



**URGE WORKING PAPER 1/2009**

**Libertà di circolazione dei lavoratori e libera prestazione  
dei servizi nell'ordinamento comunitario**

**Stefano Giubboni**

Università di Perugia e URGE  
e-mail: stefano.giubboni@cline.it

URGE is the Research Unit on European Governance of the Collegio Carlo Alberto Foundation

**Address:** URGE, Collegio Carlo Alberto, Via Real Collegio 30, 10024 Moncalieri (Turin), Italy

**Website:** [www.urge.it](http://www.urge.it)

## 1. I contenitori normativi della mobilità dei lavoratori nell'Unione europea

Dalle prime aperture contenute nel Trattato istitutivo della CECA (art. 69) alla graduale edificazione del regime CEE (stabilizzatosi nella sua forma classica sin dal 1968), sino ai più recenti sviluppi all'ombra dei principi generali di cui all'art. 39 del Trattato CE, il sistema comunitario di libera circolazione dei lavoratori non ha, in effetti, mai cessato di porsi come uno dei settori più dinamici del processo di integrazione europea, come autentico laboratorio di innovazioni di più ampio rilievo costituzionale nella costruzione dell'ordinamento sopranazionale.

In quanto segue mi concentrerò su quei profili della disciplina comunitaria che più direttamente incidono sullo *status* e sul trattamento giuridico dei lavoratori che si spostano all'interno del mercato comune. L'analisi verrà svolta alla luce di una distinzione analitica da tempo elaborata dalla dottrina e che tuttavia solo in anni recenti ha assunto l'importanza, teorica e pratica, che tutti, oramai, le riconosciamo. Faccio riferimento alla distinzione tra mobilità *verso* l'impiego e mobilità *all'interno* dell'impiego, con la quale siamo ormai soliti individuare in forma ellittica i due principali "contenitori normativi" della circolazione della forza lavoro all'interno dello spazio comunitario (per tutti Roccella e Treu 2007).

La prima locuzione si riferisce come noto alla forma classica di libera circolazione (in senso proprio e stretto) dei lavoratori subordinati *ex* art. 39 del Trattato CE; la seconda designa, sostanzialmente, le fattispecie di distacco della manodopera nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, che – attratte, in linea di massima, nell'orbita dell'art. 49 del Trattato CE – trovano la loro disciplina di dettaglio, quanto ai profili relativi al rapporto di lavoro, nella direttiva 96/71/CE. La dialettica tra queste due forme di mobilità dei lavoratori europei – e tra i diversi principi che ad esse sottostanno – costituisce, oggi, uno dei terreni di maggior contesa nella costruzione dell'ordinamento comunitario del lavoro: l'epicentro – è stato detto – di una nuova "questione sociale europea" (Ferrera e Sacchi 2007).

Illustrerò meglio fra breve le ragioni che inducono a porre tanta enfasi su questa distinzione analitica; può peraltro sin d'ora anticiparsi che esse risiedono nella circostanza che, con tale distinzione, risalta immediatamente il rapporto di inedita, diretta tensione tra l'esercizio delle libertà economiche di stabilimento e, soprattutto, di prestazione dei servizi nel mercato interno, da un lato, ed il rispetto della autonomia dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, quale tradizionalmente preservata dall'ordinamento comunitario, dall'altro.

Qui, prima di passare all'analisi di dettaglio, preme solo osservare *in limine* che quella distinzione, tra mobilità "verso" e "all'interno" dell'impiego, costituisce a ben vedere una acquisizione relativamente recente, e fino a qualche tempo fa per nulla scontata, del diritto comunitario vivente. Ed, invero, come è stato di recente puntualizzato (e come ricorderò meglio anche tra breve), "[...] nei Trattati originari la linea di confine tra le due libertà – di circolazione dei lavoratori e di circolazione dei servizi – era concettualmente ben delineata: tutte le prestazioni di lavoro rese in uno Stato membro diverso da quello di residenza, anche quelle temporanee o stagionali, erano destinate a ricadere nell'ambito dell'applicazione dell'art. 39 e del relativo principio di parità di trattamento [...]" (Lo Faro 2008, 70).

La sottrazione della mobilità temporanea realizzata nella forma del distacco alla sfera applicativa dell'art. 39 con la sua contestuale attrazione nell'orbita dell'art. 49 del Trattato, operazione avviata dalla Corte di giustizia alla fine degli anni Ottanta del secolo

scorso e poi perfezionata dallo stesso legislatore comunitario con la direttiva 96/71/CE, segna dunque una svolta nelle modalità di governo e di trattamento giuridico del fenomeno migratorio all'interno della Comunità (Giubboni e Orlandini 2007a). Tale operazione finisce, infatti, per aprire la stessa regolazione del mercato del lavoro (e del rapporto di lavoro subordinato), sino ad allora relativamente preservato dalla "incursione" delle libertà economiche protette dal Trattato, alla delicatissima dialettica tra *host state* e *home state control*.

## 2. La mobilità verso l'impiego

L'art. 39 del Trattato CE riconosce il diritto alla libertà di circolazione all'interno dell'Unione a tutti i lavoratori subordinati, aventi la cittadinanza di uno Stato membro, precisando che esso 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". La libertà così riconosciuta implica – per espresso disposto del Trattato – il diritto di spostarsi all'interno del territorio comunitario per rispondere ad offerte di lavoro (o anche, come chiarito dalla Corte, e poi dallo stesso legislatore sopranazionale, per ricercare un impiego)<sup>1</sup>, di prendere a tal fine dimora in altri Stati membri e di rimanervi, sia pure a determinate condizioni, al termine dell'occupazione<sup>2</sup>.

I limiti opponibili a questo diritto – formulato in termini incondizionati già dal Trattato e coerentemente declinato dalla normativa secondaria che ne ha portato a regime le modalità d'esercizio<sup>3</sup> – sono stati interpretati assai restrittivamente dalla Corte di giustizia. Ciò è avvenuto sia per la deroga, posta dal par. 4 dell'art. 39, relativa all'accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione, sia per la clausola – comune alle altre libertà di circolazione del Trattato – dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza e della sanità pubblica.

