La condizione dei lavoratori cittadini di Stati terzi nell'ipotesi di distacco comunitario

È risultata sempre estremamente problematica la tematica della determinazione della *idoneità del diritto nazionale* in vista della salvaguardia delle libertà comunitarie in particolare rispetto alle verifiche preliminari tendenti a valutare la legittimità, rispetto al principio di libera prestazione di servizi, delle restrizioni poste all'ingresso di imprese comunitarie.
Se tale analisi, che si basa sul *test di necessità e proporzionalità* volto a verificare che le eventuali e ulteriori misure di controllo che rendano meno attraente l'ingresso nel mercato dello Stato di occupazione siano giustificate da ragioni imperative di interesse generale, a loro volta non sufficientemente tutelate dalle norme cui il prestatore sia soggetto nello Stato membro di stabilimento, appare già complessa nell'ipotesi standard di impresa comunitaria che distacchi in altro Stato membro lavoratori *comunitari*, si presenta ancor più problematica nell'ulteriore ipotesi sempre più frequente nella realtà economica di distacco di dipendenti *extracomunitari* da parte dell'impresa comunitaria.
Lungi dal ritenere a portata di mano la soluzione definitiva dei casi prospettati, le sentenze della Corte di Giustizia offrono quanto di più utile per orientarsi in tali tematiche. In relazione a tali considerazioni va evidenziato che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona dal 1 dicembre 2009, come osservato nelle conclusioni presentate il 5 maggio 2010 alla causa 515/08 (*Santos Palhota e a.*)[1], è stato introdotto un nuovo principio dall'art. 9 TFUE definibile di *protezione sociale* che condizionerà la stessa Corte nel senso di interpretare meno restrittivamente l'ammissibilità delle misure di controllo approntate dai singoli Stati membri al fine della tutela delle condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori transnazionali[2].
In relazione all'ipotesi del distacco comunitario di lavoratori extracomunitari appare utile addentrarsi nella disamina di una recente sentenza del 1 ottobre 2009. La Corte di Giustizia delle Comunità europee in tale data ha deciso la causa C-219/08 avente ad oggetto un ricorso proposto dalla Commissione delle Comunità europee contro il Regno del Belgio, ai sensi dell'articolo 226 CE. Tale decisione rappresenta l'ultimo tassello, in ordine di tempo, al quadro giuridico del distacco di lavoratori cittadini di Stati terzi dipendenti da imprese comunitarie. L'importanza dell'intervento giurisprudenziale è data dal fatto che la Corte di Giustizia delle Comunità europee (CGCE) nel respingere il ricorso proposto formula delle soluzioni che, in combinazione con le posizioni espresse dalla pregressa giurisprudenza comunitaria in materia che aveva visto pressoché costantemente soccombenti gli Stati membri contro cui si procedeva, forniscono elementi aggiuntivi utili a comprendere compiutamente il perimetro entro cui le legislazioni nazionali possono muoversi nel pieno rispetto dei principi comunitari di libera circolazione delle persone[3] e di libera prestazione di servizi[4].

---

[1] Corte di Giustizia delle Comunità europee, conclusioni alla causa 515/08 (*Santos Palhota e a.*) presentate il 5 maggio 2010 dall'avvocato generale Pedro Cruz Villalon paragrafi 51 e 53: "A partire dal 1º dicembre 2009, data in cui è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, si deve tener conto di varie disposizioni di diritto primario in materia sociale che interessano l'ambito delle libertà. In concreto, il distacco di lavoratori, nei limiti in cui può modulare l'intensità della libera prestazione dei servizi, deve essere interpretato alla luce delle disposizioni sociali introdotte dal citato Trattato. Difatti, l'art. 9 TFUE contiene una clausola trasversale di protezione sociale che obbliga le istituzioni a prendere in considerazione le «esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Tale esigenza viene formulata dopo la dichiarazione, contenuta nell'art. 3, n. 3, TUE, che la costruzione del mercato interno si concretizza attraverso politiche basate su «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale»" ed ancora "L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona implica che, qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi d'interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente. Nella misura in cui la protezione del lavoratore diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati, non ci troviamo più dinanzi ad una mera deroga ad una libertà, né, tantomeno, dinanzi ad una deroga non scritta e ricavata dalla giurisprudenza. Il nuovo sistema del diritto primario, imponendo obbligatoriamente un elevato grado di protezione sociale, sta facendo sì che gli Stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a porre limiti ad una libertà, e li autorizza a ciò senza che il diritto dell'Unione consideri siffatta limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto ad una valutazione restrittiva. Detta tesi, suffragata dai nuovi precetti dei Trattati poc'anzi ricordati, trova espressione, nella pratica, nell'applicazione del principio di proporzionalità".
[2] Bruno Caruso, "I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)", WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 81/2010: "L'impostazione dell'avv. Generale Pedro Cruz Villalón pare oltremodo esplicativa del "*change*", perché è evidente che si tratta della indicazione di una nuova interpretazione alla Corte: la valutazione di ragionevolezza attraverso il test di adeguatezza, necessità e proporzionalità nelle operazioni di ponderazione giudiziaria tra diritti e libertà non cambia. Lo strumento del bilanciamento è il più adeguato per le ipotesi di contemperamento costituzionale. Quel che cambia, invece, rispetto a prima, è il peso ponderale specifico a favore della tutela del lavoro"
[3] Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, art. 45 (ex art. 39 TCE) paragrafi 1 e 2: "La libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione è assicurata. 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".
[4] Trattato istitutivo della Comunità Europea, art. 49 (oggi articolo 56 TFUE): "le restrizioni alla libera prestazione di servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri, stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione". Comunicazione della Commissione, COM(2006)159, "Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi": "La libertà nella prestazione di servizi può essere limitata nella sua portata dall'interesse generale attraverso disposizioni legislative,

