriverebbe dallo stabilire la sede dell'impresa nel medesimo luogo.

Tali ragioni di vantaggio competitivo spiegavano il sempre più frequente ricorso alla creazione di c.d. *letter box companies*⁶⁴⁰ o imprese cartiere. Si tratta di imprese stabilite originariamente nello Stato A, ove sono, com'è ovvio, vincolate all'applicazione delle tutele lavoristiche alla manodopera impiegata. Queste, sfruttando le potenzialità del mercato integrato, spostano la propria sede di stabilimento nello Stato B per poi tornare a distaccare manodopera nel luogo originario, dovendo a quel punto garantire alla manodopera distaccata l'applicazione dei soli *standard* di tutela del lavoro la cui osservanza è richiesta dalla direttiva distacchi, così da sfruttare il vantaggio competitivo che da ciò deriva. Ovviamente, il legame costruito con il secondo Stato risulta puramente fittizio ed è solo apparente, al punto che ben spesso l'instaurazione della sede amministrativa in un determinato Stato non trova concreto riscontro nell'instaurazione colà di una vera e propria sede operativa. La Commissione, proprio a denotare simili fenomeni, li descrive utilizzando la metafora della installazione della sola "*letter box*", ossia della sola cassetta delle lettere.

Fino a qualche anno fa, rispetto alle forme di elusione del distacco o di abuso dell'istituto, anche per gli organismi ispettivi più zelanti non era facile opporre reazioni di accertamento e comminare sanzioni credibili in quanto, tanto il diritto comunitario, quanto quello nazionale, non erano in grado di rispondere

⁶⁴⁰ Su cui v. S. BORELLI, *Appunti e idee per il contrasto alle letter box companies*, cit., p. 118 ss.; A. MATTEI, *La direttiva "enforcement" n. 2014/67/UE e il recepimento nell'ordinamento italiano*, cit., p. 147 ss.; J. CREMERS, *Letter-box Companies and Abuse of the Posting Rules: How the Primacy of Economic Freedoms and Weak Enforcement Give Rise to Social Dumping*, in *ETUI policy brief*, cit. Da ultimo anche G. FROSECCHI, *Il dumping sociale nel settore dell'autotrasporto europeo: in viaggio tra differenziali di costo e imprese cartiere*, cit., p. 543 ss.

con norme chiare alla fattispecie del distacco transnazionale abusivo. In altre parole, non si comprendeva quali fossero le sorti del distacco fraudolentemente utilizzato⁶⁴¹. Si è ritenuto, per lo meno in un primo tempo, che tali fenomeni non imponessero un intervento riformatore di natura sostanziale, ma che fosse piuttosto necessario favorire una migliore comunicazione fra gli apparati amministrativi degli Stati ed una trasparente e facilmente accessibile rete di informazioni⁶⁴².

Il 15 maggio 2014 è stata infine adottata la direttiva 2014/67/UE c.d. *enforcement*. Essa mira ad “istituire un quadro comune relativo ad un insieme di disposizioni, misure, meccanismi di controllo appropriati necessari per migliorare e uniformare l’applicazione della direttiva 96/71/CE” (considerando 50). Si può affermare che il cuore della disciplina della direttiva, articolata in sei capi, sia rappresentata dall’art. 4 “individuazione dell’autenticità del distacco e prevenzione degli abusi e dell’elusione”. Vi si accompagnano importanti disposizioni di coordinamento ai fini di instaurare una più efficiente cooperazione tra gli Stati membri, disposizioni tutte che mirano a facilitare l’accessibilità alle norme nazionali applicabili ai lavoratori distaccati.

La direttiva parte dal presupposto che la disciplina sul distacco transnazionale dei lavoratori dovrebbe trovare applicazione soltanto allorquando si accerti l’esistenza di c.d. indici di genuinità del distacco. Essi sono riassunti dall’art. 4, nel quale si afferma che le “autorità competenti” devono operare “una

⁶⁴¹ CREMERS, *Letter-box Companies and Abuse of the Posting Rules: How the Primacy of Economic Freedoms and Weak Enforcement Give Rise to Social Dumping*, in *ETUI policy brief*, cit. pp. 2-3.

⁶⁴² Cfr. Comunicazione della Commissione, L’Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia «Insieme per una nuova crescita», COM (2011)206 def., 13 aprile 2011. «La Commissione ha anche suggerito in una raccomandazione che la crisi in cui versa la Direttiva 96/71 deve essere aggredita favorendo una migliore comunicazione fra gli apparati amministrativi degli Stati ed una trasparente rete di informazioni, facilmente accessibile dai prestatori di servizi. [...] Forse per l’impossibilità di pervenire in tempi rapidi alla revisione della direttiva sui lavoratori distaccati, si sceglie l’alternativa di migliorarne l’attuazione individuando aree di carente osservanza degli obblighi nascenti dall’appartenenza all’Unione da parte degli Stati membri», S. SCIARRA, *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Ruffert, Lussemburgo*, in A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione Europea dopo le sentenze Laval, Viking e Lussemburgo*, Ediesse, 2009, cit. p. 34.

valutazione generale di tutti gli elementi fattuali considerati necessari” ai fini di verificare se eventualmente il “lavoratore non sia da considerarsi distaccato ai sensi della direttiva 96/71/CE”. Gli indici di genuinità del distacco danno luogo *in primis* all’accertamento di un effettivo legame tra l’impresa distaccante e l’ordinamento presso il quale essa è stabilita: tale legame potrà essere accertato per il tramite della verifica del luogo presso il quale essa ha stabilito la propria sede legale e amministrativa (art. 4, par. 2 lett. a), esercita la sua attività economica principale, e ove il personale amministrativo è prevalentemente occupato” (art. 4, par. 2 lett. d). Rilevano pure indici che, *a contrario*, permettono di stabilire che il distacco non è genuino: se esiguo è il numero dei contratti eseguiti nello Stato di stabilimento ovvero basso è il fatturato prodotto in quello Stato (art. 4, par. 2 lett. e), tali elementi denotano l’inesistenza di un reale incardinamento nell’impresa nel luogo di stabilimento, presentando questa, in verità, un prevalente collegamento con il Paese dove i distacchi vengono eseguiti, in frode al diritto comunitario⁶⁴³.

Vi si aggiungono indici che riguardano il lavoratore e che permettono di accertare la genuinità del rapporto di lavoro temporaneo all’estero. *In primis* rilevano infatti gli indici di temporaneità del distacco, la cui verifica testimonia la genuinità di questo: l’attività lavorativa sarà temporanea in considerazione non soltanto della data iniziale e della data finale, ma anche in ragione della natura delle attività esercitate e delle specifiche mansioni assegnate. Sono inoltre prova di genuinità del distacco la previsione contrattuale che il lavoratore debba rientrare nello Stato di stabilimento dell’impresa ed a partire dal quale è distaccato, nonché il fatto che egli riceva un rimborso delle spese di viaggio sostenute in occasione del distacco.

Sebbene l’apparato di accertamento predisposto sembrerebbe essere sufficientemente preciso da garantire un adeguato contrasto alle forme di abuso,

⁶⁴³ A. MATTEI, *La direttiva “enforcement” n. 2014/67/UE e il recepimento nell’ordinamento italiano, cit.*, p. 152 ss.

la direttiva 2018/957/UE interviene per rafforzare ulteriormente i già importanti risultati raggiunti⁶⁴⁴. Il risultato di tali emendamenti è tuttavia alquanto modesto rispetto all'entità dei problemi.

Ad essere ritoccata è, a ben vedere, la direttiva 96/71/CE. In forza dell'art. 4 nuovo testo, infatti, si dispone che le autorità amministrative dello Stato ospitante la prestazione di servizi che si siano rivolte alle competenti autorità dello Stato di origine possono, qualora non abbiano ricevuto chiarimenti adeguati, rivolgersi ad altre autorità dello stesso Stato. Delle violazioni degli obblighi informativi vertenti in capo agli Stati è prevista la comunicazione alla Commissione, ma non anche una disciplina sanzionatoria in termini di violazione del principio di leale collaborazione tra Stati. Tale *vulnus* inizia a porre seri problemi. Si deve riflettere infatti sulla circostanza delle disparità dei poteri di accertamento delle autorità amministrative dello Stato di distacco rispetto a quelle dello Stato di origine. Le autorità amministrative dello Stato di distacco incontrano in effetti innumerevoli difficoltà nel verificare l'effettivo legame dell'impresa con lo Stato di origine, e sarebbe dunque indispensabile che quest'ultimo e le articolazioni dei poteri pubblici che ne sono espressione organica siano messi in una posizione di dovere giuridico di cooperare. Ciò, a titolo di esempio, imporrebbe la revoca del certificato A1 illegittimamente emesso in caso di successivo riscontro della non genuinità dello stabilimento dell'impresa nello Stato⁶⁴⁵. Come correttamente osservato da attenta dottrina⁶⁴⁶, queste lacune normative e sanzionatorie possono dispiegare conseguenze gravi sui diritti dei lavoratori coinvolti, che potrebbero subire pregiudizi in termini di

⁶⁴⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Report on the Application and Implementation of Directive 2014/67/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the Enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) 1024/2012 on Administrative Cooperation through the Internal Market Information System ('the IMI Regulation')*. European Commission, Brussels, 2019

⁶⁴⁵ Nel già esaminato caso *Altun*, a fronte della scarsa cooperazione dell'Ispettorato bulgaro, in assenza meccanismi sanzionatori non si era potuto fare nulla di più che disconoscere il certificato A1.

⁶⁴⁶ A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, I, p. 144.

mancato pagamento dei contributi connessi alle prestazioni la cui genuinità è di controverso accertamento.

Sempre sul fronte sanzionatorio, la direttiva 2018/957/UE introduce nella direttiva 96/71/CE il nuovo art. 5, par. 4, disposizione che, tuttavia, è di dubbia rilevanza. Essa, per la verità, ribadisce quanto già previsto dal considerando n. 11 della direttiva 2016/67/UE, ossia che allorquando “sia accertato che una impresa, in modo scorretto o fraudolento, simuli che la situazione di un lavoratore rientri nell’ambito di applicazione della presente Direttiva, lo Stato membro in questione garantisce che il lavoratore benefici della normativa e della prassi pertinenti”. La disposizione non risolve il problema di uno statuto chiaro e definito delle sanzioni applicabili in caso di distacco fraudolento, di cui vi sarebbe stato tremendamente bisogno⁶⁴⁷.

Nella prima proposta della direttiva 2018 si voleva intervenire poi anche su un altro sensibile versante, ossia quello della subcontraenza, con l’intento di revisionare l’art. 12 della direttiva 2014. Tale disposizione ha antecedenti molto risalenti: si pensi che il Comitato economico e sociale, nell’esprimere il primo parere alla proposta di direttiva del 1991, recava proposte di emendamento della direttiva proprio con riguardo all’opportunità di prevedere la «duplice responsabilità da parte del datore di lavoro e del committente che gli ha affidato l’appalto».⁶⁴⁸ La proposta del Comitato economico e sociale rimasta, allora, inascoltata, era stata rispolverata a distanza di anni nella direttiva 2014/67/UE.

Coerentemente con la direttiva 96/71, anche la 2014/67/UE aveva costruito in tema di vincolo solidale un equilibrio tra obblighi e facoltà degli Stati membri. A norma dell’art. 12 “Responsabilità da subcontratto”, par. 2, è obbligatorio che gli Stati prevedano, con riguardo al settore edilizio e alle più volte richiamate attività dell’allegato, meccanismi per garantire che “nei casi di

⁶⁴⁷ A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, I, p. 144.

