

La nuova disciplina del distacco transnazionale dei lavoratori tra diritto europeo e nazionale.

The new rules of posting of workers between European and national Law.

Massimo Pallini

Prof. ordinario di Diritto del Lavoro della Università degli studi di Milano

ABSTRACT

L'articolo analizza le innovazioni apportate dalla direttiva 2018/957 alla disciplina del distacco transnazionale di lavoratori tra Stati membri dell'UE, nonché le modalità con cui il legislatore italiano le ha recepite con il d.lgs. n. 122/2020. Si rileva la problematicità nel dare un'efficace attuazione alla direttiva nell'ordinamento italiano, che non conosce né un salario minimo legale né un contratto collettivo di categoria con efficacia generalizzata. Si segnala che in ogni caso neppure gli Stati membri che godono di questi strumenti regolativi sono messi dalla nuova direttiva al riparo dei pericoli di dumping sociale, perché il terreno in cui si gioca questa concorrenza va estendendosi ai regimi di previdenza sociale e al lavoro autonomo, che si collocano entrambi al di fuori dell'ambito di applicazione della direttiva 96/71 anche così come ora emendata. Allo stesso modo ancora molti progressi debbono farsi per realizzare un efficace sistema europeo di cooperazione nel controllo e nell'applicazione di sanzioni dissuasive nei confronti delle aziende che si avvalgono abusivamente del distacco transnazionale dei lavoratori.

Parole chiave: distacco, lavoratore, libera circolazione, concorrenza, dumping sociale.

The paper analyzes how the directive 2018/957 has reformed the regulation of posting of workers among EU Member States and how the Italian legislator has implemented this reform. The great difficulty in implementing effectively the new directive in the Italian legal order is underlined, because this order have neither a minimum wage stated by law nor collective agreements of general efficacy. It is argued that anyway Member States enjoy these legal devices are exposed to social dumping risks too, because the ground where this competition is played is going to be extended to social security regimes and to self-employment, which are both matters outside the field of applying the directive 96/71 even as now emended. Furthermore many other steps beyond have to be done to build a well-functioning European system for investigating and sanctioning severely firms enjoy abusively posting of

workers.

Keywords: *posting, worker, free movement, competition, social dumping.*

SOMMARIO

1. Gli obiettivi della riforma della disciplina del distacco trans-nazionale. - 2. La nuova soglia temporale all'applicazione del diritto del Paese di origine. - 3. Il principio di parità retributiva. - 4. I nuovi abusi del distacco. - 5. Il distacco trans-nazionale dei lavoratori interinali. - 6. Tutela della disciplina nazionale dello sciopero e della contrattazione collettiva. - 7. La disciplina del monitoraggio e delle sanzioni.

1. *Gli obiettivi della riforma della disciplina del distacco trans-nazionale.*

La numerosità di pronunce della Corte di Giustizia e la successione di interventi del legislatore europeo a ristretto intervallo temporale testimoniano che il distacco transnazionale dei lavoratori in seno al mercato unico sia ancor oggi uno dei temi più sensibili della convivenza degli Stati Membri dell'Unione europea.

La Commissione UE si ostina, almeno nei suoi atti ufficiali, a minimizzare la rilevanza del problema appellandosi ai dati che si evincono dai modelli A1, secondo cui sarebbe interessato da questo fenomeno appena lo 0,8% della forza lavoro del mercato unico¹. Molte ricerche, però, confermano che questi dati sono inaffidabili e peccano certamente per difetto perché spesso i datori di lavoro non osservano questo adempimento, soprattutto per le missioni che non si prolungano per più di qualche mese². Ma ciò che è più rilevante, e forse non rappresentabile e misurabile con alcun dato, è la pressione che la disciplina del distacco transnazionale esercita incessantemente sui Paesi membri con più alto costo del lavoro e con un diritto del lavoro più protettivo verso una progressiva compressione dei loro *standards* di tutela sociale. Questa disciplina infatti li espone alla minaccia, attuale o potenziale, di una possibile emigrazione delle imprese stabilite nel loro territorio³. Quest'ultime sono sistemicamente allettate

¹ Cfr. J. PACOLET, F. DE WISPELAERE, *Posting of workers: report on A1 portable documents issued in 2016*, European Commission, Brussels, 2018.

² Cfr. Z. RASNAČA, M. BERNACIAK (eds.), *Posting of workers before national courts*, Brussels, 2020, 14; S. WIXFORTH, *Material concerns about posting of workers*, in <https://www.socialeurope.eu/>, 2020, 2.

³ Cfr. N. MUSSCHE, V. CORLUIY, I. MARX, *The rise of the free movements: how posting*

dall'ipotesi di delocalizzare in toto o in parte la loro produzione in altri Stati membri che offrono condizioni regolative di maggior favore, per poi continuare dal territorio di questi a prestare i loro servizi ai consumatori/clienti dei primi distaccandovi i propri lavoratori. Tale soluzione organizzativa non solo è pienamente legittima, ma oserei dire quasi "connaturata" al mercato unico europeo, che si fonda sin dalla sua origine sui pilastri della libertà di circolazione e di stabilimento delle imprese⁴.

Sin dal famigerato "*Laval quartet*"⁵ è emersa con evidenza l'inadeguatezza - nel contesto socio-economico dell'Unione allargata ai Paesi post-comunisti dell'est⁶ - del compromesso faticosamente raggiunto nell'Europa a 15 con la direttiva 96/71⁷. Nelle intenzioni, almeno degli Stati membri di più datata adesione dotati del diritto del lavoro più protettivo, questa direttiva avrebbe dovuto segnare il punto di "minimo" bilanciamento delle libertà economiche garantite dal Trattato di Roma con le tutele accordate ai lavoratori dagli ordinamenti nazionali. La giurisprudenza della Corte di giustizia, dopo qualche iniziale tentennamento⁸, ha invece sposato la lettura della direttiva che ne hanno dato i Paesi, come Gran Bretagna e Olanda, che hanno più strenuamente sostenuto l'integrazione dei mercati nazionali quale obiettivo principe dell'Unione. La Corte è così giunta a ravvisare negli istituti del rapporto di lavoro specificamente indicati dall'art. 3.1. della direttiva⁹ non già il nucleo "minimo" del diritto del lavoro

shapes a hybrid Single European Labour Market, in *IZA Discussion Paper no. 10365*, Institute of Labor Economics, Bonn, 2016, 6.

⁴ Cfr. N. COUNTOURIS, S. ENGBLOM, *Civilising the European Posted Workers Directive*, in *Viking, Laval and Beyond*, Oxford, 2014, 287.

⁵ Ci si riferisce alle note decisioni CGUE C-341/05, *Laval un Partneri Ltd*, in *Giust. Cost.*, 2008, 1, 498; C-346/06 *Rüffert*, in *Racc.*, 2008, I, 1989; C 319/06, *Commissione c. Lussemburgo*, in *Racc.*, 2008, I, 4323.

⁶ J. KVIST, *Does EU enlargement start a race to the bottom? Strategic interaction among EU member states in social policy*, in *Journal of European Social Policy*, 2004, 301.

⁷ M. BIAGI, *La fortuna ha arreso alla Presidenza italiana dell'Unione europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *Dir. rel. ind.*, 1996, 3.

⁸ Cfr. CGCE, cause riunite C-369/96 e C-376/96 *Arblade*, punto 36; C-165/98 *Mazzoleni*, punto 27; C-49/98 *Finalarte*, punto 33; C-164/99 *Portugaia Construções*, punto 20; C 60/03 *Wolff*, punto 43; causa C-341/02 *Commissione/Germania*, punto 24.

⁹ In questo elenco il testo originario dell'art. 3 della direttiva ricomprendeva: «a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) durata minima delle ferie annuali retribuite; c) tariffe minime salariali comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria; d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori in particolare la cessione temporanea di

del Paese ospitante che le imprese distaccanti devono inderogabilmente osservare, ma quello “massimo”¹⁰, estensibile eccezionalmente solo per motivi di ordine pubblico. La stessa Corte ha elaborato una nozione di ordine pubblico così restrittiva da coincidere di fatto quella di ordine pubblico “internazionale”¹¹; non a caso sino ad oggi non vi è stata una sola pronuncia in cui i giudici di Lussemburgo abbiano ritenuto che uno Stato membro si sia legittimamente avvalso di tale facoltà di estensione¹².

