

ALMA MATERSTUDIORUM  
UNIVERSITA' DI BOLOGNA

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

*LIBERTA' ECONOMICHE FONDAMENTALI E LIMITI  
ALLE ATTIVITA' SINDACALI*

DIRITTO DEL LAVORO

Relatore  
Prof .ANDREA LASSANDARI

Presentata da  
MARILENA QUAGLIA

SESSIONE I

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

*Alla mia famiglia  
Con affetto sincero*

## INDICE

Introduzione

Pag 5

### CAPITOLO 1

#### **Le Libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento delle imprese**

1. Le fonti comunitarie Pag 11
2. Le fonti primarie del diritto di libertà di prestazione dei servizi e libertà di stabilimento delle imprese Pag 19
3. Le fonti derivate che garantiscono la libertà di prestazione di servizi e di stabilimento. Pag 25
4. La libera circolazione dei lavoratori nel quadro della libera prestazione dei servizi Pag 32
5. La Direttiva N.96/71/CE il problematico raccordo con la libera circolazione dei lavoratori o dei servizi Pag 35
- 5.1 *Segue* La disciplina del distacco temporaneo dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi Pag 42
- 5.1.1 *Segue* Le regole nella protezione minima del lavoratore temporaneamente distaccato Pag 46
- 5.1.2 *Segue* L'ambito di applicazione della parità di trattamento e il concetto di ordine pubblico Pag 49
- 5.2 La regolamentazione italiana delle attività transnazionali: il d.lgs. 72/2000 Pag 52
- 5.2.1 *Segue* La disciplina del distacco nell'art.30 D. Lgs 76/2003 Pag 59

## CAPITOLO 2

### Le Sentenze Viking , Laval e Ruffert

#### Libertà economiche e attività sindacali nella Giurisprudenza Comunitaria

2.1 Introduzione	Pag 65
2.2 Viking e Laval : il tema dei contratti collettivi e del diritto di sciopero nella dimensione transnazionale	Pag 70
2.2.1 <i>Segue</i> L'analisi comparata delle sentenze Schmidberger, Viking e Laval	Pag 78
2.3 La decisione Viking	Pag 84
2.4.La decisione Laval	Pag 94
2.4.1. <i>Segue</i> La decisione del giudice interno	Pag 98
2.5. La decisione Ruffert	Pag103
2.5.1 <i>Segue</i> Il Contrasto della legge nazionale tedesca con la direttiva N. 96/71	Pag 107
2.5.2 <i>Segue</i> Il contrasto tra libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia : decisione Commissione c. Germania	Pag 109
2. 6. Il diritto di sciopero nell'ordinamento dell'UE	Pag 113
2.6.1 <i>Segue</i> Proposta di Direttiva sull'applicazione della Direttiva N.96/71/CE	Pag 119
2.6.2 <i>Segue</i> Il progetto pilota per lo scambio delle informazioni nell'aria del distacco transnazionale dei lavoratori	Pag 131
2.6.3 <i>Segue</i> Regolamento Monti e la proposta di regolamento c.d Monti II	Pag 135
Conclusioni	Pag 138
Bibliografia	Pag 144
Elenco degli uffici di collegamento presenti in Italia	Pag 151
Glossario	Pag 153

# CAPITOLO 1

## INTRODUZIONE

I diritti non vivono di vita propria nella giurisprudenza delle molteplici Corti che se ne occupano perché non sono separabili dal diritto positivo e dal potere che lo produce. Questa critica di Luciani Massimo<sup>1</sup> mi porta immediatamente a pensare che le Libertà riconosciute dal Diritto Comunitario come Diritti Fondamentali garantiti dal Trattato possono trovare limitazioni. Le “restrizioni” alle Libertà devono però avere una giustificazione basata sulla legittimità dell’obiettivo e sulla proporzionalità dell’azione. La proporzionalità si rispecchia nell’adottare misure sufficienti a limitare i danni.

La Tutela dei Lavoratori costituisce un interesse legittimo alla restrizione delle Libertà Fondamentali garantite dal TCE alle quali intendo fare riferimento. Mi riferisco , in primo luogo, alla Libertà di Circolazione dei servizi e , subito a seguire, alla Libertà di stabilimento delle imprese.

La distinzione tra Libertà di stabilimento e libertà di circolazione di servizi non sempre risulta chiara neppure alla luce della Direttiva 2006/123 CE ,relativa ai servizi nel mercato interno ,che si propone dichiaratamente come obiettivo quello di dare una compiuta attuazione a un principio fondamentale per il funzionamento del mercato, ossia quello della libertà di circolazione dei servizi menzionata all’Art. 56 TFUE ( già 49 TCe) Il disegno della direttiva servizi è volto alla promozione della crescita economica , all’innalzamento della qualità dell’offerta, e all’incremento di occupazione di “qualità”.

Entrambe le libertà poco prima indicate ,costituiscono il naturale precedente all’esercizio della Libertà di Concorrenza .Spiego, per ora a larghe linee, cosa intendo .

La Libertà di stabilimento implica la facoltà di una impresa o di un professionista di spostare in forma stabile e continuativa la propria attività da uno Stato membro ad un altro. Con il suo esercizio i soggetti operano un trasferimento in forma stabile e duratura di una attività economica da uno Stato della CE ad un altro.

La Libertà di circolazione di servizi implica una facoltà di un’impresa o di professionisti, stabiliti nell’Unione Europea, di svolgere in maniera temporanea e

---

<sup>1</sup>Luciani M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in Pol. dir., 2000, pp. 380 ss.

Luciani Massino è professore ordinario di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Roma, “La Sapienza”

occasionale un servizio in un altro Stato membro. L'attività svolta ha carattere transfrontaliero. Quando tale libertà viene esercitata si va incontro al "rischio" che imprese provenienti da Stati dove il livello delle tutele del lavoro è più basso, e quindi il costo del lavoro è ridotto, possono diventare più competitive.

Ma tale competitività è costruttiva? In altre parole essa permette una integrazione positiva ai lavoratori transnazionali? Questa concorrenza al ribasso delle condizioni sociali come può essere riequilibrata?

Spetterà al giudice nazionale valutare la legittimità dell'obiettivo che si vuole raggiungere attraverso la restrizione delle libertà fondamentali garantite. Egli stesso deve verificare l'adeguatezza delle azioni intraprese da coloro che vogliono esercitare restrizioni alle Libertà Fondamentali garantite dal TCE .

Scopo delle valutazioni del giudice nazionale è consentire la realizzazione dell'obiettivo perseguito senza andare oltre ciò che è necessario per conseguirlo. Il potere è la gestione dell'immaginazione o della rassegnazione altrui. I singoli Stati avrebbero dovuto legiferare già da tempo al fine di scongiurare la manipolazione del lavoro, del suo costo, della sua sicurezza. Questo fattore interno avrebbe certamente dato strumenti più concreti e efficienti ai giudici nazionali.

La storia ci insegna che già negli anni '80 le imprese tendevano a delocalizzare la produzione in aree geografiche europee a più contenuta protezione sociale. La Direttiva 1996/71/CE disciplina il distacco temporaneo dei lavoratori a seguito di imprese che operano in diversi Stati membri rispetto ai lavoratori che operano sul territorio di fornitura di servizi. La stessa direttiva affronta le questioni legate al distacco temporaneo dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi operando per assicurare una sostanziale parificazione dei costi del lavoro.

Il suo obiettivo è quello di garantire a tutti i lavoratori attivi, all'interno di un certo mercato nazionale del lavoro, il riconoscimento del medesimo trattamento almeno con riguardo ad alcune essenziali condizioni di impiego fissate dalla legge e/o dalla contrattazione collettiva.

In economia non esistono libertà o tirannia. Esistono solo economie efficaci ed economie inefficaci. La parità di trattamento è un "elemento fondamentale per la Commissione europea per creare condizioni di concorrenza eque, che diano una garanzia di credibilità al distacco dei lavoratori nel quadro della prestazione

transfrontaliera di servizi”<sup>2</sup>. Il dumping sociale<sup>3</sup> non può diventare parte di un corretto sviluppo economico. Questo deve essere ben chiaro. E’ esigenza primaria tutelare i lavoratori da processi erosivi degli standard lavoristici . La Direttiva 96/71 non ha come finalità quella di “armonizzare il contenuto sostanziale di norme vincolanti dei singoli stati membri”<sup>4</sup>. Spetta agli Stati membri determinare le norme vincolanti ai fini della protezione minima dei livelli salariali. Bisogna che ciascuno Stato crei una catena istituzionale da cui dipende l’osservanza degli obblighi degli Stati membri.

L’Art.3 , lettera c) dell’atto comunitario 1996/71//CE menziona fra le condizioni di lavoro da garantire comunque ai lavoratori distaccati “le tariffe minime salariali”.L’obiettivo che si pone la Direttiva è mirare ad una emancipazione graduale di soggetti sottoprotetti , o diversamente protetti, al fine di scongiurare la pratica del dumping sociale e puntare anche alla protezione dei consumatori ,dei lavoratori del paese membro ospitante , in cui il livello delle tutele del lavoro è più alto. Si comprende che la finalità della Direttiva non è generica. Essa afferma che servono regole per imbrigliare i rischi più tipici della sottotutela del lavoratore transfrontaliero, riducendo il pericolo a livelli più bassi possibili.

Affinchè i lavoratori possano beneficiare appieno della concorrenza tra imprenditori nel mercato del lavoro occorre che aumenti la possibilità per loro di partecipare alla spartizione della rendita .Tale possibilità si ricava dalla differenza della qualità dell’impresa rispetto alla concorrente.

L’ampiezza della gamma di progetti suscettibili di essere negoziati dipende anche dalla cultura sindacale dominante in un determinato paese.

La vita sociale ed economico-sociale è certamente come un sistema di «vasi comunicanti»,<sup>5</sup> ed a questo sistema deve pure adattarsi ogni attività sociale, che ha

---

<sup>2</sup> Com[2006] 159 def. del 4 aprile 2006,pag.10

Comunicazione della commissione:Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell’ambito della prestazione di servizi

<sup>3</sup> Il dumping è un concetto economico e giuridico e ha molte definizioni ormai consolidate in economia e in diritto:

- è vendere (all’esportazione) un prodotto ad un prezzo inferiore ai costi, in pratica rimettendoci per conquistare il mercato (di un altro paese)

- ma anche vendere all’estero prodotti ad un prezzo ingiustificatamente inferiore a quello praticato nel proprio paese.

Con dumping sociale non s’intende per forza quanto sopra, ma il fatto che un’impresa (ad es. cinese) ha costi (e quindi prezzi) inferiori perché non è soggetta alle più rigorose leggi in materia di sicurezza, diritti del lavoratore (salari minimi, ferie), ambiente che vigono in Europa

<sup>4</sup> Corte di Giustizia Ce C-341/05

<sup>5</sup> Tratto da :Giovanni Paolo II,Laborem Exercens, Lettera Enciclica, , 14 settembre 1981 - *sul lavoro umano nel 90° anniversario della rerum novarum* Capitolo 20, l’ importanza dei sindacati pag 62-66

come scopo quello di salvaguardare i diritti dei gruppi particolari. In questo senso l'attività dei sindacati entra indubbiamente nel campo della «politica», intesa questa come una prudente sollecitudine per il bene comune. Al tempo stesso, però, il compito dei sindacati non è di «fare politica» nel senso che comunemente si dà oggi a questa espressione. I sindacati non hanno il carattere di «partiti politici» che lottano per il potere, e non dovrebbero neppure essere sottoposti alle decisioni dei partiti politici o avere dei legami troppo stretti con essi. Infatti, in una tale situazione essi perdono facilmente il contatto con ciò che è il loro compito specifico, che è quello di assicurare i giusti diritti degli uomini del lavoro nel quadro del bene comune dell'intera società, e diventano, invece, uno strumento per altri scopi. Si deve sempre auspicare che, grazie all'opera dei suoi sindacati, il lavoratore possa non soltanto «avere» di più, ma prima di tutto «essere» di più: possa, cioè, realizzare più pienamente la sua umanità sotto ogni aspetto. La comparazione fra i livelli di tutela è generata dal mercato tutte le volte che per effetto della mobilità transfrontaliera sono messi a confronto regimi non facilmente comparabili di relazioni sindacali. «Nel mercato prevale, quale vero e proprio principio ordinatore, il divieto di discriminazione in ragione della nazionalità. Questo divieto permette di agevolare la mobilità delle attività economiche e con essa la mobilità dei lavoratori». <sup>6</sup> «Nell'invocare un tale principio ordinatore non necessariamente si persegue la parità di trattamento tra lavoratori» <sup>7</sup>. Questi per effetto della libera prestazione di servizi o della libertà di stabilimento si spostano, con caratteristiche di temporaneità e di stabilità, in nuovi e più solidi regimi normativi incardinati in fonti costituzionali e legislative, oltre che nella contrattazione collettiva.

Il problema di fondo che ciascuno Stato deve affrontare è stabilire quali norme applicare nell'odierna fase dell'organizzazione e struttura dell'economia. La tal cosa deve essere preceduta dall'analisi del problema della loro qualificazione giuridica. Istituzionalizzare la procedura che deve essere adottata, in modo omogeneo, è il primo passo da compiersi per migliorare la protezione contro lo sfruttamento e l'arbitrio del più forte.

Quando le attività svolte hanno carattere transfrontaliero la concorrenza tra imprenditori nel mercato del lavoro porta inevitabilmente a un aumento delle diseguaglianze di trattamento da azienda ad azienda, da regione a regione. Un aumento della sproporzione retributiva dei lavoratori porta ad un aumento delle diseguaglianze di

---

<sup>6</sup> Silvana Sciarra, rivista Lavoro e diritto a XXII, n.2, primavera 2008

<sup>7</sup> Silvana Sciarra op cit



trattamento dei lavoratori. Coloro che subiscono le negatività maggiori sono i soggetti che hanno un lavoro precario e fuori standard.

La vera sfida che oggi le politiche del lavoro devono affrontare potrebbe senz'altro essere quella di frenare l'aumento apparentemente inarrestabile delle diseguaglianze di produttività tra le persone nell'ambito dello stesso contesto sociale e anche della stessa categoria professionale. L'uguaglianza prima che garantita per legge o per contratto va costruita nel vivo della società civile e del tessuto produttivo. Parte della dottrina suggerisce di offrire, a chi è meno dotato di tutele, un surplus di servizi di formazione, di assistenza alla mobilità, prendendo per mano l'ultimo della fila per aiutarlo a non restare indietro. Tutto questo potrebbe portare al superamento di ogni asimmetria nella distribuzione dei costi che le imprese sono costrette a sobbarcarsi.

Quello che a prima vista, a mio parere, tutti noi avvertiamo inevitabilmente è il fatto che sono necessarie politiche nazionali che definiscano e promuovano gli interventi facendo convergere gli obiettivi direttamente sui destinatari finali ossia persone, lavoratori, imprese. Tali politiche debbono assolutamente essere affiancate dal controllo e della verifica dei risultati, dal risparmio di tempo e di risorse, dalla chiarezza delle responsabilità, dalla semplificazione degli aspetti amministrativi e dei diversi passaggi.

A questo punto credo che sia importante informare che recentemente buone norme sono state introdotte per i lavoratori altamente qualificati. Dall'8 Agosto 2012 è entrato in vigore il decreto con cui anche l'Italia ha recepito la Direttiva 2009/50/CE (come hanno dovuto fare anche la Germania, la Polonia, la Svezia, il Portogallo e Malta). Con essa si introduce la cosiddetta Carta Blu. Questo documento facilita l'ingresso e lo spostamento nei paesi membri di lavoratori stranieri fortemente qualificati che hanno completato in Patria un percorso di istruzione superiore di durata almeno triennale e abbiano ottenuto la relativa qualifica professionale che rientri nei livelli 1, 2, 3, della classificazione ISTAT delle professioni CP 2011<sup>8</sup>. Questi lavoratori, a seguito di una richiesta di Nulla Osta da parte di un datore di lavoro da effettuarsi allo sportello Unico, possono ottenere in qualsiasi momento dell'anno, al di fuori delle quote, la Carta Blu, sia che vengano dall'estero sia che siano già regolarmente soggiornanti in Italia. Da tale normativa dispositiva fanno eccezione i distaccati (oltre che i richiedenti asilo, motivi umanitari, titolari di protezione internazionale, familiari di cittadini dell'UE, titolari di PCE lungo, stagionali, ricercatori). Una volta che il lavoratore è

---

<sup>8</sup> All'indirizzo <http://cp2011.istat.it> si trova l'elenco completo delle professioni

titolare della Carta Blu per 18 mesi può spostarsi in un altro Stato dell'Unione Europea per svolgere un altro lavoro altamente qualificato.<sup>9</sup> Bisogna puntare a realizzare in ogni Stato membro una crescente efficienza delle istituzioni del mercato del lavoro nazionale, e attuare una dimensione transnazionale degli obiettivi da raggiungere attraverso anche lo scambio di pratiche utili e lo sviluppo di forme di cooperazione legislative comunitarie che evidenzino il più possibile i punti critici delle singole normative nazionali in questo settore import/export lavoro dipendente e crescita imprenditoriale stabilizzata al di fuori del Paese d'origine del datore/imprenditore.

---

<sup>9</sup> Fonte notizia :*Il giornale delle immigrazioni a Ravenna, CittàMeticcica*, sett/ottobre 2012 pag 11

## CAPITOLO I

### *Le Libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento delle imprese*

#### **1 Le fonti comunitarie**

Le fonti del diritto comunitario sono, in linea di massima, di due tipi: fonti primarie e fonti derivate. Le fonti primarie, o diritto primario, comprendono i Trattati istitutivi delle Comunità europee e dell'Unione europea, ma anche i Trattati di adesione e i relativi atti annessi. Le fonti derivate, invece, sono costituite da atti normativi fondati sui Trattati ed emanati dalle istituzioni. Sono fonti di diritto, inoltre, la Giurisprudenza della Corte di Giustizia e i principi generali del diritto che sono ritenuti una fonte primaria non scritta, subordinata al diritto dei trattati, che sono fonte pattizia. I Trattati si pongono in una posizione di superiorità nei confronti degli atti di diritto derivato. Contengono i principi giuridici fondamentali e gli obiettivi primari della Comunità e dell'Unione e definiscono anche la portata delle politiche comunitarie. Il processo di integrazione europea, attualmente, si fonda sui seguenti trattati: il Trattato che istituisce la Comunità economica europea (poi Comunità Europea) firmato a Roma il 25 marzo 1957, il Trattato che istituisce la Comunità europea dell'Energia atomica (CEEA o Euratom) firmato anch'esso a Roma il 25 marzo 1957, il Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 e entrato in vigore il 1° novembre 1993, il Trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 dagli allora 15 paesi dell'UE e entrato in vigore il 1° Maggio 1999, il Trattato di Nizza firmato il 26 febbraio 2001 dagli Stati membri e entrato in vigore il 1° febbraio 2003 e il Trattato di Lisbona. Quest'ultimo, firmato nella capitale portoghese il 13 dicembre 2007 dai rappresentanti dei 27 Stati membri, è entrato in vigore il 1° dicembre 2009, dopo essere stato ratificato da tutti gli Stati membri<sup>10</sup>. Esso è l'ultimo in ordine di tempo che ha modificato i Trattati su cui sono fondate le Comunità e l'Unione Europea. Bisogna tener presente che i Trattati originari sono stati modificati più volte, in occasione dell'adesione di nuovi Stati membri, o per incorporare le novità introdotte da riforme sostanziali, implicanti

---

<sup>10</sup> L'effetto di armonizzazione delle procedure che il trattato di Lisbona ha avviato in base all'art 4 dà l'appellativo allo stesso di (Tfu) trattato sul funzionamento uniforme dell'Unione.

cambiamenti istituzionali o l'introduzione di nuovi ambiti di competenza .I Trattati sono fonti primarie del diritto comunitario in quanto garantiscono l'uniformità e l'omogeneità all'interno degli Stati membri,ma si distinguono in Trattati istitutivi (emanati dalle istituzioni) e Trattati di adesione. Rappresentano la base giuridico comunitaria e si pongono in una posizione di superiorità nei confronti degli atti di diritto derivato di cui parlerò più avanti. Le norme contenute nei Trattati sono di natura e rilevanza diseguale in quanto ogni Trattato tratta argomenti diversi e in questo senso si capisce perché si dice che ogni Trattato conserva la propria specificità, ma la Corte di giustizia , per garantire uniformità e omogeneità di applicazione del diritto , ha in più occasioni interpretato le disposizioni di uno dei trattati alla luce dell'altro. Essi si applicano agli Stati membri,ai loro territori metropolitan, a determinate isole e territori d'oltremare, ma non alle isole Faeröer (vedi art. 355 TfU)<sup>11</sup>. Le disposizioni del diritto primario valgono per i cittadini dell'Unione, ma anche per le persone fisiche e morali , che non posseggono la cittadinanza di uno degli Stati membri, qualora esercitano la loro attività professionale sul territorio europeo ovvero quando abbiano un impatto sul

---

<sup>11</sup>Ex 299,paragrafo2 , primo comma,e paragrafi da 3 a 6, del TCE. Oltre alle disposizioni dell'articolo 52 del trattato sull'Unione europea relativo al campo di applicazione territoriale dei trattati, si applicano le disposizioni seguenti:

1. Le disposizioni dei trattati si applicano alla Guadalupa, alla Guyana francese, alla Martinica, alla Riunione, a Saint Barthélemy, a Saint Martin, alle Azzorre, a Madera e alle isole Canarie, conformemente all'articolo 349.

2. I paesi e i territori d'oltremare, il cui elenco figura nell'allegato II, costituiscono l'oggetto dello speciale regime di associazione definito nella quarta parte.

I trattati non si applicano ai paesi e territori d'oltremare che mantengono relazioni particolari con il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord non menzionati nell'elenco precitato.

3. Le disposizioni dei trattati si applicano ai territori europei di cui uno Stato membro assume la rappresentanza nei rapporti con l'estero.

4. Le disposizioni dei trattati si applicano alle isole Åland conformemente alle disposizioni contenute nel protocollo n. 2 dell'atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Finlandia e del Regno di Svezia.

5. In deroga all'articolo 52 del trattato sull'Unione europea e ai paragrafi da 1 a 4 del presente articolo:

a) i trattati non si applicano alle Faeröer;

b) i trattati non si applicano alle zone di sovranità del Regno Unito di Akrotiri e Dhekelia a Cipro, tranne per quanto necessario ad assicurare l'attuazione del regime definito nel protocollo relativo alle zone di sovranità del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord a Cipro, allegato all'atto relativo alle condizioni di adesione all'Unione europea della Repubblica ceca, della Repubblica di Estonia, della Repubblica di Cipro, della Repubblica di Lettonia, della Repubblica di Lituania, della Repubblica di Ungheria, della Repubblica di Malta, della Repubblica di Polonia, della Repubblica di Slovenia e della Repubblica slovacca e secondo i termini di detto protocollo;

c) le disposizioni dei trattati sono applicabili alle isole Normanne ed all'isola di Man soltanto nella misura necessaria per assicurare l'applicazione del regime previsto per tali isole dal trattato relativo all'adesione di nuovi Stati membri alla Comunità economica europea e alla Comunità europea dell'energia atomica, firmato il 22 gennaio 1972.

Il Consiglio europeo, su iniziativa dello Stato membro interessato, può adottare una decisione che modifica lo status, nei confronti dell'Unione, di un paese o territorio danese, francese o olandese di cui ai paragrafi 1 e 2. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa consultazione della Commissione.

funzionamento del mercato interno<sup>12</sup>. Quanto all'applicazione temporale del diritto primario essa decorre dall'entrata in vigore del Trattato, fatti salvi i periodi transitori per determinate materie. Per quel che riguarda la durata di applicazione, i testi che rientrano nella sfera del diritto primario, di massima, hanno una durata illimitata secondo quanto stabilisce ad esempio l'art. 356 Tfu<sup>13</sup>. L'efficacia diretta del diritto europeo è, insieme al principio del primato, un principio cardine del Diritto Comunitario. In virtù di questa efficacia i cittadini possono avvalersi delle norme CE indipendentemente dall'esistenza di provvedimenti nazionali di recepimento. Le singole norme dei Trattati possono avere efficacia diretta, allo stesso modo delle direttive, le decisioni, pur non avendo diretta applicabilità nel diritto interno. Questa efficacia diretta vale nei confronti non solo degli Stati membri, ma anche dei singoli cittadini. La Corte di Giustizia ci aiuta a capire meglio cosa si intende<sup>14</sup> quando afferma che " il diritto comunitario ..nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi.. che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare."

La Corte ha così esteso efficacia diretta sia a quegli atti che impongono ai destinatari un comportamento preciso e non condizionato da alcuna riserva, sia a quegli atti che contengono una disciplina completa che non necessita di normativa derivata da parte degli organi statali o comunitari. La Corte ha invece negato efficacia diretta qualora gli Stati abbiano un minimo margine discrezionale dell'ordinamento nell'attuazione della disposizione considerata.<sup>15</sup> Come spiegherò nella seconda parte di questo paragrafo, la regola vale anche per i regolamenti che sono direttamente applicabili, ma presuppongono, in numerosi punti, che norme nazionali vengano a supportarne l'applicazione. Il rispetto dell'autonomia nazionale impone al diritto europeo di fermarsi e lasciare spazio alle decisioni dei legislatori interni. Con particolare riferimento ai diritti dei lavoratori sanciti dal Trattato CE, la Corte ha precisato che hanno efficacia diretta l'art 45 Tfu ( già 39 TCe) sulla libera circolazione dei lavoratori, l'art 49 Tfu ( già 43 TCe) sul diritto di stabilimento, gli art 56 Tfu ( già 49 TCe) e 57 Tfu ( già 50 TCe) sulla libera circolazione dei servizi e sul divieto di discriminazione in base alla nazionalità, e infine l'art 157 Tfu ( già 141 TCe) sulla parità tra i sessi.

---

<sup>12</sup> Corte Giustizia C- 6/72, Continental Can Inc pag 1

<sup>13</sup> ex art. 312 TCe :Il presente trattato è concluso per una durata illimitata.

<sup>14</sup> In *Diritto del lavoro dell'Unione Europea* a cura di Carinci F. Pizzoferrato A. , UTET 2010, pag 73 riferimenti Corte Giust. Causa 8/81 del 19/01/1982 punti 23-25

<sup>15</sup> Cfr *ult. op. cit.*, pag 73 a cura di Carinci e Pizzoferrato, riferim. a Corte Giust. 12. 12. 1990 cause riunite C- 100/89 e C- 101/89

Quando i cittadini possono far valere una norma comunitaria nei confronti dello Stato membro si ha efficacia diretta “verticale”.

Se invece è un singolo cittadino che invoca una norma comunitaria dinanzi ai tribunali, nei confronti di un altro cittadino, a prescindere dall’esistenza di atti normativi di diritto nazionale, si ha efficacia diretta “orizzontale” .

A seconda della natura dell’atto comunitario o delle norme di diritto comunitario, la Corte di giustizia ha distinto tra efficacia diretta piena ( orizzontale e verticale) e efficacia diretta parziale ( solo verticale). Per quanto riguarda l’efficacia diretta, la portata varia a seconda del tipo di atto .

La Corte di Giustizia ha riconosciuto l’ efficacia diretta piena dei regolamenti comunitari<sup>16</sup>, mentre ha riconosciuto solo l’efficacia diretta verticale (parziale) delle decisioni individuali il cui destinatario è unicamente lo Stato. Per la direttiva la Corte ha riconosciuto carattere di efficacia soltanto verticale solo nei casi in cui l’ordinamento comunitario prevede norme più favorevoli per i cittadini rispetto alla normativa interna( nazionale) che non è stata adeguata. Questa condizione si verifica solo una volta scaduto il termine di recepimento.

L’ art. 288 Tfu ( già 249 Tce) ha precisato che i regolamenti sono direttamente applicabili negli Stati membri e che la direttiva è un atto obbligatorio di portata generale, ossia non può essere applicata in modo incompleto selettivo o parziale , ma introduce un obbligo in termini di risultato a tutti gli Stati membri. Deve essere recepita , ma non prescrive le modalità per raggiungere il risultato.

Ritengo opportuno soffermarmi un secondo in più sul passaggio “recepimento e efficacia diretta delle direttive” che sono atti rivolti agli Stati membri, le quali devono essere recepite dagli stessi nei rispettivi diritti nazionali ,ma, per essere direttamente efficaci, devono soddisfare delle condizioni fissate per via giurisprudenziale ossia:devono in primo luogo imporre agli Stati membri degli obblighi sufficientemente chiari e precisi, come nel caso delle direttive dettagliate;In secondo luogo devono chiarire il contenuto di un obbligo già previsto dal Trattato;Terzo, devono prevedere un obbligo di non fare, ossia non implicare necessariamente l’emanazione di un atto di esecuzione, ma , al contrario, stabilire per gli Stati membri un obbligo di astenersi dall’approvare determinati atti o dal compiere specifiche azioni. <sup>17</sup> La portata generale

---

<sup>16</sup> Corte Giust., 14.12.1971, C-43/71, *Politi S.a.s. contro Ministero delle Finanze della Repubblica italiana*. Domanda di pronuncia pregiudiziale: Tribunale civile e penale di Torino - Italia. Causa 43-71.

<sup>17</sup> Cfr *ult. op. cit.*, pag 74 ( a cura di) Carinci F. e Pizzoferrato – Torino- UTET giuridica A.2010

dell'atto comunitario distingue la direttiva dalla decisione .L' art.289 del TfU precisa che la direttiva è un atto legislativo dal momento in cui viene adottata in seguito a una procedura legislativa.

L'entrata in vigore della direttiva , a seguito della notifica agli Stati membri , non comporta in linea di principio ,alcun effetto diretto a livello dei diritti nazionali .Come poc'anzi ho spiegato ,rimando al concetto di recepimento per capire quando si ha l'effetto diretto di questo atto comunitario.

Affrontare alcuni problemi generali che riguardano tutti i singoli regolamenti e le singole direttive europee è un ottimo inizio per cominciare a capire concretamente come queste fonti nel dettaglio possono portare benefici a tutti coloro che in Europa ci circolano e ci lavorano . La materia della cooperazione civile fu introdotta nel quadro comunitario, con il Trattato di Amsterdam,firmato nel 1997 dagli allora 15 paesi dell'UE e entrato in vigore il 1° Maggio 1999. Il suo titolo IV fu dedicato alle materia dei visti, asili immigrazioni e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone. Impiegare un contenitore ,come il Trattato , in questo specifico caso, ha voluto significare creare uno spazio di libertà ,sicurezza e giustizia( art.67 TfU)<sup>18</sup> che comprendeva anche materie politicamente molto sensibili.

Alcuni Stati membri hanno preso le distanze da questa situazione, ne è uscito un quadro ampiamente disomogeneo, in cui oltre a una grave restrizione del compito interpretativo della corte di Giustizia<sup>19</sup> tre Stati assunsero un atteggiamento dissonante. In base all' art.69 TfU<sup>20</sup> e ai protocolli ivi richiamati il Regno Unito e l'Irlanda si riservarono il diritto di partecipare di volta in volta all'adozione e all'applicazione dei singoli regolamenti(cd *opt in*), mentre la Danimarca ne è sempre rimasta fuori, nel senso che si esclude a priori dalla successiva attività di formazione del trattato relativa al titolo IV (cd. *opt out*).

Di fatto , Regno Unito e Irlanda hanno sempre aderito a tutti i regolamenti emanati, la Danimarca mai. Tuttavia, la forza di attrazione del sistema europeo ha condotto poi il

---

<sup>18</sup> Ex art. 61 TCe ora art. 67 TfUE, titolo V, Spazio di libertà , sicurezza giustizia, Capo I, Disposizioni Generali,comma 1°:

l'Unione realizza uno spazio di libertà,sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri.

<sup>19</sup> A.A.V.V. ,in *Regole europee e giustizia civile* pag 13 e ss a cura di Paolo Biovati e M.A. Lupoi,Bononia University Press, Bologna , 2008

<sup>20</sup> Art. 69 TfUE , 1° com: per quanto riguarda le proposte e le iniziative legislative presentate nei capi4 e 5 , i Parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione ei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

paese nordico ad accettare l'applicazione di due importanti regolamenti(il 44/01 e il 1348/00) attraverso due specifiche convenzioni con la CE.

Nessun problema è scaturito con l'allargamento dell'Unione ad Est. I nuovi paesi membri hanno aderito a tutti gli strumenti esistenti nel momento del loro ingresso nell'Unione, oltre che , ovviamente , a quelli successivi. In taluni casi si è reso necessario emanare normative di adattamento ( ad esempio aggiornando i formulari annessi ai regolamenti o precisando gli organi giurisdizionali dei nuovi Stati membri competenti a svolgere determinate attività). I testi regolamentari che sono direttamente applicabili, presuppongono , in numerosi punti, che norme nazionali vengano a supportarne l'applicazione, come ho accennato in precedenza. Il rispetto dell'autonomia nazionale impone al diritto europeo di fermarsi e lasciare spazio alle decisioni dei legislatori interni. Queste sono lacune dei regolamenti, la cui esistenza non è sicuramente causale , ma voluta. Esse possono essere riempite sia da un lavoro interpretativo, sia da norme nazionali espresse, che evidentemente saranno diverse da Stato a Stato. In linea generale , questo completamento normativo è opportuno e funzionale ad una leale e proficua applicazione del diritto europeo. Vale la pena segnalare , che mentre i maggiori paesi hanno emanato norme attuative dei regolamenti( è il caso della Francia , Germania , Spagna e Regno Unito) , l'Italia non ha mai provveduto in questo senso<sup>21</sup>. E' pur vero che le norme integrative , di cui non si può fare una elencazione , sono talora a macchia di leopardo , perché supportano ora questo ora quel regolamento, tuttavia non sembra che affidarsi esclusivamente all'interprete rappresenti la soluzione migliore.

Dobbiamo considerare un altro importante punto, ossia l'impiego di definizioni comuni che mirano a fornire un lessico uniforme a operatori provenienti da diversi paesi e diverse culture. I regolamenti fanno un larghissimo uso di formulari standard , di impiego obbligatorio , nei quali si devono tradurre importanti profili delle attività delle parti o delle decisioni dei giudici. Ricondere il diritto a moduli e caselle da riempire è operazione che certamente pone in difficoltà il giurista e l'operatore pratico abituato ad esprimere senza troppi vincoli il suo pensiero, tuttavia, i formulari , si rivelano particolarmente utili a superare le barriere linguistiche e sono particolarmente adatti per la gestione telematica del processo. Questa appena esaminata è la prospettiva strutturale dei regolamenti, la prospettiva di politica del diritto che ne emerge punta all'obiettivo

---

<sup>21</sup> Biovati P.,in *Diritto del lavoro dell'UE*, (a cura di) Carinci e A. Pizzoferrato , UTET 2010,i problemi e prospettive della giurisdizione europea,par 1.4,da pag 109 a 111



del Mercato Unico. Il buon funzionamento del Mercato dell'Unione suppone sia una fluida circolazione delle decisioni giudiziarie ,che una rapida attuazione dei provvedimenti da un paese all'altro e una certa omogeneità delle condizioni di lite nei diversi Stati. Soltanto una fiducia reciproca nel modo di dare giustizia negli altri Paesi dell'Unione , può consentire allo Stato ricevente , di permettere la circolazione di sentenze , mezzi di prova , notificazioni. Soltanto la consapevolezza che l'Europa è un territorio unico sotto il profilo dell'esercizio dell'attività giurisdizionale può giustificare il venir meno di quei controlli che invece permangono nei rapporti con gli Stati estranei all'Unione. Si può quindi cogliere nei regolamenti una tendenza , seppur non sempre esplicita , a favorire, più ancora che la circolazione delle decisioni( che rappresentano un obiettivo dichiarato) la circolazione delle liti, nel senso cioè , di favorire il radicarsi della lite nel luogo e davanti alla giurisdizione più prossima ai fatti. Tutto questo al fine di scoraggiare fenomeni detti “ forun running”<sup>22</sup>, vale a dire evitare la corsa a radicare la controversia nel foro più conveniente alla parte forte.

In questo senso si capisce la coerenza dei regolamenti,con altri momenti significativi della legislazione europea( le direttive) a facilitare l'accesso alla giustizia transnazionale<sup>23</sup>. I regolamenti si rivolgono alla litigiosità transnazionale e non pretendono di diventare l'ossatura di un processo civile comune. Tuttavia è evidente la linea di marcia che porta a parificare le condizioni delle liti europee a quelle del contenzioso puramente nazionale. Si apre così l'importante scenario dell'armonizzazione. L'importanza dell'impatto culturale del diritto europeo sull'armonizzazione dei diritti processuali interni è innegabile. L'equivalenza delle giurisdizioni è un postulato di partenza , resta vero che un effettivo equilibrio rappresenta un obiettivo di non facile raggiungimento. I nodi veri non sono quelli della differenza delle procedure, di per sé non incolmabile, ma piuttosto quelli della diseguale struttura della amministrazione della giustizia e dell'ordinamento giudiziario. Non si

---

<sup>22</sup> Orlandini G. , *Saggio: lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato*, in Riv. giur. lav., I,2009, parag. 2.1, pag 570: così Corte Giustizia CE, Causa C-437/00, Pugliese, punto 22,

“la Convenzione deve essere interpretata in modo da evitare la moltiplicazione dei fori competenti, da consentire al convenuto di prevedere ragionevolmente dinanzi a quale giudice può essere citato e da garantire un'adeguata tutela al lavoratore in quanto parte contraente più debole”.

<sup>23</sup> Per chiarire con esempi si pensi alla Direttiva n. 8/02/Ce del 27 gennaio 2003 , relativa al miglioramento dell'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni sul'assistenza giudiziaria e altri aspetti finanziari dei provvedimenti civili, oppure si pensi ancora alla Direttiva n. 5/98/CE sul diritto di stabilimento degli avvocati in un paese dell'Unione diverso da quello in cui hanno conseguito il titolo. L'Italia ha recepito la disciplina comunitaria in merito all'abilitazione professionale ed è stata attuata con d.lgs. n.96 del 2 febbraio 2001.

potrà ottenere una armonizzazione profonda finchè la durata media dei processi , i costi delle liti, l'organizzazione giudiziaria e forense presenteranno marcate diseguglianze fra gli Stati. Il 1° dicembre 2009 il Trattato di Lisbona è entrato in vigore, mettendo fine a diversi anni di negoziati sulla riforma istituzionale. Esso modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, senza tuttavia sostituirli. Il nuovo trattato dota l'Unione del quadro giuridico e degli strumenti necessari per far fronte alle sfide del futuro e rispondere alle aspettative dei cittadini. L'effetto di armonizzazione delle procedure è stato soltanto avviato dal il Trattato di Lisbona dopo che è stato ratificato da 27 paesi .Bisogna tener conto che tempi di maturazione e di crescita dell'accordo sono lunghi e le politiche dei singoli Stati non si concentrano in modo continuativo sulla eliminazione degli ostacoli all'armonizzazione. Modifiche specifiche sono inserite nel Titolo II del Trattato di Lisbona,rubricato:Disposizioni di Applicazione Generale. Ritengo interessante riportare in nota quelle sulla libera circolazione dei lavoratori<sup>24</sup>e sulla libertà di stabilimento<sup>25</sup> .Le novità al Trattato dell'Unione Europea e del Trattato Istitutivo della Comunità europea

---

<sup>24</sup> Libera Circolazione dei Lavoratori ,All'articolo 39, paragrafo 3, lettera d), i termini «di applicazione»sono-soppressi.

L'articolo 42 è così modificato:a) al primo comma, i termini «... lavoratori migranti e ai loro aventi diritto:» sono sostituiti da «... lavoratori migranti dipendenti e autonomi e ai loro aventi diritto:»;b) l'ultimo comma è sostituito dal testo seguente:«Qualora un membro del Consiglio dichiara che un progetto di atto legislativo di cui al primo comma lede aspetti importanti del suo sistema di sicurezza sociale, in particolare per quanto riguarda il campo di applicazione, i costi o la struttura finanziaria, oppure ne altera l'equilibrio finanziario, può chiedere che il Consiglio europeo sia investito della questione. In tal caso la procedura legislativa ordinaria è sospesa. Previa discussione ed entro quattro mesi da tale sospensione, il Consiglio europeo:

a) rinvia il progetto al Consiglio, il che pone fine alla sospensione della procedura legislativa ordinaria,oppure

b) non agisce o chiede alla Commissione di presentare una nuova proposta; in tal caso l'atto inizialmente proposto si considera non adottato.».

<sup>25</sup> Libertà di Stabilimento. All'articolo 44, paragrafo 1, i termini «(...) il Consiglio, in conformità della procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale, delibera mediante direttive.» Sono sostituiti da «(...) il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione del Comitato economico e sociale.»; al paragrafo 2, i termini «Il Parlamento europeo,» sono aggiunti all'inizio del primo comma. Al paragrafo 2, lettera d) i termini «i lavoratori salariati» sono sostituiti da «i lavoratori dipendenti» e i termini «un'attività non salariata» da «un'attività autonoma».

All'articolo 45, secondo comma, i termini «Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può ...» sono sostituiti da «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono ...».

L'articolo 47 è così modificato:a) alla fine del paragrafo 1 è aggiunta la frase seguente: «e al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste.» e i termini «attività non salariate» sono sostituiti da «attività autonome» nell'intero capo.b) il paragrafo 2 è soppresso e il paragrafo 3 diventa paragrafo 2; il termine «libération» è sostituito da «suppression» nella versione francese [non riguarda la versione italiana] e il termine «sarà» è sostituito da «è».

È inserito l'articolo 48 bis, che riprende il testo dell'articolo 294

possono essere viste sia dalle modifiche di alcuni termini sia a dalla soppressione di altri.

## **2 le Fonti primarie del diritto di liberta' di circolazione dei servizi e liberta' di stabilimento**

Le libertà di circolazione di merci, servizi, capitali e persone, appaiono tra le disposizioni fondamentali del TCE, poiché costituiscono i principi cardine su cui si fonda la costruzione del mercato comune, che rappresenta l'obiettivo originario del processo di integrazione europea<sup>26</sup>. «Il Trattato sancisce ,relativamente a dette libertà, diversi regimi giuridici, in rapporto di mutua esclusione tra loro, con l'effetto che l'attuazione delle norme riferite ad una libertà non consente un 'applicazione concorrente delle disposizioni relative alle altre»<sup>27</sup>. Il fondamento della libertà di Circolazione di servizi è rintracciabile nell'art. 56 Tfu<sup>28</sup> quale risulta a seguito della rinumerazione adottata dal trattato di Lisbona e la libertà di stabilimento è regolata all'art. 49 Tfu<sup>29</sup>. I servizi ricoprono, ad oggi, un ruolo strategico nel contesto comunitario, costituendo uno dei settori economici di maggior rilievo. I soggetti economici di cui tratta la disciplina inerente alle prestazioni di servizi, sono enucleabili, di massima, nell'area della libera circolazione delle persone, anche se ad essi sia riservata una disciplina autonoma nel Capo III del Trattato sul funzionamento dell'UE dall'art 56 al 62<sup>30</sup>. Il Tfu dedica due Capi alla circolazione delle persone . Il Capo I ,

---

<sup>26</sup>Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. Divieti di discriminazione*, in LD, 2008, p. 125;

<sup>27</sup> Cfr. Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. Divieti di discriminazione*, in LD, 2008, p. 126

<sup>28</sup> Già art. 49 TCe

<sup>29</sup> Già art.43TCe

<sup>30</sup> Già artt. 49-55TCe ,Oggi. Titolo IV,Tfu ,Capo III Servizi.

L'articolo 49 è così modificato:a) al primo comma, i termini «un paese della Comunità» sono sostituiti da «uno Stato membro»;b) al secondo comma, i termini «Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere ...» sono sostituiti da «Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere ...».

All'articolo 50, terzo comma, i termini «nel paese» sono sostituiti da «nello Stato membro» e i termini «dal paese stesso» sono sostituiti da «da tale Stato».

All'articolo 52, paragrafo 1, i termini «... il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Parlamento europeo, stabilisce ...» sono sostituiti da «... il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, stabiliscono ...».

All'articolo 53, i termini «... si dichiarano disposti a procedere alla liberalizzazione...» sono sostituiti da «... si sforzano di procedere alla liberalizzazione ...».

rubricato i lavoratori ,comprende gli art.li dal 45 al 48.<sup>31</sup>Tali disposizioni si riferiscono ai lavoratori subordinati, ossia a coloro che hanno il diritto di circolare in un altro Stato membro per soddisfare reali richieste di lavoro; Il Capo II , rubricato il diritto di stabilimento , dall'art 49 al 55,<sup>32</sup>si rivolge ai lavoratori autonomi, ovvero a coloro che espletano attività non stipendiate, accedendovi mediante il diritto di stabilimento in un altro paese dell'UE, disciplinato dall'Art 49 Tfu(già art. 43, 2° comma, Tce) .Il prestatore di servizi è rappresentato da colui che svolge un'attività economica, in uno stato straniero, senza vincolo di subordinazione<sup>33</sup>, al pari di quanto accade per il lavoratore non salariato a cui si assicura, come appena accennato, il godimento del diritto di stabilimento. In virtù di tale comunanza, appare chiara l'asserzione dei giudici comunitari, secondo cui “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”<sup>34</sup>. Dunque, prescindendo dalla subordinazione, la mobilità intracomunitaria del lavoro può essere realizzata sia mediante le modalità previste dal diritto di stabilimento che tramite quelle statuite dalla libera prestazione di servizi poiché ambedue delineano i criteri di funzionamento della mobilità del lavoro autonomo nel contesto dei paesi dell'Unione Europea.

La compresenza di due regimi che risultano potenzialmente idonei a regolare una prestazione di lavoro autonomo si giustifica in virtù della distinzione fra stabilimento e servizi ,basata sul differente livello di intensità del legame che intercorre fra tali prestazioni ed il territorio del paese ospitante. Va sottolineato che, mentre le norme afferenti alla libera circolazione delle persone si focalizzano sui soggetti che ne beneficiano, quelle inerenti alla libera prestazione di servizi non si rivolgono a coloro che li forniscono o li ricevono ma sono incentrate sul contenuto dell'attività economica di cui tendono a garantire la circolazione<sup>35</sup>. Il diritto comunitario pone in risalto non tanto il profilo sociale del lavoro o la persona del lavoratore, quanto piuttosto la valenza economica del bene servizio, garantendone, sul versante normativo, la libera circolazione negli stati membri. Presentata l'interazione fra il principio della libera

---

<sup>31</sup> Già art. 39-42Tce

<sup>32</sup> Già artt. 43-48Tce

<sup>33</sup> Nogler L., *Introduzione al mercato unico delle “attività autonome*, in L. Nogler (a cura di), *Le attività autonome*, Torino, 2006, p. 17

<sup>34</sup> Cgce, 30 novembre 1995, C-55/94, cit., punto 20.

<sup>35</sup> Condinanzi M., A. Lang, B. Nascimbeni, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003, p. 165

prestazione di servizi e le altre libertà fondamentali previste dal TCE, vale la pena esaminare la nozione comunitaria di servizi, al fine di delineare l'ambito obbiettivo di applicazione della disciplina ad essi destinata.

Nel nucleo dei servizi rientrano , in forza dell'art. 57 Tfu<sup>36</sup> le attività commerciali , industriali, artigiane e delle libere professioni. Tale elenco non ha carattere tassativo ma indica a titolo esemplificativo alcune fra le numerose e disomogenee attività economiche che costituiscono servizio. In via di estrema sintesi la prestazione di servizi consiste nell'esercizio di una attività economica non salariata in ambito transnazionale.<sup>37</sup> Venendo ai tratti fondamentali, occorre rimarcare che l'elemento preponderante del servizio<sup>38</sup> è la prestazione di un soggetto, ossia un'attività di *facere* e non di dare; mentre è preponderante il dare quando si verifichi il trasferimento di una produzione di beni<sup>39</sup>. Detta attività di dare , non essendo salariata, è da ricondursi, secondo i canoni del diritto del lavoro nazionale, nell'alveo del lavoro autonomo. Quest'ultimo ricomprende le attività di impresa e le prestazioni d'opera che si distinguono in base alla prevalenza o meno di un'organizzazione di mezzi<sup>40</sup>. Pertanto, quando l'operatività del soggetto risulta corredata da un esiguo e non qualificato utilizzo di mezzi organizzati, la prestazione di servizi corrisponde alla nozione di prestatore d'opera come intesa dall'ordinamento italiano. Tuttavia il diritto comunitario considera quest'ultima figura quale sottospecie del prestatore di servizi senza però dedicargli una disciplina specifica ma scegliendo di dettare una regolazione unitaria dei servizi e dello stabilimento rivolta, in quanto tale, a qualsiasi soggetto economico indipendente che li fornisca. Merita attenzione l'elemento della temporaneità che adduce particolare rilievo nella determinazione della distinzione fra il regime dei servizi e quello dello stabilimento: a tal riguardo viene spontaneo segnalare che non è semplice la distinzione fra le attività economiche di carattere temporaneo da quelle di natura stabile. Un tentativo di chiarimento può essere effettuata in virtù della ratio che sta alla base della duplicità di regimi ossia del differente grado di incardinamento nello Stato ospite,

---

<sup>36</sup> già art.50 TCe

<sup>37</sup> Foglia R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria* , in MGL(Massimario della giurisprudenza del Lavoro),2001, p.806

<sup>38</sup> Tizzano, A. *La libera circolazione dei servizi nella Cee. Profili generali*, in A. Tizzano, (a cura di),*Professioni e servizi nella Cee*, Cedam, 1985, p. 43.,visibile on line in [www.rivisteweb.it/download/article/10.1441/26974](http://www.rivisteweb.it/download/article/10.1441/26974)

<sup>39</sup> Mastroianni R, *La libera prestazione dei servizi*, in G. Strozzi, (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, 2005, p. 229.

<sup>40</sup> Perulli A., *Il lavoro autonomo*, Milano,A. Giuffrè, 1996, p. 39 ss.

stabile nel caso di stabilimento <sup>41</sup>e temporaneo o occasionale nel caso dei servizi. In quest'ultimo caso si esercita, entro i confini di un altro Stato membro, un'attività economica autonoma<sup>42</sup>.

Con il termine temporaneità non si indica semplicemente un lasso temporale ristretto, quantizzabile in via interpretativa, poiché la qualificazione di detto requisito abbisogna di una valutazione più articolata. Al fine di comprovarne la sussistenza, infatti, risulta indispensabile verificare che la partecipazione dell'interessato alla vita economica del paese ospitante non risulti né continuativa né stabile e che, in linea più generale, le attività da lui svolte non siano particolarmente frequenti o assidue. Ciò non esclude che egli possa disporre, in quel territorio, di una sede, purché essa si riveli strettamente indispensabile per l'espletamento delle sue attività. Secondo la giurisprudenza consolidata, quindi, i parametri fondamentali da analizzare in relazione alla temporaneità sono :la periodicità, la continuità, la frequenza e la durata.<sup>43</sup>

In dottrina M. Pallini<sup>44</sup> ha evidenziato che la nozione di “temporaneità” nella prestazione dei servizi ,adottata dalla Giurisprudenza della Cgce, ha posto in essere la criticità della direttiva 96/71/CE<sup>45</sup>. Secondo la Giurisprudenza della Corte l'impresa si avvale della libertà di circolazione dei servizi ogni qualvolta entri in un diverso Stato membro per svolgervi un servizio che abbia necessariamente un termine prevedibile, indipendentemente dal tempo necessario (anche pluriennale) per la sua prestazione dei servizi. La questione dell'incertezza del confine della temporaneità non è cosa da poco conto, anzi è determinante ai fini della collocazione di una determinata fattispecie dall'area della libertà di prestazione di servizi ,all'area della libertà di stabilimento. Nei

---

<sup>41</sup> Foglia R., *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 806.

