

STEFANO GIUBBONI E  
GIOVANNI ORLANDINI

**LA DIRETTIVA  
BOLKESTEIN  
E I DIRITTI DEI  
LAVORATORI EUROPEI**

*La regolazione degli scambi intracomunitari di servizi, anche laddove questi implicano la mobilità della manodopera, non può ispirarsi a improbabili criteri di rigida difesa delle prerogative nazionali. Come sempre, occorre ricercare un ragionevole compromesso tra «unità» e «diversità»*

❶ È difficile trovare, nella ormai lunga storia del processo d'integrazione europea, un atto comunitario la cui approvazione sia risultata più travagliata e contestata di quella della cosiddetta direttiva Bolkestein. Contro la proposta originaria, presentata nel febbraio 2004, si è levato un coro di proteste che ha preso la forma di un vero e proprio movimento di «resistenza» a difesa del modello sociale europeo, le cui fondamenta sarebbero state minate dall'approvazione della direttiva in questione. Essa è diventata l'emblema di un'Europa dei mercati e dei mercanti, priva d'anima sociale e causa prima dei processi di destrutturazione e deregolamentazione dei sistemi nazionali di protezione sociale. L'opposizione alla sua approvazione si è così rapidamente estesa dai movimenti e associazioni dell'area *no-global* ai sindacati nazionali ed europei, ai governi di vari Stati membri (primo tra tutti, quello francese), fino alle sedi istituzionali comunitarie.

Oggetto principale del contendere è stata la cosiddetta clausola del paese d'origine, inserita nell'art. 16 della proposta del 2004 quale principio guida dell'intero sistema di regolazione del mercato interno dei servizi. In forza di tale clausola sarebbe venuta meno la possibilità degli Stati membri di applicare la propria legislazione alle imprese di servizio straniere; con ciò si sarebbero aperti scenari di *dumping* sociale e di selvaggia delocalizzazione delle imprese, libere di scegliere lo Stato più conveniente dal punto di vista della legislazione lavoristica, previdenziale e fiscale.

La direttiva Bolkestein, associata all'ingresso nell'Unione degli Stati dell'ex blocco sovietico e all'apertura di mercati con bassi standard di protezione sociale e

ancor più bassi livelli salariali, avrebbe così accelerato il processo di crisi del *welfare state*, destinato a cedere il passo al modello liberista nordamericano.

La mobilitazione contro la proposta originaria ha prodotto risultati significativi, il primo dei quali è senz'altro l'eliminazione – almeno apparente – del famigerato principio del «paese d'origine». Prima di analizzare la versione finale della direttiva, è necessario però fare un passo indietro e collocare la stessa nel più ampio contesto delle regole del mercato interno, che non nascono certo dall'iniziativa dell'ex commissario europeo Frits Bolkestein. Del resto, solo situando la proposta di direttiva nel contesto risultante dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia è possibile apprezzare con un certo grado di precisione, e al riparo almeno dalle più connotate critiche ideologiche, l'effettivo contenuto «novativo» del testo della Bolkestein, nella sua versione originaria e in quella definitiva, profondamente rivista.

② Se non si può ignorare il significato politico del «movimento anti-Bolkestein», segnale tangibile di una diffusa aspirazione a un'Europa più «sociale», le ragioni che tale movimento hanno mosso, animando il dibattito intorno alla proposta di direttiva, non possono in qualche modo non sorprendere. Le critiche e le accuse rivolte ai promotori della direttiva sembrano partire dall'assunto secondo cui il mercato interno comunitario si troverebbe all'anno zero e si tratterebbe dunque di decidere *ex novo* su quali regole e su quali principi esso debba fondarsi; in altre parole, la direttiva Bolkestein sembrerebbe intervenire a regolare un settore sino a oggi lasciato al pieno potere regolativo degli Stati membri. Tale assunto è semplicemente (e largamente) infondato: lo è in generale, ma lo è a maggior ragione con riguardo alla disciplina delle condizioni di lavoro di chi, alle dipendenze di un'impresa di servizi, viene temporaneamente distaccato sul territorio di un altro Stato membro.

Vige infatti al riguardo la direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori, e in ogni caso la materia è stata oggetto di ripetuti interventi della Corte di Giustizia, la quale ha progressivamente elaborato i criteri che uno Stato membro deve seguire per applicare la propria normativa interna ai lavoratori stranieri distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi. La Corte ha applicato anche ai casi di specie i principi da essa stessa elaborati (a partire dalla sentenza *Säger*)<sup>1</sup> nella sua opera di interpretazione dell'art. 49 del Trattato CE, norma sulla quale si fonda – come noto – il mercato interno dei servizi.