La Commissione Barroso ha dapprima cercato, un po' ipocritamente, di governare il problema derubricandolo ad una questione di difetto di monitoraggio e di *enforcement* della direttiva 96/71. Così dopo un lungo lavoro di istruttoria e di negoziazione tra i Paesi membri è stata sottoposta al Consiglio e al Parlamento una proposta, trasfusa poi nella direttiva 2014/67, che si è sostanzialmente rivelata, per un verso, una sorta di mero ausilio interpretativo della direttiva 96/71 alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia che si è

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».

¹⁰ Cfr. S. DEAKIN, *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: In Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy"*» in N. BRUUN, K. LÖRCHER, I. SCHÖMANN (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford, 2012, 28; F. HENDRICKX, *A Post-Laval Case: Esa and Minimum Wages for Posted Workers*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2011, 101; C. KILPATRICK, *Laval's Regulatory Conundrum: collective standard - setting and the Court's new approach to posted workers*, in *ELR*, 2009, 851.

¹¹ V, in q. senso C. BARNARD, *The UK and Posted Workers: The Effect of Commission v Luxembourg on the Territorial Application of British Labour Law*, in *Int. Lab. Journal*, 2009, 129. Nella sentenza *Commissione c. Lussemburgo*, cit., la Corte richiama per qualificare le disposizioni di ordine pubblico che possono legittimare una tale estensione a norma dell'art. 3.10, la dichiarazione n. 10 adottata nei verbali del Consiglio UE. Questa dichiarazione prevede che “con il termine ‘disposizioni di ordine pubblico’ devono intendersi comprese le disposizioni vincolanti cui non si può derogare e che, per la loro natura ed il loro obiettivo, rispondono alle esigenze imperative dell'interesse pubblico. Dette disposizioni possono comprendere, in particolare, il divieto del lavoro forzato o il coinvolgimento di autorità pubbliche nella sorveglianza del rispetto della legislazione concernente le condizioni di lavoro” (punto 32).

¹² Cfr. C. CORDELLA, *L'ordine pubblico nel distacco transnazionale dei lavoratori*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2019, 281 ss.; IDEM, *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*, Padova, 2019, 13 ss.; H. VERSCHUEREN, *The European Internal Market and the Competition between Workers*, in *Eur. Lab. Law Journal*, 2015, 2, 147.

stratificata in quasi un ventennio e, per altro verso, un libro dei sogni di una fattiva cooperazione tra le amministrazioni e i corpi ispettivi dei Paesi distaccanti e quelli dei Paesi ospitanti, che rispondono evidentemente ad interessi politico-economici confliggenti¹³.

Un crescente scontento per questo approdo è stato manifestato con veemenza dall'ETUI e dalle organizzazioni sindacali dei Paesi maggiormente esposti all'erosione del diritto del lavoro nazionale per opera della direttiva 96/71. Ciò ha indotto *in extremis* la successiva Commissione Juncker a tornare ad occuparsi della questione con ben altro piglio, giungendo piuttosto celermente all'approvazione della nuova direttiva 2018/957. Quest'ultima, a differenza della direttiva del 2014, ha il merito di non nascondere la testa sotto la sabbia, indentificando correttamente il vero nodo nella determinazione del punto di bilanciamento dettato dalla direttiva 96/71¹⁴. Si legge infatti nel considerando n. 4: "A più di vent'anni dalla sua adozione, si è reso necessario valutare se la direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio consegua ancora il giusto equilibrio tra la necessità di 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".

¹³ Cfr. 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 ISLSSL World Congress*, Torino, 2018, 1171; J. CREMERS, *Economic freedoms and labour standards in the European Union*, in *Transfer*, 2016, 2, 150; A. ALLAMPRESE, G. ORLANDINI, *La Direttiva n. 2014/67 del 15 maggio 2014 di attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori. Un primo commento*, in <http://old.cgil.it/Archivio/Giuridico%5CCommento%20Direttiva%202014-67%20sul%20distacco%20transnazionale%20dei%20lavoratori.pdf>; N. BRUUN, A. BÜCKER, F. DORSEMONT, *Balancing Fundamental Social Rights and Economic Freedoms: Can the Monti II Initiative Solve the EU Dilemma?*, in *Int. Journal Comp. Lab. Law Ind. Rel.*, 2012, 3, 279; K. EWING, *The Draft Monti II Regulation: An Inadequate Response to Viking and Laval*, in <http://www.ier.org.uk/sites/ier.org.uk/files/The%20Draft%20Monti%2011%20Regulation%20by%20Keith%20Ewing%20March%202012.pdf>; M. ROCCA, *The Proposal for a (so-called) 'Monti II' Regulation on the Exercise of the Right to Take Collective Action within the Context of the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services*, in *Eur. Lab. Law Journal*, 2012, 20.

¹⁴ Cfr. S. GIUBBONI, *Il diritto sociale europeo alla ricerca dell'autonomia perduta: opportunità e rischi*, in *Politiche sociali*, 2019, 3; 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 *Europäische Rechtsakademie (ERA) Forum*, 2019; F. LAAGLAND, *Member States' Sovereignty in the Socio-Economic Field: Fact or Fiction? The Clash between the European Business Freedoms and the National level of Workers' Protection*, in *Eur. Lab. Law Journal*, 2018, 9, 53.

Con inusitata tempestività il legislatore italiano ha recepito questa nuova direttiva con il d.lgs. 15 settembre 2020, n. 122. A ben vedere tale diligenza appare più motivata dall'intento di sottrarsi al pericolo dell'applicazione dell'ennesima sanzione per infrazione degli obblighi eurounitari, considerato che il termine ultimo per l'attuazione della direttiva era già giunto a scadenza il 30 luglio, piuttosto che dalla volontà di voler seriamente metter mano alla disciplina nazionale della materia per renderla non solo perfettamente compatibile con il diritto europeo, ma anche più efficace. Questo decreto legislativo, infatti, interviene a modifica del d.lgs. n. 136 del 17 luglio 2016, con il quale si era data attuazione alla direttiva 2014/67, lasciandone irrisolti pressoché tutti i problemi di dubbia conformità al diritto europeo. Occorre subito dire, a discolpa del legislatore, che per sciogliere questi nodi si sarebbe dovuto intervenire su deficienze storiche della regolazione italiana del sistema di relazioni industriali: dall'efficacia soggettiva dei contratti collettivi, ai rapporti gerarchici tra questi, ai criteri di selezione degli attori sociali legittimati alla stipula. Compito indubbiamente troppo ambizioso per un Governo che non poggiava su una salda e coesa coalizione politica in tempi di pandemia.

2. La nuova soglia temporale all'applicazione del diritto del Paese di origine.

La direttiva 2018/957 lascia invariato l'ambito di applicazione - sia oggettivo sia soggettivo - della direttiva 96/71, che è definito da un duplice requisito di temporaneità: a) la "temporaneità" del servizio prestato nel territorio di uno Stato membro ospitante da un'impresa stabilita in un diverso Stato membro, c.d. di origine o *home State*; b) la "temporaneità" del distacco presso lo Stato ospitante dei dipendenti della stessa impresa che abitualmente lavorano nello Stato di stabilimento di questa.

La nozione di "temporaneità" del servizio è da sempre una delle note dolenti del disposto della direttiva 96/71. Il testo della direttiva non offre alcuna espressa e puntuale qualificazione di tale requisito, né questa è dettata da altri fonti del diritto europeo, neppure dal Regolamento n. 593/2008, in cui è stata ora trasposta la Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

E' solo dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che si possono evincere i caratteri del requisito di temporaneità del servizio. Tuttavia la nozione enucleata dai giudici di Lussemburgo è quantomai ampia perché vi ricomprende ogni servizio che abbia strutturalmente (e quindi con certezza) una conclusione, anche qualora sia indeterminato il "quando": ad es. la costruzione di un ponte,

di un tratto autostradale, di una scuola, od ancora la creazione di una banca dati informatica etc¹⁵. E' invece indifferente la durata temporale per cui la prestazione di questo servizio si protragga; fosse anche per anni ciò non inficia la sua "temporaneità", perché – come ha più volte chiarito la Corte di giustizia – "temporaneo" non è affatto sinonimo di "breve"¹⁶. La Corte ha reso ancor più complesso l'individuazione in pratica delle ipotesi di temporanea prestazione di servizi affermando che né la continua reiterazione dei medesimi servizi (i casi più comuni sono quelli degli appalti edili o dei servizi di trasporto), né l'apertura di una sede di rappresentanza nel Paese ospitante, sono circostanze idonee di per sé a far venir meno la "temporaneità" del servizio¹⁷.