⁶⁴⁸ G.G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori, un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, *cit.*, p. 119.

subcontratto a catena, i lavoratori distaccati possono tenere responsabile il contraente di cui il datore di lavoro è subcontraente diretto, in aggiunta o in luogo del datore di lavoro per il rispetto dei diritti dei lavoratori distaccati”. Al contrario, con riguardo alle attività diverse da quelle elencate nell’allegato, gli Stati membri, consultate le parti sociali, hanno la mera facoltà di “adottare misure addizionali in modo non discriminatorio e proporzionato, per garantire che nei casi di subcontratto a catena il contraente di cui il datore di lavoro prestatore di servizi di cui all’art. 1 par. 3 della direttiva 96/71 è un subcontraente diretto possa, in aggiunta o in luogo del datore di lavoro, essere tenuto responsabile dal lavoratore distaccato riguardo a eventuali retribuzioni nette arretrate corrispondenti alle tariffe minime salariali e/o contributive dovute a fonti o istituzioni comuni delle parti sociali previste dalla legge o dai contratti collettivi nella misura in cui rientrano nell’articolo 3 della direttiva 96/71/Ce” (art. 12 par. 1). Ancora una volta è testimoniata la speciale rilevanza che le istituzioni comunitarie riservano al settore edilizio, ma pure si evince la frammentazione tra obblighi e facoltà imposti agli Stati membri. Sul tema, la direttiva 2018 poteva intervenire alla ricerca di un maggiore equilibrio tra statuto obbligatorio e statuto facoltativo. Si è scelto però di non introdurre la novella, prediligendo un meccanismo di monitoraggio che, entro il 2023, condurrà a valutare l’eventuale opportunità di introdurre misure in materia di subcontraenza.

Lo sforzo dimostrato dal legislatore eurounitario con l’adozione della direttiva *enforcement* va apprezzato e valutato positivamente: si tratta del primo intervento normativo a rafforzamento della cooperazione tra Stati nell’ambito del mercato dei servizi liberalizzato, il cui snellimento andrebbe coniugato con le esigenze di tutela del lavoro. Eppure, fin dalla sua entrata in vigore, la direttiva 2014/67/UE è stata considerata dalla dottrina un’occasione mancata: da una parte, ripresa in mano la direttiva 96/71/CE, taluni ne avevano auspicato il ripensamento sostanziale, che sarebbe avvenuto, almeno in parte, soltanto anni dopo, con la direttiva 2018/957/UE. Dall’altro, essa ha dimostrato a sua volta una

molteplicità di inefficienze. Per far fronte ad alcune di queste, si è istituita la *European Labour Authority*.

3.3 *L'istituzione della European Labour Authority e i suoi (limitati) poteri*

L'istituzione della *European Labour Authority* è stata portata a compimento sorprendentemente in fretta⁶⁴⁹. Il progetto per l'istituzione di un'apposita autorità, preposta al monitoraggio della mobilità dei lavoratori nell'Unione in tutte le sue sfaccettature, è stato infatti formulato dalla Commissione Juncker nel marzo 2018⁶⁵⁰ ed il regolamento che tale Autorità istituisce, il n. 1159 del 2019, è stato definitivamente approvato nel giro di un anno, il 20 giugno 2019. La dottrina ha osservato, serafica, che sarebbe stato difficile per gli Stati membri manifestare apertamente la propria opposizione⁶⁵¹ all'introduzione di un'Autorità il cui obiettivo è “contribuire ad assicurare l'equa mobilità dei lavoratori sul territorio dell'Unione e assistere gli Stati membri e la Commissione nel coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale nell'Unione” (art. 2).

La convergenza politica riscontrata riguardo all'introduzione della neonata Autorità si spiega, a parere di chi scrive, probabilmente con il limitato impatto che l'azione di questa istituzione sembra destinato ad avere, per lo meno nel breve periodo. L'Autorità europea del lavoro dovrebbe agevolare l'accesso alle informazioni sui diritti e gli obblighi riguardanti la mobilità dei lavoratori sul territorio dell'Unione, nonché ai servizi pertinenti; rafforzare la cooperazione tra

⁶⁴⁹ J. CREMERS J., *Reflections on a European Labour Authority: Mandate, Main Tasks and Open Questions*. Friedrich Ebert Stiftung, Brussels, 2018; ID., *The European Labour Authority and Enhanced Enforcement*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. European Parliament, Brussels, 2018; S. BORELLI, *Which Way I Ought to Go From Here? The European Labour Authority in the Internal Market Regulation*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, cit., p. 143 ss.

⁶⁵⁰ Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un'Autorità Europea del Lavoro. COM (2018) 131, Strasburgo, 13 marzo 2018.

⁶⁵¹ S. BORELLI, *Which Way I Ought to Go From Here? The European Labour Authority in the Internal Market Regulation*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI, *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, cit., pp. 143-144.

gli Stati membri nell'applicazione normativa, anche mediante ispezioni concertate e congiunte; mediare e facilitare la soluzione di controversie transfrontaliere tra Stati membri, nonché sostenere la cooperazione tra gli Stati membri nella lotta al lavoro sommerso. Quanto all'ambito materiale cui tali obiettivi sono riferiti, il tema del distacco transnazionale assume il ruolo di assoluto protagonista: ai sensi dell'art. 1, par. 4, l'Autorità potrà agire con riguardo alle direttive 96/71/CE, 2014/67/UE, nonché sulle successive modifiche di tali atti (inclusa dunque la direttiva 2018/957/UE). I poteri dell'ELA possono inoltre dispiegarsi nell'ambito della disciplina di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, della cui efficiente ed effettiva attuazione l'Autorità è responsabile.

Alla luce di quanto finora esposto, potremmo dire che l'ELA sia proprio quello di cui il *corpus* regolativo del distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, tanto sul piano giuslavoristico che sul piano previdenziale, avrebbe bisogno. Se dotata di poteri adeguati, l'ELA potrebbe assicurare una maggiore coerenza sistematica tra le diverse articolazioni della normativa e tra gli organi preposti alla loro attuazione, a garanzia della protezione sociale dei lavoratori e del contrasto alle pratiche abusive. Tale discorso dovrebbe anche riguardare la figura problematica del lavoro peripatetico, che dell'assenza di un'armonizzazione regolativa ed amministrativa subisce probabilmente gli effetti più nefasti.

Purtuttavia, anche con riguardo alla reale portata innovativa dell'istituzione dell'Autorità Europea del Lavoro appare il caso di ridimensionare gli entusiasmi. Le principali carenze dell'Autorità afferiscono al rapporto da questa intrattenuto con gli ispettorati del lavoro degli Stati membri e/o con le altre autorità pubbliche preposte all'esercizio di funzioni connesse alla mobilità dei lavoratori nell'Ue. Al riguardo, è bene notare che le dotazioni organiche, anche in termini di competenze tecniche, l'organizzazione strutturale e gli strumenti di raccordo, risultano tutt'altro che armonizzati nei diversi Stati, che investono risorse finanziarie e di personale molto differenziate in questi ambiti. Su questo

aspetto, l'Autorità non può purtroppo intervenire, ed è soltanto dotata di poteri di indirizzo e di supporto nei confronti degli ispettorati. Il contrasto alle pratiche abusive nel mercato dei servizi e, più in generale, nello spazio unico europeo, richiede competenze giuridiche, multidisciplinari e linguistiche che non sempre si rinvencono negli organismi di controllo statali. Il ruolo di supporto dell'Autorità appare dunque quanto mai opportuno, anche per accrescere le competenze tecniche dei predetti organismi. Per come è delineato dal regolamento, non trova tuttavia corrispondenza in analoghi poteri e competenze, nonché in corrispondenti obblighi in capo agli Stati.

A titolo di esempio, l'Autorità europea ingloba in sé le attività di monitoraggio su sistemi di coordinamento precedentemente istituiti, quali l'IMI (Internal Market Information System) e l'Electronic Exchange of Social Security Information (ESSI). Purtuttavia, a fronte di tale competenza tecnica, l'Autorità non vanta una competenza normativa o regolamentare: essa non può intervenire sulle regole giuridiche che sovrintendono al funzionamento di tali sistemi né riformarli, o anche soltanto emettere linee guida vincolanti per coordinarne le funzioni.

Nell'ambito delle prerogative dell'Autorità Europea non vi è poi traccia di un potere di coordinamento istituzionale interno che sarebbe stato ben utile: il potere di segnalazione alla Commissione europea delle potenziali infrazioni degli Stati. Torna nuovamente a fare capolino nella nostra trattazione il problema della carenza coercitiva del dovere di leale collaborazione enunciato dai Trattati, che vincola gli Stati nei rapporti con le istituzioni europee e nei rapporti reciproci. Rispetto alla violazione di tale dovere, in teoria scrutinabile dalla Corte di giustizia in sede di procedimento per infrazione, manca probabilmente la volontà politica di intervenire.

Le potenzialità dell'Autorità Europea per il Lavoro, dunque, non mancano. Correlativamente, deve riscontrarsi la carenza di specifici poteri, specie di natura regolamentare e coercitiva, che avrebbero potuto rappresentare, per il contrasto alle pratiche abusive nel mercato dei servizi, tanto sul piano della

legislazione applicabile al rapporto di lavoro, quanto sul piano della sicurezza sociale, un passo avanti necessario nella direzione della concorrenza leale tra imprese e lavoratori.

Conclusioni

Nel rassegnare le conclusioni del presente lavoro, conviene dapprima ricapitolarne gli obiettivi ed esaminarne i principali snodi tematici.

Si è tentato di approfondire i profili giuridici del distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, alla luce del regime regolativo offerto dalla direttiva 96/71/CE, come recentemente riformata dalla direttiva 2018/957/UE, ponendoci l'obiettivo di fornire un quadro esaustivo delle garanzie giuslavoristiche dell'istituto. Si sono successivamente esaminati i profili di sicurezza sociale del distacco, nonché la questione della carente effettività della normativa e della persistente debolezza dei connessi controlli amministrativi.

Si è ritenuto di impostare la trattazione, coerentemente con la dottrina che ha approfondito il tema in precedenza, a partire dal necessario inquadramento dei conflitti di legge in materia di rapporti di lavoro nel diritto internazionale privato eurounitario. La ricerca di una lettura integrata delle questioni giuridiche connesse ai rapporti di lavoro con elementi di estraneità non dovrebbe essere abbandonata dal giurista, a dispetto dell'incomunicabilità di fondo tra le branche del diritto internazionale privato e del diritto del lavoro. Tale obiettivo si è posto al centro della trattazione e ne ha rappresentato, per lo meno nell'intento, il cuore trasversale.

Preliminarmente, si sono esaminati la Convenzione di Roma ed il Regolamento Roma I, allo scopo di comprendere la natura giuridica dell'atto progenitore e del suo derivato regolamentare e le relative implicazioni nell'ambito del sistema del d.i.p. europeo uniforme. La collocazione sistematica della Convenzione e del regolamento nel processo di integrazione è stata effettuata strumentalmente alla comprensione delle caratteristiche distintive degli atti in questione che, pur riguardanti il medesimo oggetto, differiscono nei valori di fondo. Alla luce di tali premesse, il successivo sviluppo della trattazione si è focalizzato sull'analisi dell'art. 6 della Convenzione e dell'art. 8 del Regolamento Roma I, disposizioni che, come noto, regolano i conflitti di leggi

nella materia giuslavoristica. I criteri di collegamento utilizzati e le tecniche internazionalprivatistiche prescelte si sono valutati anche ricorrendo alla dottrina internazionalprivatistica in materia di protezione del contraente debole. In particolare, la riflessione è stata condotta esaminando i due scenari alternativi prefigurati dall'atto progenitore e dal suo derivato regolamentare, ossia le opposte situazioni dell'esercizio di *optio legis* ovvero dell'assenza di un *pactum de lege utenda*. Tali scenari sono stati valutati anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia Ue, che si è tenuta presente anche con riguardo alla nozione di lavoratore rilevante.