L'art. 49 vieta qualsiasi misura in grado di ostacolare o intralciare la prestazione di un servizio transnazionale, impedendo o rendendo più gravoso l'accesso al mercato di uno Stato membro. L'imposizione del rispetto delle norme di diritto del lavo-

<sup>1</sup> Corte di Giustizia CE, causa C-76/90, in «Raccolta», 1991, I, p. 4221 e seguenti.

ro dello Stato di destinazione del servizio rappresenta, evidentemente, in linea di principio un ostacolo ai sensi dell'art. 49: se esse sono più favorevoli per il lavoratore di quelle dello Stato dove ha sede l'impresa, la loro applicazione aumenta, infatti, i costi d'esportazione gravanti su quest'ultima. L'applicazione di tali norme alle imprese straniere può tuttavia rappresentare una «deroga» giustificata al principio della libera circolazione dei servizi, se è fondata su «esigenze imperative di interesse generale» (tra le quali la Corte ammette senz'altro che rientri la tutela dei lavoratori) o su motivi di «ordine pubblico». Deve dunque accertarsi, caso per caso, che la norma interna, che uno Stato intende applicare ai lavoratori stranieri, in primo luogo sia «necessaria» a tutelare i loro interessi, il che è da escludere nel caso in cui questi siano garantiti in maniera «sostanzialmente simile» dalla normativa dello Stato d'origine (c.d. test di necessità); e in secondo luogo costituisca una restrizione alla libertà di prestazione dei servizi proporzionata al fine che con essa s'intende perseguire (c.d. test di proporzionalità)<sup>2</sup>.

Merita attenzione il fatto (troppo spesso ignorato nel dibattito intorno alla direttiva Bolkestein) che l'interesse «generale» che la Corte di Giustizia considera meritevole di tutela, al punto da giustificare una restrizione di una libertà economica fondamentale del Trattato CE, è quello relativo alla protezione dei lavoratori distaccati e non quello dei lavoratori dello Stato dove avviene il distacco. Né tanto meno può trattarsi dell'interesse dello Stato che riceve la prestazione, e delle imprese che in esso hanno sede, alla difesa del mercato nazionale.

In altre parole, è del tutto pacifico per la giurisprudenza della Corte di Giustizia che il timore di *dumping* sociale, di per sé, non giustifica una limitazione nell'accesso sul territorio di uno Stato membro, ben potendo le imprese comunitarie giovare dei differenziali di costo del lavoro che caratterizzano i diversi mercati nazionali. Questo è esattamente uno dei legittimi vantaggi competitivi derivanti dall'apertura del mercato interno.

❸ Questi principi giurisprudenziali – così schematicamente riassunti<sup>3</sup> – costituiscono il quadro di riferimento all'interno del quale si iscrive la direttiva 96/71/CE in materia di distacco dei lavoratori. È, questa, una direttiva frutto del compromesso tra interessi contrastanti e perciò di non facile lettura: con essa si è inteso perseguire il difficile obiettivo di conciliare le esigenze di tutela dei lavoratori con gli interessi delle

<sup>2</sup> Su tali principi, nell'ambito della vastissima letteratura, si vedano, recentemente e per tutti, C. Barnard, *The Substantive Law of the EC. The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford 2004, p. 330 e seguenti; e L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo*, Giuffrè, Milano 2006, p. 115 e seguenti.

<sup>3</sup> Si veda anche, sempre da ultimo, A. Lo Faro, «*Turisti e vagabondi*»: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini, «Lavoro e diritto», 2005, p. 437 e seguenti.

imprese che si muovono nel mercato interno dei servizi; interessi fondati sulla libertà sancita dall'art. 49 Trattato CE. E l'equilibrio è stato individuato riconoscendo il diritto dei lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale di ricevere la protezione assicurata dalla normativa dello Stato dove il servizio è prestato, relativamente a una serie di materie tassativamente elencate, la più importante delle quali è ovviamente quella dei «minimi salariali» (art. 3.1). A tali materie lo Stato ospitante può aggiungerne altre, ma a condizione che esse possano considerarsi «disposizioni di ordine pubblico» (art. 3.10 della direttiva del 1996). Anche il rispetto dei contratti collettivi può essere imposto alle imprese straniere. Nei sistemi dove i contratti collettivi non hanno generale vincolatività (come in Italia), ciò può, però, avvenire soltanto nella misura in cui essi debbano essere parimenti rispettati anche dalle imprese nazionali (ovvero, nel nostro paese, con riguardo ai soli minimi salariali), pena la violazione del divieto di non discriminazione (art. 3.8)<sup>4</sup>.