E' evidente come legare la legittimità del distacco dei lavoratori, e dunque l'applicazione della direttiva 96/71, ad una nozione di temporaneità così difficilmente afferrabile e verificabile abbia prestato (e presti) il fianco ad abusi, tanto illegittimi quanto diffusi. Si è giunti così al paradosso che la maggior parte dei lavoratori addetti alle attività di macellazione delle carni in Germania, che sembrerebbe esser il servizio più "permanente" che si possa immaginare, sono lavoratori dipendenti di imprese subfornitrici stabilite (almeno formalmente) in Paesi confinanti a basso costo del lavoro, ma distaccati (abusivamente) in Germania applicando loro il diritto del lavoro tedesco solo per gli istituti enumerati all'art. 3.1 della direttiva 96/71¹⁸. Alcuni recenti casi giudiziari hanno disvelato come anche l'Italia non sia affatto immune da questo fenomeno, e non solo per i servizi transfrontalieri¹⁹; probabilmente da noi sta emergendo con ritardo e in modo meno massivo rispetto al Nord Europa per la minor efficienza dei nostri organi ispettivi.

Come anticipato, per rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva

¹⁵ Cfr. CGCE, C-215/01, *Schnitzer*, in *Racc.* I-14847; CGCE, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e a.*, *Racc.* I- 8453, par. 20.

¹⁶ R. GIESEN, *Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms?*, in *Com Mar. Law Rev.*, 2003, 146; M. HOURWERZIJL, *Posting of workers: background, content and implementation of directive 96/71/EC*, in *Construction Labour Research News*, 2005, 32; M. PALLINI, *La tutela dell' "ordine pubblico sociale" quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009, 205.

¹⁷ CGCE. C-55/94, *Gebhard*, in *Racc.* I-41659.

¹⁸ Cfr. S. EROL, T. SCHULTEN, *Renewing labour relations in the German meat industry*, *Institute of Economic and Social Research (WSI)*, report n. 61, 2021.

¹⁹ V. Cass. pen. sez. II, 19 febbraio 2020, n. 9758, in *Cass. Pen.*, 2020, 2468, con nota di R. CAPPITELLI; Cass. sez. lav., 21 febbraio 2020, n. 4625, inedita.

96/71 la “temporaneità” del servizio deve essere necessariamente associata alla “temporaneità” del distacco del lavoratore in un Paese ospitante diverso da quello in cui questi “abituale” presta la sua attività di lavoro e che in genere coincide con il Paese di stabilimento dell’impresa datrice. Mentre la giurisprudenza della Corte di giustizia si è misurata più volte con la definizione del “luogo abituale” dove o a partire dal quale si presta l’attività di lavoro²⁰, nozione rilevante anche a norma dell’art. 8 del Regolamento 593/2008 per individuare la legge nazionale applicabile al rapporto di lavoro; i Giudici di Lussemburgo non si sono invece mai pronunciati con riguardo agli elementi distintivi della “temporaneità” del distacco, che non paiono poter essere meccanicamente dedotti *a contrario* dalla giurisprudenza volta a identificare la sede “abituale” di lavoro.

Un sostegno interpretativo al riguardo viene offerto dall’art. 4.3 della direttiva 2014/67 laddove si precisano gli elementi da tenere in considerazione per verificare se il lavoratore possa essere ritenuto legittimamente distaccato in un diverso Paese ospitante e non ivi impiegato stabilmente, valorizzando quelli (data del distacco, durata temporale, ritorno o certa prevedibilità del ritorno nello Stato da cui è distaccato) che connotano l’attività di lavoro da svolgere nel Paese ospitante come temporanea e, di contro, come abituale quella svolta nel Paese in cui è stabilita l’impresa. Sebbene la stessa norma non sia esplicita in tal senso, valutando insieme questi indici di genuinità del distacco, sembrerebbe richiedere che il lavoratore non debba soltanto essere assunto nel Paese indicato quale sede di lavoro nel suo contratto, ma anche aver effettivamente lavorato in quel Paese per un “ragionevole” lasso di tempo prima di esser distaccato altrove. Si è così voluto cercare di metter un freno al fenomeno che è dilagato a Londra negli anni a cavallo del 2010, in cui sono stati sistematicamente assunti alle dipendenze di società polacche e rumene, subappaltatrici di lavori edili per i giochi olimpici, lavoratori di queste nazionalità per essere distaccati sin dal giorno successivo all’assunzione presso il Regno Unito, dove spesso già risiedevano autonomamente. Questo fenomeno non è certo stato influente nell’orientare il voto degli edili britannici in massa a favore della Brexit²¹. L’indicazione di elementi presuntivi di genuinità/abuso del distacco operata dall’art. 4.3 della direttiva 2014/67 è quindi quantomai opportuna. Rimangono tuttavia ancora delle zone d’ombra: non è esplicitamente e puntualmente chiarito se e per quanto tempo il lavoratore deve aver lavorato nel Paese

²⁰ Cfr. CGUE, 14 settembre 2017, cause riunite C-168/16 e C-169/16, *Ryanair*.

²¹ E. ALABRESE, S. O. BECKER, T. FETZER, D. NOVY, *Who voted for Brexit? Individual and regional data combined*, in *European Journal of Political Economy*, 2019, 140 ss.

di assunzione per acquisire la “legittimazione” ad esser distaccato altrove; sono del tutto indeterminati gli elementi dai quali si possa non presumere *ex ante* che quel lavoratore ritornerà a prestare la sua attività in modo abituale nel Paese in cui è stato assunto.

La direttiva 2018/957 è ora intervenuta direttamente solo su questo secondo requisito di “temporaneità”, quello che deve connotare il distacco del lavoratore, lasciando invece immutati i caratteri di quello che attiene al servizio prestato dall’impresa presso il Paese ospitante.

La nuova direttiva appone un termine temporale massimo entro il quale il lavoratore distaccato permane nell’ambito di applicazione della disciplina della direttiva 96/17 ed oltre il quale, di contro, trova integrale applicazione il diritto del lavoro del Paese ospitante, ove più favorevole di quello del Paese di origine. Viene a tal fine aggiunto l’art. 1 bis alla direttiva del 1996 prevedendo che, qualora la durata di un distacco superi i dodici mesi, l’impresa distaccante debba assicurare l’applicazione ai lavoratori distaccati delle medesime condizioni di lavoro e di occupazione stabilite dalla legge e dai contratti collettivi di applicazione generale nello Stato ospitante. Anche se con due eccezioni, di cui la prima non certo irrilevante, che rimangono invece disciplinate dal diritto del lavoro del Paese di origine dell’impresa distaccante: a) “procedure, formalità e condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto di lavoro, comprese le clausole di non concorrenza”; b) “regimi pensionistici integrativi di categoria”.

Il Paese ospitante è tenuto ad estendere il termine di dodici mesi sino a diciotto, laddove riceva una notifica “motivata” da parte dell’impresa distaccante. La direttiva si astiene dall’indicare quali siano i motivi che possano legittimare quest’estensione del termine; occorre pertanto ritenere che gli stessi debbano essere determinati dalle leggi nazionali di recepimento della direttiva, seppur sempre in termini compatibili con gli obiettivi di bilanciamento tra libertà economiche e tutela del principio di parità di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori residenti nello Stato ospitante. Ahinoi la legge italiana di recepimento ha invece lasciato totalmente indefiniti i motivi che possono legittimare la richiesta di detta estensione.

Il legislatore europeo è quindi ricorso anche per determinare le condizioni di lavoro applicabili al lavoratore distaccato alla medesima tecnica già utilizzata nei Regolamenti n. 883/2004 e n. 987/2009 per determinare il regime previdenziale cui lo stesso lavoratore è soggetto²².

²² V. al riguardo M. FUCHS, *Posting. The Legal Panorama of European Labour And Social Security Law*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 3; C. BARNARD, *More posting*, in *Ind. Law*

Vi è però una differenza sostanziale: questi Regolamenti consentono - in ogni caso - la permanenza del lavoratore nel regime previdenziale del suo Stato di residenza sino al ventiquattresimo mese, in cui presta la sua attività di lavoro presso un diverso Stato membro dove è stato inviato dalla propria impresa; superato questo termine il lavoratore deve essere integralmente assoggettato al regime previdenziale, in particolare per gli oneri contributivi, dello Stato ospitante.