<sup>42</sup> Si rammenta che la Corte, da alcuni decenni, ha sostenuto, con riferimento al differente ma per certi versi connesso profilo della residenza e della sede, che per effetto della libera prestazione dei servizi garantita dal Trattato “uno stato non può, esigendo la residenza nel proprio territorio, impedire la prestazione di servizi da parte di persone residenti in altro stato membro”.

<sup>43</sup> Cgce, 30 novembre 1995, C-55/94, Gebhard, Punti 27 e 28; Cgce, 13 febbraio 2003, C-131/01, Commissione c. Repubblica Italiana, Punto 22.

<sup>44</sup> Pallini M., *la tutela dell'“ordine pubblico sociale” quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, par. 2 Dalle “ragioni imperative d'interesse generale” all'“ordine pubblico” quali limiti alla libera circolazione dei servizi., in A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari 2009. Visibile on line [www.etui.org/content/download/2233/24576/file/pallini.pdf](http://www.etui.org/content/download/2233/24576/file/pallini.pdf)

<sup>45</sup> Testo della Direttiva 96/71/CE in italiano:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0071:IT:HTM>

Direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, sul distacco dei lavoratori effettuato nel quadro di una prestazione di servizi in sintesi si applica nella misura in cui le imprese, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano un lavoratore sul territorio di uno Stato membro a condizione che esista un rapporto di lavoro fra l'impresa che distacca e il lavoratore durante il periodo di distacco. La questione è approfondita nel paragrafo appositamente dedicato alla direttiva suddetta.

confronti della libertà di stabilimento vige la regola generale , fissata dall' art 57 TfU comma 2°secondo il quale “senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore di servizi può, per l'esecuzione della sua prestazione , esercitare a titolo temporaneo , la sua attività nello Stato membro ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini.”

Viene sottolineata la differenza tra temporaneità di prestazione dei servizi e temporaneità del distacco, la quale tra l'altro potrebbe coincidere o meno con la prima. Si pensi che a fronte di un contratto commerciale per la prestazione di servizi o per la fornitura dei lavoratori, vi potrebbero essere distacchi di lavoratori di durata coincidente con la prestazione dei servizi, ma anche più breve .<sup>46</sup>Avendo spiegato nel primo paragrafo la differenza tra efficacia orizzontale e efficacia verticale ritengo opportuno adesso affrontare la questione dell'effetto orizzontale degli art dal 49 e 56 TfU<sup>47</sup> .Il Capo 2 rubricato “diritto di stabilimento” del TfU non chiarisce se tali disposizioni tutelino i diritti dei soggetti attivi sul mercato non solo limitando i poteri degli Stati membri ma, anche limitando l'autonomia di altri soggetti privati.

La Corte di Giustizia europea per fortuna afferma che i soggetti privati non possono agire senza prendere in considerazione i diritti che derivano ad altri soggetti privati dalle norme sulla libera circolazione. Ogni limitazione alle libertà tutelate dal Trattato deve essere strettamente giustificata da ragioni imperative di interesse generale. In tal modo le libertà economiche subiscono il bilanciamento con i diritti sociali, con i quali debbono necessariamente conciliarsi. Il vantaggio derivante da questo bilanciamento è controbilanciato dalla circostanza che questa operazione avviene nell'ambito di una situazione normativa che non riconosce la parità dei diritti sociali fondamentali, ma che al massimo consente ai diritti sociali di porre limiti alle libertà economiche.<sup>48</sup> La Giurisprudenza comunitaria parla di ragioni imperative di interesse generale. “ A mali estremi, estremi rimedi,diversamente nulla” per dirla con le parole di William Shakespeare ( Amleto , Atto IV, scena III).

I limiti sono proporzionati e giustificati da ragioni imperative di interesse generale. L'art 56 TfU resta il parametro sulla base del quale, la Commissione ,la Corte e i

---

<sup>46</sup> Nel caso ,invece,di distacco temporaneo presso uno stabilimento dell'impresa del gruppo avente sede in altro Stato membro, l temporaneità del distacco resta del tutto indeterminata, onde la ricorrenza dell'ipotesi legale di prestazione di servizi resta sostanzialmente affidata alla valutazione discrezionale dei giudici(Lhernould,2005,p.1195).

<sup>47</sup> già.43 e 49 TCe

<sup>48</sup> Ballestrero M. V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*,WP C.S.D.L.E”Massimo D'Antona”.Int-55/2007, pag 20 e ss

Giudici nazionali devono valutare la conformità con il diritto comunitario delle norme nazionali in materia di lavoratori distaccati.

Il comportamento delle amministrazioni nazionali ha palesemente mostrato riluttanza nel recepimento del diritto europeo. Il problema della integrazione dei lavoratori dislocati è affrontato a rallentatore a causa del prevalere di un disordine regolativo. È emersa una forte criticità: “fare shopping”<sup>49</sup> fra le varie legislazioni anche in materia di lavoro, questo mette in serio pericolo gli aspetti sociali consolidati presso i singoli paesi dell’UE. Con la nascita della Comunità’Europa a 27 sono state infrante le certezze della “geografia tradizionale”. Questo evento ha voluto favorire una “geografia democratica”<sup>50</sup> che premeva per intervenire sui risvolti sociali e civili, sulle strategie territoriali , sul benessere della collettività. E’ sicuramente il risultato di un orientamento progressista , però il problema da affrontare era ed è il bilanciare il carico delle responsabilità e dei benefici tra i diversi paesi membri.

In assenza di regole ben definite, atte a scongiurare un uso indiscriminato della leva del dumping, il rischio di alimentare eventuali spinte alla concorrenza regolativa al ribasso tra i vari ordinamenti nazionali è destinato a crescere ora in misura anche maggiore, dato che l’Unione ha inglobato anche Romania e Bulgaria. Non vi è dubbio che l’ulteriore espansione dell’Europa a Est accentui ancora di più la diversità delle regole e lo squilibrio socio- economico tra i vari paesi. Si crea un potente incentivo per le imprese a impiegare manodopera proveniente dai paesi meno ricchi e a sfruttare il vantaggio competitivo derivante dal basso costo del lavoro. Il TCe vieta le restrizioni a tale libertà economica anche se relativa all’apertura di agenzie, succursali o filiali da parte di cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro all’ art 49 Tfu 2° comma. Il Trattato non solo impone allo Stato ospite di garantire che ai cittadini e alle imprese di uno Stato membro siano applicate le stesse condizioni del paese ospite, ma vieta allo Stato membro di origine di impedire ai suoi cittadini o alle imprese di stabilirsi in un altro Stato membro. Parte della dottrina<sup>51</sup> si chiede, se la questione che bisogna porsi in aggiunta all’originaria osservazione contro i comportamenti dello Stato e delle azioni imputabili a soggetti pubblici, debba vedere non solo restrizioni alle libertà di stabilimento e di circolazione di servizi poste in essere

---

<sup>49</sup> L’espressione è mutuata da Treu, *Il diritto del lavoro tra internazionalizzazione e segmentazione* , in Galgano , Cassese, Tremonti ,Treu, *Nazione senza ricchezza senza Nazione*, il Mulino, 1993, p.99

<sup>50</sup> Espressione di Pasquale Coppola, maestro di geografia, allievo di Domenico Ruocco e di Mario Fondi all’Università L’Orientale di Napoli, oggi purtroppo scomparso.

<sup>51</sup> Santagata R., in DLM (diritti lavori mercati,) 2006, 3 .p. 616: *la nuova direttiva sui servizi*



dagli Stati membri, ma anche restrizioni poste da comportamenti di soggetti privati, attraverso azioni collettive dei lavoratori. E' quanto avvenuto nel caso Viking: la compagnia di navigazione finlandese, pur avendo aperto una propria filiale in Estonia, aveva subito una limitazione indiretta delle proprie libertà economiche, in quanto, sotto la pressione della minaccia di uno sciopero da parte del sindacato finlandese, aveva dovuto concludere contratti collettivi con differenziali salariali più elevati rispetto a quelli estoni. La questione del caso sarà meglio approfondita nel successivo capitolo.

### **3 Fonti derivate che garantiscono la libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento.**

L'integrazione comunitaria dei lavoratori potrà avvenire percorrendo le strade dei "diritti di qualità", secondo un'espressione di U. Carabelli<sup>52</sup> che ritengo dia al meglio la via da seguire. «Nella nostra vita di tutti i giorni ci consideriamo membri di una serie di gruppi, e a tutti questi gruppi apparteniamo. La cittadinanza, la residenza, l'origine geografica, il genere, la classe, la politica, la professione, l'impiego, le abitudini alimentari, gli interessi sportivi, i gusti musicali, gli impegni sociali [...]. Ognuna di queste collettività, a cui apparteniamo simultaneamente, ci conferisce una identità specifica. Nessuna di esse può essere considerata la nostra unica identità o la nostra unica categoria di appartenenza» Amartya Sen<sup>53</sup>.

I diritti che regolano le comunità non vivono di vita propria ma sono i derivati del diritto positivo e del potere che li produce<sup>54</sup>. Solamente in virtù dell'obbligo della interpretazione conforme, a cui sono tenuti i giudici nazionali, nell'applicazione delle regole europee si potranno superare le difformità dovute alla presenza di diverse fonti. La Direttiva 96/71/CE, approvata il 16 dicembre 1996, regola le condizioni di lavoro di chi, per un periodo di tempo limitato, è occupato in uno Stato dell'Unione Europea diverso da quello dove di solito lavora. La Commissione dell'UE stima che ogni anno siano distaccati nei 27 Stati membri un milione di lavoratori<sup>55</sup>. Questa cifra

---

<sup>52</sup> Carabelli U: *una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa*, WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona". Int-49/2006, pag 33-128

<sup>53</sup> Sen A., *Identità e violenza*, Laterza, Roma-Bari, II ed., 2009, 6.

<sup>54</sup> Luciani M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in Pol. dir., 2000, pp. 380 ss.

<sup>55</sup> Commissione europea – Comunicato stampa, Maggiore protezione per i lavoratori distaccati, Bruxelles, 21 marzo 2012. Per ulteriori informazioni Sito web della DG EMPL sul distacco dei lavoratori: <http://ec.europa.eu/social/posted-workers>

risulta relativamente bassa (un milione i lavoratori dell'UE che su incarico dei rispettivi datori di lavoro si spostano per lavoro oltre frontiera), corrisponde allo 0,4% della forza lavoro europea. Il distacco assume però molta rilevanza nella prestazione di servizi altamente qualificati, come nel campo delle tecnologie dell'informazione.

Secondo uno studio realizzato per conto della Commissione dalla società Belga Idea Consult, i paesi europei da cui parte il maggior numero di lavoratori distaccati sono Polonia, Francia e Germania. Mentre nel primo paese a essere mandati all'estero sono prevalentemente i lavoratori che operano nel settore dell'edilizia, negli altri due paesi prevalgono gli occupati nei servizi e nell'industria. L'età media dei lavoratori distaccati è in genere abbastanza elevata in tutti e 27 gli Stati membri. Per quanto riguarda il livello di qualificazione i lavoratori distaccati da agenzie di lavoro temporaneo sono meno specializzati di quelli mandati all'estero dalle società.

Lo studio effettuato dalla società belga nota che i lavoratori distaccati hanno inciso sull'andamento dell'occupazione dei paesi che ne ospitano il maggior numero, perché in alcuni casi, i lavoratori locali sono stati licenziati dopo l'arrivo di personale dall'estero<sup>56</sup>. Il peso dell'andamento dell'occupazione dei paesi europei che ospitano lavoratori europei distaccati va attentamente tenuto sotto controllo al fine di non montare la storia "stranieri ladri di lavoro".

Credo che ricordare in questo momento gli scioperi degli operai inglesi che nel gennaio 2009 scesero in piazza contro i lavoratori italiani (circa 300) assunti dell'azienda siracusana IREM che aveva vinto una gara di appalto in una raffineria della Total nel Lincolnshire ci debba far capire quanto sia antiproducente per l'Europa chiudersi a riccio nelle convinzioni personali o di singoli partiti in merito al protezionismo dei lavoratori nazionali. In quella occasione si sono mossi i Sindacati per sostenere che la Total avrebbe dovuto dare la preferenza alle aziende e alla manodopera del posto, già colpita dalla crisi. La compagnia francese Total rispose che la società italiana si portò i suoi tecnici perché aveva bisogno di gente esperta e che nessun locale era stato licenziato. Non c'era stato quindi furto di posti di lavoro.

Nel 2010 l'azienda italiana Cmn, vincitrice di un subappalto nella centrale elettrica di Staythorpe, viene accusata di pagare la forza lavoro, per la maggior parte italiana, oltre mille sterline in meno rispetto all'accordo siglato tra il maggior sindacato britannico,

---

<sup>56</sup> Il lavoro in Europa Approfondimenti n. 3 – luglio 2011 (di Ornella Cilona, CGIL nazionale) [www.cgil.it/.../SegretariatoEuropa%5CNotiziarioIIIILavoroinEuropa SegretariatoEuropa\NotiziarioIIIILavoroinEuropa\\_3\\_2011.pdf](http://www.cgil.it/.../SegretariatoEuropa%5CNotiziarioIIIILavoroinEuropa SegretariatoEuropa\NotiziarioIIIILavoroinEuropa_3_2011.pdf)

UNITE, e l'Alston l'azienda a cui è stato assegnato l'incarico di costruire la nuova centrale di Stayhorpe.

Il fatto che questi lavoratori vengano sottopagati è la prova che i lavoratori locali del settore avevano remore genuine a temere sia di perdere il proprio posto di lavoro sia di dover accettare di perdere sul proprio stipendio migliaia di sterline se lo avessero mantenuto. Queste situazioni molto allarmanti per i lavoratori locali e per le economie interne sono il prezzo che i lavoratori, in primis, pagano per rispettare i criteri della strategia di Lisbona. Tali criteri stabiliscono che l'Unione europea si fondi su una economia basata sulla concorrenza più competitiva e dinamica del mondo.

Il risultato è che in nome della competitività vengono ridotti gli standard di garanzie di quei paesi che li avevano conquistati dopo lunghi anni di trattative tra governi e parti sociali. La riduzione degli standard di garanzie sminuisce drasticamente il valore del contratto di lavoro e la possibilità di intervento delle organizzazioni sindacali. Si precarizza totalmente la prestazione di lavoro anche attraverso nuove norme sul distacco dei lavoratori, senza considerare, per ultimo, ma non per minor peso, il pericolo di un incremento del mercato del lavoro gestito dalle organizzazioni criminali.

Ad oggi possiamo accertare la deregolamentazione più totale dei fornitori di servizi i quali stabiliscono la sede legale in quei paesi europei che richiedono minori requisiti legali e livelli di ispezione più bassi per le loro attività economiche. Sono spalancate le porte alla concorrenza predatoria. Delle multinazionali che aboliscono i prezzi minimi fissi, e i divieti di vendita sottocosto non si fidano i lavoratori e non dovrebbe fidarsi nemmeno l'Europa. La conseguenza è una pressione crescente sulle condizioni di lavoro, sui salari, sulla occupazione e sulla qualità del prodotto.

Una simile concorrenza ed competitiva porta a una crescita dei fallimenti di quelle aziende locali, trasparenti, sul mercato. Questi fallimenti se li accolla la Spesa Pubblica la quale deve provvedere ai costi per l'assistenza, come per esempio la Cassa integrazione, i costi ospedalieri per aumento di lavoratori licenziati che cadono in depressione o non possono più provvedere a garantire a se e alla propria famiglia il minimo vitale. Accenno per adesso ad uno specifico campo di competenza della Direttiva 96/71/CE dato che ne parlerò più analiticamente nello specifico paragrafo ad essa dedicato.

La Direttiva 96/71/CE stabilisce all'articolo 3 che ai dipendenti distaccati siano garantite le condizioni di occupazione e di lavoro previste dalle leggi e dai contratti in vigore nello Stato dove sono temporaneamente occupati in merito a: "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; d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro; f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione". Fra il 2007 e il 2008 quattro sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea hanno fornito un'interpretazione restrittiva di tale Direttiva, subordinando il principio del rispetto dei diritti del lavoro alla difesa della libertà economica. Ritengo opportuno fare riferimento a grandi linee, per adesso, a tre sentenze per fare un quadro dei fatti su cui si fondano le preoccupazioni dei lavoratori, cittadini eventualmente distaccati e anche quelle dei lavoratori nazionali minacciati dalla presenza di questi ultimi.

Le due sentenze più famose sono quelle relative ai casi Viking e Laval. Nel primo caso la Corte di Giustizia dell'UE ha deciso che un'impresa marittima finlandese (Viking) può battere bandiera estone e applicare ai propri dipendenti il contratto collettivo nazionale del paese baltico, anche se trasporta i passeggeri da e verso Helsinki e Tallinn, dando torto al sindacato finlandese che aveva chiesto per i dipendenti di Viking il rispetto del contratto collettivo nazionale. Nel secondo caso, la Corte ha autorizzato un'impresa lettone, Laval a costruire una scuola in Svezia, utilizzando lavoratori lettoni ai quali era applicato il contratto collettivo del proprio paese e non quello svedese, rigettando la richiesta avanzata dal sindacato di Stoccolma di applicare ai lavoratori lettoni il contratto collettivo in vigore in Svezia.

A queste due sentenze se ne è aggiunta un'altra riguardante il caso Ruffert, che ha confermato l'orientamento dei giudici comunitari, secondo i quali viene prima la libertà di concorrenza e poi il rispetto dei diritti del lavoro. La terza sentenza, appena citata, ha dato ragione a un'impresa polacca in subappalto, Ruffert, che pagava i lavoratori del proprio paese distaccato in Germania la metà di quanto stabilito dal contratto collettivo tedesco. Procederò nel secondo capitolo ad un esame dettagliato delle sentenze e degli orientamenti che ne sono derivati. Ritengo opportuno chiudere la parentesi e andare avanti con l'analisi di fonti derivate che garantiscono le libertà di cui fa menzione il titolo di questo paragrafo. Parleremo della Direttiva comunitaria seguita a quella del

dicembre 1996 cioè della la Direttiva “Servizi” o Bolkestein<sup>57</sup> .Tale Direttiva stabilisce un quadro giuridico generale per eliminare gli ostacoli alla libertà di insediamento dei fornitori di servizi e alla libera circolazione dei servizi in seno agli stati membri. Importante dire anche che all’art.4 definisce i SERVIZI come “ ogni attività economica che , secondo l’art. 57 TfU(già 50 TCe) si occupa di una fornitura di una prestazione oggetto di una contropartita economica”.

La nuova definizione di servizi è molto ampia. Non riguarda, però,i servizi erogati direttamente e gratuitamente dai poteri pubblici, ossia i servizi di interesse generale gestiti dallo Stato nell’ambito della sua politica sociale. Quindi si comprende che la Direttiva Bolkestein non ha come obiettivo quello di facilitare la circolazione all’interno dell’Unione europea dei servizi sociali. Le liberalizzazioni di servizi in Europa si concentra solamente per la crescita competitiva e dinamica di servizi retribuiti o a pagamento.

La caratteristica della remunerazione è assente nel caso di attività prestate , senza corrispettivo, dallo Stato in adempimento dei suoi obblighi sociali, culturali ,educativi e giuridici. Tali attività non rientrano nell’ambito della presente direttiva, tuttavia la fruizione di un gran numero di servizi pubblici è subordinata al pagamento di un corrispettivo o tassa come è il caso ad esempio dell’emittenza radiotelevisiva pubblica, delle attività di trasporto, biblioteche , piscine pubbliche , servizi di raccolta e smaltimento rifiuti, teatri , musei , asili nido, scuole medie superiori , Università , ospedali e cimiteri. Lo stesso vale per le istituzioni che lavorano per il bene comune , dal volontariato nei servizi sociali alle agenzie di ispezione tecnico.<sup>58</sup>

Poiché in base al criterio della remunerazione , la maggior parte delle loro attività può essere considerata attività economica , rientrano anch’esse nell’ambito di applicazione della direttiva 2006/123/Ce. Le sole attività che possono essere escluse con certezza sono quelle fornite totalmente senza remunerazione alcuna.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> La direttiva Bolkestein,definita dal nome del Commissario europeo per la concorrenza e il mercato interno, formalmente direttiva 2006/123/CE.E’ la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio dell’Unione Europea relativa ai servizi nel mercato interno, presentata dalla Commissione Europea nel febbraio 2004. La direttiva è stata definitivamente approvata da Parlamento e Consiglio, profondamente emendata rispetto alla proposta originaria, il 12 dicembre 2006, divenendo la direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006. La direttiva è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea (L 376) il 27 dicembre 2006<sup>[1]</sup> ed è stata recepita dall’Italia mediante il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 94 del 23 aprile 2010.

<sup>58</sup> *La Direttiva UE sui Servizi* di Thomas Fritz, Gruppo di lavoro di Berlino su ambiente e sviluppo-BLUE 21, pag 4-5

<sup>59</sup> Per esempio quelle fornite gratuitamente da associazioni finanziate dai soci sottoscrittori o da donazioni

La Camera rappresentativa dei Lander tedeschi ha criticato in modo esplicito la vastità dell'ambito. Ha sottolineato che la fornitura di servizi di interesse generale è essenzialmente materia degli Stati membri nel campo dei servizi di interesse generale.

Tra i sostenitori della Direttiva Bolkestein si annoverano dieci nuovi stati membri e il Regno Unito e gruppi politici di estrazione liberale che ritengono poco infondati i timori di dumping sociale perché ritengono che tutti i paesi europei presentano un livello di tutela sociale più che sufficiente. E' vero, le implicazioni della Direttiva 2006/123/Ce sul diritto del lavoro sono praticamente del tutto escluse. Esso è regolamentato dalla direttiva 96/71/Ce. Parlerò a breve in maniera più approfondita.

La direttiva Servizi è organizzata su tre ambiti, concernenti l'eliminazione degli ostacoli alla libertà di stabilimento, l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e, infine, l'instaurazione della fiducia reciproca tra stati membri. Questa direttiva per quel che riguarda la libertà di stabilimento intende semplificare le procedure amministrative, eliminare l'eccesso di burocrazia e soprattutto evitare le discriminazioni basate sulla nazionalità per coloro che intendono stabilirsi in un altro paese europeo per prestare dei servizi.

Per raggiungere questi obiettivi propone la creazione di sportelli unici dove i prestatori di servizi possano portare a termine tutte le formalità necessarie, la possibilità di espletare queste procedure via internet, attraverso strumenti che consentano di firmare i documenti elettronicamente con una firma elettronica avanzata XML, CMS o PDF l'eliminazione di requisiti burocratici inutili, autorizzazioni discriminatorie e discriminazioni basate sulla nazionalità. Altro ambito su cui è organizzata la Direttiva Bolkestein è quello della libera circolazione dei servizi. Questo si differenzia dallo stabilimento perché riguarda i casi di chi si sposta temporaneamente da un paese all'altro con l'obiettivo di fornire un servizio limitatamente nel tempo. In questi casi non sono necessarie le registrazioni che si compiono nel caso dello stabilimento, ma si deve decidere a quale legge risponde chi attraversa le frontiere con questo scopo. L'atto comunitario che stiamo esaminando, nel progetto iniziale, adottava il principio del paese di origine, secondo il quale un prestatore di servizi che si sposta in un altro paese europeo deve rispettare la legge del proprio paese di origine.

Questo per incoraggiare i prestatori di servizi a spostarsi senza doversi informare su 27 diverse legislazioni nazionali. Il principio del paese d'origine è stato totalmente abbandonato nella versione definitiva della direttiva in quanto molto criticato. Secondo

questo principio , un fornitore di servizi è sottoposto alla legge del Paese in cui ha sede l'impresa e non a quella del Paese dove fornisce il servizio.

Con esso si rinunciava ad una pratica consolidata nella costruzione europea, mi riferisco a quella dell'armonizzazione. Spiego perché. Il principio del paese d'origine riguarda principalmente aspetti legali quali diplomi, regolamenti, necessità di autorizzazioni particolari. Ne è quasi del tutto escluso il diritto del lavoro, che è già regolamentato dalla direttiva 96/71/CE. Sono dunque escluse dal principio del paese d'origine tutte le tutele fondamentali dei diritti dei lavoratori, compreso il salario minimo, salute, igiene, sicurezza, diritti delle gestanti e puerpere, diritti di bambini e giovani, parità di trattamento tra uomo e donna, ferie retribuite. Restano soggetti al principio del paese di origine il diritto di sciopero, le condizioni di assunzione e di licenziamento, gli oneri previdenziali. Dicevo, poco prima ,che sono state apportate delle modifiche al progetto iniziale e si è raggiunto l'accordo su un testo di compromesso che elimina del tutto il principio del paese di origine e inserisce numerose eccezioni e protezione per evitare ogni possibile riduzione della tutela sociale.

Il Nuovo testo distingue l'accesso ai mercati europei, che deve essere il più possibile libero e deregolamentato,dall'esercizio delle attività dei servizi , che devono essere quelle del paese di destinazione per non interferire con gli equilibri dei mercati locali. Vengono esplicitate numerose eccezioni. La Direttiva non riguarda la privatizzazione e l'abolizione dei monopoli mi riferisco ai servizi finanziari, le reti di comunicazione elettronica , i servizi di trasporto , il settore fiscale. Dobbiamo aggiungere che non riguarda neanche i servizi di interesse generale,ossia gestiti dallo Stato nell'ambito della sua politica sociale, ma viene aggiunta , nella versione finale, la possibilità di escludere alcuni servizi di interesse economico generale.

Questo deve farci riflettere, sulla quasi sicura apertura, anche in questa ultima formulazione ,alle pressioni che le multinazionali da anni esercitano per entrare selvaggiamente nei servizi pubblici distruggendo lo stato sociale. Ultima cosa, viene ribaltato l'obbligo di controllo sull'attività di prestazione temporanea di servizi.

Ora è lo Stato di destinazione a garantire il rispetto del proprio diritto nazionale. Gli Stati membri avrebbero dovuto recepire la direttiva nei rispettivi ordinamenti nazionali entro il 28 dicembre 2009. La commissione europea ha pubblicato un manuale di attuazione della direttiva destinato ai governi nazionali. L'Italia ha formalmente recepito la stessa dopo la scadenza il 26 marzo 2010 con D.lgs n 59

## **4 La libera circolazione dei lavoratori nel quadro della libera prestazione dei servizi.**

La libera circolazione dei lavoratori determina una mobilità dei soggetti migranti regolata espressamente sia dagli atti del diritto derivato, cito Direttiva n 68/360 del 15 ottobre,<sup>60</sup> sia dai Trattati. Quando si vuole far riferimento alla forma classica di libera circolazione dei lavoratori subordinati, in senso proprio e stretto, si parla di "mobilità verso l'impiego"<sup>61</sup> disciplinata dall'art 45 TfU<sup>62</sup>. In origine, soprattutto nei Trattati, la distinzione fra le libertà di circolazione dei servizi e di circolazione dei lavoratori era, dal punto di vista concettuale, estremamente marcata. Difatti si prevedeva che solo un numero esiguo di lavoratori, quelli specializzati nel montaggio di impianti e macchinari, dovesse rientrare nel regime regolativo dell'art. 56 TfU.<sup>63</sup> Tutte le prestazioni di lavoro, anche di carattere stagionale o temporaneo, che venivano eseguite in un paese differente rispetto a quello di residenza, erano sottoposte alla disciplina dettata dall'art. 45 TfU, e quindi al principio di pari trattamento in esso contenuto.

La libertà di circolazione dei lavoratori implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro. Essa, inoltre, fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, comporta il diritto: a) di rispondere a offerte di lavoro effettive; b) di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri; c) di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgere un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali; d) sia infine di rimanere, a condizioni che costituiranno l'oggetto di regolamenti di applicazione stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego.

Nel tempo, numerosi regolamenti comunitari si sono occupati di disciplinare la libera circolazione dei lavoratori al fine di dare attuazione ai diritti elencati prima ai punti a,

---

60 Direttiva n 68/360 del 15 ottobre 1968, relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della comunità, e il regolamento n 1612 del 1969, ora abrogati con effetto dal 30 aprile 2006 dalla direttiva 2004/38/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, vedi Rocella M. Treu T. pag 76, diritto del lavoro della Comunità europea CEDAM 2007

<sup>61</sup> Giubboni S.: *libertà di circolazione dei lavoratori* URGE WP 1/2009 Pag..2

<sup>62</sup> Ex art 39 TCe, sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione

<sup>63</sup> ex art.49 TCe, sulla libera prestazione dei servizi all'Interno dell'Unione



b, c, d, che tale libertà garantisce. Alcuni regolamenti prevedono che ogni cittadino di uno Stato comunitario, qualunque sia il suo luogo di residenza, ha il diritto di accedere ad un'attività subordinata e di esercitarla sul territorio di un altro Stato comunitario, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali di detto Stato;

Altri dispongono che il lavoratore comunitario, in particolare, sul territorio di un altro Stato comunitario, goda della stessa precedenza riservata ai cittadini di detto Stato, per l'accesso agli impieghi disponibili; Non dimentichiamo poi quelli che prevedono che ogni cittadino di uno Stato comunitario o ogni datore di lavoro che esercita un'attività sul territorio di uno Stato comunitario possono scambiare le loro domande e offerte d'impiego, concludere contratti di lavoro e darvi esecuzione, conformemente alle vigenti disposizioni legislative, regolamentari e amministrative senza che possano risultarne discriminazioni.

La disciplina regolamentare comunitaria riguarda anche espressamente divieti. A voler fare alcuni esempi non sono applicabili le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e le pratiche amministrative di uno Stato comunitario che limitano o subordinano, a condizioni non previste per i nazionali, la domanda e l'offerta d'impiego, l'accesso all'impiego ed il suo esercizio da parte degli stranieri ovvero che, sebbene applicabili senza distinzione di nazionalità, hanno per scopo o effetto esclusivo o principale di escludere i cittadini degli altri Stati comunitari dall'impiego offerto.

Qualora i singoli Stati membri adottino comportamenti normativi in violazione di tali divieti regolamentari, gli stessi regolamenti comunitari stabiliscono l'inapplicabilità delle disposizioni o pratiche dello Stato comunitario.

Non possono essere applicate tutte le norme o pratiche interne di un paese dell'Unione che rendono obbligatorio il ricorso a procedure speciali di reclutamento di manodopera per gli stranieri; Non si può dare attuazione neanche a quelle che limitano o subordinano a condizioni diverse, da quelle applicabili ai datori di lavoro che esercitano la loro attività sul territorio di detto Stato, l'offerta di impiego per mezzo della stampa o con qualunque altro mezzo;

Non possiamo dimenticare che non si applicano nemmeno le disposizioni che subordinano l'accesso all'impiego a condizioni d'iscrizione agli uffici di collocamento, od ostacolano il reclutamento nominativo di lavoratori, quando si tratta di persone che non risiedono sul territorio di detto Stato.

Il punto che mi preme sottolineare adesso per centrare l'argomento che il titolo di questo paragrafo ha<sup>64</sup> è che la distinzione prima marcata, fra la libertà di circolazione di servizi e libertà di circolazione di lavoratori, con il trascorrere degli anni è venuta meno. Si è creata una sovrapposizione delle due libertà, ossia quella di circolazione dei lavoratori e quella di prestazione dei servizi. Si è finito per assoggettare la mobilità temporanea dei lavoratori non più alle disposizioni dell'art.45TfU ,che si occupa della libera circolazione dei lavoratori ma a quelle dell'art. 56 TfU, che riguarda la libera prestazione di servizi.

Quest'ultima libertà determina situazioni di mobilità del lavoro e comporta dunque , l'individuazione di soluzioni tecnico normative volte a risolvere il problema dell'attuazione del diritto del lavoro di uno stato ospite poiché quest'ultimo problema costituisce una barriera, di natura giuridica, per l'accesso e la circolazione dei lavoratori di un altro Stato dell'Unione Europea. Detto questo credo sia più facile comprendere le conseguenze dell'assoggettamento della mobilità temporanea dei lavoratori all'art.56 TfU. Dalla sovrapposizione dell'art.45 TfU verso 56 TfU derivano le criticità su cui ancora oggi la dottrina si dibatte e con le quali abbiamo a che fare concretamente Sono dunque in discussione sia le fonti di trasposizione della direttiva<sup>65</sup>, sia la Direttiva stessa 96/71/CE. La base giuridica del provvedimento n. 96/71/Ce non risiede nelle prestazioni sociali dei Trattati comunitari, quello che possiamo auspicarci è che gli Stati membri lavorino sul piano interpretativo della Direttiva piuttosto che sul piano assai più incerto della sua riforma.<sup>66</sup>

Le prestazioni di lavoro espletate da un dipendente e quelle svolte nell'ambito di un appalto ,cioè di una prestazione di servizi, secondo la dicitura comunitaria, sono separate da un filo assai sottile. La differenza diventa spesso impercettibile dato che nella maggior parte dei casi il servizio tende a coincidere con il lavoratore che lo presta. La complessità che ne segue consiste nella difficoltà a discernere fra prestazioni di servizi e mobilità transnazionale dei lavoratori. Di conseguenza , sul versante del regime giuridico , risulta impervio decidere se ai lavoratori provenienti da un altro Stato membro vadano applicate le norme del paese d'origine art. 56TfU , e se nei confronti

---

<sup>64</sup> La libera circolazione dei lavoratori nel quadro della libera prestazione dei servizi

<sup>65</sup> Mi riferisco alle sentenze con le quali la Corte di Giustizia è pervenuta al risultato che ha condotto a disciplinare la mobilità temporanea dei lavoratori non più in forza dell'art. 45 TfU ma alla stregua dell'art. 56 TfU: caso Viking, caso Laval , caso Ruffert

<sup>66</sup> S. Sciarra , *Diritti collettivi e interessi transnazionali*, pag. 33, in A. Andreoni, B. Veneziani. *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, Milano 2000

degli stessi vadano applicate tutte le disposizioni vigenti nel territorio ove forniscono il servizio art. 45 Tfu .<sup>67</sup>

## **5 La Direttiva 1996/71/Ce e il problematico raccordo con la libera circolazione dei lavoratori o dei servizi**

La Direttiva 96/71/CE è fonte comunitaria derivata che definisce lo status e il trattamento giuridico dei lavoratori che si spostano all'interno del Mercato comune. Costituisce il naturale precedente all'esercizio della libertà di concorrenza. Essa non ha come finalità quella di "armonizzare il contenuto sostanziale di norme vincolanti dei singoli Stati membri".<sup>68</sup> Spetta agli Stati membri determinare le norme vincolanti, che tutelano i lavoratori distaccati, nella sfera della protezione minima detta nocciolo duro<sup>69</sup> o hard core.

E' necessario che ciascuna entità nazionale crei una catena istituzionale da cui dipende l'osservanza degli obblighi degli Stati membri. Quindi il problema di fondo che ciascun paese deve affrontare è stabilire quali norme applicare. La tal cosa deve essere preceduta dall'analisi del problema della loro qualificazione giuridica e seguita dalla istituzionalizzazione della procedura perché deve essere adottata in modo omogeneo . Questo costituisce un primo passo da compiersi per migliorare la protezione contro lo sfruttamento e l'arbitrio del più forte. Come ho detto poc'anzi, l'atto comunitario in questione definisce lo status e il trattamento giuridico dei lavoratori che si spostano all'interno del Mercato comune. Quando si vogliono designare le fattispecie di distacco della manodopera nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi si parla di "mobilità all'interno dell'impiego."<sup>70</sup> Queste fattispecie trovano la loro disciplina generale nell'orbita dell'art.56 Tfu, e , invece , la disciplina di dettaglio, quanto ai profili di rapporto di lavoro, nella Direttiva 96/71/CE.

Ricordiamoci che abbiamo detto nel paragrafo precedente che quando si vuole far riferimento alla forma classica di libera circolazione dei lavoratori subordinati, in senso proprio e stretto ,si parla di" mobilità verso l'impiego"<sup>71</sup> disciplinata dall'art 45 Tfu. Grazie a questa distinzione risalta immediatamente il rapporto di diretta tensione tra

---

<sup>67</sup> Considerando 37 e art 4.5 della Direttiva 96/71/CE

<sup>68</sup> Corte di Giustizia Ce C-341/05

<sup>69</sup> V. per tutti Rocella e Treu 2007 da pag 142 a pag 151 nel dettaglio art.3.1 Direttiva n. 96/71/Ce

<sup>70</sup> Giubboni S.:*libertà di circolazione dei lavoratori e libera prestazione di servizi nell'ordinamento comunitario* URGE WP 1/2009 pag 5 e ss

<sup>71</sup> Cfr.Ult.op.cit. Giubboni S., URGE WP 1/2009 pag 2 e ss

l'esercizio delle libertà economiche di stabilimento e di prestazione di servizi nel mercato interno, da un lato, e il rispetto dell'autonomia dei sistemi nazionali di diritto del lavoro dall'altro. Tentiamo di fare un'analisi storica della nascita dell'attrito dovuto alla effettiva realizzazione delle libertà economiche e il rispetto dell'autonomia dei singoli sistemi nazionali del diritto del lavoro . Solo così comprendiamo che l'operazione ,avviata dalla Corte di Giustizia europea alla fine degli anni '80 del secolo scorso e poi perfezionata dallo stesso legislatore comunitario con la direttiva 96/71/CE ,segna una svolta nelle modalità di governo e di trattamento giuridico del fenomeno migratorio all'interno della comunità.<sup>72</sup>

La motivazione di tale svolta si può vedere nella sottrazione della mobilità temporanea, realizzata nella forma del distacco, alla sfera applicativa dell'art45 TfU <sup>73</sup>.La materia in questione viene attratta nell'orbita dell'art. 56 del TfU<sup>74</sup>. Tale operazione finisce per aprire la stessa regolazione del mercato del lavoro e del rapporto di lavoro subordinato alla delicatissima dialettica tra home state e host state control. Tale relazione sino ad allora era stata relativamente preservata dalla incursione delle libertà economiche protette dal Trattato. E' il caso di spiegare meglio la dialettica tra home state ( Stato d'origine ) e host state control ( controllo del paese ospitante).Quest'ultimo costituisce una barriera di natura giuridica per l'accesso e la circolazione dei lavoratori di un altro Stato dell'UE. Possiamo dire che host state control realizza una funzione economica di protezione da forme di distorsione della concorrenza tese a lucrare sui differenziali di protezione sociale esistenti tra gli Stati membri. Suo obiettivo è preservare prima di tutto l'autonomia legislativa dei legislatori e delle parti sociali nazionali. Proteggere i diritti del lavoro nazionale da forme di armonizzazione negativa guidate da pure logiche di mercato.La libera prestazione dei servizi determina situazioni di mobilità del lavoro, e comporta dunque l'individuazione di soluzioni tecnico normative, volte a risolvere il problema dell'attuazione del diritto del lavoro di uno Stato ospite.

La Direttiva 96/71/Ce mira a disciplinare i casi di circolazione del lavoro sotto forma di prestazione di servizi in ambito transnazionale,ambendo a istaurare tra le imprese un regime di leale concorrenza. Questa condotta dovrebbe assicurare una tendenziale parità di trattamento fra le imprese che svolgono una prestazione di servizi transnazionale e

---

<sup>72</sup> Giubboni S. e Orlandini G, *la libera circolazione dei lavoratori nell'UE. Principi e tendenze*, Bologna , il Mulino , 2007

<sup>73</sup> Già art 39 TCe sulla libera circolazione dei lavoratori

<sup>74</sup> Già 49TCe sulla libera prestazione dei servizi

quelle del paese ospitante.<sup>75</sup> Si comprende così perché la delimitazione delle condizioni di lavoro applicabili al soggetto distaccato rappresentano il tentativo di giungere al bilanciamento fra tutela del lavoro e libertà economiche. Tali regole rispondono sì alla necessità di scongiurare la sopravvenienza di pratiche di dumping sociale che potrebbero creare storture funzionali del mercato concorrenziale<sup>76</sup>, ma la stessa Direttiva 96/71/Ce, al Considerando 5, sottolinea che “Un mercato interno deve innanzitutto prevedere misure di garanzia per la tutela dei diritti del lavoratore e in seconda istanza fondarsi sul principio della leale concorrenza”. Questo lo rende idoneo a garantire la libera circolazione di prestazione di servizi e di conseguenza, nello specifico, idoneo a garantire il distacco dei lavoratori in uno Stato membro diverso da quello da cui abitualmente risultano impiegati.

All’origine della Direttiva 96/71/CE c’è un’operazione di scorporo delle ipotesi di mobilità temporanea dei lavoratori che si realizzano nell’ambito di una prestazione transnazionale di servizi, dall’art 45 TfU verso la sfera dell’art 56TfU. Semplificando un discorso assai complesso, può dirsi che detta operazione si sia realizzata in due tappe successive che è opportuno ora ripercorrere, sia pur brevemente, onde meglio inquadrare ratio e contenuti della direttiva sul distacco<sup>77</sup>. La prima tappa è contenuta, in principio, nelle sentenze Webb e Seco della Corte di Giustizia<sup>78</sup> e si perfeziona a qualche anno di distanza con la nota pronuncia Rush Portuguesa<sup>79</sup> che è la causa prossima, per così dire, della proposta della Commissione, poi sfociata nella direttiva sul distacco.

Già nelle prime due citate sentenze la Corte aveva dovuto affrontare la questione se fosse compatibile con l’art 56 TfU, (già 49 TCe) l’integrale applicazione, al prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, della normativa di tutela del lavoro del paese ospitante. Sin da quella prima occasione, la Corte aveva affermato che il divieto di discriminazione nello Stato di destinazione, sancito dall’art 45 TfU (già 39 TCe) “non implica tuttavia che qualsiasi disciplina nazionale, che si applichi ai cittadini di tale Stato e si riferisca normalmente ad una attività permanente delle imprese in tale Stato, possa essere integralmente applicata anche ad attività di carattere temporaneo

---

<sup>75</sup> Davies P. Posted Workers: *single market or procreation of National labour*, in Com.Mar.Rev.,1997, p.573 e ss

<sup>76</sup> Orlandini G., *la disciplina comunitaria*, pag 465, [www.urge.it/files/186\\_giubboni-orlandini.pdf](http://www.urge.it/files/186_giubboni-orlandini.pdf)

<sup>77</sup> Cfr Carabelli U.2006, *ult. op. cit.*: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE, Working Paper C.S.D.L.E”Massimo D’Antona” INT-49/2006.

<sup>78</sup> rese rispettivamente nel 1981 e nel 1982 nelle cause 279/80 e 62-63/81

<sup>79</sup> causa C-113/89

esercitate da imprese aventi sede in altri Stati membri”<sup>80</sup>. Il distacco dei lavoratori nell’ambito della prestazione dei servizi veniva chiaramente inquadrato nell’ottica dell’art 56TfU ( già art 49 TCe) e si delineavano poi in coerenza , seppure ad una prospettiva che poteva dirsi ancora interna al tradizionale giudizio antidiscriminatorio<sup>81</sup>, anche i primi elementi del test di necessità e proporzionalità, che sarebbe stato successivamente perfezionato dalla Corte . Tutto ciò si giustificava ai fini della verifica della conformità al Trattato Ce dell’applicazione della normativa lavoristica del paese di destinazione al prestatore di servizi stabilito in altro Stato membro.

La libera prestazione dei servizi è una libertà economica fondamentale dell’ordinamento comunitario .La stessa avrebbe potuto essere limitata solo da norme nazionali giustificate da un pubblico interesse .E’ tale certamente quello rivolto alla tutela dei lavoratori subordinati , solo nella misura in cui tale interesse non risultasse garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello Stato membro d’origine<sup>82</sup>.L’operazione di scorporo della fattispecie del distacco dall’ art. 45 TfU ( già 39 TCe ) con contestuale riconduzione all’art.56 TfU ( già 49 TCe) , si perfeziona più tardi con la sentenza Rush Portuguesa .

Questa getta più immediatamente le basi concettuali della futura direttiva. In essa , infatti, da un lato si chiarisce definitivamente che i lavoratori distaccati , non fanno accesso diretto al mercato del lavoro del paese temporaneamente ospitante , ma seguono il datore che svolge ( art. 56 TfU) la prestazione transnazionale di servizi restando stabilito nel proprio Stato di origine<sup>83</sup>.A differenza dei lavoratori migranti che ai sensi dell’ art. 45 TfU fanno accesso diretto al mercato del paese ospitante.

Da un altro aspetto si afferma che , seppure nel rispetto della libertà di prestazione di servizi, il Diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l’applicazione delle loro leggi e dei contratti collettivi a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo , nel loro territorio , indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro<sup>84</sup>.

E’ appunto nel tentativo di sciogliere la irriducibile ambiguità di tale ultima affermazione di principio che la Commissione assume l’iniziativa di proposta legislativa poi sfociata nell’adozione della Direttiva 96/71/CE. Non si comprenderebbe tuttavia

---

<sup>80</sup> Così sentenza Webb punto 16 causa 279/80

<sup>81</sup> Giubboni S. ,Libetà di circolazione dei lavoratori in URGE WP 1/2009, pag 4

<sup>82</sup> Così sentenza Webb punto 17.

<sup>83</sup> Così sentenza Webb punto 15

<sup>84</sup> Così sentenza Webb punto 18

adeguatamente il quadro nel quale la Direttiva suddetta è venuta a innestarsi, se non si desse immediatamente conto dell'altra tappa della operazione di riconduzione del distacco dei lavoratori nell'orbita dei principi sulla libertà di prestazione dei servizi.

In tale seconda tappa, la Corte di Giustizia, in maniera netta con la sentenza Sager<sup>85</sup> ha stabilito che l'art 56 Tfu non vieta solo le discriminazioni dirette o indirette a danno del prestatore, ma colpisce altresì qualsiasi misura in grado di ostacolare o intralciare o rendere comunque meno attraente la prestazione di un servizio transnazionale, impedendo o rendendo più gravoso al titolare della libertà, l'accesso al mercato di un altro Stato membro.

In presenza di una prestazione di servizi solo temporanea, e quindi con un collegamento non stabile col territorio dello Stato membro di destinazione dell'attività economica, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, anche se necessario, non appare di per sé sufficiente a garantire un effettivo accesso al mercato dell'operatore straniero.

E' evidente, infatti, come la sottoposizione del prestatore di servizi ai requisiti regolativi imposti dallo Stato di destinazione, (oltre che a quelli previsti dal paese di origine), sia idonea, ad ostacolare le effettive possibilità di accesso al mercato dell'operatore straniero e a restringere la libera circolazione della prestazione nello spazio comunitario. Questa limitazione alla libera circolazione della prestazione avviene indipendentemente dalla presenza di pressioni discriminatorie.

L'effettiva realizzazione di un Mercato europeo dei servizi richiede, perciò, secondo l'impostazione accolta dalla Corte, anche il superamento degli ostacoli frapposti dalle misure nazionali indistintamente applicabili, andando oltre il divieto di discriminazione e il principio della parità di trattamento tra gli operatori economici.<sup>86</sup> Il nuovo corso interpretativo, passando da un approccio basato sul test anti-discriminatorio ad un approccio centrato sul principio del libero accesso al mercato comune dei servizi, estende il sindacato della Corte virtualmente ad ogni misura nazionale in grado di ostacolare, anche solo potenzialmente la libertà riconosciuta dall'art. 56 Tfu.

Dopo questi chiarimenti, appaiono evidenti le ripercussioni di tale generale e innovativa affermazione di principio con riferimento al tema della protezione assicurabile ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi nel rispetto dell'art. 56 Tfu.

---

<sup>85</sup> causa C-76/90

<sup>86</sup> Orlandini G., 2006, Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo, Europa e dir. priv. pag 947 ss

Alla stregua di tale principio ,anche l'impostazione del rispetto delle norme di diritto del lavoro dello Stato di destinazione del servizio diventa , in linea di massima,un ostacolo , ai sensi dell'art. 56TfU : se esse sono più favorevoli per il lavoratore di quelle dello Stato dove ha sede l'impresa che distacca il lavoratore, la loro applicazione aumenta i costi di esportazione gravanti su quest'ultima.

E' vero che si tratta di un ostacolo, prima facie, legittimato dall'esigenza di garantire un'adeguata tutela del lavoratore subordinato impiegato nella prestazione transnazionale di servizi . Per questo motivo ,l'applicazione delle norme lavoristiche del paese di destinazione del servizio ai lavoratori dipendenti dalle imprese straniere che li distaccano può in tal senso rappresentare una deroga giustificata al principio della libera circolazione (art 56TfU), per l'appunto fondata su quelle esigenze imperative di interesse generale tra le quali la Corte ammette senz'altro la tutela dei lavoratori<sup>87</sup>. Dovrà ,tuttavia ,accertarsi caso per caso in primo luogo che la norma interna che uno Stato intende applicare ai lavoratori stranieri temporaneamente distaccati, in primo luogo sia necessaria a tutelare i loro interessi<sup>88</sup> . In secondo luogo costituisca una restrizione proporzionata al fine perseguito, ovvero una misura che non incida oltre il dovuto sulla libertà del prestatore del servizio, come accadrebbe nell'ipotesi in cui lo stesso risultato sia conseguibile con misure meno restrittive. Si parla di attuare misure necessarie e proporzionate. A questo punto risulta sufficientemente delineato il quadro risultante dall'operazione di riconduzione nell'orbita dell'art.56 TfU di tutte quelle forme di mobilità all'interno del'impiego .E' in questo contesto che viene a iscriversi la Direttiva n. 96/71/CE adottata sulla base degli art.53 par 2 e 62 TfU<sup>89</sup>.

La mobilità dei lavoratori che si realizza nell'ambito di una prestazione trans nazionale di servizi resta attratta nell'art 56 TfU ( già 49 TCe).

Questo esige la tendenziale applicazione della legge del paese di origine , e si può applicare la disciplina protettiva dello Stato di destinazione solo nei limiti consentiti dal test di necessità e proporzionalità.

---

<sup>87</sup> Giubboni S.:libertà di circolazione dei lavoratori, par 3, pag 7 in URGE WP 1/2009

<sup>88</sup> il che è da escludere nel caso in cui questi siano garantiti in maniera sostanzialmente equivalente dalla normativa dello Stato di origine.

<sup>89</sup> Ex art 47 par 2TCE (ora 53) : per quanto riguarda le professioni mediche , paramediche e farmaceutiche , la graduale soppressione delle restrizioni è subordinata al coordinamento delle condizioni richieste per il loro esercizio nei singoli Stati membri;

Ex art. 55 TCE (ora 62):le disposizioni degli art. da 51 a 54 inclusi sono applicabili alla materia regolata dal presente capo(3 , servizi ,TFUE)



Solamente la libertà di circolazione dei lavoratori( mobilità verso l'impiego)<sup>90</sup>è governata dal principio del trattamento nazionale previsto dallo Stato di accoglienza in favore del migrante( 45 TfU).Alla direttiva 96/71/CE è affidato il delicato e difficile compito di concorrere ad individuare il quantum di protezione da assicurare , nello Stato ospitante , ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione intracomunitaria di servizi,compatibilmente con i principi sottostanti all'art 56 TfU .

Il legislatore comunitario si è perciò mosso lungo una sottile e scivolosa linea di compromesso tra istanze tra loro in tendenziale conflitto, e in questa linea , il comportamento tra l'esigenza di promuovere la libera prestazione di servizi , da un lato , e quella di difendere i sistemi nazionali di diritto del lavoro dalla destabilizzazione potenzialmente derivante da forme sleali di concorrenza basate sul dumping sociale.

La soluzione auspicata <sup>91</sup>dal compromesso passa proprio attraverso la determinazione della misura di protezione che deve o può essere legittimamente assicurata al lavoratore distaccato secondo la legge o la contrattazione collettiva in vigore nel paese di destinazione. Il riferimento alle norme imperative di protezione minima, che vigono nel paese che ospita il lavoratore distaccato, se sono più vantaggiose per il lavoratore migrante rispetto a quelle che vigono nel paese di origine , rappresentano sicuramente una criticità da superare. Il coordinamento deve partire muovendo dal modello host state control altrimenti azioni spontanee di protesta verranno indette dai lavoratori europei contro altri lavoratori europei. Non dimentichiamo le proteste dei lavoratori inglesi contro i lavoratori italiani distaccati nell'ambito di una libera prestazione citate nel paragrafo 3 di questo capitolo.