Infatti, appare fondamentale comprendere quando i vincoli posti all'ingresso nel territorio del singolo Stato membro, per l'effettuazione di una prestazione di servizi da parte di un'impresa stabilita in ambito comunitario, di un cittadino *extracomunitario*, dipendente della stessa impresa, determinati da esigenze di ordine pubblico o di tutela dei lavoratori o di tutela del mercato nazionale del lavoro, possano ritenersi giustificati e, di conseguenza, non lesivi dei principi comunitari.
È sulla scorta dei canoni ermeneutici elaborati dalla giurisprudenza comunitaria che va interpretata, quindi, anche la legislazione italiana in materia al fine di verificarne la compatibilità con i diritti che i lavoratori extracomunitari stabiliti in altri Stati membri possono vantare alla luce dell'"*acquis communautaire"* in materia.

Il caso oggetto del procedimento C-219/08

Con ricorso proposto il 22 maggio 2008 la Commissione delle Comunità europee chiedeva alla CGCE di dichiarare che il Regno del Belgio, avendo imposto, in caso di distacco di lavoratori cittadini di Stati terzi da parte di imprese comunitarie, nell'ambito di una prestazione di servizi:

- un'autorizzazione preventiva all'esercizio dell'attività economica;
- un permesso di soggiorno rilasciato nello Stato di stabilimento del datore di lavoro che fosse valido sino a tre mesi dopo la conclusione della prestazione di servizi;
- la condizione che il lavoratore fosse al servizio dello stesso datore di lavoro prestatore di servizi da almeno sei mesi;

era venuto meno agli obblighi incombenti in forza dell'art. 49 CE[5].
Successivamente, le doglianze della Commissione sono state limitate solo ad una parte delle censure mosse originariamente, in quanto la stessa, con atto depositato il 24 marzo 2009, ha informato la Corte del fatto che, in considerazione dell'adozione e della comunicazione, con lettera datata 12 giugno 2008, da parte del Regno del Belgio, del regio decreto 23 aprile 2008, con cui veniva modificato l'art. 2, primo comma, punto 14, del regio decreto 9 giugno 1999[6], in materia di occupazione dei lavoratori stranieri, intendeva rinunciare al ricorso relativamente alla seconda e alla terza censura formulate.
In particolare, il regio decreto 23 aprile 2008, entrato in vigore il successivo 20 maggio con la pubblicazione sul *Moniteur belge*, è intervenuto a modificare, con urgenza, la legge 30 aprile 1999 in seguito **a due eventi:** da una parte erano intervenute due pronunce della Corte di Giustizia (Commissione *vs* Granducato di Lussemburgo, C-445/03 del 21 ottobre 2004 e Commissione *vs* Repubblica federale di Germania, C-244/04 del 19 gennaio 2006) con le quali la stessa si era pronunciata per la contrarietà all'articolo 49 del Trattato CE dell'obbligo imposto ai prestatori di servizi stabiliti in uno Stato membro, che volessero distaccare propri lavoratori cittadini di Stati terzi, di munirsi di un permesso di lavoro qualora i suddetti lavoratori non fossero dipendenti dell'impresa distaccante da almeno sei mesi, dall'altra a causa della procedura d'infrazione, sfociata nel ricorso del 22 maggio 2008 a cui ha fatto seguito la sentenza in commento, volta a ottenere la modificazione della legislazione belga al fine di renderla conforme alle prescrizioni comunitarie.
Anche sulla base dell'avviso del Consiglio di Stato belga n. 44293/1 del 20 marzo 2008, il Regno del Belgio, con il citato decreto 23 aprile 2008, ha apportato delle modifiche all'art. 2 primo comma, punto 14, del regio decreto 9 giugno 1999, abrogando, in particolare, la lettera d) - secondo la quale erano dispensati dall'obbligo di ottenere un permesso di lavoro i lavoratori, che non fossero cittadini di uno Stato membro dello Spazio economico europeo, che fossero dipendenti di un'impresa con sede in uno Stato membro dello

---

regolamentari ed amministrative, giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica, ma nei limiti dei principi di non discriminazione e proporzionalità". Ai sensi dell'art. 50, comma 2, del Trattato CE, pedissequamente ripreso dall'art. 57, comma 2, del TFUE: "i servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) attività delle libere professioni".

[5] In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1 dicembre 2009, gli articoli 49 e 50 del Trattato CE sono stati sostituiti dagli articoli 56 e 57 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

[6] La versione dell'art. 2, primo comma, punto 14, del regio decreto 9 giugno 1999 (di esecuzione della legge 30 aprile 1999), come modificato dal regio decreto 6 febbraio 2003 recitava che: "Sono dispensati dall'obbligo di ottenere un permesso di lavoro: (…) i lavoratori, che non siano cittadini di uno Stato membro dello Spazio economico europeo, che siano dipendenti di un'impresa con sede in uno Stato membro dello Spazio economico europeo, che si rechi in Belgio per fornire servizi, a condizione che: a) detti lavoratori dispongano nello Stato membro dello Spazio economico europeo di una residenza, di un diritto o di un permesso di soggiorno superiore a tre mesi; b) detti lavoratori siano legalmente autorizzati a lavorare nello Stato membro di residenza e tale autorizzazione sia valida almeno per la durata della prestazione da svolgere in Belgio; c) detti lavoratori siano titolari di un regolare contratto di lavoro; d) detti lavoratori si trovino al servizio dell'impresa ininterrottamente da almeno sei mesi; e) detti lavoratori dispongano, al fine di garantire il loro ritorno nel loro paese d'origine o di residenza, di un passaporto e di un permesso di soggiorno validi sino a tre mesi dopo il termine di conclusione della prestazione".