La Commissione è intervenuta a chiarire la portata della direttiva 96/71, dando indicazione agli Stati circa la sua corretta implementazione<sup>5</sup> e ricordando che essa non può essere interpretata in modo tale da permettere agli Stati di porre in essere «ingiustificati» intralci alla libera prestazione dei servizi. In tale prospettiva, la Commissione ha sottolineato con decisione che «la direttiva non permette assolutamente agli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati nel loro territorio tutte le disposizioni legislative e/o i contratti collettivi che disciplinano le condizioni di lavoro», e che la nozione di «ordine pubblico», di cui all'art. 3.10, deve interpretarsi in maniera restrittiva (escludendovi, ad esempio, la materia dei licenziamenti).

In generale, la direttiva 96/71 deve trovare applicazione nel rispetto dei principi definiti dalla Corte di Giustizia in merito al giudizio di «giustificazione» degli ostacoli alla libertà di circolazione dei servizi<sup>6</sup>. È in forza di tali principi che, ad esempio, nella sentenza *Mazzoleni*<sup>7</sup> non è stata considerata ammissibile l'imposizione dell'obbligo di rispettare i minimi salariali vigenti in Belgio a un'impresa francese transfrontaliera, in ragione della discontinuità e della breve durata del distacco dei lavoratori di quest'ultima sul territorio belga.

<sup>4</sup> In argomento, più diffusamente, G. Orlandini, *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*, «Argomenti di diritto del lavoro», 1999, p. 465 e seguenti, nonché, da ultimo, S. Giubboni e G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea. Principi e tendenze*, Il Mulino, Bologna 2007, specialmente cap. II.

<sup>5</sup> Si veda COM (2003) 458.

<sup>6</sup> Cfr. pure P. Davies, *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, «Industrial Law Journal», 2002, p. 302 e seguenti; J.-Ph. Lhernould, *La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs. Le plombier polonais est-il mort?*, «Droit social», 2006, p. 1191 e seguenti.

<sup>7</sup> Corte di Giustizia CE, causa C-165/98, in «Raccolta», 2001, I, p. 2189 e seguenti.

④ La direttiva sul mercato interno dei servizi deve collocarsi in questo contesto di norme di diritto derivato e di principi direttamente dedotti dal Trattato CE (e per questo di rilievo costituzionale, anche se non ancora formalmente «costituzionalizzati», nel senso pregnante che tale espressione ha assunto nel più recente dibattito comunitario)<sup>8</sup>. La domanda da porsi è, dunque, quale rapporto sussista tra la direttiva in questione e le norme e i principi appena riassunti, e appunto così radicati nel diritto europeo vigente (e «vivente»); o, detto in altri termini, in che modo la direttiva stessa sia destinata a incidere, in ipotesi, su tale consolidato assetto.

Una risposta esplicita a tali domande era fornita già nella versione originaria della proposta di direttiva: il suo art. 17.5 faceva infatti salve le «materie disciplinate dalla direttiva 96/71», escludendole dal campo di applicazione del principio del paese d'origine. Il motivo per cui una simile disposizione non è parsa sufficiente a rassicurare dai rischi di *dumping* è da ricercarsi nel fatto che la direttiva del '96, come visto, impone il rispetto della normativa dello Stato ospitante solo con riguardo a determinate materie e lascia margini significativi di incertezza circa il trattamento contrattuale da riservarsi ai lavoratori distaccati. Se ne è dedotto che, per effetto dell'applicazione del principio del paese d'origine al di fuori delle materie di «necessaria applicazione», la direttiva Bolkestein avrebbe ridotto drasticamente il potere statale di «difendere» i mercati del lavoro nazionali dalla concorrenza delle imprese straniere giocata sul più basso costo del lavoro. In breve, l'originaria proposta di direttiva avrebbe imposto l'applicazione degli standard lavoristici del paese d'origine, con la sola eccezione delle materie elencate nell'art. 3.1 della direttiva 96/71, la più importante delle quali riguarda, come detto, i minimi salariali.