---

<sup>90</sup> Giubboni S. : libertà di circolazione dei lavoratori,Parg 2 , la mobilità verso l'impiego, pag 2, URGE WP 1/2009

<sup>91</sup> Orlandini G., *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori tra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza :incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 96/71/Ce* in *Argomenti dir.lav.* 1999, pag 465

## **5.1.Segue La disciplina del distacco temporaneo dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.**

Il distacco transnazionale comprende una pluralità di formule organizzative del lavoro(cd. misure) realizzate attraverso contratti collettivi di lavoro ma anche contratti commerciali tra datori di lavoro. Questi contratti presentano, come elemento comune ,il temporaneo inserimento di uno o più lavoratori in una organizzazione aziendale diversa da quella da cui dipendono abitualmente. Tale inserimento non può configurare un rapporto di lavoro dipendente. Il rapporto di lavoro dipendente resta tra il lavoratore distaccato e il datore di lavoro distaccante. La trans nazionalità del distacco è data dalla presenza dello stabilimento del datore di lavoro distaccante in uno Stato diverso da quello in cui il lavoratore è “ inviato” a prestare temporaneamente la propria opera.

Il distacco può riguardare anche il lavoratore autonomo che sia stabilito in uno Stato diverso da quello in cui temporaneamente esegue le proprie prestazioni per il favore di altra organizzazione aziendale. L'art 1 , Par. 3 , Direttiva 96/71/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi,prende in considerazione tre misure ( o formule organizzative del lavoro) transnazionali. Vedremo a breve quali. Ricordiamo a questo punto , per capire meglio dopo, che la Dir 96/71/CE non contiene norme di armonizzazione , neanche parziale , delle legislazioni del lavoro degli Stati membri, in quanto non detta standard di tutela materiale in favore dei lavoratori subordinati coinvolti nelle tre fattispecie di distacco che essa stessa definisce per delimitare il proprio raggio di applicazione.

Ciò detto, passo a descrivere quali sono le ipotesi di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

La prima ipotesi di distacco è quella di un distacco del lavoratore nell'ambito di un contratto di prestazione di servizi, tipicamente di appalto<sup>92</sup>, concluso tra l'impresa che invia il lavoratore e il destinatario della prestazione del servizio. In altre parole concluso tra datore di lavoro del lavoratore distaccato e il datore di lavoro stabilito in un diverso Stato membro. Il lavoratore presta la propria opera per conto e sotto la direzione del datore di lavoro distaccante.<sup>93</sup> Il destinatario della prestazione dei servizi non instaura un rapporto di lavoro dipendente con il lavoratore distaccato. Questo, durante il periodo di distacco resta dipendente del datore che lo invia .

---

<sup>92</sup> Vedi Glossario voce Appalto nozione civilistica commerciale fine capitolo 1

<sup>93</sup> Ossia il datore stabilito nello Stato di Invio

La seconda ipotesi di distacco riguarda il distacco di lavoratori nell'ambito dei rapporti commerciali tra imprese stabilite in diversi Stati membri e appartenenti allo stesso gruppo di imprese. In questo caso il lavoratore è distaccato in uno stabilimento o in una impresa appartenente al medesimo gruppo, ma durante tale periodo, resta dipendente del datore che lo invia.<sup>94</sup>

La terza ipotesi si riferisce al distacco di lavoratori nel contesto di una fornitura transnazionale di lavoro temporaneo. Spiega che si parla di lavoratori distaccati nell'ambito di un rapporto commerciale tra un'impresa di lavoro temporaneo (o un'impresa che effettua la cessione temporanea dei lavoratori) da un lato, e un'impresa utilizzatrice, di lavoratori, dall'altro lato. Questa ipotesi nasce quando l'impresa distaccante e quella utilizzatrice siano stabilite in Stati membri diversi. Il lavoratore ceduto dall'impresa di lavoro temporaneo, per tutta la durata della cessione in utilizzazione, rimane alle dipendenze dell'impresa cedente. Questa figura coincide con la somministrazione di lavoro.<sup>95</sup>

La Direttiva 96/71/Ce si applica alle tre ipotesi purchè in tutti i casi continui a sussistere tra il lavoratore e il datore distaccante un rapporto di lavoro di dipendenza (o un legame organico), quindi l'impresa distaccante continua ad esercitare il proprio potere direttivo pur senza delineare nei minimi dettagli il lavoro da svolgere e le relative modalità di esecuzione.

La prestazione lavorativa, necessariamente di durata limitata, deve essere espletata nell'interesse e per conto dell'impresa distaccante, sulla quale continuano a gravare i tipici obblighi del datore di lavoro ossia la responsabilità in materia di assunzione, la gestione del rapporto, i connessi adempimenti retributivi e previdenziali, nonché il potere disciplinare e di licenziamento. Fermo restando l'obbligo retributivo gravante in capo al datore di lavoro nello stato di invio, sono fatti salvi eventuali accordi tra quest'ultimo e l'impresa nello Stato di occupazione in ordine alle concrete modalità di

---

<sup>94</sup> Tale figura di lavoratore distaccato coincide con il cosiddetto distacco intragruppo: secondo l'ordinamento giuridico italiano l'invio di un lavoratore da un'impresa ad un'altra appartenente al medesimo gruppo è un'ipotesi di distacco, poiché le diverse imprese coinvolte hanno autonoma e distinta soggettività giuridica. L'ordinamento italiano non contempla, infatti, la soggettività giuridica del gruppo (dunque non si può ritenere l'invio in questione come un mero trasferimento da un'unità produttiva ad un'altra, ai sensi dell'art. 2103, comma 1, ultimo periodo, codice civile). Pertanto anche il distacco *intragruppo*, rientrando pienamente nella fattispecie generale del distacco *tout court*, deve soddisfare i requisiti dell'art. 30, D. Lgs. n. 276/2003 (interesse del distaccante e temporaneità del distacco). Chiariremo nel paragrafo ad esso dedicato.

<sup>95</sup> Il lavoratore somministrato da agenzie comunitarie può contare su un trattamento economico e normativo non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore. (vedi art.4 D.Lgs n 72/2000, parità retributiva, che recepisce la Dir. 96/71/Ce)

pagamento dei lavoratori distaccati. Questo è quanto stabilito dalla Decisione Commissione amministrativa A2 del 2009.

La Commissione amministrativa è l'organo comunitario deputato a indicare le linee interpretative e le modalità applicative della regolamentazione in materia.<sup>96</sup> Tale Commissione, come detto in nota, ha individuato due tipiche ipotesi di distacco comunitario, fissando i criteri utili da seguire al fine di verificare e contrastare il fenomeno delle "società fittizie", nonché possibili episodi di abuso nei confronti dei lavoratori interessati. La prima fattispecie è costituita dal distacco del personale abituale. Si riferisce al caso in cui il lavoratore inviato dall'impresa distaccante opera abitualmente nel paese di provenienza come dipendente di quest'ultima, già prima del distacco. In questo caso gli elementi distintivi di un distacco regolare sono il permanere del rapporto di dipendenza rispetto l'impresa distaccante e la circostanza che il lavoratore distaccato continui a svolgere la sua attività per conto della stessa. Quando si verificano casi in cui aziende italiane utilizzano presso le loro sedi lavoratori dipendenti di imprese di altro Stato membro, e questi siano destinati a svolgere l'attività lavorativa non per conto e sotto la direzione dell'impresa distaccante ma per conto di quella del paese di impiego e di destinazione, si capisce bene, come chiarito dalla Commissione amministrativa, che non siamo di fronte ad una fattispecie di distacco comunitario, ma di mera fornitura di manodopera

La seconda fattispecie di distacco comunitario si verifica quando il lavoratore viene assunto da un'impresa operante in uno Stato membro allo scopo di essere immediatamente distaccato per conto di detta impresa sul territorio di un altro Stato membro. Il distacco è regolare quando il lavoratore prima dell'assunzione che coincide con la data del distacco, risulti iscritto, da almeno un mese, al regime assicurativo dello stato membro di provenienza; Esista un legame organico tra detta impresa e il lavoratore per tutta la durata del distacco; Infine deve esserci la condizione che l'impresa eserciti di norma la propria attività sul territorio del primo Stato membro, ossia non deve trattarsi di azienda fittizia. La Commissione amministrativa<sup>97</sup> ha individuato le ipotesi escluse dall'ambito di applicazione della disciplina del Distacco motivando che l'esclusione fosse dovuta alla complessità dei rapporti che risultano dalle fattispecie individuate.

---

<sup>96</sup> La Commissione amministrativa, secondo quanto disposto in un Messaggio INPS 14 luglio 2008, n. 16085 e Circolare INPS 1° Luglio 2010, n. 83, già nella Decisione n. 181/2000 e più di recente, nella Decisione A2 del 2009, riguardante l'interpretazione dell'art.12 del Reg. CE n. 883/2004, ha due tipiche ipotesi di distacco comunitario.

<sup>97</sup> Nelle Decisioni n. 162/1996 e n. 181/2000, nonché nella decisione A2 del 2009

Ricordiamole di seguito. Primo caso, l'impresa presso la quale il lavoratore è distaccato metta quest'ultimo a disposizione di altra impresa dello stato membro in cui essa è situata. Secondo caso, il lavoratore distaccato in uno Stato membro sia messo a disposizione di un'impresa situata in un altro Stato membro. Terzo caso, il lavoratore sia assunto in uno stato membro presso un'impresa di un terzo Stato membro. Quarto caso, Il lavoratore è assunto in uno Stato membro da un'impresa situata da un altro Stato membro per lavorare nel primo Stato membro. Quinto caso, il lavoratore è inviato in sostituzione di un lavoratore che è giunto al termine del periodo di distacco. Queste ipotesi sono così complesse che non forniscono garanzie sull'esistenza di un legame organico tra il lavoratore e l'impresa di invio. Aggiungiamo anche contrastano con l'obiettivo di evitare complicazioni amministrative e discontinuità nella posizione assicurativa dei lavoratori. Questa rappresenta la ratio stessa delle disposizioni in materia di distacco.

### **5.1.1 Segue Le regole nella protezione minima del lavoratore temporaneamente distaccato.**

L'art.3 , par.1 ,della Direttiva 96/71/Ce definisce anzitutto il nocciolo duro di protezione che lo stato membro ospitante è tenuto ad assicurare al lavoratore temporaneamente distaccato nel suo territorio , indipendentemente dalla legge applicabile al rapporto di lavoro. L'elenco delle materie che formano oggetto della tutela imperativa interna è ristretto. Esse derivano da norme che si ricavano da disposizioni legislative, regolamentari, amministrative, da accordi collettivi dichiarati di applicazione generale. Le materie indicate dall'Art. 3.1 della direttiva 96/71/Ce si riferiscono ai periodi massimi di lavoro e minimi di riposo , alla durata minima delle ferie annuali retribuite, alle tariffe minime salariali, alle condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, alla tutela di condizioni di lavoro di gestanti o puerpere e di bambini e giovani, e infine alla parità di trattamento fra uomo e donna nonché alle altre disposizioni in materia di divieti di discriminazione. Si tratta di materie che , da un lato , “costituiscono l'ossatura del diritto del lavoro comunitarizzato”<sup>98</sup> e dall'altro possono considerarsi “determinanti ai fini del costo del lavoro( e dunque della concorrenza)”<sup>99</sup>.

L'art 3.1 integra così quanto previsto dall'art.7 della convenzione di Roma del 1980 <sup>100</sup>che dà facoltà al giudice di tener conto delle norme di applicazione necessaria di un qualunque Stato col quale la fattispecie da regolare presenti uno stretto legame , consentendo quindi di dare efficacia alle norme autolimitate in vigore nel paese di distacco del lavoratore e che resterebbero altrimenti inoperanti in base ai criteri generali stabiliti dall'art.6 della Convenzione di Roma del 1980 che adesso vado a chiarire. In altre parole con l'art. 3.1 “ rendendo obbligatorio ciò che la Convenzione di Roma contempla solo come una possibilità”, il Parlamento e il Consiglio europeo fanno sì che la Direttiva 96/71/Ce definisca un gruppo di regole. Queste sono dette di “protezione minima “, in vigore nello Stato sul cui territorio il dipendente viene distaccato.

Le stesse regole devono essere rispettate anche dalle imprese di altri Stati comunitari , nei confronti dei loro dipendenti temporaneamente distaccati”<sup>101</sup>, salva l'applicazione

---

<sup>98</sup> Carabelli U. cioè l'oggetto di normativa armonizzatoria

<sup>99</sup> Carabelli U. , 2006 , pag 46, una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali i Europa

<sup>100</sup> e oggi dell'art.9 del Regolamento n. 593/2008

<sup>101</sup> Mosconi F. ,1998, Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità, Quad. dir.lav.rel.ind. N.20 , p. 29 ss.

delle condizioni di impiego di maggior favore per il lavoratore eventualmente stabilite dalla legge dello Stato di origine.

Il valore aggiunto della direttiva rispetto alla previsione della Convenzione di Roma, ora transitata nel Regolamento Roma I, è in tal senso duplice. Da un lato si converte in obbligo ciò che era solo una facoltà del giudice nella Convenzione e dall'altro si precisa il contenuto delle norme di protezione minima di cui è sempre necessaria l'applicazione nel paese di distacco. L'art.8 del Regolamento, conformemente a quanto disposto dall'art.6 della Convenzione di Roma del 1980, prevede che, al rapporto di lavoro con elementi di internazionalità, trovi applicazione la legge scelta dalle parti. In ogni caso il lavoratore non può essere privato della protezione assicurategli dalla legge applicabile in difetto di scelta. Il giudice ha l'obbligo di applicare la legge dello Stato membro ove il lavoratore è inviato. Ovviamente il giudice deve anche valutare caso per caso quanto è temporaneo il distacco e abituale il legame organico tra lavoratore distaccato e datore distaccante del paese da cui proviene il lavoratore.

Ritengo opportuno adesso approfondire la nozione di tariffa minima salariale che come ribadisce l'art. 3.Dir. 96/71/Ce “è definita dalla legislazione e/o dalla prassi nazionale dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato”.<sup>102</sup> Notiamo che pur non sussistendo in Italia un trattamento minimo salariale legalmente definito, la fissazione dello stesso è contenuta nei contratti collettivi di lavoro stipulati nei diversi settori produttivi dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale. Queste organizzazioni definiscono il minimo salariale nel rispetto del principio di proporzionalità della retribuzione sancito dall'Art. 36 della Costituzione.<sup>103</sup> Nell'ambito della retribuzione minima sembrano pertanto rientrare i c.d. scatti di anzianità, nei casi in cui evidentemente siano previsti dalla contrattazione collettiva.<sup>104</sup> Si ritiene che nella nozione di retribuzione devono essere ricomprese tutte le erogazioni patrimoniali del periodo di riferimento, al lordo di qualsiasi contributo e trattenuta. La retribuzione così intesa va strettamente legata alla definizione di “reddito

---

<sup>102</sup> In questo senso anche la Commissione (Vedi Comunicazione n. 304 del 2007) conferma che gli Stati membri hanno l'obbligo di verificare l'effettiva equivalenza delle condizioni di lavoro e in particolare l'applicazione delle retribuzioni minime, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario, indipendentemente dal Paese di stabilimento del datore di lavoro.

<sup>103</sup> Art. 36 Cost. : Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa (c.c.2099 ss). 2° C). La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge (c.c. 2107 ss.) . 3° C) Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi (c.c. 2109)

<sup>104</sup> Vedi ad es. CCNL chimici, tessili, terziario, metalmeccanici; V. anche Corte Cost. 23 giugno 1988n. 697

da lavoro dipendente” valida ai fini fiscali e nella stessa rientrano tutte le erogazioni patrimoniali aventi causa nel rapporto di lavoro in senso lato, senza operare una comparazione per singola voce retributiva . La tal cosa risulterebbe comunque impossibile in considerazione dei differenti regimi normativi applicabili nei diversi paesi europei. E’ importante ricordare adesso che l’art. 3.7 della Dir. 96/71 dispone che “le indennità specifiche per il distacco sono considerate parte integrante del salario minimo, purchè non siano versate a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco , come le spese di viaggio , vitto e alloggio.”

In questo paragrafo, tenuto conto della sua intestazione, si possono svolgere delle considerazioni alla interpretazione del principio di “ parità retributiva” del personale distaccato nell’ambito della somministrazione transnazionale di lavoro di cui all’Art. 4 D.Lgs n. 72/2000. Tale norma prevede ,riguardo al trattamento da riconoscere ai lavoratori temporanei ,il rispetto da parte delle agenzie con sede in altro stato membro della disciplina dettate per le agenzie italiane.<sup>105</sup> Ne consegue che anche nelle ipotesi di lavoro somministrato da agenzie comunitarie trova applicazione l’art. 23, comma 1, D. Lgs n. 276/2003 <sup>106</sup>. Esso sancisce il diritto del lavoratore interinale ad un trattamento economico e normativo “ complessivamente” non inferiore a quello dei dipendenti di pari livello dell’utilizzatore. Al comma 3 , art. 23 del decreto suddetto , si disciplina la responsabilità solidale dell’utilizzatore (e dell’impresa comunitaria distaccante) per l’adempimento dei crediti retributivi e previdenziali .

Date le differenze dei regimi normativi previdenziali dei diversi paesi si chiarisce che per i lavoratori distaccati dalle imprese comunitarie trova applicazione il “principio di personalità” , opposto al principio di territorialità vigente in materia di condizioni di lavoro. Pertanto nell’ipotesi di distacco intracomunitario, ai fini della determinazione dell’imponibile previdenziale occorre riferirsi al regime di previdenza contributiva e assistenziale obbligatoria previsto dalla legislazione del Paese di invio del lavoratore e non al regime italiano<sup>107</sup>. Resta fermo la retribuzione su cui calcolare l’imponibile e la relativa contribuzione sarà determinata secondo il principio di parità di trattamento.

---

<sup>105</sup> In passato contenuta nella L. 196/97, oggi negli art. 20-28 del D.Lgs n. 276/2003

<sup>106</sup> Di cui parleremo più dettagliatamente in ultimo paragrafo di questo capitolo della tesi.

<sup>107</sup> Art.14 Regolamento CEE n 1408 /1971- art.12 del Regolamento CEE n. 883/2004



### **5.1.2. Segue L' ambito di applicazione della parità di trattamento e il concetto di ordine pubblico.**

I moderni stati costituzionali hanno fondato i propri ordinamenti sui principi piuttosto che sulle regole. Il perché si deve all'ancoramento dei principi ai valori che mutano in una prospettiva storico evolutiva. Come dice Barcellona P. non c'è un mondo dei valori in sé ma una produzione sociale dei valori. Ne segue che le regole di condotta analitiche e tipiche da sole sono astrazione. I contesti economico –sociale sono diversi e sono fondati su tradizioni, dinamiche di relazioni industriali differenziate. L'ordinamento comunitario così come gli ordinamenti nazionali , utilizzano le clausole generali che non sono delle norme incomplete. Esse si limitano ad esprimere dei criteri di condotta che rispondono a principi o valori a cui i destinatari del precetto giuridico devono adeguarsi. L'art. 3.10 della Direttiva 96/71/Ce prevede che le norme nazionali assicurino allo stesso tempo parità sostanziale di trattamento tra imprese nazionali e straniere ,tutele effettive per il lavoratore distaccato, e una restrizione della libertà di circolazione proporzionata al vantaggio destinato al lavoratore.

Il giudice è chiamato a indagare. La sua indagine deve rispondere al requisito della oggettività, ossia si deve muovere sul piano della verosimiglianza e contingenza , non su quello della verità. Detto questo si capisce perché il giudice nazionale non deve applicare sempre e solo le norme del diritto del lavoro interne perché imperative.

La clausola di ordine pubblico in materia lavoristica posta dalla Direttiva 96/71/Ce deve sì rispondere a ragioni imperative di interesse generale, ma si deve dare una concezione sopranazionale all'ordine pubblico per superare le discrezioni e le differenze da parte degli stati membri.In molti provvedimenti nazionali di trasposizione e certamente anche nel nostro c'è una tendenza protezionistica incompatibile con le previsioni della Direttiva n. 96/71/Ce . Essa contrasta con i principi elaborati dalla Corte facendo diretta applicazione dell'art.56 TfU. Questo articolo è l'unico a fissare limiti precisi da applicare ai prestatore dei servizi comunitari in merito alla normativa lavoristica di legge o di contratto collettivo in vigore nel paese di destinazione.

Secondo parte della dottrina<sup>108</sup> “ serpeggia ancora una volta l'idea per cui tutto il diritto del lavoro rientri nella nozione di ordine pubblico.” Un'idea totalizzante ed erronea. Mettere in evidenza l'erroneità della pretesa di applicare ai lavoratori stranieri distaccati

---

<sup>108</sup> Magnani M., in Mass. Giur.lav. pag 391 e ss,2004, I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità.

l'intero trofeo delle norme inderogabili del diritto del lavoro nazionale non equivale ovviamente ad aderire all'opposta visione ove la Direttiva 96/71 può essere letta come veicolo di competizione regolativa e di dumping sociale all'interno dell'UE. Esiste una interpretazione mediana della direttiva in questione, una via che era stata in qualche modo indicata dalla Corte nelle conclusioni rese dagli Avvocati Generali nelle sentenze simbolo del nuovo corso qui criticato.<sup>109</sup>

Nelle celebri sentenze Viking e Laval la Corte di Giustizia era stata sollecitata per la prima volta a dare risposte esplicite su uno dei problemi più delicati del funzionamento del Mercato interno nell'Unione allargata. Mi riferisco a quello costituito dal rapporto tra diritti di azione e contrattazione collettiva riconosciuti dagli ordinamenti costituzionali nazionali e spazi di libertà assicurati all'impresa transnazionale dagli Art.49 TFEU Libertà di stabilimento e 56 Libertà di prestazione servizi). Lo spettro del dumping salariale sembrava essersi improvvisamente materializzato nel suo aspetto più sinistro nelle decisioni prese dalla Corte in merito ai due casi succitati. La Corte, nelle sentenze Laval e Viking, ha fornito risposte molto lontane dalla sensibilità dimostrata nei confronti dell'autonomia collettiva nella sentenza Albany<sup>110</sup>.

Si scorge in esse una netta tendenza alla assolutizzazione delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi. Questo si capisce in primo luogo dalla scarsa armonizzazione con la quale la Corte di giustizia attribuisce alle due libertà di mercato una diretta efficacia orizzontale nei rapporti tra soggetti privati e una notevolissima capacità di compressione della sfera di libertà di autotutela e autonomia collettiva delle organizzazioni sindacali. Anche la nostra Costituzione ammette limiti esterni all'esercizio del diritto di sciopero in connessione con la garanzia delle libertà di

---

<sup>109</sup> Giubboni S., in criticità e contraddizioni della giurisprudenza comunitaria sulla direttiva in materia di distacco dei lavoratori, par.5, pag 11, URGE WP 1/2009

<sup>110</sup> Piccininno S.: con la nota sentenza resa nei confronti della società Albany, relativa a fattispecie di gestione di fondi complementari, la Corte ha introdotto un ordine nuovo di concetti: può ben darsi che si verifichi un'attività economica, e che quindi si sia in presenza di un'impresa in senso proprio, che come tale non rientrerebbe nel divieto, e quindi è tenuta al rispetto delle norme sulla libera concorrenza, ma se questa impresa svolge una missione specifica affidatagli dallo Stato, se quindi ha un regime di esclusiva necessario per il perseguimento della sua missione specifica, economica o sociale, a questo punto è un problema di limiti, e non è più un'alternativa secca: attività economica uguale impresa, e quindi rispetto della concorrenza; attività sociale o solidaristica uguale non impresa, e quindi sottrazione alle norme sulla libera concorrenza. Ci dice la sentenza Albany del 1999 che il perseguimento di una finalità sociale, elementi di solidarietà - le restrizioni ed i controlli sugli investimenti di un fondo pensione, era il caso soggetto - potrebbero rendere il servizio fornito dal fondo meno competitivo rispetto all'analogo servizio fornito dalle assicurazioni. Tali vincoli, pur non impedendo di considerare l'attività svolta come attività economica, ben potrebbero giustificare il diritto esclusivo di tale ente, di gestire un regime pensionistico obbligatorio integrativo.

iniziativa economica privata ( Art 41,)<sup>111</sup>. Tali limiti sono previsti anche negli ordinamenti svedesi , finlandesi, in coerenza con le rispettive previsioni costituzionali. Però è anche vero che gli stessi ordinamenti costituzionali interni prevedono limitazioni dovute alla necessità di conciliare le normative nazionali con le esigenze relative alle libertà di circolazione tutelate dal Trattato istitutivo. Il problema sorge nel momento in cui si deve stabilire l'esatta determinazione di siffatti limiti. Nel momento in cui la Corte ha stabilito la discrezionalità di ponderazione giudiziale riferita al caso concreto ha dato indicazioni che divergono significativamente da quelle desumibili dai principi che ispirano la nostra Costituzione

---

<sup>111</sup> Art. 41 Cost :1l'iniziativa economica privata è libera.2Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà , alla dignità umana.3 La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata ai fini sociali.

## **5.2 Segue La regolamentazione italiana di attività transnazionali: il D. lgs. 72/2000.**

Il D.lgs 72/2000 è il risultato a cui è giunto il legislatore italiano ai fini di recepire la Direttiva 96/71/Ce . Esso dispone quali sono le regole normative in caso di distacco di un lavoratore di un paese dell'UE distaccato in Italia che si trovi nelle medesime condizioni di lavoro previste per i lavoratori italiani.

Il Ministero del Lavoro con l'interpello n. 33 del 12 ottobre 2010 ha chiarito che in presenza di lavoratori dipendenti di aziende comunitarie che prestano la loro attività in Italia, in regime di distacco, spetta un trattamento minimo come previsto dalla normativa italiana. Si deve, cioè ,applicare ai lavoratori dipendenti di aziende comunitarie distaccati in Italia la normativa prevista per i lavoratori italiani da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché da contratti collettivi (art.3 comma 1 del D. Lgs 72/2000 a cui si rinvia )<sup>112</sup>.

Il Ministero del Lavoro<sup>113</sup> ha anche chiarito la definizione dell'istituto di distacco transnazionale contenuta nella Direttiva europea 96/71/Ce e nella normativa italiana di recepimento (D.Lgs n. 72/2000) affermando che il distacco si realizza quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa. Il distacco può assumere dimensioni transnazionali quando , sulla base di accordi commerciali presi tra imprese residenti in Stati diversi dell'Unione europea, un'impresa distacca temporaneamente all'estero i propri dipendenti per prestare la loro

---

<sup>112</sup> D. Lgl 72/2000 ,Art 3, *Condizioni di Lavoro*, comma 1. Al rapporto di lavoro tra le imprese di cui all'articolo 1, comma 1, e i lavoratori distaccati si applicano, durante il periodo del distacco, le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività' in posizione di distacco

D. Lgl 72/2000 Art.1, *Campo di applicazione* così dispone al comma 1:

1. Il presente decreto si applica alle imprese stabilite in uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia, le quali, in occasione di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, in territorio nazionale italiano, nell'ambito di un contratto concluso con il destinatario della prestazione di servizi che opera in territorio italiano, ovvero distaccano un lavoratore in territorio nazionale italiano, presso un'unità produttiva della medesima impresa o presso altra impresa appartenente allo stesso gruppo, purché in entrambi i casi durante il periodo di distacco continui ad esistere un rapporto di lavoro tra il lavoratore distaccato e l'impresa distaccante.

<sup>113</sup> In risposta all'interpello n.33 del 12 ottobre 2010

attività lavorativa nel territorio di uno Stato membro diverso dallo Stato in cui essi sono abitualmente occupati.<sup>114</sup>

L' art. 3 comma 1 del Decreto Lgs 72/2000 è quello maggiormente difforme rispetto a quanto richiesto dalla normativa comunitaria 96/71/Ce. In essa il legislatore italiano ha sancito che ai lavoratori distaccatisi applichino “ le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative , regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo di lavoro in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco”.

In tal modo si introduce un principio di parità di trattamento teso ad estendere l'intero diritto del lavoro interno a tutti i lavoratori distaccati sul territorio italiano<sup>115</sup>. Una siffatta norma non può essere considerata coerente con il diritto dell'Ue<sup>116</sup>.

Lo Stato italiano ha insomma adottato integralmente il modello di host state control, dimostrando di non curarsi dei limiti a cui detto modello regolativo risulta assoggettato. E' opportuno sottolineare che il paese ospitante può stabilire in forza dell'art. 3.par.1 normativa comunitaria 96/71 di estendere ai lavoratori distaccati norme interne di tutela ulteriori rispetto a quelle del nocciolo duro (hard core), a patto che si tratti ,come dispone l' Art. 3. par.10 della Direttiva, di disposizioni di ordine pubblico.

A questo punto, appare chiaro che il legislatore italiano, con la previsione dell'art. 3, 1° comma D. Lgs. 72/2000, abbia di gran lunga oltrepassato i limiti poc' anzi segnalati.

Infatti “la direttiva non permette assolutamente agli Stati di estendere ai lavoratori distaccati nel loro territorio tutte le loro disposizioni legislative e/o i contratti collettivi che disciplinano le condizioni di lavoro”<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Distacco dei lavoratori :i chiarimenti del Ministero, a cura di Antonio Gigliotti, pag 2, [www.supermercato.it](http://www.supermercato.it) (disponibile on line sul sito del giornale :Supermercato dell'informazione)

<sup>115</sup> Un'eccezione è prevista dall' Art. 3, *Condizioni di lavoro*, comma 2, del D. Lgs. 72/2000:

Le disposizioni di legge e di contratto collettivo in materia di durata minima delle ferie annuali retribuite e di trattamento retributivo minimo, compreso quello maggiorato per lavoro straordinario, non si applicano nel caso di lavori di assemblaggio iniziale o di prima installazione di un bene, previsti in un contratto di fornitura di beni, indispensabili per mettere in funzione il bene fornito ed eseguiti dai lavoratori qualificati o specializzati dell'impresa di fornitura, quando la durata dei lavori, in relazione ai quali e' stato disposto il distacco, non e' superiore ad otto giorni. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle attività del settore edilizio individuate nell'allegato A del presente decreto legislativo

<sup>116</sup> S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea, principi e tendenze*, il Mulino, Bologna, 2007, p.132

<sup>117</sup> Commissione Ce, *L'applicazione della Direttiva 96/71/Ce*, cit., p. 11, tanto è che la Dir 96/71/Ce stabilisce all'Art 3 che ai dipendenti distaccati siano garantite le condizioni di occupazione e di lavoro previste dalle leggi e dai contratti in vigore nello Stato dove sono temporaneamente occupati in merito ai seguenti punti:a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;b)durata minima delle ferie annuali

Né è plausibile estendere la suddetta normativa nazionale ai soggetti distaccati, mediante la deroga di cui all'art. 3.10 della normativa comunitaria. Di questa infatti dovrebbe essere interpretata in senso restrittivo la nozione di ordine pubblico. Non possono essere considerate di tale natura tutte le norme imperative del diritto del lavoro italiano<sup>118</sup>. Anche l'Italia, pertanto, deve sentirsi destinataria del messaggio, o meglio, del monito che la Commissione Europea ha espresso a questo riguardo affermando che “gli Stati membri la cui legge di recepimento impone alle imprese straniere l'osservanza dell'intero diritto del lavoro del paese ospitante, durante il periodo di distacco, oltrepassano chiaramente il contenuto definito dalla legislazione comunitaria”<sup>119</sup>.

Una prova che avvalorava l'ammonimento della Commissione all'Italia a causa della difformità del Decreto attuativo rispetto alla normativa dell'Ue si rinviene in una pronuncia sul punto del TAR di Bolzano<sup>120</sup>. In essa è stato sostenuto che il legislatore nazionale ha operato in conflitto con il principio di libera prestazione di servizi art. 56 del TFUE (*già 49 TCE*), svuotandolo di significato, in quanto ha dichiarato applicabile ai lavoratori distaccati la disciplina del diritto del lavoro interno nel suo complesso<sup>121</sup>.

Sulla scorta del principio del primato del diritto dell'Ue, il giudice in esame si è avvalso del potere di disapplicare l'art. 3 del D. Lgs. 72/2000, in quanto contrastante con la Direttiva, provvedimento dotato di efficacia verticale<sup>122</sup>. Bisogna osservare, però, che se

---

retribuite;c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario;d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea dei 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.

<sup>118</sup> Si segnala un caso simile a quello italiano nella legislazione lussemburghese: a tal riguardo v. le conclusioni dell'AVV.G., in C-319/06, Commissione c. Gran Ducato di Lussemburgo, punti 40 ss

<sup>119</sup> Commissione Ce, L'applicazione della Direttiva 96/71/Ce, cit., p. 14

<sup>120</sup> T.R.G.A., Trentino-Alto Adige, Sez. Autonoma di Bolzano, 19 aprile 2005, n. 140, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, p. 658.

<sup>121</sup> In dottrina v., tra gli altri, Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in LD, 2008, p.37.

<sup>122</sup> L'efficacia orizzontale della Direttiva è da escludersi totalmente in virtù della consolidata posizione della giurisprudenza dell'Ue; sul punto si vedano le conclusioni dell'AVV.G. Mengozzi, nel caso Laval, punti 123 ss che riporto di seguito:

123. Per quanto riguarda la direttiva 96/71, alcune delle parti che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte, fra le quali, assai chiaramente, le convenute nella causa principale, il governo svedese e l'Autorità di vigilanza AELS, hanno sostenuto che l'esame della stessa sarebbe irrilevante, essendo pacifico, da un lato, che la controversia all'origine delle questioni pregiudiziali contrappone soggetti privati e, dall'altro, che le disposizioni di una direttiva, ai sensi della giurisprudenza della Corte, non potrebbero avere un effetto diretto «orizzontale». 124. Tale argomento è fondato solo in parte, poiché non ritengo che esso possa comportare l'esclusione della direttiva 96/71 dalla valutazione a cui la Corte è chiamata. 125. A tale proposito, per ragioni di chiarezza argomentativa, è opportuno precisare la logica sottesa alle questioni poste dal giudice del rinvio rispetto alla direttiva 96/71 e al recepimento della stessa da parte del Regno di Svezia, in particolare laddove tale giudice richiama, nella sua prima questione pregiudiziale, il fatto che la legge svedese sul distacco dei lavoratori non conterrebbe alcuna disposizione

si ritiene di non poter giustificare in base all'art. 3.par .7 della Direttiva 96/71 l'impostazione adottata dal legislatore italiano, tale norma sancisce il principio di favore<sup>123</sup> affermando che «I paragrafi da 1 a 6 non ostano alla applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori»<sup>124</sup>. Se si evita di isolare tale articolo dal contesto di riferimento e si opta, invece, per un criterio di coerenza e sistematicità dei principi che informano la disciplina del distacco, si addiuvine alla conclusione che ,l'eventuale favor, va circoscritto alle sole materie appartenenti al nocciolo duro elencate nell' art. 3.1 della Direttiva 96/71 .

Per chiarire meglio diciamo che è possibile applicare ai lavoratori distaccati la disciplina del diritto del lavoro interno nel suo complesso solo alle condizioni in base alle quali una norma nazionale, obbiettivamente restrittiva, è in grado di superare il test giurisprudenziale di legittimità.

E' compresa tra le condizioni di legittimità anche l'eccezione costituita “dalle disposizioni di ordine pubblico” contenute nell'Art. 3.10<sup>125</sup>. Alla stregua di questa interpretazione, si ridimensiona di molto la potenziale portata precettiva dell'art. 3.par. 7 Dir 96/71. Vediamo di chiarire meglio il perché . In primis esso, non può costituire lo strumento per l'effettiva parificazione del trattamento economico e normativo tra lavoratori distaccati e lavoratori locali. In secondo luogo, il principio del favor, richiamato nell'articolo in parola, benché possa legittimare un innalzamento oltre i minimi delle tutele applicabili ai lavoratori distaccati secondo il diritto dello Stato ospite, non consente affatto una mera estensione della legislazione lavoristica nazionale. L'esito, infatti, sarebbe il radicale stravolgimento, cosa che è accaduta in Italia, delle finalità perseguite dalla Direttiva con base giuridica nell'art. 56TFUE<sup>126</sup>.

---

espressa sull'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione nei contratti collettivi.<sup>126</sup> Ricordo che l'art. 3 della direttiva 96/71, disposizione fondamentale di tale norma, richiede che gli Stati membri provvedano affinché i lavoratori distaccati temporaneamente nel loro territorio nell'ambito di una prestazione di servizi godano delle condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie indicate nel n. 1 di tale articolo. Tali materie comprendono, tra l'altro, i minimi salariali

<sup>123</sup> Per una posizione diversa v. Maretti S., *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in Mass. Giur. Lav., 2000, p. 1156.

<sup>124</sup> Il considerando 17 della Direttiva precisa che “Le norme imperative di protezione minima in vigore nel paese ospite non devono ostacolare l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori”.

<sup>125</sup> Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva*, cit., p. 39.

L'Art.3.10 autorizza gli Stati membri “nel rispetto del Trattato” a imporre alle imprese nazionali e a quelle straniere che erogano il servizio transfrontaliero mediante distacco dei propri dipendenti , a imporre condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti *materie diverse* da quelle contemplate al Par 1 dell' Art 3 laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico.

<sup>126</sup> Per un'interpretazione più elastica dell'art. 3.7 della Direttiva 96/71/Ce, v. le conclusioni generali dell'A.G. nella C-346/06, Rufert c. Land Niedersachsen

In virtù di quanto detto, si comprende la ratio per cui la disposizione del D. Lgs 72/2000 non può essere richiamata difesa delle scelte del legislatore nazionale. Tale articolo (3.1), infatti, mediante il generico rinvio alla complessiva disciplina del diritto del lavoro interno, non ha mirato a perseguire il fine di assicurare, in coerenza con la norma di qua, un trattamento migliore per i soggetti distaccati, ma ha, invece, provveduto erroneamente a rendere legittima la parità di trattamento, che spesso ostacola la libera prestazione di servizi, tra questi ultimi ed i lavoratori italiani.

Per altro verso, l'art. 3.1 del Decreto Lgs n 72/00 manifesta un ulteriore vizio di illegittimità. Questo consiste nel fatto che la previsione della garanzia di eguali condizioni di lavoro per i lavoratori interni e stranieri è riferita anche ai contenuti dei contratti collettivi applicabili sebbene il legislatore non abbia in alcun modo stabilito un'analoga imposizione, se non in materia di retribuzione minima, per le imprese nazionali<sup>127</sup>.

Il decreto attuativo 72/2000, peraltro, mostra un evidente profilo di illegittimità sul piano formale, in quanto, non operando alcun rinvio all'opzione contemplata dal secondo comma dell'Art. 3. par .8<sup>128</sup> della Direttiva 96/71, porrebbe lo Stato italiano nella condizione di non poter pretendere dalle imprese straniere, che distacchino dipendenti sul suo territorio, il rispetto dei contratti collettivi stipulati in ambito nazionale. Pertanto, il non senso del Decreto attuativo in Italia si capisce in quanto esso non contempla il richiamo al secondo comma dell'Art 3 della Direttiva. Questo va detto anche alla stregua delle dichiarazioni espresse in materia dalla Commissione europea: l'Italia, il cui decreto di attuazione della Direttiva non contempla il richiamo al secondo comma dell'articolo su citato (art 3.2 Direttiva)<sup>129</sup>, potrebbe imporre, alle imprese straniere distaccanti lavoratori, l'osservanza delle sole condizioni di lavoro e di occupazione definite dalle disposizioni legislative interne ai propri confini<sup>130</sup>. Ma la criticità formale che così emerge si accompagna ad un ulteriore problema di carattere

---

<sup>127</sup> S. Giubboni, G. Orlandini, *La libera circolazione*, cit., p. 133

<sup>128</sup> L'art 3.8 della Direttiva 96/71/Ce dispone che l'obbligo di parità di trattamento nei confronti dei lavoratori, sorge tra imprese nazionali e straniere solamente alla condizione che le norme contenute nella fonte collettiva (Contratto di lavoro collettivo) abbiano portata generale.

Il sistema italiano, per esempio, difetta di meccanismi di estensione *erga omnes* degli effetti del contratto collettivo. Questo solleva la criticità sulla impossibilità di estendere la disposizione comunitaria alle questioni contrattuali che non siano dotate di effetti *erga omnes*.

<sup>129</sup> Art 3.2 Dir 96/71. Il paragrafo 1, primo comma, lettere b) e c) non si applica ai lavori di assemblaggio iniziale e/o di prima installazione di un bene, previsti in un contratto di fornitura di beni, 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.

Tale disposizione non si applica alle attività del settore edilizio di cui all'allegato

<sup>130</sup> Commissione Ce, *L'applicazione della Direttiva 96/71/Ce*, Cit., p. 12.



sostanziale. L'estensione dei contratti collettivi italiani finisce con il trasformare l'art. 3 comma 1 del D. Lgs. 72/2000, in una discriminazione fondata sulla nazionalità, vietata dalla Direttiva. Il rischio è così quello di creare maggiori difficoltà e più oneri per gli imprenditori stranieri che intendano erogare servizi, almeno nel settore privato, sul territorio nazionale<sup>131</sup>. Alla stregua di tale considerazione, non pare del tutto condivisibile la tesi secondo cui sarebbe congruente, con il diritto dell'Ue, la legislazione nazionale che obbliga gli appaltatori ed i subappaltatori ad elargire ai lavoratori distaccati, un salario minimo coincidente con il trattamento retributivo fissato da un contratto collettivo privo di efficacia erga omnes.

Questo va detto sulla scorta del già illustrato principio del favor o della protezione nazionale, rinforzata dall'art. 3.7 della Direttiva.

Il decreto di recepimento individua nel contratto collettivo nazionale il contesto ove trovare il parametro di riferimento per la regolazione dei rapporti di lavoro dei soggetti distaccati. Si deve escludere a priori, in ragione di quanto detto sopra, che i datori stranieri vi aderiscano. A parere di parte della dottrina<sup>132</sup>, il D. Lgs. 72/2000 appartiene all'insieme di quelle disposizioni che esprimono "una valutazione di idoneità da parte della contrattazione collettiva ad assolvere alla funzione di determinare le condizioni economiche e normative del rapporto di lavoro. Questo risultato verrebbe ex se e nell'intero ambito di riferimento, "prescindendo dall'esistenza di un potere di rappresentanza delle parti stipulanti o di altri meccanismi negoziali di vincolo nei confronti dei singoli datori di lavoro e lavoratori"<sup>133</sup>. Questo è il motivo per cui un'eventuale interpretazione conforme al diritto comunitario dell'art. 3, 1° comma, secondo Carabelli "consentirebbe di tirar fuori dai contratti collettivi i trattamenti di miglior favore afferenti alle stesse materie o a quelle di ordine pubblico"<sup>134</sup>. Naturalmente, sempre a parer suo, tale interpretazione è condizionata dal fatto che il lavoro fosse riferito alle materie del nocciolo duro o di ordine pubblico. Infine, occorre osservare che il Decreto attuativo, al pari di quello francese, ha dato un raggio di applicazione universale alla disciplina della Direttiva, nel senso che ha esteso dall'Art. 1, 3° comma, la propria operatività anche ai distacchi nell'ambito di una prestazione di servizi, realizzata da imprese extracomunitarie.

---

<sup>131</sup> S. Giubboni, G. Orlandini, *La libera circolazione*, cit., p. 133

<sup>132</sup> S. Nadalet, *L'attuazione della Direttiva*, cit., p. 51

<sup>133</sup> S. Nadalet, *L'attuazione della Direttiva*, cit., p. 52 e ss

<sup>134</sup> U. Carabelli, *Una sfida determinante*, cit., p. 48 e ss

Questo viene detto per ribadire che le norme attuative non rappresentano una semplice trascrizione nell'ordinamento nazionale di una disposizione comunitaria. A volte possono anche essere integrative rispetto al provvedimento comunitario di origine.

## 5.2.1 *Segue* La disciplina del distacco nell'art.30 D.Lgs. 276/2003

Con il D.Lgs 72/2000 l'ordinamento italiano ha sostanzialmente ripreso le tre ipotesi di distacco contemplate dalla Direttiva N.96/71/Ce al fine di darvi attuazione nel panorama nazionale. Il legislatore nazionale ha tentato di riprendere i profili fondamentali del provvedimento dell'UE e di adattarli alla definizione di distacco che la giurisprudenza nazionale aveva elaborato nei decenni precedenti. La Legge 236 del 1993<sup>135</sup> evita la riduzione di personale. In attuazione della Direttiva N.96/71 il decreto di attuazione n.72/2000 mira a regolarizzare le imprese stabilite in uno stato membro dell'UE ,diverso dall'Italia,che distaccano un lavoratore in un territorio italiano nell'ambito di un contratto di prestazione di servizi concluso con un soggetto che operi in Italia. Inoltre tale decreto di attuazione mira anche a regolarizzare le imprese che distaccano un lavoratore in un territorio italiano presso un'unità produttiva della medesima impresa o presso altra impresa appartenente allo stesso gruppo<sup>136</sup>.Nel 2003 è intervenuto il D.Lgl 276. La nuova norma ha in sé una normativa che amplia le possibilità per le imprese. Vediamo in che modo. Tale Decreto legislativo ha abrogato la legge n. 1369/ 1960 sull'interposizione nelle prestazioni di lavoro e in tal modo ha offerto per la prima volta una definizione normativa del distacco. Questo è stato sostanzialmente mutuato dalla precedente elaborazione giurisprudenziale .

I criteri individuati dalla giurisprudenza stabilivano innanzitutto che il distacco dovesse essere temporaneo, eccezionale e occasionale .In secondo luogo il datore di lavoro distaccante doveva avere interesse a che il dipendente prestasse la sua opera in favore del datore di lavoro distaccatario. Infine ,il datore di lavoro distaccante doveva conservare il potere di porre fine al distacco.

L'art. 30 del D.Lgl 276/2003 ,riferendosi a detti criteri ,ha precisato che si parla di distacco quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse , pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione

---

<sup>135</sup> art 8 legge 236 /93 Gli accordi sindacali, al fine di evitare le riduzioni di personale, possono regolare il comando o il distacco di uno o più lavoratori dall'impresa ad altra per una durata temporanea. Ancora in vigore.

<sup>136</sup> Vale a dire alle società controllate o collegate. La disposizione civilistica( art 2359 del Codice civile) stabilisce che per società controllate devono intendersi: le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

Sono invece considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole (l'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa).

di una determinata attività lavorativa, rimanendo responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore.<sup>137</sup>

In tale articolo il D.Lgl 276/2003 detta una disciplina organica dell'istituto del distacco a livello nazionale, segnando alcune differenze con la figura del distacco regolata dal decreto di trasposizione del 2000. Secondo tale art 30 il distacco è un istituto attraverso il quale un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse mette a disposizione , temporaneamente , di un altro datore di lavoro uno o più lavoratori<sup>138</sup>.

Il distacco deve avere il requisito della temporaneità ed un interesse: ciò fu oggetto specifico di una pronuncia della Cassazione<sup>139</sup> e di una interpretazione amministrativa del Ministero del Lavoro<sup>140</sup> che, pur in assenza di un riferimento normativo, aveva ritenuto legittimo il distacco tra società collegate. La circolare ministeriale dice chiaramente che i requisiti della legittimità del distacco di cui all'art. 30 del suddetto decreto sono sia la temporaneità del distacco, sia l'interesse del distaccante .La stessa precisa che il concetto di temporaneità coincide con quello di non definitività indipendentemente dalla durata del distacco, fermo restando che tale durata sia funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante. Il distacco può essere effettuato per qualsiasi interesse produttivo dell'azienda che decide il distacco anche all'interno di gruppi di impresa<sup>141</sup> Ciò è finalizzato a limitare i licenziamenti. Se ci chiediamo a carico di chi è il lavoratore dipendente distaccato sia il Ministero del Lavoro<sup>142</sup> che l'INPS<sup>143</sup> hanno affermato che l'obbligo contributivo continua a gravare sull'azienda cedente a cui si deve far riferimento anche per la classificazione previdenziale.

La legge precisa che il datore di lavoro distaccante è responsabile del trattamento economico e normativo: la disposizione non lo dice ma appare evidente che la responsabilità resta anche per la contribuzione. Ad esempio: la Ditta Rossi distacca un lavoratore e lo invia alla ditta Bianchi per tre mesi. In questi tre mesi il lavoratore resta alle dipendenze della ditta Rossi ed è retribuito dalla stessa. La ditta Rossi, si farà rimborsare dalla ditta Bianchi. Il lavoratore distaccato potrà svolgere la sua prestazione

---

<sup>137</sup> Le conseguenze giuridiche dell'inosservanza dei diritti fondamentali sono stabilite dal diritto nazionale

<sup>138</sup> Decreto legislativo n. 276/2003, art. 30, comma 1.

<sup>139</sup> Cass., 21 marzo 1998, n. 5102

<sup>140</sup> n. 5/25814/70/VA dell'8 marzo 2001

<sup>141</sup> La circolare distingue il distacco dalla somministrazione :mentre la somministrazione realizza un interesse ai fini di lucro, il distaccante soddisfa un interesse produttivo diversamente qualificato

<sup>142</sup> circolare n. 4/1994

<sup>143</sup> circolare n. 81/1994

anche parzialmente presso il distaccatario, continuando a svolgere presso il distaccante la restante parte della prestazione.

L'esigenza di una comparazione fra la fattispecie contenuta nel Decreto attuativo 72/2000 e quella prevista dall'art. 30 D.Lg 276 è stata necessaria anche perchè le due nozioni di distacco sono diverse tra loro e tendono al raggiungimento di obiettivi differenti. La fattispecie di derivazione comunitaria, invero, delimita il campo di attuazione della propria disciplina; Con la nozione nazionale di distacco si tende piuttosto ad individuare quale sia la fattispecie circolatoria lecita<sup>144</sup>.

Osserviamo che mentre la norma comunitaria( Direttiva n.96/71Ce) nonché il Decreto attuativo n. 72/2000 fanno riferimento al distacco presso uno stabilimento dell'impresa distaccante o presso un'impresa appartenente al gruppo, quella dell'ordinamento italiano non richiede necessariamente che ricorra quest'ultimo elemento. Tuttavia si sottolinea che, per contro, in via amministrativa è stato chiarito che il requisito del 'proprio interesse' deve sussistere specificamente anche nel caso di distacco intercorrente tra imprese di uno stesso gruppo. Per meglio dire, la presenza di questo elemento non è di per sé in grado di soddisfare ovvero assorbire quel requisito<sup>145</sup>. Si tratta di una differenza particolarmente interessante, dato che, in verità, nel progetto originario della Direttiva sul distacco, quale risultante dalla proposta della Commissione del 15.6.1993, non vi era alcun riferimento al fatto che il distacco dovesse avvenire presso un proprio stabilimento , ovvero in un'impresa del gruppo insediati in altro Stato membro. Tale riferimento fu poi introdotto dal Consiglio nella fase di discussione finale; Per effetto di questa modifica, il distacco di lavoratori dipendenti da un'impresa di uno Stato membro presso un'altra impresa insediata in altro Stato membro, che non abbia con la prima nessun legame, nemmeno 'di gruppo', non rientra nel campo di applicazione della Direttiva<sup>146</sup>.