Al contrario la direttiva 96/71, come risultante dalle integrazioni apportate dalla direttiva del 2018, consente di continuare ad applicare al lavoratore distaccato il diritto del lavoro dello Stato di origine (salvo chiaramente per gli istituti previsti dall'art. 3.1) soltanto qualora questi venga impiegato per prestare un servizio che possa definirsi "temporaneo" nei termini sopra illustrati²³. Qualora invece il lavoratore venga impiegato - anche per un periodo temporaneo - in un servizio che l'impresa datrice svolge stabilmente nel Paese ospitante, ad esempio per dirigere una catena di supermercati, deve essergli integralmente applicato sin dall'inizio del distacco il diritto del lavoro di quest'ultimo per tutti gli istituti per cui risulti più favorevole rispetto a quello del Paese di origine.

Non rilevare tale nodale differenza tra la disciplina che governa la legge applicabile al regime previdenziale e quella applicabile al rapporto contrattuale rischia di produrre un effetto paradossale per cui la direttiva 2018/957 finirebbe per ampliare, e non già per restringere, come negli intenti dei promotori, l'ambito di applicazione del diritto del lavoro dello Stato di origine a tutti i lavoratori che varchino i confini di un diverso Stato indipendentemente dal tipo di servizio (temporaneo o permanente) che siano inviati a svolgere a condizione che la loro missione non abbia una durata superiore al termine dei dodici o diciotto mesi dettato dalla stessa direttiva. L'accreditare una tale (errata) lettura della nuova direttiva esporrebbe al pericolo di un esponenziale aumento dei casi di *law shopping* giacché, secondo i dati pubblicati dalla Commissione, oltre l'80% delle missioni di lavoratori in un altro Stato membro hanno una durata inferiore ai dodici mesi.

La direttiva mira ad impedire che sia possibile eludere l'applicazione del diritto del lavoro del Paese ospitante facendo ruotare diversi lavoratori per lo svolgimento della medesima attività con distacchi di durata sempre inferiore ai dodici mesi. Dispone a tal fine che il ragguaglio di tale termine deve essere

Journal, 2014, 194.

²³ Coglie questo aspetto nodale. R. SANTAGATA DE CASTRO, *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2019, 12, 161.

calcolato sommando la durata dei diversi periodi di distacco dei singoli lavoratori che hanno espletato le «stesse mansioni nello stesso luogo». La direttiva rinvia però anche per la determinazione dei criteri di determinazione delle mansioni rispondenti a questi caratteri ai legislatori nazionali, limitandosi a prevedere che quest’ultimi devono tenere in considerazione la natura del servizio da prestare, il lavoro da effettuare e l’indirizzo del luogo di lavoro (art. 3.1 bis). Anche in questo caso il d.lgs. n. 122/2020 si è limitato a replicare testualmente la disposizione della direttiva.

3. Il principio di parità retributiva.

La direttiva 2018/957 interviene su un altro punto altamente sensibile della direttiva 96/71, che è stato in genere additato come una delle cause principali del *social dumping* tra gli Stati membri dell’Unione europea, e cioè la puntuale determinazione del trattamento retributivo minimo da applicarsi ai lavoratori distaccati.

Il testo originario dell’art. 3.1 della direttiva 96/71 enumerava le “*tariffe minime salariali*” tra le materie per cui il lavoratore distaccato è soggetto alla disciplina applicabile nel Paese ospitante. La Corte di giustizia ha interpretato tanto restrittivamente quanto rigorosamente questa materia declinandola in termini sostanzialmente coincidenti con la nozione anglosassone di “*minimum wage*”²⁴, che è sensibilmente distante da quella più ampia di “retribuzione minima” comunemente praticata nei Paesi di tradizione romanistica. In conformità alla prima nozione le imprese distaccanti sono obbligate a garantire ai lavoratori distaccati soltanto un trattamento retributivo non inferiore a quello minimo orario praticato nel Paese ospitante per qualsiasi tipologia di attività, professionalità, settore di impiego e lavoro²⁵.

La Corte ha originariamente professato la sua convinta e ferma adesione a questa lettura “minimalistica”; più di recente la Corte ha però iniziato a fare delle timide concessioni, riconoscendo che anche trattamenti retributivi differenziati per inquadramenti professionali fossero rispondenti alla nozione di “tariffe minime salariali”²⁶, nonché tutti quegli importi che sono erogati dal datore di lavoro per compensare l’attività lavorativa senza alterare – come si esprime

²⁴ Cfr. CGUE, *Laval*, cit., par. 70; *Commissione c. Germania*, cit., par. 19; *Rüffert*, cit.

²⁵ Cfr. D. VENTURI, *La nozione di tariffe minime salariali nel distacco transnazionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 555; N. REICH, *Free movement v. Social Rights in an Enlarged Union – The Laval and Viking Cases before the ECJ*, in *German Law Journal*, 2008, 362.

²⁶ Cfr. CGUE, C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry*, cit.

la Corte –“il rapporto tra la prestazione del lavoratore, da un lato, ed il corrispettivo percepito, dall’altro”²⁷, seppur continuando ad escludere radicalmente che i rimborsi delle spese di trasporto e di pernottamento effettivamente sostenute dal lavoratore distaccato possano esser ricompresi nel computo della sua retribuzione per verificarne l’equivalenza con quella che gli spetterebbe secondo il diritto del Paese ospitante²⁸.

La direttiva 2018/957 ha significativamente sostituito l’espressione “*tariffe minime salariali*” con quella più ampia di “*retribuzione*”, rimettendo di fatto la determinazione del trattamento retributivo da applicare al lavoratore alla legge nazionale del Paese ospitante. Si precisa al riguardo che nel “concetto di retribuzione” devono ora intendersi ricompresi “tutti gli elementi costitutivi della retribuzione resi obbligatori da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali, da contratti collettivi o da arbitrati che sono stati dichiarati di applicazione generale nello Stato membro in questione o altrimenti applicabili a norma del paragrafo 8”.

In conformità con le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia la nuova direttiva ha incluso tra le materie che sono governate sin dall’inizio del distacco dalla legge del Paese ospitante anche le “condizioni di alloggio dei lavoratori qualora questo sia fornito dal datore di lavoro ai lavoratori lontani dal loro abituale luogo di lavoro” e le “indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori lontani da casa per motivi professionali”. Quest’ultime debbono però trovare applicazione esclusivamente se si tratta di spese di viaggio, vitto e alloggio sostenute dai lavoratori distaccati qualora debbano recarsi al loro abituale luogo di lavoro nello Stato membro nel cui territorio sono distaccati e fare da esso ritorno, ovvero qualora siano inviati temporaneamente dal loro datore di lavoro da tale abituale luogo di lavoro verso un altro luogo di lavoro.

Tale estensione degli elementi retributivi per cui l’impresa distaccante deve assicurare la parità di trattamento dei lavoratori distaccati con quelli che risiedono nel Paese ospitante non ha chiuso tutti gli spazi interstiziali attraverso i quali può ancora residualmente praticarsi un ribasso della retribuzione corrisposta ai primi rispetto ai secondi.

In primo luogo rimane sul tappeto il problema cruciale dei Paesi membri che

²⁷ V. già in q. senso CGUE, *Commissione c. Germania*, punto 39; 7 novembre 2013, C-522/12, *Isbir*, punto 40.

²⁸ Cfr. C. PESCE, *Lavoratori distaccati e nozione di tariffe minime salariali a giudizio della Corte UE*, in <http://www.dpce.it>, 10; S. BUOSO, *La portata della nozione di «tariffe minime salariali» tra direttiva europea sul distacco di lavoratori e disciplina nazionale applicabile*, in *Foro Amm. - T.A.R.*, 2015, 902.

non hanno una retribuzione minima prevista per legge né hanno meccanismi di estensione *erga omnes* dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi, come ad esempio Italia e Svezia²⁹. L'art. 3.1 della direttiva 96/71 prevede infatti che le imprese distaccanti siano obbligate ad applicare ai lavoratori distaccati "retribuzioni" non inferiori a quelle praticate nello Stato ospitante soltanto a condizione che siano 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". Il legislatore tedesco non ha fatto mistero, ed anzi lo ha scritto a chiare lettere nelle premesse della legge istitutiva della retribuzione oraria minima legale, che tale storica innovazione normativa aveva proprio lo scopo di introdurre nell'ordinamento nazionale un parametro chiaro e vincolante di determinazione del trattamento retributivo che debbono rispettare inderogabilmente anche le imprese che distaccano i loro dipendenti nel territorio tedesco³⁰.