In particolare, abbiamo sottoposto a scrutinio la disciplina del rapporto di lavoro con elementi di internazionalità, ridimensionando la centralità generalmente accordata dalla dottrina al principio del *favor*, per sottolineare che l'impostazione tecnica delle due norme disattende le dichiarate esigenze di protezione del lavoratore o, per lo meno, le realizza in una prospettiva minimale. Si sono approfonditi i rapporti tra i criteri di collegamento indicati, relazionandoli agli obiettivi di valorizzazione dei principi di prossimità e prevedibilità della legge applicabile, sottolineando il diverso atteggiarsi della Convenzione e del regolamento. Parallelamente, si sono esaminate nel dettaglio le controverse nozioni di norme imperative, norme non derogabili convenzionalmente e norme di applicazione necessaria, tentando di ricostruirne i confini.

Si è poi visto che la valorizzazione del criterio di collegamento della *lex loci laboris*, operante in entrambi gli scenari, si declina in modo particolare allorquando il lavoratore sia chiamato a svolgere solo temporaneamente la prestazione in un luogo diverso, in quanto la legge del luogo abituale di lavoro non è in questo caso ritenuta cambiata. L'individuazione del labile confine tra abitualità e temporaneità della prestazione di lavoro rappresenta una questione centrale e di difficile inquadramento. Al tema, che ricorre più volte nella trattazione, si è dedicata particolare attenzione, esaminandolo alla luce di diverse prospettive. Dapprima si è tentato di mettere in relazione la questione con il lavoro peripatetico, senza prescindere dall'esame della giurisprudenza della

Corte di giustizia UE. Sul tema si è poi tornati per esaminare il significato di temporaneità nello specifico ambito del distacco transnazionale, anche alla luce della novella riguardante i distacchi di lunga durata.

In effetti, quando la mobilità temporanea della manodopera è accompagnata dall'esercizio della libertà economica di prestazione di servizi (art. 56 TFUE), il regime protettivo previsto dalla legge del luogo abituale di lavoro si arricchirà di garanzie ulteriori, di cui il lavoratore distaccato beneficerà in virtù della temporanea presenza nel territorio dello Stato ospite. Tali disposizioni, che dal punto di vista interazionalprivatistico rappresentano norme di applicazione necessaria di derivazione eurounitaria (art. 20 Convenzione), configurano un "nocciolo duro di tutele" di fonte legale e contrattuale. L'istituto del distacco transnazionale è stato valutato nelle implicazioni internazionalprivatistiche anche sotto altro profilo: il rapporto di lavoro del lavoratore distaccato è assoggettato al duplice regime regolativo dello Stato di origine e dello Stato ospite, ponendo problemi di coordinamento finora del tutto trascurati. Si è detto che l'istituto disegna un'ipotesi sui generis di *dépeçage*, con il conseguente ricorrere delle complicazioni connesse al frazionamento del contratto di lavoro, che solo apparentemente può definirsi "contratto divisibile".

Nel capitolo II abbiamo indagato la fisionomia dell'istituto della mobilità dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi come inquadrato nella giurisprudenza della Corte di giustizia antecedente all'adozione della direttiva 96/71/CE. Nell'ambito del bilanciamento tra la libertà economica di prestazione di servizi e la tutela sociale dei lavoratori dello Stato ospite, la Corte di giustizia ha messo a punto un test di proporzionalità volto a scrutinare la legittimità degli ostacoli sostanziali e procedurali imposti dallo Stato ricevente al prestatore di servizi. Abbiamo tentato di individuare la connessione sistematica tra la controversa nozione di norme di applicazione necessaria e l'elaborazione giurisprudenziale di "ragioni imperative di interesse generale" che legittimano deroghe alla libertà di prestazione di servizi, con ciò tracciando un ulteriore punto di incontro tra le tematiche strettamente internazionalprivatistiche e la tutela

giuslavoristica dei lavoratori coinvolti in una prestazione di servizi infracomunitaria.

A seguito delle disfunzioni del predetto statuto giurisprudenziale, caratterizzato da scarsa prevedibilità, il legislatore ha adottato la direttiva 96/71/CE, recentemente riformata dalla direttiva 2018/957/UE. Nel capitolo III abbiamo proposto una lettura integrata delle due direttive. Per evitare di perdersi nelle plurime chiavi di lettura della direttiva proposte dalla dottrina, anche disattendendo la prevalente narrazione del bilanciamento sbilanciato tra libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea, si è scelto più modestamente di modellare la trattazione sulla verifica se la massima "*equal pay for equal work at the same place*", posta a fondamento dell'intervento riformatore, trovasse concreto riscontro nella nuova disciplina del distacco transnazionale.

Si è ritenuto di prendere posizione sulla recente novella, sottolineando da un lato la lodevolezza di alcune misure innovative, quali l'introduzione della disciplina dei *c.d. long term postings*, nonché l'applicabilità delle disposizioni del contratto collettivo a tutti i settori, e non anche al solo ambito dell'edilizia. Al contempo, non si è mancato di sottolineare i nodi problematici non definitivamente sciolti dalla nuova direttiva. In particolare, il principio generale di non discriminazione tra imprese eurolite è stato messo in relazione con l'eterogeneità caratterizzante i sistemi di relazioni industriali degli Stati membri, concludendosi per un'incompatibilità di fondo della direttiva distacchi con i sistemi di relazioni industriali privi di un contratto collettivo ad efficacia generalizzata. Le ricorrenze semantiche che richiamano il principio di parità di trattamento tra la manodopera distaccata ed i lavoratori dello Stato ospitante la prestazione di servizi appaiono, in definitiva, inconciliabili con il principio di parità di trattamento tra prestatori di servizi, che conserva un ben più preciso ancoraggio, nella direttiva e nell'*acquis communautaire*.

Nel cap. IV abbiamo esaminato congiuntamente due temi strettamente connessi: l'istituto del distacco previdenziale nel quadro del sistema europeo di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e la disciplina della sorveglianza

amministrativa in materia di genuinità dei distacchi introdotta dalla direttiva 2014/67/UE. Nella riflessione finale sulla Autorità Europea del Lavoro, organismo di nuova istituzione preposto alla sorveglianza sull'esercizio delle libertà eurounitarie connesse alla mobilità dei lavoratori nell'Ue, si sono sottolineate le carenze attributive in termini di poteri normativi ed ispettivi dell'Autorità.

Alla luce del quadro appena descritto, si deve ritenere che la ricerca di un adeguato statuto protettivo della manodopera temporaneamente distaccata in occasione di una prestazione di servizi infracomunitaria non si possa ritenere completata, e che il punto di equilibrio raggiunto con l'adozione della direttiva 2018/957/UE risulterà, nonostante la meritevolezza dello sforzo riformatore, comunque insoddisfacente nel breve periodo. Gli strumenti giuridici che potrebbero contribuire all'incremento delle garanzie a favore dei lavoratori distaccati e al pieno sviluppo della concorrenza leale nel mercato dei servizi, anche alla luce dei suggerimenti delle organizzazioni sindacali europee, sono vari. Un approccio radicale potrebbe suggerire di mettere in discussione la mobilità all'interno dell'impiego, in qualche modo tornando alla situazione antecedente all'adozione della direttiva. La ricerca della parità di trattamento tra la manodopera distaccata e la manodopera del paese ospite risulta, del resto, incompatibile con lo stesso statuto della libertà di prestazione di servizi che, a rigore, dovrebbe imporre un minore aggravio in termini di adeguamenti procedurali e sostanziali in capo all'impresa che non ha scelto di stabilire in quello Stato la propria sede.

Si potrebbe, d'altro canto, suggerire il ricorso a uno strumento regolamentare ad hoc che definisca il diritto materiale applicabile al lavoro distaccato. Tale strumento potrebbe sfruttare la rispondenza del c.d. nocciolo duro di tutele ad ambiti già ampiamente armonizzati a livello eurounitario. Del resto, la discussione sulla possibile adozione di una direttiva in materia di salario minimo europeo potrebbe in parte risolvere l'annoso problema del trattamento economico del lavoratore distaccato.

Se le soluzioni appena prospettate appaiono difficilmente attuabili, è ben più praticabile, nell'immediato, la strada della valorizzazione del sistema di coordinamento amministrativo preposto, da un lato, alle verifiche di genuinità dei distacchi; dall'altro, alla prevedibilità e conoscibilità per i lavoratori distaccati dei diritti derivanti dall'applicazione della direttiva come declinati nello Stato ospite.

In una prospettiva ancora più ampia, la trattazione ha fatto emergere una carenza di coordinamento tra gli statuti della libertà di prestazione di servizi e della correlata mobilità temporanea dei lavoratori, da un lato, e la disciplina eurounitaria dei conflitti di leggi, dall'altro. L'assenza di un confine chiaro tra l'abitudine e la temporaneità della prestazione non dovrebbe indurre ad attribuire valenza dirimente alla regola, recentemente introdotta, "dei dodici mesi". Le caratteristiche della prestazione di lavoro temporanea dovrebbero essere infatti ben più chiare nei confini ermeneutici e dovrebbero prescindere dallo spartiacque manicheo della durata infra-annuale del distacco. A ben vedere, l'assenza di chiarezza sul punto riflette un'ulteriore ambiguità, ossia la difficile distinzione tra prestazione di servizi, per definizione temporanea, e stabilimento nello spazio giuridico eurounitario.

Simili nodi appaiono intrinsecamente connessi e dispiegano effetti dirimenti sulla protezione sociale dei lavoratori coinvolti in fenomeni di circolazione comunitaria dei servizi. Affrontarli congiuntamente, con atti normativi, pare a chi scrive un percorso del tutto impraticabile.

Individuare uno statuto chiaro della temporaneità, della prestazione di servizi e, per l'effetto, della correlata prestazione di lavoro, ci sembra al contempo un profilo di rilevanza fondamentale che dovrebbe, per lo meno, imporre una maggiore consapevolezza e coerenza sistematica nell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia.

Bibliografia

ABELLEIRA F.G., *Desplazamiento Transnacional Laboral Genuino y Ley Aplicable al Contrato de Trabajo, Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10 n. 1, p. 213 ss.

ALES E., BELL M., DEINERT O., ROBIN-OLIVER S., *International and European Labour. A Commentary*, Baden-Baden, Nomos, 2018

ALLAMPRESE A., BORELLI S., ORLANDINI G., *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2019, I, p. 133 ss.

ALLAMPRESE A., ORLANDINI G., *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2014, I, p. 169 ss.

ANDREONI A., VENEZIANI B., *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea dopo le sentenze Laval, Viking e Lussemburgo*, Ediesse, 2009

ARCHAN S., «Vinci la crisi con lavoratori interinali a contratto rumeno» Scherzo? No, offerta commerciale in *A.Dir.*, 2015, reperibile al sito <http://www.adir.unifi.it/>

ASTERITI A., *Social Dialogue, Laval-Style*, in *European Journal of Legal Studies*, 2012, 5, no. 2, p. 69 ss.

AVONDOLA A., *Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali in materia di distacco transnazionale. Segnali dal futuro per la lotta al dumping salariale*, in *RDSS*, 2020, fasc. 1, p. 147 ss.

BALANDI G.G., S. BORELLI, *Appunti sull'Accordo tra il Regno Unito e l'Unione europea in merito ai lavoratori comunitari*, in *Il Mulino*, 24 febbraio 2016

BALANDI G.G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori, un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, n. 20 p. 115 ss.

BALANDI G., *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, p. 710 ss.

BALDUZZI R., *Ancora sulla dimensione europea dei diritti sociali: come superare la posizione "social-scettica", senza cadere in quella perennemente*

“scontenta”, in BILANCIA P., *La dimensione europea dei diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 335 ss.

BALLARINO T., *Diritto internazionale privato italiano*, VIII ed., Cedam, 2016

BALLARINO T., *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, in *Riv. Dir. Int.*, 2009, fasc. 1, p. 40 ss.

BALLESTRERO M.V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. Dir.*, 2008, 2, p. 371 ss.