In termini specularmente estensivi è stata viceversa interpretata la nozione di lavoratore migrante avente diritto ai diritti e ai benefici riconosciuti dall'art. 39 del Trattato e dalla disciplina derivata (Giubboni 2008). Deve intendersi tale – per giurisprudenza consolidata – ogni persona che presti attività reali ed effettive nell'ambito di un rapporto la cui caratteristica distintiva, rispetto alle attività autonome, è data dalla circostanza che detta persona fornisca, per un certo tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione<sup>4</sup>. Si tratta di una nozione "debole" di subordinazione, nella quale i confini della fattispecie, più che rispetto alle attività di lavoro autonomo, sono delimitati – in modo peraltro assai fluido – sul lato delle attività che, per essere del tutto marginali ed accessorie, debbono ritenersi escluse dal mercato del lavoro. Ma solo quando l'attività sia di entità del tutto trascurabile, la giurisprudenza della Corte nega l'accesso all'area protetta dall'art. 39 del Trattato.

L'affermazione di un incondizionato principio di parità di trattamento nelle condizioni di lavoro (e più in generale sociali) assicurate dallo Stato ospitante, costituisce l'assunto

---

<sup>1</sup> Art. 14.2, lett. b, direttiva 2004/38/CE.

<sup>2</sup> V. per tutti Roccella e Treu (2007) e Barnard (2004).

<sup>3</sup> Cfr. in particolare il regolamento n. 1612/1968 e la direttiva 68/360/CEE, oggi in buona parte soppiantati dalla citata direttiva del 2004.

<sup>4</sup> V. ad es. le sentenze della Corte di giustizia 3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*, punto 17; 8 giugno 1999, causa C-337/97, *Meeusen*, punto 13; 6 novembre 2003, causa C-413/01, *Ninni-Orasche*, al punto 24.

normativo sul quale il Trattato di Roma fonda, all'art. 39, lo *status* giuridico del lavoratore comunitario. Questa piena assimilazione alla condizione giuridica del lavoratore nazionale – che situa lo *status* del migrante in qualche modo a metà strada tra quello del cittadino e quello dello straniero – rappresenta una novità nel quadro delle forme storiche di regolazione delle migrazioni economiche, almeno per la forza con cui viene imposta e garantita dai trattati istitutivi e dal diritto derivato emanato in attuazione degli stessi.

Si è già accennato al fatto che, almeno nella impostazione originaria, il Trattato di Roma non distingue, con riguardo alla circolazione dei lavoratori subordinati, tra forme di accesso al mercato del lavoro del paese ospitante che aspirino a una qualche stabilità, se non alla permanenza, e fattispecie che siano invece puramente temporanee. Muovendo dalla prospettiva della tutela del lavoratore migrante, il Regolamento n. 1612 del 1968 è esplicito nel riferire il principio della parità di trattamento nello Stato ospitante anche ai lavoratori che si spostino temporaneamente nell'ambito di un distacco dal paese di origine. Tra i "considerando" del Regolamento si legge infatti che "questo diritto deve essere riconosciuto indistintamente ai lavoratori permanenti, stagionali e frontalieri o a quelli che esercitano la loro attività in occasione di una prestazione di servizi".

Come è stato autorevolmente chiarito con riferimento a tale impostazione, "le norme degli artt. 48-51 sono strettamente connesse con la libertà di stabilimento e con la libera circolazione dei servizi, in quanto – secondo l'interpretazione giustamente accolta dal Consiglio – comprendono non solo i movimenti di lavoratori per rispondere a offerte provenienti da datori appartenenti a un altro Stato membro, ma anche i movimenti di lavoratori conseguenti allo spostamento della sede dell'impresa da cui dipendono da un Paese all'altro o all'istituzione di sedi secondarie o di società affiliate nel territorio di un altro Stato membro oppure, infine, alla temporanea prestazione di servizi da parte di un imprenditore insediato nel territorio di un altro Stato membro" (Mengoni 1972, 126). Ne costituisce riprova il fatto che, nella sistematica del Trattato di Roma, la disciplina in materia di libera circolazione dei lavoratori subordinati è unitariamente dettata dall'attuale art. 39, mentre nel campo del lavoro autonomo (nell'ampia accezione comunitaria) esiste, sin dall'inizio, per quanto una differenza effettiva abbia stentato ad affermarsi e si sia imposta solo grazie alla giurisprudenza della Corte, una distinzione almeno in astratto netta tra stabilimento e libera prestazione dei servizi, ed in particolare una distinzione centrata "sul tipo di collegamento che il cittadino proveniente da uno Stato membro instaura con il territorio del diverso Stato membro in cui esercita la propria attività o verso il quale dirige i risultati della propria attività" (Condinanzi, Lang e Nascimbene 2006, 133): la diversità del "collegamento" dipendendo essenzialmente dal carattere permanente ovvero temporaneo della attività svolta oltre confine.

In origine, stando alla formulazione letterale delle disposizioni del Trattato istitutivo, quello del trattamento nazionale è, in realtà, il principio prevalente ed applicabile in via tendenzialmente generale a tutte le forme di libera circolazione delle persone. Il Trattato lo prevede espressamente per lo stabilimento, oltre che all'art. 39, e solo le norme in materia di libera prestazione dei servizi evidenziano *ab initio*, nella loro stessa formulazione letterale, un più ampio effetto di liberalizzazione, vietando con portata generale ogni "restrizione" (art. 49, par. 1). Al lavoratore subordinato migrante la legge del paese ospitante si applica dunque nella sua interezza, sulla base di un principio di non discriminazione in ragione della nazionalità che la Corte di giustizia non ha certo tardato ad applicare con estremo rigore, sanzionando anche le disparità dissimulate o indirette.

La particolare estensione dell'obbligo di parità di trattamento nell'*host state* è assicurata soprattutto dalla previsione dell'art. 7, par. 2, regolamento n. 1612/1968, che garantisce al lavoratore comunitario il pieno accesso ai "vantaggi sociali" (oltre che fiscali) previsti dall'ordinamento del paese di accoglienza. La norma è stata infatti interpretata, sin dalla fine degli anni Settanta dello scorso secolo, nel senso di garantire al lavoratore migrante tutti i vantaggi che, connessi o no ad un contratto di lavoro, "sono generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali, in ragione principalmente del loro *status* obiettivo di lavoratori o del semplice fatto della loro residenza nel territorio nazionale, e la cui estensione ai lavoratori cittadini di altri Stati membri risulta quindi atta a facilitare la loro mobilità nell'ambito della Comunità"<sup>5</sup>.