A tal proposito, è opportuno segnalare come si sia in presenza di un'esclusione potenzialmente assai pericolosa rispetto al problema della tutela di quei lavoratori. Basti pensare che nell'Explanatory Memorandum predisposto dalla Commissione per la

---

<sup>144</sup> U. Carabelli, *Una sfida determinante*, cit., p. 19

<sup>145</sup> Circolare Min. Lav., cit., 2004, n. 3 e Circolare Min. Lav. 2005, n. 28

<sup>146</sup> Esposito M., *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene nella collana Pub. Dip. dir. rapp. civ. econ.-Univ. NA,2002 p. 67 ; Carabelli U., V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, p. 565. WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 35/2005

presentazione della originaria proposta di Direttiva del 1° agosto 1991,<sup>147</sup> si sottolineava l'importanza fondamentale della medesima, dato che la sua mancanza avrebbe potuto «make the whole Directive meaningless» ossia dare senso all'intera direttiva<sup>148</sup>.

La comparazione può chiarire se un'impresa stabilita in Italia che distacchi un proprio lavoratore presso un'altra impresa dello stesso gruppo insediata all'estero debba obbligatoriamente disporre di un interesse al distacco in adempimento all'art. 30, oppure ne sia esentata dalla presenza della generica previsione della Direttiva nonché dal fatto che al lavoratore distaccato si applica comunque la legislazione di tutela vigente nel paese ospitante. Il raffronto in essere potrebbe aiutare ulteriormente a chiarire se il legislatore nazionale possa pretendere o meno da un'impresa stabilita in un altro Stato membro, che intenda distaccare un proprio dipendente in un'impresa del medesimo gruppo insediata in Italia, di avere un interesse ex art.30 capace di giustificare il distacco<sup>149</sup>.

A conclusione di tali analisi, pare di poter optare per la legittimità dell'imposizione del su citato limite dell'interesse di cui all'art. 30, proprio nella misura in cui esso abbia carattere generale. Tale limite, dobbiamo chiederci, se sia applicabile a qualunque distacco temporaneo di lavoratori da parte di imprese stabilite in un paese dell'Ue presso altre imprese, sia insediate sul medesimo territorio, sia entro i confini di un altro stato membro. Si precisa che in quest'ultima circostanza, allorché l'impresa distaccataria appartenga allo stesso gruppo della distaccante, si rientrerà nell'ambito di applicazione della Direttiva. Pertanto, un'impresa stabilita in Italia che distacchi temporaneamente un proprio dipendente presso un'impresa dello stesso gruppo insediata in un altro paese dell'Ue, deve manifestare un legittimo interesse ex art. 30 che giustifichi l'adozione del provvedimento di distacco<sup>150</sup>.

Un'ulteriore differenziazione fra la disciplina nazionale e quella del decreto attuativo è costituita dal fatto che mentre per il distacco ex art. 30 l'esercizio del potere direttivo

---

<sup>147</sup> Com. (91) 230 final – SYN 346 con riferimento all'ipotesi delle «undertakings which place a worker with one of their establishments or with another undertaking whether an associated undertaking or not, established in another Member State to carry out temporary work»,

<sup>148</sup> Direttiva 96/71/Ce, punto (20) considerando che la presente direttiva non interessa gli accordi conclusi dalla Comunità con paesi terzi né le normative degli Stati membri relative all'accesso ai loro territori da parte di prestatori di servizi di paesi terzi; che la presente direttiva lascia inoltre impregiudicate le legislazioni nazionali relative alle condizioni di ingresso, di residenza e di occupazione per i lavoratori di paesi terzi;

<sup>149</sup> U. Carabelli, *libertà di concorrenza*, op cit. p. 9.

<sup>150</sup> R. Foglia, *Il distacco del lavoratore*, cit., p. 808.

appartiene al distaccatario, in quello ex art. 1, comma primo del Decreto 72/2000 di recepimento ricade in capo al distaccante. Diversamente, al datore di lavoro straniero non è richiesto l'esercizio del potere direttivo se pur quest'ultimo non deve ritenersi escluso l'esercizio di tale potere nel caso di distacco infragruppo.

Ritengo opportuno spiegare perché in Italia l'esercizio del potere direttivo appartiene al datore stabilito in Italia e non a quello stabilito altrove.

Secondo l'ordinamento giuridico italiano l'invio di un lavoratore da un'impresa ad un'altra appartenente al medesimo gruppo è un'ipotesi di distacco, poiché le diverse imprese coinvolte hanno autonoma e distinta soggettività giuridica.

L'ordinamento italiano non contempla, infatti, la soggettività giuridica del gruppo. La conseguenza è che non si può ritenere l'invio in questione come un mero trasferimento da un'unità produttiva ad un'altra, ai sensi dell'art. 2103, comma 1, ultimo periodo, codice civile. Pertanto anche il distacco intragruppo, rientrando pienamente nella fattispecie generale del distacco *tout court*, deve soddisfare i requisiti dell'art. 30, D. Lgs. n. 276/2003 ossia interesse del distaccante e temporaneità del distacco.

Tuttavia, sebbene non si possa ritenere automaticamente sussistente l'interesse al distacco in capo al datore di lavoro distaccante per il solo fatto di realizzarsi tra imprese appartenenti al medesimo gruppo, si ritiene lecita la prassi del distacco all'interno dei gruppi d'impresa che corrispondano "ad una reale esigenza di imprenditorialità volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo"<sup>151</sup>. Va fatto sempre salvo il requisito della temporaneità del distacco. Il distacco *intra-gruppo* è anche una delle ipotesi disciplinate dall'Art. 1, par.3 Dir 96/71/CE di distacco transnazionale<sup>152</sup>, e si realizza tra imprese stabilite in diversi Stati membri ed appartenenti allo stesso gruppo.

La prima ipotesi di distacco sancita dall'art. 1, comma primo del Decreto attuativo 72/2000<sup>153</sup> si potrebbe qualificare come distacco improprio<sup>154</sup> o trasferta<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> vedi Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Circolare n. 28/2005

<sup>152</sup> Qui si fa riferimento al distacco dei lavoratori nell'ambito di rapporti commerciali tra imprese stabilite fra diversi Stati membri e appartenenti allo stesso gruppo di imprese. Il lavoratore durante il periodo del distacco resta dipendente del datore che lo invia, in questo senso la figura coincide con il distacco infragruppo.

<sup>153</sup> Art.1, comma 1, D.Lgs n 72/2000 richiama diverse ipotesi di mobilità temporanea di lavoratori alle quali è applicabile la disciplina del distacco comunitario: da parte di un'azienda di un diverso Stato membro presso una propria filiale situata in Italia; Da parte di un'azienda di un diverso Stato membro presso un'azienda italiana appartenente al medesimo gruppo di impresa; Nell'ambito di un contratto commerciale (appalto di opra o di servizi, trasporto ecc.) stipulato con un committente avente sede legale o operativa sul territorio italiano.

<sup>154</sup> Balandi G.G., *La Direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, 1998, p. 123.

Bisogna però precisare che solo nel distacco intragruppo l'eventuale assegnazione dell'esercizio del potere direttivo da parte di un'impresa straniera alla collegata italiana configurerebbe, in forza dell'art. 30, un distacco in senso proprio. Dunque, solo in quest'ultima circostanza, necessita porsi la questione dell'applicazione del presupposto di legittimità della fattispecie costituito dall'interesse imprenditoriale specifico del distaccante.

Il criterio individuato dall'Art 30 della disposizione attuativa è basato sul fatto che il datore di lavoro distaccante dovesse avere interesse a che il dipendente prestasse la sua opera in favore del datore di lavoro distaccatario soltanto nel caso di distacco infragruppo.

Ritengo opportuno a questo punto ,per fare un quadro completo della normativa italiana, far notare anche che il carattere temporaneo del distacco si distingue dalla cessione del contratto che invece è definitiva. Nell' ordinamento civilistico italiano è disciplinata a seconda dei casi dall'Art 2112 c.c.<sup>156</sup> o dall'Art 1406 c.c.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> Esposito M., *Distacco dei lavoratori*, cit., p. 574, la trasferta è caratterizzata dalla provvisorietà dello spostamento del lavoratore da una unità produttiva ad un'altra nell'ambito della medesima azienda. La temporaneità costituisce requisito indefettibile della trasferta. Venute meno le esigenze che avevano determinato l'invio in trasferta del lavoratore questi rientrerà al precedente luogo di lavoro.

<sup>156</sup> Art 2112 c.c. *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda*. Al 1° comma stabilisce che in caso di trasferimento di azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario e il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. 2 Il cedente e il cessionario sono obbligati, in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento...il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro. 3 Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali, vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello. (vedi codice)

<sup>157</sup> Art 1406 c.c. *Nozione* (della cessione dei contratti). Ciascuna parte può sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta.



## CAPITOLO 2

### **Le Sentenze Viking , Laval e Ruffert**

Libertà economiche e attività sindacali nella giurisprudenza comunitaria

#### **2.1 INTRODUZIONE**

L'Ordinamento comunitario sin dalle origini era abituato a trattare e curare soprattutto gli interessi degli operatori economici alla libera circolazione delle merci , dei servizi , dei capitali nonché l'interesse alla libera concorrenza. Con l'inclusione nel sistema Europa dei paesi dell'Est si sono prodotte nuove dinamiche di concorrenza. Assistiamo alla accelerazione dei processi di globalizzazione economica e finanziaria .Ciò comporta un cambiamento dei sistemi di protezione sociale nazionale sulla base delle nuove dinamiche di concorrenza enunciate dal Trattato di Lisbona . Dobbiamo chiederci come stanno cambiando i sistemi di protezione sociale nazionale tenendo conto del radicamento territoriale degli istituti di solidarietà sociale. Il diritto dei lavoratori di difendere , attraverso azioni collettive , pretese giuridiche finora riconosciute come fondamentali dalle carte costituzionali ,quali il diritto ad un'equa retribuzione, il diritto di sciopero , di contrattazione collettiva, il diritto ad una esistenza dignitosa, subiscono adesso l'egemonia giuridico/sociale di altri principi che si legano alla libertà di concorrenza ,alla libera prestazione dei servizi,alla libera elezione della sede dei propri affari, alla libertà di circolazione di merci, beni e capitali.

Oggi, i Paesi membri dell'Unione sono 27 e non più 15 come nel 1996,anno dell'entrata in vigore della direttiva N. 96/71/CE e il distacco comunitario appare ,o almeno è percepito in alcuni Paesi,come un fenomeno potenzialmente negativo. Attraverso il distacco transnazionale dei lavoratori si finiscono per legalizzare situazioni di dumping sociale, non si vede un'occasione di espansione dei mercati in grado di garantire maggiori opportunità di commercio e di lavoro.

Alcune delle pronunce della Corte di Giustizia (in particolare la sentenza Viking, C-438/05 del 11.12.2007, e la sentenza Laval, C-341/05 del 18.12.2007 )hanno destato la preoccupazione delle parti sociali,in particolare delle organizzazioni sindacali . Si

veda a questo proposito la proposta di revisione della Direttiva formulata dal sindacato europeo ETUC/CES del 31.5.2010<sup>158</sup>.

Gli Stati membri, poi, non sempre hanno saputo applicare la direttiva in maniera corretta, ed hanno introdotto ed utilizzato alcune norme nazionali di tipo protezionistico contrarie al Trattato e alla stessa Direttiva. Queste prassi sono state censurate dalla Corte di giustizia: si vedano in particolare le sentenze Ruffert (caso C-346/06, sentenza del 3.4.2008) e Commissione c. Lussemburgo (C-319/06, sentenza del 19.6.2008).

La stessa Commissione ha promosso una serie di studi che da un lato sono diretti a monitorare il livello di applicazione della Direttiva n. 96/71/CE da parte degli Stati membri (si veda ad esempio il “Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union”<sup>159</sup>), e dall’altro tendono a verificare l’ipotesi di introduzione di una nuova regolazione europea in tema del distacco transnazionale.

Un elemento ritenuto critico per l’implementazione dell’efficacia della regolazione in materia di distacco comunitario è stato ,ed è tuttora, la scarsa cooperazione tra i Paesi membri. Le Costituzioni dei singoli Stati membri contengono differenze disciplinari in merito ai principi ritenuti fondamentali dalle stesse. Le sentenze Viking e Laval evidenziano l’effetto condizionante del diritto comunitario rispetto ai principi, come quello lavorista , introdotto nelle costituzioni. Nel caso Viking la Corte afferma che le azioni collettive poste in essere dai sindacati costituiscono delle restrizioni alla libertà di prestare servizi ai sensi dell’allora art 49 TfU(già 43TCE )<sup>160</sup>.

Le restrizioni alla libertà economica fondamentale sancita dal trattato sono sottoposte a un duplice giudizio di bilanciamento. Secondo una interpretazione dottrinale <sup>161</sup> è spiegato che soltanto il perseguimento di un obiettivo legittimo compatibile con la libertà economica, sorretto da ragioni imperative di interesse generale, quali la tutela del lavoratore, può giustificare la restrizione. Viene tuttavia aggiunto che tale interesse generale è tutelato se bilanciato all’impiego di un criterio proporzionale del modo usato per realizzare l’obiettivo .

---

<sup>158</sup> disponibile sul web sul sito

[www.etuc.org/IMG/pdf/final-report-ETUC-expert-group-posting-310510-FR.pdf](http://www.etuc.org/IMG/pdf/final-report-ETUC-expert-group-posting-310510-FR.pdf)

<sup>159</sup> Lo studio è pubblicato sul web all’indirizzo <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471&langId=en>.

<sup>160</sup> Ex art 43 sulla libertà di prestazione servizi, oggi art 49 TfU

<sup>161</sup> De Salvia Azzurra: *Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Viking e Laval*, in ADL argomenti del diritto del lavoro, 2008, fasc.3 pag 792-810

Un'altra corrente di pensiero<sup>162</sup> fa notare che in questa sentenza è riconosciuto il “diritto di sciopero quale diritto comunitario fondamentale pari/ordinato alle libertà economiche del Trattato Ce”. Viene posta in rilievo l'importanza storica del riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale protetto dall'ordinamento comunitario. Ovviamente è criticata la persistente centralità della logica mercantile e la preminenza accordata alle esigenze della integrazione comunitaria.

La chiusura della Corte che nella sentenza Laval si manifesta nei confronti del modello di relazioni industriali svedese può comportare una gravissima destrutturazione di tale modello e di quello danese, assai simile. Il rischio è provocare pericolose ripercussioni su tutta l'Europa sociale che guardava a tali paesi come due “ success stories” di gestione del mercato del lavoro.<sup>163</sup>

La Corte di giustizia nelle sentenze Viking e Laval , mostra con tutta evidenza le difficoltà di trovare un punto di equilibrio tra le radici economiche, in cui affonda il diritto comunitario, e l'esigenza di salvaguardare l'assetto di garanzie che il diritto del lavoro deve porre a tutela del lavoratore subordinato. I giudici comunitari evidenziano l'incapacità dell'Impianto normativo dell'Unione a tenere dentro le complesse questioni che pone la “geografia variabile” delle politiche del lavoro<sup>164</sup> attuate dalle imprese. Emerge anche che i diritti sociali non hanno ancora ottenuto il riconoscimento formale di diritti fondamentali al pari delle libertà economiche. Dobbiamo aggiungere che risulta dalle due sentenze una “sorta di legittimazione” ,implicitamente avallata dalla Corte,della concorrenza all'estero e di una pericolosa corsa al ribasso verso trattamenti economici e normativi dei lavoratori meno onerosi.

La Corte di giustizia dell'UE ha deciso nel primo caso che un 'impresa marittima finlandese ( Viking ) può battere bandiera estone ed applicare ai propri dipendenti il contratto collettivo nazionale del Paese baltico , anche se trasporta i passeggeri da e verso Helsinki e Tallinn. Ha dato torto al sindacato Finlandese che aveva chiesto per i dipendenti di Viking il rispetto del contratto collettivo nazionale. Nel secondo caso la Corte ha autorizzato un'impresa lettone ( Laval) a costruire una scuola in Svezia utilizzando lavoratori lettoni ai quali era applicato il contratto collettivo del proprio paese e non il contratto di lavoro svedese. Veniva contemporaneamente (in quanto

---

<sup>162</sup> Pallini M., *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale , 2008, fasc.1,pag 3-26.

<sup>163</sup> Corti Matteo:*le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia:un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in Riv. Ital. Dir. Lavoro, 2008, fasc.2 pag .249-286

<sup>164</sup> Tussino Giovanna: *il diritto comunitario tra principi economici e tutela del lavoro subordinato*, In Dir. Del mercato del lavoro, 2008, fasc.1-2 pag 244-253.

emessa in tempi molto ravvicinati alla precedente sentenza) rigettata la richiesta avanzata dal sindacato di Stoccolma di applicare ai lavoratori lettoni il contratto collettivo in vigore in Svezia. Le due sentenze emesse dalla Corte di giustizia contribuiscono a confermare il clima di pessimismo sul destino dell'Europa politica, sulla sua natura sociale ma soprattutto sulla sua valenza costituzionale<sup>165</sup>. Entrambe riconoscono che i diritti sociali collettivi, essendo parte integrante del patrimonio costituzionale comune degli Stati membri, costituiscono anche il “tratto identitario dell'ordinamento europeo”.<sup>166</sup>

Detto in altri termini: “Le due sentenze ci costringono a riflettere seriamente<sup>167</sup> sulle conseguenze di affidare la nostra tradizione costituzionale alla mediazione di una Corte che è interprete del diritto dei Trattati ma che non è ora e non sarà nel prossimo futuro la Costituzione dell'UE; Una Corte, che non è ora e non sarà, la Corte costituzionale dell'UE”. Le sentenze forniscono una occasione in più per riflettere sulla dottrina del costituzionalismo multilivello<sup>168</sup>.

Nel trattare le sentenze Viking e Laval avrò modo di mettere in evidenza come la Corte di giustizia applichi un differente rilievo giuridico alle pluralità di forme della libertà di

---

<sup>165</sup> Per costituzionalismo si intende quel movimento di pensiero che si è sviluppato, dapprima in Gran Bretagna e successivamente in Francia, negli Stati Uniti ed altrove, e che ha avuto i suoi punti principali nel riconoscimento dei diritti fondamentali della persona umana e nel trasferimento della titolarità della sovranità dello Stato dal monarca al popolo. Nei paesi che progressivamente applicarono la corrispondente forma di governo, l'attuazione di questo indirizzo ha comportato la distribuzione dei pubblici poteri fra un complesso di organi formati, in prevalenza almeno, in base al principio democratico (cioè in base all'elezione da parte dei cittadini) ed il riconoscimento a favore di tutti di un complesso di diritti fondamentali, attribuiti a tutti i cittadini e garantiti dall'esistenza di un sistema di giudici indipendenti.

I canoni fondamentali di un regime ispirato ai principi del costituzionalismo furono indicati infatti, nella dichiarazione dei diritti approvata in Francia il 26 agosto 1789 dall'Assemblea costituente allora all'opera in quel paese, nella “garanzia dei diritti” e nella “separazione dei poteri” e da questi stessi principi fu orientata la Costituzione degli Stati Uniti d'America, approvata il 17 settembre 1787 e tuttora vigente, che adottò una forma di governo rispettosa di tale indirizzo. Fu negli Stati Uniti, altresì, che nel 1803 fu affermata, con una sentenza della Corte suprema, la concezione della Costituzione come *higher law*, ossia come legge fondamentale non modificabile mediante una semplice legge ordinaria, mentre in molti paesi si ebbero applicazioni delle teorie che, nel quadro della dottrina del costituzionalismo, vennero elaborate in relazione ai problemi della rappresentanza politica ed a quelli della governabilità.

Per quanto riguarda i primi apparve a tutti chiaro che l'esercizio dei poteri sovrani, dei quali nella logica del costituzionalismo, il popolo diveniva titolare non avrebbero potuto, altro che in casi sostanzialmente eccezionali, essere esercitati mediante la convocazione di assemblee di tutti i cittadini (come avveniva nell'Atene di Pericle o nell'antica Roma repubblicana), anche perché il riconoscimento di eguali diritti a tutti i cittadini comportava l'attuazione del principio del “suffragio universale” (risultando difficili da giustificare le limitazioni cui in un primo tempo si era fatto ricorso) e di conseguenza la partecipazione alle votazioni di un numero molto elevato di cittadini.

<sup>166</sup> Carruso Bruno, saggio: *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione*, pag 26 e ss WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .INT – 61/2008

<sup>167</sup> Maria Vittoria Ballestrero, in Lavoro e diritto a. XXII, n. 2, primavera 2008 pag 391, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia bilancia il diritto di sciopero*

<sup>168</sup> Pernice I., Kanitz R., 2004, *Fundamental Rights and Multilivel Constitutionalism in Europa*, Walter Hallstein Institut, Whi-Paper 7/04

iniziativa economica garantita dal Trattato, in relazione al loro rapporto con il diritto di sciopero.

Lo sciopero è uno strumento di lotta che è senza dubbio volto a confliggere con l'iniziativa economica privata qualunque sia la concreta manifestazione di quest'ultima. Questa constatazione non è opinabile, a mio parere. Parte della dottrina si esprime apertamente in merito.<sup>169</sup>

Negli ordinamenti giuridici dei paesi a economia di mercato la libertà di iniziativa economica è normalmente riconosciuta come libertà volta alla funzione di assicurare l'esercizio delle attività lucrative.

Quello che è interessante esaminare in questo lavoro è la possibilità di sindacare, della Corte di giustizia, sul contenuto delle rivendicazioni dei lavoratori e delle loro organizzazioni al fine di valutare la compatibilità dello sciopero con le libertà economiche. Come vedremo l'orientamento della Corte finisce per negare i diritti fondamentali dei lavoratori di organizzare liberamente la loro attività sindacale e definire i loro interessi economici e professionali nonostante la garanzia loro apprestata dal diritto comunitario dell'UE.

Altro aspetto su cui ho ritenuto dover porre attenzione è il valutare come stanno cambiando i sistemi di protezione sociale nazionali di fronte alle nuove dinamiche di concorrenza sviluppatasi a seguito dell'allargamento dell'Unione europea e dell'accelerazione dei processi di globalizzazione economica e finanziaria.

---

<sup>169</sup> Carabelli U.: *note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, pag 160 e ss.

## 2.2 Viking e Laval :il tema dei contratti collettivi e del diritto di sciopero nella dimensione transnazionale

Le sentenze Laval e Viking hanno stabilito alcune restrizioni del diritto ad intraprendere un'azione collettiva a livello nazionale che non hanno precedenti e non sono facili da concepire. La giurisprudenza della Corte di Giustizia lancia una sfida alle organizzazioni sindacali, ai tribunali nazionali nonché agli Stati membri desiderosi di tutelare i diritti fondamentali dei lavoratori che spesso discendono da norme costituzionali nazionali.

Le due sentenze non costituiscono un punto di arrivo ma un punto di partenza affinché gli Stati membri avviino una discussione insieme sulla immunità del diritto sindacale dal diritto comunitario . Questo dovrebbe fornire risposte efficaci sul superamento della antinomia tra Libertà economiche fondamentali e diritti fondamentali dei lavoratori di organizzare liberamente la loro attività sindacale.

Gli attori istituzionali più coinvolti nella costruzione dell'ordinamento europeo sono probabilmente la Commissione e la Corte di giustizia. I recenti arretramenti della Corte di giustizia sui casi Viking e Laval hanno destato concrete preoccupazione circa l'incidenza di regole e principi dell'ordinamento europeo<sup>170</sup> sulle regole interne dei sistemi di relazioni industriali e su alcuni diritti sociali fondamentali. In particolare le pressioni dell'ordinamento europeo si riflettono sulle libertà di azione e organizzazione sindacale e sullo stesso diritto di sciopero.

I Governi svedesi e danesi e gli stessi sindacati coinvolti nel giudizio hanno sostenuto davanti la Corte di giustizia, nella fase istruttoria , l'ipotesi dell'immunità dei sistemi sindacali nazionali dal diritto comunitario. Un'immunità si riduce al principio in base al quale le norme , i questo caso comunitarie,non influenzano un fenomeno come l'organizzazione sindacale dei singoli Stati membri. Questo va detto anche nel rispetto di quanto stabilito nel Trattato.

E' lo stesso art 137 par. 5 del TCE ( oggi 153 par. 5 TFUE)<sup>171</sup> che escludeva ed esclude dalla competenza dell'Unione i tradizionali diritti sociali collettivi <sup>172</sup>.Da quanto detto risulta evidente “una posizione che imputa alle sentenze Laval e Viking il carattere

---

<sup>170</sup> Concernenti le libertà economiche di stabilimento e di prestazione servizi

<sup>171</sup> Articolo 153TFUE (ex articolo 137 del TCE)par. 5: Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione,al diritto di sciopero né al diritto di serrata.

<sup>172</sup> Diritto di sciopero e libertà associativa

dell'invasione e della prevaricazione della volontà degli stati membri”<sup>173</sup>. Le libertà economiche fondamentali riconosciute dall'ordinamento europeo, ossia la libera circolazione di servizi e di stabilimento, sono in grado di indebolire e snaturare non tanto le leggi del lavoro nazionali, ma addirittura la tradizione costituzionale e i diritti sociali degli stati più avanzati e la cultura giuridica nazionale “volontaristica” delle relazioni sindacali<sup>174</sup>. L'operazione interpretativa della Corte nelle sentenze Viking e Laval, come vedremo nel dettaglio a breve, viola la riserva di competenza degli Stati membri( art.153.5 TFUE) secondo cui l'Unione non ha competenza regolativa in materia di retribuzione, di diritto di associazione, di diritto di sciopero, di diritto di serrata.

Bisogna tenere ben presente che l'abbattimento delle barriere politiche e giuridiche, che fino alla prima metà del secolo scorso condizionavano l'espansione dei mercati, ha reso il capitale estremamente mobile. Questo fatto ne ha sviluppato la “rapacità”<sup>175</sup>.

Il capitale è disposto a dislocarsi per il tempo che conviene là dove maggiore è la possibilità di ottenere una maggiore redditività quali che siano i motivi di tali differenziali di rendimento.

La prospettiva costituzionale tende a circondare i diritti fondamentali, tra questi anche il diritto di sciopero e di azione collettiva, di un'aurea di ragionevolezza. La dottrina ci spiega<sup>176</sup> che “un diritto è ragionevole non quando il valore ad esso sotteso è del tutto relativo.... né quando all'opposto ha pretesa di assolutezza....ma solo quando esso mostra una natura squisitamente relazionale”.

L'autore di questo pensiero, ossia Spadaro, continua dicendo che “la ragionevolezza dei diritti fondamentali discende dal fatto che pur rimanendo in astratto assoluti e inviolabili essi devono rivelarsi (in concreto) bilanciabili e negoziabili. Dunque non esistono o comunque non dovrebbero essere ammissibili, almeno in via ordinaria, diritti fondamentali che non siano intrinsecamente flessibili, moderati, equilibrati, passibili di ponderazione/bilanciamento. I una parola “relazionali e dunque ragionevoli”.

---

<sup>173</sup> U. Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, dattiloscritto 2008, in *Il Giornale dir. lav. rel. Ind* 2008, pag 17

<sup>174</sup> Soprattutto la posizione di U. Carabelli, op. cit.; cenni pure in Veneziani B., *La Corte di giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, 2008, in <http://www.cgil.it/giuridico/>

<sup>175</sup> Come dice Carabelli U. in *Europa dei mercati e conflitto sociale* pag 38 e ss, 2008, Cacucci Editore, e anche Giubboni S. e Orlandini G. in *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna 2008, pag 85 e ss.

<sup>176</sup> Così Spadaro A., *Dall'Indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: L'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. Dir.*, 2006, 1, p. 172

La contaminazione tra spazio costituzionale sociale nazionale e sovranazionale non è più, dopo le sentenze Viking e Laval, soltanto una ipotesi, ma comincia a lasciare tracce che devono essere colte.

La giurisprudenza della Corte di giustizia si è sviluppata in relazione alle normative di tutela delle libertà economiche al fine di garantire la libera circolazione, non tanto dei lavoratori in cerca di occupazione, ma dei capitali, delle merci e dei servizi oltre che la libertà di insediamento o di stabilimento. Ciò mette oggi in crisi i diritti sociali fondamentali di sciopero e di negoziazione collettiva. Conseguenza visibile a tutti è che si impedisce ai diritti sociali fondamentali, faticosamente costruiti fra l'800 e il '900 negli Stati membri dell'Unione di "vecchia data" di continuare a svolgere quella funzione emancipatoria, redistributiva e parificatrice tra i diritti reclamati dai movimenti operai nei confronti delle libertà economiche.

E' necessario, se non addirittura urgente, lavorare ad una nuova e originale teoria costituzionale dell'ordinamento europeo. Questo è quanto ci suggerisce parte della dottrina<sup>177</sup>. Manzella considera che la Costituzione europea "partecipa del fenomeno...di unione di Costituzioni che si comunicano reciprocamente legittimità, attraverso il diritto e attraverso canali differenziati ma interdipendenti con i popoli-popolo europeo"<sup>178</sup>.

Le strutture costituzionali nazionali devono interagire con la struttura costituzionale europea in formazione. La logica di questo processo evolutivo certamente non sarà lineare<sup>179</sup>. Costituzionalisti e cultori di altre discipline, quindi anche i giuslavoristi, dovranno interagire con responsabilità essendo custodi dei principi e dei compiti e degli obiettivi sociali dell'Unione.

La Carta dei Diritti Sociali Fondamentali dei Lavoratori del 1989, la Carta Sociale Europea del 1961, ma anche altre piattaforme internazionali dei diritti, in primo luogo la CEDU e le disposizioni dell'OIL, devono essere anch'esse un "tassello nella modernizzazione del diritto del lavoro" come ci dice S. Sciarra<sup>180</sup>.

I segnali provenienti dai casi risolti dalla Corte di giustizia (Viking-Laval) non sono tranquillizzanti per i diritti sociali storici, ossia il diritto di sciopero e di azione collettiva.

---

<sup>177</sup> E.W. Bockenforde, *Dove sta andando l'Europa?* In Id, *Diritto e secolarizzazione*, La Terza 2007, pag 192; e pure Barbera A., *Esiste una Costituzione europea?*, In Riv. It. Dir. Pubbl.comunitario, 2000, p 654 e ss;

<sup>178</sup> Manzella A., *Dalla Convenzione alla Costituzione*, Il Mulino 2003, pag 923.

<sup>179</sup> Pinelli C., *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, Dir. Un. Europ., 1999, 4, p. 725 e ss

<sup>180</sup> Sciarra S., *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT -52/2007



Queste posizioni sembrerebbero confermare le preoccupazioni di chi ritiene che i diritti sociali nazionali avrebbero tutto da perdere nella contaminazione con la dimensione sovranazionale degli stessi.

La cosa preoccupante è data dal fatto che ne deriverebbe anche il rischio di una perdita di ruolo e di prestigio delle stesse Corti costituzionali deputate a interpretare i diritti sociali nazionali e ad affermarli nello spazio nazionale.

Da un punto di vista costituzionale, il modo migliore per garantire un approccio più equilibrato della *governance*<sup>181</sup> economica sarebbe quello di adottare una disposizione del Trattato volta a garantire che il diritto comunitario primario e secondario non venga usato per indebolire l'esercizio dei diritti fondamentali attribuiti dalle norme costituzionali dei Stati membri.

Nelle sentenze della Corte di Giustizia europea viene esplicitamente accantonata ogni ipotesi di non interferenza tra sistemi di diritti sociali nazionali e ordinamento europeo. Si fa in particolare riferimento alle libertà economiche fondamentali di circolazione. Di queste libertà si afferma l'efficacia orizzontale nei confronti anche di atti privati di natura collettiva posti in essere dalle organizzazioni sindacali, che sono soggetti privati in Italia. Questi atti privati di natura collettiva costituiscono, invece, nella diversa prospettiva teorica dell'ordinamento sindacale, atti autonomi di esercizio del potere di autotutela. Essi sono costituzionalmente legittimati e riconosciuti in tutti gli ordinamenti statali a costituzione rigida alla stregua di diritti sociali fondamentali: diritto di sciopero e di esercizio della libera attività sindacale anche di natura negoziale.

I giudici europei, in queste sentenze, rigettano la lettura immunitaria dei principi e delle regole dei sistemi sindacali nazionali rispetto alle regole e ai principi dell'ordinamento europeo.<sup>182</sup> Tale tesi è sostenuta nelle due sentenze in virtù di una lettura sistematica e non letterale dell'art. 137 par. 5 TCE che conduce a ritenere prevalenti i principi di diritto comunitario su quelli nazionali.

Al punto 87 della sentenza *Laval* la Corte afferma che: "E' sufficiente in proposito ricordare che, se è vero che, nei settori che non rientrano nella competenza comunitaria, gli Stati membri restano in linea di principio liberi di fissare le condizioni di esistenza

---

<sup>181</sup> Le politiche di *governance* attengono ad un concetto di gestione del potere pubblico maturato nei paesi più innovati, da un punto di vista economico e industriale, particolarmente negli anni 70-80. Il termine *Governance* è l'evoluzione del concetto di "Government", termine che richiama un tipo di azione intrapresa dallo stato centrale con poca possibilità di mediazione delle scelte gestionali politico-economiche da parte di terzi.

<sup>182</sup> Viking punti 39-42; *Laval* punti 88-89. L'ipotesi dell'immunità era stata sostenuta fortemente in corso di causa sia dai governi finlandese e svedese, sia dai sindacati. Vedi B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, Eur. Law jour., 2007, 3, Pag 279-308

dei diritti in questione e le modalità di esercizio degli stessi, rimane tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, gli Stati sono comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario." Nella sentenza *Laval*, punto 88 la Corte dice: "Pertanto, il fatto che l'art. 137 TCE non si applichi né al diritto di sciopero né a quello di serrata non fa sì che un'azione collettiva sindacale, come quella in esame nella causa principale, sia esclusa dal settore della libera prestazione dei servizi". In termini pressoché analoghi la Corte si esprime nella sentenza *Viking* punti 40 e 41<sup>183</sup>.

Questo metodo si può condividere o meno, la cosa che appare sbagliata è dividerlo caso per caso<sup>184</sup>, a seconda degli assetti degli interessi che di volta in volta, vengono fuori. I diritti di azione collettiva e sostanzialmente il principio di autonomia sindacale, che si esplica anche nel diritto di sciopero, verrebbero fortemente condizionati dal rispetto imposto dalla Corte di giustizia delle libertà economiche.

Esse, nella lettura interpretativa che si attribuisce alla Corte di giustizia, sarebbero considerate valori prevalenti nell'ordinamento europeo, prima ancora che principi. L'effetto che ne deriva è quello di "assolutizzare" le libertà economiche.

I valori assoluti degli ordinamenti nazionali, quali ad esempio il rispetto della dignità umana, vengono degradati a principi relativi.

I casi *Laval* e *Viking*, da questa analisi, riportano l'asse del bilanciamento indietro fino al 1970, almeno per i diritti sociali. Epoca in cui la Corte sosteneva che "la salvaguardia dei diritti fondamentali andava garantita entro l'ambito della struttura e della finalità della Comunità"<sup>185</sup>. E' chiaro che la storica evoluzione della giurisprudenza della Corte relativa ad altre tipologie di diritti quali il diritto alle ferie (Caso *Bectu*)<sup>186</sup>,

---

<sup>183</sup> Punto 40: "Si deve in proposito ricordare che, sebbene nei settori che non rientrano nella competenza della Comunità gli Stati membri restino in linea di principio liberi di determinare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e i modi di esercizio degli stessi, resta tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, tali Stati sono comunque tenuti a rispettare il diritto comunitario".

Punto 41: Di conseguenza, il fatto che l'art. 137 TCE non si applichi né al diritto di sciopero né a quello di serrata non è in grado di sottrarre un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale all'applicazione dell'art. 43 CE

<sup>184</sup> Massimo D'Antona, *Opere, Scritti sul diritto del lavoro, tomo I, licenziamento individuale*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 60 e ss

<sup>185</sup> Sent. Cort. Giust. 17 dic 1970, C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*

<sup>186</sup> *BECTU* è un sindacato del settore radiotelevisivo, cinematografico, teatrale: i suoi circa 30.000 iscritti sono tecnici del suono, degli effetti speciali, del montaggio, cameramen, operatori cinematografici, parrucchieri, truccatori e simili. La normativa britannica che ha dato attuazione alla direttiva europea del 1993 sull'orario di lavoro, stabilisce che il diritto alle ferie sorge a condizione che l'interessato abbia svolto un periodo minimo di lavoro di 13 settimane consecutive presso lo stesso datore di lavoro. Inoltre, conformemente alla direttiva, le ferie annuali non possono essere sostituite da un'indennità finanziaria, salvo nel caso in cui il rapporto di lavoro sia interrotto. I lavoratori che il *BECTU* rappresenta sono solitamente assunti sulla base di contratti di breve durata, spesso inferiori alle 13 settimane. Essi, di conseguenza, non potrebbero acquisire, secondo la legislazione britannica, il diritto alle ferie annuali. Il

il diritto alla dignità della persona, alla libertà di manifestazione del pensiero e di riunione ( casi Omega<sup>187</sup> e Schmidberger) vengono adesso ritenuti condizionabili dalle libertà economiche. La vitalità e il destino di un testo giuridico dipendono, in larga misura, dall'attività interpretativa dei giuristi.<sup>188</sup>

Nel caso Omega, la Corte ha ribadito che la tutela dei diritti fondamentali «rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorchè derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato (...)»<sup>189</sup>.

In tale occasione, i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto che la dignità umana, integrando il concetto di ordine pubblico di cui all'art. 30 TCE, può limitare la libera prestazione dei servizi. La questione veniva sottoposta alla Corte tramite rinvio pregiudiziale nell'ambito di una controversia che opponeva la società Omega, gestore di un "laserdromo" nella città di Bonn, e l'autorità amministrativa tedesca che, a seguito di alcune proteste dei cittadini, aveva proibito alla società di tollerare l'esercizio di giochi consistenti nella c.d. "uccisione simulata" di esseri umani. Si riteneva infatti che l'incitazione alla violenza, insita nel "gioco ad uccidere", costituisse un pericolo per l'ordine pubblico, costituito dalla lesione della dignità umana.

La società ricorrente asseriva l'illegittimità del provvedimento inibitorio per contrasto con la libertà di circolazione delle merci e dei servizi garantite dal TCE poiché essa acquistava l'attrezzatura necessaria per la gestione del laserdromo da una ditta britannica. Rilevato che "l'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente

---

sindacato ha agito contro il Secretary of State for Trade and Industry chiedendo che la normativa britannica sia annullata. La High Court inglese si è quindi rivolta alla Corte di giustizia per sapere se la direttiva europea consenta ad uno Stato membro di stabilire che il diritto del lavoratore a ferie annuali retribuite non inizi a maturare fino a quando il lavoratore non abbia svolto un periodo minimo di attività con il medesimo datore di lavoro.

A parere dell'Avvocato generale, il diritto alle ferie annuali retribuite è un diritto sociale fondamentale: esso è stato enunciato in vari atti internazionali ed è stato solennemente confermato nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, della quale l'Avvocato generale sottolinea la vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori della scena comunitaria. (Ricordiamo che la Causa risale al 1999 causa C-173/99, ossia prima che alla Carta di Nizza venisse riconosciuta piena e diretta giuridicità nel dicembre 2007).

Il diritto alle ferie, aggiunge l'Avvocato generale, corrisponde non solo all'interesse del singolo lavoratore, ma anche ad un interesse sociale di carattere più generale, quello alla salute ed alla sicurezza dei lavoratori: per questo esso è un diritto automatico, incondizionato ed inderogabile.

<sup>187</sup> Corte di giustizia, 14 ott. 2004, C- 36/02 Omega , caso ampiamente citato dalle opinioni egli avvocati in Laval e Viking; Eugen Schmidberger Corte di Giustizia 12 giugno 2003, C-112/2000

<sup>188</sup> Sull'argomento, Ippolito F., *I giudici e le carte dei diritti: le nuove sfide del costituzionalismo*, in BRONZINI-PICCONI (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007, 10 ss

<sup>189</sup> CGCE, 14 ottobre 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, in *Racc.* 2004, I-5659.

ad assicurare il rispetto della dignità umana, quale principio generale del diritto” e constatato che il provvedimento inibitorio “non ha ecceduto quanto necessario per conseguire l’obiettivo perseguito dalle autorità nazionali competenti”, la Corte di giustizia ha riconosciuto che “il diritto comunitario non osta a che un’attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi sia vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di salvaguardia dell’ordine pubblico perché tale attività viola la dignità umana”. In tale occasione, la Corte ha affermato che «l’obiettivo di tutelare la dignità umana è compatibile con il diritto comunitario», a prescindere dal particolare *status* di cui in Germania beneficia tale principio, in quanto diritto fondamentale autonomo<sup>190</sup>.

Nel riconoscere, come emerge «dal tenore complessivo della decisione»<sup>191</sup>, che il principio della dignità umana gode nell’ordinamento comunitario di un’autonoma garanzia, «quale principio generale del diritto», è inevitabile percepire l’influenza della Carta di Nizza che è la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea.<sup>192</sup>

La Carta oggi è insieme un Bill of Rights ,cioè una dichiarazione a sé stante, non inserita in una costituzione, ma è anche una “fonte” in senso tecnico<sup>193</sup>.

Dato per acquisito che sia la libertà d’iniziativa economica sia i diritti sociali dei lavoratori possano essere considerati come diritti fondamentali<sup>194</sup>, si pone il problema del loro (eventuale) “conflitto”. Per risolvere questa potenziale contrapposizione,

---

<sup>190</sup> Sull’argomento si vedano però anche Gennusa M.E., *La dignità umana vista da Lussemburgo*, in *Quad. cost.*, 2005, 174 ss. e Morbidelli G., *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, relazione al seminario su “Corte Costituzionale e Corti europee”:la tutela dei diritti, promosso dalla Corte costituzionale in collaborazione con l’Associazione Italiana dei Costituzionalisti nel ricordo di Sergio Pannunzio,in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it),Roma 8 ott. 2005 secondo i quali emergerebbe da tale sentenza il peculiare rilievo riconosciuto dalla Corte di giustizia ai valori costituzionali nazionali di uno Stato membro.

<sup>191</sup> Così,Tancredi , *L'emersione di diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, 655.

<sup>192</sup> La Carta, approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 come documento politico, è stata successivamente riscritta a Strasburgo il 12 dicembre 2007, al fine di conferirle la piena e diretta giuridicità ad essa riconosciuta dall’art. 6, par. 1, TUE, quale risultante dalle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 . All’art 6 del TUE al 3° comma statuisce che : diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

<sup>193</sup>Ballestrero , *Globalizzazione e diritto del lavoro: la tutela dei diritti sociali oltre la dimensione nazionale*, in [www.diobma.udg.edu](http://www.diobma.udg.edu), 2010, par. 4. La tecnica del rinvio adottata dall’art. 6, c. 1, TUE, per conferire alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati, è diversa da quella dell’incorporazione, prevista originariamente nel titolo II del Trattato per la Costituzione europea: ciò non muta l’efficacia giuridica conferita alla Carta medesima. In merito, CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT– 81/2010, 9, nota 18.

<sup>194</sup> E che possano ritenersi superate la priorità assiologica dei diritti di libertà e la “minorità” dei diritti sociali:Ballestrero M.V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 55/2007, 4.

occorre tenere presente che “un diritto fondamentale può essere limitato solo da un altro diritto di pari rango” e “che i diritti sociali, nel loro complesso ,come anche la gran parte dei diritti di libertà, sono in conflitto con il mercato”. Il senso che si vuole far comprendere è che questi diritti di libertà e diritti sociali “possono essere garantiti solo a condizione che sia adeguatamente limitata e ristretta la sfera del mercato”<sup>195</sup>.

Ne discende che la limitazione della sfera del mercato non può che passare per la limitazione ed il restringimento dei diritti di libertà che la costituiscono, cioè la proprietà privata e soprattutto, la libertà d’iniziativa economica<sup>196</sup>.

Si esclude che l’utilità sociale costituisca un fine determinante la legittimità dell’iniziativa economica: in altri termini, si esclude che l’iniziativa economica privata sia funzionale all’utilità sociale.

Il problema della legittimità dell’iniziativa economica è disgiunto da quello della sua utilità sociale. La concorrenza, infatti, non può prescindere dall’apertura dei mercati, che implica l’eliminazione delle barriere all’entrata e la riduzione dei vincoli al libero esplicarsi della competizione. L’Unione europea, guarda la concorrenza sia in ottica soggettiva (art. 119, comma 1, TFUE<sup>197</sup>, cui si sommano i divieti di comportamenti anticoncorrenziali e di aiuti di Stato, ex artt. 101, 102, 106 e 107 TFUE), sia in ottica oggettiva (artt. 26 e 56 TFUE)<sup>198</sup>

Pare che sia la Corte di giustizia a voler stabilire il confine tra il rispetto delle clausole sociali e le affermazioni delle libertà del mercato. Basta esaminare le due sentenze

---

<sup>195</sup> Diciotti, *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2004, n. 4, pag 69

<sup>196</sup> Mazziotti M., *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 151; IL contenuto della libertà d’iniziativa economica consiste non solo nella libertà dell’impresa di decidere se intraprendere un’attività economica, ma anche in quella di organizzarla: la libertà d’iniziativa economica è, quindi, la libertà «di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre».

<sup>197</sup> Art 119 TFUE(ex articolo 4 del TCE)1° comma: Ai fini enunciati all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea, l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

<sup>198</sup> Art 26 TFUE, comma 1 ( ex Art 14 del TCE) dispone testualmente:1)L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati.2)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 dei trattati.3) Il Consiglio, su proposta della Commissione, definisce gli orientamenti e le condizioni necessari per garantire un progresso equilibrato nell'insieme dei settori considerati.

Art 56 TFUE ( ex Art 49 TCE) dispone testualmente:1) Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione.2) Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione

Viking e Laval. Il rischio che si corre è incrementare la competitività, praticando ai dipendenti trattamenti inferiori<sup>199</sup> se si sposta troppo in avanti la linea di demarcazione favorendo le libertà economiche.

Il legislatore costituente pensava sicuramente alla necessità di correzione delle distorsioni speculative tipiche del mercato del lavoro di un Paese, quale era l'Italia alla metà degli anni '40, nel quale la rivoluzione industriale era ancora largamente incompiuta. Questo voler prevenire le criticità spinse il legislatore costituente a porre la "tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni" come principio generale dell'ordinamento repubblicano italiano (art. 35 Cost.).

Per lo stesso motivo ritenne opportuno prevedere che le coalizioni sindacali maggioritarie potessero negoziare le condizioni di lavoro con effetti generali nell'ambito di ciascun settore (art. 39 Cost.).

Il legislatore costituente non poteva di certo immaginare che, se a commettere tale manovra non compensativa dei diritti in conflitto fosse stata la Corte di giustizia europea gli effetti si sarebbero riversati su tutti gli Stati membri. Guardando all'orientamento giurisprudenziale della Corte in Viking e Laval appare evidente.

### **2.2.1 Segue L'analisi comparata delle sentenze Schmidberger, Viking e Laval**

L'idea che un'azione collettiva ostacola la libera circolazione dei servizi, dei capitali e anche delle merci è stata studiata e interpretata dalla Corte di giustizia, in modo diverso con il passare del tempo.

Nel caso Schmidberger<sup>200</sup>, la Corte di giustizia ha affrontato, per la prima volta, "il problema della necessaria conciliazione tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità con quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato". Essa ha affermato che "poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone (...) sia alla Comunità sia ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi

---

<sup>199</sup>Pietro Ichino, *Sul contenuto e l'estensione della tutela del lavoro nel Titolo III della Costituzione*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di G. Giugni*, Bari, 1999, 540.

<sup>200</sup> C.Giust. 12 Giugno 2003, causa C-112/2000, Eugen Schmidberger contro Repubblica Austriaca

imposti dal diritto comunitario, ancorchè derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci”<sup>201</sup>.

Il rinvio pregiudiziale sollevato dinanzi alla Corte di giustizia scaturiva da una controversia che opponeva un’impresa tedesca di trasporti internazionali, la *Schmidberger*, alle autorità austriache. Queste ultime avevano autorizzato una manifestazione ambientalista sull’autostrada del Brennero.

L’azienda tedesca dei trasporti, a seguito di tale autorizzazione, ha intentato una causa di responsabilità civile contro il Governo austriaco. L’azienda contestava l’atteggiamento passivo assunto dal Governo austriaco nei confronti dell’azione collettiva intrapresa da un gruppo di ambientalisti<sup>202</sup> che bloccò l’accesso all’autostrada del Brennero per trenta ore.

Il blocco completo della circolazione sull’autostrada per quasi trenta ore aveva fatto sì che l’impresa tedesca chiedesse alle autorità austriache il risarcimento dei danni subiti. Si poneva quindi l’esigenza di effettuare un bilanciamento tra gli interessi allora in gioco che erano la libertà di circolazione delle merci da un lato e libertà di espressione e di riunione dall’altro.

La Repubblica d’Austria non aveva invocato i motivi di cui all’art. 30 TCE (moralità pubblica, ordine pubblico, pubblica sicurezza, tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o della preservazione dei vegetali, protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o tutela della proprietà industriale e commerciale), né i motivi di interesse generale derivanti dalla giurisprudenza del *Cassis de Dijon*,<sup>203</sup> quali deroghe alla libera circolazione delle merci, bensì soltanto l’esigenza di tutelare i diritti fondamentali, sanciti dalla propria Costituzione e previsti dagli artt. 10 e 11 della Convenzione europea sui diritti dell’uomo.

La Corte stabilì che la manifestazione in oggetto sollevava una questione legata ai diritti umani. Le domande preliminari a Lei rivolte non indicavano esplicitamente l’esistenza

---

<sup>201</sup> CGCE, 12 giugno 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger Internationale Transport Planzüge contro la Repubblica*, in *Racc.*, 2003, I-5659.

<sup>202</sup> Transitforum Austria Tirol

<sup>203</sup> La direttiva Bolkestein, formalmente direttiva 2006/123/CE non intende disciplinare nello specifico l’ampio settore dei servizi: si propone come un direttiva-quadro, che pone poche regole molto generali e lascia agli stati membri la decisione su come meglio applicare i principi da essa enunciati. Il principio generale a cui si ispira è stato individuato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella famosa sentenza *Cassis de Dijon*, del 1979, relativa alla libera circolazione dei beni. La Corte aveva sostenuto che se un bene è prodotto e commerciato legalmente in uno stato europeo, gli altri stati membri non possono limitarne la circolazione bensì presupporre la sua conformità. Si tratta in parole povere di un principio di mutua fiducia, che ha permesso di eliminare in un colpo solo molte minute differenze di regolamentazioni che limitavano i progressi del mercato interno. La direttiva Bolkestein intende utilizzare un simile principio nel settore dei servizi.

di tale scontro , nonostante ciò la Corte le riformulò inserendole nel quadro di un conflitto tra le libertà fondamentali e i diritti umani .Ha poi effettuato un bilanciamento tra gli interessi in esame al fine di verificare se la autorità austriache avessero trovato il giusto equilibri tra di essi (Diversamente dalla proposta avanzata dall'Avvocato generale Jacobs, di seguire l'approccio "utilizzato per l'analisi dei tradizionali motivi di giustificazione, come l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza"<sup>204</sup>).

A detta della Corte il Governo austriaco era ispirato dal desiderio di rispettare i diritti fondamentali , tra cui la libertà di espressione e la libertà di associazione. Secondo quanto Ella stabilisce al punto 74 della sentenza Schmidberger si tratta di libertà riconosciute come principi generali del diritto comunitario che potrebbero giustificare in linea di principio una restrizione alla libera circolazione delle merci.

In conclusione avendo rilevato che i diritti alla libertà di espressione e alla libertà di riunione pacifica non costituiscono prerogative assolute <sup>205</sup>,i diritti alla libertà di espressione e alla riunione pacifica vanno considerati alla luce della loro funzione sociale e, constatato che le autorità competenti dispongono di un ampio potere discrezionale nel verificare se eventuali restrizioni all'esercizio di tali diritti "rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano (...) un intervento sproporzionato ed inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati"<sup>206</sup>.