Un simile scenario appariva in realtà poco plausibile: la Bolkestein «prima maniera» non abrogava in alcuna parte la direttiva del 1996, e da questo punto di vista il disposto di cui all'art. 17.5 poteva apparire persino superfluo. Con esso, comunque, attraverso il richiamo alla direttiva 96/71 senza alcuna eccezione riferita a sue parti o disposizioni, si faceva esplicitamente salvo l'intero impianto della direttiva sul distacco: le «materie» da essa contemplate sono, evidentemente, sia quelle elencate nell'art. 3.1, sia quelle riconducibili alla nozione di ordine pubblico di cui al successivo paragrafo 10 della stessa disposizione. Con ciò non uscivano fugati i rischi di *dumping* sociale; semplicemente, questi non dipendevano dall'eventuale approvazione della direttiva così come originariamente concepita, ma dal quadro preesistente di regole dettate dal diritto comunitario (primario).

La proposta originaria intendeva invece incidere sulla disciplina dei controlli e dei

<sup>8</sup> Su di esso cfr. soprattutto le riflessioni critiche svolte nei saggi raccolti in J.H.H. Weiler e M. Wind (a cura di), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, e ivi, in particolare, il contributo del primo dei due curatori, *In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg* (p. 7 e seguenti).

vincoli amministrativi imponibili alle imprese straniere, tema sul quale la direttiva 96/71 rimane del tutto silente. Gli artt. 24 e 25 recepiscono in buona parte i principi elaborati a riguardo dalla Corte di Giustizia, traducendoli in vincoli sensibilmente più restrittivi per lo Stato ospitante. La logica seguita si ispirava al principio di proporzionalità adottato dalla stessa Corte, in base al quale alla duplicazione di vincoli burocratici per le imprese straniere (quali l'obbligo di tenere registri sul territorio dello Stato ospitante, di mantenervi un proprio rappresentante o di sottoporsi a procedure «para-autorizzatorie») si devono preferire obblighi di trasparenza e informazione meno gravosi e idonei comunque a perseguire il fine di effettuare controlli sulle condizioni di impiego e di lavoro dei lavoratori distaccati. Tali norme non compaiono più nella nuova versione della direttiva, con il risultato che gli Stati restano soggetti ai limiti meno certi deducibili dai *dicta* della Corte di Giustizia.

Anche il principio del paese d'origine scompare, sostituito dal più generico obbligo per gli Stati di rispettare «il diritto dei prestatori di fornire un servizio» e di garantire «il libero accesso di un'attività di servizio sul proprio territorio» (art. 16.1), sempre affiancato (per quanto qui interessa) dalla previsione dell'esclusione delle «materie disciplinate dalla direttiva 96/71» dal campo di applicazione della direttiva (art. 17.2). Dal momento che l'obbligo di garantire il «libero accesso» nel mercato nazionale, con riferimento alle condizioni di lavoro dei dipendenti di imprese che erogano un servizio transnazionale, altro non significa se non permettere alle stesse di applicare la normativa lavoristica del paese dove hanno sede, salvo il «nocciolo» di norme protettive ammesso dalla direttiva 96/71, delle due l'una: o neppure la versione originaria della direttiva incideva sullo statuto dei lavoratori distaccati, o anche quella «nuova» è foriera delle medesime dinamiche di *dumping* sociale. E questo per l'evidente ragione che la riformulazione del testo della direttiva, attraverso la soppressione del riferimento espresso al principio del paese d'origine, non è da sola idonea ad alterare il quadro regolativo consolidatosi per effetto della giurisprudenza comunitaria sulla libera circolazione dei servizi nel mercato interno.

🕒 Per i lavoratori europei sembra invero cambiare ben poco con l'approvazione della direttiva Bolkestein, dal momento che le loro «condizioni di lavoro e di occupazione» (nella nuova come nella vecchia versione della direttiva) restano regolate da quanto prescrive la direttiva 96/71, così come interpretata dalla Corte di Giustizia alla luce dell'art. 49 del Trattato CE. Sotto questo profilo, l'art. 17.2 può persino apparire una norma ingannevole, giacché sembra implicitamente suggerire che per i lavoratori distaccati non valgono i principi sanciti in termini generali dal precedente art. 16: ovvero che le imprese dalle quali dipendono, con riguardo alla normativa lavoristica che sono tenute a rispettare, non godano del diritto di vedersi garantito il

«libero accesso» al mercato di un diverso Stato membro, e che tale diritto sia comprimibile indipendentemente dalla presenza di ragioni di «interesse generale» o di «ordine pubblico», vagliate alla luce dei test di necessità e proporzionalità. Naturalmente così non è, visto che tali principi rappresentano la positivizzazione di quanto la Corte ha a più riprese affermato anche con riguardo al potere degli Stati membri di estendere la propria normativa ai lavoratori stranieri distaccati sul proprio territorio.