Spazio economico europeo, e che si dovessero recare in Belgio per fornire servizi, a condizione che detti lavoratori si trovassero al servizio dell'impresa ininterrottamente da almeno sei mesi - e sostituendo la lettera e), la cui nuova formulazione prevede che detti lavoratori debbano disporre, al fine di garantire il loro ritorno nel paese d'origine o di residenza, di un passaporto e di un permesso di soggiorno di una durata equivalente almeno alla durata della prestazione.
In relazioni a tali modifiche, intervenute allo scopo di conformare la legislazione belga ai trattati comunitari ed ai principi in essi fissati, la Commissione ha ritenuto di proseguire la procedura d'infrazione solo relativamente alla presunta richiesta di un'autorizzazione preventiva all'esercizio dell'attività economica nei confronti di un prestatore di servizi comunitario che volesse distaccare in Belgio lavoratori dipendenti cittadini di Stati terzi, ritenendo insufficienti le risposte e le disposizioni nel frattempo intervenute.

Lo sfondo giurisprudenziale di riferimento

La sentenza in commento, come accennato, si pone nel solco dei principi enunciati dalle pregresse sentenze della CGCE pur rappresentando, a causa della non soccombenza del resistente, un innovativo strumento a disposizione degli Stati membri per comprendere il margine di manovra entro cui articolare legittimamente il "sindacato di necessità, adeguatezza e proporzionalità" nel tentativo di difendere da aggressioni i mercati del lavoro interni e per garantire il controllo e gli interventi normativi necessari a scongiurare fenomeni di *dumping* sociale.

a) la CGCE sul caso *Vander Elst*

Il problema del distacco comunitario di cittadini di Stati terzi venne affrontato tra le prime volte nel procedimento C-43/93, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte dal *Tribunal administratif di Châlons-sur-Marne* nella causa dinanzi ad esso pendente tra *Raymond Vander Elst* e l'*Office des migrations internationales* (OMI), organo dipendente dal Ministero del Lavoro francese, incaricato dello svolgimento delle procedure di collocamento dei lavoratori stranieri in territorio francese.
La domanda verteva sull'interpretazione degli articoli 59 e 60 del Trattato CEE, successivamente confluiti, in seguito alla modifica dello stesso, negli articoli 49 e 50 del Trattato CE ed attualmente negli articoli 56 e 57 del TFUE. In particolare, il signor Vander Elst risultava titolare, a Bruxelles, di un'impresa specializzata in attività di demolizione e per l'esercizio di tale attività si avvaleva stabilmente, da numerosi anni, delle prestazioni, oltre che di cittadini belgi, anche di lavoratori aventi cittadinanza marocchina. Questi ultimi risiedevano legalmente in Belgio, muniti di un permesso di lavoro belga, sottoposti al sistema previdenziale ed ai criteri retributivi del Paese di occupazione. In seguito ad un controllo effettuato presso un cantiere di Reims, in Francia, nel quale il signor Vander Elst si avvaleva delle prestazioni lavorative di una squadra di otto persone, composta da lavoratori stabilmente occupati presso la sua impresa, di cui quattro belgi e quattro marocchini, l'ispettorato del lavoro francese constatava che i lavoratori marocchini alle dipendenze del signor Vander Elst impegnati nel cantiere erano privi di un permesso di lavoro rilasciato dalle autorità francesi. Secondo l'organo ispettivo, il signor Vander Elst, avvalendosi sul territorio francese delle prestazioni di lavoratori di paesi terzi, senza averne informato l'OMI e senza essere in possesso dei relativi permessi di lavoro, aveva violato gli artt. L. 341-6 e L. 341-9 del vecchio *code du travail* francese[7].
In seguito al ricorso promosso dal signor Vander Elst al *Tribunal administratif di Châlons-sur-Marne* e alla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da quest'ultimo, la CGCE ha sancito che gli artt. 59 e 60 del Trattato, poi articoli 49 e 50 del Trattato CE, "devono essere interpretati nel senso che ostano a che uno Stato membro imponga alle imprese stabilite in un altro Stato membro, che si rechino sul territorio del primo Stato per effettuarvi una prestazione di servizi e che abbiano alle loro dipendenze, in maniera regolare e stabile, cittadini di Stati terzi, *l'obbligo di ottenere*, per tali lavoratori, un permesso di lavoro rilasciato da un ente