BALLESTRERO M.V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in Working Papers CSDLE “Massimo D’Antona”, Int. n. 55/2007

BAYLOS GRAU A., *Crisi, modello europeo e riforma del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2010, fasc. 3, p. 473 ss.

BANO F., *Sovranità regolativa e subordinazione del diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2017, fasc. 1, p. 15 ss.

BANO F., *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in *Lav. Dir.*, 2015, p. 583 ss.

BANO F., *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell’Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2008

BANO F., *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *Lav. Dir.*, 2008, 1, p. 7 ss.

BARATTA R., *Note sull’evoluzione del diritto internazionale privato in chiave europea*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2015, p. 721 ss.

BARATTA R., Art. 65, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 452 ss.

BARASAN T., GUILD E., *Global labour and the migrant premium. The cost of working abroad*, Routledge, London, 2019

BARILE G., *Qualificazione (dir. internaz. priv.) (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987

BARILE G., *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1980

BARILE G., *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento tra sistemi (L'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969

BARNARD C., *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*, in *ILJ*, 2016, p. 1 ss.

BARNARD C., *Using Procurement Law to Enforce Labour Standards*, in G. DAVIDOV, B. LANGILLE (a cura di), *The idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, p. 256 ss.

BARNARD C., *Fifty Years of Avoiding Social Dumping? The EU's Economic and Not So Economic Constitution*, in DOUGAN M., CURRIE S. (a cura di), *50 Years of the European Treaties: Looking Back and Thinking Forward*, Hart Publishing, 2009, p. 311 ss.

BARNARD C., *EC employment Law*, Oxford University Press, 2006

BASEDOW J., *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *CMLR*, 2000, p. 687 ss.

BEDNAROWICZ B., ZWANENBURG A. (eds.), *Cross-Border Employment and Social Rights in the EU Road Transport Sector*, Eleven International Publishing, 2019

BELL M., *The Principle of Equal Treatment and the European Pillar of Social Rights*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 4, p. 783 ss.

BELLAVISTA A., *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona", Int. 47/2006

BERNACIAK M., *Social Dumping: Political Catchphrase or Threat to Labour Standards?*, Brussels, ETUI Working Papers, 2012, n. 6

BERNISEN L., *Social Dumping at Work: Uses and Abuses Of The Posted Work Framework In The EU*, ETUI, Policy Brief, Brussels, 2015

BERTOLI P., *La disciplina della giurisdizione civile nel regolamento comunitario n. 44/2001*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2002, p. 625 ss.

BIAGI M., *Fortune Smiles on The Italian EU Presidency: Talking Half-Seriously about the Posted Workers and Parental Leave Directives*, in *IJCLLIR*, 1996, p. 97 ss.

BIAGIONI G. (a cura di), *Il principio dell'armonia delle decisioni civili e commerciali nello spazio giudiziario europeo*, Giappichelli, Torino, 2015

BIAGIONI G. *Art. 3. Libertà di scelta*, in SALERNO F., FRANZINA P. (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»)*. *Commentario*, in *NLCC*, 2009, 3-4, p. 629 ss.

BIAGIONI G., *Art. 9. Norme di applicazione necessaria*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (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»)*. *Commentario*, cit., p. 771 ss.

BIAVATI P., *Diritto processuale dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2009

BILANCIA F., *Il referendum del Regno Unito sulla Brexit: la libertà di circolazione dei cittadini UE nel mercato interno ed il problema del costo dei diritti sociali*, in *Ist. Fed.*, 2017, numero speciale, p. 69 ss.

BOMBELLI A., *Frode alla legge e deroga alla vincolatività del certificato "E 101" nel distacco transnazionale di lavoratori*, *Labor*, 2018, fasc. 1, p. 55 ss.

BONCI C., *Appunti sull'applicabilità della legge straniera ai rapporti di lavoro e il favor verso il lavoratore*, nota Cass., 9 settembre 1993, n. 9435, in *Giust. Civ.*, 1994, V, pt. I, p. 1315 ss.

BONELL M.L., *Unificazione internazionale del diritto (voce)*, in *Enc. Dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 720 ss.

BONOMI A. (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009;

BORELLI S., *Appunti e idee per il contrasto alle letter box companies*, in *Quad. Riv. Giur. Lav.*, n. 2018, p. 118 ss.

BORELLI S., *Parlando di welfare e barbarie, oggi*, in *Ragion Pratica*, 2014, 1, p. 99 ss.

BORELLI S., *La mobilità dei lavoratori subordinati cittadini dell'Unione europea*, in CALAFÀ L., GOTTARDI D., PERUZZI M. (a cura di), *La mobilità del lavoro: prospettive europee e internazionali*, Edizioni Scientifiche italiane, Roma-Napoli, 2012, p. 29 ss.

BORELLI S., *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, Agg., vol. 2, Utet, Torino, 2002, p. 628 ss.

BORELLI S., GUAZZAROTTI A., *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, 2019, Jovene

BORELLI S., *Which Way I Ought to Go From Here? the European Labour Authority in the Internal Market Regulation*, in BORELLI S., GUAZZAROTTI A., *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, p. 143 ss.

BORELLI S., ORLANDINI G., *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *QG*, 2019, fasc. 4, p. 61 ss.

BORZAGA M., *Nozione di «lavoratore», libertà di circolazione e diritto di soggiorno in ambito comunitario*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, IV, p. 683 ss.

BOSCHIERO N., *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato) (voce)*, in *Enc. Dir. Agg.*, Giuffrè, 2016, p. 925 ss.

BOSCHIERO N. (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009

BOSCHIERO N., BERTOLI P. (a cura di), *Verso un “ordine comunitario” del processo civile. Pluralità di modelli e tecniche processuali nello spazio europeo di giustizia*, Napoli, 2008

BOSCHIERO N., *Norme inderogabili, «disposizioni imperative del diritto comunitario» e «leggi di polizia» nella proposta di regolamento “Roma I”*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”. Atti del Convegno tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007*, in *Quaderni della Fondazione Italiana di Notariato*, 2007 n. 4, disponibili al sito <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=09/0905&mn=3>

BORZAGA M., *More or Less “Social Europe”? The Challenges of European Social Policy After the Enlargement to Include Central and Eastern Countries and the Recent Economic and Financial Crisis*, in ANTONIOLLI L., BONATTI L., RUZZA C. (a cura di), *Highs and Lows of European Integration. Sixty Years After the Treaty of Rome*, Springer International Publishing, 2018

BRINO V., *Diritti dei lavoratori e catene globali del valore: un formante giurisprudenziale in via di definizione?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2020, fasc. 3, n. 167, p. 451 ss.

BRINO V., *Lavoro dignitoso e catene globali del valore: uno scenario (ancora) in via di costruzione*, in *Lav. Dir.*, 2019, 3, p. 553 ss.

BRINO V., *Imprese multinazionali e diritti dei lavoratori tra profili di criticità e nuovi “esperimenti” regolativi*, in *Dir. Rel. Ind.*, fasc.1, 2018, p. 171 ss.

BRINO V., *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato*, Padova, Cedam, 2012

BRUUN N., BÜCKER A., DORSSEMONT F., *Balancing Fundamental Social Rights and Economic Freedoms: Can the Monti II Initiative Solve the EU Dilemma?*, in *IJCLLIR* 2012, 28, no. 3, p. 279 ss.

BRUUN N., JACOBS A., SCHMIDT M., *La Convenzione n. 94 dell’ILO alla luce del caso Rüffert*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, I, p. 649 ss.

BUOSO S., *La portata della nozione di “tariffe minime salariali” tra direttiva europea sul distacco del lavoratore e disciplina nazionale applicabile*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, p. 898 ss.

BUELEN W., CREMERS J., WIXFORTH S., *Considerazioni sociali nel quadro degli appalti pubblici. Una scelta politica*, Bruxelles, 2015

BURRAGATO W., *Sul contratto di lavoro tra italiani all’estero*, nota a Trib. Milano, 26 maggio 1989, conferma Pret. Milano 12 agosto 1987, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, I, p. 33 ss.

CALVELLINI, G., FROSECCHI, G., TUFO, M., *The Ryanair case in the Italian and European framework: who decides the rules of the game?* in Working Papers CSDLE “Massimo D’Antona”, Int. 148/2019

CAMPIGLIO C., *Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli Statutari ai giorni nostri*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2013, p. 593 ss.

CAMPIGLIO C., *Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato*, in *Riv. Dir. Int.*, 2011, fasc. 4, p. 1029 ss.

CANNONE A., *Cooperazioni rafforzate (dir. Ue)*, in *Enc. Trecc.*, 2014

CAPOTORTI F., *Premesse e funzioni del diritto internazionale privato*, Napoli, 1961

CARABELLI U., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009

CARABELLI U., *Tutele del lavoro, diritto di sciopero e libertà di contrattazione collettiva tra identità nazionale e integrazione comunitaria*, reperibile al sito www.europeanrights.eu, settembre 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.*, 2007, I, p. 33 ss.

CARABELLI U., LECCESE V., *Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in Working Papers CSDLE “Massimo d’Antona”, Int. 35/2005

CARBALLO PIÑEIRO L., FORNASIER M., *Employment, Posting of Workers*, in *Encyclopedia of Private International Law*, p. 650 ss.

CARELLA G., *La scelta della legge applicabile da parte dei contraenti*, in AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*. Atti del Convegno tenutosi a Bari il 23-24 marzo 2007, in *Quaderni della Fondazione Italiana di Notariato*, 2007 n. 4, disponibili al sito <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=09/0905&mn=3>.

CARINCI F., PIZZO FERRATO A., *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, Giappichelli, 2018

CARINCI F., DE LUCA TAMAJO R., TOSI P., TREU T., *Diritto del lavoro, Vol. 1, Diritto sindacale*, UTET, 2016

CARINCI F., *Piano piano, dolce Carlotta: cronaca di un’Europa “in cammino”*, in CARINCI F., PIZZO FERRATO A. (a cura di), *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del Lavoro. Commentario*, Vol. IX, Utet, 2007, p. 1 ss.

CARINCI M.T., *Il lavoro etero-organizzato secondo Cass. 1663/2020: verso un nuovo sistema dei contratti in cui è dedotta un’attività di lavoro*, in M.T. CARINCI, A. TURSI, *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile, tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020, p. 53 ss.

CARINCI M.T., HENKE A., *Rapporti di lavoro via web con elementi di internazionalità: quali sono la legge applicabile e il foro competente per il diritto UE?*, *Dir. Rel. Ind.* 4, 2019, p. 1041 ss.

CARINCI M. T. (a cura di), *Dall’impresa a rete alle reti d’impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro. Atti del convegno internazionale di studio, Università di Milano, 26-27 giugno 2014*, Milano, Giuffrè, 2015

CARUSO B., ALAIMO A., *Dopo la politica, i diritti: l’Europa “sociale” nel Trattato di Lisbona*, in Working Papers CSDLE “Massimo D’Antona”, Int. 82/2010

CARUSO B., *Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro?* in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, 2001, p. 207 ss.

CASSAR S., *Il distacco transnazionale intracomunitario*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2019, fasc. 2, p. 283 ss.

CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico* (vol. I), Giuffrè, Milano, 2015, p. 78 ss.

M. ČANĚK, K. KALL (ed): *Protecting Mobility Through Improving Labour Rights Enforcement in Europe—Transnational Monitoring and Enforcement of Posted Work*. Solidar, Brussels, 2018

CESTER C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, p. 341 ss.

CHARNOK G., STAROSTA G., *The New International Division of Labour*, Palgrave MacMillan, 2016

CHINÈ G., FRATINI M., ZOPPINI A., *Manuale di diritto civile*, Nel Diritto, 2018

CIUCCIOVINO S., *Le “collaborazioni organizzate dal committente” nel confine tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, 3, p. 321 ss.

CLERICI R., *Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I?* in VENTURINI G., BARIATTI S. (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Giuffrè, Milano p. 615 ss.