In altre parole la Corte decise di valutare la possibilità da parte del Governo austriaco di raggiungere "un giusto equilibrio"<sup>207</sup> invece di stabilire una chiara gerarchia tra la libera circolazione delle merci e i diritti fondamentali in questione.

La Corte ha accertato, nel caso di specie, la proporzionalità del bilanciamento realizzato dalle autorità austriache. Tale decisione assume particolare rilievo da un duplice punto di vista.

In primo luogo, la Corte ha cominciato a muoversi come giudice costituzionale nell'effettuare un bilanciamento tra diritti e libertà fondamentali<sup>208</sup>.

---

<sup>204</sup> Le conclusioni presentate dall'Avvocato generale JACOBS, l'11 luglio 2002, relativamente alla C-112/00, *Eugen Schmidberger Internationale Transport Planzüge contro la Repubblica*.

<sup>205</sup> "contrariamente ad altri diritti fondamentali sanciti dalla medesima Convenzione europea sui diritti dell'uomo, quali il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti, che non tollerano alcuna restrizione"

<sup>206</sup> CGCE, 12 giugno 2003, C-112/00, *Eugen Schmidberger Internationale Transport Planzüge contro la Repubblica*, in *Racc.*, 2003, cit., I-5659.

<sup>207</sup> C.Giust., sentenza Schmidberger punti 77 e 81

<sup>208</sup> In tal senso, BIONDI, *Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedom and Fundamental Individual Rights*, in *EHRLRew.*, 2004, 51 ss., secondo il quale «it is clear that the Court is rapidly developing a human rights discourse which is already implicitly incorporating the rights and values expressed in the Charter». Si rammenta che in altre occasioni (CGCE, 25 luglio 1991, C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda e altri c. Commissariaat Voor De Media e*



Poteva di conseguenza comprendersi che la valorizzazione del ruolo della Corte di giustizia, a seguito di questa sentenza, non derivava da un incremento dei suoi poteri, quanto piuttosto da un ampliamento dei parametri di giudizio cui ricorrere per la risoluzione delle questioni.

I principi e valori sanciti nella Carta di Nizza arricchiscono i criteri cui far riferimento. L'elemento chiave in tale valutazione è legato al test di proporzionalità.

Questo ha inciso sia sulle argomentazioni, sia sulle decisioni finali adottate dalla Corte.

La corte esaminò se le restrizioni alla libera circolazione delle merci potessero essere giustificate da bisogni sociali urgenti e fossero proporzionate al perseguimento dello scopo legittimo.<sup>209</sup> L'esigenza di salvaguardare la libertà di espressione e di associazione veniva considerata come uno scopo legittimo.

La Corte non si soffermò sui motivi per i quali il gruppo di ambientalisti decise di puntare sulla libertà di espressione e sulla libertà di associazione, essa prese in esame il fatto che tale manifestazione pubblica non mirava ad impedire gli scambi di merci aventi una natura o un'origine particolari.<sup>210</sup> Gli operatori economici interessati disponevano di tutte le informazioni sull'ubicazione dei blocchi stradali previsti il giorno della manifestazione. Questo consentiva loro di predisporre le misure necessarie per evitare i blocchi.

La Corte prese in esame la portata del danno alla libera circolazione delle merci ritenne che si rivelò limitato rispetto all'estensione geografica e alla gravità intrinseca del blocco presente nel caso della Commissione c. Francia<sup>211</sup>. Quindi concluse che la manifestazione non abbia prodotto un clima generale di insicurezza tale da dissuadere i flussi commerciali intracomunitari.

Il danno economico arrecato a Schmidberger non venne preso in esame in quanto tale.

Una significativa novità apportata dalla sentenza Schmidberger risiede in quella che è stata efficacemente definita «l'emersione dei diritti fondamentali "assoluti"»<sup>212</sup>.

Rispetto alla trentennale giurisprudenza comunitaria infatti, costante nell'escludere che i diritti fondamentali costituiscano prerogative assolute, è degno di nota l'aver

---

Id., 23 ottobre 2003, C-245/01, *RTL Television GmbH c. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, la Corte aveva riconosciuto, in via di principio, che la tutela dei diritti fondamentali potesse limitare le libertà sancite nel TCE ma è la prima volta che la Corte ha concretamente affrontato il problema della conciliazione tra diritti e libertà.

<sup>209</sup> C.Giust., sentenza Schmidberger punto 82

<sup>210</sup> C.Giust., sentenza Schmidberger punto 86

<sup>211</sup> Qui il blocco creò ostacoli seri e ripetuti all'ordine pubblico

<sup>212</sup> Così, TANCREDI, *L'emersione di diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, cit., 644 ss..

riconosciuto in tal caso, sia pur soltanto in via di principio e senza ulteriori precisazioni, che taluni diritti ,quali il diritto alla vita, il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti , «non tollerano alcuna restrizione».

A settembre e dicembre 2007 l'Arbetsdomstolen (Tribunale del lavoro) svedese e la Corte d'Appello di Londra investirono in via pregiudiziale la Corte di Giustizia di due cause che vertevano sul conflitto tra azioni collettive e principi fondamentali della libertà di circolazione.

Le azioni collettive che sono al centro delle cause Laval e Viking furono organizzate dai sindacati. C'erano i lavoratori esposti in prima linea e non gli ambientalisti con nel caso Schmidberger. Per questo motivo le questioni dei diritti umani hanno avuto un impatto immediato sull'esercizio del diritto all'azione collettiva riconosciuto ai lavoratori e ai datori di lavoro o alle rispettive organizzazioni.

Nella causa Laval l'elemento principe è rappresentato dalla libera prestazione dei servizi, mentre nel caso Schmidberger al centro c'era la libera circolazione delle merci.

Nel caso Viking la società finlandese dei traghetti si è appellata alla libertà di stabilimento come condizione preliminare per erogare i suoi servizi.

In base alle richieste preliminari della causa Viking la Corte ha proceduto alla valutazione dell'azione di boicottaggio alla luce delle disposizioni sulla libertà di stabilimento e di quelle relative alla libera prestazione dei servizi. Su quest'ultimo punto ossia sulle questioni legate alla libera prestazione di servizi le richieste della parte denunciante si ponevano in modo prematuro. L'eventualità di un cambiamento di bandiera non permetteva di consolidare l'azione di boicottaggio impiegata da Viking come possibile strumento confermato in futuro in eventuali condizioni di cambio di bandiera.

La Corte stabilì che le questioni legate alla libera prestazione dei servizi avrebbero potuto essere analizzate dopo l'effettivo cambiamento di bandiera.

L'analisi comparata delle sentenze Schmidberger, Viking e Laval fa emergere una forte incertezza giuridica circa il ruolo della Corte di giustizia nell'affrontare i conflitti tra le libertà e i diritti fondamentali. Nei tre casi la Corte applica il test di proporzionalità al fine di affrontare tale conflitto .

Nel caso Schmidberger e Laval la Corte analizza il conflitto a vantaggio e a discapito dei diritti fondamentali di cui si è trattato. L'azione collettiva sulla quale verte la causa Laval non è riuscita a dimostrare l'esistenza di uno scopo giusto e legittimo.

Il test di proporzionalità non è soltanto indicato ma effettivamente applicato dalla Corte.

Nella causa Viking la Corte ordina al giudice remittente di affrontare il conflitto in base alla regola della proporzionalità. Dall'atteggiamento della Corte si desume la sua riluttanza ad applicare il test della proporzionalità. Essa sembra che applichi il test in modo marginale quando la restrizione delle libertà fondamentali è chiaramente proporzionata (Schmidberger) oppure ovviamente sproporzionata (Laval).

Nel momento in cui la Corte invita i giudici ad applicare il test di proporzionalità potrebbe accadere che i giudici nazionali potrebbero essere tentati di procedere ad una applicazione marginale del test. A tal riguardo essi potrebbero sentirsi obbligati a proibire soltanto le azioni collettive che rappresentano delle restrizioni ovviamente sproporzionate delle libertà fondamentali.<sup>213</sup>

I test di proporzionalità applicati dalla Corte devono essere distinti dal test di proporzionalità introdotto dalle normative nazionali di alcuni Stati membri.

Quest'ultimo non ha a che fare con gli obiettivi riconducibili all'azione collettiva, poiché attiene al rapporto tra gli obiettivi (rivendicazioni) e gli effetti (danni) dell'azione collettiva prevista o intrapresa.

In conclusione la Corte ha riconosciuto che l'esercizio del diritto all'azione collettiva costituisce un principio generale del diritto comunitario ma invece di stabilire una gerarchia precisa tra i principi contraddittori ha disposto che il conflitto è da gestire sulla base della valutazione di un giusto equilibrio. Non vengono stabiliti i criteri per definire i confini di questo giusto equilibrio, e così tutto è lasciato in sospensione.

---

<sup>213</sup> Filip Dorsemont, *L'esercizio al diritto all'azione collettiva contro le libertà economiche fondamentali*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, 2008, 3

## 2.3 La decisioni Viking

La Viking, società di diritto finlandese, era proprietaria di sette traghetti, tra i quali il Rosella, che batteva bandiera finlandese e svolgeva servizio fra Tallinn (Estonia) ed Helsinki (Finlandia). I membri del suo equipaggio avevano un contratto collettivo firmato dal sindacato finlandese FSU. La società manifestò l'intenzione di cambiare la bandiera del Rosella immatricolandola in Estonia o in Norvegia e di sottoscrivere un nuovo contratto collettivo con un sindacato presente in uno di questi Stati. I piani della Viking vennero comunicati alla FSU e all'equipaggio del Rosella. Quest'ultimo temeva che l'operazione potesse portare a licenziamenti collettivi.

Dobbiamo aggiungere che i piani della Viking si scontravano con la campagna della ITF contro le compagnie battenti bandiere di comodo.<sup>214</sup>

L'ITF diffidava delle bandiere comodo che non corrispondevano allo Stato nel quale aveva sede la compagnia che deteneva la proprietà e il controllo dell'imbarcazione.

In base alla politica dell'ITF soltanto i sindacati presenti nello Stato dove ha sede la casa madre hanno il diritto di concludere contratti collettivi applicabili alla nave in questione. In questo scenario specifico di cambiamento di bandiera, l'ITF inviò a tutti i suoi affiliati una circolare imponendo loro di non avviare trattative con una delle controllate della casa madre iscritta nella *blacklist*. L'azione collettiva intrapresa dagli affiliati su richiesta dell'ITF si ridusse ad un esercizio coordinato della libertà di non partecipare alla contrattazione collettiva.

Nel timore che l'operazione di cambiamento della bandiera potesse comportare dei licenziamenti collettivi, la FSU comunicò l'intenzione di proclamare uno sciopero per salvaguardare i posti di lavoro del Rosella ed imporre la sottoscrizione di un nuovo contratto collettivo, poiché quello applicabile era scaduto. Attraverso le procedure di mediazione, la Viking risolse questa controversia il 2 dicembre 2003 accogliendo le richieste avanzate dalla parte sindacale.

Il cambiamento di bandiera della Rosella venne sospeso. La FSU decise di revocare lo sciopero e non si verificò nessuna agitazione sindacale.

L'ITF si rifiutò di revocare la circolare per portare avanti la sua campagna contro le bandiere di comodo. Poiché il Rosella continuava ad operare in perdita, la Viking decise di registrare la nave con bandiera estone. La richiesta fatta dall'ITF ai suoi affiliati rimaneva valida poiché la sua circolare non era stata revocata.

---

<sup>214</sup> V. nel dettaglio [www.itfglobal.org/flags-convenience/index.cfm](http://www.itfglobal.org/flags-convenience/index.cfm).

Il 18 agosto 2004, la Viking intentò una causa presso il Tribunale del commercio dell'Alta Corte di Giustizia dell'Inghilterra e del Galles, chiedendo di dichiarare l'azione intrapresa dall'ITFe dalla FSU contraria all'art. 43 del Trattato della Comunità ( oggi Art. 49 TFUE il diritto di stabilimento )<sup>215</sup> e di ordinare la revoca della circolare dell'ITF e alla FSU di non violare i diritti di cui la Viking godeva in base alla legislazione comunitaria. La competenza dei giudici britannici derivava dal fatto che l'ITF era disciplinata dal diritto del Regno Unito. Attraverso la decisione del 16 giugno 2005 la Corte accolse le richieste della Viking adducendo come motivazione il fatto che l'azione collettiva intrapresa dalla ITFe dalla FSU ostacolava la libertà di stabilimento mediante restrizioni contrarie all'Art 43 del Trattato Ce ( oggi 49 TFUE).

Per altro verso l'azione collettiva costituiva una restrizione illecita alla libera circolazione dei lavoratori e alla libera prestazione dei servizi sancite dagli articoli 39 e 49 Tce ( oggi Art 45 TFUE<sup>216</sup> e 56 TFUE).

Il 30 giugno 2005, la ITFe la FSU hanno presentato ricorso contro la decisione della Corte dinanzi al tribunale di deferimento.

La Corte di giustizia<sup>217</sup>, che ha sede in Lussemburgo, interpreta il diritto dell'UE perché esso venga applicato allo stesso modo in tutti i paesi membri. Si occupa inoltre di giudicare le controversie tra i governi degli Stati membri e le istituzioni dell'Unione.

---

<sup>215</sup> Art 49 TFUE 1) Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. 2) La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.

<sup>216</sup> Art 45 TFUE 1) La libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione è assicurata. 2) Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.

3) Fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica, essa importa il diritto:

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

4. Le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione

<sup>217</sup> La Corte di giustizia è costituita da un giudice per ciascuno Stato membro. Si avvale di otto avvocati generali che hanno il compito di presentare pareri motivati sulle cause sottoposte al giudizio della Corte. Essi devono svolgere tale compito pubblicamente e con assoluta imparzialità. Rimangono in carica per un periodo rinnovabile di sei anni e sono designati di comune accordo dai governi degli Stati membri.

Ricordiamo anche che i privati cittadini, le imprese e le organizzazioni possono portare un caso all'attenzione della Corte se ritengono che una istituzione dell'Unione europea abbia leso i loro diritti. Il meccanismo del rinvio pregiudiziale è, tra tutti i rimedi giurisdizionali apprestati dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea, quello di maggiore notorietà.<sup>218</sup>

Non a caso è stato descritto come il più efficace e diffuso strumento di tutela dei diritti vantati dai singoli nei confronti sia delle istituzioni dell'UE che degli Stati membri. È attraverso il suo utilizzo che la Corte di giustizia dell'UE ha contribuito significativamente alla costruzione dell'ordinamento prima della Comunità e oggi dell'Unione europea.

Il procedimento del rinvio pregiudiziale è di natura incidentale non contenziosa. Si tratta, in poche parole, di un procedimento disciplinato dall'art. 267<sup>219</sup> del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE»), già art. 234 TCE, di natura incidentale e non contenziosa. Alla Corte viene chiesto di pronunciarsi sulla questione che le viene sollevata dal giudice nazionale. Attraverso tale procedimento il giudice nazionale può o deve, a seconda dei casi, sottoporre alla Corte di Lussemburgo un quesito circa l'interpretazione o la validità di una norma dell'UE, la cui soluzione sia determinante per decidere la controversia dinanzi a lui pendente. A seguito di una breve descrizione del caso Viking vedremo in cosa consistevano i rinvii pregiudiziali presentati dal giudice inglese (Corte di appello civile dell'Inghilterra e del Galles).

L'impresa Viking Line, operatore finlandese di traghetti sulla rotta tra la Finlandia e l'Estonia, essendo costretta a subire la concorrenza degli operatori estoni, che sopportano costi del lavoro sensibilmente inferiori, aveva tentato di immatricolare una delle proprie imbarcazioni (la Rosella, operante in perdita) in Estonia.

---

<sup>218</sup> Altre categorie di cause su cui la Corte si pronuncia sono: Il ricorso per inadempimento, il ricorso di annullamento, il ricorso per carenza e i ricorsi diretti

<sup>219</sup> L'art. 267 TFUE così dispone:

« La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a) sull'interpretazione dei trattati;

b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile.»

Il cambiamento di bandiera avrebbe consentito alla Viking Line di concludere un contratto collettivo col sindacato estone, traendo così vantaggio competitivo dalla possibilità di applicare retribuzioni e condizioni di lavoro inferiori rispetto a quelle garantite ai lavoratori finlandesi dal loro contratto collettivo. Dobbiamo aggiungere che non era soltanto il peggioramento del loro trattamento economico e normativo a spaventare i lavoratori ma che, a seguito del cambiamento di bandiera, la Viking Line avrebbe licenziato parte di loro occupati sulla imbarcazione Rossella.

L'azione di boicottaggio promossa dal sindacato finlandese FSU ,sostenuta dall'azione di solidarietà della IFT<sup>220</sup>, Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti, con sede in Gran Bretagna, cui la FSU aderisce, aveva bloccato l'iniziativa della Viking Line costringendola a raggiungere un accordo con la FSU;

La Viking Line temendo che un nuovo tentativo di cambiare bandiera avrebbe innescato una nuova azione di boicottaggio, aveva dato avvio all'azione giudiziaria contro la Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti per impedirle di intraprendere nuove azioni di boicottaggio. Il ricorso in via pregiudiziale della Corte d'Appello civile dell'Inghilterra e del Galles alla Cgce ha dato avvio a questo caso.

Nel rinvio pregiudiziale il giudice inglese ha posto alla Corte la questione del conflitto tra azione collettiva di boicottaggio e la libertà di stabilimento di una compagnia di navigazione finlandese .Più precisamente nel rinvio pregiudiziale il giudice inglese , in merito al caso Viking,ha posto alla Corte una serie di domande .

Tra queste la Corte ha ritenuto ricevibili quella in cui si chiedeva se rientrasse nell'ambito di applicazione dell'art. 43 Tce (libertà di stabilimento oggi Art 49 TFUe) un'azione collettiva promossa da un sindacato o da un'associazione di sindacati al fine di indurre un'impresa a sottoscrivere un contratto collettivo, il cui contenuto sia tale da dissuaderla ad esercitare la libertà di stabilimento;

Altra domanda ammessa dalla Corte riguardava la seguente questione: se l'art. 43 TCE ( oggi 49 TFUe, libertà di stabilimento) conferisca ad un'impresa diritti opponibili ad un sindacato o ad un'associazione di sindacati; fu ammesso anche avere risposte in merito alla questione se un'azione collettiva promossa da un sindacato o da un'associazione di sindacati costituisse o meno restrizione alla libertà di stabilimento, e, in caso affermativo, in quale misura tale restrizione fosse giustificata.

---

<sup>220</sup> IFT è L'International tran sport Workers' Federation, federazione internazionale che raggruppa 600 sindacati operai del settore dei trasporti di 140 paesi. Esso lotta contro le bandiere di comodo. In base a questa politica di lotta e al fine di migliorare le condizioni di lavoro degli equipaggi impiegati sulle navi solo i sindacati operanti nel paese in cui si trova la proprietà effettiva di una nave hanno il diritto di concludere accordi collettivi indipendentemente dalla bandiera sotto cui la nave è registrata.

Prima di esaminare le risposte della Corte dobbiamo ricordare che il Trattato agli art 49 TFUE ( già art 43 TCE)<sup>221</sup> e art 56 TFUE ( già art. 49 TCe)<sup>222</sup> non chiarisce se essi tutelino i diritti dei soggetti attivi sul mercato limitando non solo i poteri delle autorità degli Stati membri ( effetto verticale diretto),ma anche l'autonomia di altri soggetti non pubblici , quindi privati , quindi anche i sindacati( effetto orizzontale diretto).

In altre parole il Trattato non chiarisce se la libertà di circolazione ,ivi la libertà di stabilimento e di prestazione servizi , sia opponibile da un soggetto privato ad un altro soggetto privato ed è proprio questo l'effetto orizzontale diretto.

Secondo parte della dottrina<sup>223</sup> nodo cruciale da sciogliere era quello di assimilare un'azione collettiva ,che è un comportamento e dunque un fatto e non “ una normativa” di carattere generale, alle azioni di soggetti privati( sindacati) dotate di effetti generali.

In altre parole il divieto di ostacolare l'accesso al mercato di uno Stato membro dovrebbe sì vincolare anche gli attori privati e quindi i sindacati compresi ma non quando questi contrattano nel mercato esercitando la loro autonomia negoziale.

Il divieto dovrebbe valere anche per i sindacati soltanto quando questi esercitano poteri di regolazione e svolgono funzioni “ normative” quasi pubbliche agendo come para legislatori, ossia quando producono fonti regolamentari private che si impongono a soggetti terzi al pari delle fonti di diritto pubblico.<sup>224</sup>

Orlandini sosteneva al workshop tenutosi a Bari che l'azione collettiva sarebbe potuta rientrare nello spettro dell'art.49 TFUE ( libertà di stabilimento) anche escludendo l'effetto orizzontale. Riportando le limitazioni della libertà di stabilimento nell'ambito della responsabilità degli Stati membri si sarebbe evitato quel confronto diretto tra l'azione collettiva e le libertà economiche di un soggetto privato che è invece reso possibile dall'effetto orizzontale. La soluzione della responsabilità degli Stati proposta da Orlandini non è stata esente da critiche.<sup>225</sup>

Secondo Corti la materia della contrattazione collettiva poteva essere conosciuta e quindi divenire oggetto di disamina da parte della Corte nei profili di potenziale conflitto con la libertà di concorrenza.

---

<sup>221</sup> Libertà di stabilimento

<sup>222</sup> Libertà di prestazione di servizi

<sup>223</sup> Orlandini G. 2006, *Diritto di sciopero ,azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi:nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo* in WP CSDLE “Massimo D'Antona” int. 45/2006

<sup>224</sup> Orlandini G relazione introduttiva al Workshop.: “theViking ,Laval e Ruffert: Cases:freedom and solidarity in a market free from conflict?” tenutosi a bari il 27 giugno 2008,pubblicato in *Il Conflitto sbilanciato* di Aurora Vimercati edito Cacucci Bari,2009

<sup>225</sup> Corti M..2007 ,*Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*,in Rivista Giuridica del Lavoro , I,p. 773



Gli effetti giuridici che possono derivare dai limiti all'esercizio del diritto di azione collettiva negli ordinamenti nazionali sono di altissima portata. E' necessaria una operazione di bilanciamento del diritto di azione collettiva con le libertà fondamentali di stabilimento e di prestazione di servizi riconosciute nel Trattato.

A livello europeo il diritto di sciopero( espressione del diritto di azione collettiva) è incluso nell'art 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ( carta di Nizza) rubricato “ diritto di negoziazione e di azione collettive”che riporto. Esso afferma che “ i lavoratori e i datori di lavoro o le rispettive organizzazioni, hanno , conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero”. Inoltre altri articoli della Carta dei diritti Fondamentali dell'unione europea fanno riferimento diretto o indiretto al diritto di sciopero. Ricordiamo l'art. 5 “proibizione della schiavitù e del lavoro forzato”, art. 21 “Non discriminazione” e art. 31 “ Condizioni di lavoro giuste ed eque”.

La Corte di Giustizia con la sentenza Viking ha ribadito che il diritto di intraprendere azioni collettive deve essere riconosciuto come diritto fondamentale. Il passaggio decisivo che la Corte compie è riconoscere nella sentenza Viking( e anche Laval) che le libertà economiche sono a tutti gli effetti diritti fondamentali in senso pieno.

Questo significa dire che i diritti fondamentali in senso pieno , come quelli elencati nella Carta di Nizza,oggi dopo che la Carta è stata risottoscritta a Strasburgo il 12 Dicembre 2007 ,sono direttamente tutelabili negli ordinamenti nazionali non solo nei confronti dello Stato e delle pubbliche autorità ma anche nei confronti dei rapporti tra privati. La diretta conseguenza del conferimento della piena e diretta giuridicità riconosciuta alla Carta di Nizza contenuta nell'Art 6 , par 1 TUE, quale risultante dalle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 va tenuta molto di conto . Non sono “solo delle libertà fondamentali” il cui esercizio deve essere garantito dallo Stato, ma diritti fondamentali appunto, da difendere anche da eventuali pregiudizi derivanti da atti di soggetti privati.

Merito della sentenza Viking ( e anche Laval) è l'aver posto l'attenzione sul problema della configurabilità di limiti all'azione sindacale a tutela delle libertà economiche della controparte che è il datore di lavoro. La Corte non si sottrae al compito di fornire una risposta alla questione sui limiti, e afferma che non solo lo sciopero può essere limitato per tutelare le libertà economiche ma spiega soprattutto in cosa consistono tali libertà.

La corte individua quali siano gli interessi datoriali che esse garantiscono anche nell'ambito di un conflitto sindacale. Le libertà economiche consistono nel libero muoversi ed agire nel mercato da parte dell'impresa e esse ne tutelano il suo esercizio. Nei sistemi giuridici nazionali è mutato il significato costituzionale della libertà di impresa e con esso la sua collocazione nella gerarchia dei valori costituzionali. Il ridimensionamento del diritto di sciopero è inevitabile dovendosi questo riconfigurare in modo che il suo esercizio sia rispettoso di tale limite "esterno"<sup>226</sup>. Nell'ordinamento italiano, per esempio, il limite dedotto dai giudici italiani dall'art. 41 della Cost<sup>227</sup> è completamente diverso da quello dedotto dai giudici comunitari che lo traggono dagli art 49 TFUE e 56 del TFUE. In Italia l'unico sciopero legittimamente esercitabile nell'ambito del mercato interno dei servizi è quello finalizzato a far rispettare i minimi retributivi previsti dal vigente CCNL.

In Viking quello che i giudici di Lussemburgo fanno è rimettere la decisione del caso concreto ai giudici nazionali di rinvio. Questo non si traduce in un quadro più rassicurante per il diritto di sciopero visto che i principi a cui i giudici nazionali sono chiamati ad adeguarsi possono tradursi in incisivi limiti all'esercizio dell'azione sindacale. Ecco che allora la sentenza Viking potrebbe non essere il punto di arrivo di una evoluzione del diritto comunitario che sancisce la subordinazione dell'autonomia collettiva alle regole del mercato. Questa sentenza potrebbe diventare un punto di partenza di un processo che conduca a ridefinire il significato, il contenuto, e gli effetti del diritto di azione sindacale. Una parte della dottrina<sup>228</sup> ritiene che le "tragic choice" che tale processo necessariamente implica non possono evidentemente ricadere sui giudici di Lussemburgo ma chiamano in causa le istituzioni politiche dell'Unione.

L'Unione Europea accanto al processo di liberalizzazione, progressivamente attuato, e alla integrazione dei mercati dei Paesi, con tutele inferiori, non ha adottato una adeguata normativa di protezione.

Il compito di garantire i diritti fondamentali dei lavoratori è stato lasciato alla sola Direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996 in materia di distacco di manodopera e in via

---

<sup>226</sup> Caruso B., 2008, pag 32 e ss, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT. 61/2008

<sup>227</sup> Art. 41 cost.: (1) L'iniziativa economica privata è libera. (2) Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. (3) La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

<sup>228</sup> Lo Faro A., 2008, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in LD, pag 63 e ss

indiretta tale compito è stato lasciato alla normativa internazionale /privatistica<sup>229</sup>, per quanto riguarda l'individuazione della legge applicabile ai rapporti con elementi di internazionalità.

La Corte detto pochissimo sul diritto di sciopero, attribuisce ai contratti collettivi natura di normativa generale, non solo prescindendo dalla considerazione del loro regime giuridico nel diritto interno, ma anche ignorando che dalla direttiva Servizi (Dir 2006/123 Ce), relativa ai servizi nel mercato interno, le norme stabilite dai contratti collettivi sono state espressamente escluse dai requisiti ( art 4),cioè dagli obblighi, divieti e altre limitazioni alla libera circolazione dei servizi derivanti da normative di carattere generale:leggi , atti amministrativi, regolamenti di ordini e associazioni professionali.

Ricordiamo bene che la questione posta alla Corte riguardava non il contratto collettivo ma l'azione collettiva ( nel caso di specie il boicottaggio) e la Corte ha disinvoltamente aggirato la domanda inglobando l'azione collettiva conflittuale nel contratto collettivo.

La Corte ha argomentato che poiché azioni collettive come quelle poste in essere dal Fsu «possono costituire l'ultima risorsa a disposizione delle organizzazioni sindacali per condurre a buon fine le proprie rivendicazioni volte a disciplinare collettivamente il lavoro dei dipendenti della Viking, devono essere considerate inscindibilmente connesse al contratto collettivo». Pertanto, « un'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un raggruppamento di sindacati nei confronti di un'impresa al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento rientra, in linea di principio, nell'ambito applicativo dell'art. 43 Tce»<sup>230</sup>

---

<sup>229</sup> La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulle obbligazioni contrattuali è la principale fonte normativa per quanto concerne i rapporti di lavoro con elementi di internazionalità . essa ora è trafusa nel regolamento n. 593 /08 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ( Roma I)

<sup>230</sup> Sentenza Viking punti 33-37 CONCLUSIONI DELL'AVV. GEN. POIARES MADURO — CAUSA C-438/05 riportate testualmente:

33. Le norme sulla libera circolazione e quelle sulla concorrenza raggiungono tale obiettivo essenzialmente conferendo diritti ai soggetti attivi sul mercato. In sostanza, tutelano i soggetti attivi sul mercato consentendo loro di contestare taluni impedimenti alla possibilità di competere in termini paritari sul mercato comune L'esistenza di tale possibilità è l'elemento cruciale per perseguire l'efficienza distributiva nella Comunità nel suo complesso. Senza le norme sulla libera circolazione e la concorrenza sarebbe impossibile raggiungere il fondamentale obiettivo della Comunità consistente nell'avere un mercato comune funzionante.

37. Una parte della dottrina ha proposto di rispondere alla questione in modo recisamente negativo, sostenendo principalmente che le norme sulla concorrenza sono sufficienti per contrastare le interferenze sul corretto funzionamento del mercato comune da parte di soggetti diversi degli Stati (33). Altri, tuttavia, hanno rilevato che l'azione di soggetti privati — quella cioè che non promana dallo Stato, e alla quale non si applicano le norme sulla concorrenza — può senza dubbio ostacolare il corretto funzionamento del

La Corte dopo aver risolto in senso positivo la questione preliminare dell'effetto orizzontale dell'art. 43 TCe ( oggi art 49 TFUE) ha risposto al terzo quesito posto dal giudice inglese in merito al fatto se un'azione collettiva, come il boicottaggio posto in essere dalla FSU , con la solidarietà della IFT ,federazione internazionale di sindacati, costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento. Ebbene, nonostante l'art 137.5 del Trattato Ce disponesse che spettasse solo alle norme interne disciplinare l'autonomia sindacale e il diritto di sciopero, la Corte non la pensa così. Essa sostiene che gli Stati membri ,nel disciplinare competenze riservate, sono tenuti a rispettare il diritto comunitario.

La Corte di giustizia nella decisione Viking aveva considerato legittima l'azione sindacale collettiva perché finalizzata a proteggere i posti di lavoro e a migliorare le condizioni di lavoro. Ha ribadito il diritto allo sciopero e alla azione collettiva come diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento comunitario ma nulla ha detto sul rischio di limitare il campo di azione sindacale e ostacolare l'esercizio di un'azione collettiva per quanto riguarda le situazioni transfrontaliere. Questo è quanto dichiarato dall'allora segretario generale della CES<sup>231</sup> John Monks ,il quale si sarebbe atteso da

---

mercato comune, e che sarebbe pertanto errato escludere in modo assoluto di poter applicare ad una simile azione le norme sulla libera circolazione (34).

34. Le autorità degli Stati membri sono normalmente in condizione di intervenire nel funzionamento del mercato comune limitando le attività dei soggetti attivi sul mercato. Lo stesso può dirsi per talune imprese che agiscono in modo concertato o godendo di una posizione dominante in una parte sostanziale del mercato comune. Non è pertanto sorprendente che il Trattato conferisca ai soggetti attivi sul mercato diritti che possono essere fatti valere contro le autorità degli Stati membri e contro tali imprese. Rispetto a queste ultime, le norme sulla concorrenza giocano un ruolo centrale; per quanto riguarda le autorità degli Stati membri, tale ruolo è svolto dalle disposizioni sulla libera circolazione . Pertanto, al fine di garantire in modo efficace i diritti dei concorrenti hanno effetto orizzontale (31),mentre quelle sulla libera circolazione hanno effetto verticale(32).

31. Il Trattato non chiarisce in modo esplicito la questione dell'effetto orizzontale degli artt. 43 CE e 49 CE. È pertanto necessario considerare la collocazione e il ruolo di tali norme nella struttura del Trattato.

32. Insieme con le norme in materia di concorrenza, quelle sulla libera circolazione sono parte di un coerente insieme di regole il cui scopo è descritto all'art. 3 CE (27). L'obiettivo è quello di garantire, fra gli Stati membri, la libera circolazione di merci, servizi, persone e capitali in condizioni adeguate di concorrenza (28). Leggere i punti 27 e 28 delle conclusioni Avv. Gener. Pag seguente.

<sup>231</sup> La Confederazione europea dei sindacati (CES), in inglese European Trade Union Confederation (ETUC), nasce nel 1973 per parlare con una voce sola, a livello europeo, per conto dei lavoratori e dei loro affiliati nazionali. Il suo ruolo nel processo decisionale europeo assume un'importanza crescente con lo sviluppo del processo d'integrazione europea che allarga l'influenza dell'Unione europea (UE) in materia di occupazione, politica economica e sociale nei 27 Stati membri. Attualmente fanno parte della CES 85 Confederazioni sindacali nazionali provenienti da 36 Paesi europei, e 10 Federazioni industriali europee, per un totale di circa 60 milioni di tesserati. L'attuale presidente, eletto a maggio 2011, è Ignacio Fernández Toxo, segretario generale de sindacato CC.OO (Spagna). L'attuale segretaria generale è la sindacalista francese Bernadette Segòl.

La missione della CES è quella di creare un'Europa unita fondata sulla pace e sulla stabilità, nella quale i lavoratori e le loro famiglie possano godere pienamente dei diritti umani, civili, sociali e dell'occupazione, nonché di un elevato tenore di vita. Per realizzare questo obiettivo, la CES promuove il Modello sociale europeo, che combina la crescita economica sostenibile con condizioni di vita e di lavoro sempre migliori, la piena occupazione, la protezione sociale, le pari opportunità, dei lavori di qualità,

tale sentenza “un riconoscimento più chiaro e senza ambiguità dei diritti dei sindacati a conservare e a difendere i diritti dei lavoratori e la parità di trattamento e a cooperare al di là delle frontiere per controbilanciare il potere, sempre più mondiale, delle imprese”. Questo caso in effetti poneva il problema di sapere se i sindacati avevano il diritto di agire con sciopero, blocco o boicottaggio, contro le compagnie (che diventano da nazionali transnazionali successivamente) che utilizzano le libertà economiche garantite dal Trattato CE per abbassare i salari o rendere sfavorevoli le condizioni di lavoro. Secondo la Corte le regole del Trattato relative alla libertà di stabilimento si applicano ad un’azione collettiva organizzata da un sindacato o da un gruppo di sindacati nei confronti di un’azienda. Questo perché l’azione collettiva organizzata, al fine di arrivare alla conclusione di un contratto collettivo, non abbia come contenuto l’obiettivo di dissuadere l’azienda ad utilizzare la libertà di stabilimento. La Corte, nel caso di specie, ha stabilito che le condizioni poste per la registrazione delle navi non devono ostacolare le libertà di stabilimento.

L’azione collettiva, come quella prevista dalla FSU impedisce alla Viking Line di esercitare il proprio diritto alla libertà di stabilimento. Aggiunge, la Corte, che l’azione collettiva realizzata per attuare la politica di lotta contro le bandiere di comodo perseguita dalla IFT deve essere considerata come suscettibile di limitare l’esercizio della libertà di stabilimento della Viking Line. La Corte suggerisce che il sindacato IFT è forse un po’ troppo rigido nell’adottare la sua politica di lotta contro le bandiere di comodo. Sarà comunque compito del giudice nazionale verificare se l’azione condotta da IFT non vada al di là di quanto è necessario per raggiungere questo obiettivo<sup>232</sup>.

---

l’inclusione sociale ed un processo decisionale aperto e democratico che prevede la totale partecipazione dei cittadini alle decisioni che li riguardano.

La CES considera la consultazione con i lavoratori, la contrattazione collettiva, il dialogo sociale e le buone condizioni di lavoro come elementi chiave per realizzare gli obiettivi prefissati e promuovere innovazione, produttività e crescita in Europa»

<sup>232</sup> 27. Inoltre, la preoccupazione alla base della sentenza Albany sembra essere stata quella di evitare una possibile contraddizione nel Trattato. Il Trattato incoraggia il dialogo sociale per la conclusione di contratti collettivi sulle condizioni di lavoro e le retribuzioni. Tale obiettivo sarebbe tuttavia gravemente pregiudicato se il Trattato proibisse al tempo stesso tali accordi per gli effetti che essi comportano sulla concorrenza (23). Di conseguenza, i contratti collettivi devono godere di una «limitata esclusione dall’applicabilità delle norme in materia di concorrenza» (24). Per contro, le disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione non presentano tali rischi di contraddizione, dal momento che, come ho rilevato più sopra, le stesse possono essere conciliate con obiettivi di politica sociale (25)

28. Propongo pertanto che la Corte risolva la prima questione sollevata dal giudice nazionale nei termini seguenti: «Le azioni collettive intraprese da un sindacato o da un’associazione di sindacati finalizzate a promuovere gli obiettivi della politica sociale comunitaria non sono, per questo solo motivo, sottratte all’applicazione dell’Art 43 CE e del regolamento n.4055/86 »

## 2.4 La decisione Laval

La causa Laval riguarda un'impresa lettone che era riuscita ad insediare una società sussidiaria in Svezia, la L & P Baltic Bygg. Quest'ultima vinse la gara d'appalto per l'esecuzione di lavori di manutenzione ed ampliamento degli edifici scolastici della città di Vaxholm distaccò dei lavoratori dalla Lettonia per impiegarli nei cantieri in Svezia.

Il contratto tra il comune di Vaxholm e la L & P Baltic Bygg stabiliva che i contratti collettivi ed integrativi svedesi (*tie-in agreements*) venissero applicati ai lavoratori impiegati nei cantieri.

La società lettone non rispettò questa clausola poiché decise di applicare un contratto collettivo lettone ai lavoratori distaccati. Tale contratto era stato siglato dalla società sussidiaria della Laval in Svezia con un sindacato lettone dopo l'avvio dei lavori di costruzione. Il sindacato svedese, che rappresentava i lavoratori dell'edilizia, manifestò il suo disappunto dinanzi al rifiuto della L & P Baltic Bygg ad applicare le condizioni sancite dal contratto collettivo svedese. Fu così che invitò l'azienda a concludere un contratto di collegamento con il contratto nazionale (*hängavtal*).

L'azienda si rifiutò e di conseguenza i lavoratori distaccati vennero esclusi da ogni tutela sui minimi retributivi.

A questo punto è importante ricordare che la legge svedese non fissa minimi salariali e inoltre, in base al sistema svedese della contrattazione collettiva, il contratto collettivo di categoria non ha efficacia vincolante generale.

In effetti, le trattative salariali ebbero luogo a livello aziendale, ad eccezione di una clausola sussidiaria nel contratto collettivo settoriale. La L & P Baltic Bygg non era una parte coinvolta in questo contratto.

A seguito di questa posizione il sindacato svedese dei lavoratori dell'edilizia emise un comunicato con il quale invitava a boicottare tutte le opere in costruzione nei cantieri Laval. Il sindacato dei lavoratori elettrici si unì al movimento con un'azione di solidarietà bloccando l'erogazione di energia elettrica ai cantieri Laval.

I lavoratori svedesi misero in atto l'azione di boicottaggio rifiutandosi di adempiere al contratto di lavoro a beneficio della L & P Baltic Bygg quale cliente della loro azienda.

Oltre alla mancanza di energia elettrica, i cantieri si trovarono a fronteggiare il blocco nella consegna dei materiali edili provenienti dalla Svezia. Non venne esercitata nessuna pressione sull'impresa lettone per spingerla ad iscriversi all'associazione svedese delle

imprese. Salvo qualche piccolo incidente che durò al massimo 10 minuti, i lavoratori lettoni erano liberi di entrare ed uscire dal cantiere.

Non vi fu uno scontro tra i lavoratori dei due paesi differenti, ma semplicemente i transfrontalieri non potevano lavorare per mancanza dei materiali e della corrente.

Il blocco portò all'interruzione dei lavori nel cantiere e al fallimento della L & P Baltic Bygg. Laval. La società madre, intentò un'azione legale presso l'Abretsdomstolen (tribunale del lavoro) di Stoccolma per ottenere un'ingiunzione al fine di interrompere l'azione collettiva e chiedere un risarcimento delle perdite subite.

Le azioni collettive che sono al centro delle cause Laval (e anche in Viking) furono organizzate dai sindacati. I lavoratori hanno assecondato le azioni sindacali e si sono esposti in prima linea. Di conseguenza, le questioni dei diritti umani hanno avuto un impatto immediato sull'esercizio del diritto all'azione collettiva riconosciuto ai lavoratori e ai datori di lavoro o alle rispettive organizzazioni.

Esercitare un diritto di sciopero per fini contrattuali non significava andare contro la libertà di iniziativa economica privata. I Lavoratori chiedevano il rispetto degli accordi già sottoscritti dalle parti .

A questo punto appare evidente che le azioni nelle quali sono coinvolti i lavoratori non sono rivolte contro il datore di lavoro. I boicottaggi possono fondarsi su strategie diverse. La più vecchia tipologia di boicottaggio è il rifiuto di firmare un contratto di lavoro con un'azienda presente in una lista nera e risale a prima della nascita dello sciopero come astensione collettiva dal lavoro.

Essenzialmente, questo tipo di boicottaggio può essere descritto come l'esercizio collettivo della libertà individuale di non lavorare. Poiché tutti i lavoratori hanno la libertà di non firmare contratti di lavoro, è difficile immaginare come l'esercizio collettivo di tale diritto sia illegale. La differenza tra azione di boicottaggio rispetto allo sciopero è lampante.

Il rifiuto isolato da parte del singolo individuo di rispettare il contratto di lavoro costituisce spesso una violazione del contratto stesso. L'esercizio collettivo di questa azione costituisce un requisito fondamentale affinché essa sia considerata legale.

Un tipo di boicottaggio più frequente è il rifiuto dei lavoratori di rispettare il contratto di lavoro in segno di protesta contro alcuni clienti del datore di lavoro iscritti nella blacklist. Un esempio classico è rappresentato dal rifiuto dei portuali di effettuare le operazioni di carico e scarico delle navi sotto bandiera di comodo.

Le azioni di boicottaggio non saranno considerate per se alla stregua di uno sciopero. Sul filo di un ragionamento classico, lo sciopero presume un rifiuto generale di rispettare il contratto di lavoro.

Un rifiuto selettivo ad eseguire alcune mansioni potrebbe non essere considerato un'azione di sciopero. Nel momento in cui l'azienda non impone ai lavoratori di eseguire il contratto di lavoro a beneficio di altri clienti, l'azione di boicottaggio sarà qualificata come azione di sciopero. In questo caso, lo sciopero costituisce un'azione di solidarietà nella maggior parte dei casi.

Le azioni collettive intraprese nel caso Laval rientrano nel tipo di boicottaggio che vede il rifiuto dei lavoratori di rispettare il contratto di lavoro attraverso un'azione di solidarietà. I sindacati svedesi chiesero di boicottare il cantiere Laval e riuscirono a bloccare l'erogazione dell'energia elettrica. Dobbiamo notare a questo punto che la Corte di Giustizia tendeva a riferirsi alle azioni intraprese nel caso Laval come ad azioni di blocco<sup>233</sup>. La precisazione in nota è importante perché dalla lettura della parte in fatto della sentenza Laval sembrerebbe che il blocco del cantiere consista in una fisica interposizione dei lavoratori e questa ricostruzione sembra aver influenzato la valutazione sulla legittimità dell'azione collettiva da parte della Corte di giustizia.<sup>234</sup>

Nei casi Laval e Viking gli scioperi di solidarietà rappresentano il nocciolo della controversia. L'IFT ha espresso la sua solidarietà emanando una circolare.

Su questa falsariga, il sindacato svedese ha manifestato la sua solidarietà nei confronti dei lavoratori distaccati che non godevano del livello salariale presente nel mercato del lavoro svedese.

L'ulteriore questione che si pone è quella di sapere fino a che punto l'azione collettiva del caso Laval possa essere definita un'azione collettiva transfrontaliera. Da un punto di vista giuridico, il caso riguardava due forze lavoro diverse e presenti sul mercato svedese e lettone. Da una prospettiva sindacale, l'azione collettiva si riferisce soltanto a tutti i lavoratori impiegati in Svezia nel settore edile.

Il movimento sindacale svedese contestava la divisione artificiale dei lavoratori attivi sul territorio svedese in due mercati del lavoro.

---

<sup>233</sup> Una precisazione terminologica si impone per spiegare cosa realmente debba intendersi per blocco di un cantiere nell'ordinamento svedese. Come ben noto il tasso di sindacalizzazione in Svezia si aggira intorno al 73%, tale percentuale varia in funzione dei settori considerati. Gli scioperi non sono particolarmente frequenti per la forte tradizione di adesione spontanea al contratto affiancata da generalizzati scioperi di solidarietà. In questo contesto il blocco del cantiere altro non è se non il fatto materiale di non vedersi recapitati i lavoratori e i materiali al cantiere piuttosto che una fisica interposizione di lavoratori al suo ingresso.

<sup>234</sup> A cura di Malberg e Jononn in *National Industrial Relations* 2008, pag 219



In entrambi i casi la contrattazione collettiva costituisce il nocciolo della questione. Nel caso Viking, l'ITF cercò di impedire all'armatore di firmare un contratto collettivo con un sindacato non finlandese. Mentre, nel caso Laval i sindacati svedesi cercarono di obbligare l'azienda lettone a sottoscrivere un contratto di collegamento (*tie-in agreement*). Inoltre, nel caso Viking il datore di lavoro cercò di proibire le azioni collettive ad futurum, non ancora intraprese dal sindacato finlandese.

Nella misura in cui l'azione legale veniva condotta contro una circolare dell'ITF, la questione che si poneva era quella di sapere se la sua revoca ufficiale avrebbe avuto un impatto sull'atteggiamento degli affiliati.

In pratica, la circolare aveva la natura di dichiarazione volta a chiarire, in un caso concreto, le conseguenze derivanti dalle navi battenti bandiere di comodo. L'obbligo di portare avanti la campagna contro le bandiere di comodo scaturiva dall'appartenenza all'ITF e non dalla circolare. Un obbligo di questa natura è autonomo come l'iscrizione ad un sindacato affiliato all'ITF.<sup>235</sup>

Dobbiamo tener presente che il caso Laval affronta la questione della libera prestazione di servizi, mentre il caso Viking si basa sulla libertà di stabilimento. Poiché le questioni del diritto del lavoro legate alla libera prestazione di servizi vengono affrontate nella direttiva sul distacco dei lavoratori, il caso Laval solleva una problematica relativa al rapporto tra la direttiva sul distacco dei lavoratori e il diritto comunitario primario.

La questione che si pone nella causa Laval è se l'art. 49 e l'art. 3 della direttiva sul distacco dei lavoratori inibiscono l'azione collettiva da parte dei sindacati al fine di indurre un fornitore di servizi a non esercitare la sua libertà di circolazione (libertà fondamentale) oppure costringe a firmare un contratto collettivo nel Paese di destinazione, qualora in quest'ultimo la legislazione per il recepimento della Direttiva 96/71 non contenga misure riguardanti l'applicazione delle condizioni stabilite nei contratti collettivi.

Bene è analizzare l'impatto della libera prestazione di servizi, tutelata dalla direttiva sul distacco dei lavoratori, sul diritto di intraprendere un'azione collettiva. La relazione presa in esame evidenzia diversi aspetti e si concentra sui conflitti tra l'Unione europea ed altri ordinamenti giuridici (ad esempio gli ordinamenti giuridici nazionali ed internazionali), nonché sui conflitti tra principi giuridici dell'Unione europea.

---

<sup>235</sup> F.Dorssemont *L'esercizio del diritto all'azione collettiva contro le libertà economiche fondamentali*, pag 507

E' opportuno sottolineare che nella cause Laval le aziende private hanno invocato le disposizioni in materia di libera circolazione direttamente contro i sindacati, il che significa che la questione verte sull'effetto orizzontale della libera circolazione.

#### **2.4.1. La decisione del giudice interno .**

L'Abretsdomstolen ( tribunale del lavoro) di Stoccolma rappresenta nell'ordinamento svedese il grado più alto di giurisdizione per le questioni che contrappongono sindacati e associazioni datoriali. Vi è però una eccezione. Vi è la possibilità del ricorso alla Suprema Corte nel caso in cui la sentenza del tribunale del lavoro violi gravemente i diritti fondamentali. Il ricorso alla Suprema Corte è stato in effetti presentato dalle associazioni sindacali della vicenda Laval <sup>236</sup>.

Nel mese di agosto 2010 tuttavia la Corte ha rigettato il ricorso affermando la non sussistenza della gravissima violazione dei diritti fondamentali.

Il giudice dell'Unione europea ha definito il caso con sentenza del 18 dicembre 2007 lasciando irrisolte numerose problematiche giuridiche la cui soluzione è stata di fatto rinviata al giudice nazionale. La Corte di giustizia dell'Unione europea ha dichiarato

---

<sup>236</sup> Per l'esecuzione dei lavori e ampliamento degli edifici scolastici della città di Vaxholm la società sussidiaria in Svezia L & P Baltic Bygg aveva distaccato dei lavoratori dalla Lettonia per impiegarli nei cantieri svedesi. Il contratto tra il comune di Vaxholm e la Baltic Bygg stabiliva che i contratti collettivi e integrativi svedesi erano applicabili ai lavoratori nei cantieri.

La società lettone non rispettò questa causa poiché decise di applicare un contratto collettivo lettone ai lavoratori distaccati. Tale contratto era stato siglato con un sindacato lettone dopo l'avvio dei lavori di costruzione.

Il sindacato svedese che rappresentava i lavoratori dell'edilizia manifestò il suo disappunto dinanzi al rifiuto della Baltic Bygg ad applicare le condizioni sancite dal contratto collettivo svedese e invitò l'azienda a concludere un contratto di collegamento con il contratto nazionale. L'azienda si rifiutò e di conseguenza i lavoratori distaccati vennero esclusi da ogni tutela sui minimi retributivi . A questo punto dobbiamo ricordare che la legge svedese non fissa minimi salariali , e inoltre , in base al sistema svedese della contrattazione , il contratto collettivo di categoria non ha efficacia vincolante generale.

In effetti le trattative salariali ebbero luogo a livello aziendale ad eccezione di una clausola sussidiaria nel contratto collettivo settoriale. La Baltic Bygg non era una parte coinvolta in questo contratto .

La conseguenza immediata fu che il sindacato svedese dei lavoratori dell'edilizia emise un comunicato con il quale invitava a boicottare tutte le opere in costruzione nei cantieri Laval. Il sindacato dei lavoratori elettrici si unì al movimento con un'azione di solidarietà bloccando l'erogazione dell'energia elettrica ai cantieri Laval .

I lavoratori svedesi misero in atto l'azione di boicottaggio rifiutandosi di adempiere al contratto di lavoro a beneficio della Baltic Bygg quale cliente della loro azienda. Oltre alla mancanza dell'energia elettrica i cantieri si trovarono a fronteggiare il blocco nella consegna dei materiali edili provenienti dalla Svezia .

Non venne esercitata nessuna pressione sull'impresa lettone per spingerla ad iscriversi all'associazione svedese delle imprese.