[7] Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza C-43/93, paragrafo 6: "Ai sensi dell' art. L. 341-2 del *code du travail* (codice del lavoro) francese, uno straniero che intenda esercitare un'attività lavorativa subordinata in Francia deve presentare, oltre ai documenti ed ai relativi visti, <<un contratto di lavoro vistato dall' autorità amministrativa ovvero un permesso di lavoro ed un certificato medico>>. L'art. L. 341-6, primo comma, del medesimo codice fa divieto <<a chiunque di assumere o di mantenere in servizio uno straniero non munito del titolo che lo autorizza ad esercitare un' attività lavorativa subordinata in Francia>>. L' inosservanza di queste disposizioni è sanzionata, a norma dell' art. L. 341-7 dello stesso codice, con il versamento di un contributo speciale a favore dell' OMI, per un importo pari ad almeno 500 volte il tasso orario del salario minimo garantito previsto dall' art. L. 141-8 del codice di cui trattasi. Inoltre, a norma dell' art. L. 341-9 del *code du travail*, il collocamento e l' ingresso in Francia dei lavoratori stranieri sono di esclusiva competenza dell' OMI".

nazionale per l'immigrazione, nonché quello di pagare le relative spese, comminando, in caso contrario, un'ammenda amministrativa".
Da un lato dunque, per costante giurisprudenza, una normativa nazionale che subordini l'esercizio di talune prestazioni di servizi sul territorio nazionale da parte di un'impresa avente sede in un altro Stato membro al rilascio di un'autorizzazione amministrativa costituisce una restrizione alla libera prestazione di servizi, dall'altro la libera prestazione di servizi può essere limitata solo da norme giustificate dall'interesse generale e valevoli per tutte le persone e le imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato destinatario, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme a cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito. I lavoratori marocchini invece, nel caso *de quo*, risiedevano stabilmente in Belgio dove era stato loro rilasciato un regolare permesso di lavoro.
A ciò deve aggiungersi che il motivo di interesse generale, addotto quale giustificazione alla compressione delle libertà comunitarie, consistente nel disciplinare l'accesso dei lavoratori di Paesi terzi al mercato del lavoro di uno Stato membro non può ritenersi sussistente nelle ipotesi di distacco comunitario dato che i lavoratori alle dipendenze di un'impresa stabilita in uno Stato membro e che vengano *temporaneamente* inviati in un altro Stato membro per effettuarvi una prestazione di servizi non possono ritenersi intenzionati, in alcun modo, ad accedere al mercato del lavoro dello Stato d'impiego, poiché essi tornano nel loro Paese d'origine o di residenza dopo aver svolto il loro compito[8].

b) Commissione Europea *c.* Granducato di Lussemburgo

Nella causa C-445/03, Commissione delle Comunità europee contro Granducato di Lussemburgo, la CGCE riprende il medesimo *iter* giuridico utilizzato nelle precedenti decisioni. In particolare, è stato dichiarato che il Granducato di Lussemburgo imponendo, ai prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro che volessero distaccare sul suo territorio lavoratori cittadini di uno Stato terzo, l'obbligo di ottenere permessi di lavoro individuali[9], il cui rilascio è subordinato a considerazioni relative al mercato del lavoro, ovvero l'obbligo di ottenere un'autorizzazione di lavoro collettiva[10], concessa solo in casi eccezionali e a condizione che i lavoratori interessati siano legati alla loro impresa di origine da almeno sei mesi prima dell'inizio del loro distacco mediante contratti di lavoro a tempo indeterminato, nonché imponendo a tali prestatori di servizi l'obbligo di fornire una garanzia bancaria[11], è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in virtù dell'art. 49 CE.
La Corte ha condiviso le osservazioni della Commissione secondo cui la legislazione lussemburghese, assoggettando il distacco temporaneo dei lavoratori nel suo territorio alle condizioni che si applicano all'accesso di lavoratori al mercato locale del lavoro, determinava una discriminazione a danno delle imprese prestatrici di servizi ledendo i principi di libera prestazione di servizi e di proporzionalità.
A sostegno delle misure legislative previste in caso di distacco di cittadini di Stati terzi, il governo lussemburghese dal canto suo invocava motivi di protezione sociale e di stabilità del mercato del lavoro. La tutela dei lavoratori, riconosciuta tra le ragioni imperative di interesse generale[12] che giustificano restrizioni

---

[8] Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza C-43/93, paragrafi 17 – 23.
[9] L'art. 4, primo, secondo, quinto e sesto comma, del regolamento granducale 12 maggio 1972 dispone che: "Nessun datore di lavoro può assumere un lavoratore straniero non munito di un valido permesso di lavoro e senza aver previamente effettuato una dichiarazione all'Ufficio nazionale del Lavoro relativa al posto di lavoro da coprire. Tale dichiarazione, da presentarsi in doppia copia, debitamente controfirmata dal lavoratore, vale come domanda per l'ottenimento o il rinnovo del permesso di lavoro, quando si tratta di un lavoratore non ancora munito di permesso di lavoro o il cui permesso di lavoro sia scaduto o valga solo per un datore di lavoro e un impiego determinati. (…) L'Ufficio nazionale del Lavoro rilascia al lavoratore interessato una ricevuta della dichiarazione presentata in conformità del comma 2 del presente articolo. Tra le ricevuta vale come autorizzazione di lavoro provvisoria. Al datore di lavoro ne viene inviata copia. In caso di rifiuto del permesso di lavoro, l'autorizzazione di lavoro provvisoria perde automaticamente di valore".
[10] L'art. 9, n. 1, del regolamento granducale 12 maggio 1972 dispone che: "In casi eccezionali può essere rilasciata un'autorizzazione collettiva di lavoro per i lavoratori stranieri temporaneamente distaccati in Lussemburgo per conto di un'impresa straniera o lussemburghese, su richiesta dell'impresa alle cui dipendenze lavorano. Possono ottenere un'autorizzazione collettiva di lavoro ai sensi del precedente comma solamente i lavoratori legati con contratto di lavoro a tempo indeterminato alla loro impresa d'origine che dispone il distacco, a condizione che il loro contratto di lavoro abbia avuto inizio almeno sei mesi prima dell'inizio dell'occupazione nel territorio del Granducato di Lussemburgo per la quale l'autorizzazione collettiva è richiesta".
[11] L'art. 9 bis, primo comma, del regolamento granducale 12 maggio 1972 dispone che: "I permessi di lavoro individuali e le autorizzazioni di lavoro collettive sono rilasciati solamente dopo che il datore di lavoro abbia costituito presso un istituto finanziario riconosciuto una garanzia bancaria per la copertura delle eventuali spese di rimpatrio dei lavoratori per i quali è richiesta un'autorizzazione di lavoro".
[12] Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, Arblade e sentenza 24 gennaio 2002, causa C-164/99, Portugaia Construções. Una normativa nazionale che rientri in un settore non ancora armonizzato a livello comunitario e che si applichi indistintamente a tutte le persone o le imprese che esercitano un'attività nel territorio dello Stato membro interessato può essere giustificata, nonostante i suoi effetti restrittivi sulla libera prestazione dei servizi, se risponde a ragioni imperative d'interesse generale, qualora tale interesse non sia già tutelato da norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui risiede, purché sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto necessario per il suo raggiungimento. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 21 ottobre 2004, causa C-445/03, paragrafo 38. Anche lo scopo di evitare turbative del mercato del lavoro costituisce un motivo imperativo di interesse generale.