Insieme alla mobilità all'interno della Comunità, l'accesso paritario agli stessi vantaggi sociali goduti dai cittadini dello Stato membro ospitante facilita e promuove l'integrazione del lavoratore migrante e dei suoi familiari nel tessuto sociale del paese di accoglienza. Nell'interpretazione estensiva dell'art. 7.2 del regolamento n. 1612/1968 si riassume dunque in qualche modo quello che è stato efficacemente definito il "modello assimilazionista" dell'art. 39 del Trattato: un modello che, nel giustificare l'assimilazione del lavoratore migrante e della sua famiglia nel sistema dei servizi e dei benefici pubblici erogati nel paese ospitante in ragione del contributo dallo stesso fornito alla vita economica di quest'ultimo, già si apre – come avrebbe dimostrato la successiva evoluzione dell'ordinamento comunitario – ad una nozione più ampia e inclusiva di cittadinanza europea.

Peraltro, il principio del trattamento nazionale in base al diritto dello Stato di accoglienza non risponde soltanto ad esigenze di protezione del lavoratore migrante e di piena integrazione dello stesso nel tessuto socioeconomico del paese ospitante. Pensato soprattutto con riguardo al lavoratore migrante tradizionale, ovvero al prestatore di lavoro *standard* con contratto a tempo pieno e indeterminato che si trasferisce in pianta stabile nel nuovo Stato membro, esso tende in realtà a trovare un'applicazione più ampia, e che si vorrebbe estesa anche alle forme di mobilità temporanea, in quanto realizza, insieme ad un'essenziale esigenza di tutela del prestatore di lavoro, anche una funzione di protezione del mercato nazionale da pratiche di *dumping* sociale.

L'affermazione di un principio di piena parità di trattamento – esteso ben al di là dei confini del rapporto di lavoro – risponde, così, anche ad una precisa *ratio* economica, che è quella "di proteggere sia la forza-lavoro nazionale, sia il lavoratore migrante" (Davies 1997, 600). Il principio per cui al migrante comunitario deve essere garantito lo stesso trattamento del lavoratore nazionale, sia per quanto attiene alle condizioni applicabili al rapporto di lavoro, sia per ciò che concerne la tutela previdenziale e sociale, risponde, infatti, anche a una chiara finalità di prevenzione di possibili distorsioni del processo concorrenziale nel mercato comune ed, appunto, al trasparente intento di scongiurare fenomeni di *dumping* sociale.

Sta a ben guardare in ciò, in questa finalità di promozione di un'equa e corretta concorrenza nel mercato comune, il fondamento più saldo del principio della *lex loci laboris*, accolto anche dal regolamento n. 1408/71 (e tenuto fermo dal regolamento n. 833/2004). Onde è in questo significato più profondo che va apprezzata l'esattezza della definizione della normativa in materia di libera circolazione dei lavoratori – e di correlata

---

<sup>5</sup> Così suona la massima formulata dalla Corte di giustizia nella sentenza 31 maggio 1979, causa 207/78, *Even*, punto 22, e da allora costantemente ribadita con riguardo ad una gamma sempre più ampia e variegata di prestazioni e diritti sociali; v. Foglia (2002).

protezione sociale degli stessi – come parte integrante del “diritto del lavoro europeo ispirato a istanze di politica della concorrenza” (Fuchs e Marhold 2001, 8). Si potrebbe dire che la libera circolazione *ex art. 39* del Trattato CE “assume perciò il significato di libera concorrenza fra i lavoratori nazionali e i lavoratori degli altri Stati membri per l’occupazione degli impieghi disponibili nel territorio di ciascuno Stato” (Mengoni 1972, 140), evitando però di tradursi in competizione regolativa tra i diritti del lavoro nazionali, appunto in ragione della affermazione del principio dell’*host state control*.

Non va invero dimenticato che, nel realizzare una siffatta funzione economica di protezione da forme di distorsione della concorrenza tese a lucrare sui differenziali di protezione sociale esistenti tra gli Stati membri, l’*host state control* preserva, prima di tutto, l’autonomia regolativa dei legislatori e delle parti sociali nazionali: protegge in altri termini i diritti del lavoro nazionali da forme di “armonizzazione negativa” guidate da pure logiche di mercato, salvaguardando l’autonomia delle scelte dei regolatori “locali” (pubblici poteri e sindacati) in questa delicatissima sfera di esercizio della sovranità nazionale.

### 3. La mobilità all’interno dell’impiego

Quella operazione di “scorporo” dall’art. 39 delle ipotesi di mobilità temporanea dei lavoratori che si realizzano nell’ambito di una prestazione transnazionale di servizi, con contestuale loro traslazione nella sfera dell’art. 49 del Trattato, sulla quale si è già richiamata l’attenzione, è all’origine anche dell’approvazione della direttiva 96/71/CE. 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 sul piano sistematico *ratio* e contenuti della direttiva sul distacco (v. *amplius* Carabelli 2006; Bano 2008).

La prima tappa è contenuta *in nuce* nelle sentenze *Webb* e *Seco* della Corte di giustizia (rese rispettivamente nel 1981 e nel 1982 nella cause 279/80 e 62-63/81), e si perfeziona a qualche anno di distanza con la nota pronuncia *Rush Portuguesa* (causa C-113/89), che è la “causa prossima”, per così dire, della proposta della Commissione poi sfociata – all’esito d’un tormentato *iter* – nella direttiva sul distacco.

Già nelle prime due citate sentenze la Corte aveva dovuto affrontare la questione se l’integrale applicazione, al prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, della normativa di tutela del lavoro del paese ospitante fosse compatibile con l’art. 49 del Trattato. E già in quella prima occasione, in cui il distacco di lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi veniva chiaramente riguardato nell’ottica di tale norma del Trattato, la Corte aveva affermato che il divieto di discriminazione nello Stato di destinazione, sancito da detta disposizione, “non implica tuttavia che qualsiasi disciplina nazionale che si applichi ai cittadini di tale Stato e si riferisca normalmente ad un’attività permanente delle imprese stabilite in tale Stato possa essere integralmente applicata anche ad attività di carattere temporaneo esercitate da imprese aventi sede in altri Stati membri” (così al punto 16 della sentenza *Webb*).