Salvo qualche piccolo incidente di breve durata i lavoratori lettoni erano liberi di entrare e uscire dal cantiere . Il blocco portò all'interruzione dei lavori nel cantiere e al fallimento della Baltic Bygg. A questo punto la Laval, società madre ,intentò un'azione legale presso il tribunale del Lavoro di Stoccolma per ottenere un'ingiunzione al fine di interrompere l'azione collettiva e chiedere un risarcimento delle perdite subite.

l'illegittimità comunitaria dell'azione collettiva posta in essere dai sindacati. Una delle problematiche che il giudice nazionale ha dovuto affrontare era dovuta alle conseguenze giuridiche derivanti dalla presunta efficacia orizzontale della disposizione posta dal Trattato a tutela della libertà di prestazione dei servizi.

Una interpretazione dell'efficacia orizzontale come condizione che permette di attribuire agli imprenditori veri e propri diritti fondamentali<sup>237</sup> non è affatto usuale nell'ordinamento comunitari.<sup>238</sup> L'efficacia orizzontale, pertanto, non è stata esplicitamente affermata nel caso Laval.

I pochi richiami a tale tipologia di efficacia delle disposizioni comunitarie individuati dalla Corte nazionale nell'intero ordinamento comunitario attengono a situazioni piuttosto specifiche quali la concorrenza<sup>239</sup>, i casi di origine giurisprudenziale,<sup>240</sup> e le ipotesi in cui è affermata l'efficacia orizzontale delle disposizioni sulla libera circolazione dei lavoratori in virtù della forza espansiva del principio di non discriminazione.

Detto ciò, possiamo comprendere il perché i sindacati hanno sostenuto davanti alla giurisdizione nazionale che la sentenza della Corte di Giustizia ha reputato che la violazione del diritto comunitario non era dovuta alla singola azione collettiva concretamente posta in essere bensì alla legislazione statale (svedese) legittimante l'assunzione di una azione collettiva in quello specifico contesto.

In pratica, i sindacati potrebbero trovarsi ad affrontare una situazione in cui le loro azioni non sono tutelate invocando il diritto nazionale che viene considerato discriminatorio sulla base del diritto comunitario.

La Corte nazionale non ha aderito a questa interpretazione, ha considerato definitivamente affermata l'illegittimità di quella specifica azione collettiva e l'efficacia orizzontale diretta della disposizione sulla libera prestazione dei servizi.

Il fatto che la violazione non fosse cagionata da un provvedimento di tipo legislativo in contrasto con il diritto comunitario, ma da un mero comportamento, avrebbe potuto

---

<sup>237</sup> Diritti fondamentali, ossia tutele direttamente azionabili in giudizio e protette da rigide sanzioni in caso di violazione sia da parte dello Stato e delle pubbliche autorità sia nei rapporti inter privati. Vedi Orlandini G., in *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sulla autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, pag 3

<sup>238</sup> Elisa Saccà, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval l'ordinamento svedese tra responsabilità per danno "da sciopero" e innovazioni legislative*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona INT 86/2010", pag 7 e ss

<sup>239</sup> In cui è la stessa formulazione letterale dei trattati a far comprendere un coinvolgimento diretto dei privati.

<sup>240</sup> In cui ciò che risulta caratterizzante è la capacità regolativa di organismi privati

essere tenuto in considerazione quando la Corte nazionale ha valutato se e a quanto ammontasse il danno risarcibile al datore dai sindacati.<sup>241</sup>

Esiste una differenza sostanziale tra una norma e un atto, anche di natura privata che ha comunque portata generale e si applica ad una generalità di casi, e un comportamento che si conclude nell'atto in cui è posto in essere.

Il Tribunale svedese avrebbe potuto ipotizzare una totale sottrazione all'area di responsabilità per danni in ragione di una particolare funzione sociale svolta dalle associazioni sindacali. In alternativa il Tribunale svedese avrebbe potuto porre in essere un contenimento della risarcibilità del danno alle sole ipotesi di violazione gravissima delle libertà fondamentali, o ancora avrebbe potuto stabilire un massimale di risarcimento a cui possono essere tenute le associazioni sindacali con l'obiettivo di non vanificare il loro diritto a ricorrere all'azione collettiva. Così non è stato.

Il Tribunale svedese dichiarò di sentirsi obbligato ad assicurare un risarcimento del danno in virtù del dovere di lealtà dello Stato nei confronti dell'ordinamento comunitario. Per raggiungere tale obiettivo esclude il ricorso alla Lex Britannia<sup>242</sup>. Questa era stata adottata nell'ordinamento svedese proprio al fine di autorizzare i sindacati a ricorrere all'azione collettiva ove il datore di lavoro fosse firmatario di un contratto concluso con sindacati non svedesi.

Nel caso Laval, la richiesta fatta alla Corte è stata quella di esaminare fino a che punto la Lex Britannia fosse compatibile con il divieto di discriminazione contro un fornitore di servizi straniero.

La Lex Britannia se applicata al caso di specie avrebbe munito i sindacati di una vigorosa arma contro il dumping sociale. L'azione collettiva sarebbe stata giustificata, dato che non vi sarebbe stata alcuna violazione della pace sociale e nessuna condanna al risarcimento dei danni punitivi.

La Corte riconobbe che la Lex Britannia tratta i fornitori di servizi esteri che hanno firmato un contratto (non) svedese alla stessa stregua di un'azienda svedese che non ha sottoscritto nessun tipo di accordo. Il risultato fu che i fornitori di servizi esteri vennero assoggettati alle stesse norme dell'impresa svedese in una situazione diversa. La Lex Britannia non riuscì a superare il test di non-discriminazione.

---

<sup>241</sup> Critiche all'attribuzione dell'efficacia orizzontale alla disposizione erano avvenute da più parti in dottrina: faceva notare Orlandini G., *Diritto di sciopero azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi*, pag 10 ess

<sup>242</sup> In base alla *Lex Britannia*, un'azione collettiva è illegittima quando viene condotta contro un fornitore di servizi legato ad un contratto collettivo, a meno che il fornitore di servizi fosse legato ad un contratto collettivo non svedese.

La Corte non fu in grado di rilevare l'esistenza di motivazioni legate alla politica pubblica, la sicurezza pubblica o la salute pubblica ai sensi dell'art. 46 del Trattato CE<sup>243</sup> al fine di giustificare tale discriminazione.<sup>244</sup>

La questione sulla quale si basa il caso Laval è se gli Stati membri abbiano la libertà di tutelare le azioni collettive in modo discriminatorio nei confronti di fornitori di servizi stranieri.

Appare opportuno tener conto della maggiore diffusione delle delocalizzazioni strumentali praticate dalle società, e dalle multinazionali, insediate nei paesi europei di recente inclusione, quindi meno sviluppati e a più basso costo del lavoro. Nello stesso

---

<sup>243</sup> Il diritto di stabilimento: *Articolo 43 TCE ( oggi 49 TFUE)*

Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro.

La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 48, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali.

*Articolo 46 TCE*

1. Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.

2. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, stabilisce direttive per il coordinamento delle suddette disposizioni.

<sup>244</sup> Sentenza *Laval* punti 115-120. che riporto testualmente

115. Infine, nessun documento di causa, contrariamente a quanto sostengono le convenute nella causa principale, dimostra o anche soltanto suggerisce che le attività della Laval siano state interamente o principalmente indirizzate verso il territorio svedese per eludere le norme che le sarebbero state applicabili qualora tale impresa avesse avuto sede in Svezia (53).

116. Sulla base di tali osservazioni preliminari, ritengo che il diritto comunitario sia applicabile nella presente causa e che la domanda di pronuncia pregiudiziale debba essere dichiarata ricevibile. Si deve tuttavia evidenziare che le risposte che propongo di fornire alle questioni pregiudiziali che ora esaminerò non sono necessariamente valide per ogni situazione, in particolare in presenza di circostanze di fatto differenti, tali da far scattare l'applicazione delle disposizioni dell'atto di adesione del 2003.

B- Sulle questioni pregiudiziali 1. Osservazioni generali

117. Come risulta dal testo delle due questioni pregiudiziali, il giudice del rinvio interroga la Corte circa l'interpretazione degli artt. 12 CE, 49 CE e della direttiva 96/71.

118. Per quanto riguarda l'art. 12 CE, che sancisce il divieto di principio di ogni discriminazione in base alla nazionalità, tale norma è applicabile, come essa stessa ricorda, «senza pregiudizio delle disposizioni particolari (...) previste [dal Trattato]», il che comporta, conformemente alla giurisprudenza, che la stessa sia applicabile autonomamente soltanto in situazioni disciplinate dal diritto comunitario per le quali quest'ultimo non preveda specifiche norme di non discriminazione(54).

119. Tale principio generale è stato messo in opera e concretizzato sia dall'art. 49 CE (55) che dalla direttiva 96/71, la quale prevede in sostanza, al suo art. 3, che le condizioni di lavoro e di occupazione fissate nello Stato ospitante relative alle materie indicate da tale direttiva o a cui la stessa fa rinvio si applicano ai prestatori di servizi che distaccano temporaneamente lavoratori sul territorio di tale Stato membro ed alle imprese nazionali che si trovano in una situazione simile, nel rispetto della parità di trattamento.

120. Non è quindi necessario, probabilmente, che la Corte si pronunci, nella presente causa, sull'art. 12 CE

tempo non bisogna sottovalutare la sempre più significativa mobilità delle imprese locali insediate in paesi economicamente più forti . E' in questi territori che tendono a prestare i loro servizi concorrenziali con distacco dei lavoratori che dipendono da datori il cui paese di provenienza permette di stipulare contratti a più basso costo. Ebbene, questi fenomeni sono evidentemente causa di una forte pressione competitiva sulle imprese dei servizi dei paesi ospitanti che sono assoggettate ad obblighi legali e contrattuali più gravosi in materia di condizioni e tutela del lavoro. Questi obblighi contrattuali più incisivi non possono essere oggetto di estensione alle imprese straniere operanti sul territorio se non nei ristretti limiti previsti dalla Direttiva 96/71 Ce .

Il problema è che questi limiti posti dalla Direttiva così come interpretati dalla Corte di giustizia nella sentenza Laval ( ma anche Viking) pongono oltre che un abbassamento del costo del lavoro anche la necessità di intervenire a livello legislativo per i paesi ospitanti . Tali interventi legislativi sono di peggioramento delle normative nazionali di tutela vigenti. Il risultato che si ha è una elevata violazione della contrattazione collettiva vigente nel paese ospitante oppure una drammatica scelta del ricorso al lavoro nero. Si comprende bene che in questa prospettiva i vincoli posti ai diritti di scioperi e di contrattazione collettiva rispetto alle libertà economiche di circolazione finiscono per avere effetti deleteri in quanto impediscono ai lavoratori e alle loro organizzazioni sindacali di lottare contro le delocalizzazioni delle loro imprese in paesi a minor costo del lavoro ( caso Viking).Inoltre , questi limiti ai diritti di scioperi e di contrattazione collettiva ottengono l'applicazione ,nei confronti degli operatori esterni che "invadono"<sup>245</sup> i mercati nazionali con pratiche di dumping sociale , di trattamenti economici e normativi che sono equivalenti a quelli a cui sono vincolati gli operatori interni ( caso Laval, ma indirettamente anche caso Ruffert che vedremo a breve).

Questi vincoli posti ai diritti di sciopero e di contrattazione collettiva su menzionati finiscono per alimentare delle spinte depressive dei trattamenti economici e normativi nell'ambito dell'intero mercato interno.

Condivido la preoccupazione di parte della dottrina capitanata da Carabelli che sostiene che "il problema dei limiti ai diritti fondamentali di sciopero e di contrattazione

---

<sup>245</sup> Lo Faro A., *La contrattazione collettiva nei paesi newcomers e il modello sociale europeo*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, pag 315 . Inoltre sul punto Carabelli U.I , *Note critiche* cit., pag 166, sui limiti e sulle possibilità tecnico giuridiche di una pretesa degli operatori interni di non essere esposti per via della normativa nazionale a regole differenziali rispetto agli operatori esterni e alle regole dell'Unione cui essi sono soggetti.

collettiva si rivela in prospettiva finanche più grave della comunque indubbia scarsa efficienza ed efficacia delle norme della direttiva 96/71/Ce”.<sup>246</sup>

## 2.5 La decisione Rüffert

La legge del Land della Bassa Sassonia in materia di appalti pubblici<sup>247</sup> stabilisce che le imprese partecipanti alle gare devono impegnarsi a corrispondere ai loro dipendenti quanto meno le retribuzioni fissate dal contratto collettivo di lavoro del luogo di esecuzione della prestazione. La normativa stabilisce anche che bisogna vincolare anche gli eventuali subappaltatori al rispetto del medesimo obbligo.

La fonte volontaria sottoscritta dalle parti sociali diviene una prosecuzione delle imposizioni normative. Essa assume un ruolo centrale. Non è solamente tesa a salvaguardare il mercato del lavoro interno dal dumping sociale ma è anche rivolta a garantire una maggiore adeguatezza dell'appaltatore rispetto a standard imprenditoriali e organizzativi.

Le misure adottate al fine di combattere le distorsioni della concorrenza servono per mettere in risalto la marginalità dell'operatore economico che impieghi standard normativi inferiori rispetto a quelli predominanti nel mercato del paese ospitante.

Detti comportamenti potrebbero causare una chiusura protezionistica dei mercati interni. Questa eventualità dovrebbe essere oggetto di sanzioni positive che ne agevolino la progressiva emersione e il conseguente adeguamento alle condizioni normative ed economiche applicate nel settore economico di riferimento.

La Corte, con la sentenza Rüffert, rimane asserragliata dietro una interpretazione formalistica del contratto collettivo.

---

<sup>246</sup> Carabelli U. :*Il contrasto tra libertà economiche fondamentali e diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in studi sull'integrazione europea 2/2011 pag 231-232

<sup>247</sup> La legge del Land Niedersachsen sulla stipula dei contratti pubblici contiene alcune disposizioni per l'assegnazione dei contratti superiori al valore minimo di 10.000 Euro:

Così si legge nel preambolo “La presente legge intende combattere le distorsioni della concorrenza che derivano dall'impiego di manodopera a basso costo e alleviare gli oneri a carico dei sistemi di sicurezza nel settore delle costruzioni e del trasporto pubblico locale. A tal fine stabilisce che le autorità pubbliche aggiudicatrici possano assegnare appalti nel settore delle costruzioni e del trasporto pubblico locale solo alle imprese che corrispondano le retribuzioni stabilite dal contratto collettivo del luogo in cui viene prestato il servizio”.

“ E' consentita l'aggiudicazione di appalti per lavori edili solo alle imprese che, alla presentazione dell'offerta, si impegnino per iscritto a corrispondere ai dipendenti impegnati nei servizi una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo in cui tali servizi sono prestati e nel tempo prescritto dall'accordo collettivo.”

“Ai sensi della regola appena enunciata con il termine servizi si fa riferimento a quelli forniti dal principale appaltatore e dai subappaltatori, La regola si applica anche alla concessione di servizi nel settore del trasporto pubblico locale”.

Il contratto collettivo è reputato non applicabile alla totalità delle imprese nell'ambito della categoria e dunque non rispondente ai criteri dettati dalla Direttiva 96/71 CE.

La Corte, peraltro, ritenendo che il provvedimento adottato dal Land di Niedersachsen non sia giustificato dall'obiettivo di tutela dei lavoratori, lo considera in contrasto con l'Art 56 TFUE<sup>248</sup>. Vediamo insieme il caso.

Una società tedesca, di cui il signor Ruffert era il curatore fallimentare, si era aggiudicata nel 2003 una gara pubblica d'appalto relativa alla costruzione di un istituto penitenziario in una città nel Land della Bassa Sassonia. Successivamente, la società tedesca aveva affidato in subappalto i lavori ad una società avente sede sociale in Polonia, presente in Germania con una filiale. Nel 2004, essendo risultato ad un controllo che la società subappaltatrice non rispettava le retribuzioni prescritte dal contratto del settore edile applicabile in loco, l'amministrazione tedesca aveva risolto il contratto di appalto, irrogando altresì la penale contrattuale alla società tedesca, appaltante principale, in quanto a conoscenza delle violazioni commesse dall'impresa subappaltatrice. A tale decisione si è opposto in giudizio il curatore fallimentare.

Il giudice tedesco ha così sollevato una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia. Egli per prima cosa domandò se la clausola del bando di gara relativa al rispetto delle retribuzioni vigenti nel luogo di esecuzione dell'appalto si ponesse in contrasto con la Direttiva n. 71/96. Il dubbio si sollevò in quanto tale clausola obbligava le imprese degli altri Stati membri a corrispondere, ai propri dipendenti distaccati per l'esecuzione dell'appalto, retribuzioni solitamente superiori al salario minimo obbligatorio previsto dalla legge nazionale tedesca.

Il secondo quesito verteva sulla valutazione in merito a se la clausola del bando di gara costituisse un ostacolo alla libera circolazione dei servizi in quanto andava oltre quanto necessario per la tutela dei lavoratori.

La questione che va affrontata da subito è legata all'interpretazione della Direttiva n. 96/71. Nel caso Ruffert la questione non verte su un'azione di lotta sindacale (come nei precedenti due casi) ma su un provvedimento legislativo nazionale di garanzia dei diritti sociali dei lavoratori. Nel caso Viking Line, per capirci, non erano, invece in discussione questioni relative all'applicazione della Direttiva n. 96/71, ma solo coinvolgenti la libertà di stabilimento delle imprese comunitarie garantita dall'art. 43 TCE. Gli atti del caso Ruffert sono stati esaminati in primo luogo dal Tribunale

---

<sup>248</sup> CGCE, 3 aprile 2008, C-346/06, Ruffert, punto 38



regionale di Hannover , in seguito dal Tribunale regionale di secondo grado, che ha sospeso il procedimento e ha posto la questione alla Corte di giustizia europea .

Si chiedeva a quest'ultima se un'autorità pubblica aggiudicatrice è obbligata per legge ad assegnare appalti per lavori edili solo alle imprese che , alla presentazione dell'offerta , si impegnino per iscritto a corrispondere ai loro dipendenti impegnati nel servizio in oggetto ,una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo in cui il servizio viene effettuato.

In tal caso ci troviamo di fronte a una restrizione ingiustificata della libertà di fornire servizi garantita dal Trattato delle Comunità europea?

Nella sentenza relativa al caso Rüffert la Corte si è trovata a valutare la conformità con la Direttiva n. 96/71 della legge del Land di Niedersachsen , che obbligava tutti gli appaltatori e subappaltatori della pubblica amministrazione ad applicare almeno la tariffa salariale prevista dal contratto collettivo applicabile in loco. Nel caso in questione la tariffa salariale prevista dalla legge del loco si è rivelata «superiore alla tariffa minima salariale applicabile in forza dell' AEntG»<sup>249</sup>

la Corte , nel rispondere al quesito postole , ha sostenuto che la legislazione federale tedesca non soddisfa le condizioni relative ai salari minimi nel paese ospitante , dal momento che la retribuzione dei lavoratori distaccati dipende dal fornitore dei servizi.

Secondo la Corte , la legge non stabilisce che gli accordi collettivi siano applicabili in generale .Essi sono validi solo per il settore economico interessato ( appalti pubblici).

La Corte continua dicendo che la legge nazionale non soddisfa i criteri stabiliti dall'art.3.8<sup>250</sup> della direttiva 96/71 /Ce. I giudici lussemburghesi hanno fornito una interpretazione molto restrittiva dell'art.3.7 della direttiva 96/71 in base al quale i

---

<sup>249</sup> Norma nazionale( legge sul lavoro distaccato) che estende la validità delle norme giuridiche sui contratti collettivi dichiarati generalmente vincolanti in materia di versamento di contributi e di riconoscimento di prestazioni connesse alle ferie spettanti ai lavoratori corrisposte da enti comuni alle parti contraenti, e quindi anche delle norme di detti contratti collettivi in materia di procedimento da seguire, ad un datore di lavoro avente sede all'estero, e ai suoi dipendenti distaccati in località ubicate nella sfera di applicazione territoriale di detti contratti collettivi.

<sup>250</sup> Art 3.8 Dir 96/71ove si prescrive che, in mancanza di un «sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi» è riservata agli Stati membri la scelta se ritenerli o meno tali, a condizione, però, in quest'ultimo caso, che la loro applicazione alle imprese straniere assicuri una parità di trattamento con le imprese del luogo di esecuzione (ultimo capoverso dell'art. 3.8).

Per contratti collettivi 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.

paragrafi dall' 1 al 6 non devono impedire l'applicazione delle condizioni di lavoro più favorevoli ai lavoratori.<sup>251</sup>

In definitiva la Corte è giunta alle conclusioni che uno stato membro non ha titolo per imporre questa normativa agli appaltatori. La direttiva 96/71 interpretata alla luce dell'art 49 TCE ( oggi 56 TFUE) impedisce ad uno Stato membro di adottare una normativa simile a quella del Land della Bassa Sassonia.

E' chiaro che la legislazione nazionale è valida e vincola le compagnie tedesche che partecipano alla procedura prevista per gli appalti pubblici nel Land di Niedersachsen.

La legislazione del Land non è applicabile ai lavoratori distaccati.

Il presupposto della disciplina legale degli appalti pubblici nell'Unione Europea è che gli stati membri devono essere liberi di applicare i loro standard nazionali anche in materia di salari, purchè vi sia uguale trattamento e non vi sia alcun tipo di discriminazione nei confronti dei fornitori stranieri dei servizi.

Secondo parte della dottrina la sentenza Rüffert è il primo caso in cui la Corte di giustizia europea non pretende che la concorrenza tra fornitori di servizi nazionali e stranieri si svolga alle stesse condizioni. Secondo la Corte infatti , i fornitori stranieri di servizi possono godere di un vantaggio competitivo pagando salari più bassi, contrariamente a quanto previsto dalla legge federale che si riferisce al livello salariale dell'accordo collettivo di settore.

A prima vista può sembrare che le implicazioni della sentenza Rüffert abbiano una portata limitata dato che non si applica dove non c'è distacco di lavoratore oltre confine. Così non è , di fatto la legislazione tedesca dovrà essere modificata.

In Germania si è presentato da subito un caso in cui un Tribunale ha ordinato al Land Bremen di rivedere un suo appalto sui trasporti pubblici a causa della sentenza Rüffert.

---

<sup>251</sup> Art 3.7 della direttiva sul distacco dei lavoratori non impedisce ad un fornitore straniero di servizi di applicare i termini e le condizioni di lavoro che risultano più favorevoli rispetto a quelle contenute nella direttiva stessa.

## 2.5.1 *Segue* Contrasto della legge nazionale tedesca con la Direttiva 96/71/CE

Va anzitutto notato come la posizione della Corte sia fondata su una lettura erronea dell'art. 3.1 della Direttiva<sup>252</sup>. Tale norma, secondo l'organo giudicante, fisserebbe un obbligo, a carico degli Stati membri, di dettare regole per le condizioni minime di lavoro ivi richiamate. In realtà, stando alla formulazione letterale della disposizione, l'obbligo ricadente in capo allo Stato ospitante sembra essere esclusivamente quello di rendere applicabili ai lavoratori distaccati quelle condizioni che siano previste da «disposizioni di legge, regolamentari o amministrative ovvero, nel settore delle costruzioni, «da contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale». Di modo che, qualora in uno Stato membro non esistano norme di tal fatta, non per questo lo Stato sarebbe vincolato ad emanare regole ad hoc al fine di apprestare quelle tutele minimali: la mancata emanazione di tali regole non creerà, d'altronde, nessuna discriminazione tra operatori interni ed esterni<sup>253</sup>.

Una volta presunto un tale obbligo, essa si spinge, infatti, ad affermare che, in materia di minimi retributivi, lo Stato svedese avrebbe (male) assolto ad esso affidandone la definizione alla contrattazione collettiva, e più precisamente ad una contrattazione da svolgersi caso per caso. Questo appare, a bene vedere, oltre che come un vero e proprio travisamento del disposto dell'art. 3.1 della Direttiva, come una forzatura della realtà giuridica svedese, il cui sistema si fonda solo ed esclusivamente sulla libera e volontaria contrattazione tra le parti interessate. D'altro canto, non risulta che nel sistema giuridico

---

<sup>252</sup> la Corte di giustizia ha ritenuto che il diverso trattamento salariale riservato dalla società polacca ai lavoratori distaccati non trovasse fondamento nella disciplina di tutela di cui alla direttiva 96/71/CE (ove è previsto che si applichino ai lavoratori distaccati le condizioni di lavoro e di occupazione presenti nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, se tali condizioni sono fissate da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o da contratti collettivi dichiarati di applicazione generale, art. 3.1) e che, quindi, tale retribuzione “al ribasso” risultasse funzionale al diritto dell'impresa alla libera prestazione di servizi. Questo perché, nel caso specifico, la Corte di giustizia ha sfruttato l'*escamotage* previsto al par. 8 dell'art. 3 della direttiva, ove si prescrive che, in mancanza di un «sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi» («per contratti collettivi 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», art. 3.8 dir. 96/71/CE) è riservata agli Stati membri la scelta se ritenerli o meno tali, a condizione, però, in quest'ultimo caso, che la loro applicazione alle imprese straniere assicuri una parità di trattamento con le imprese del luogo di esecuzione (ultimo capoverso dell'art. 3.8).

Il che, nel linguaggio della Corte, si traduce: a condizione che l'applicazione di quei contratti collettivi assicuri un'*effettiva* parità di trattamento fra imprese, e cioè non impedisca (altrimenti verrebbe meno il c.d. effetto utile della direttiva), per il caso che qui interessa, che i lavoratori provenienti dalla Polonia trovino un impiego nel territorio della Repubblica federale della Germania, in quanto il loro datore di lavoro può sfruttare in maniera concorrenziale il vantaggio di costi ridotti.

<sup>253</sup> Sul punto già Carabelli U. 2008, 151

svedese sia previsto nessun obbligo legale di concludere il contratto; il che, a rigor di termini, sarebbe stato invece necessario per la costruzione di quella sorta di ‘mandato’ legale alla definizione dei minimi individuato dalla Corte (ed in questo è riscontrabile dunque una contraddizione interna al ragionamento da essa seguito)<sup>254</sup>.

In particolare, l’art. 3.1 della Direttiva viene letto dalla Corte nel senso che lo Stato non può ‘lasciare’ ai sindacati ed alla contrattazione collettiva la fissazione, volta a volta, delle specifiche condizioni retributive da applicare ai lavoratori distaccati, in quanto tali condizioni contrattuali da un lato non sarebbero quelle previste attraverso le procedure di cui agli artt. 3.1<sup>255</sup> e 3.8<sup>256</sup> e, dall’altro lato, non sarebbero condizioni contrattuali minime, bensì di contenuto migliorativo.<sup>257</sup>

Tali condizioni migliorative, poi, non sarebbero neppure ammesse dall’art. 3.7 della Direttiva, il quale consente esclusivamente la salvaguardia delle condizioni di miglior favore godute dai lavoratori distaccati nel loro paese di origine.

Va ancora osservato come l’adozione da parte della Corte della (pur condivisibile<sup>258</sup>) interpretazione secondo cui l’art. 3.7 (in combinato disposto con l’art. 3.1) va inteso nel senso che è assicurata ai lavoratori distaccati la conservazione dei trattamenti di miglior favore goduti nei loro paesi di origine (ivi compresi quelli di fonte contrattuale) in relazione alle materie di cui all’art. 3.1, non esclude assolutamente, di per sé, la legittimità di un’azione collettiva finalizzata a supportare una contrattazione sulle stesse

---

<sup>254</sup> Sul sistema svedese di contrattazione collettiva si soffermano, in particolare Sciarra 2008, 260 ss., Eklund 2008, 551 ss., CHAUMETTE 2008, par. 2, e già AHLBERG-BRUUN- MALMBERG 2006, 155 ss. V. anche CORTI 2008, 264-5.

<sup>255</sup> Art 3.1 Dir 96/71/CE:rispetto degli standard minimi di tutela previsti dalla normativa della stato ospitante ( funzione di argine al dumping sociale)

<sup>256</sup> Art 3.8 Dir 96/71ove si prescrive che, in mancanza di un «sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi» è riservata agli Stati membri la scelta se ritenerli o meno tali, a condizione, però, in quest’ultimo caso, che la loro applicazione alle imprese straniere assicuri una parità di trattamento con le imprese del luogo di esecuzione (ultimo capoverso dell’art. 3.8).

Per contratti collettivi 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.

<sup>257</sup> Resta da chiedersi quale sia il valore da attribuire (ed è su questo che si basa, in sostanza, il quesito del giudice del rinvio) alla soglia di protezione configurata dal salario minimo obbligatorio che deriva, in Germania, dall’applicazione della legge 26 febbraio 1996 sul distacco dei lavoratori (*Arbeitnehmer-Entsendegesetz*). Per quanto argomentato in precedenza, tuttavia, dovrebbe risultare chiaro che la Corte di giustizia preferisca far ricadere l’ipotesi del distacco dei lavoratori polacchi non nella previsione del par. 1 dell’art. 3 della direttiva 96/71/CE (in cui è prevista l’applicazione delle condizioni di lavoro dello Stato in cui si eseguono i lavori se essi vengono stabiliti con legge, qui la legge tedesca del 1996) ma nella previsione del par. 8 del medesimo articolo (in cui i contratti collettivi non dichiarati di applicazione generale prevedono un adeguamento pressoché automatico alle esigenze di una libera e incondizionata libertà di prestare servizi, proprio sulla base delle strategie argomentative adottate, con regolarità dalla Corte), perché ciò assicura in pieno la tutela della “libertà fondamentale” garantita dall’art. 49 TCE.

<sup>258</sup> La preferibilità, *dal punto di vista tecnico-interpretativo*, di questa lettura dell’art. 3.7 era stata segnalata da Carabelli , 2007, 39-40, nt. n. 15 e da GIUBBONI – ORLANDINI 2007, 114.

materie attivata dai sindacati nel paese di distacco, e ciò finanche nel caso in cui tale contrattazione fosse volta ad ottenere miglioramenti rispetto a standards minimi formalmente previsti in attuazione degli artt. 3.1 e 3.8 (situazione, questa, che non è riscontrabile nel caso di specie).

### **2.5.2 Segue Il contrasto tra libertà economiche fondamentali e diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: decisione Commissione c. Germania**

La causa citata nell'intestazione del paragrafo verte su un ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione ai sensi dell'art. 226 CE ( oggi 258 TFUE)<sup>259</sup>, con cui quest'ultima ha chiesto alla Corte di dichiarare che la Repubblica federale di Germania ha violato gli obblighi ad essa incombenti, fino al 31 gennaio 2006, in forza della direttiva del Consiglio 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e, a decorrere dal 1° febbraio 2006, in forza della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

Il fatto è che molteplici grandi città hanno stipulato accordi quadro relativi alla previdenza integrativa aziendale dei propri dipendenti direttamente con enti esercenti funzioni previdenziali scelti sulla base del contratto collettivo, senza aver indetto un bando di gara a livello europeo.

Nella sentenza pronunciata nel luglio del 2010 relativa alla causa Commissione c. Germania<sup>260</sup> la Corte di giustizia è giunta ad affermare che la designazione, in un contratto collettivo, di organismi e imprese a cui le amministrazioni dei comuni e degli enti comunali devono rivolgersi per la gestione della previdenza complementare dei propri dipendenti “ non attiene all'essenza del diritto di negoziazione collettiva”.<sup>261</sup>

---

<sup>259</sup> Art 258 TFUE : La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. 2 Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea.

<sup>260</sup> Causa Commissione c. Germania C- 271 /08 ha ad oggetto la violazione da parte della Stato tedesco delle direttive 92/50 /CEE del Consiglio ( relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di servizi degli appalti pubblici ) e la violazione della direttiva 2004/18/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio ( relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori , di forniture e di servizi).

<sup>261</sup>Conclusioni dell'Avvocato Generale verica Trstenjak

Con ciò è dimostrato il proprio convincimento circa l'esistenza di un fronte di potenziale contrasto anche con la libertà di concorrenza oltre che con le altre libertà economiche esaminate nelle sentenze precedenti. La conseguenza che se ne ricava è la possibilità per la Corte di sindacare sul contenuto delle rivendicazioni dei lavoratori e delle loro organizzazioni .

Lo sciopero, nell'esperienza che si può ricavare dalla storia delle società industrializzate, è uno strumento di lotta intrinsecamente volto a configgere con l'iniziativa economica privata qualunque sia la concreta manifestazione di quest'ultima. Bisogna comunque tener presente che lo sciopero svolge un ruolo di collegamento con la possibilità di contrattare le condizioni di lavoro autonomamente definite.

La lamentata violazione delle direttive sugli appalti pubblici( direttive 92/50 e 2004/18) può essere in buona sostanza imputata al contratto collettivo che vincola le città in questione . Si pone la questione della sussistenza e delle implicazioni di un conflitto tra gli obblighi fondati sulle libertà fondamentali, da una parte, e il diritto di negoziazione collettiva e il diritto di autonomia collettiva, dall'altra.

La Corte nella decisione Commissione c. Germania non si è preoccupata di affrontare il problema della prospettiva da cui effettuare un equo temperamento dello sbilanciamento tra il diritto di negoziazione collettiva e l'autonomia collettiva, da un lato, e le direttive 92/50 e 2004/18, che traducono in termini concreti i principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, dall'altro.

---

presentate il 14 aprile 2010 Causa C- 271/08

VI – Valutazione giuridica

*A – Applicabilità delle direttive 92/50 e 2004/18 ad accordi quadro definiti nell'ambito di contratti collettivi*

48. Quanto addotto a sostegno della tesi dell'inapplicabilità delle libertà fondamentali agli accordi quadro de quibus è convogliabile in tre ordini argomentativi.

49. Il primo ordine argomentativo muove dal presupposto che i contratti collettivi – e pertanto anche gli accordi quadro definiti nell'ambito di contratti collettivi – esulino dal campo di applicazione delle norme sulla concorrenza del diritto primario. Posto che le deroghe al diritto della concorrenza sono trasponibili anche al piano delle libertà fondamentali, gli accordi quadro definiti nell'ambito di contratti collettivi vengono quindi ritenuti esclusi anche dal campo di applicazione delle libertà fondamentali.

50. Il secondo ordine argomentativo, in realtà non seguito in modo sistematico dal governo tedesco ma tuttavia riconoscibile quale elemento caratterizzante di alcune delle sue deduzioni, si fonda sul principio dell'efficacia non orizzontale delle disposizioni sulle libertà fondamentali. Vista la partecipazione di rappresentanti dei lavoratori alla stipulazione dei contratti collettivi, in questo contesto si pone in particolare il problema di stabilire se l'applicazione delle libertà fondamentali agli accordi quadro definiti nell'ambito di contratti collettivi integri una violazione del principio dell'efficacia non orizzontale delle disposizioni sulle libertà fondamentali.

51. Un terzo ordine argomentativo, svolto in subordine, si basa sulla valenza di dirittosociale fondamentale del diritto di negoziazione collettiva ed al rapporto tra diritti e libertà fondamentali. In questo contesto, segnatamente, si espone che gli accordi quadro definiti nell'ambito di contratti collettivi sarebbero garantiti dal loro nesso con un diritto fondamentale e pertanto non potrebbero più essere posti in raffronto, a livello contenutistico, con le libertà fondamentali.

Bisogna sottolineare però che la Corte anche in questa decisione ha fatto un grosso passo in avanti riconoscendo in pieno l'equivalenza tra libertà economiche del Trattato e i diritti sociali garantiti dalla Carta di Nizza.

Secondo parte della dottrina<sup>262</sup> appare chiaro, tuttavia, che nessun avanzamento si potrà ottenere nel futuro sul piano della effettiva tutela dei diritti sociali senza un deciso e formale riconoscimento che i diritti fondamentali di sciopero e di contrattazione collettiva devono "prevalere" sulle libertà economiche. Il senso di quanto detto è che il loro esercizio non deve subire condizionamenti a causa delle libertà economiche.

Per dirla anche con altre parole, le libertà economiche devono soggiacere alle conseguenze negative derivanti dall'esercizio del diritto di sciopero e di contrattazione collettiva.

Non si può continuare ad affermare la garanzia di una formale eguaglianza giuridica tra situazioni socialmente ed economicamente squilibrate che esistono nei diversi Stati membri e si manifestano di continuo sotto gli occhi di tutti.

Una scelta politica in favore dell'eguaglianza sostanziale richiede la posizione di trattamenti giuridici differenziati al fine di perseguire un riequilibrio di quelle situazioni.<sup>263</sup> L'aforisma ricordato da Barbieri<sup>264</sup> "libera volpe in libero pollaio" dà un chiara idea della situazione vigente in un'Europa allargata certamente ma, con tutte le sue differenze e complessità da considerare in nome del perseguimento di un Mercato Unico Europeo.

La situazione frammentata del diritto del lavoro europeo porta a pensare che il Mercato del lavoro europeo è inesistente. In effetti ci sono numerosi Mercati del lavoro che corrispondono ai vari Stati membri. Ricordiamoci che il principio di libera circolazione dei lavoratori indica che (in teoria) tutti i lavoratori dovrebbero avere accesso ai Mercati di lavoro nazionali, nel rispetto dei diritti sociali conquistati.

Interessante a questo punto è tener presente la sentenza della Corte Costituzionale tedesca, del giugno 2009<sup>265</sup>. In essa la Corte ha delineato in modo assai preciso i vincoli nel cui rispetto, è tenuta a partecipare la Repubblica tedesca al processo di integrazione europea. Questa sentenza ha anche evidenziato le contraddizioni insite nel

---

<sup>262</sup> Vecchio F., *Dopo Viking, Laval e Ruffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?*, 2010, p.10 (reperibile on line [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu))

<sup>263</sup> Carabelli U., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, 2008 pp 168 e 185, Cacucci editore

<sup>264</sup> Barbieri M., *Lavoro e diritto tra mercato e poteri*, 2001, pag 3, reperibile on line [www.fondazionemalagugini.it](http://www.fondazionemalagugini.it)

<sup>265</sup> Grasso G, Poiars Maduro M., *Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in DUE, 2009, pag 512

processo di integrazione europea. La Corte Costituzionale ha affermato senza mezzi termini che rispetto ad alcune materie dei settori economico , culturale e sociale in cui si riassume l'essenza del principio democratico che connota il sistema costituzionale tedesco , è indispensabile che lo Stato tedesco ( e anche tutti gli altri Stati membri) conservi “un margine di manovra sufficiente di decisione politica”<sup>266</sup>.

Lo stesso primato di applicazione del diritto europeo resta , anche dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, “ un istituto derivato , fondato su un trattato internazionale che solo in virtù dell'ordine di esecuzione della legge di approvazione produce effetti giuridici in Germania”.<sup>267</sup>

La Corte Costituzionale si è riservata il controllo del rispetto del principio democratico di modo che “in casi eccezionali, a condizioni particolari e strette” essa potrebbe anche dichiarare inapplicabili in Germania norme di Diritto dell'UE senza che questo fatto presenti “ alcuna contraddizione con l'obiettivo del favore per il diritto europeo, cioè con la partecipazione , costituzionalmente richiesta , della Repubblica federale di Germania alla realizzazione di un'Europa unita”<sup>268</sup>.

La sentenza evidenzia non solo l'orgoglio per le proprie radici democratiche e per le proprie tradizioni economiche , culturali e sociali,ma anche l'efficienza di un sistema che assicura una permanente verifica della piena coerenza del processo di integrazione europea. Con i principi fondamentali della Costituzione.

Tale punto di vista non è stato esente da critiche . Parte della dottrina <sup>269</sup>ha invece creduto che la sentenza avrebbe frenato gli sviluppi futuri del processo di integrazione europea. A conclusione non si può negare che la tutela effettiva dei diritti fondamentali dell'individuo anche lavoratore,è elemento essenziale del progresso civile di una comunità che si voglia fondare sull'eguaglianza e sul rispetto dell'identità delle persone.

---

<sup>266</sup> Par . 339 della Sentenza

<sup>267</sup> Par. 339 della sentenza

<sup>268</sup> Par .340 della sentenza

<sup>269</sup> Cassese.S., *L'unione europea e il guinzaglio tedesco*, in G. Dir . Amm, 2009,pag 1007; Nonché Rossi L.S., *La sentenza della corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona. Il processo di integrazione al capolinea?* ,2009 ( reperibile on line [www.affarinternazionali.it](http://www.affarinternazionali.it)).



## 2.6 Il diritto di sciopero nell'ordinamento dell'Unione europea.

Diverse costituzioni europee non fanno menzione del diritto di sciopero il quale è riconosciuto in altro modo da sentenze o da leggi ordinarie. Dobbiamo ricordarci che adesso abbiamo un 'Europa allargata' e solo ove sono in vigore costituzioni rigide lo sciopero è da queste riconosciuto e tutelato al loro interno.

In Italia lo sciopero è classificato come diritto personale di esercizio collettivo.

In Europa esso non è monopolio sindacale . Può, quindi ,essere proclamato dal più piccolo gruppo di lavoratori esistente in azienda o esercitato da singoli non iscritti ad alcun sindacato o anche se iscritti a sindacati diversi da quelli che proclamano lo sciopero. Lo stesso è inteso come atto della libertà di associazione oltre che come diritto particolare dei lavoratori.

Lo sciopero non può essere proclamato da un singolo lavoratore. E' escluso il licenziamento di chi proclama o partecipa a scioperi. Lo sciopero sospende temporaneamente il contratto di lavoro e ha come conseguenza l'assenza di obbligo della prestazione lavorativa , e per il datore l'effetto dello sciopero è l'assenza dell'obbligo di corrispondere la retribuzione.

Non è esplicitamente disciplinata la questione dei danni recati al datore o ai destinatari dello sciopero . La regola generale stabilisce che chiunque cagiona un danno è tenuto a risarcirlo. Soltanto la Gran Bretagna prevede esplicitamente l'istituto dell'immunità per gli scioperanti. La tal cosa esclude la possibilità di azioni di responsabilità individuali.

Il carattere costituzionale del diritto di sciopero, là dove è riconosciuto, non riesce a renderlo impermeabile alle infiltrazioni delle disposizioni sulle libertà di circolazione, neanche ove il bilanciamento venga compiuto sul piano nazionale<sup>270</sup>.

Intendo dire che il principio di proporzionalità non è dovunque il criterio guida sia rispetto alle limitazioni del diritto di sciopero per la tutela di altri diritti garantiti dalla Costituzione, sia rispetto all'erogazione delle sanzioni disciplinari e pecuniarie.

Le sanzioni per la partecipazione ad uno sciopero illegittimo se sono pecuniarie comportano trattenute in busta paga , se sono disciplinari comportano la sospensione o il licenziamento , o azioni di responsabilità individuali per danni recati al datore di lavoro.

---

<sup>270</sup> Lo Faro, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione* in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2, 2009, sostiene che il riconoscimento del fondamento costituzionale del diritto di sciopero nulla aggiunge e nulla toglie alla logica argomentativa seguita in sentenza dalla Corte di Giustizia, p. 11

Lo sciopero nei confronti di prestatori di servizi stranieri diventa particolarmente rischioso ben potendosi ex post rivelare contrario al diritto comunitario ed esporre i sindacati al dovere di risarcire il danno.

In occasione della Conferenza CES “Reconciling fundamental social rights and economic freedoms after Viking, Laval and Rüffert” i relatori dei paesi scandinavi <sup>271</sup>hanno messo in luce il forte impatto che la sentenza Laval ha avuto sul c.d. Modello nordico di relazioni industriali.

In Svezia è stata modificata la normativa di recepimento della direttiva sul distacco, limitando la praticabilità dell'azione sindacale nei confronti delle imprese che distaccano lavoratori sul territorio nazionale. Questa è legittima solo se finalizzata ad imporre gli standard minimi retributivi e normativi fissati dai contratti nazionali applicati dalle imprese svedesi del settore.

Per effetto della riforma le imprese straniere adesso possono operare in Svezia in condizioni di miglior favore rispetto a quelle nazionali, di norma vincolate ai più alti standard fissati in sede decentrata.

Sul piano giudiziario, il Tribunale del lavoro svedese ha dato seguito alla sentenza della Corte di giustizia ed ha condannato i sindacati a risarcire l'impresa lettone, pagando la penale che la normativa nazionale prevede in caso di scioperi illegittimi.

Le riforme del sistema svedese sono state attuate con la decisa opposizione del fronte sindacale e del partito social-democratico, che ne aveva prospettato il superamento in caso di vittoria (non avvenuta) alle elezioni.

Ciò non è accaduto in Danimarca dove si è operato un intervento di riforma condiviso dalle parti sociali, grazie ad un accordo di concertazione che permette l'estensione alle imprese straniere dei contratti firmati dai sindacati più rappresentativi sul piano nazionale, una soluzione che pare simile a quella italiana.

Nei sistemi nordici si coglie chiaramente una crescente influenza delle fonti sovranazionali negli ordinamenti interni, che va al di là dello stretto ambito di applicazione delle sentenze della Corte di giustizia e che sta producendo anche effetti positivi.

In Finlandia ad esempio il sindacato ha salutato con soddisfazione una recente sentenza della Corte Suprema (del 22.12.2010) che sulla base dell'art.11 della CEDU (libertà di

---

<sup>271</sup> Niklas Bruun, Hanken School of Economics, Finlandia; Claes-Mikael Jonsson e Erland Olson, LO, Svezia

associazione) ha censurato come illegittima, in quanto discriminatoria, la perdita di una parte del salario accessorio come sanzione conseguente ad uno sciopero.

In Germania le sentenze Viking e Laval hanno dato origine ad un ampio dibattito sul piano politico ed accademico. La questione più delicata attiene al rapporto che in quell'ordinamento si configura tra Corte Costituzionale e Corte di giustizia.

La Corte Costituzionale tedesca rivendica una riserva di competenza in merito alla tutela dei diritti fondamentali. In questo senso, con un implicito ma chiaro riferimento alla recente giurisprudenza comunitaria, la Corte costituzionale si è espressa nella sentenza del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona.

E' stata però la sentenza Rüffert<sup>272</sup> a produrre le conseguenze più rilevanti nell'ordinamento tedesco, e su di essa si sono soffermati i relatori tedeschi<sup>273</sup> che hanno partecipato alla conferenza CES sopracitata. Quasi tutti i Lander hanno proceduto (o stanno procedendo) a riformare le normative in tema di pubblici appalti, eliminando le clausole sociali che impongono il rispetto dei contratti territoriali privi di efficacia generale.

La strada seguita nella maggioranza dei casi è quella di stabilire ex lege un minimo retributivo orario che le imprese straniere aggiudicatrici di appalto devono necessariamente applicare. Il caso tedesco è particolarmente rilevante per l'Italia, in ragione del potenziale contrasto con la sentenza Rüffert dell'obbligo di rispettare i contratti collettivi che qualsiasi capitolato di appalto deve prevedere ai sensi dell'art.36 dello Statuto dei lavoratori e dell'art.118 del Codice degli appalti.

Anche nel Regno Unito le sentenze della Corte di giustizia hanno avuto vasta eco. Le relazioni di Tonia Novitz e Lydia Hayes (entrambe dell'Università di Bristol) hanno evidenziato come grazie ad esse possano essere ulteriormente ridotti gli spazi di praticabilità del conflitto sindacale, già drasticamente limitati dalle leggi dell'era Thatcher. In particolare, essenziale rischia di essere l'utilizzo dello strumento processuale dell'injunction. Si tratta di un procedimento sommario con il quale il datore può chiedere al giudice di ordinare la sospensione di azioni sindacali potenzialmente illegittime (una sorta di articolo 28 al contrario, basato su ancor più labili elementi probatori). Prova di ciò è stato il recente caso Balpa alla British Airways è bastato invocare la sentenza Viking, per far bloccare un'azione di sciopero (già approvata dal

---

<sup>272</sup> Sentenza C – 346/06 del 3 aprile 2008. per un commento alla decisione vedi anche le considerazioni di Brino V., *Gli equilibri della Corte di Giustizia: il caso Ruffert* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, 3, 479 486

<sup>273</sup> Andreas Bucker, Università di Wismar e Torsen Walter, DGB

voto dei lavoratori) proclamata per contrastare l'apertura di filiali all'estero da parte della compagnia. Su un piano più generale, nel Regno Unito è percepito come forte il rischio che le sentenze della Corte di giustizia, limitando ulteriormente la possibilità del sindacato di contrastare il dumping sociale, favoriscano e rafforzino gruppi razzisti che agiscono contro i sindacati “democratici” con finalità apertamente protezionistiche. La vicenda che ha coinvolto i lavoratori italiani nel caso “British job for British workers” di ciò è un chiaro esempio<sup>274</sup>.

Le relazioni sui casi polacco ed ungherese<sup>275</sup> hanno reso conto dell'estrema debolezza dei sistemi sindacali dei paesi dell'est, nei quali i tassi di sindacalizzazione sono bassissimi e le azioni collettive sono rese quasi impraticabili da legislazioni che le limitano fortemente. In entrambi i paesi lo sciopero è formalmente riconosciuto come diritto nelle Costituzioni post '89, ma la legge impone draconiani vincoli procedurali per il suo esercizio.

In un simile contesto la giurisprudenza della Corte di giustizia rischia di avere un effetto “indiretto”, precludendo la possibilità di introdurre riforme che migliorino la normativa vigente e favorendone, al contrario, una rigida applicazione.

La centralità attribuita dal diritto dell'UE alla libertà di circolazione prospetta un'ulteriore restrizione dei già limitatissimi spazi di praticabilità dell'azione sindacale nel settore dei trasporti, oggetto in entrambi i paesi di una normativa sui servizi da garantire in caso di sciopero.<sup>276</sup> Segnale eloquente dell'evoluzione in senso anti-sindacale dell'ordinamento si coglie in Ungheria nel fatto che il diritto di sciopero scompare nel testo della “nuova” Costituzione attualmente in discussione.

La relazione sul caso italiano (di Edoardo Ales, Università di Cassino) si è incentrata sulla supposta sostanziale ininfluenza della giurisprudenza della Corte di giustizia nei confronti della disciplina interna del diritto di sciopero. Nel settore privato il suo esercizio non conosce limiti di legge e la giurisprudenza ne esclude la legittimità solo in caso in cui sia messa a rischio la sopravvivenza stessa dell'azienda (c.d. danno alla produttività)<sup>277</sup>. In ragione di ciò, i principi posti dalla Corte di giustizia nel caso Viking non dovrebbero trovare applicazione pratica: la Corte rimette infatti la valutazione in

---

<sup>274</sup> Caso di cui ho parlato nel primo capitolo

<sup>275</sup> di Joanna Unterschütz di Solidarnosc, Polonia e di Judit Czuglerne Ivany, National Federation of Workers's Councils, Ungheria

<sup>276</sup> Apposite norme limitano il diritto di sciopero che è illegittimo in base alle finalità in quanto sciopero di solidarietà o politico. E' assolutamente obbligatorio garantire servizi essenziali (come sanità e polizia) o diritti costituzionali alla mobilità o alla libera circolazione.

<sup>277</sup> Si fa riferimento a norme che limitano il diritto di sciopero quando l'interruzione di determinate attività mette a rischio la continuità produttiva dell'azienda.

merito alla “proporzionalità” dello sciopero ai giudici nazionali e questi, in Italia, non possono che giudicare “proporzionata” qualsiasi azione che non leda la produttività d'azienda.

Anche il caso Laval non dovrebbe avere un impatto significativo in Italia; se è vero che, in assenza di contratti collettivi di efficacia generale, può spettare al sindacato imporre per via di azione collettiva il rispetto alle imprese straniere, è anche vero però che simili azioni, configurandosi come scioperi di solidarietà, dovrebbero essere considerate pienamente legittime per il diritto interno.