alla libera prestazione di servizi, avrebbe imposto infatti il rispetto della normativa nazionale in materia di salario minimo, di sicurezza sul lavoro e di durata del contratto di lavoro, al fine di garantire la protezione sociale dei lavoratori distaccati sul suo territorio e la parità delle condizioni di concorrenza, sul piano sociale, tra imprese con sede in Lussemburgo e imprese con sede all'estero.
Tuttavia, la Corte ha ritenuto non adeguata la normativa lussemburghese in quanto presupponeva formalità e termini tali da scoraggiare la libera prestazione dei servizi tramite il distacco di lavoratori cittadini di uno Stato terzo. Al contrario, ha altresì ritenuto che l'obbligo imposto a un'impresa prestatrice di servizi di segnalare, preventivamente alle autorità locali, la presenza di uno o più lavoratori dipendenti distaccati, la durata prevista di tale presenza e la prestazione di servizi che giustifichino il distacco, costituisce una misura altrettanto efficace e meno restrittiva[13]. Inoltre, viene ribadito come i lavoratori alle dipendenze di un'impresa stabilita in uno Stato membro, che vengano temporaneamente inviati in un altro Stato membro per effettuarvi una prestazione di servizi, non intendono accedere al mercato del lavoro dello Stato d'impiego, poiché gli stessi tornano nel loro paese d'origine o di residenza dopo aver svolto il loro compito non dando luogo, quindi, a turbative del mercato del lavoro nazionale[14].

c) Commissione Europea *c.* Repubblica Federale di Germania

Nella causa C-244/04, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania, la CGCE ribadisce, in un campo parzialmente differente, i principi enunciati nelle precedenti pronunce. In particolare, la Repubblica federale di Germania, limitando in modo assolutamente sproporzionato il distacco di lavoratori cittadini di Stati terzi nell'ambito di una prestazione di servizi, è venuta meno agli obblighi che le incombono in virtù dell'art. 49 CE[15].
La Commissione, in sede di ricorso, ha ritenuto vessatorio il controllo preliminare che la legislazione tedesca poneva in essere ritenendo, invece, altrettanto efficace un controllo successivo al distacco. Al contrario, il governo tedesco ha sostenuto la inefficacia di un controllo *a posteriori*, al momento dell'iscrizione del domicilio. Di conseguenza, la necessità dell'ottenimento, da parte del lavoratore cittadino di uno Stato terzo, del visto previsto dalla normativa tedesca, ***denominato visto «Vander Elst»*** proprio perché elaborato sulla scorta dei requisiti emersi a seguito della citata sentenza Vander Elst, sarebbe dovuta al fatto che la sola presentazione di un passaporto o di un semplice visto di ingresso nel territorio dello Stato membro ospitante non consentirebbe ai cittadini di Stati terzi di dimostrare di essere regolarmente occupati nello Stato membro ove sia stabilito il loro datore di lavoro.
Tutto ciò anche in considerazione del fatto che nel caso oggetto del giudizio si sarebbe in presenza non già di un'autorizzazione al lavoro, problema già affrontato nella causa C-445/03 negandone la conformità al diritto comunitario, bensì solo di un visto che implicherebbe il controllo di taluni criteri supplementari per l'esame dei quali l'amministrazione competente non dispone di alcun potere valutativo discrezionale.
Nonostante la breve durata prevista dal procedimento amministrativo e l'assenza di discrezionalità, la Corte ha ugualmente ritenuto che "un siffatto procedimento è idoneo a rendere più difficoltoso, se non addirittura impossibile, l'esercizio della libera prestazione dei servizi tramite lavoratori distaccati cittadini di Stati terzi, in particolare quando la prestazione da svolgere richiede una certa rapidità di azione"[16].
Ne consegue che, analogamente a quanto già enunciato dalla Corte nella causa Commissione delle Comunità europee contro Granducato di Lussemburgo, la misura di controllo preliminare al distacco prevista dalla prassi delle autorità tedesche è eccessiva rispetto a quanto necessario per prevenire gli abusi cui può dar luogo l'attuazione della libertà di prestazione dei servizi in quanto una semplice ***dichiarazione preliminare***[17]