Inquadrata la fattispecie del distacco dei lavoratori nell’ambito dell’art. 49 del Trattato, si delineavano poi in coerenza, seppure in una prospettiva che poteva dirsi ancora interna al tradizionale giudizio anti-discriminatorio, anche i primi elementi del *test* che sarebbe stato successivamente perfezionato dalla Corte ai fini della verifica della conformità al trattato dell’applicazione della normativa lavoristica del paese di destinazione al

prestatore di servizi stabilito in altro Stato membro: trattandosi di una libertà fondamentale dell'ordinamento comunitario, la stessa avrebbe potuto essere limitata solo da norme nazionali giustificate da un pubblico interesse (tale dovendosi certamente qualificare quello alla tutela dei lavoratori subordinati) e 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 (v. il punto 17 della sentenza).

L'operazione di scorporo della fattispecie del distacco dall'art. 39, con contestuale riconduzione all'art. 49 del Trattato, si perfeziona più tardi con la sentenza *Rush Portuguesa*, la quale getta più immediatamente le basi concettuali della futura direttiva. In essa, infatti, da un lato si chiarisce definitivamente che i lavoratori distaccati, a differenza dei lavoratori migranti ai sensi dell'art. 39, non fanno accesso diretto al mercato del lavoro del paese temporaneamente ospitante, ma seguono il datore che svolge (ex art. 49) la prestazione transnazionale di servizi restando stabilito nel proprio Stato d'origine (v. il punto 15 della sentenza); dall'altro si afferma che, seppure nel rispetto della libertà di prestazione dei 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" (così il successivo punto 18). Ed è appunto nel tentativo di sciogliere la irriducibile ambiguità di tale ultima affermazione di principio – che portata alle estreme conseguenze sarebbe paradossalmente idonea a negare la "premessa maggiore" del rispetto della libertà di circolazione del *datore di lavoro* prestatore del servizio (Lo Faro 2008, 71-72) –, che la Commissione assume l'iniziativa di proposta legislativa poi sfociata nell'adozione della direttiva 96/71/CE.

Non si comprenderebbe tuttavia adeguatamente il quadro nel quale la direttiva è venuta innestarsi, se non si desse rapidamente conto dell'altra tappa della operazione di riconduzione del distacco dei lavoratori nell'orbita dei principi sulla libertà di prestazione dei servizi. Tale seconda tappa coincide invero con un più generale sviluppo di principio nell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 49 del Trattato CE. Si intende fare riferimento alla innovativa affermazione del principio – operata per la prima volta dalla Corte di giustizia in maniera netta con la sentenza *Säger* del 25 luglio 1991 (causa C-76/90) –, alla cui stregua l'art. 49 del Trattato 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. Ed, invero, specialmente in presenza di una prestazione solo temporanea, e quindi di un collegamento non stabile col territorio dello Stato membro di destinazione dell'attività economica, il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, benché ovviamente necessario, non appare di per sé sufficiente a garantire un effettivo accesso al mercato dell'operatore straniero.

È evidente, infatti, come la sottoposizione del prestatore di servizi ai requisiti regolativi imposti dallo Stato di destinazione, oltre che a quelli previsti dal paese d'origine, sia idonea, da sola, a prescindere da qualsiasi profilo discriminatorio, ad ostacolare le effettive possibilità di accesso al mercato dello stesso e a restringere la libera circolazione della prestazione nello spazio comunitario. L'effettiva realizzazione di un mercato europeo dei servizi richiede, perciò, secondo l'impostazione accolta dalla Corte, il superamento anche 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. 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. 49 del Trattato (per tutti Barnard 2004.; Orlandini 2006).

Ora, 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. 49 del Trattato. Alla stregua di tale principio, anche l'imposizione 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. 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. È vero che si tratta d'un ostacolo *prima facie* legittimato dall'esigenza di garantire un'adeguata tutela del lavoratore subordinato impiegato nella prestazione transnazionale di servizi: 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 *ex art. 49*, per l'appunto fondata su quelle esigenze imperative di interesse generale tra le quali la Corte ammette senz'altro la tutela dei lavoratori. Dovrà tuttavia accertarsi, caso per caso, che la norma interna, che uno Stato intende applicare ai lavoratori stranieri temporaneamente distaccati, 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 equivalente dalla normativa dello Stato d'origine), ed 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 (*test*, rispettivamente, di necessità e proporzionalità).

Risulta a questo punto sufficientemente delineato il quadro risultante dalla evocata operazione di riconduzione delle forme di mobilità *all'interno dell'impiego* nell'orbita dell'art. 49, nel quale viene ad iscriversi la direttiva 96/71/CE (che è stata adottata sulla base degli artt. 47, par. 2, e 55 del Trattato). Solo la libertà di circolazione *ex art. 39* del Trattato è governata dal principio del trattamento nazionale previsto nello Stato d'accoglienza in favore del migrante: la mobilità dei lavoratori che si realizza nell'ambito d'una prestazione transnazionale di servizi resta viceversa attratta nell'art. 49, che esige la tendenziale applicazione della legge del paese d'origine, potendosi applicare la disciplina lavoristica protettiva dello Stato di destinazione solo nei limiti consenti dal *test* di necessità e proporzionalità. Alla direttiva è allora 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. 49 del Trattato.

Il legislatore comunitario si è perciò mosso lungo una sottile e scivolosa linea di compromesso tra istanze tra loro in tendenziale conflitto; ed in questa linea, il contemperamento tra l'esigenza di promuovere la libera prestazione dei 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, dall'altro (Davies 1997; Orlandini 1999), 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.

#### 4. Il fragile compromesso della direttiva 96/71/CE

Coerentemente con tale limitata funzione, la direttiva 96/71 non contiene norme di armonizzazione, neanche parziale, delle legislazioni del lavoro degli Stati membri, non dettando *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 (le ipotesi sono quelle del distacco nell'ambito di un contratto, tipicamente d'appalto, concluso tra l'impresa che invia il lavoratore e il destinatario della prestazione del servizio; del distacco in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al medesimo gruppo, e, infine, del distacco nel contesto di una fornitura transnazionale di lavoro temporaneo, purché, in tutti i casi, continui a sussistere, tra il lavoratore ed il datore distaccante, un rapporto di lavoro: art. 1.3 della direttiva). Essa, piuttosto, coordina i sistemi di diritto del lavoro degli Stati membri, stabilendo entro quali limiti debba (par. 1 dell'art. 3) o possa (par. 10 della stessa disposizione) applicarsi la legislazione (o la contrattazione collettiva: par. 8, sempre dell'art. 3) dello Stato membro in cui è fornita la prestazione lavorativa in regime di distacco. In tal senso – come riconosciuto anche dalla giurisprudenza della Corte – la direttiva si configura quale speciale strumento di diritto internazionale privato in quanto concorre a dare soluzione al problema della determinazione della disciplina applicabile ai lavoratori dipendenti da operatori economici che erogano servizi transfrontalieri mediante distacco del proprio personale, integrando, in particolare, col disposto del suo art. 3, le previsioni contenute nell'art. 7 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (v. ora l'art. 9 del regolamento n. 593/2008).