CORDELLA C., *Transnational posting of workers between public policy and collective bargaining*, in PERULLI A., BELLOMO S. (eds.), *New Industrial relations in the era of globalization: a multilevel analysis*, Cedam, Padova, 2019, p. 125 ss.

CORRAO M.E., *Profili internazionale-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in *Lav. Dir.*, 2005, fasc. 3, p. 503 ss.

CORTESE B., *Art. 10. Consenso e validità sostanziale*, in SALERNO F., FRANZINA P. (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»). Commentario*, in *NLCC*, 2009, 3-4, p. 804 ss.

COSTA A., *Criticità nella gestione operativa del personale distaccato all'estero*, in *RDSS*, 2012, 3, p. 705 ss.

- COSTA A., *Mobilità transazionale del management nei gruppi di impresa: la gestione del personale distaccato in Italia*, in *RDSS*, 2008, 2, p. 455 ss.
- COSTAMAGNA F., *Regulatory Competition in the Social Domain and the Revision of the Posted Workers Directive*, in BORELLI S., GUAZZAROTTI A., *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, p. 79 ss.
- CREMERS J., *Reflections on a European Labour Authority: Mandate, Main Tasks and Open Questions*. Friedrich Ebert Stiftung, Brussels, 2018
- CREMERS J., *The European Labour Authority and Enhanced Enforcement*, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. European Parliament, Brussels, 2018
- CREMERS J., *In Search of Cheap Labour in Europe: Working and Living Conditions of Posted Workers*, in *CLR Studies*, 2011
- CREMERS J., *Letter-box companies and abuse of the posting rules: how the primacy of economic freedoms and weak enforcement give rise to social dumping*, in *ETUI policy brief n. 5/2014*, ETUI, Brussels, 2014
- D'ACUNTO S., *Le professioni nel mercato interno dell'Unione europea: bilancio di un ventennio (2000-2020)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2020, fasc. 5, p. 1107 ss.
- D'ANTONA M., *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Confronti e prospettive*, Bologna, 1989, p. 43 ss.
- D'ANTONA M., *Sistema giuridico comunitario*, in BAYLOS GRAU A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, 1996, p. 3 ss.
- DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2018
- DAVIES P., *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, in *ILJ*, 2002, n. 31, 3, p. 298 ss.
- DAVIES P., *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems*, in *CMLR*, 1997, 34, 3, p. 571 ss.
- DE CARVALHO S., *The Revision of The Posting of Workers Directive and The Freedom to Provide Services In EU: Towards A Dead End?*, *Juridical Tribune*. 2018, 8(3), p. 719 ss.

DE CESARI P., *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2011

DE CESARI P., «Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e «norme di applicazione necessaria» nel regolamento Roma I, in VENTURINI G., BARIATTI S. (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*. Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 257 ss.

DE GÖTZEN E., *Contratto di lavoro, criteri di collegamento e legge applicabile: luci e ombre del regolamento (CE) n. 583/2008*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2014, 3, p. 529 ss.

DE MARCO, P. *Lavoro all'estero: scelta della legge applicabile e limite dell'ordine pubblico interno*, leggibile anche collegandosi al sito: <http://www.chilosianpartners.it/pubblicazioni/pubblicazioni-giurisprudenza-del-lavoro-nel-lazio/lavoro-allestero-scelta-della-legge-applicabile-e-limite-dellordine-pubblico-interno/>

DE WISPELAERE F., ROCCA M., *The Dark Side of the Tour. Labour and Social Security Challenges of Highly Mobile Workers in the Live Performance Sector*, ERA Forum, 2020

DE WISPELAERE F., PACOLET J., *Posting of Workers: Report on AI Portable Documents Issued in 2017*, European Commission, Brussels, 2017

DE WISPELAERE F., PACOLET J., *An ad hoc Statistical Analysis on Short Term Mobility – Economic Value of Posting of Workers*, 2016

DELFINO M., *The 'Puzzle' of Workers' Mobility in Italy*, in *ELLJ*, 2020, vol. 11, p. 97 ss.

DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976

DE MOZZI B., *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, in CARINCI M. T. (cood.), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici*, Utet, 2011, p. 29 ss.

DE MOZZI B., *Il lavoro con profili di internazionalità*, in CESTER C. (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del Lavoro. Commentario*, Vol. II, Utet, 2007, p. 2093 ss.

DE NOVA G., *Quando un contratto è internazionale?* in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1978, p. 665 ss.

DE SALVIA A., *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, in Working Papers CSDLE “Massimo D’Antona”, Int. 98/2012

DIVERIO D., *Dalla Corte di giustizia un’importante precisazione sulla giurisdizione delle controversie di lavoro relative al personale di cabina*, in Riv. It. Dir. Lav., 2017, 4, II, p. 872 ss.

EGAN M., *Constructing a European Market*, Oxford University Press, 2001

ESTEVE R., *La nozione di lavoratore subordinato nel diritto comunitario e nel diritto nazionale*, in DLM, 2004, n. 1, p. 63 ss.

EVJU S., *Cross Border Services, Posting of Workers and Jurisdictional Alternation*, in ELLJ, 2010, 1, p. 89 ss.

EVJU S., *Posting Past and Present: The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, in Formula Working Papers No. 8, 2009, reperibile al sito www.jus.uio.no

FERACI O., *Diritto internazionale privato e processuale dell’Unione europea (voce)*, in Enc. Trecc., 2018

FERACI O., *L’autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell’Unione europea*, in Riv. Dir. Int., 2013, fasc. 2, p. 424 ss.

FERRARI F., LEIBLE S. (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009

FERRARO F., *Collaborazioni organizzate dal committente*, in Riv. It. Dir. Lav., 2016, I, p. 53 ss.

FERRI D., CORTESE F., *The EU Social Market Economy and the Law*, Routledge, London, 2019

FERRI G. B., *Territorialità del diritto del lavoro e ordine pubblico*, nota a Cass., 6 settembre 1980, n. 5156, in Mass. Giur. Lav., 1981, p. 23 ss.

FERRUA S., *La tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori italiani all’estero*, in Tutela e sicurezza del lavoro, 2013, n. 1, p. 85 ss.

FILÌ V., *L’organizzazione del lavoro*, in CARINCI F., PIZZOFERRATO A., *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 282 ss.

FOGLIA R., *Il distacco del lavoratore nell'UE: la normativa comunitaria*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001, p. 806 ss.

FOIS P., *L'Unione europea è ancora un'organizzazione internazionale?* in *Riv. Dir. Int.*, 2016, p. 371 ss.

FOIS P., *Applicazione differenziata e flessibilità nel diritto dell'Unione europea*, in *St. Integr. Eu.*, 2011, p. 25 ss.

FORLATI PICCHIO L., *Limiti posti dalla Convenzione di Roma alla riforma del diritto internazionale privato italiano*, *Riv. Dir. Int.*, 1992, p. 269 ss.

FORLATI PICCHIO L., *Lavoro nel diritto internazionale privato*, *Dig. Disc. Priv. Sez. Comm.*, 1992, vol. 8, Utet, Torino, p. 331 ss.

FORNASIER M., *Employment Contracts, Jurisdiction*, in BASEDOW J., RÜHL G., FERRARI F., DE MIGUEL ASENSIO P. (ed.), *Encyclopedia of Private International Law*, Elgar Publishing, 2017, p. 624 ss.

FORRESTER J. I., *Free Movement of Persons: the Right We Must Leave Behind?*, James Wood Lecture University of Glasgow, 11 November 2016, in *European Competition Law Review*, 2018, 9, p. 379 ss.

FOUQUET B., LACAUX V., *Le politiche di mobilità nelle imprese transnazionali*, in *Lav. Dir.*, 2005, 3, p. 475 ss.

FRANZINA P., *La scelta tacita della legge applicabile al contratto secondo il regolamento Roma I*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2016)*, Vol. 8, 2016, reperibile al sito www.e-revistas.uc3m.es, p. 221 ss.

FRANZINA P., *Art. 2. Carattere universale*, in SALERNO F., FRANZINA P. (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»)*. *Commentario*, in *NLCC*, 2009, 3-4, p. 606 ss.

FRANZINA P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della CE*, in *Lav. Dir.*, 2008, 1, p. 97 ss.

FREEDLAND M., PRASSL J., *Viking, Laval and Beyond*, Oxford-Portland, Oregon, 2016

FROSECCHI G., *Il dumping sociale nel settore dell'autotrasporto europeo: in viaggio tra differenziali di costo e imprese cartiere*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2020, fasc. 3, n. 167, p. 543 ss.

FROSECCHI G., *Distacco, cabotaggio e trasporto internazionale: un puzzle ancora da comporre*, in *Logistica e lavoro, Quad. Riv. Giur. Lav.*, 2017, fasc. 3, p. 43 ss.

FROSECCHI G., *La legge previdenziale applicabile ai lavoratori di compagnie aeree internazionali. I casi Ryanair*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, I, parte II, p. 105 ss.

FROSECCHI G., ORLANDINI G., *An Internationally Oriented Interpretation Of EU Law On Public Procurement: Strengthening Labour Clauses Through ILO Convention no. 94*, in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona", Int. 153/2020

FUCHS M., *Posting. The Legal Panorama Of European Labor And Social Security Law*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, n. 1, I, p. 15 ss.

GALETTA D.U., *European Union Law in the Jurisprudence of Italian High Courts: Is the Counter-Limits Doctrine a Dog that Barks but Does not Bite?*, in *Eur. Pub. Law*, 2015, p. 747 ss.

GALGANO F., MARRELLA F., *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2010, vol. 54, p. 1 ss., in GALGANO F. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, 2007

GAMILLSCHEG F., FRANZEN M., *Conflict of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations*, in BLANPAIN R., ENGELS C., *Comparative Labour Law in Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, 1998, p. 161 ss.

GARDELLA A., *Art. 3. Libert  di scelta*, in SALERNO F., FRANZINA P. (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»)*. *Commentario*, in *NLCC*, 2009, 3-4, p. 611 ss.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019

GIESEN R., *Posting: Social Protection of Workers vs Fundamental Freedoms?*, in *CMLR*, 2003, 40, 1, p. 143 ss.

GILBERT M., *Storia politica dell'integrazione europea*, Laterza, 2007

- GIUBBONI S., *Diritto del lavoro europeo*, Cedam, Padova, 2018
- GIUBBONI S., ‘‘Being a Worker’’, in *ELLJ*, 2018, Vol. 9, Issue 3, p. 223 ss.
- GIUBBONI S., ORLANDINI G., *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 160, 2018, p. 907 ss.
- GIUBBONI S., *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, in *RDSS*, 2009, 2, p. 293 ss.
- GIUBBONI S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, Relazione svolta al IV seminario nazionale TRESS – Training and Reporting on European Social Security, tenutosi a Roma, 13 giugno 2008
- GIUBBONI S., *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell’Unione Europea*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2006, n. 27, p. 9 ss.
- GIUBBONI S., *Diritti e solidarietà in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003
- GIUGNI G., *Introduzione allo studio dell’autonomia collettiva*, Giuffrè, Milano, 1960
- GREPPI E., *Stabilimento e servizi nel diritto comunitario (voce)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XIV, 1990, p. 488 ss.
- GRUŠIĆ U., *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, 2015
- GRUŠIĆ U., *Should The Connecting Factor Of The ‘Engaging Place Of Business’ Be Abolished In European Private International Law?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2013, Volume 62, Issue 1, p. 173 ss.
- GRUŠIĆ U., *The Territorial Scope of Employment Legislation and Choice of Law*, in *The Modern Law Review*, 2012, vol. 75, 5, p. 722 ss.
- HEISS H., *Party autonomy*, in FERRARI F., LEIBLE S. (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, p. 1 ss.
- HEINDL J., LENGlinger M., *The Problem with Highly Mobile Workers in the Eu: a Critical Analysis of the Court of Justice of The European Union Judgment in*

Dobersberger Regarding the Posting Of Workers, in Comparative Labor Law & Policy Journal, Dispatch n. 28, Austria, October 2020.