---

[13] Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 21 ottobre 2004, causa C-445/03, paragrafi 27-32.
[14] Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 21 ottobre 2004, causa C-445/03, paragrafo 38.
[15] L'art. 10 dell'*Ausländergesetz*, la legge sugli stranieri del 9 gennaio 2002, dispone che gli stranieri che prevedono di soggiornare più di tre mesi nel territorio tedesco e di esercitare ivi un'attività lavorativa subordinata, debbono essere in possesso di un'autorizzazione di soggiorno specifica, sotto forma di un visto per entrare e soggiornare nel territorio tedesco, conformemente al regolamento di applicazione dell'*Ausländergesetz*. Le modalità di rilascio di tale visto sono disciplinate da una circolare del 15 maggio 1999 ai sensi della quale la rappresentanza diplomatica tedesca presso la quale il lavoratore cittadino di uno Stato terzo chiede un visto in previsione del suo distacco in Germania esamina, previamente, la domanda per valutare se sussistano i criteri e le informazioni. Tali requisiti sono: la chiara indicazione delle date relative all'inizio e alla fine del periodo di distacco del lavoratore; essere impiegato da almeno un anno presso l'impresa che effettua il distacco; la presentazione, per garantire la continuazione dell'impiego del detto lavoratore al termine del periodo di attività in Germania, dell'autorizzazione di soggiorno e del permesso di lavoro rilasciati nello Stato membro dove è stabilita l'impresa che procede al distacco; l'iscrizione al regime di sicurezza sociale dello Stato membro in cui è stabilita l'impresa che procede al distacco; il possesso di un passaporto valido per il periodo di soggiorno previsto.
[16] Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 19 gennaio 2006, causa C-244/04, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania, paragrafi 30 e ss.
[17] Flavio Rivellini, "Dichiarazione di distacco preliminare nell'UE", in Diritto e pratica del lavoro n. 45/2009. "La Commissione europea, sulla base di sentenze riguardanti il distacco di lavoratori cittadini di uno Stato terzo da parte di un prestatore di servizi comunitario, sembra avallare la

attestante che i lavoratori interessati sono in una situazione regolare, soprattutto in termini di residenza, di autorizzazione di lavoro e di copertura assicurativa nello Stato membro ove la detta impresa li occupa, offrirebbe alle autorità nazionali sufficienti garanzie circa la regolarità di tali lavoratori e il fatto che questi esercitino la loro attività principale nello Stato membro ove ha sede l'impresa prestatrice di servizi.
La segnalazione preventiva alle autorità locali, che potrebbe assumere la forma di una succinta comunicazione dei documenti richiesti, della presenza di uno o più lavoratori dipendenti distaccati, della durata prevista di tale presenza e della prestazione di servizi che giustificano il distacco, costituisce, quindi, una misura più proporzionata e bilanciata rispetto al controllo preliminare del distacco[18].

La soluzione della CGCE nella causa C-219/08

Riprendendo l'analisi della sentenza del 1 ottobre 2009, anche sulla scorta del precedente quadro giurisprudenziale, è possibile evidenziare come la Corte di Giustizia, dando oramai per acquisiti nel diritto comunitario i principi dalla stessa formulati in materia di distacco di cittadini di Stati terzi dipendenti da imprese comunitarie, individui un'ulteriore forma di articolazione del controllo che gli Stati possono legittimamente effettuare perché necessario e proporzionato alla tutela di interessi superiori.
Come già in precedenza esposto l'occupazione dei lavoratori stranieri in Belgio è regolamentata dalla legge del 30 aprile 1999, nel testo modificato con regio decreto 20 luglio 2000, che, unitamente al regio decreto di esecuzione del 9 giugno 1999, dispensa dall'obbligo di ottenere un permesso di lavoro i lavoratori, dipendenti da un'impresa con sede in uno Stato membro, che si rechino in Belgio per fornire servizi alle condizioni previste, tra cui quella che i lavoratori siano legalmente autorizzati a lavorare nello Stato membro di residenza e tale autorizzazione sia valida almeno per la durata della prestazione da svolgere, che dispongano nello Stato membro di una residenza, di un diritto o di un permesso di soggiorno superiore a tre mesi.
In ragioni di tali disposizioni, la Commissione aveva ritenuto che il Regno del Belgio limitasse indebitamente il distacco, imponendo l'obbligo di ottenere preventivamente il rilascio di un visto o di un permesso di soggiorno provvisorio, nel caso in cui i lavoratori cittadini extracomunitari dipendenti di imprese stabilite in ambito comunitario venissero distaccati a partire da uno Stato membro che non applicasse integralmente il diritto di Schengen ovvero qualora fossero distaccati, per un periodo superiore a tre mesi, a partire da uno Stato membro che applicasse integralmente il diritto di Schengen. Inoltre, la libera prestazione di servizi sarebbe risultata compressa dalla richiesta agli stessi lavoratori, al fine di ottenere il visto, di esibire una documentazione attestante lo spostamento in Belgio nel quadro di un distacco, l'esonero dal permesso di lavoro, nonché la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti, di un alloggio in Belgio e di un'assicurazione per il viaggio.
In realtà, tali argomentazioni sono risultate infondate, avendo l'autorità belga precisato che tutte le garanzie previste dalla legislazione avrebbero potuto essere soddisfatte anche solo mediante esibizione di un certificato di distacco, rilasciato dalla cassa di previdenza sociale dello Stato di origine (modello E 101, attualmente sostituito dal ***portable document A1***). Infatti, in caso di distacco, nell'accezione comunitaria, il lavoratore o il suo datore di lavoro, ai sensi dell'art. 11 paragrafo 1 lett. a) del Regolamento CEE 574/72, può rivolgersi all'organismo territorialmente competente dello Stato di invio al fine di ottenere il "certificato di legislazione applicabile" o "il documento portabile A1 (**PDA1**)" con il quale si attesta la sottoposizione del lavoratore alla legislazione del paese d'invio e, contestualmente, l'esonero dall'applicazione della legislazione dello Stato di occupazione. La Corte di Giustizia ha più volte affermato che, al fine di garantire la certezza del diritto e la prevedibilità del regime applicabile, il modello E 101 crea una presunzione di regolarità dell'iscrizione dei lavoratori al regime previdenziale dello Stato membro in cui ha sede l'impresa che ha effettuato il distacco e che essa è vincolante per l'organo competente dello Stato membro in cui gli stessi lavoratori sono distaccati[19].