Né può ritenersi che in mancanza di un sistema per l'attribuzione o il riconoscimento di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi possa correre in soccorso la previsione dell'art. 3.8 laddove dispone che in tal caso gli Stati membri possono far riferimento alle previsioni "... 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". L'ordinamento nazionale deve pur sempre assicurare la parità di trattamento tra imprese nazionali ed imprese straniere distaccanti; pertanto, se non sussiste un obbligo di osservare le previsioni dei contratti collettivi per le prime, tale obbligo non può certo essere dettato solo per le seconde³¹.

E' invece questa la strada che beatamente il legislatore italiano, incurante di

²⁹ Cfr. S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 907; R. SANTAGATA DE CASTRO, *EU Law on Posting of Workers and the Attempt to Revitalize Equal Treatment*, in *Italian Labour Law e-Journal*, 2019, 12, 165.

³⁰ La legge federale dell'11 agosto 2014 (*Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns*), ha introdotto la retribuzione minima oraria (pari a € 8,84 dal 1° gennaio 2017) inderogabile *in pejus* in tutti i settori e in tutti i Länder; v. al riguardo R. ZIMMER, *Labour Market Politics through Jurisprudence: The Influence of the Judgements of the European Court of Justice (Viking, Laval, Rüffert, Luxembourg) on Labour Market Policies*, in *German Policy Studies*, 2011, 7, 1, 226; T. SCHULTEN, *Renaissance of Pay Clauses in German Public Procurement and the Future of the ILO Convention 94 in Europe*, in *Global Labour Column*, 2012, 91.

³¹ Cfr. R. SANTAGATA DE CASTRO, *op.cit.*, 156.

tutti gli allarmi che sono stati sollevati dalla dottrina in questi anni, si ostina a percorrere in continuità con quanto era stato previsto con il d.lgs. n. 136/2016. Il d.lgs. n. 122/2020 di recepimento della direttiva del 2018 prescrive che, sia prima dello scadere del dodicesimo mese per le sole materie elencate all'art. 3.1 della direttiva 96/71, sia dopo lo scadere di detto termine anche per tutte le altre materie, le imprese che distaccano lavoratori in Italia sono obbligate ad applicare loro trattamenti non inferiori a quelli previsti dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Dimenticando improvvidamente che nel nostro ordinamento, rimasto inattuato l'art. 39 Cost.³², i contratti collettivi non hanno efficacia *erga omnes*, né il legislatore ordinario ha possibilità di attribuirgliela se non in casi di assoluta eccezionalità³³. Questo quadro non è certo magicamente mutato in virtù del rinvio dell'art. 1 del d.lgs. n. 122/2020 all'art. 51 d.lgs. n. 81/2015³⁴; tale norma seleziona i contratti collettivi legittimati a dare attuazione ai rinvii operati dalla legge alla contrattazione collettiva, ma non attribuisce certo ai prodotti di questa un'efficacia generalizzata quando gli stessi contratti collettivi non assolvono alla funzione "normativa" di strumenti attuativi del disposto della legge³⁵. Pertanto, considerato che le materie di cui all'art. 3.1 della direttiva 96/71 si pongono tutte al di fuori di questo meccanismo di rinvio dalla legge alla contrattazione collettiva, le imprese nazionali non sono certo obbligate ad aderire e a dar applicazione alle disposizioni dettate da contratti collettivi di qualsiasi livello ai quali non abbiano volontariamente aderito. Ne consegue che - in virtù del principio di parità di trattamento - neppure nessuna impresa distaccante stabilita in un diverso Paese membro può essere per legge obbligata a dare applicazione alle previsioni in materia dettate da contratti collettivi di qualsivoglia livello, salvo che non vi abbia spontaneamente aderito.

³² Cfr. G. ORLANDINI, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in *Lav. dir.*, 2020, 2, 285 ss.

³³ Cfr. F. BORGOGELLI, *Frammentazioni organizzative e pubbliche amministrazioni: interesse generale e tutela dei lavoratori nelle società a controllo pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 392; G. ORLANDINI, voce *Clausole sociali (dir. lav. interno)*, in <http://www.treccani.it/enciclopedia/clausole-sociali-dir-lav-interno>, 2015, 2.

³⁴ L'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 fa riferimento ai "contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria".

³⁵ Cfr. M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 670 ss.; M. PERSIANI, *Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 1, 6 ss.

E' pur vero che la nostra giurisprudenza attribuisce di fatto un'efficacia generalizzata alla disciplina del trattamento retributivo minimo prevista dal contratto collettivo sottoscritto dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative di ciascun settore merceologico, elevando a parametro fattuale di sufficienza e proporzionalità della retribuzione a norma dell'art. 36 Cost. Appare quantomeno dubbio, però, che un tale sistema per individuare la retribuzione che anche le imprese straniere devono applicare quando distaccano dei lavoratori in Italia risponda ai requisiti di certezza e di agevole identificabilità già prescritti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia³⁶ e dalla direttiva 2014/67 (cfr. art. 5) e ora ulteriormente ribaditi dalla direttiva 2018/957, quale condizione, se non per imporne l'obbligatorietà anche per le imprese distaccanti, quantomeno per sanzionarle³⁷. La giurisprudenza, infatti, prevede che tale efficacia obbligatoria *ultra partes* del contratto collettivo più rappresentativo del settore operi soltanto con riguardo alla retribuzione base e non anche agli emolumenti e alle maggiorazioni che non trovano la loro fonte istitutiva nella legge, ma solo nella volontà negoziale delle parti. Così che non è agevole discernere quali siano i trattamenti retributivi effettivamente obbligatori. Un orientamento giurisprudenziale ammette persino la compatibilità con l'art. 36 Cost. di scostamenti dai trattamenti minimi previsti dal contratto collettivo nazionale di categoria se disposti da contratti aziendali o territoriali e giustificati dalle speciali condizioni socio-economiche del territorio³⁸. Ma soprattutto è

³⁶ Cfr. CGCE, C-369/96 e 376/96, *Arblade*, in *Racc.* I-8453, par. 43.

³⁷ Il 4, 5, e 6 capoverso dell'art. 3 del par. 1 ora aggiunti alla direttiva 96/71 recitano: *“Fatto salvo l'articolo 5 della direttiva 2014/67/UE, gli Stati membri pubblicano le informazioni sulle condizioni di lavoro e di occupazione, in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali, senza indebito ritardo e in maniera trasparente, sull'unico sito web ufficiale nazionale di cui allo stesso articolo, compresi gli elementi costitutivi della retribuzione di cui al terzo comma del presente paragrafo e tutte le condizioni di lavoro e di occupazione a norma del paragrafo 1 bis del presente articolo. Gli Stati membri garantiscono che le informazioni fornite sull'unico sito web ufficiale nazionale siano esatte e aggiornate. La Commissione pubblica sul suo sito web gli indirizzi dei siti web ufficiali nazionali unici. Qualora, contrariamente all'articolo 5 della direttiva 2014/67/UE, le informazioni pubblicate sull'unico sito web ufficiale nazionale non indichino quali condizioni di lavoro e di occupazione debbano essere applicate, tale circostanza è presa in considerazione, in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali, nel determinare le sanzioni in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate ai sensi della presente direttiva, nella misura necessaria a garantirne la proporzionalità».*

³⁸ V. Cass. 31 gennaio 2012, n. 1415, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 102; Cass. 26 luglio 2001, n. 10260, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 299; Cass. 15 novembre 2001, n. 14211, in *Arg. dir. lav.*, 2003, I, 379; in materia di appalti pubblici v. Cons. St. 4789/2015; Cons. St. 3329/2015; Cons. St. 4109/2016; Cons. St. 501/2017; Cons. St. 975/2017.

assai complesso e incerto individuare il contratto collettivo di riferimento perché numerosi e concorrenti contratti collettivi insistono in toto o in parte sul medesimo settore merceologico indicandolo quale proprio ambito di applicazione. La “categoria” contrattuale, d'altronde, non costituisce un dato oggettivo, ma esprime semplicemente i confini entro cui la volontà delle parti negoziali ambisce a che venga data applicazione alle previsioni di quel contratto collettivo³⁹. Così che in seno ad un medesimo settore merceologico si possono rinvenire decine di contratti di categoria che eleggono detto settore a loro ambito di applicazione; il fenomeno è ormai fuori controllo con un continuo proliferare di contratti collettivi di categoria che si contendono la palma della maggiore rappresentatività⁴⁰. In questo caos come si può colpevolizzare e, quindi, sanzionare un'impresa straniera che denunci di non esser stata in grado di rinvenire il contratto collettivo in rapporto al quale avrebbe dovuto adeguare la retribuzione dei propri dipendenti distaccati nel nostro Paese. Per evitare questi tipi di problemi la nuova direttiva, come già quella del 2014, richiede che ogni Stato membro appronti un sito web dove le aziende straniere possano agevolmente e con certezza reperire i dati della retribuzione da applicare ai lavoratori distaccati per ogni settore di attività. Incredibilmente il sito italiano, anche dopo l'adozione del d.lgs. n. 122/2020, continua a limitarsi a rinviare alle previsioni dei contratti collettivi di categoria, senza selezionarne nessuno per settore né tantomeno indicare gli elementi retributivi e gli importi da corrispondere ai lavoratori distaccati⁴¹.