L'art. 3, par. 1, della direttiva definisce anzitutto il nucleo minimo di tutela imperativa 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 tale nucleo imperativo di tutela include le norme – risultanti da disposizioni legislative, regolamentari, amministrative o da accordi collettivi dichiarati di applicazione generale – relative ai periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, alla durata minima delle ferie annuali retribuite, alle tariffe minime salariali (comprese le maggiorazioni per lavoro straordinario), alle condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, alla tutela delle condizioni di lavoro di gestanti o puerpere e di bambini e giovani, ed 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 (cioè oggetto di normativa armonizzatoria) e che, d'altro lato, possono considerarsi “determinanti ai fini del costo del lavoro (e dunque della concorrenza)” (Carabelli 2006, 46).

L'art. 3.1 integra così – nel campo d'applicazione della direttiva – quanto previsto dall'art. 7 della Convenzione di Roma del 1980 (e oggi dell'art. 9 del citato regolamento n. 593/2008), che come noto 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 medesima convenzione (visto che “di norma il distacco non incide sulla legge applicabile al rapporto di lavoro, che è quella del luogo di svolgimento abituale della prestazione”: Orlandini 2008a, 62). In altre parole, con l'art. 3.1, “rendendo obbligatorio ciò che la Convenzione contempla solo come una possibilità, la direttiva definisce un gruppo di regole – dette di protezione minima – in vigore nello

Stato sul cui territorio il dipendente viene distaccato che devono essere rispettate anche dalla imprese di altri Stati comunitari nei confronti dei loro dipendenti temporaneamente distaccati” (Mosconi 1998, 49-50), salva l’applicazione delle condizioni d’impiego di maggior favore per il lavoratore eventualmente stabilite dalla legge dello Stato d’origine. Il valore aggiunto della direttiva rispetto alla previsione della Convenzione (ed ora del regolamento Roma I) è in tal senso duplice, visto che da un lato si converte in obbligo ciò che è solo una facoltà, ampiamente discrezionale, del giudice (e si badi che la direttiva attribuisce *ex art. 6* la giurisdizione anche al giudice dello Stato membro ove il lavoratore è inviato), e dall’altro si precisa il contenuto delle norme di protezione minima di cui è sempre necessaria l’applicazione nel paese di distacco.

La direttiva interviene tuttavia sulla materia con un’altra disposizione, molto più ambigua, e nella quale si riflette tutta l’ambivalenza, se non la contraddittorietà, delle sue finalità, oscillanti tra promozione della libertà di prestazione dei servizi – sia pure in un clima di leale concorrenza nel mercato comune – e protezione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro. L’art. 3.10 autorizza infatti gli Stati membri, “nel rispetto del trattato”, ad imporre alle imprese nazionali ed a quelle straniere che erogano il servizio transfrontaliero mediante distacco dei propri dipendenti, da un lato, condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti *materie diverse* da quelle contemplate dal par. 1 del medesimo articolo, “*laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico*”, e dall’altro condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del par. 8, che riguardino attività diverse da quelle (del settore edilizio) contemplate nell’allegato della direttiva.

Si tratta della norma forse più problematica (e discutibile) della direttiva, e non è un caso che le sempre più numerose controversie interpretative nelle quali è impegnata la Corte di giustizia riguardino la delimitazione dei confini di tale disposizione. Le questioni principali concernono peraltro sia il versante delle condizioni di estensione della disciplina contenuta nei contratti collettivi (allorquando questi non siano dotati di effetti *erga omnes* ma risultino in “genere applicabili a tutte le imprese simili”, nell’ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale interessata, ovvero siano stati conclusi dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale e siano applicati in tutto il territorio dello Stato: par. 8 dell’art. 3); sia – e soprattutto – il profilo della corretta individuazione della nozione di “disposizioni di ordine pubblico”.

In relazione alla prima questione – di assoluta rilevanza in sistemi, come il nostro, che difettano di meccanismi di estensione *erga omnes* degli effetti del contratto collettivo – il problema principale sorge in relazione all’obbligo di parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere, posto dallo stesso art. 3.8 della direttiva come condizione per l’applicazione delle norme contenute nella fonte collettiva non dichiarata di applicazione generale. La giurisprudenza formatasi sul punto, a cominciare dalle celebri sentenze *Laval* e *Viking*, dimostra quanto sia difficile il rispetto di tale condizione e quanto siano viceversa disinvolute le prassi applicative spesso seguite dagli Stati membri, assai “permissivi” nel consentire (*rectius*, nell’imporre) l’applicazione della fonte collettiva (non dichiarata d’applicazione generale) senza un rigoroso controllo della clausola di parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Il caso italiano è in tal senso emblematico: la disposizione di cui all’art. 3, co. 1°, d. lgs. n. 72/2000, di recepimento della direttiva, è – salva la materia coperta dal principio di sufficienza della retribuzione *ex art. 36* Cost. – ben difficilmente compatibile con quanto prescritto dal legislatore comunitario (Orlandini 2008a)

L'altra questione – in presenza, anche qui, di prassi applicative tese a dilatare i confini dell'ordine pubblico sino ad abbracciare l'intero diritto del lavoro nazionale<sup>7</sup> è non meno rilevante; essa è, anzi, a ben guardare decisiva ai fini dell'equilibrato temperamento dei diversi (e in parte divergenti) interessi regolati dalla direttiva 96/71/CE. Una interpretazione del concetto di "disposizioni di ordine pubblico" conforme al Trattato, e cioè rispettosa dei principi che presidiano la libertà di cui all'art. 49 dello stesso, osta, invero, alle prassi dilatorie seguite da molti Stati membri (incluso, come appena accennato, il nostro) nel dichiarare tendenzialmente applicabile la generalità delle norme protettive in vigore nel paese di destinazione del lavoratore distaccato. Come ben chiarito dalla Commissione ancor prima che la Corte precisasse i suoi rigorosi e restrittivi orientamenti sul punto, "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" (così nella comunicazione COM(2003), 458, p. 11); la nozione di cui all'art. 3.10 va infatti assunta nel suo significato stretto, limitato alle sole "disposizioni di ordine pubblico legate al contesto internazionale", che non può certo comprendere l'insieme delle norme inderogabili del diritto nazionale del lavoro.