HORSLEY T., *Reflections on the Role of the Court of Justice as the “Motor” of European Integration: Legal Limits to Judicial Lawmaking*, in CMLR, 2013, 50, 4, p. 931 ss.

HOUWERZIJL M. PENNING S F., *Double Charges in case of Posting of Employees: the Guiot Judgment and its Effects on the Construction Sector*, in European Journal of Social Security, 1999, 1, p. 91 ss.

ICHINO P., *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, in Riv. It. Dir. Lav., 2015, fasc. 2, p. 566 ss.

ICHINO P., *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti. Note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti*, in SCOGNAMIGLIO R. (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte Costituzionale*, Edizioni Scientifiche italiane, 2006, p. 129 ss.

ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, in MENGONI L. (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 2000, vol. I, p. 52 e 64 ss.

JOERGES C., *Will the Welfare State Survive European Integration?*, in EJSL, 2011, 1, p. 4 ss.

JOERGES C., *What is left of the European Economic Constitution?*, in EUI Working Papers, 2004, n. 3, reperibile online al sito:<http://diana-n.iue.it:8080/bitstream/handle/1814/2828/law04-13.pdf?sequence=1>

LAGARDE P., *La Nouveau Droit International Privé des Contrats après l’Entrée en Viguer de la Convention de Rome du 19 Juin 1980*, in Rev. Crit. Droit Int. Priv., p. 317 ss.

LEANDRO A., *Art. 12. Ambito della legge applicabile*, in SALERNO F., FRANZINA P. (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»)*. Commentario, in NLCC, 2009, 3-4, p. 817 ss.

LHERNOULD J.P., *Directive (EU) 2018/957 of 28 June 2018 amending Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. What Will Change in 2020?* in ERA Forum, 2020, 20, p. 249 ss.

- LHERNOULD, J.P., *The Commission's Proposal Amending Social Security Coordination Regulations: How To Combine Union Citizens' Rights and Social Security Institutions' Needs?* in *ERA Forum*, 2017, 18(2) p. 155 ss.
- LYON CAEN A., SCIARRA S., *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, n. 20, p. 9 ss.
- LYON CAEN G., *L'Infiltration du Droit du Travail par le Droit de la Concurrence*, in *Droit Ouvrier*, 1992, p. 313 ss.
- LO FARO A., *L'Europa sociale senza la Carta. L'Europa sociale oltre la Carta?*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, 4, p. 761 ss.
- LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. Dir.*, 2008, 1, p. 63 ss.
- LO FARO A., *Turisti e vagabondi: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lav. Dir.*, 2005, 3, p. 437 ss.
- LUNARDON F., *Subordinazione e diritto del lavoro in Europa*, in *Europa e Diritto.*, 1998, I, p. 1 ss.
- LUZZATTO R., *Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 613 ss.
- KERR A., *Jurisdiction and Choice of Law Issues in Transnational Employment Rights Disputes*, in *University College Dublin Working Papers in Law, Criminology & Socio-Legal Studies*, Research Paper n. 23/2017
- KOLEHMAINEN E., *The Directive concerning the Posting of workers: synchronization of the function of national legal systems*, *Comp. Lab. Law Pol. Journ.*, 1998, p. 71 ss.
- KUNDA I., *Law applicable to Employment Contracts under the Rome I Regulation*, in SANDER G. et. al. (ed.) *Transnational, European and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, Springer, 2017 p. 73 ss.
- MAGNANI M., *Subordinazione, eterorganizzazione e autonomia tra ambiguità normative e operazioni creative della dottrina*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2020, fasc. 1, p. 105 ss.
- MAGNANI M., *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, Torino, 2015

MAGNANI M., *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, 2006.

MAGNANI M., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, p. 391 ss.

MAGNANI M., *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, n. 20, p. 73 ss.

MAGNO P., *Il lavoro all'estero*, Cedam, Padova, 1990

MAGNUS U., MANKOWSKI P. (ed.), *Brussels I bis Regulation. Commentary*, in *European Commentaries on Private International Law*, Otto Schmidt, 2016.

MALINTOPPI A., *Lavoro (dir. Internaz. Priv.) (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, p. 641 ss.

MANCINI G. F., *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee, ne Il lavoro nel diritto comunitario e nell'ordinamento italiano*, Atti del Convegno di Parma, 30-31 ottobre 1985, Padova, Cedam, 1998, p. 23 ss.

MANCINI P.S., JAYME E. (a cura di), *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 19 ss.

MANCINO R., *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, in *NLC*, 2000, p. 899 ss.

MANKOWSKY P., *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, in FERRARI F., LEIBLE S. (ed.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Sellier, Munich, 2009, p. 171 ss.

MARETTI S., *L'incorporazione del diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 147 ss.

MARETTI S., *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 223 ss.

MARETTI S., *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, p. 1148 ss.

MARINO S., *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 6 ss.

MARONGIU BONAIUTI F., *Conseguenze della trasformazione della convenzione di Roma in regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato*, in: FRANZINA P., *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I. Atti della giornata di studi. Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, p. 141 ss.

MARRELLA F., *Prime note critiche circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento Roma I*, in: FRANZINA P., *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento Roma I. Atti della giornata di studi. Rovigo, 31 marzo 2006*, Cedam, Padova, p. 28 ss.

MATTEI A., *La direttiva "enforcement" n. 2014/67/UE e il recepimento nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2017, I, p. 147 ss.

MATTEI A., *La legge applicabile al lavoro transnazionale a partire da un caso recente* in *Lav. Dir.*, 2013, fasc. 3, p. 451ss.

MCPARLAND M., *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations*, 2015

MENEGATTI E., *Taking EU labour law beyond the employment contract: the role played by the European Court of Justice*, in *ELLJ*, 2020, Vol. 11, Issue 1, p. 26 ss.

MERRETT L., *Employment Contracts in Private International Law*, Oxford University Press, 2011

MERRETT L., *The Extra-Territorial Reach of Employment Legislation*, in *ILJ*, 2010, 4, p. 355 ss.

MONACO R., *L'efficacia della legge nello spazio (Diritto internazionale privato)*, II ed., Torino, 1964

MONTANARI A., *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, in: CARINCI F., PIZZOFRERATO A. (diretto da), *Commentario di Diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. VII, Torino, Utet, 2010, p. 823 ss.

MONTANARI A., GIRELLI N., *Parità di trattamento e divieto di discriminazione*, in: CARINCI F., PIZZOFRERATO A., *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 206 ss.

MORRONE L., *Il Regolamento “Roma I” le norme a tutela dei lavoratori*, in *Diritto dei Lavori*, 2011, V, p. 41 ss.

MORSA M., *The Failure of Negotiations on European Regulations for the Coordination of Social Security Systems: the end of European Solidarity? The Reasons for Failure in an Endeavour that Started Well*, in BORELLI S., GUAZZAROTTI A., *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, p. 123 ss.

MOSCONI F., *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, n. 20, p. 29 ss.

MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, VII ed., Utet, 2017

MOSCONI F., CAMPIGLIO C., *Diritto internazionale privato (voce)*, *Enc. Trecc.*, 2012

MURGO M., *Sulla vincolatività del certificato E 101 (e A1) ottenuto in maniera fraudolenta*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, 4, p. 1285 ss.

MURGO M., *Personale di volo e competenza giurisdizionale nel caso Ryanair* (nota a C. Giust., 14 settembre 2017, *Ryanair*, cause riunite C-168/16 e C-169/16) in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, 3, p. 967 ss.

NAPOLI M. (a cura di), *Globalizzazione e rapporti di lavoro*, Vita e pensiero, Milano, 2006;

NADALET S., *L’attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lav. Dir.*, 2008, fasc. 1, p. 37 ss.

NOGLER L., *Sulla previsione contrattuale della sospensione del rapporto con prestito del lavoratore ad altra impresa collegata*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1992, II, p. 936 ss.

NOGLER L., *La subordinazione nel d. lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell’“autorità dal punto di vista giuridico*, in Working Papers CSDLE “Massimo D’Antona”, 267/2015

NORD N., *La Nécessaire Refonte du Système de Conflit de Lois en Matière de Contrat de Travail International*, in *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 2016, 2, p. 309 ss.

OGRIESEG C., *Recesso libero e limite dell’ordine pubblico*. Nota Cass., 11 novembre 2002, n. 15822, in *MGL*, 2003, p. 357 ss.

ORLANDINI G., *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in *Lav. Dir.*, 2020, fasc. 2, p. 285 ss.

ORLANDINI G., *Il dumping salariale nell'Unione europea: nuovi scenari e vecchie problematiche*, in BORELLI S., GUAZZAROTTI A., *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the EU*, Jovene, 2019, p. 105 ss.

ORLANDINI G., *Libertà di stabilimento versus diritto al lavoro: ancora un bilanciamento "sbilanciato" tra libertà economiche e diritti dei lavoratori*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2017, n. 153, 1, p. 203 ss.

ORLANDINI G., *Note sulla proposta di direttiva recante modifica della direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori*, 14 aprile 2016, reperibile al sito <http://www.europeanrights.eu/>

ORLANDINI G., *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013

ORLANDINI G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona", Int. n. 137/2012

ORLANDINI G., *The Monti II Proposal for the Regulation and the Right to Strike in Post-Lisbon Europe*, in *Eur. Jour. Soc. Law*, 2012, 4, p. 224 ss.

ORLANDINI G., *Rapporti di lavoro internazionali*, in *Enc. Trecc.*, 2004

ORLANDINI G., *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, p. 465 ss.

ORTIS S., *Frode alla legge e deroga alla vincolatività del certificato "E 101" nel distacco transnazionale di lavoratori*, in *Labor*, 2018, 3, p. 306 ss.

PALLINI M., *Gli appalti transnazionali: la disciplina italiana al vaglio di conformità con il diritto europeo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2017, III, pt. 1, p. 485 ss.

PALLINI M., *Dalla eterodirezione alla eterororganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, I, 65 ss.

PALLINI M., *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, 3, p. 525 ss.

PALLINI M., *La tutela dell'«ordine pubblico sociale» quale limite alla libertà di*

circolazione dei servizi nel mercato UE, in VIMERCATI A. (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, Bari, 2009, p. 197 ss.

PALLINI M., *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, p. 24 ss.;

PALLINI M., *La direttiva Bolkestein e il dumping sociale: tanto rumore per nulla?*, in GIACOBBE G. (a cura di), *Studi in memoria di Vittorio Sgroi*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 928 ss.

PALLINI M., *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri o presunti) di dumping sociale nell'Unione Europea*, in *Dir. Pub. Comp. Eur.*, 2007, p. 379 ss.

PALLINI M., *La direttiva Bolkestein non ha peccati ... se non l'ignoranza*, in *Biblioteca delle Libertà*, Centro Einaudi, 2007

PALLINI M., *Il caso Laval-Vaxholm. Il diritto comunitario del lavoro ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, 2, pt. II, p. 239 ss.

PALLINI M., *Posted workers: Italian Regulation and Dilemmas*, in *Mobility of Services and Posting of Workers in the Enlarged Europe*, Transfer, 2006, 2, p. 272 ss.

PANEBIANCO M., *La «Lex Laboris» per i lavoratori migranti e nelle imprese con attività internazionale*, in *Riv. St. Salern.*, 1971, p. 27 ss., consultabile al sito www.elea.unisa.it.

PARDINI A., *Contratto di lavoro tra italiani all'estero: ordine pubblico internazionale e facoltà di scelta della legge regolatrice*. Nota a Cass., 11 novembre 2000, n. 14662, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 2719 ss.

PATRU RADU S., *Discussions on new EU-wide regulations on the posting of workers. Special consideration for Directive (EU) 2018/957 amending Directive 96/71/EC on the posting of workers in the framework of the provision of services*, *Juridical Tribune*, 2019, vol. 9(1), p.157 ss.