Il sospetto di non condividere in pieno un simile lettura, che naturalmente è auspicabile ma che rischia di essere troppo ottimistica, sorge. E' vero che l'incidenza del caso Laval sul piano pratico può sembrare ridotta; ciò non tanto per ragioni giuridiche, quanto perché pare difficile in Italia che possa essere attuata un'azione del tipo di quella posta in essere dai sindacati svedesi degli edili e degli elettrici (un'azione coordinata di solidarietà, coinvolgente lavoratori di più settori, capace di bloccare l'esecuzione di un appalto). Lo stesso però non può dirsi per il caso Viking, che riguarda un'azione sindacale posta in essere per impedire od ostacolare il mutamento di sede di un'impresa. I principi elaborati a riguardo dalla Corte di giustizia sono potenzialmente invocabili in qualsiasi ipotesi di sciopero teso a contrastare una delocalizzazione (come insegna il caso Balpa<sup>278</sup> nel Regno Unito). Sul piano giuridico poi, l'argomento per cui la disciplina di diritto interno in tema di sciopero precluderebbe l'applicazione dei principi di diritto dell'UE elaborati dalla Corte di giustizia non convince. Ricordiamo che anche per il diritto svedese (Laval) e finlandese (Viking) gli scioperi erano pienamente legittimi, ma ciò non ha impedito alla Corte di non considerarli tali.

Il test di “proporzionalità”, diversamente declinato nei due casi, non va applicato alla luce del diritto interno, ma alla luce del diritto dell'UE. Dunque non basta dire che uno sciopero non lede la produttività dell'impresa per escluderne la contrarietà alle regole del mercato unico, ma occorre valutare se con esso siano posti in essere o meno dei limiti alla libertà di circolazione dell'impresa non ammessi da quelle regole.

---

<sup>278</sup> Balpa è il maggiore sindacato dei piloti britannici il Caso è C- 155/ 2010 Williams e altri contro British Airways plc:

«Condizioni di lavoro – Organizzazione dell’orario di lavoro – Art. 7 della direttiva 2003/88/CE – Diritto alle ferie annuali retribuite – Portata degli obblighi previsti da tale direttiva con riguardo alla natura e al livello della retribuzione delle ferie annuali – Potere discrezionale degli Stati membri nella fissazione di norme dettagliate relative alle ferie annuali retribuite – Direttiva 2000/79/CE – Ferie annuali retribuite spettanti ai piloti impiegati presso compagnie aeree

Il rischio che un giudice possa sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia, per valutare la compatibilità con il diritto dell'UE di uno sciopero legittimo per il diritto italiano, non è dunque da escludere.

E' soprattutto sul piano dei loro potenziali effetti "indiretti" che si coglie maggiormente la pericolosità delle sentenze della Corte di giustizia. In esse sono contenute affermazioni di principio che, certamente, contrastano con la disciplina vigente del diritto di sciopero, così come è stata definita dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità dell'ultimo trentennio. Il d.d.l governativo in materia di sciopero <sup>279</sup> e le vicende del gruppo Fiat dimostrano però come sia in atto un attacco al diritto di sciopero, cui vigente disciplina rappresenta un ostacolo alla profonda ridefinizione delle regole dell'intero sistema di relazioni industriali che s'intende attuare.

In un simile contesto non può non cogliersi una preoccupante convergenza tra l'approccio della Corte e la posizione di quanti (nel mondo politico, sindacale ed accademico) sostengono la necessità di modificare il quadro esistente.

L'esigenza di garantire una "proporzionalità" tra azione sindacale e danni inflitti all'impresa, la negazione della funzione politica del conflitto, lo sciopero visto come ultima ratio nella soluzione delle controversie, la sua subordinazione a vincoli procedurali, la responsabilità del sindacato per i danni provocati all'azienda, il diritto dell'impresa a non essere intralciata dal conflitto nei suoi processi di riorganizzazione produttiva. Questi sono tutti principi che la Corte di giustizia pone a base del funzionamento del Mercato unico e che si prestano ad essere strumentalmente utilizzati per realizzare il processo di trasformazione del nostro sistema di relazioni sindacali<sup>280</sup>.

---

<sup>279</sup> Disegno di legge governativo :ddl n. 1473, recante "*Delega al Governo per la regolamentazione e prevenzione dei conflitti collettivi di lavoro con riferimento alla libera circolazione delle persone*" IN DATA 16/06/2011

<sup>280</sup> Giovanni Orlandini, Sintesi della Conferenza CES "*Reconciling fundamental social rights and economic freedoms after Viking, Laval and Rüffert*" (Bruxelles 13-14 gennaio 2011)

## 2.6.1 *Segue* Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'applicazione della Direttiva n.96/71/Ce

La proposta di direttiva<sup>281</sup> è il frutto del dibattito sviluppatosi all'indomani delle discutibili sentenze rese dalla Corte di Giustizia UE nei casi *Laval* e *Viking*.

Il miglioramento dell'applicazione della dir. 96/71 negli Stati membri dovrebbe essere garantito in diversi modi .In primo luogo chiarendo la nozione di distacco per contrastare comportamenti fraudolenti, e anche prescrivendo l'adozione di misure preventive di controllo e relative efficaci sanzioni.

E' la stessa Commissione europea a riconoscere ,nella relazione introduttiva alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi,che nel corso degli anni la nozione di "lavoratore distaccato" si è rivelata di non facile interpretazione. Partendo da questa osservazione si capisce perché l'Art. 3 .1, al fine di evitare l'elusione e contrastare gli abusi, vincola le autorità competenti a tenere conto non solo " degli elementi fattuali che caratterizzano le attività esercitate da un'impresa nello Stato in cui è stabilita per determinare se effettivamente essa esercita attività sostanziali diverse da quelle puramente interne di gestione o amministrazione".

La proposta sottolinea al par.2 dell'Art 3 che è necessario anche tener conto degli elementi fattuali che caratterizzano " l'attività e la situazione del lavoratore".

Questa parte della direttiva è molto interessante in quanto essa individua una serie di criteri di carattere sostanziale finalizzati a definire la nozione di distacco e a contrastare il ricorso a società fittizie. I criteri impiegati riprendono in buona parte quanto già previsto per il regime previdenziale dei lavoratori distaccati dai regolamenti 883/04 ( art12)<sup>282</sup> e del regolamento N. 987/del 2009 ( art 14).<sup>283</sup>

---

<sup>281</sup> <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7479&langId=en>

<sup>282</sup> Il 29 aprile 2004 il Parlamento europeo e il Consiglio hanno approvato il Regolamento (CE) n. 883/2004 (c.d. Regolamento di base), relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri. Il Regolamento, come integrato e modificato dal Regolamento (CE) n. 988/2009.

Esso costituisce il nuovo punto di riferimento in materia , consente l'effettivo esercizio del diritto alla libera circolazione delle persone nell'Unione europea , rafforza gli obblighi di cooperazione tra le amministrazioni in materia di sicurezza sociale .

Art12 Norme particolari.1)La persona che esercita un'attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente le sue attività ed è da questo distaccata, per svolgere 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. Art 12 punto 2). La persona che esercita abitualmente un'attività lavorativa autonoma in uno Stato membro e che si reca a svolgere un'attività affine in un altro Stato membro rimane soggetta alla

---

legislazione del primo Stato membro, a condizione che la durata prevedibile di tale attività non superi i ventiquattro mesi.

<sup>283</sup> Regolamento (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

#### Articolo 14

Precisazioni relative agli articoli 12 e 13 del regolamento di base

1. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 1, del regolamento di base, per "persona che esercita un'attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente la sua attività ed è da questo distaccata per 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.

2. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 1, del regolamento di base, per un datore di lavoro "che vi esercita abitualmente le sue attività" si intende un datore di lavoro che svolge normalmente attività sostanziali, diverse dalle mere attività di gestione interna, nel territorio dello Stato membro in cui è stabilito, tenendo conto di tutti i criteri che caratterizzano le attività dell'impresa in questione. I criteri applicati devono essere adatti alle caratteristiche specifiche di ciascun datore di lavoro e alla effettiva natura delle attività svolte.

3. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento di base, per persona "che esercita abitualmente un'attività lavorativa autonoma" si intende una persona che svolge abitualmente attività sostanziali nel territorio dello Stato membro in cui è stabilita. Più precisamente, la persona deve aver già svolto la sua attività per un certo tempo prima della data in cui intende valersi delle disposizioni di detto articolo e, nel periodo in cui svolge temporaneamente un'attività in un altro Stato membro, deve continuare a soddisfare nello Stato membro in cui è stabilita i requisiti richiesti per l'esercizio della sua attività, al fine di poterla riprendere al suo ritorno.

4. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 12, paragrafo 2, del regolamento di base, il criterio per determinare se l'attività che un lavoratore autonomo si reca a svolgere in un altro Stato membro sia "affine" all'attività lavorativa autonoma abitualmente esercitata è quello della effettiva natura dell'attività e non della qualificazione di attività subordinata o autonoma attribuita eventualmente a tale attività dall'altro Stato membro.

5. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 1, del regolamento di base, per persona "che esercita abitualmente un'attività subordinata in due o più Stati membri" si intende in particolare una persona che:

a) pur mantenendo un'attività in uno Stato membro, esercita contemporaneamente un'attività distinta in uno o più Stati membri diversi, a prescindere dalla durata o dalla natura di tale attività distinta;

b) esercita continuativamente, a fasi alterne, attività, escluse quelle marginali, in due o più Stati membri, a prescindere dalla frequenza o dalla regolarità delle fasi alterne.

6. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 2, del regolamento di base, per persona "che esercita abitualmente un'attività lavorativa autonoma in due o più Stati membri" si intende in particolare una persona che esercita, contemporaneamente o a fasi alterne, una o più attività lavorative autonome distinte, a prescindere dalla loro natura, in due o più Stati membri.

7. Per distinguere le attività di cui ai paragrafi 5 e 6 dalle situazioni descritte all'articolo 12, paragrafi 1 e 2, del regolamento di base, è determinante la durata dell'attività svolta in uno o più Stati membri diversi (se abbia carattere permanente o piuttosto carattere puntuale e temporaneo). A tal fine, viene effettuata una valutazione globale di tutti i fatti pertinenti tra cui, in particolare, nel caso di un lavoratore subordinato, il luogo di lavoro definito nel contratto di lavoro.

8. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 13, paragrafi 1 e 2, del regolamento di base, per "parte sostanziale di un'attività subordinata o autonoma" esercitata in uno Stato membro si intende che in esso è esercitata una parte quantitativamente sostanziale dell'insieme delle attività del lavoratore subordinato o autonomo, senza che si tratti necessariamente della parte principale di tali attività.

Per stabilire se una parte sostanziale delle attività sia svolta in un dato Stato membro, valgono i seguenti criteri indicativi:

a) per l'attività subordinata, l'orario di lavoro e/o la retribuzione;

b) per l'attività autonoma, il fatturato, l'orario di lavoro, il numero di servizi prestati e/o il reddito.

Nel quadro di una valutazione globale, una quota inferiore al 25 % di detti criteri è un indicatore del fatto che una parte sostanziale delle attività non è svolta nello Stato membro in questione.

9. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 13, paragrafo 2, lettera b), del regolamento di base, il "centro di interessi" delle attività di un lavoratore autonomo è determinato prendendo in considerazione tutti gli



Ricordiamoci che la Direttiva 96/71 all'Art 2 par 1 definisce "lavoratore distaccato" colui che per "un periodo limitato" svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello da cui nel cui territorio "lavora abitualmente", purchè permanga ,durante il periodo di distacco un rapporto ,un rapporto di lavoro fra distaccato e datore di lavoro distaccante ( Art 1.3 , dir 96/71).

La direttiva in questione non contiene altre indicazioni circa il modo di determinare se l'impresa distaccante è effettivamente stabilita in uno Stato membro . Un ulteriore limite dell'atto comunitario è la mancanza di enunciazione di criteri specifici per determinare il carattere temporaneo del lavoro che deve essere svolto dai lavoratori distaccati. Questo ha dato origine a vari problemi nell'applicazione pratica della suddetta direttiva.

La proposta di direttiva contiene all'Art 3 par 1 e 2 un elenco indicativo, non esaustivo, di indici che caratterizzano in primis la natura temporanea inerente alla nozione di distacco, secondariamente l'esistenza di un legame effettivo tra l'impresa distaccante e lo stato membro a partire dal quale avviene il distacco.

Le situazioni di fatto e le circostanze da considerare ,in base a una valutazione complessiva , come indici di distacco attengono in primo luogo all'attività lavorativa. Si verifica se è effettivamente svolta per un periodo di tempo limitato nello Stato ospitante; In secondo luogo si esamina se il distacco avviene in uno Stato diverso dal luogo "abituale" di lavoro secondo il regolamento 593/08 c.d Roma I.

Inoltre , si controlla sia che il lavoratore distaccato ritorna nello Stato di origine o si prevede che lo faccia ,sia che il datore distaccante provvede alle spese di viaggio, di vitto e di alloggio. Altro fondamentale requisito è che il posto di lavoro fosse già occupato dallo stesso lavoratore, non deve trattarsi di una assunzione ad hoc.

Nella proposta si omette di dire quali sono le conseguenze dell'assenza degli indici che identificano il distacco transnazionale. Questa è indubbiamente una lacuna , ma, dal momento che la nozione di distacco serve a definire l'ambito di applicazione della direttiva si dovrebbe procedere per deduzione.

---

elementi che compongono le sue attività professionali, in particolare il luogo in cui si trova la sede fissa e permanente delle attività dell'interessato, il carattere abituale o la durata delle attività esercitate, il numero di servizi prestati e la volontà dell'interessato quale risulta da tutte le circostanze.

10. Per determinare la legislazione applicabile a norma dei paragrafi 8 e 9, le istituzioni interessate tengono conto della situazione proiettata nei successivi dodici mesi civili.

11. Nel caso in cui una persona eserciti un'attività subordinata in due o più Stati membri per conto di un datore di lavoro stabilito fuori del territorio dell'Unione e risieda in uno Stato membro senza esercitarvi un'attività sostanziale, tale persona è soggetta alla legislazione dello Stato membro di residenza.

In assenza di indici la direttiva non trova applicazione. Come dire , è un ragionare per esclusione. La conseguenza sarebbe che il rapporto di lavoro debba essere regolato in base alle disposizioni di carattere generale. Queste sono relative alla legge applicabile ai rapporti di lavoro “transnazionali” dettate dal reg. 593/2008, c.d Roma I, che per altro la stessa proposta di direttiva richiama espressamente.

Di norma dovrebbe quindi applicarsi la legge del paese dove il finto distacco trova esecuzione in quanto luogo abituale di lavoro secondo quanto disposto dall’art 8.1 del regolamento Roma I, citato poco prima. Tuttavia questa non è l’unica soluzione prospettabile visto che le norme di conflitto internazionale privatistiche potrebbero portare a identificare anche la legge di un paese diverso con il quale il contratto di lavoro presenta un “collegamento più stretto”, ai sensi dell’Art 8.4 del reg 593/08.

Si tratta di un profilo della disciplina che andrebbe assolutamente chiarito anche perché sulla questione incidono pure gli “indici” volti ad accertare se il datore di lavoro distaccante è “effettivamente” stabilito in uno Stato membro. La questione viene sollevata dalla CES.<sup>284</sup>

Al riguardo l’Art 3.1 della proposta di direttiva affida all’autorità competente di entrambi gli Stati , secondo quanto prevede il capo III, la verifica circa l’effettivo legame del datore di lavoro con lo Stato membro a partire dal quale avviene il distacco.<sup>285</sup> L’obiettivo di questa disposizione è quello di combattere il ricorso abusivo al distacco fittizio per eludere i vincoli normativi dello stato ospitante .

Vediamo in dettaglio in che modo le c.d. “letter box compani” ( società cassette della lettera) sono create ad hoc in altri Stati membri.

L’imprenditore di uno Stato membro sposta la propria sede in altro Stato, oppure qui impianta un’impresa controllata subfornitrice. Questo applica ai dipendenti assunti in loco il relativo trattamento, salvo poi utilizzare il medesimo personale in regime di distacco nello Stato di originaria sede senza dover estendere al medesimo il relativo maggior trattamento normativo ed economico. Risulta chiaro il motivo di convenienza di applicazione della direttiva 96/71 per questo imprenditore. Ricordiamoci che gli obblighi previsti dalla direttiva 96/71 , come interpretata dalla Corte di giustizia,

---

<sup>284</sup> *Note for discussion. Changes to Article 3 of the enforcement Directive in order to reduce the use of letterbox companies (società cassetta delle lettere)*, 2012, dattiloscritto.

<sup>285</sup> Legame evidenziato dallo svolgimento nel territorio di quest’ultimo di “attività sostanziali”. Note sulla proposta di direttiva concernente l’applicazione della direttiva 96/71, A. Allamprese – G. Orlandini, Roma 18 maggio 2012, pag 5 e seg

attengono solo a standard minimi di tutela (Art 3.1) e non all'integrale rispetto delle condizioni di lavoro fissate dalla legge e dai contratti collettivi.

La verifica in merito all'effettiva presenza dell'impresa distaccante nel territorio di stabilimento deve avvenire sulla base di una serie di "elementi di fatto". Volendoli elencare gli indici/sentinelle dobbiamo menzionare il luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale e amministrativa, utilizza uffici, paga imposte, è iscritta in albo professionale o è registrata presso la Camera di commercio; Il luogo in cui i lavoratori sono assunti; La legge applicabile ai contratti stipulati dall'impresa con i suoi lavoratori e i suoi clienti; Il luogo in cui l'impresa esercita la propria attività economica principale e in cui è occupato il suo personale amministrativo; Il numero enormemente basso dei contratti eseguiti e /o l'ammontare del fatturato realizzato nello Stato membro di stabilimento. Teniamo conto che tra gli indici elencati all'Art 3.1 quelli che assumono maggiore rilievo sono quelli dell'attività economica principale e del numero anormalmente basso di contratti. Questi vengono utilizzati per valutare l'esercizio abituale dell'attività del datore ai fini dell'inquadramento previdenziale del lavoratore ai sensi del reg. 884/04 Art 12. Anche in questo caso, la proposta nulla dice sulle conseguenze dell'accertamento del fatto che l'impresa non esercita attività sostanziali o la propria attività economica principale nello Stato di stabilimento.

Qualora si dovesse ritenere che in assenza di indici rivelatori dell'esistenza di un legame effettivo tra impresa distaccante e Stato membro a partire dal quale avviene il distacco, la nuova direttiva ( frutto della proposta) legittimi la piena parità di trattamento con i lavoratori dello Stato ospitante, saremo di fronte a una innovazione importante.

Sarebbe possibile contestare la legittimità di un distacco anche in presenza di una prestazione di servizi legittima secondo il TFUE. Così andrebbe qualificata la prestazione erogata da un'impresa stabilita in uno Stato membro ove tuttavia non svolge la sua attività principale. Si tratta però di una opzione interpretativa tutt'altro che scontata. Una simile deroga ai principi del mercato unico dovrebbe essere espressamente prevista. Anche sotto questo profilo l'assenza di chiarezza della proposta di direttiva non troverebbe rimedio nelle norme di conflitto previste dal reg. Roma I.

Problemi particolari sorgono soprattutto per i lavoratori dei trasporti per i quali, qualora non sia possibile identificare un luogo di svolgimento abituale del rapporto, potrebbe acquistare rilievo il criterio di selezione della legge applicabile della sede che ha assunto il lavoratore ( Art 8.3 del reg. Roma I). Questo ragionamento porterebbe a un risultato paradossale e cioè rendere possibile l'applicazione integrale della normativa del paese

di stabilimento del datore “formale” proprio grazie alla mancata applicazione della direttiva 96/71.

Tenuto conto delle diverse problematiche di utilizzo della dir 96/71 sarà utile anche aggiungere misure che rafforzano la cooperazione reciproca fra le amministrazioni degli Stati ossia scambio di informazioni e collaborazione nel settore ispettivo.

In merito a questo ultimo punto l'articolo 4 della direttiva 96/71/CE del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori prevede che gli Stati membri designino un ufficio di collegamento per la cooperazione amministrativa tra le autorità competenti per il controllo delle condizioni di lavoro e di impiego dei lavoratori distaccati, anche in termini di abusi evidenti o presunti casi di attività transnazionali ritenute illegali<sup>286</sup>.

Questa cooperazione deve sostanziarsi nell'assistenza legale, nella diffusione di informazioni sulla legge applicabile e la sua interpretazione, nello scambio delle informazioni necessarie per le indagini e le verifiche amministrative effettuate dalle autorità di controllo. Tale cooperazione può anche contare su una maggiore intensità di scambi transfrontalieri grazie ad accordi o convenzioni di cooperazione amministrativa tra gli Stati membri, che facilitano il dialogo di prossimità<sup>287</sup>.

L'ufficio di collegamento risponde alle richieste di informazioni motivate degli agenti di controllo attraverso gli uffici di collegamento esteri che servono da interlocutori e da punti di contatto per le amministrazioni competenti.

La proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio ,concernente l'applicazione della Direttiva 96/71/Ce relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi ,mira a conciliare,in particolare,l'esercizio della libera prestazione dei servizi<sup>288</sup> e la tutela dei diritti dei lavoratori temporaneamente distaccati all'estero a tale scopo. La formalizzazione di questo atto è stato il momento finale di una riflessione e di un dibattito durato anni che ha coinvolto a più livelli le istituzioni dell'Unione europea.

La base giuridica per la Proposta di Direttiva<sup>289</sup> si poggia sui seguenti articoli del TFUE

---

<sup>286</sup> Per L'Italia ho allegato tutti gli indirizzi utili al termine di tale lavoro pag 125 Voce Elenco uffici di collegamento in Italia per la cooperazione amministrativa

<sup>287</sup> Per esempio, la Francia ha concluso accordi con Germania, Belgio, Lussemburgo, Italia e Spagna

<sup>288</sup> Inteso come diritto a prestare servizi transfrontalieri mediante il distacco in uno Stato membro di lavoratori i quali , in virtù del principio di libera circolazione dei lavoratori, godono del diritto di trasferirsi, risiedervi e lavorarvi senza subire discriminazioni

<sup>289</sup> COM (2012) 131 def. ossia Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. Si può seguire l'iter delle proposte di legislazione dell'Unione sul sito dell'Unione europea (banca dati OEIL: Observatoire legislatif, <http://www.europarl.europa.eu/oeil/search/search.do> o effettuando una ricerca sul registro dei documenti del Consiglio (<http://www.consilium.europa.eu/documents?lang=it>

l'art. 53, par. 1, del TFUE, ai sensi del quale "al fine di agevolare l'accesso alle attività autonome e l'esercizio di queste, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono direttive intese al (...) coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste";

l'art. 62 del TFUE, che estende l'applicazione del sopra citato art. 53, par. 1, anche alla libera prestazione dei servizi .

Si ricorda, altresì, il disposto dell'art. 3, par. 3 del Trattato sull'Unione europea, ai sensi del quale: "L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato (...) su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva".

La Commissione europea argomenta il rispetto del principio sussidiarietà , esaminato nella Proposta di direttiva, in termini di necessità dell'intervento dell'Unione . In definitiva l'obiettivo di istituire un quadro comune di disposizioni , misure e meccanismi di controllo necessari per uniformare la Direttiva 96/71 Ce non può essere realizzato dagli Stati membri .In aggiunta la Commissione sostiene che questo quadro comune verrà costruito facendo anche riferimento al valore aggiunto per l'Unione in ragione della prestazione transfrontaliera dei servizi e del miglioramento del clima di concorrenza leale che si auspica permetterà di sfruttare il potenziale di crescita offerto dal distacco dei lavoratori e dai posti per lavoratori distaccati.<sup>290</sup>

Per quanto concerne il principio di proporzionalità, le proposte appaiono congrue alla Commissione europea in riferimento agli obiettivi che si intendono perseguire.

Ricordiamoci sempre che la proposta di direttiva interviene nel tentativo di fare chiarezza in merito alla definizione stessa di lavoratore distaccato che nel corso degli anni si era rivelata di non facile interpretazione.

Al fine di evitare l'elusione e contestare gli abusi ,l'Art 3 par 1 della proposta di direttiva dà tutti i chiarimenti in precedenza analizzati.

La parte centrale della proposta di direttiva, e si intende fare riferimento ai capi II , III e IV, recepisce nella sostanza gli orientamenti della Corte di Giustizia UE in materia di potere di controllo e di obblighi amministrativi in capo ai prestatori di servizi, ma come abbiamo visto , introduce anche obblighi di cooperazione tra amministrazioni e organismi ispettivi.

---

<sup>290</sup>COM(2012)131def,visualizzabile

[http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2012/0061\(COD\)&l=en](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2012/0061(COD)&l=en) e risulta che, in sede di Consiglio , si sia verificato un "consenso generale sul valore aggiunto della proposta"

Un rilievo particolare è fornito all'accesso all'informazione (capo II, artt. 4-5).E' posto l'accento in considerazione del fatto che l'accesso preliminare ad informazioni esatte ed accurate sulle condizioni di lavoro vigenti nel paese ospitante è una condizione indispensabile per le parti interessate. Particolari difficoltà possono incontrare, in quest'ambito, le piccole e medie imprese, prive dei mezzi per procurarsi informazioni sulle norme in vigore. L'art. 5, in quest'ottica, incarica gli Stati membri (a cui la Commissione europea assicura la propria costante assistenza, par. 3) di adottare una serie di misure di trasparenza, elencate puntualmente nel par. 2), con l'ausilio degli "uffici di collegamento" di cui all'art. 4.

Per meglio intenderci ,l'Art 5 della proposta introduce alcune norme volte a facilitare l'accesso alle informazioni da parte dei lavoratori stranieri e delle imprese sulle condizioni di lavoro da rispettare nello Stato ospitante,comprese quelle previste dai contratti collettivi (Art 5.4).

Gli Stati possono per esempio rendere pubbliche tramite internet informazioni in più lingue sulle condizioni di lavoro della rispettiva legislazione,nazionale e/o regionale. Tali disposizioni devono essere applicate ai lavoratori distaccati nel loro territorio. I paesi membri devono rendere pubbliche anche le norme sui contratti collettivi applicabili e il loro ambito di efficacia, quelle sulle autorità competenti , di cui all'Art 4 della proposta,come per esempio gli uffici di collegamento secondo l'Art 4 della direttiva 96/71. Altra interessante informazione è quella attinente alle tabelle salariali che i sindacati devono mettere a disposizione dei prestatori di servizi e dei lavoratori distaccati . Ovviamente gli Stati devono accertare che ciò sia fatto.

Nell'ottica della cooperazione amministrativa tra gli Stati membri (capo III, artt. 6-8)<sup>291</sup>, una clausola generica di mutua assistenza<sup>292</sup> è contenuta nell'art. 6, par. 1, e dettagliata nei paragrafi successivi del medesimo articolo.

L'Art 6 enuncia i principi generali , le regole , le procedure , per una cooperazione amministrativa e un'assistenza reciproca a titolo gratuito e per via elettronica fra gli Stati. A titolo indicativo si può citare l'accesso in condizioni di reciprocità ai registri dei prestatori di servizi.

---

<sup>291</sup> L'art. 18 della proposta di direttiva specifica che "la cooperazione amministrativa e l'assistenza reciproca di cui agli articoli 6, 7, 10 (...) sono attuate per mezzo del sistema di informazione del mercato interno (IMI) di cui all'atto di preparazione della legislazione comunitaria COM(2011) 522 ,\* Proposta di REGOLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO\* relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno ("regolamento IMI"), che tra l'altro l'art. 19 dell'atto in esame modifica proprio per adeguarlo all'adozione delle norme qui proposte

<sup>292</sup> "Gli Stati membri cooperano strettamente e si prestano mutuamente assistenza per facilitare l'applicazione nella pratica della *presente* direttiva".

Il controllo sulle condizioni di lavoro e sulla regolarità del distacco viene effettuato dalle autorità del paese dove questo è eseguito<sup>293</sup> in collaborazione con le autorità del paese di stabilimento del datore. Queste autorità sono tenute a fornire le informazioni in loro possesso per via telematica entro due settimane dalla richiesta, e nei casi di urgenza entro 24 ore. Per adempiere a tali obblighi di collaborazione le autorità dello Stato di origine continuano ad esercitare una funzione di controllo e di monitoraggio nei riguardi dei lavoratori distaccati in un altro Stato membro secondo quanto disposto dall'Art 7 della proposta.

Le autorità dello Stato di origine del datore però non effettuano controlli fattuali nel territorio dello Stato di distacco per la prestazione del servizio. Questi ultimi controlli rientrano nella esclusiva competenza dello Stato ospitante.

Quindi allo Stato membro di stabilimento del prestatore dei servizi l'art. 7 riserva un ruolo più pregnante, di controllo e monitoraggio nei riguardi dei lavoratori distaccati in un altro Stato membro.

L'Art .8 della proposta detta misure di accompagnamento per favorire e promuovere la cooperazione. Le misure di controllo di conformità da parte dello Stato di distacco sono contenute negli Art. 9 e 10.

Le misure che possono adottare gli Stati membri elencate nel capo IV si riferiscono i di obblighi amministrativi (art. 9) o di ispezioni (art. 10).

In particolare l'Art. 9 definisce tassativamente gli obblighi amministrativi e le misure di controllo che possono essere imposte dallo stato ospitante ai prestatori di servizi che distaccano lavoratori sul territorio.

Queste misure sono ammesse nel rispetto del principio di proporzionalità, cioè se giustificate da esigenze di interesse generale, quali la tutela dei diritti dei lavoratori nei limiti ammessi dalla dir. 96/71, e se tali misure non vanno oltre quanto necessario a perseguire questo fine.

Gli obblighi amministrativi imponibili alle imprese consistono in una presentazione di dichiarazione contenente identità del prestatore di servizi, presenza e numero dei lavoratori distaccati, durata del distacco, ecc. E' necessaria anche una messa a disposizione e conservazione di copia dei contratti del lavoro e dei documenti sociali<sup>294</sup> durante il periodo del distacco. Ci deve essere la predisposizione della traduzione dei documenti se di lunghezza non eccessiva e infine deve essere indicata una figura di un

---

<sup>293</sup> Con i poteri definiti dal successivo CAPI IV della Proposta di direttiva

<sup>294</sup> Ci si riferisce a fogli paga ,cartellini orari , prove del pagamento delle retribuzioni.

responsabile, la c.d. persona di contatto. E' bene ricordare che questa persona di contatto designata deve essere abilitata a negoziare ,per conto del datore, con le parti sociali nel periodo del distacco. Questo è quanto stabilisce l'Art 9.1.

Da notare che il riferimento alle parti sociali e non espressamente solo al sindacato è a dir poco ambiguo. A parte questo si tratta di un'apertura di non poco conto al potere negoziale del sindacato dello Stato di distacco nei confronti dell'impresa straniera distaccante.

Bisogna ricordare che proprio la legittimità dell'azione sindacale è stata messa in discussione dalla giurisprudenza della Corte nella sentenza Laval.

Questo potere negoziale del sindacato è un necessario corollario. L'art 9.3 dispone che entro cinque anni dall'entrata in vigore della direttiva si prevede un'ulteriore valutazione della situazione ai fini di verificare la necessità e l'opportunità dell'applicazione di misure di controllo nazionali alla luce delle esperienze realizzate.

L'Art 10 della proposta dispone che le ispezioni non siano discriminatorie né sproporzionate. Queste misure ispettive dovrebbero basarsi principalmente su una valutazione dei rischi effettuata dalle autorità competenti dello Stato di distacco in linea con la Convenzione OIL n 81/47.

Tale controllo è volto a identificare i settori in cui nel territorio nazionale si concentra la presenza di lavoratori distaccati<sup>295</sup> per la prestazione dei servizi e va fatto tenendo conto "della realizzazione di grandi progetti infrastrutturali, dei problemi e delle necessità particolari di specifici settori, delle precedenti irregolarità e della vulnerabilità di alcune categorie di lavoratori" (art. 10, par. 1).

Il par. 2 dell'art. 10 contiene, poi, una clausola generale, ai sensi della quale è necessario assicurare che "le ispezioni e i controlli (...) non siano discriminatori e/o sproporzionati", come detto poco prima.

Resta in capo agli Stati membri l'obbligo di provvedere affinché i lavoratori distaccati che ritengano di aver subito "un pregiudizio in conseguenza di una violazione delle norme vigenti possano, anche nello Stato membro nel cui territorio sono o erano distaccati, ricorrere a efficaci meccanismi per denunciare direttamente i loro datori di lavoro e abbiano il diritto di proporre azioni giudiziarie o amministrative, anche dopo che abbia avuto termine il rapporto di lavoro nell'ambito del quale la presunta violazione è stata commessa" (art. 11, par. 1).<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> Ad esempio :edilizia , trasporti

<sup>296</sup> Esplicite clausole di salvaguardia sono proposte relativamente a:



Si prevede, in particolare, l'istituzione di specifici meccanismi per la riscossione di remunerazioni arretrate o per il rimborso di importi eccessivi (art. 11, par. 5).

In estrema sintesi il Capo V della proposta di direttiva prevede all'Art 11 che si devono istituire efficaci meccanismi che consentano ai lavoratori distaccati di sporgere denuncia direttamente o tramite terzi( ad esempio i sindacati) contro i datori di lavoro che abbiano violato le norme vigenti nello Stato di distacco. La proposta di direttiva in tale punto aggiunge anche che necessitano meccanismi che consentano ai lavoratori distaccati<sup>297</sup> di riscuotere le remunerazioni arretrate loro spettanti in base all'Art 3 dir. 96/71<sup>298</sup> e il rimborso degli importi eccessivi trattenuti dal salario in contropartita dell'alloggio fornito dal datore.

Teniamo conto che l'eccesso o gravità del peso economico che incidono sulla retribuzione del lavoratore distaccato si ricava in relazione alla retribuzione netta o alla qualità dell'alloggio fornito nel tempo del distacco.

In base all'Art 6 della dir.96/71 i lavoratori distaccati possono già ricorrere davanti all'autorità giudiziaria dello Stato ospitante . Le nuove disposizioni della proposta di direttiva dovrebbero garantire l'effettività di tale tutela giurisdizionale ad oggi minima.

Questa carenza di garanzia effettiva del lavoratore distaccato è dimostrata , ad esempio, dall'assenza di giurisprudenza in materia nel nostro Paese.

Il Parlamento europeo diverse volte ha invitato la commissione a predisporre uno strumento legislativo in materia di responsabilità solidale a livello dell'Unione.

Esistono , oltre che posizioni diverse delle parti interessate, anche differenze sostanziali tra le discipline nazionali della responsabilità solidale e sono pochi gli elementi ch si prestano a essere trasferiti a una soluzione europea.

L'Art 12 della proposta contiene disposizioni specifiche in materia limitate al settore dell'edilizia che è quello nel quale si verificano il maggior numero di situazioni di

---

1) la competenza degli organi giurisdizionali degli Stati membri, ai sensi del diritto interno o di convenzioni internazionali (art. 11, par. 2);

2) l'operato di organizzazioni sindacali o altre parti terze (associazioni, organizzazioni o altre persone giuridiche) che abbiano, in base al diritto interno, un interesse legittimo a veder rispettate le disposizioni della direttiva in via di approvazione. E' previsto che esse "*possano, per conto o a sostegno del lavoratore distaccato o del suo datore di lavoro, con la sua approvazione, promuovere ogni procedimento giudiziario o amministrativo diretto a ottenere l'applicazione della presente direttiva e/o l'esecuzione degli obblighi da essa risultanti*" (art. 11, par. 3);

3) l'operatività dei termini di presentazione, di prescrizione e delle norme procedurali poste dal diritto interno (art. 11, par. 4)

<sup>297</sup> Anche ove abbiano fatto ritorno dallo Stato membro di distacco.

<sup>298</sup> Cioè le tariffe minime salariali comprensive dello straordinario

sfruttamento e di mancato pagamento delle retribuzioni spettanti ai lavoratori distaccati ai sensi della direttiva 96/71.<sup>299</sup>

Il principio di solidarietà tra appaltante e appaltatore per i crediti di lavoro è stato ritenuto conforme al diritto dell'UE dalla Corte di Giustizia<sup>300</sup> a condizione però che esso non sia disciplinato in maniera tale da configurare una compressione sproporzionata della libertà di prestazione dei servizi. E' per recepire simili principi che la Commissione prevede quindi dei precisi limiti al potere degli Stati di regolare il vincolo solidale nell'ambito degli appalti transnazionali. Le norme hanno un ambito di applicazione limitato al solo rapporto tra committente e datore di lavoro appaltatore. La solidarietà non si estende alla catena di sub appalto . Inoltre il committente è chiamato a rispondere in solido con appaltatore transnazionale solo nei casi di mancato pagamento.

Il capo VI (artt. 13-16) è dedicato all'esecuzione transfrontaliera delle sanzioni amministrative e regola ,sulla base del diritto nazionale vigente , il reciproco riconoscimento e la mutua assistenza nel recupero delle sanzioni inflitte e nelle notifiche di decisione di una sanzione (art. 13).In altre parole si ispira ai sistemi istituiti per il recupero dei crediti di sicurezza sociale contenuti nel Regolamento n 987/09 ,di applicazione del regolamento 883/2004. Codesto Regolamento 987/09 prevede obblighi di informazione e di assistenza reciproca tra le autorità competenti degli Stati membri per adempiere i quali gli Stati si dovrebbero avvalere del sistema IMI .<sup>301</sup>

Và ricordato che gli strumenti UE attualmente in vigore disciplinano l'esecuzione transfrontaliera solo di alcune delle sanzioni imposte dagli Stati membri. L'esecuzione degli obblighi viene quindi realizzata anche mediante l'assistenza reciproca e il riconoscimento reciproco.

Nota dolente è la seguente. Per quanto riguarda le sanzioni di natura amministrativa, che possono essere impugnate davanti a giurisdizioni non penali, strumenti simili non esistono. Spetta agli stati stabilire le sanzioni applicabili alle imprese straniere che devono in ogni caso essere efficaci , proporzionate e dissuasive.

Gli aspetti pratici della relativa procedura (domande, informazioni, notificazioni, eventuali sospensioni e spese) sono disciplinati dagli artt. 14-16.

---

<sup>299</sup> Il regime dell'Art.12 si estende al distacco da parte di agenzie del lavoro temporaneo se riguardante attività del settore edile

<sup>300</sup> Sentenza del 12/10/2004 ,Causa C-60/03, Wolf-Muller, La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione dell'art. 49 CE. Tale domanda è stata sottoposta nell'ambito di una controversia tra la Wolff & Müller GmbH & Co. (in prosieguo: la «Wolff & Müller»), un'impresa di costruzioni,e il sig. Pereira Félix in merito alla responsabilità della detta impresa in qualità di garante per il pagamento del salario minimo dovuto a quest'ultimo dal suo datore di lavoro.

<sup>301</sup> Spiegato nel dettaglio nel prossimo paragrafo

L'art. 20, par. 1, stabilisce un termine biennale dall'entrata in vigore dell'atto in esame al fine di recepirlo nell'ordinamento interno.

Un eventuale, futura proposta di modifica del testo, previa relazione al Parlamento europeo, al Consiglio ed al Comitato economico e sociale, è già ipotizzata dopo cinque anni dall'entrata in vigore del testo medesimo<sup>302</sup>.

## **2.6.2 *Segue* Il progetto pilota per lo scambio delle informazioni nell'area del distacco transnazionale dei lavoratori.**

La discordante applicazione della Direttiva 96/71/CE da parte degli Stati membri, ha indotto la Commissione Europea, con decisione del 19 dicembre 2008, a istituire un Comitato di esperti sul distacco. L'obiettivo di tale Comitato era di individuare delle misure concrete per armonizzare l'applicazione e l'esecuzione delle previsioni della Direttiva 96/71/CE, favorendo in tal modo l'utilizzo dell'istituto del distacco transnazionale dei lavoratori. A conclusione dei lavori, il Comitato degli esperti ha deciso che lo scambio delle informazioni tra gli Stati membri in materia di distacco transazionale, sarebbe avvenuto tramite il sistema di informazione del mercato interno<sup>303</sup> "Internal Market Information" (IMI)<sup>304</sup>, già utilizzato per le qualifiche professionali (Dir.2005/36/CE) e per i servizi (Dir.2006/123/CE).

Vediamo quali sono le caratteristiche del sistema IMI e la sua importanza.

Il sistema Imi è un'applicazione software multilingue centralizzata, accessibile tramite internet, voluta dalla Commissione in collaborazione con gli Stati membri che, attraverso lo scambio di informazioni transfrontaliero e la mutua assistenza, consente di potenziare la cooperazione amministrativa tra autorità competenti degli Stati membri. In particolare le autorità competenti dispongono dell'Imi per interagire con le loro omologhe presenti in altri Stati dell'eurozona ottimizzando la cooperazione necessaria per l'attuazione degli atti dell'Unione nel settore del mercato interno.

---

<sup>302</sup> Bruxelles, 21.3.2012 COM(2012) 131 final. Data ultima della Proposta di direttiva

<sup>303</sup> Per attuare la cooperazione amministrativa è previsto che gli Stati si avvalgano del sistema di informazione del Mercato interno (IMI). L'applicazione on line è già operante nel Mercato dei servizi ( Art 18 proposta di direttiva)

<sup>304</sup> In data 29 agosto 2011 è stata adottata una proposta di Regolamento relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno ("regolamento IMI"). Gli obiettivi di tale proposta presentata dalla Commissione sono: stabilire un solido quadro giuridico per l'IMI e una serie di norme comuni per garantirne l'efficace funzionamento; fornire un quadro completo per la protezione dei dati fissando le norme per il trattamento dei dati personali nell'ambito dell'IMI; favorire la possibile estensione futura dell'IMI a nuovi settori della normativa dell'Unione europea; chiarire i ruoli delle varie parti coinvolte nell'IMI

La normativa europea fa riferimento all'articolo 26, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) in relazione agli obblighi fissati dalla direttiva 2005/36/CE e dalla direttiva 2006/123/CE.

L'importanza dell'Imi si estende, inoltre, anche alla rete Solvit<sup>305</sup> di cui costituisce il supporto tecnico. Lo scambio delle informazioni avviene comunque nel rispetto delle norme di tutela dei dati personali. Il trattamento dei dati personali e delle informazioni riservate, come parte delle procedure Solvit, beneficia, infatti, di tutte le garanzie stabilite nel regolamento, fatto salvo il carattere non vincolante della raccomandazione Solvit. In questa prospettiva i partecipanti all'IMI faranno sì che gli interessati possano esercitare effettivamente il loro diritto di accesso ai dati che li riguardano nell'ambito dell'IMI, il diritto di rettifica dei dati inesatti o incompleti e di cancellazione dei dati trattati illecitamente, in conformità alla legislazione nazionale. La rettifica o la cancellazione dei dati sarà effettuata il più rapidamente possibile, e al più tardi entro trenta giorni dalla data della ricezione della richiesta dell'interessato, da parte del partecipante all'IMI competente. I controlli saranno anch'essi potenziati.

Per collegarci alla proposta di direttiva ricordiamoci che l'art. 18 della stessa specifica che "la cooperazione amministrativa e l'assistenza reciproca di cui agli articoli 6, 7, 10 (...) sono attuate per mezzo del sistema di informazione del mercato interno (IMI) di cui all'atto di preparazione della legislazione comunitaria COM(2011) 522<sup>306</sup>. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno ("regolamento IMI"), che tra l'altro l'art. 19 dell'atto in esame modifica proprio per adeguarlo all'adozione delle norme qui proposte.

La Commissione annunciò la propria intenzione di istituire un comitato di alto livello per sostenere e assistere gli Stati membri nell'individuazione e nello scambio di buone

---

<sup>305</sup> SOLVIT (una rete per la risoluzione di problemi on line, in cui gli Stati membri dell'UE collaborano per risolvere i problemi derivanti dall'applicazione scorretta delle norme sul mercato interno da parte delle amministrazioni pubbliche ([http://ec.europa.eu/solvit/site/index\\_it.htm](http://ec.europa.eu/solvit/site/index_it.htm)) e infine potenziando, mediante campagne di informazione e controlli più severi sulle norme di qualità, la fiducia dei cittadini nel marchio CE;

<sup>306</sup> Realizzare un'efficace cooperazione amministrativa attraverso il miglioramento del sistema di scambio di informazioni del mercato interno è una delle priorità dell'esecutivo europeo. In questa prospettiva l'11 settembre 2011 il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno adottato una risoluzione favorevole per l'adozione di un nuovo regolamento (COM(2011)0522 - C7-0225/2011 - 2011/0226(COD) IMI (Internal Market Information) che abroga la decisione 2008/49/CE della Commissione (regolamento IMI). Il regolamento, nel rispetto delle norme a tutela dei dati personali, mira ad estendere l'IMI (utilizzato dalle autorità dei 27 Stati membri dell'UE nonché Liechtenstein, Norvegia e Islanda (SEE) a nuovi settori anche considerando il notevole aumento dell'uso (pari al 69% nell'anno) del sistema che ha superato la soglia dei 10mila scambi di informazioni

prassi, per istituzionalizzare il gruppo informale di esperti governativi definendo con maggiore precisione il suo ruolo, i suoi compiti e le sue responsabilità e per stabilire una partecipazione periodica delle parti sociali.

La comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni “Distacco di lavoratori nell’ambito della prestazione di servizi (Massimizzare i vantaggi e le potenzialità garantendo la tutela dei lavoratori”) del 17 giugno 2007 confermò quanto la Commissione aveva annunciato.

Il garante europeo della protezione dei dati controlla e provvede a garantire che le attività di trattamento dei dati personali della Commissione, nella sua veste di partecipante all'IMI, si svolgano in conformità al regolamento. Si applicano di conseguenza gli obblighi e le competenze di cui agli articoli 46 e 47 del regolamento (CE) n. 45/2001<sup>307</sup>.

Migliorare la governance del mercato interno attraverso una più stretta cooperazione amministrativa si può grazie ad una strategia per estendere e sviluppare il sistema di informazione del mercato interno (IMI) ad altri atti dell’Unione.

---

<sup>307</sup> Regolamento (CE) N. 45/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2000, concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati.

CAPO V, Autorità di controllo indipendente: il Garante europeo della protezione dei dati .

Articolo 46 Funzioni: Il Garante europeo della protezione dei dati assolve i seguenti compiti:

- a) tratta i reclami e compie i relativi accertamenti, e ne comunica l'esito agli interessati entro un termine ragionevole;
- b) svolge indagini di propria iniziativa o in seguito a un reclamo e ne comunica l'esito agli interessati entro un termine ragionevole;
- c) sorveglia e garantisce l'applicazione del presente regolamento e di qualunque altro atto comunitario relativo alla tutela delle persone fisiche riguardo al trattamento dei dati personali da parte di un'istituzione o di un organismo comunitario, fatta eccezione per la Corte di giustizia delle Comunità europee nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali;
- d) consiglia le istituzioni e gli organismi comunitari, di propria iniziativa o su richiesta, in ordine a qualsiasi argomento relativo al trattamento di dati personali, in particolare prima che essi adottino regolamentazioni interne relative alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali riguardo al trattamento di dati personali;
- e) sorveglia l'evoluzione delle tecnologie che presentano un interesse, se ed in quanto incidenti sulla protezione dei dati personali, in particolare l'evoluzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione;
- f) i) collabora con le autorità nazionali di controllo di cui all'articolo 28 della direttiva 95/46/CE dei paesi cui si applica tale direttiva se ed in quanto ciò risulti necessario per l'adempimento dei rispettivi obblighi, in particolare scambiando ogni informazione utile, chiedendo a dette autorità o organi di esercitare le loro funzioni o rispondendo a loro richieste; ii) collabora altresì con gli organi di controllo della protezione dei dati istituiti in virtù del titolo VI del trattato sull'Unione europea, in particolare per rendere più coerente l'applicazione delle norme e procedure che sono rispettivamente incaricati di fare osservare;
- g) partecipa alle attività del «Gruppo per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali», istituito dall'articolo 29 della direttiva 95/46/CE;
- h) determina, motiva e rende pubbliche le deroghe, le garanzie, le autorizzazioni e le condizioni di cui all'articolo 10, paragrafo 2, lettera b), paragrafi 4, 5 e 6, all'articolo 12, paragrafo 2, all'articolo 19 e all'articolo 37, paragrafo 2;
- i) tiene un registro dei trattamenti notificatigli ai sensi dell'articolo 27, paragrafo 2, e registrati a norma dell'articolo 27, paragrafo 5, e fornisce i mezzi necessari per accedere ai registri tenuti dai responsabili della protezione dei dati a norma dell'articolo 26;
- j) procede ad un esame preventivo dei trattamenti notificatigli;
- k) adotta il proprio regolamento interno.

Secondo quanto stabilito dall'Art 47 del reg.CE n.45/2001 al primo comma in virtù delle sue competenze il garante europeo della protezione dei dati può a) offrire consulenza agli interessati nell'esercizio dei loro diritti; b) rivolgersi al responsabile del trattamento in caso di asserita violazione delle disposizioni sul trattamento dei dati personali e, all'occorrenza, presentare proposte volte a porre rimedio a tale violazione e a migliorare la protezione degli interessati; c) ordinare che siano soddisfatte le richieste di esercizio di determinati diritti allorché dette richieste siano state respinte in violazione degli articoli da 13 a 19; d) rivolgere avvertimenti o moniti al responsabile del trattamento; e) ordinare la rettifica, il blocco, la cancellazione o la distruzione di tutti i dati che siano stati trattati in violazione delle disposizioni sul trattamento dei dati personali e la notificazione di misure ai terzi ai quali i dati sono stati comunicati; f) vietare trattamenti a titolo provvisorio o definitivo; g) adire l'istituzione o l'organismo comunitario in questione e, se necessario, il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione; h) adire la Corte di giustizia delle Comunità europee alle condizioni previste dal trattato; i) intervenire nelle cause dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee.

Riportando quanto disposto del secondo comma dell'Art 47 Il Garante europeo della protezione dei dati ha il potere di a) ottenere da un responsabile del trattamento o da un'istituzione o un organismo comunitario l'accesso a tutti i dati personali e a tutte le informazioni necessarie alle sue indagini; b) accedere a tutti i locali in cui un responsabile del trattamento o un'istituzione o un organismo comunitario svolge le sue attività se si può ragionevolmente supporre che in essi viene svolta un'attività in applicazione del presente regolamento.

## **2 6.3 Segue Il Regolamento Monti e la proposta di regolamento c.d Monti II**

Il Mercato comune poggia sulle libertà economiche fondamentali. Qualora queste vengono ad essere in conflitto con il diritto ad intraprendere un'azione collettiva, a tutela di libertà fondamentali garantite dalle costituzioni nazionali, emerge l'esigenza per le istituzioni comunitarie di risolvere i problemi sollevati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Il Regolamento Monti( o Reg Ce n. 2679/98) illustrava in modo esplicito l'idea secondo cui il diritto di intraprendere un'azione collettiva poteva scontrarsi con la libera circolazione delle merci. Questo regolamento venne approvato all'indomani della sentenza emessa dalla Corte di giustizia nella Causa Fragole spagnole.<sup>308</sup> La Corte ha affermato, in tale decisione, in modo chiaro, che la libera circolazione delle merci non comporta l'obbligo per gli Stati Membri di astenersi dall'intervenire per limitare la libera circolazione. Lo Stato ha l'obbligo di garantire il libero commercio intracomunitario di prodotti ortofrutticoli sul suo territorio. Esso deve impedire e dissuadere la perpetrazione e la continuazione di tali reati( citati in nota precedente). In altri termini, la mancata reazione contro un'"azione collettiva" intrapresa dai coltivatori francesi può comportare una responsabilità a carico dello Stato.