³⁹ Cfr. U. ROMAGNOLI, *Il contratto collettivo d'impresa*, Milano, 1963, 42; M. RUSCIANO, *Il contratto collettivo*, in *Trattato di diritto privato, Impresa e lavoro*, Torino, 2004, 41.

⁴⁰ Cfr. G. PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Padova, 2014, 655; P. ICHINO, *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 719.

⁴¹ La direzione generale “*Employment, Social Affairs and Inclusion*” della Commissione europea ha approntato un sito web in cui sono consultabili per ogni Paese membro le condizioni di lavoro dettate dalla legge nazionale e dai contratti collettivi che debbono essere osservate dalle imprese straniere. La scheda italiana redatta da nostro Ministero del lavoro indica che le imprese straniere debbono rispettare ai sensi dell'art. 36 Cost. i minimi retributivi dettati dai contratti collettivi comparativamente maggiormente rappresentativi, ma per selezionarli per settore pone un *link* al sito dell'archivio del CNEL dei contratti collettivi nazionali. Questo archivio informatico, come noto, è redatto esclusivamente in italiano e non indica certo quale deve ritenersi il ccnl da ritenersi il parametro di riferimento ex art. 36 Cost. per ogni settore.

4. I nuovi abusi del distacco.

Anche i Paesi membri che hanno preso efficaci misure per fronteggiare questi problemi nell'individuazione della "retribuzione" che le imprese distaccanti devono osservare, come appunto la Germania con l'introduzione della retribuzione minima oraria prevista per legge, non possono comunque dirsi al sicuro rispetto ai pericoli di *social dumping*.

Come detto, la nuova direttiva si è astenuta dall'intervenire a delimitare o quantomeno a definire più precisamente il requisito della "temporaneità" del servizio; per reazione il terreno di concorrenza tra i regimi giuridici dei Paesi ospitanti e di quelli di origine delle imprese distaccanti sta progressivamente spostando il suo baricentro dalla disciplina del lavoro subordinato a quella del lavoro autonomo⁴².

Né la direttiva 96/71, né ora la direttiva 2018/957 trovano applicazione alle condizioni di lavoro dei lavoratori autonomi. Quest'ultimi, quando accedono al territorio di un Paese membro diverso da quello di stabilimento per prestare un servizio "temporaneo", sia di loro iniziativa sia se inviati da un committente, hanno diritto - in virtù del "principio di mutuo riconoscimento" - di esplicitare la loro attività alle condizioni, anche relative al compenso minimo, previste dal proprio Paese di origine. Questo principio è stato in origine partorito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁴³, ma è ora positivizzato nell'art. 16 della direttiva 2006/123 (c.d. direttiva servizi)⁴⁴. Teoricamente è pur sempre possibile per lo Stato ospitante imporre l'applicazione del proprio diritto nazionale ai sensi dello stesso art. 16 della direttiva 2006/123, ma quest'estensione ai lavoratori autonomi/prestatori di servizi provenienti da altri Paesi membri deve essere giustificata da "... ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di

⁴² Cfr. I. WAGNER, *Workers without borders: posted work and precarity in the EU*, Ithaca, NY, 2018, 31 ss.

⁴³ Il *leading case* dell'applicazione del principio di mutuo riconoscimento alla libera circolazione dei servizi è comunemente ritenuto CGCE, C-76/90, *Säger*, in *Racc.*, I-4221.

⁴⁴ L'art. 16 della direttiva 2006/123 prevede che "*Lo Stato membro in cui il servizio viene prestato assicura il libero accesso a un'attività di servizi e il libero esercizio della medesima sul proprio territorio. Gli Stati membri non possono subordinare l'accesso a un'attività di servizi o l'esercizio della medesima sul proprio territorio a requisiti che non rispettino i seguenti principi: a) non discriminazione: i requisiti non possono essere direttamente o indirettamente discriminatori sulla base della nazionalità o, nel caso di persone giuridiche, della sede, b) necessità: i requisiti devono essere giustificati da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente, c) proporzionalità: i requisiti sono tali da garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito e non vanno al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo*".

sanità pubblica o di tutela dell'ambiente", ed ho già sottolineato quanto sia ristretta e rigorosa l'accezione di ragioni di "ordine pubblico" fatta propria dai Giudici di Lussemburgo.

Poiché, come noto, non è affatto agevole la distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, e ciò comporta estrema incertezza nel discernere in concreto se un lavoratore proveniente da un diverso Stato membro sia soggetto o meno alla direttiva 96/71, di qui l'incrementarsi di abusi in cui l'impresa committente qualifica fittiziamente il rapporto del lavoratore distaccato come di lavoro autonomo, il c.d. *bogus self employment*.

Non vi è una nozione euro-unitaria di lavoratore subordinato⁴⁵ e, di contro, di lavoratore autonomo; ciascun Stato membro ha la propria, spesso con tratti profondamente diversi da quella degli altri Stati.

Non senza una qualche forzatura rispetto al disposto dell'art. 56 TFUE, il considerando 10 della direttiva 2014/67 precisa che "ai sensi della direttiva 96/71/CE, la definizione pertinente di lavoratore è quella applicata nel diritto dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato". Questo agevola di molto gli Stati ospitanti nella lotta agli abusi del distacco, ma anche in seno agli ordinamenti nazionali la distinzione tra lavoro subordinato e autonomo è egualmente operazione dagli esiti spesso incerti con riguardo ai casi concreti, soprattutto quando ci si addentra in quell'area grigia del lavoro autonomo prestatato in seno o in coordinamento con l'organizzazione dell'impresa committente. Si pensi, ad esempio, ai contrastanti orientamenti giurisprudenziali che si registrano in tutti gli Stati membri circa la qualificazione giuridica dei *platform workers*⁴⁶.

L'altro terreno su cui continua prevalentemente a giocarsi la concorrenza tra ordinamenti sul costo del lavoro è il *social security dumping*⁴⁷.

Come illustrato, a norma della direttiva 96/71 il lavoratore distaccante è soggetto soltanto alla disciplina della retribuzione del paese ospitante, mentre a norma del Regolamento 883/2004 continua ad esser iscritto e a contribuire al

⁴⁵ Cfr. S. GIUBBONI, *La nozione europea di subordinazione*, in S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino, 2010, 37 ss.; S. BORRELLI, *La nozione di "lavoratore" e l'efficacia dell'art. 39 del Trattato CE*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 225 ss.; L. NOGLER, *The concept of "subordination" in European and comparative law*, Trento, 2009, 12 ss.

⁴⁶ V. per tutti S. RISO, *Automation, digitisation and platforms: Implications for work and employment*, EuroFound Report, 2019, 5 ss.

⁴⁷ Cfr. S. WIXFORTH, *op. cit.*, 3; L. BERNTSEN, N. LILLIE, *Breaking the law? Varieties of social dumping in a pan-European labour market*, in M. BERNACIAK (ed.), *Market expansion and social dumping in Europe*, London, 2015, 46.

regime previdenziale del Paese di origine quantomeno sino al ventiquattresimo mese del distacco⁴⁸. La direttiva 2018/957 chiarisce esplicitamente, infatti, che il regime previdenziale del lavoratore distaccato continua ad esser governato soltanto dal Regolamento 883, che non viene derogato per nessun aspetto (v. considerando n. 14). Pertanto non solo sino al dodicesimo mese di distacco nel Paese ospitante, ma anche superato questo termine, quando il lavoratore distaccato diviene integralmente soggetto al diritto del lavoro di detto Paese, egli continua a vedersi applicato il regime previdenziale (e contributivo) del Paese di origine fintanto che non decorre il più lungo lasso temporale di ventiquattro mesi segnato dallo stesso Regolamento quale soglia di accesso obbligatorio al regime previdenziale del Paese ospitante. Poiché il differenziale del costo contributivo tra i Paesi membri è molto significativo (si compari ad esempio quello svedese con quello lettone) e, come già segnalato, la gran parte dei distacchi risulta avere una durata complessiva inferiore ai dodici mesi, è evidente come ci siano ampi margini per le imprese per competere comprimendo il costo del lavoro facendo leva proprio sugli oneri contributivi.