Non va del resto dimenticato che lo scopo della direttiva, rilevante agli stessi fini dell'interpretazione della nozione di "disposizioni di ordine pubblico", non è – come pure si è sostenuto (Balandi 1998) – la garanzia della (piena) parità di trattamento tra i lavoratori stranieri distaccati e i lavoratori nazionali, ma è piuttosto la garanzia della parità di trattamento (concorrenziale) tra imprese straniere prestatrici del servizio e operatori economici stabiliti nello Stato membro di destinazione (Carabelli 2006). Per quanto apprezzabili, i tentativi svolti ancor di recente per rileggere l'art. 3.10 quale "elemento focale dell'intera disciplina del distacco" alla luce del criterio guida della "divieto di discriminazione dei lavoratori" (Borelli 2008, 134), non sembrano del tutto compatibili con l'impianto della direttiva e – a monte – con gli stessi principi sulla libertà protetta dall'art. 49 del Trattato. L'errore d'una siffatta prospettiva (accolta per la verità dallo stesso legislatore italiano in sede di trasposizione della direttiva) sta proprio nel tentativo di riabilitare la piena logica paritaria dell'art. 39, quando è lo stesso legislatore sopranazionale ad averla superata basando la disciplina del distacco intracomunitario sul diverso fondamento dell'art. 49 del Trattato.

Riaffiora, dunque, in molti provvedimenti nazionali di trasposizione (e certamente nel nostro), una tendenza protezionistica incompatibile con le pur ambigue previsioni della direttiva, perché contrastante, in primo luogo, con i principi elaborati dalla Corte facendo diretta applicazione dell'art. 49 del Trattato, che è l'ultimo e decisivo parametro di legittimità in ordine ai limiti della applicabilità al prestatore di servizi comunitario della normativa lavoristica (di legge o di contratto collettivo) in vigore nel paese di destinazione. "Serpeggia – come è stato efficacemente scritto – ancora una volta l'idea [...] per cui tutto il diritto del lavoro rientri nella nozione di ordine pubblico. Un'idea totalizzante ed erronea, di chiara marca corporativa, che è stata alla base dell'interpretazione del sistema internazionalprivatistico ed in particolare dell'art. 31 disp. prel. c.c. prima della convenzione di Roma" (Magnani 2004, 394), ma che deve oggi ritenersi superata all'interno del sistema del diritto internazionale privato e, *a fortiori*, nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

---

<sup>7</sup> E' ancora il caso italiano, con l'art. 3 del d. lgs. n. 72 del 2000.

## 5. Criticità e contraddizioni della giurisprudenza comunitaria sulla direttiva in materia di distacco dei lavoratori

Quanto sin qui osservato non impedisce tuttavia di criticare la deriva neo-liberista impressa dalla Corte nella interpretazione della direttiva sul distacco nella sua più recente giurisprudenza. Mettere in evidenza l'erroneità della pretesa di applicare ai lavoratori stranieri distaccati l'intera panoplia delle norme inderogabili del diritto del lavoro nazionale non equivale ovviamente ad aderire all'opposta visione per cui la direttiva 96/71 può essere letta, in buona sostanza, come veicolo di competizione regolativa e di *dumping* sociale all'interno dell'Unione europea. Esiste all'evidenza una via mediana tra le due opposte visioni (ed interpretazioni) della direttiva, una via che era stata in qualche modo (inutilmente) indicata alla Corte nelle conclusioni rese dagli Avvocati generali nelle sentenze simbolo del nuovo corso qui criticato.

Nelle celebri sentenze *Viking* e *Laval* la Corte di giustizia era stata come noto sollecitata per la prima volta a dare risposte esplicite e dirette su uno dei gangli più delicati del funzionamento del mercato interno nell'Unione allargata, qual è quello costituito dal rapporto tra diritti di azione e di contrattazione collettiva, riconosciuti dagli ordinamenti costituzionali nazionali, e spazi di libertà assicurati all'impresa transnazionale dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE<sup>8</sup>

La prima controversia nasceva dalla decisione d'una compagnia finlandese di navigazione di cambiare bandiera ad una delle navi addette al servizio nella tratta tra Helsinki e Tallin, con la conseguente graduale sostituzione dell'equipaggio (e naturalmente del correlato trattamento economico e normativo previsto dal contratto collettivo) di nazionalità finlandese con lavoratori estoni, alle più favorevoli condizioni economiche consentite dalla normativa legale e contrattuale del paese di nuovo "stabilimento". All'azione collettiva (nella forma dello sciopero e del boicottaggio), avviata dal sindacato finlandese dei marittimi col sostegno della federazione internazionale dei lavoratori del settore, la Viking Line, assumendo la violazione della propria libertà di stabilimento *ex art. 43* del Trattato CE, aveva contrapposto un'azione inibitoria e risarcitoria incardinata, giusta le previsioni del regolamento n. 44/2001, dinanzi alla *Commercial Court* di Londra e, all'esito dell'impugnazione della *injunction* da questa concessa, davanti alla Corte d'appello londinese. Tale ultimo giudice chiedeva in sostanza alla Corte se l'azione collettiva intrapresa dal sindacato finlandese con l'appoggio della federazione internazionale potesse considerarsi una violazione – anche nella forma dell'ostacolo ingiustificato o sproporzionato – della libertà di stabilimento della Viking Line, la risposta positiva al quesito presupponendo, all'evidenza, che fosse risolta in senso affermativo la questione di fondo sollevata dalla controversia: *id est* la questione se la libertà di cui all'art. 43 del Trattato CE dispiegasse un'efficacia diretta orizzontale nei rapporti interprivati e fosse, per ciò stesso, opponibile dall'impresa interessata alle contrapposte organizzazioni sindacali.