Che lo scenario cambi ben poco per effetto delle modifiche apportate alla versione originaria della direttiva, lo conferma la disciplina relativa ai poteri amministrativi e di controllo esercitabili dagli Stati ospitanti sulle imprese straniere. La Commissione, da una parte (cedendo alle pressioni «esterne»), ha eliminato nella nuova versione della direttiva gli articoli che fissavano limiti a tali poteri (artt. 24 e 25), ma dall'altra ha adottato una comunicazione<sup>9</sup> nella quale invita gli Stati a rispettare i principi d'origine giurisprudenziale che tali articoli recepivano. La Commissione osserva che l'adempimento degli obblighi di cooperazione e di scambio d'informazioni gravanti sugli Stati in forza dell'art. 4 della direttiva 96/71 comporterà, in ossequio al principio di proporzionalità, il progressivo superamento degli attuali vincoli e controlli imposti dagli Stati ospitanti alle imprese straniere che distaccano lavoratori sul loro territorio. In breve, la comunicazione del 2006 serve a ricordare agli Stati membri che le regole codificate nella proposta di direttiva originaria (ed eliminate, ma a questo punto solo «apparentemente», dalla «nuova»), rispecchiando quanto è deducibile dagli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sono destinate in ogni caso a riemergere per effetto del processo d'integrazione del mercato dei servizi.

L'accelerazione del processo d'integrazione del mercato dei servizi espone i lavoratori europei a rischi connessi con le dinamiche di *dumping* sociale, inevitabilmente innescate dall'ingresso nell'Unione di paesi con bassi standard di protezione sociale. I principi deducibili dal Trattato CE e dalla direttiva 96/71 pongono argini importanti all'evolversi di tali dinamiche, ma certo non ne scongiurano del tutto il realizzarsi.

In tale scenario non sorprende, allora, il fatto che sindacati e società civile europea si mobilitino per evitare che l'integrazione del mercato dei servizi si realizzi a scapito dei diritti dei lavoratori; a sorprendere è che tale mobilitazione adotti come proprio obiettivo una direttiva che non è, a ben vedere, destinata a incidere in maniera sostanziale sulla materia del contendere. E sorprende ancora di più che tale mobilitazione si plachi in ragione dell'accoglimento di modifiche alla direttiva in questione che non mutano di una virgola il quadro complessivo delle regole del merca-

<sup>9</sup> COM (2006)159.

to interno, nelle quali risiedono l'origine e la causa «prima» di quelle dinamiche di *dumping* sociale che si afferma di voler scongiurare.

D'altra parte, non è immaginabile che la regolazione degli scambi intracomunitari di servizi, anche laddove questi implicino la mobilità dei lavoratori europei, possa ispirarsi a improbabili criteri di rigida difesa delle prerogative nazionali, pur se orientate alla protezione di interessi e valori di rilievo sociale o pubblico: un'ipotesi di questo genere non sarebbe compatibile con i fondamenti stessi del processo di integrazione europea. Il «governo delle differenze»<sup>10</sup> tra gli Stati membri dell'Unione non può risolversi, senza negare quei fondamenti, in una completa rimozione delle dinamiche di competizione regolativa tra le diverse giurisdizioni nazionali. Tali dinamiche – con tutta la loro benefica carica di apertura costituzionale degli ordinamenti statuali alle istanze di cambiamento derivanti dall'appartenenza alla più vasta *polity* europea<sup>11</sup> – richiedono, naturalmente, di essere governate, onde scongiurare forme distorsive di «spiazzamento» dei sistemi regolativi nazionali, specie quando esse assumano i connotati deteriori (e deleteri) del *dumping* sociale. Tuttavia, i processi di *governance* sopranazionale non possono non ricercare, anche in questa sfera, un ragionevole compromesso tra «unità» e «diversità». Che, a ben vedere, è da sempre il vero *Sonderweg* del processo d'integrazione europea<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Per riprendere il titolo del recente libro di L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Il Mulino, Bologna 2006.

<sup>11</sup> Cfr. soprattutto M. Poiars Maduro, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford 1998; S. Weatherill, *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. Barnard e J. Scott (a cura di), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Hart Publishing, Oxford e Portland 2002, p. 41 e seguenti.

<sup>12</sup> Si rimanda ancora a J.H.H. Weiler, *op. cit.*, specialmente p. 19, laddove individua nel principio di «tolleranza costituzionale» l'architave dell'ordinamento della Comunità/Unione Europea.