PENNINGS F., *European Social Security Law*, Intersentia, 2015

PERONE G., SPADAFORA M.T., *Lavoro all'estero (Voce)*, in *Dig. Sez. Comm., Aggiornamento*, IV ed., UTET, Torino, 2009, p. 384 ss.

PERULLI A., *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in FIORILLO L., PERULLI A. (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, 2015, p. 279 ss.

- PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 1966
- PICONE P., *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in ID. (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 485 ss.
- PICONE P., *La riforma italiana di diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1998
- PIIR R., *Safeguarding The Posted Worker. A Private International Law Perspective*, in *ELLJ*, 2019, 10, p. 101 ss.
- PLAIA A. (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007
- PLENDER R., WILDERSPIN M., *The European Private International Law of Obligations*, Sweet & Maxwell, 2014
- POCAR F., VIARENGO I., VILLATA F.C., *Recasting Brussels I*, Padova, Cedam, 2012
- POCAR F., *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Laws Revolution?"*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2000, p. 873 ss.
- POCAR F., *Cooperazione giudiziaria internazionale (in materia civile) (voce)*, in *Enc. Trecc.*, IX, Roma, 1997
- POCAR F., *Protezione del lavoratore e legge applicabile ai rapporti di lavoro*, nota a Cass., 6 settembre 1980, n. 5156, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1982, II, p. 42 ss.
- POCAR F., *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in materia di rapporti di lavoro*, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1967, p. 734 ss.
- RAINONE S., CREMES J., *Posting of Workers in the Construction Sector*, Tilburg University, 2018
- RAMMELOO S., 'From Rome To Rome' – *Cross-Border Employment Contract. European Private International Law: Intertemporal Law and Foreign Overriding Mandatory Laws*, in *Maastricht Journ. Eur. Comp. Law*, 2017, Vol. 24, 2, p. 298 ss.
- RASNÂCA Z., *Reimbursement rules for posted workers: mapping national law in the EU28*, Etui Working Papers, 2019

RASNÂCA Z., *Identifying the (dis)placement of 'new' Member State social interests in the posting of workers: the case of Latvia*, in *European Constitutional Law Review*, 2018, p. 145 ss.

REMIEN O., *European Private International Law, the European Community, and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice*, in *CMLR*, 38, 2001, p. 53 ss.

ROCCA M., *Extending the Principle of Equal Treatment to Posting of Workers*, Study Prepared at the Request of the France Insoumise Delegation of the Gauche Unitaire Européenne/Gauche Verte Nordique of the European Parliament, 2020

ROCCA M., *Stepping Stones Over Troubled Waters. Recent Legal Evolutions and the Reform of the Posting of Workers Directive*, in LILLIE N., ARNHOLTZ, J. (eds.) *Posted Work in the European Union the Political Economy of Free Movement*, pp. 167 ss., Routledge, Abingdon, 2020

ROCCA M., *The Reform of the EU Directive on Posting of Workers. Fortune Smiles on the Juncker Presidency?*, in CASALE G., TREU T. (eds.), *Transformations of Work: Challenges for the National Systems of Labour Law and Social Security. XXII World Congress of the International Society for Labour Law and Social Security Law, Turin, 4-7 September 2018*, Giappichelli, 2018, p. 1171 ss.

ROOTS L., *Impact of the Article 50 of TEU on Migration of the EU Workers in Case of Brexit* in TROITIÑO D. R., KERIKMÄE T., CHOCHIAE A. (ed.), *Brexit*, Springer, 2018, p. 249 ss.

ROSSILLI B., *Il criterio del collegamento più stretto garantisce il favor praestatoris?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2020, II, p. 353 ss.

SACERDOTI G., FRIGO M., *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, Giuffrè, 1993

SACERDOTI G., *Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma*, in SACERDOTI G., FRIGO M., *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 2 ss.

SAGAN A., *The Classification as 'Worker' under EU Law*, in *ELLJ*, 2019, Vol. 10, Issue 4, p. 353 ss.

SALERNO F., *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Cedam, Padova, 2000

SALERNO F., *Note introduttive*, in SALERNO F., FRANZINA P. (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»)*. *Commentario*, in *NLCC*, 2009, 3-4, p. 524 ss.

SALVADORI M.M., *La protezione del contraente debole (consumatori e lavoratori) nella Convenzione di Roma*, in SACERDOTI G., FRIGO M., *La convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 121 ss.

SANGUINETI RAYMOND W., *Las cadenas mundiales de produccion y la construccion de un Derecho del Trabajo sin fronteras*, in ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Inmigración y Seguridad Social, 2019, p. 23 ss.

SANTAGATA DE CASTRO R., *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, in *Italian Labour Law E-Journal*, 2019, Issue 2, Vol. 12, p. 149 ss.

SANTORO PASSARELLI G., *Dal contratto d'opera al lavoro autonomo economicamente dipendente, attraverso il lavoro a progetto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, fasc. 4, I, p. 543 ss.

SAULLE M.R., *Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (voce)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 58 ss.

SCARPONI S., *Globalizzazione e diritto del lavoro: il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, Giuffrè, Milano, 2001.

SCIARRA S., *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in Working Papers CSDLE “Massimo D’Antona”, Int. n. 44/2006

SEATZU F., *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel Regolamento Roma I*, in BOSCHIERO N. (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 337 ss.

SYRPIS P., NOVITZ T., *The Eu Internal Market and Domestic Labour Law: Looking Beyond Autonomy*, in BOGG A., COSTELLO C., DAVIES A.C.L., PRASSL J. (ed.), *The Autonomy of Labour Law*, Oxford, Hart Publishing, p. 291 ss.

- SNELL J., *The Notion of Market Access: a Concept or a Slogan?*, in *CMLR*, 2010, 47, p. 437 ss.
- STORY J., *Commentaries on the Conflict of Laws*, 1834.
- STRBAN G., *Brexit and social security of mobile persons*, *ERA Forum*, 2017, 18, p. 165 ss.
- TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 195 ss.
- TINCANI C., *Il rapporto di lavoro del personale di volo e l'applicazione della disciplina irlandese*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2018, fasc. 1, p. 225 ss.
- TINCANI C., *La disciplina del rapporto di lavoro del personale di volo e il principio di specialità*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2017, fasc. 3, p. 755 ss.
- TIZZANO A., *I protocolli relativi all'interpretazione della convenzione di Roma sulla legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali*, in *FI*, 1990, IV, vol. 113, p. 538 ss.
- TOSI P., *L'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 6, p. 1130;
- TRAVERSA E., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 387 ss.
- TRAVERSA E., *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI, A. PIZZOFRERATO, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli, 2018, p. 169 ss.
- TREU T. ROCCELLA M., *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2019
- TREVES T., *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del giugno 1980*, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1983, p. 25 ss.
- TURSI A., *La disciplina del lavoro etero-organizzato: tra riqualificazione normativa del lavoro subordinato, tecnica rimediabile, e nuovo paradigma di protezione sociale* in CARINCI M.T., TURSI A., *Licenziamento, subordinazione e lavoro agile, tra diritto giurisprudenziale e diritto emergenziale*, Giappichelli, 2020, p. 65 ss.

TURSI A., *La giurisprudenza uni-europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro: discerni oportet*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2018, fasc. 3, p. 835 ss.

VAN HOEK A., *Re-embedding the Transnational Employment Relationship: A Tale about the Limitations of (EU) Law*, in *CMLR*, 2018, 55, p 449 ss.

VAN HOEK A.H., HOUWERZIJL M., *Where Do EU Mobile Workers Belong, According to Rome I and the PWD?*, in H. VERSCHUEREN (a cura di), *Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons: on How EU Law Defines where They Belong*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 215 ss.

VAN HOEK A., HOUWERZIJL M., *'Posting' and 'Posted Workers' – The Need for Clear Definitions of Two Key Concepts of The Posting of Workers Directive*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2011-2012, 2012, Vol. 14, p. 419 ss.

VAN HOEK A., HOUWERZIJL M. (a cura di) *Comparative Study on The Legal Aspects of the Posting of Workers in the Framework of the Provision of Services in the European Union*, VT/2009/0541, Report to the European Commission, 2011

VAN HOEK A.H., *Private International Law: An Appropriate Means to Regulate Transnational Employment in the European Union?*, in *ELR*, November 2014, No. 3, p. 157 ss.;

VAN OVERBEEKE F., *Posting Drivers in the EU Road Transport Sector*, ERA Forum, 2020

VASCELLO N., *Filiale di impresa italiana negli Stati Uniti ed eccedenza di personale: ordine pubblico ed applicazione della procedura italiana*. Nota a Cass., 22 febbraio 2013, n. 4545, in *Dir. Relaz. Ind.*, 2013, 3, p. 798 ss.

VASILE N., *Posting of Workers in the European Union: Between Limiting Policies and Stimulating Standards*, Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale, 2015, p. 744 ss.

VENTURI D., *La nozione di tariffe minime salariali nel distacco transnazionale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, p. 552 ss.

VENTURI P., *Art. 8. Contratti individuali di lavoro*, in SALERNO F., FRANZINA P. (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»)*. *Commentario*, in *NLCC*, 2009, 3-4, p. 771 ss.

VETTOR T., *Rapporto di lavoro all'estero, licenziamento e legge applicabile secondo la Convenzione di Roma*, nota a Pret. Milano, 5 gennaio 1995, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, p. 503 ss.

VIARENGO I., *La legge applicabile al lavoratore distaccato in un altro Stato Membro nell'ambito di una prestazione di servizi*, in NASCIMBENE B. (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 175 ss.

VIGNEAU C., *Social Dumping at the Core of National Labour Law Reforms*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2018, n. 160, 4, p. 871 ss.

VILLANI U., *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 1997

VIMERCATI A. (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci, Bari, 2009

VINCIERI M., *Libera circolazione dei lavoratori e nozione eurounitaria di subordinazione*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2020, fasc. 1, p. 195 ss.

VINKOVIĆ M., *Transformation of Employment Relations and Social Dumping in the European Union: The Struggle Between David and Goliath?* in SANDER G. G. et al. (eds.), *Transnational, European, and National Labour Relations, Europeanization and Globalization*, Springer, 2017, p. 5 ss.

VITTA E., *In tema di riforma del diritto internazionale privato*, in *FI*, Vol. 109, No. 1, parte V, 1986, p. 1 ss.

VITTA E., *Il principio dell'eguaglianza tra «lex fori» e diritto straniero*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1964, p. 1578 ss.

VISSER J., *Union membership statistics in 24 countries*, in *MoLR*, 2006.

VOICULESCU N., *Posting of Workers in the European Union: Affects and Effects at Political and Legal Level*, in *XVI Law Annals Titu Maiorescu*, 2017, p. 17 ss.

VON BOGDANDY A., *European Law Beyond "Ever Closer Union": Repositioning the concept, its thrust and the ECJ's Comparative Methodology*, in *Eur. Law. Journ.*, 2016, p. 519 ss.

VON HEIN, J. KUIPERS, *European Union and Private International Law*, in J. BASEDOW, G. RÜHL, F. FERRARI, P. DE MIGUEL ASENSIO (ed.), *Encyclopedia of Private International Law*, Elgar Publishing, 2017, p. 693 ss.

VON SAVIGNY F.C., *System des Heutigen Römischen Rechts*, Berlino, trad. V. SCIALOIA (trad. da), *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1886

WEILER J. H. H., *La costituzione dell'Europa*, Il Mulino, Bologna, 2003

ZAHN R. *Revision of The Posted Workers' Directive: A Europeanisation Perspective*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2017, 19, p. 187 ss.