A volte il *social security dumping* viene operato godendo della complicità, persino sfacciata, dei Paesi di origine. Ad esempio secondo la legge slovena al lavoratore distaccato in un altro Paese membro trova applicazione durante il periodo di distacco una contribuzione calcolata convenzionalmente sul 60 % della retribuzione media nazionale, in luogo che su quella effettivamente percepita⁴⁹. Non si comprende come la Commissione europea non sia ancora intervenuta per esigere l'abrogazione di tale norma nazionale, considerato che una pratica di questo tipo non può che essere qualificata come un aiuto di Stato radicalmente vietato dall'art. 107 TFUE.

Viene da chiedersi quanto ancora a lungo gli Stati dell'Unione possano stare insieme in un mercato unico senza implodere, se non si mette mano - presto e in modo serio - a queste storture che rischiano di minare irrimediabilmente lo spirito di solidarietà tra i popoli europei, soprattutto alle soglie di un prossimo futuro in cui la "mobilità" del lavoro reso per via digitale sarà massima. E' di tutta evidenza, purtroppo, come la proposta di direttiva sulla retribuzione

⁴⁸ Cfr. G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, 2013, 72; F. SGROI, *Il distacco dei lavoratori nel quadro del regolamento CEE n. 1408/71 e del regolamento CEE n. 883/04*, in R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Milano, 2011, 199; A. ALLAMPRESE, *Distacco dei lavoratori stranieri nel quadro di una prestazione transnazionale di servizi: profili previdenziali*, in *Previdenza ed Assistenza pubblica e privata*, 2007, I, 1.

⁴⁹ Cfr. S. WIXFORTH, *op. cit.*, 3.

minima europea attualmente in discussione⁵⁰, ove venisse approvata, non sarebbe in grado di incidere efficacemente su queste dinamiche negative di concorrenza inter-ordinamentale. Detta proposta, infatti, rimette ai legislatori nazionali la determinazione della retribuzione sufficiente da osservarsi nel territorio di ciascun Stato membro; d'altronde non potrebbe essere altrimenti se non si superano le severe limitazioni alla competenza regolativa dell'Unione dettate dall'art. 153.5 TFUE.

5. Il distacco trans-nazionale dei lavoratori interinali.

La direttiva 2018/957 sgombra il campo da un altro problema di sistema assai spinoso: chiarisce che la disciplina del distacco non deroga in alcun modo al principio di parità di trattamento tra lavoratori impiegati tramite agenzie interinali e lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore dettato dalla direttiva 2008/104. Anche qualora il lavoratore interinale venga distaccato presso un utilizzatore ubicato in un Paese membro diverso da quello di stabilimento dell'agenzia, egli, sin dal primo giorno del distacco e non dal dodicesimo mese, gode della piena parità di trattamento con i lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore per tutte le materie, e non solo per quelle enumerate dall'art. 3.1.

Anche in questo caso il legislatore europeo ha voluto togliere ogni appiglio normativo a una strumentale interpretazione della direttiva 96/71 che, valorizzando l'espressione letterale utilizzata alla lett. d) dell'art. 3.1⁵¹, giungeva a ritenere che le disposizioni dello Stato ospitante che trovassero applicazione sin dall'inizio del distacco ai lavoratori interinali fossero soltanto quelle "causali", che legittimano il ricorso a questo istituto in conformità al diritto nazionale, e non anche ai trattamenti da applicarsi al rapporto contrattuale di lavoro degli stessi lavoratori, cui troverebbe invece applicazione il diritto del lavoro dello Stato ospitante soltanto per le materie di cui all'art. 3.1., rimanendo per le altre applicabile il diritto del Paese di stabilimento dell'agenzia interinale. Per questa via si è cercato di legittimare la possibilità delle imprese utilizzatrici di avvalersi di lavoratori al costo retributivo praticato nel Paese dell'agenzia distaccante. Una tale deroga esercitata dalla direttiva 96/71 al principio di parità di

⁵⁰ *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea*, COM (2020) 682 final, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/-TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0682&from=EN>; v. al riguardo T. MÜLLER, T. SCHULTEN, *The European minimum wage on the doorstep*, ETUI Research Paper - Policy Brief 1/2020, in <https://ssrn.com/abstract=3532424>.

⁵¹ "d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo".

trattamento dettato dalla direttiva 2004/108 non aveva in realtà alcun fondamento sistematico già prima delle integrazioni apportate dalla direttiva del 2018; l'intervento del legislatore europeo ha comunque il merito di aver fatto definitivamente chiarezza visto che una pronuncia della Corte di giustizia al riguardo tardava ad arrivare.

Il nuovo comma aggiunto alla lett. c) dell'art. 3.1 della direttiva 96/71 inoltre precisa che – di principio - nell'ipotesi di triangolazione, in cui un'agenzia interinale stabilita in un Paese membro presta un lavoratore ad un'impresa stabilita in un diverso Paese membro e quest'ultima invia in missione lo stesso lavoratore presso un terzo Paese membro, detto lavoratore deve ritenersi distaccato presso quest'ultimo Paese. Questo lavoratore godrà della parità di trattamento con i dipendenti dell'impresa utilizzatrice per tutti gli istituti del rapporto di lavoro, mentre godrà, se più favorevole, della disciplina del diritto del lavoro del Paese in cui è effettivamente inviato a prestare la sua attività di lavoro solo per gli istituti di cui all'art. 3.1 per i primi dodici mesi e successivamente per tutti gli istituti. Chiaramente è sempre possibile denunciare che il lavoro interinale nel Paese membro di assegnazione abbia svolto la propria attività sotto la direzione non già dell'impresa formalmente utilizzatrice, ma di altra azienda; in tal caso in virtù del disposto della direttiva 2008/104 il lavoratore ha il diritto ai medesimi trattamenti, se più favorevoli, applicati ai dipendenti della impresa realmente utilizzatrice.

Sul punto il nuovo par. 1 ter dell'art. 3 della direttiva 96/71 utilizza una formula che può dar adito a degli equivoci⁵² laddove sembrerebbe garantire di per sé ai lavoratori utilizzati l'integrale applicazione del diritto del lavoro dello Stato presso il quale sono inviati a prestare il loro lavoro. L'art. 5 della direttiva 2008/104 è invece chiaro nel garantire la parità di trattamento soltanto con i lavoratori alle dirette dipendenze dell'utilizzatrice, che possono anche non essere presenti o anch'essi soltanto distaccati in quello Stato ospitante. Tuttavia la nuova direttiva ora consente agli Stati membri di conseguire quell'effetto, se lo ritengono opportuno, prevedendo con la legge nazionale di recepimento che in caso di tali triangolazioni i lavoratori interinali distaccati siano sin dall'inizio della loro missione soggetti integralmente al diritto del lavoro del Paese dove questi prestano la loro attività di lavoro, anche se l'impresa utilizzatrice è stabilita in un diverso Stato di origine. Il par. 9 dell'art. 3 della direttiva 96/71 è stato

⁵² “Gli Stati membri dispongono che le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 3, lettera c), garantiscano ai lavoratori distaccati le condizioni di lavoro e di occupazione che si applicano a norma dell'articolo 5 della direttiva 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale forniti da tali agenzie stabilite nello Stato membro in cui il lavoro è svolto”.

a tal fine modificato nel senso che gli Stati membri possono prevedere che i lavoratori interinali distaccati nel loro territorio godano "... oltre alle condizioni di lavoro e di occupazione di cui al paragrafo 1 ter del presente articolo, altre condizioni di LAVORO e di occupazione che sono applicabili ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale nello Stato membro in cui il lavoro è svolto". Anche su questo punto su cui la direttiva ha lasciato ai legislatori nazionali un importante spazio di protagonismo, il d.lgs. n. 122 è totalmente silente, limitandosi a riprodurre pedissequamente la previsione della direttiva.