L'interpretazione degli obblighi che scaturiscono dalle disposizioni del Trattato sulla libera circolazione è stata codificata nel Regolamento Monti del 1998 all'Art 4. Questo introduceva, altresì, una procedura di monitoraggio che impegnava gli Stati Membri e la Commissione rispetto agli ostacoli che si frappongono alla libera circolazione delle merci. L'elemento chiave che secondo la Corte doveva esser impiegato nella valutazione del caso era fornito dal test di proporzionalità tra libera circolazione delle merci e danno causato dal blocco per la natura estremamente violenta degli atti di guerriglia. La Corte prese in esame la portata del danno alla libera circolazione delle

---

<sup>308</sup> C. Giust. 9 dic 1997, Causa C 265/95, Commissione C. Repubblica di Francia c.d. Causa fragole spagnole che riguardava una procedura di infrazione avviata dalla Commissione contro la Repubblica di Francia. La Commissione espresse il proprio disappunto in merito all'"inerzia delle autorità francesi rispetto ad atti di violenza commessi da privati e da movimenti rivendicativi di agricoltori francesi contro prodotti agricoli provenienti da altri Stati membri. Tali atti consistono, in particolare, nell'intercettazione di camion che trasportano dette merci nel territorio francese e nella distruzione del loro carico, in violenze contro i conducenti, in minacce profferte contro supermercati francesi che vendono prodotti agricoli originari di altri Stati membri nonché nel danneggiamento di tali merci esposte negli esercizi commerciali francesi".

merci guardando alla gravità del blocco dovuto all'azione collettiva dei coltivatori francesi <sup>309</sup> nel caso Fragole spagnole.

La proposta di regolamento (c.d. Monti II) del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi è stata presa in esame dalla Commissione. Questa ha contestualizzato il diritto di intraprendere un'azione collettiva nel più ampio panorama degli strumenti di tutela dei diritti umani a livello europeo e internazionale.<sup>310</sup>

Ha posto il principio generale per cui in caso di conflitto tra un diritto fondamentale e una libertà fondamentale l'adeguato contemperamento delle due posizioni risulta garantito soltanto qualora la restrizione imposta all'uno non possa eccedere quanto è idoneo necessario e congruo ai fini dell'attuazione dell'altra, e viceversa (punto n. 13)

La questione più grave è dovuta al processo di erosione del diritto di sciopero potenzialmente innescato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenze Viking, libertà di stabilimento, e Laval, libertà di prestazione di servizi) e dal criterio unico di selezione del foro competente, che in caso di conflitto, era individuato, nel paese ove l'azione sindacale aveva preso inizio o era stata organizzata. Ho utilizzato intenzionalmente il tempo passato e mi accingo a dare chiarimenti.

La Commissione europea il 12 settembre 2012 ha deciso di ritirare la proposta di regolamento (c.d. Monti II) in quanto, di fatto, essa finiva per recepire i principi giurisprudenziali della Corte di giustizia europea sancendo l'obbligo per gli Stati membri di garantire che il conflitto sindacale non intralci l'esercizio delle libertà economiche. Il fallimento dell'iniziativa legislativa della Commissione è dovuto ai contrasti che attraversano le istituzioni europee e gli Stati membri. Questi soggetti sono incapaci di trovare un punto di convergenza sulla delicatissima questione del rapporto che deve configurarsi tra le regole di mercato poste dai Trattati a fondamento dell'integrazione europea e l'esercizio dell'azione sindacale e dell'autonomia collettiva. Il ritiro della proposta costituisce comunque anche una vittoria del sindacato europeo che si è mobilitato per contrastare l'operato della Commissione. Questa vicenda è testimonianza dell'importanza del ruolo del sindacato europeo come attore sociale transnazionale capace di contrastare la logica mercantile che guida il processo di integrazione europea.

---

<sup>309</sup> Coltivatori francesi che hanno posto in essere un'azione collettiva né in qualità di lavoratori distaccati né in qualità di datori di lavoro stabiliti in altro paese membro.

<sup>310</sup> La Commissione ha citato la Carta sociale europea, le Convenzioni OIL n. 87 e 98, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali



Il ritiro della proposta reg. Monti II non muta il quadro dei principi che ad essa hanno fatto da sfondo<sup>311</sup>. Questi sono il frutto di una Giurisprudenza della Corte di giustizia basata sulle norme scritte nel Trattato sul funzionamento dell'Ue. Quelle norme e quella giurisprudenza negativa restano e con esse il principio inaccettabile per il quale è potenzialmente illegittimo uno sciopero con il quale si impedisce ad un'impresa di cambiare sede<sup>312</sup> o si pretende che un'impresa con sede all'estero applichi il contratto collettivo nazionale del Paese dove esegue i lavori o presta dei servizi.

---

<sup>311</sup> Commento curato da Fausto Durante (Responsabile segretariato per l'Europa) e Ivano Corraini (Responsabile ufficio giuridico e vertenze CGIL) in data 15 sett 2012, oggetto La Commissione UE ritira la proposta di reg. Monti II

<sup>312</sup> Cioè delocalizzare.

## CONCLUSIONI

La proposta di Direttiva 96/71 ,in precedenza esaminata, si ispira ad un'idea esplicitata da Monti nel suo rapporto del maggio 2010<sup>313</sup>. Essa si fonda sul presupposto che per garantire una crescita equilibrata non si debba limitare l'esercizio delle libertà economiche fondamentali oltre i limiti già ammessi dal vigente diritto europeo della concorrenza e del mercato.

L'assenza di una reale volontà da parte delle istituzioni dell'Unione di contrastare il dumping sociale operato nell'ambito del mercato dei servizi si verifica prendendo in esame il fatto che non è stata modificata in alcun modo la Direttiva 96/71 . Questo atto comunitario ha generato quella giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di distacco transnazionale dei lavoratori<sup>314</sup> che di certo non ha provveduto a bilanciare le esigenze delle libertà economiche europee e dei diritti di libertà nazionali .

La Proposta di direttiva si è limitata a completare la Direttiva 96/71 e a colmare le lacune arricchendola con strumenti che ne garantiscono la piena e corretta attuazione.

Restano irrisolti i limiti posti dalla Direttiva del 1996 alla possibilità di difendere i mercati del lavoro nazionali dal dumping attuato da imprese con sede in altri Stati membri. Permangono i limiti che vincolano la potestà normativa degli Stati, come dimostra la sentenza Commissione C. Lussemburgo, le pubbliche amministrazioni,<sup>315</sup> e gli stessi sindacati<sup>316</sup>.

Bisogna sottolineare ,a rigor di equità, che la Proposta contiene elementi di novità positivi che migliorano il quadro esistente. Là dove vengono forniti agli Stati membri strumenti atti a contrastare comportamenti illeciti e abusivi da parte delle imprese si interviene positivamente. Viene raggiunto almeno l'obiettivo di dare attuazione a quanto previsto nella dir. 96/71 e che i diritti che ne derivano per i lavoratori distaccati siano effettivamente rispettati. Particolare rilievo vada quindi riconosciuto all'indicazione degli elementi funzionali a valutare la genuinità del distacco transnazionale. Altrettanto

---

<sup>313</sup> Il presidente della Commissione europea di allora ,José Manuel Barroso ,ha ricevuto il 10 maggio 2010 il rapporto su una nuova strategia per il rilancio del Mercato unico preparato dal professor Mario Monti. Il presidente Barroso ringraziò professor Monti per l'eccellente lavoro, di cui quest'ultimo era stato incaricato nell'ottobre 2009, nella piena consapevolezza dell'importanza del Mercato unico come pietra miliare dell'integrazione in Europa e dello sviluppo sostenibile della sua economia.

<sup>314</sup> Con i celebri Casi Laval , Commissione C. Lussemburgo e Ruffert

<sup>315</sup> Vedasi la Sentenza Ruffert

<sup>316</sup> Vedasi Sentenza Laval

peso ha l'accertare l'effettivo svolgimento di una attività di impresa nel paese di stabilimento da parte di chi vi assume i lavoratori distaccati.

Per rendere pienamente omogenei i criteri utilizzati dalla Commissione ai fini della verifica della effettiva presenza dell'impresa distaccante nel territorio di stabilimento la CES<sup>317</sup> propone di integrare l'elenco della Proposta di direttiva con ulteriori indici ricavabili dalla giurisprudenza della Commissione amministrativa sulla sicurezza sociale dei lavoratori migranti . Questi indici sono recepiti nell'Art 5 del reg. 1071/2009 sul trasporto su strada e si riferiscono sia alla quantità di personale amministrativo dell'impresa di invio che lavora nei diversi Stati, sia al luogo di conservazione dei documenti contabili e quelli relativi al personale dirigenziale ,sia alla valutazione del tempo trascorso dalla costituzione di un'impresa nello Stato di invio. Essi dovrebbero essere resi vincolanti ma non necessariamente esaustivi a parere della CES .

Nella relazione sullo stato dei lavori della Proposta<sup>318</sup> la maggior parte delle delegazioni nazionali sono favorevoli ad un elenco indicativo, non esaustivo, dei criteri che consentono di tener conto delle circostanze nazionali, mentre alcune delegazioni preferiscono un elenco completo perché temono che un elenco non esaustivo possa dare luogo a eccessive richieste di informazioni.

Non bisogna dimenticare che diverse delegazioni considerano l'elenco dei criteri indicati nella Proposta , sufficiente , mentre altre segnalano la necessità di chiarire ulteriormente alcuni criteri e di coordinarli con quelli applicati nel campo della sicurezza sociale. Infine alcune delegazioni temono che le disposizioni possano comportare incertezza del diritto e altre hanno espresso dubbi sulla capacità dell'Art 3 di prevenire abusi , evidenziano l'importanza di rafforzare i controlli.E' stato anche sottolineato che l'Art 3 essendo correlato all'Art 6 potrebbe determinare un onere supplementare per le autorità rispettive.

Nonostante tutti questi dubbi e richieste di necessari chiarimenti la Commissione sottolinea che qualsiasi soluzione si individui dovrebbe essere conforme al

---

<sup>317</sup> CES attore sociale transnazionale capace di contrastare la logica mercantile che guida il processo di integrazione europea. Essa ha più volte chiesto alla Commissione europea di presentare una "Proposta di Protocollo di progresso sociale" da inserire negli stessi Trattati costitutivi dell'Unione europea. Scopo , garantire un riequilibrio tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali, impedendo una interpretazione delle prime capace di pregiudicare l'esercizio dell'azione sindacale e della contrattazione collettiva

<sup>318</sup> Bruxelles , 11 giugno 2012, Consiglio dell'Unione Europea 10571/12

Regolamento CE N. 593/2008(c.d.Roma I)<sup>319</sup> del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

La Commissione ha suggerito che una possibile soluzione potrebbe essere quella di aggiungere un considerando in cui si precisa che, qualora i criteri non siano rispettati ,la legislazione nazionale si applica a norma dell'acquis dell'Unione

Esiste l'esigenza di un ulteriore esame e discussione approfondita dei punti che attengono le misure di controllo nazionali,la durata delle scadenze <sup>320</sup>,e sistema di responsabilità solidale proposto. Dobbiamo a questo punto non dimenticare che la CES ha chiesto anche di procedere ad una revisione sostanziale della Direttiva 96/71 sul distacco dei lavoratori volta ad affermare il valore anti dumping.

Nel procedere la nostra analisi della proposta di direttiva dobbiamo osservare che molto positive appaiono le aperture al ruolo del sindacato come garante della effettività dei diritti dei lavoratori stranieri. Si rinvia al sindacato come canale di informazione nei loro confronti sia come attore processuale ,sia come attore negoziale. Nel primo caso il sindacato è legittimato a promuovere procedimenti giudiziari e amministrativi. Nel ruolo di attore negoziale al sindacato è riconosciuto una veste potenzialmente in controtendenza rispetto agli orientamenti della Corte di Giustizia.

La previsione degli obblighi di informazione reciproca e di mutua assistenza e cooperazione amministrativa tra le autorità competenti è poi un passaggio indispensabile per rafforzare e rendere effettiva l'attività ispettiva e di controllo sulle condizioni dei lavoratori distaccati . Lo stesso vale per le disposizioni che migliorano l'accesso alla giustizia di questi ultimi e favoriscono l'esecuzione delle sanzioni amministrative nel loro paese d'origine. Quindi possiamo sicuramente trarre vantaggio dal laborioso intento di colmare le lacune esistenti e dalla volontà di procedere nel senso di rafforzare le misure di contrasto agli abusi delle imprese ma non si può evitare una critica. Le disposizioni proposte paiono ispirate a una logica compromissoria frutto dell'esigenza di non introdurre misure che possano intralciare l'esercizio delle libertà economiche. Di tale prudenza sono testimonianza sia la genericità di alcune disposizioni<sup>321</sup>sia l'inderogabilità di altre che pongono limiti al potere statale di regolare istituti funzionali a garantire l'effettività dei diritti dei lavoratori distaccati. Per

---

<sup>319</sup> Il Reg CE 593/2008 c.d. Roma I contiene disposizioni di carattere generale in caso di controversie nei rapporti di lavoro transnazionale

<sup>320</sup> E' stato raggiunto un accordo generale sulla necessità di un approccio differenziato .

<sup>321</sup> Come quelle relative alla difesa giurisdizionale dei diritti di cui all'Art 11 e all'esercizio dell'attività ispettiva e all'esercizio dell'attività ispettiva di cui all'Art 10 della proposta citate in precedenza

accennare ,si possono osservare i vincoli posti dall'Art 9 al potere statale di imporre obblighi amministrativi e misure di controllo alle imprese<sup>322</sup> e i limiti posti dall'Art 12 al regime della solidarietà .

Istituire a livello dell'Unione europea un regime di responsabilità solidale , in caso di appalti di servizi transnazionali ,determinerebbe una situazione sfavorevole per le imprese appaltatrici straniere là dove ci sono ordinamenti degli Stati membri che non prevedono come regola generale la solidarietà tra committente e appaltatore .A rigor di logica , in questi casi , i committenti tenderebbero a privilegiare le imprese nazionali nella scelta delle imprese appaltatrici. La motivazione è nell'evitare vincoli ulteriori rispetto a quelli già esistenti. E' questo il profilo più discutibile e potenzialmente più pericoloso della proposta di direttiva il cui recepimento potrebbe giustificare un ripensamento della materia anche al di là dello stretto ambito degli appalti transnazionali.

L'istituzione della regola generale della solidarietà a livello dell'Unione europea potrebbe porsi come una barriera nel mercato interno senza neanche contrastare le imprese non genuine che sono escluse dall'ambito di applicazione della Direttiva 96/71.<sup>323</sup> La soppressione della previsione di cui all'art. 12 sulla regola della responsabilità solidale (limitata al rapporto tra committente e appaltatore) negli appalti transnazionali del settore edile potrebbe essere valutata positivamente. Infatti nel nostro ordinamento italiano , anche dopo la modifica peggiorativa in materia apportata dalla legge n. 92/2012<sup>324</sup> , vige la regola generale della responsabilità solidale negli appalti estesa a tutta la catena del subappalto (art. 29, d.lgs. n. 276/2003<sup>325</sup>; art. 3, d.lgs. n.

---

<sup>322</sup> La cui documentazione sociale resta quella prevista dalla normativa prevista del paese di stabilimento

<sup>323</sup> Commento visibile sul sito [www.cgil.it](http://www.cgil.it) Area tematica ,Politiche europee,17/10/2012

<sup>324</sup> Legge del 28 giugno N 92 /2012:Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita

<sup>325</sup> Decreto Legislativo 10 settembre 2003, n. 276 , Capo II Appalto e Distacco,Art. 29 Appalto

1. Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa.

2. In caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti. 2.bis Salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti.

72/2000).<sup>326</sup> Certo il fatto che nel progetto di relazione parlamentare si sminuisca la funzione dell'istituto della solidarietà negli appalti transnazionali lascia perplessi. Come perplessi lascia l'affermazione, che si coglie tra le righe della relazione, che il vincolo solidale (come quello imposto dall'ordinamento italiano) vale solo per gli appalti interni al mercato nazionale, visto che anche per il Ministero del lavoro italiano è pacifico che non sia così.<sup>327</sup>

Osserviamo anche che, nel caso in cui non venga applicata la direttiva 96/71 perché mancano gli indici necessari alla sua attuazione, i principi generali del Mercato interno<sup>328</sup> riacquistano rilevanza<sup>329</sup>. Si tratta di una grave lacuna a cui la Commissione deve provvedere. Essa necessita di essere colmata dall'espressa previsione nella proposta di direttiva circa l'applicazione ai lavoratori distaccati del medesimo trattamento previsto per i lavoratori nazionali "comparabili".

---

3. L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda

3-bis. Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2.

3-ter. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 18 e 19, le disposizioni di cui al comma 2 non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale.

<sup>326</sup> D. Lgl 72/2000, Art 3, *Condizioni di Lavoro*, comma 1. Al rapporto di lavoro tra le imprese di cui all'articolo 1, comma 1, e i lavoratori distaccati si applicano, durante il periodo del distacco, le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco

<sup>327</sup> Commento visibile on line sito [www.cgil.it](http://www.cgil.it), Area Tematica Politiche europee, 17/10/2012

<sup>328</sup> Il Mercato Unico è costituito dalla fusione dei mercati nazionali dei 27 Stati membri dell'Unione europea. Per istituire il Mercato, i 27 Stati membri hanno delegato una parte delle loro competenze alle Istituzioni dell'Unione, autorità europee che intervengono nei settori in cui un'azione su scala globale è considerata più efficace dell'azione singola degli Stati (principio di sussidiarietà).

La creazione del Mercato Unico ha indotto gli Stati membri dell'UE a liberalizzare i mercati monopolistici, fino ad allora protetti nei settori di utilità pubblica. Gli Stati membri hanno potuto procedere ad armonizzare norme e standard nell'UE grazie al ravvicinamento delle legislazioni nazionali. Il principio guida è il riconoscimento reciproco delle regolamentazioni nazionali. L'armonizzazione comunitaria deve essere limitata alle esigenze essenziali ed è giustificata solo allorché tali regolamentazioni nazionali non possono essere considerate equivalenti e non creano delle restrizioni.

<sup>329</sup> Al fine riepilogativo citiamo quali principi generali del Mercato Unico recepiti dai Trattati: il principio di sussidiarietà, il principio del riconoscimento reciproco dei prodotti (ogni prodotto legalmente fabbricato e commercializzato in uno Stato membro, conformemente alla regolamentazione e ai procedimenti di fabbricazione leali e tradizionali di quel paese, deve essere ammesso nel mercato di ogni altro Stato membro), principio del riconoscimento reciproco delle regolamentazioni nazionali, il principio del diritto del lavoro comunitario del riconoscimento del diritto ad intraprendere un'azione collettiva, il principio che consiste nel divieto di tutte le restrizioni ai movimenti di capitali e pagamenti contenuto nell' Art 56 TUE.

Il ricorso al distacco per finalità elusive sarebbe più efficacemente contrastato con la previsione di un limite di durata dello stesso al cui superamento far conseguire una presunzione di illiceità. Questa è una proposta sostenuta dalla CES ma non accolta dalla Commissione . Sarebbe bello capire la motivazione del diniego in quanto appare a tutti evidente la necessità di una sanzione affinché la bandiera del mercato non sia presa in ostaggio dalla concorrenza sleale. Gli Stati membri non devono godere del monopolio sulla vita dei loro abitanti. Una rivalità corretta tra Stati dell'Unione e istituzioni comunitarie vigili e collaborative con quelle nazionali permetteranno la distribuzione equa dei diritti e delle libertà tra i cittadini e tra i lavoratori che potranno finalmente sentirsi non più in ostaggio quando indossano la divisa del lavoratore distaccato.

## BIBLIOGRAFIA

A.A.V.V. ,in *Regole europee e giustizia civile* a cura di Paolo Biovati e M.A. Lupoi,Bononia University Press, Bologna , 2008,pag.13

Balandi G.G., *La Direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori:un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, 1998 ,pag. 123

Ballestrero M. V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*,WP C.S.D.L.E”Massimo D’Antona”.Int-55/2007, pag . 20 e ss

Ballestrero M.V., *Globalizzazione e diritto del lavoro: la tutela dei diritti sociali oltre la dimensione nazionale*, in [www.diobma.udg.edu](http://www.diobma.udg.edu), 2010, pag. 4

Barbera A., *Esiste una Costituzione europea?*, In *Riv. It. Dir. Pubbl .comunitario*, 2000,pag. 654 e ss

Barbieri M., *Lavoro e diritto tra mercato e poteri* , 2001 , reperibile on line [www.fondazionemalagugini.it](http://www.fondazionemalagugini.it)

Biovati P.,in *Diritto del lavoro dell’UE*, (a cura di) Carinci e A. Pizzoferrato , UTET 2010,i problemi e prospettive della giurisdizione europea,pag 109-111

Bockenforde E.W.,*Dove sta andando l’Europa?* In *Diritto e secolarizzazione*, La Terza 2007,pag. 192

Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. Divieti di discriminazione*, in *Lav.Dir.*, 2008,p. 125-126

Brino V., *Gli equilibrismi della Corte di Giustizia: il caso Ruffert* in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, vol 3,pag.479-486



Carabelli U., V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 35/2005

Carabelli U.: *una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa*, WP C.S.D.L.E”Massimo D’Antona”.Int-49/2006,pag. 33-128

Carabelli U. in *Europa dei mercati e conflitto sociale* ,2008,Cacucci Editore

Carabelli U.: *note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*,in *Dir. Lav. Rel . Ind.*, 2008,pag. 160 e ss.

Carabelli U. :*Il contrasto tra libertà economiche fondamentali e diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*,in studi sull’integrazione europea 2/2011,pag 231-232

Carinci F. Pizzoferrato A.,*Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, UTET Giuridica Anno 2010,pag.73

Caruso B.,Saggio: *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale:indifferenza, conflitto o integrazione*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 61/2008,pag 32 e ss.

Caruso B, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovette)*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT– 81/2010.

Cassese.S., *L’unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *G. Dir . Amm*, 2009,pag 1007;  
Nonché Rossi L.S., *La sentenza della corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona. Il processo di integrazione al capolinea?* ,2009 ( reperibile on line [www.affarinternazionali.it](http://www.affarinternazionali.it)).

Condinanzi M., A. Lang, B. Nascimbeni, *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003

Corti M., *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, 2007, pag 773

Corti M.: *le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in *Riv. Ital. Dir. Lavoro*, 2008, fasc.2, pag. 249-286

D'Antona M., *Opere, Scritti sul diritto del lavoro, tomo I, licenziamento individuale*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano, Giuffrè, 2000

De Salvia Azzurra: *Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Viking e Laval*, in *ADL argomenti del diritto del lavoro*, 2008, fasc.3, pag 792-810

Diciotti E., *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2004 n 4, pag. 69

Dorssemont F. *L'esercizio del diritto all'azione collettiva contro le libertà economiche fondamentali dopo i casi Laval e Viking*, *Diritti Lavori Mercati*, 2008, Vol.3, pag 493 - 507

Esposito M., *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, *Jovene nella collana Pub. Dip. dir. rapp. civ. econ.-Univ. NA*, 2002, pag 574

Foglia R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in *MGL (Massimario della giurisprudenza del lavoro)*, 2001, pag 806

Gennusa M.E., *La dignità umana vista da Lussemburgo*, in *Quad. cost.*, 2005

Giovanni Paolo II, *Laborem Exercens*, Lettera Enciclica, 14 settembre 1981 - *sul lavoro umano nel 90° anniversario della rerum novarum* Capitolo 20, l'importanza dei sindacati, pag. 62-66

Giubboni S., Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea, principi e tendenze*, il Mulino, Bologna, 2007

Giubboni S., in *Criticità e contraddizioni della giurisprudenza comunitaria sulla direttiva in materia di distacco dei lavoratori*, URGE WP 1/2009

Giubboni S. e Orlandini G. in *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, il Mulino, Bologna 2008, pag. 132

Giubboni S., *Libertà di circolazione dei lavoratori e libera prestazione di servizi nell'ordinamento comunitario* URGE WP 1/2009, pag. 2 e ss.

Grasso G, Poiares Maduro M., *Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Dir.dell'Unione. Europea.*, 2009

Ichino Pietro, *Sul contenuto e l'estensione della tutela del lavoro nel Titolo III della Costituzione*, in *Studi sul Lavoro*, scritti in onore di G. Giugni, Bari , 1999, pag 540

Ippolito F., *I giudici e le carte dei diritti: le nuove sfide del costituzionalismo*, in Bronzini-Piccone(a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007, pag 10 e ss

Lo Faro A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in *Lav.Dir.*2008, pag 63 e ss

Lo Faro A., *La contrattazione collettiva nei paesi newcomers e il modello sociale europeo*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, pag 315

Lo Faro, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione* in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2, 2009

Luciani M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, pp. 380 e ss

Magnani M., *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*. in *Mass. Giur.lav.*,2004,pag 391 e ss

Manzella A., *Dalla Convenzione alla Costituzione*, Il Mulino 2003, pag.923

Maretti S., *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, pag 1156

Massimo D'Antona, *Opere, Scritti sul diritto del lavoro, tomo I, licenziamento individuale*, a cura di B. Carruso e S. Sciarra, Milano Giuffrè, 2000, pag 60 e ss.

Mastroianni R., *La libera prestazione dei servizi*, in G. Strozzi, (a cura di), *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, Torino, 2005, pag 229

Mazzotti M., *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, pag 151

Morbidelli G., *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte di Lussemburgo)*, relazione al seminario su "Corte Costituzionale e Corti europee": la tutela dei diritti, promosso dalla Corte costituzionale in collaborazione con l'Associazione Italiana dei Costituzionalisti nel ricordo di Sergio Pannunzio, Roma 8 ott. 2005

Mosconi F., 1998, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, *Quad. dir.lav.rel.ind.* N.20, pag 29 e ss

Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *LD*, 2008, pag. 37-39

Nogler L., *Introduzione al mercato unico delle "attività autonome"*, in L. Nogler (a cura di), *Le attività autonome*, Torino, 2006, pag 17

Orlandini G., *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *Argomenti dir. lav.*, 1999, pag. 465, visibile on line [www.urge.it/files/186\\_giubboni-orlandini.pdf](http://www.urge.it/files/186_giubboni-orlandini.pdf)

Orlandini G. 2006, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo* in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" int. 45/2006*, pag. 947 e ss

Orlandini G. , *Saggio: lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato*, in *Riv. giur. lav.*, I,2009,par. 2.1 , pag 270

Orlandini G relazione introduttiva al Workshop.: “*the Viking ,Laval e Ruffert: Cases:freedom and solidarity in a market free from conflict?*” tenutosi a Bari il 27 giugno 2008,pubblicato in *Il Conflitto sbilanciato* di Aurora Vimercati edito Cacucci Bari,2009

Pallini M. *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale* , 2008, fasc.1, pag 3-26

Pallini M., *la tutela dell'“ordine pubblico sociale” quale limite alla liberta' di circolazione dei servizi nel mercato UE* in A.Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari 2009

Perulli A., *Il lavoro autonomo*, Milano, A. Giuffrè, 1996,pag 39 e ss

Pinelli C. , *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, *Dir. Dell'Un. Europea*,1999

Saccà E.,*Nuovi scenari nazionali del caso Laval l'ordinamento svedese tra responsabilità per danno “ da sciopero” e innovazioni legislative*, in WP C.S.D.L.E. “ Massimo D'Antona INT 86/2010

Santagata R.,in *DLM(diritti lavori mercati,)* 2006, 3 , pag 616,*La nuova direttiva sui servizi*

Sen A., *Identità e violenza*, Laterza, Roma-Bari, II ed., 2009,pag. 6.

Sciarra S. , *Diritti collettivi e interessi transnazionali*,in A.Andreoni, B.Veneziani *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, Milano, 2000,pag.33

Sciarra S., *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*,WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”,INT -52/2007

Sciarra S. , *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*  
*Rivista Lavoro e diritto* a XXII ,n.2, Il Mulino ,primavera 2008

Spadaro A.,*Dall'Indisponibilità( tirannia) alla ragionevolezza ( bilanciamento)dei diritti fondamentali .Lo sbocco obbligato: L'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. Dir.* , 2006,vol. 1,pag 172

Tancredi A., *L'emersione di diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria* in «*Rivista di diritto internazionale*», 2006

Tizzano, A. *La libera circolazione dei servizi nella Cee. Profili generali*, in A. Tizzano, (a cura di),*Professioni e servizi nella Cee*, Cedam, 1985,pag 43, visibile on line in [www.rivisteweb.it/download/article/10.1441/26974](http://www.rivisteweb.it/download/article/10.1441/26974)

Treu, *Il diritto del lavoro tra internazionalizzazione e segmentazione* , in Galgano , Cassese, Tremonti ,Treu,*Nazione senza ricchezza senza Nazione*, il Mulino, 1993

Tussino G.: *il diritto comunitario tra principi economici e tutela del lavoro subordinato*, In *Dir. Del mercato del lavoro*, 2008, fasc.1-2,pag. 244-253

Vecchio F. , *Dopo Viking , Laval e Ruffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?* ,2010 reperibile on line [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)

Veneziani B., *La Corte di giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, In *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, Anno 2008 n. 2

## **Elenco degli uffici di collegamento presenti in Italia per la cooperazione amministrativa tra autorità competenti per il controllo delle condizioni di lavoro e di impiego dei lavoratori distaccati**

In Italia, l' Ufficio nazionale di collegamento per i lavoratori distaccati ai sensi dell'art. 5 del Decreto Legislativo 25 febbraio 2000, n. 72 recante "Attuazione della direttiva 96/71/CE in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi", è la Direzione Generale per le Politiche dei servizi per il lavoro, del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali (segreteriaadgmercatorilavoro@avoro.gov.it).

L'ufficio di collegamento, una volta ricevute le richieste di informazioni, a seguito di un controllo delle informazioni in esse contenute, le trasmette alle Direzioni territoriali del lavoro territorialmente competenti, ai sensi dell'art. 4, 2° comma del citato decreto 72/2000, nonché alla Direzione Generale per l'attività ispettiva, per gli opportuni accertamenti ispettivi.

A seguito della conclusione dell'Accordo di cooperazione in materia di controllo della mobilità transnazionale dei lavoratori e di lotta contro il lavoro illegale tra il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali italiano e il Ministero del Lavoro, dell'Occupazione e della Sanità francese, del 27 settembre 2011, che riguarda anche il distacco dei lavoratori, uffici di collegamento nazionale designati, per dare attuazione a tale protocollo, sono:

- la Direzione Generale per l'attività ispettiva (Via Flavia, 6 – 00186 Roma; tel. 06 46837273; fax 06 46837909; @ SegreteriaDGAttivitàIspettiva@lavoro.gov.it), in quanto già ufficio di collegamento per tutta la zona non frontaliera con la Francia;
- La Direzione Regionale della Liguria (Via Roccatagliata Ceccardi, 4/16 – 16121 Genova; tel. 010 518631-2-3; fax 010 5186370; @ DRL-Liguria@lavoro.gov.it), ufficio di collegamento decentrato per la zona frontaliera comprendente, per l'Italia, il territorio della regione ligure e per la Francia, il territorio della regione Province-Alpes-Cote d'Azur;
- La Direzione Regionale del Piemonte (Via Arcivescovado, 9/A – 10121 Torino; tel. 011 545156- 546140-531545-530525; fax 011 543846; @DRL-Piemonte@lavoro.gov.it) e della Valle D'Aosta (Viale dei Partigiani, 18 – 11100 Aosta; tel. 0165 237811; fax 0165 237899; @ DRLAosta@lavoro.gov.it), uffici di collegamento decentrato per la zona frontaliera comprendente, per l'Italia, il territorio

delle regioni Piemonte e Valle d'Aosta e per la Francia, il territorio della regione Rhone-Alpes.

Come precisato nello stesso Accordo, inoltre, le autorità competenti di entrambe le nazioni partecipanti alla cooperazione in questione potranno prestarsi mutua assistenza, in particolare studiando e realizzando di concerto azioni di prevenzione oppure comunicandosi reciprocamente le principali modifiche delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che intervengano nella materia in questione e procedendo anche ad azioni coordinate di controllo; o ancora scambiandosi informazioni sui rispettivi metodi di controllo e di lavoro.



## GLOSSARIO

### APPALTO (NOZIONE CIVILISTICACOMMERCIALE):

l'art. 1655 codice civile definisce l'appalto come quel contratto mediante il quale *“una parte assume con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro”*. Nell'ambito dell'organizzazione dei fattori della produzione il contratto di appalto si pone come scelta imprenditoriale alternativa all'acquisizione diretta di lavoratori, mediante l'affidamento della realizzazione del risultato finale voluto (l'opera o il servizio) ad un soggetto che presenti l'organizzazione idonea al raggiungimento di tale risultato e se ne accoli i rischi economici. Pertanto colui a cui la realizzazione dell'opera o del risultato è affidata (definito *“appaltatore”*) è, normalmente (anche se non necessariamente), un imprenditore. Colui che affida la realizzazione dell'opera o del servizio (definito *“appaltante”* oppure *“committente”*) può essere un imprenditore oppure un soggetto non operatore economico (a mero titolo di esempio, un soggetto che affida ad un'impresa la realizzazione di un edificio o di una ristrutturazione edilizia).

**APPALTO (NOZIONE LAVORISTICA):** l'art. 29, D. Lgs. n. 276/2003 detta una nozione di appalto, in piena sintonia con quella civilistica-commerciale (*vedi*), ponendo in risalto, ai fini lavoristici, i requisiti essenziali dell'appalto, ossia la presenza in capo all'appaltatore dell'organizzazione dei mezzi necessari e l'assunzione del rischio d'impresa, come elementi di demarcazione rispetto alla somministrazione di lavoro (*vedi*).

**CONTRATTI COLLETTIVI DI APPLICAZIONE GENERALE:** l'art. 3, par. 1, Dir.96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, allo scopo di garantire ai lavoratori distaccati (*vedi*) nel territorio di uno Stato membro Ue, provenienti da altro Stato membro Ue, le stesse condizioni di lavoro e di occupazione accordate ai lavoratori del luogo ove si svolge la prestazione lavorativa, dispone che nel settore delle costruzioni (le cui lavorazioni sono specificamente elencate in apposito allegato alla Direttiva stessa) siano applicate ai lavoratori distaccati non solo le disposizioni di legge, di regolamento ed amministrative, dello Stato di esecuzione della prestazione lavorativa, ma anche le disposizioni contenute nei contratti collettivi ed arbitrati dichiarati di applicazione

generale, relative, comunque, alle materie elencate nelle lettere da *a*) a *g*), art. 3, par. 1, Dir. citata. Il D. Lgs. n. 72/2000, di attuazione della Dir. 96/71/CE, stabilisce che ai lavoratori distaccati da uno Stato membro diverso dall'Italia, in Italia, le condizioni di lavoro applicabili sono quelle stabilite oltre che da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, anche dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, relative ad analoghe prestazioni lavorative subordinate nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la loro attività. Non vi è obbligo di applicazione delle norme di legge o di contratto collettivo, in materia di durata minima delle ferie e di trattamento minimo retributivo (comprese le maggiorazioni per il lavoro straordinario) se si tratta di lavoratori qualificati o specializzati, dipendenti da un'impresa che fornisce beni per i quali siano necessari lavori di assemblaggio iniziale o di prima installazione, indispensabili per mettere in funzione lo stesso bene fornito, quando il distacco non sia superiore ad otto giorni. Tuttavia l'applicazione delle norme di legge, regolamentari, amministrative e di quelle contenute nei contratti collettivi come sopra individuati, ritorna ad essere anche per i distacchi di durata pari o inferiore agli otto giorni nel settore delle costruzioni, (le cui lavorazioni – identicamente alla Dir. 96/71/CE citata – sono elencate in apposito allegato al D. Lgs. citato). Come si vede il legislatore italiano ha optato per un ampliamento dell'applicazione dei contratti collettivi ai lavoratori coinvolti in un distacco comunitario. Infatti, ad un esame comparativo: **a**). nella Direttiva è previsto che nelle materie elencate nelle lett. *a*) - *g*), art. 3, par. 1, i contratti collettivi di applicazione generale si debbano applicare al settore delle costruzioni (non escludendo – si badi – altri settori, ma nemmeno imponendo un obbligo di applicazione) **b**). nel Decreto Legislativo d'attuazione l'applicazione del contratto collettivo, caratterizzato dalla comparativa maggiore rappresentatività a livello nazionale, non presenta limiti di settore produttivo, e la sua non applicabilità è prevista esclusivamente (ed al pari della non applicabilità delle disposizioni interne di legge, di regolamento ed amministrative) per la sola materia delle ferie annuali retribuite e dei trattamenti retributivi minimi, compreso quello maggiorato per lavoro straordinario, relativamente, come detto sopra, ai lavori indicati nell'art. 3, comma 2, D. Lgs. citato, di durata non superiore agli otto giorni. In dottrina si nota che l'applicazione dei contratti collettivi sopra detti, nei confronti dei lavoratori distaccati in Italia da imprese stabilite all'estero dovrebbe subire le stesse limitazioni previste per i datori di lavoro italiani, derivanti dalla mancata

attuazione dell'art. 39 della Costituzione. Pertanto, in mancanza di specifica adesione al contratto collettivo da parte del datore di lavoro distaccante stabilito all'estero, sarebbe applicabile la sola parte del contratto collettivo che fissa i minimi retributivi (ossia la stessa parte vincolante tutti datori di lavoro italiani).

***DISTACCO***: il distacco, secondo l'ordinamento giuridico italiano, è la formula organizzativa del datore di lavoro (definito "*distaccante*") che impiega, temporaneamente, un proprio lavoratore presso un altro datore di lavoro (definito "*distaccatario*") con la finalità di soddisfare un proprio interesse (art. 30, D. Lgs. n. 276/2003). L'interesse del distaccante non può essere quello alla mera fornitura di mano d'opera propria ad un altro datore di lavoro, altrimenti si realizzerebbe una somministrazione di lavoro (*vedi*), che nell'ordinamento giuridico italiano è ammessa solo se esercitata da agenzie di lavoro iscritte in appositi albi pubblici (artt. 4 e 5, D. Lgs. n. 276/2003). Norme speciali ammettono il distacco di lavoratori in presenza di situazioni di crisi aziendale e subordinano la fattispecie all'osservanza di precise procedure che coinvolgono le organizzazioni sindacali (art. 8, L. n. 236/1993).

***DISTACCO INTRAGRUPPO***: secondo l'ordinamento giuridico italiano l'invio di un lavoratore da un'impresa ad un'altra appartenente al medesimo gruppo è un'ipotesi di distacco, poiché le diverse imprese coinvolte hanno autonoma e distinta soggettività giuridica, L'ordinamento italiano non contempla, infatti, la soggettività giuridica del gruppo (dunque non si può ritenere l'invio in questione come un mero trasferimento da un'unità produttiva ad un'altra, ai sensi dell'art. 2103, comma 1, ultimo periodo, codice civile). Pertanto anche il distacco *intragruppo*, rientrando pienamente nella fattispecie generale del distacco *tout court*, deve soddisfare i requisiti dell'art. 30, D. Lgs. n. 276/2003 (interesse del distaccante e temporaneità del distacco). Tuttavia, sebbene non si possa ritenere automaticamente sussistente l'interesse al distacco in capo al datore di lavoro distaccante per il solo fatto di realizzarsi tra imprese appartenenti al medesimo gruppo, si ritiene lecita la prassi del distacco all'interno dei gruppi d'impresa che corrispondano "*ad una reale esigenza di imprenditorialità volta a razionalizzare, equilibrandole, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo*" (vedi Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Circolare n. 28/2005), fatto sempre salvo il requisito della temporaneità del distacco. Il distacco *intra-gruppo* è anche una delle ipotesi disciplinate di transnazionale (*vedi*), e si realizza tra imprese stabilite in diversi Stati membri ed appartenenti allo stesso gruppo.

***DISTACCO TRANSNAZIONALE***: il distacco transazionale comprende una pluralità di formule organizzative del lavoro (cc. dd. misure), realizzate attraverso contratti (anche commerciali) tra datori di lavoro. Questi contratti presentano, come elemento comune, il temporaneo inserimento, di uno o più lavoratori in un'organizzazione aziendale diversa da quella da cui dipendono. Tale inserimento non può configurare un rapporto di lavoro dipendente. Il rapporto di lavoro dipendente resta tra il lavoratore distaccato e il datore di lavoro distaccante. La transnazionalità del distacco è data dalla presenza dello stabilimento del datore di lavoro distaccante in uno Stato diverso da quello in cui il lavoratore è inviato a prestare temporaneamente la propria opera. Il distacco può riguardare anche il lavoratore autonomo che sia stabilito in uno Stato diverso da quello in cui temporaneamente esegue le proprie prestazioni in favore di altra organizzazione aziendale. L'art. 1, par 3, Dir. 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, prende in considerazione le tre seguenti misure transazionali: *a.* distacco di lavoratori nell'ambito di un contratto di prestazione di servizi tra il datore di lavoro del lavoratore distaccato e il datore di lavoro stabilito in un diverso Stato membro. Il lavoratore presta la propria opera per conto e sotto la direzione del datore di lavoro distaccante (ossia il datore stabilito nello Stato di invio). Il destinatario della prestazione di servizi non instaura un rapporto di lavoro dipendente con il lavoratore distaccato, il quale, durante il periodo di distacco, resta dipendente del datore che lo invia. La figura contrattuale presenta forti analogie con il *contratto di appalto (vedi)*; *b.* distacco di lavoratori nell'ambito dei rapporti commerciali tra imprese stabilite in diversi Stati membri ed appartenenti allo stesso gruppo d'impresе. Il lavoratore, durante il periodo di distacco, resta dipendente del datore che lo invia. La figura coincide con il c.d. *distacco intra-gruppo (vedi)*; *c.* distacco di lavoratori nell'ambito di un rapporto commerciale tra un'impresa di lavoro temporaneo (o un'impresa che effettua la cessione temporanea di lavoratori) da un lato, ed un'impresa utilizzatrice dall'altro lato, quando l'impresa distaccante e quella utilizzatrice siano stabilite in Stati membri diversi. Il lavoratore ceduto dall'impresa di lavoro temporaneo, per tutta la durata della cessione in utilizzazione, rimane alle dipendenze dell'impresa cedente. La figura coincide con la *somministrazione di lavoro (vedi)*.

***LAVORATORE DISTACCATO (DISTACCO ITALIANO)***: il lavoratore dipendente che viene temporaneamente inviato a prestare la propria opera presso un datore di lavoro distinto da quello con cui intercorre il rapporto di subordinazione. Il rapporto di

subordinazione con il datore distaccante permane anche nel periodo di distacco (*vedi*), durante il quale il lavoratore, per soddisfare un interesse del distaccante, presta la propria opera inserito nell'organizzazione del datore utilizzatore o distaccatario.

**LAVORATORE DISTACCATO (DISTACCO TRANSNAZIONALE):** l'art. 2, par 1, Dir. 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, definisce il lavoratore distaccato come 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. Si tratta del dipendente di un datore di lavoro stabilito in un Paese diverso da quello in cui, temporaneamente, viene inviato a prestare la propria opera. Il lavoratore distaccato durante il periodo di distacco mantiene il legame di subordinazione con il datore di lavoro originario, prestando la propria opera nell'ambito di rapporti sostanzialmente analoghi al contratto di appalto, al distacco *intra*-gruppo o alla somministrazione di lavoro, previsti dall'ordinamento giuridico italiano. Le misure organizzative che rientrano nella disciplina comunitaria del distacco transnazionale (*vedi*) sono indicate nell'art. 1, par. 3, lett. a), b) e c), Dir. 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

**LIBERA PRESTAZIONE DI SERVIZI:** l'art. 56 Tfu (già 49 del Tce) vieta ogni restrizione alla libera prestazione di servizi, all'interno della Comunità, nei confronti dei cittadini degli Stati membri che siano stabiliti in un Paese della Comunità e prestino il loro servizio in un Paese diverso da quello di stabilimento (*vedi*). Ogni misura restrittiva alla libera prestazione di servizi, successiva all'entrata in vigore del Trattato CE è proibita e le restrizioni esistenti a tale data devono essere abolite entro il periodo di transizione, attraverso l'adozione di direttive del Consiglio, secondo un programma generale progressivo.

**LIBERTÀ DI STABILIMENTO:** l'art. 49 Tfu (già 43 del Tce) vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento comporta la liberalizzazione dell'attività c.d. non salariata riferita sia al prestatore di servizi sia all'imprenditore. Questi soggetti possono stabilirsi (aprendo agenzie, filiali, succursali o uffici) in uno Stato membro diverso dallo Stato di stabilimento originario. Ogni misura restrittiva alla libertà di stabilimento, successiva all'entrata in vigore del Trattato Ce è proibita e le restrizioni esistenti a tale data devono essere gradualmente soppresse, attraverso l'adozione di direttive del Consiglio, secondo un programma generale progressivo.

**NORME DI APPLICAZIONE NECESSARIA:** secondo l'art. 9, par. 1, Reg. (CE) n.593/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) *“le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo di applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto, secondo il presente regolamento”*. La suddetta definizione normativa trae origine dal significato attribuito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee alla nozione di ordine pubblico (*vedi*). Le norme di applicazione necessaria, come deroga al principio comunitario della libera prestazione di servizi (infatti esse si impongono al prestatore di servizi per il solo fatto di essersi stabilito in un Paese diverso da quello di origine), trovano il loro fondamento logico-giuridico nella protezione degli interessi connessi alla stabilità sociale, economica e politica del Paese in cui prestazione lavorativa è eseguita, indipendentemente dalla legislazione applicata dalle parti.

**ORDINE PUBBLICO:** in base all'art. 52TfU(già 46, par. 1 del Trattato istitutivo CE l'ordine pubblico opera come principio generale in forza del quale può essere derogata, da una fonte normativa o amministrativa, la libertà di prestazione di servizi. Stante il considerando n. 41 della Dir. 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, il concetto di ordine pubblico può comprendere la protezione contro una minaccia effettiva e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della collettività, includendo, in particolare, questioni legate alla dignità umana, alla tutela dei minori e degli adulti vulnerabili ed al benessere degli animali. Nella specifica materia del distacco transnazionale l'ordine pubblico opera come ulteriore possibile estensione della applicazione delle norme vigenti nello Stato presso il quale avviene il distacco, secondo quanto previsto dall'art. 3, par. 10, Dir. 96/71/CE.

**PARITÀ DI TRATTAMENTO (O PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE):** l'art. 3, comma 1, D. Lgs. n. 72/2000, di attuazione della Dir. 96/71/CE, detta la regola generale secondo la quale ai lavoratori distaccati, in un distacco transnazionale (*vedi*), devono essere applicate, *“durante il periodo del distacco, le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i*

*lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco*". La disposizione deve essere interpretata ed applicata alla luce di quanto stabilito dalla Direttiva citata e della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. Pertanto si deve ritenere che le imprese che operano distacchi transnazionali siano tenute a rispettare, nell'ambito delle materie elencate nell'art. 3, par. 1, lett. a) – g), Dir. 96/71/CE, i livelli minimi di condizioni di lavoro fissati dalla normativa legale, regolamentare, amministrativa e contrattuale collettiva maggiormente rappresentativa, dello Stato di esecuzione della prestazione di lavoro. Inoltre, secondo l'art. 3, par. 10, Dir. 96/71/CE, sono altresì applicabili le norme dello Stato di esecuzione della prestazione lavorativa che fissino "*condizioni di lavoro e di occupazione*" anche in materia diverse da quelle elencate nel suddetto par. 1, "*laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico*". Resta fermo il principio della libertà di prestazione di servizi (*vedi*), secondo il quale le normative nazionali interne non possono imporsi alle imprese che prestano servizi in regime di distacco transnazionale, se da tale imposizione deriva un ostacolo al libero accesso al mercato di uno Stato membro. Si deve, dunque, concludere che le norme interne (ossia quelle proprie del paese dove si svolge la prestazione lavorativa) non possono essere applicate se l'impresa distaccante in base alle norme vigenti nel suo ordinamento (Stato di stabilimento) sia in grado di tutelare le condizioni di lavoro e di occupazione dei propri lavoratori distaccati, nella stessa misura e rispondendo alle medesime esigenze a cui rispondono le norme dello Stato di distacco.

**SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO (ORDINAMENTO ITALIANO):** l'art. 2, comma 1, lett. a), D. Lgs. n. 276/2003, definisce la somministrazione di lavoro come "*la fornitura professionale di mano d'opera, a tempo indeterminato o a termine*". Ai fini dello svolgimento dell'attività di somministrazione di lavoro, l'art. 4, D. Lgs. n. 276/2003, prevede che le agenzie con stabilimento (*vedi*) nel territorio italiano siano iscritte in apposita sezione dell'albo delle agenzie per il lavoro, tenuto presso il Ministero del lavoro. I requisiti giuridici e finanziari richiesti per l'iscrizione a detto albo sono indicati nell'art. 5 del decreto citato.

**SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO (TRANSNAZIONALE):** l'art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 72/2000, di attuazione della Dir. 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, dispone che le agenzie di somministrazione stabilite in uno Stato membro diverso dall'Italia siano assoggettate alla stessa disciplina prevista per quelle stabilite in Italia.

Pertanto ad esse si applicano le disposizioni contenute negli artt. 20-28, D. Lgs. n. 276/2003. Con riferimento ai requisiti giuridici e finanziari di cui agli artt. 4 e 5, D. Lgs. n. 276/2003, in forza della disposizione di cui all'art. 4, comma 3, D. Lgs. n. 72/2000, non è richiesta alle imprese fornitrici di lavoro temporaneo (*rectius*: agenzie di somministrazione) l'autorizzazione di cui all'art. 4, comma 2, D. Lgs. n. 276/2003, ove “*dimostrino di operare in forza di un provvedimento amministrativo equivalente, rilasciato dall'autorità competente di uno Stato membro dell'Unione europea diverso dall'Italia*”.

**STABILIMENTO:** conformemente alla giurisprudenza delle Corti di giustizia della Comunità europea, la nozione di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata mediante l'insediamento in pianta stabile. Sussiste lo stabilimento anche nel caso in cui una società sia costituita a tempo determinato o abbia in affitto un fabbricato o un impianto per lo svolgimento della sua attività. Lo stabilimento può sussistere anche nel caso in cui uno Stato membro rilasci autorizzazioni di durata limitata soltanto per particolari servizi. Lo stabilimento può essere costituito da agenzie, filiali, succursali o rappresentanze, ma può consistere anche in uffici gestiti da personale del prestatore di servizi, dell'imprenditore o da una persona indipendente ma autorizzata ad agire su base permanente per conto dell'impresa, come nella rappresentanza. La nozione di stabilimento, implica comunque l'esercizio effettivo di un'attività economica nel luogo in cui è insediato (luogo – appunto – di stabilimento) il prestatore di servizi, per cui una semplice casella postale non costituisce “*stabilimento*” (vedi il considerando n. 37, Dir. 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa ai servizi nel mercato interno). La nozione di stabilimento risulta particolarmente importante ai fini dell'individuazione della legislazione applicabile ai lavoratori dipendenti dell'impresa, che di regola è quella del luogo di stabilimento (p. es. impresa stabilita in Italia □ applicazione della legislazione italiana). Tuttavia, non è necessaria la sussistenza di uno stabilimento, ma è sufficiente la presenza al lavoro nel territorio di uno Stato membro, di lavoratori distaccati (*vedi*) nell'ambito di un distacco transnazionale (*vedi*) per potersi applicare a questi le condizioni di lavoro e di occupazione vigenti nello Stato di esecuzione della prestazione lavorativa relative alle materie indicate nell'art. 3, par. 1, lett. a)-g), Dir. 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, fissate da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale *semperché*. L'applicazione delle norme fissate dai contratti collettivi o dagli arbitrati è, inoltre,



limitata alle attività riconducibili al settore delle costruzioni, elencate nell'apposito allegato alla Dir. citata. In ogni caso le parti (datore di lavoro e lavoratori) possono accordarsi per l'applicazione di una normativa di un Paese diverso da quello di stabilimento e comunque, anche in presenza di un simile accordo, non possono essere derogate le cc. dd. norme di applicazione necessaria (*vedi*) proprie dello Stato in cui si esegue il lavoro.