---

legittimità di tale dichiarazione non solo in tale ultimo caso, in quanto la dichiarazione è una misura parimenti efficace e meno restrittiva di un'autorizzazione preventiva, ma anche nei restanti casi di distacco di cittadini comunitari da parte di un prestatore di servizi comunitario. Infatti, la dichiarazione preventiva, come elaborata dagli Stati membri che l'hanno adottata, parrebbe reggere al sindacato di proporzionalità in quanto la restrizione alla libera prestazione di servizi determinabile dalla previsione di tale ulteriore onere documentale risulterebbe più che proporzionalmente giustificata dalla necessità di garantire, attraverso l'efficacia dei controlli ispettivi, l'interesse generale alla tutela delle condizioni di lavoro dei lavoratori".

[18] Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 19 gennaio 2006, causa C-244/04, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania, paragrafi 40 e ss.

[19] Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza C-2/05, paragrafo 21 e ss.

In tal guisa, la CGCE ha correttamente ritenuto che l'esibizione di un certificato di legislazione applicabile consente di verificare che l'impresa stabilita in un altro Stato membro, che distacchi sul suo territorio lavoratori cittadini di uno Stato terzo, non si avvalga della libertà di prestazione dei servizi per uno scopo diverso dall'adempimento della prestazione di cui si tratta e costituisce quindi, di per sé, già uno strumento idoneo a garantire il conseguimento degli scopi perseguiti, quali la tutela dei lavoratori e del mercato nazionale del lavoro, che rispondono a ragioni imperative d'interesse generale.
Né la Corte ha aderito alla tesi della Commissione secondo cui chiedere ai lavoratori interessati un modello E 101 costituisce una procedura più rigorosa rispetto all'esibizione di una previa dichiarazione del prestatore di servizi che attesti che i lavoratori interessati sono in posizione regolare, in particolare in riferimento alle condizioni di residenza, permesso di lavoro e copertura previdenziale, nello Stato membro in cui questa impresa li occupa. Infatti, il Regno del Belgio, oltre a ritenere l'esibizione di un modello E 101 una procedura meno gravosa, stabilisce, inoltre, che per ottenere un visto si possa alternativamente fornire prova di essere esonerati dal permesso di lavoro, di disporre di mezzi di sussistenza sufficienti, di un alloggio in Belgio e di un'assicurazione per il viaggio, anche mediante produzione di una *previa dichiarazione* del prestatore di servizi.
Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto non dimostrata, da parte della Commissione, l'ipotesi di sussistenza di un obbligo di una previa autorizzazione all'esercizio dell'attività economica.

Conclusioni

I principi elaborati dalla CGCE precedentemente esposti possono essere prudentemente utilizzati per verificare il grado di rispondenza ai dettami comunitari della legislazione italiana in materia.
Nell'ipotesi di misure transnazionali quali il distacco transnazionale comunitario di lavoratori cittadini di Stati terzi, ancora disciplinato dal regolamento 1408/71[20], gli Stati membri, ospitanti lavoratori cittadini di Stati terzi dipendenti di impresa comunitaria temporaneamente distaccati, nel frapporre ostacoli all'ingresso di tali lavoratori a causa di problemi di ordine pubblico o di tutela del lavoro e del mercato nazionale, dovranno, quindi, necessariamente coordinare gli interessi generali, che hanno giustificato l'adozione di misure restrittive, con i fondamentali principi di libera prestazione di servizi da parte delle imprese comunitarie e di libera circolazione dei lavoratori. Infatti, come evidenziato dalla giurisprudenza esaminata, le ragioni imperative d'interesse generale, che consentirebbero una legittima restrizione della libertà di prestare servizi, possono essere già sufficientemente e proporzionalmente garantite, nell'ambito di un distacco comunitario, mediante la previsione dell'obbligo di esibizione di una dichiarazione di distacco preventiva ovvero di un certificato di legislazione applicabile.
Considerando, alla stregua della giurisprudenza richiamata, la disciplina dell'ingresso in Italia di cittadini di Stati terzi nell'ambito delle misure transnazionali disciplinate dal regolamento 1408/71, a parere dello scrivente, sembrano sussistere nella nostra legislazione dei punti critici che, sebbene determinati dall'assenza di un coordinamento comunitario della normativa in materia di immigrazione di cittadini extracomunitari distaccati o contemporaneamente esercenti attività lavorative in due o più Stati membri, corrono il rischio di determinare, data la limitazione alla libera circolazione delle persone, ulteriore contenzioso a livello comunitario.
L'incombenza della problematica è testimoniata dalle recenti modifiche apportate alla legislazione nazionale in materia. In particolare, in seguito alla procedura d'infrazione n. 1998/2127 avviata contro l'Italia, il legislatore ha provveduto a novellare il D.Lgs. n. 286/98 (T.U. immigrazione) aggiungendo, con l'art. 5, comma 1, della legge n. 46/07, il comma 1 *bis* all'articolo 27.
L'articolo 27, al comma 1, prevede modalità e termini più favorevoli, al di fuori della disciplina generale degli ingressi per lavoro, per il rilascio delle autorizzazioni al lavoro, dei visti di ingresso e dei permessi di soggiorno per lavoro subordinato, per alcune categorie di lavoratori stranieri. In particolare, ai sensi della lettera i), rientrano in tale disciplina derogatoria "i lavoratori dipendenti regolarmente retribuiti da datori di lavoro, persone fisiche o giuridiche, residenti o aventi sede all'estero e da questi direttamente retribuiti, i quali siano temporaneamente trasferiti dall'estero presso persone fisiche o giuridiche, italiane o straniere, residenti in Italia, al fine di effettuare nel territorio italiano determinate prestazioni oggetto di *contratto di appalto* stipulato tra le predette persone fisiche o giuridiche residenti o aventi sede in Italia e quelle residenti