ZICCARDI P., *Diritto internazionale (in generale) (voce)*, in *Enc. Dir.*, XII, 1964

ZILLER J., *Metodo comunitario e metodo intergovernativo a confronto, nell'intrecciamento fra diritto europeo e diritto nazionale*, in P. BILANCIA (a cura di), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione europea e Mercosur*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 187 ss.

ZOPPOLI A., *Il declino dell'inderogabilità?*, in *DLM*, 2013, p. 53 ss.

Documenti

EUROPEAN COMMISSION, *Practical Guide on Posting*. European Commission, Brussels, 2019

EUROPEAN COMMISSION, *Report on the application and implementation of Directive 2014/67/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) 1024/2012 on administrative co-operation through the Internal Market Information System ('the IMI Regulation')*

EUROPEAN COMMISSION, *Posting of Workers. Report on AI Portable Documents*, 2016

COMMISSIONE EUROPEA, *Guida Pratica. Competenza giurisdizionale e legge applicabile nelle controversie internazionali tra lavoratore e datore di lavoro*, reperibile al sito <http://e-justice.europa.eu>

CORTE DI GIUSTIZIA UE, *Relazione annuale attività giudiziaria anno 2019*, Lussemburgo, 2020, reperibile al sito www.curia.europa.eu

PUBLICATIONS OFFICE OF THE EUROPEAN UNION, *Exploring Self-Employment in the European Union, Luxembourg*, 2017, reperibile al sito <https://ec.europa.eu/eurostat/web/microdata/europeanunion-labour-force-survey>.

EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION, *Guide for Mobile European Workers*, 2017

EUROPEAN TRADE UNION CONFEDERATION, *A Revision of the Posting Workers Directive: Eight proposals for improvement*, 31 maggio 2020

EUROPEAN TRADE UNION INSTITUTE, *Viking, Laval, Rüffert: Consequences and Policy Perspectives*, Brussels, 2010

MINISTERO DEL LAVORO, 9 aprile 2015, circolare n. 14/2015

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, 30 dicembre 2015, circolare n. 3685/C

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

Relazione dei signori P. Jenard e G. Möller sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, fatta a Lugano il 16 settembre 1988, in G.U.C.E. n. C 59, 5 marzo 1979

Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del prof. Mario Giuliano, docente all'Università di Milano, e del prof. Paul Lagarde, docente all'Università di Parigi I, in G.U.C.E. n. C 282, 31 ottobre 1980

Proposta di regolamento n. C 49-26, 18 marzo 1972, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1972, p. 925 ss.

Giurisprudenza

C. Cost., 6 febbraio 2003, n. 41

C. Cost., 7 febbraio 2000, n. 46

Cass., 21 settembre 2019, n. 30416

Cass. S.U., 4 febbraio 2016, n. 2200

Cass., 22 febbraio 2013, n. 4545

Cass., 16 luglio 2007, n. 15781

Cass., 25 novembre 2010, n. 23933

Cass., 11 novembre 2002, n. 15822

Cass., 9 marzo 1998, n. 2622, in *FI*, 1999, I, p. 983 ss.

Cass., 27 marzo 1996, n. 2756, in *FI*, 1996, I, p. 2427 ss.;

Cass., 9 settembre 1993, n. 9435, in *Giust. Civ.*, 1994, V, pt. I, p. 1315 ss., con nota di C. BONCI, *Appunti sull'applicabilità della legge straniera ai rapporti di lavoro e il favor verso il lavoratore*;

Cass., S.U., 18 ottobre 1993, n. 10293, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1994, p. 617 ss.

Cass. 22 febbraio 1992, n. 2205;

Cass., 22 febbraio 1992, n. 2193, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1992, p. 150 ss.

Cass., 25 febbraio 1988, n. 2029, in *Riv. Giur. Lav.*, 1988, II, p. 282 ss.

Cass., 15 febbraio 1988, n. 1622, in *FI*, Repertorio (*Dir. Int. Priv- Lavoro-Rapporto di*);

Cass., 1 agosto 1986, n. 4933;

Cass., 22 marzo 1986, n. 2042;

Cass., 7 marzo 1986, n. 1530, in *FI*, Repertorio (*Dir. Int. Priv- Lavoro-Rapporto di*);

Cass., 26 febbraio 1986, n. 1226, in *FI*, 1986, I, p. 1560

Cass., 25 maggio 1985, n. 3209 in *FI*, Repertorio (*Dir. Int. Priv- Lavoro-Rapporto di*);

Cass., 9 novembre 1981, n. 5924, in *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1982, p. 619 ss.

Cass., 6 settembre 1980, n. 5156, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1982, II, p. 42 ss., con nota di F. POCAR, *Protezione del lavoratore e legge applicabile ai rapporti di lavoro*

Cass., 19 maggio 1980, n. 3277;

Cass., 17 maggio 1980, n. 3253;

Cass., 22 gennaio 1979, n. 491;

Trib. Napoli, 3 novembre 2004

Pret. Roma, 28 giugno 1990, in *DPL*, 1990, p. 2287 ss.

Trib. Milano, 26 maggio 1989, conferma Pret. Milano 12 agosto 1987, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, I, p. 33 ss., con nota di W. BURRAGATO, *Sul contratto di lavoro tra italiani all'estero*.

Pret. Roma, 6 aprile 1998, in *FI*, 1999, p. 53 ss.;

Pret. Roma, 8 gennaio 1998, e ord. Pret. Roma, 20 aprile 1998, entrambe in *Giur. Lav. Lazio*, 1998, fasc. 1

Pret. Milano, 5 gennaio 1995, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1996, II, con nota di T. VETTOR, *Rapporto di lavoro all'estero, licenziamento e legge applicabile secondo la Convenzione di Roma*, p. 503 ss.;

Pret. Roma, ord. 11 agosto 1988, in *FI*, 1989, I, col. 787;

Tribunal Superior de Justicia Madrid, 13 febbraio 2006

Cour de Cassation, 28 ottobre 1997, n. 94-42340

C. giust., 14 maggio 2020, C-17/19, *Bouygues travaux publics*

C. giust., 19 dicembre 2019, C-16/18, *Dobersberger*

C. giust., 14 novembre 2018, C-18/17, *Danieli*

C. giust., 6 febbraio 2018, C-359/16, *Altun*

C. giust., 14 settembre 2017, cause riunite C-168/16 e C-169/19 *Nogueira e Moreno Osacar*

C. giust., 27 aprile 2017, C-620/15, *Rosa Flussschiff*,

C. giust., 18 ottobre 2016, C-135/15, *Nikiforidis*

C. giust., 17 novembre 2015, C-115/14 *RegioPost*

C. giust., 15 settembre 2015, C-67/14, *Alimanovic*

C. giust., 10 settembre 2015, *Holterman Ferho*

C. giust., 9 luglio 2015, C-229/14, *Balkaya*

C. giust., 12 febbraio 2015, C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto*

C. giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*

C. giust., 11 novembre 2014, C-333/13, *Dano*

C. giust., 18 settembre 2014, C-549/13 *Bundesdruckerei*

C. giust., 10 settembre 2014, C-270/13, *Harlambidis*

C. giust., 7 novembre 2013, C- 522/12 *Isbir*

C. giust., 19 settembre 2013, C-140/12, *Brey*

C. giust., 12 settembre 2013, C-64/12, *Schlecker*

C. giust., 19 luglio 2012, C- 154/11, *Mahamdia*

C. giust., 15 marzo 2011, causa C-29/10, *Koelzsch*

C. giust., 15 dicembre 2011, causa C-384/10, *Voogsgeerd*

C. giust., 6 ottobre 2009, causa C-133/08, *ICF*

C. giust., 4 giugno 2009, C-22/08 e 23/08, *Vatsouras e Koupatantzer*

C. giust., 11 settembre 2008, C-228/07, *Petersen*

C. giust., 3 aprile 2008, C- 346/06, *Rüffert*

C. giust., 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*

C. giust., 15 giugno 2006, C-255/04, *Commissione c. Repubblica francese*

C. giust., 16 maggio 2006, C- 372/04, *Watts*

C. giust. 2 maggio 2006, C-341/04, *Eurofood*

C. giust., 12 maggio 2005, causa C-112/03, *Société Financière et Industrielle du Peloux*

C. giust., 14 aprile 2005, c- 341/2002, *Commissione c. Germania*

C. giust., 17 marzo 2005, C-109/04, *Kranemann*

C. giust., 20 gennaio 2005, causa C-27/02, *Engler*

C. giust., 20 gennaio 2005, causa C-464/01, *Gruber*

C. giust., 7 settembre 2004, C-456/02, *Trojani*,

C. giust., 23 marzo 2004, C-138/02, *Brian Francis Collins*

C. giust., 11 novembre 2003, C- 215/01, *Shnitzer*

C. giust., 10 aprile 2003, C-437/00, *Pugliese*

C. giust., 13 febbraio 2003 C-131/01 *Commissione c. Repubblica italiana*

C. giust., 19 novembre 2002, C-188/00, *Kurz*

C. giust., 6 novembre 2002, C-413/01, *Ninni-Orasche*

C. giust., 11 luglio 2002, causa C-96/00, *Gabriel*

C. giust., 27 febbraio 2002, C-37/00, *Weber*

C. giust., 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/89 50/98 52-54/98 68-71/98, *Finalarte*

C. giust., 4 ottobre 2001, C- 450/00, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*

C. giust., 15 marzo 2001, C-165/98 *Mazzoleni*

C. giust., 9 novembre 2000, C-381/98, *Ingmar*

C. giust., 13 aprile 2000, causa C-176/96, *Lethonen*

C. giust., 23 novembre 1999, causa C-368/96 e C-376/99 *Arblade e Leloup*

C. giust., 8 giugno 1999, C- 377/97, *C.P.M. Meeusen*

C. giust., 12 maggio 1998, C-85/96, *Martinez Sala*

C. giust., 9 gennaio 1997, C-383/95, *Rutten*

C. giust., 12 dicembre 1996, C-3/95, *Reisebüro Brode*

C. giust., 27 giugno 1996, C-107/94, *P. H. Asscher*

C. giust., 28 febbraio 1996, C-272/94, *Guiot*

C. giust., 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*

C. giust., 15 dicembre 1995, C-415/93, *Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL*

C. giust., 30 novembre 1995 C-55/94, *Gebhard*

C. giust., 10 maggio 1995, C-384/93 *Alpine Investments BV*

C. giust., 9 agosto 1994, C-43/93, *Vander Elst*

C. giust., 13 luglio 1993, C-125/92, *Mulox*

C. giust., 31 marzo 1993, C-19/92, *Kraus*

C. giust., 26 febbraio 1992, C-357/89, *Raulin*

C. giust., 26 febbraio 1992, C-3/90, *Bernini*

C. giust., 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger*

C. giust., 26 febbraio 1991, C- 180/89, *Commissione c. Italia* e C-198/89, *Commissione c. Grecia*

C. giust., 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*

C. giust., 14 dicembre 1989, C- 3/87, *Regina*

- C. giust., 27 settembre 1989, causa C-9/88, *Lopez Vega*
- C. giust., 31 maggio 1989, C- 344/87 *Bettray*
- C. giust., 21 giugno 1988, C-197/86, *Brown*
- C. giust., 3 luglio 1986, causa C-66/85, *Lawie-Blum*
- C. giust., 3 giugno 1986, C-139/85, *Kempf*
- C. giust., 5 maggio 1982, C-15/81, *Gaston Schul Douane-expediteur BV*
- C. giust., 23 marzo 1982, causa C-53/81, *Levin*
- C. giust., 3 febbraio 1982, C-82/81 e C-63/81, *Seco e Desquenne & Giral*
- C. giust., 17 dicembre 1981, C-279/80, *Webb*.
- C. giust., 13 novembre 1979, C- 25/79, *Sanicentral GmbH*
- C. giust., 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe Zentrale AG*
- C. giust., 11 luglio 1974, C-8/74 *Dassonville*
- C. giust., 19 marzo 1974, causa C-75/63, *Unger in Hoekstra*