La seconda controversia sollevava una questione simile, ma riferita, stavolta, alla asserita efficacia orizzontale della libertà di prestazione dei servizi *ex art. 49*, oltre che significativamente complicata dal fatto che alla fattispecie oggetto del rinvio pregiudiziale risultava applicabile, accanto alla norma del Trattato, anche la direttiva 96/71. L'azione di lotta – nella forma dello sciopero (anche di solidarietà) e del blocco – era stata infatti in questo caso intrapresa dal sindacato svedese contro una società lettone

---

<sup>8</sup>Tra i tanti commenti, per lo più critici, alle due pronunzie v. Ballestrero (2008), Veneziani (2008), Carabelli (2008), Orlandini (2008b), Corti (2008) e Pallini (2008).

che, aggiudicatasi un appalto pubblico per la costruzione d'una scuola nei sobborghi di Stoccolma attraverso una sua filiale stabilita in Svezia, aveva poi distaccato direttamente dalla casa madre le maestranze necessarie per l'esecuzione dei lavori, avvalendosi della facoltà riconosciuta dall'art. 1 della direttiva del 1996. La società, che applicava ai propri dipendenti in distacco il trattamento previsto dal contratto collettivo concordato col sindacato lettone, si era rifiutata di aderire al contratto di categoria svedese che avrebbe poi consentito, con garanzia di pace sindacale, di negoziare a livello aziendale il trattamento retributivo – di gran lunga superiore a quello in essere – da applicare concretamente nel cantiere ai lavoratori ivi distaccati. Questo rifiuto aveva determinato una dura risposta sindacale, risoltasi in buona sostanza in un blocco di tutte le attività della filiale svedese della Laval e nel conseguente fallimento della stessa. Di qui l'azione risarcitoria della società davanti al giudice svedese.

Le concrete vicende all'origine dei due rinvii pregiudiziali – ed in particolare del secondo – riuscivano così a condensare in sé tutti gli elementi tipici di quello che il dibattito che ha preceduto il grande allargamento del maggio 2004 aveva identificato come il principale pericolo di destabilizzazione sociale della nuova Europa: lo spettro del *dumping* salariale – che già aveva aleggiato sul contrastato processo di negoziazione della direttiva sulla liberalizzazione dei servizi (*infra*, § 6) – sembrava essersi improvvisamente materializzato nel suo aspetto più sinistro, sovraccaricando i casi *Viking* e *Laval* di un significato simbolico e politico che andava ben al di là del pur centrale rilievo delle questioni giuridiche rimesse alla Corte. Questa era comunque chiamata ad esprimere il proprio giudizio su questioni di cruciale rilievo costituzionale per la *polity* europea, in quanto direttamente incidenti sui meccanismi di interdipendenza tra i sistemi sociali nazionali e la costituzione economica sopranazionale.

La Corte ha come noto fornito risposte improntate ad un arcigno dogmatismo liberale, molto lontano dalla sensibilità dimostrata nei confronti della manifestazione della autonomia collettiva, sia pure in un distinto ambito normativo, nella altrettanto famosa sentenza *Albany*, alla quale non a caso avevano fatto ampio richiamo le difese spiegate in giudizio dalle organizzazioni sindacali interessate. Si scorge in esse una netta tendenza alla assolutizzazione della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, che si manifesta in primo luogo dalla scarna argomentazione con la quale la Corte di giustizia attribuisce alle due libertà di mercato una diretta efficacia orizzontale nei rapporti tra soggetti privati e, quindi, una notevolissima capacità di compressione della sfera di libertà (di autotutela e autonomia collettiva) delle organizzazioni sindacali.

Anche la nostra Costituzione ammette come sin troppo noto limiti esterni all'esercizio del diritto di sciopero in connessione con la garanzia della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41, comma 1. Onde è innegabile, sotto questo profilo, come ricorda la Corte di giustizia con riferimento all'ordinamento svedese e a quello finlandese, che, come l'esercizio del diritto di sciopero può incontrare limiti nelle normative nazionali in coerenza con le rispettive previsioni costituzionali, così può tollerare una limitazione derivante dalla necessità di conciliazione con le esigenze relative alle libertà di circolazione tutelate dal Trattato istitutivo. La questione cruciale diventa tuttavia quella della esatta determinazione di siffatti limiti, ovvero, per formulare la stessa osservazione in modo tecnicamente più appropriato, quella della individuazione dei termini per un corretto bilanciamento tra gli interessi ed i diritti in rilievo, salva la inevitabile discrezionalità di ponderazione giudiziale riferita al singolo caso concreto. Ed è qui che la Corte dà indicazioni che divergono significativamente da (e forse rischiano di configgere con) quelle desumibili dai principi che ispirano la nostra Costituzione.

Applicando in maniera rigorosa lo scrutinio di adeguatezza e proporzionalità cui è ordinariamente sottoposta la valutazione di legittimità degli ostacoli posti all'esercizio delle libertà economiche comunitarie, la Corte, infatti, come è stato ben osservato, "va oltre l'accertamento di eventuali limiti 'esterni' al conflitto ed entra nel merito delle rivendicazioni sindacali" (Orlandini 2008b). Lo si ricava con particolare chiarezza dalle indicazioni che la Corte dà nella sentenza *Viking* al giudice del rinvio pregiudiziale affinché questo verifichi il concreto rispetto nella fattispecie del vincolo di adeguatezza/proporzionalità che si impone allo sciopero con il quale si contrasti l'esercizio di una libertà comunitaria, quale quella di stabilimento garantita dal Trattato. Sotto tale profilo, si richiede in primo luogo al giudice nazionale di verificare se gli obiettivi perseguiti dal sindacato mediante l'azione collettiva intrapresa riguardino effettivamente "la tutela dei lavoratori", ipotesi da escludere – precisa la Corte – ove "fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati". Ed ancora si chiede al giudice del rinvio, ai fini dell'applicazione del *test* di proporzionalità (ovvero al fine di verificare se l'azione collettiva in esame vada al di là di quanto è necessario per conseguire l'obiettivo perseguito), se il sindacato, da un lato, "non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione". Ma l'idea che l'esercizio dello sciopero, o comunque il ricorso al conflitto collettivo, costituisca rimedio estremo e residuale, da esperire appunto in via di *ultima ratio* (Reich 2008), ricorre chiaramente anche nella sentenza *Laval*, dove i vincoli alla libertà del sindacato – sempre in termini di valutazione del merito e degli obiettivi delle strategie rivendicative attuate – risultano ulteriormente aggravati dagli specifici limiti imposti dalla direttiva 96/71/CE all'applicazione della disciplina contrattuale collettiva in favore dei lavoratori temporaneamente distaccati nello Stato membro ospitante.