[20] Va rimarcata la differenza tra i casi di cui al regolamento 1408/71 e, invece, lo *stabilimento* di cittadini extracomunitari legittimamente soggiornanti in un diverso Stato membro per i quali i singoli Stati membri possono, con le rispettive normative in materia di immigrazione, legittimamente limitare la libertà di stabilimento.

o aventi sede all'estero, nel rispetto delle disposizioni dell'art. 1655 del codice civile e della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, e delle norme internazionali e comunitarie”[21].

L’Italia, sottoponendo il datore di lavoro comunitario con dipendenti extracomunitari legalmente soggiornanti ai medesimi oneri previsti per le imprese extracomunitarie, ivi compresa la richiesta di nulla-osta, aveva quindi limitato la libertà nel prestare servizi delle imprese comunitarie.

Da qui la procedura di infrazione a cui si è posto rimedio prevedendo una procedura semplificata, rispettosa dell’art. 56 del TFUE, per il caso di lavoratori extracomunitari dipendenti regolarmente retribuiti dai datori di lavoro, persone fisiche o giuridiche, residenti o aventi sede in uno Stato membro dell’Unione europea, distaccati, nell’accezione comunitaria, in Italia al fine di effettuarvi determinate prestazioni oggetto di contratto di appalto. In tale caso il nulla osta al lavoro è sostituito da una comunicazione, da parte del committente, del contratto in base al quale la prestazione di servizi ha luogo, unitamente ad una dichiarazione del datore di lavoro contenente i nominativi dei lavoratori da distaccare e attestante la regolarità della loro situazione con riferimento alle condizioni di residenza e di lavoro nello Stato membro dell’Unione europea in cui ha sede il datore di lavoro. La comunicazione va presentata allo sportello unico della Prefettura-ufficio territoriale del Governo, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno.

Allo stato attuale, pur alla luce delle novelle intervenute, è tuttavia opinione dello scrivente che nella legislazione italiana permangano elementi di incoerenza[22] rispetto alla richiamata giurisprudenza comunitaria. Ciò in quanto da un lato la nuova procedura per l’accesso in Italia non pare aver prodotto un livello di semplificazione sufficiente, tale da non determinare un illegittimo ostacolo alla libera prestazione di servizi intracomunitaria, dall’altro perchè il riferimento, per l’applicazione della richiamata procedura semplificata, al solo contratto di appalto copre solo una parte della vasta gamma di istituti ricompresi nell’accezione di distacco comunitario. Infatti, dalla norma sembrerebbe dedursi la non applicabilità della suddetta procedura semplificatrice alle ulteriori due tipologie, rispetto all’appalto, di rapporti contrattuali ricompresi nella definizione di distacco comunitario: il distacco intragruppo, inteso questa volta nell’accezione italiana del termine, e la somministrazione di lavoro.

L’auspicio è che per il futuro ci si possa meglio concentrare sulla tematica anche in considerazione del fatto che, con l’entrata in vigore dal 1 maggio 2010 del nuovo coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale previsto dai regolamenti 883/04 e 987/09, i vecchi regolamenti 1408/71 e 547/72 rimarranno applicabili a solo poche residuali e circoscritte ipotesi tra cui quella del distacco transnazionale comunitario di cittadini di Stati terzi.

Flavio Rivellini
Ispettore del lavoro presso la Direzione Regionale del Lavoro del Friuli Venezia Giulia

[21] L’art. 40, comma 13, del DPR 394/99 specifica che in tali casi il nulla-osta al lavoro, da richiedersi a cura dell’appaltante, il visto d’ingresso e il permesso di soggiorno sono rilasciati per il tempo strettamente necessario alla realizzazione dell'opera o alla prestazione del servizio, previa comunicazione, da parte del datore di lavoro, agli organismi provinciali delle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative nel settore interessato.

[22] Flavio Rivellini, “Legislazione nazionale e comunitaria nel caso lavoratori transnazionali cittadini di Stati terzi”, in Lavoro e Previdenza Oggi n. 1/2010.