6. Tutela della disciplina nazionale dello sciopero e della contrattazione collettiva.

Il nuovo art. 1 bis della direttiva 96/71, aggiunto dalla direttiva del 2018, affronta coraggiosamente anche l'annoso problema dei limiti entro cui le organizzazioni sindacali possono tutelare gli interessi dei lavoratori perseguendo accordi collettivi con la parte datoriale e ricorrendo anche ad azioni di sciopero quale strumento di pressione sulla controparte anche a costo di comprimere le libertà dell'impresa garantite dal TFUE. Questo è l'oggetto di tutta la saga giurisprudenziale della Corte di giustizia che parte dal "Laval quartet" ed è giunta sino al caso *Iraklis*⁵³, rimanendo fedele all'orientamento che attribuisce prevalenza alle libertà economiche nel bilanciamento con i diritti di contrattazione collettiva e di sciopero.

Sinora non paiono aver significativamente spostato i Giudici di Lussemburgo dalle loro convinzioni le innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona che in realtà parrebbero (ingenuamente) assai rilevanti: l'attribuzione del medesimo valore delle altre previsioni dei Trattati alla Carta di Nizza, che riconosce il rango di diritti fondamentali dell'Unione europea sia al diritto di contrattazione collettiva sia a quello di sciopero (art. 28); ed inoltre l'introduzione nel TFEU dell'art. 9 (c.d. clausola passerella), che dispone che nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana⁵⁴.

⁵³ CGUE, 21 dicembre 2016, C-201/15, *AGET Iraklis*.

⁵⁴ Cfr. B. CARUSO, A. ALAIMO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in *C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, Int - n. 82/2010; D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, 509; S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato, vol. V, Trattato di diritto*

La previsione inserita nel testo della direttiva 96/71 afferma a chiare lettere che la disciplina del distacco non deve pregiudicare 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" e "il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi, o di intraprendere azioni collettive in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali".

E' pur vero che la proposta del Parlamento europeo di indicare quale base giuridica della direttiva anche l'art. 153 TFUE è stata respinta e dunque, almeno formalmente, il bene tutelato dalla direttiva rimane soltanto la libera circolazione dei servizi⁵⁵. Tuttavia è significativo che a differenza della medesima salvaguardia di questi diritti sociali che si ritrova all'art. 1.7 della direttiva 2006/123⁵⁶, in queste previsioni della direttiva 2018/957 non sia precisato che gli stessi diritti possano essere esercitati in conformità alle discipline nazionali a condizione che "... rispettano il diritto comunitario". L'assenza di tale precisazione non è una mera dimenticanza, né ha un valore solo simbolico, vuole segnare l'equiparazione tra questi diritti sociali e le libertà economiche; i limiti di esercizio dei primi, dunque, non vanno più individuati secondo un criterio di gerarchia, ma di bilanciamento con quest'ultime.

Questa previsione della direttiva 2018/957 non consente certo di ritenere che la competenza dell'Unione sia stata allargata alla regolazione di questi diritti sociali, né – conseguentemente - che questi siano riconosciuti quale diritti giustiziabili in favore di tutti i cittadini europei in seno agli ordinamenti nazionali. Ciononostante la stessa previsione li rafforza, laddove sono già riconosciuti dalla legge nazionale, nella dinamica di bilanciamento con le libertà economiche, non invertendo le posizioni ma quantomeno riequilibrandole⁵⁷. Indubbiamente il giudizio di bilanciamento ha una connotazione più politica, che giuridica, ma con una previsione di questo tipo anche il Consiglio e – soprattutto - il

privato dell'Unione europea, diretto da A. AJANI, G. A. BENACCHIO, Torino, 2009.

⁵⁵ M. COSTAMAGNA, *The Revision of the Posted Workers Directive as a Meaningful Way to Curb Regulatory Competition in the Social Domain?*, in S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI (eds), *Labour mobility and transnational solidarity in the European Union*, Napoli, 2019, 86 ss.

⁵⁶ Questo paragrafo recita "La presente direttiva non pregiudica l'esercizio dei diritti fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto comunitario, né il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario".

⁵⁷ P. SYRPIS, *The relationship between primary and secondary law in the EU*, in *Com. mar. law. rev.*, 2015, 461.

Parlamento europeo fanno sentir la loro voce esprimendo una chiara presa di posizione – appunto – politica. Mi pare arduo che la Corte di giustizia possa continuare ad ignorare queste indicazioni degli organi legislativi europei se – come purtroppo spesso è avvenuto in passato - non riceva dalle stesse Istituzioni altri segnali in contraddizione.

7. La disciplina del monitoraggio e delle sanzioni.

La nuova direttiva, in continuità con la direttiva 2014/67, continua a scommettere sulla cooperazione tra le autorità competenti degli Stati membri sia per monitorare il fenomeno sia per reprimerne gli abusi. L'autorità del Paese ospitante ha il diritto di ottenere da quella del Paese di origine dell'impresa distaccante le informazioni necessarie. In caso di mancata collaborazione o di ritardi occorre informarne la Commissione, che può adottare imprecisate “misure adeguate” nei confronti del paese inadempiente.

Questo è un aspetto molto delicato perché come già emerso per l'attuazione della direttiva *enforcement* del 2014 spesso i Paesi ospitanti e quelli di origine delle imprese distaccanti hanno interessi politici ed economici difficilmente componibili: i primi volti a comprimere, i secondi a promuovere la competitività di queste imprese. Solo un'attenta supervisione da parte della Commissione potrà assicurare un buon funzionamento di tale sistema di trasmissione delle informazioni tra Amministrazioni di diversi Paesi membri.

Allo stesso modo della direttiva del 2014 la nuova direttiva si astiene dall'indicare le sanzioni che devono essere adottate nei confronti delle imprese che non osservano le disposizioni della stessa seppur precisando che le stesse “... devono essere effettive, proporzionate e dissuasive” in conformità con la giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁸, nonché che, laddove si accerti la simulazione del distacco, il lavoratore deve godere di tutti i diritti di maggior favore garantiti dal diritto dello Stato ospitante. Anche questo è un altro problema lasciato irrisolto, perché le misure sanzionatorie previste dagli ordinamenti nazionali sono sideralmente diverse per severità nei confronti delle imprese; inoltre è assai complesso ottenere l'effettiva applicazione delle sanzioni comminate da uno Stato ospitante ad imprese distaccanti che sono stabilite in un altro.

In merito il d.lgs. n. 122/2020 non innova il d.lgs. n. 136/2006, lasciando invariata la scelta del legislatore nazionale di rinunciare sostanzialmente a sanzionare le imprese distaccanti e di responsabilizzare quelle che fruiscono nel territorio italiano dei servizi delle prime. Seppur iniqua appare una soluzione

⁵⁸ CGUE, C-184/15 e C-197/15; CGCE, C-156/80, *Rewe*; CGCE, C-222/84, *Johnston*.

funzionale perché è indubbiamente più agevole per l'Ispettorato del lavoro garantire l'effettiva applicazione della sanzione pecuniaria amministrativa e per l'Autorità giudiziaria offrire tutela ai lavoratori illegittimamente distaccati intervenendo nei confronti delle imprese che si trovano sul territorio nazionale⁵⁹.

⁵⁹ Nel caso in cui il distacco risulti non genuino (perché non si perfeziona una temporanea prestazione di servizi da parte di un'impresa realmente stabilita in un altro Paese membro), il soggetto stabilito in Italia in favore del quale le prestazioni sono rese, ove si tratti di un soggetto imprenditoriale, è sanzionato, oltre che con l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (unitamente al distaccante), con la costituzione coattiva di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle sue dipendenze con il lavoratore impiegato. Questa sanzione prescelta dalla novella del 2016 comporta un significativo incremento della capacità dissuasiva dell'impianto sanzionatorio rispetto alle previsioni del d.lgs. n. 72/2000. Ed è quasi un *unicum* nel panorama europeo, in cui pressoché la totalità dei Paesi membri nelle loro leggi nazionali di recepimento della direttiva 96/71 hanno optato per sanzionare l'appaltante di un *posting* "illegittimo" solo patrimonialmente. Cfr. sul punto, M. PALLINI, R. PEDERSINI, *Exploring the fraudulent contracting of work in the European Union*, in *Eurofound Report*, 2016, 23. L'art. 4, comma 4, del d. lgs n. 136/2016, inoltre, prevede che l'appaltante stabilito in Italia sia solidalmente responsabile con l'appaltatore proveniente da un altro Paese UE per i crediti retributivi e contributivi dei lavoratori impiegati nella loro interezza sino a due anni dalla cessazione dell'appalto ed invece senza alcun limite temporale entro i limiti della concorrenza del debito che il committente ancora abbia verso l'appaltatore.