Nella sostanza – e nonostante l'importante affermazione contenuta in entrambe le sentenze secondo cui "il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali di cui la Corte garantisce il rispetto" –, non viene in realtà effettuato alcun bilanciamento con le contrapposte libertà di mercato. Nel confronto con la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, il diritto di sciopero risulta in effetti degradato, nello stereotipato ragionamento della Corte, ad interesse che in tanto è meritevole di tutela e può essere legittimamente perseguito, in quanto non ecceda gli stretti confini imposti al suo esercizio dallo scrutinio di adeguatezza e di proporzionalità. Ciò che ha indotto un'attenta dottrina a parlare di concreta "irrilevanza del riconoscimento del diritto di sciopero" come diritto fondamentale e di "carattere quasi beffardo" della relativa affermazione nelle pronunzie della Corte (Orlandini 2008b, 281).

I nuovi limiti comunitari che la Corte ricava dal Trattato in ordine all'esercizio del diritto di sciopero ed al libero esplicarsi dell'autonomia contrattuale collettiva rischiano, allora, di produrre effetti dirompenti sulle dinamiche dell'azione sindacale in Europa, se i giudici di Lussemburgo non si riconvertono in fretta a formule di bilanciamento con le libertà di mercato degne di questo nome ed effettivamente rispettose almeno del contenuto essenziale dei diritti sociali fondamentali in gioco. E non meno problematiche e discutibili sono, d'altra parte, le conclusioni raggiunte dalla Corte – e da questa ribadite con lievi differenze nelle successive sentenze *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo* (Brino 2008; Orlandini 2008c) – sul significato della direttiva 96/71/CE. La Corte dà infatti della

direttiva un'interpretazione minimalistica che mina alla radice la logica compromissoria della stessa, nella misura in cui fa di essa uno strumento pressoché esclusivamente deputato alla promozione dell'integrazione negativa del mercato dei servizi in assenza di adeguati contrappesi sul versante della difesa dal *dumping* sociale.

Nella lettura legalistica della Corte, la direttiva finisce in realtà per divenire – con un singolare rovesciamento del suo significato storico – un formidabile veicolo di competizione regolativa direttamente all'interno dell'area centrale dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, visto che ad essere posta in discussione è, in certa misura, la stessa funzione "tariffaria" del contratto collettivo. I giudici di Lussemburgo sposano, infatti, pur contro significative evidenze anche testuali della direttiva, una linea esegetica che riduce drasticamente il ruolo dell'autonomia collettiva, fin quasi ad annullarlo ai livelli decentrati, per favorire in definitiva quello della legge nella fissazione degli *standard* di tutela praticabili nel distacco transnazionale.

Nella sentenza *Rüffert*, il disfavore verso meccanismi di sostegno dell'applicazione del contratto collettivo, diversi da quelli strettamente tipizzati dalla direttiva, arriva a mettere in discussione – attraverso un percorso interpretativo viziato da forti elementi di contraddizione e da vere e proprie fallacie logiche – forme di tutela che appartengono a pieno titolo allo strumentario classico del diritto del lavoro e che sono strettamente connesse alla missione fondativa sul quale esso si è costruito come limite invalicabile alla mercificazione del lavoro umano. In essa la Corte ha perentoriamente statuito la contrarietà di un provvedimento legislativo, emanato dall'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti di lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati nella esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto pubblico, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo di esecuzione dei lavori in questione (v. criticamente Brino 2008).

## 6. I riflessi lavoristici della direttiva 2006/123/CE

Tale criticabile linea interpretativa, affermata dalle più recenti pronunzie della Corte di giustizia in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, sembra del resto entrare in tensione quantomeno con la *ratio* che ha ispirato la formulazione finale di talune importanti previsioni della direttiva 2006/123/CE (su di essa v. in generale Barnard 2008a). La direttiva sui servizi nel mercato interno – così come formulata all'esito della completa riscrittura della primitiva proposta del 2004 – ha come noto cura di precisare, con un'enfasi sconosciuta al testo originario (Giubboni e Orlandini 2007b), che la disciplina generale dalla stessa introdotta non tocca, di massima, i sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale.

L'art. 1, par. 6, della direttiva è esplicito nello statuire che la relativa disciplina "non pregiudica la legislazione del lavoro, segnatamente le disposizioni giuridiche o contrattuali che disciplinano le condizioni di occupazione, le condizioni di lavoro, compresa la salute e la sicurezza sul posto di lavoro, e il rapporto tra datori di lavoro e lavoratori, che gli Stati membri applicano in conformità del diritto nazionale che rispetta il diritto comunitario. Parimenti la presente direttiva non incide sulla normativa degli Stati membri in materia di sicurezza sociale". Il successivo paragrafo 7 della stessa disposizione aggiunge che "la presente direttiva non pregiudica l'esercizio dei diritti

fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dal diritto comunitario, né il diritto di negoziare e concludere o eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario". Ancora, l'art. 4.7 – nel definire come "requisito" qualsiasi "obbligo, divieto, condizione o limite stabilito da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri o derivante dalla giurisprudenza, dalle prassi amministrative, dalle regole degli organismi e degli ordini professionali o dalle regole collettive di associazioni o organizzazioni professionali adottate nell'esercizio della propria autonomia giuridica" – si premura al contempo di precisare che "le norme stabilite dai contratti collettivi negoziati dalle parti sociali non sono considerate di per sé come requisiti ai sensi della presente direttiva".

Ma già nel quattordicesimo "considerando" si chiarisce che "la presente direttiva non incide sulle condizioni di lavoro e di occupazione, compresi i periodi massimi di lavoro e i periodi minimi di riposo, la durata minima delle ferie annuali retribuite, i salari minimi nonché la salute, la sicurezza e l'igiene sul lavoro, che gli Stati membri applicano in conformità del diritto comunitario; inoltre, la presente direttiva non incide sulle relazioni tra le parti sociali, compresi i diritti di negoziare e concludere accordi collettivi, di scioperare e di intraprendere azioni sindacali in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario, né si applica ai servizi forniti dalle agenzie di lavoro interinale. La presente direttiva non incide sulla normativa degli Stati membri in materia di sicurezza sociale".

In queste previsioni – chiaramente rivolte ad immunizzare il diritto del lavoro nazionale dall'applicazione delle misure di liberalizzazione introdotte dalla direttiva – le forze sindacali europee hanno come noto visto il risultato più significativo della lotta, largamente sostenuta all'interno del Parlamento europeo, per la sostanziale revisione della originaria proposta Bolkestein (Barnard 2008b), in una con l'abbandono, nel testo finale dell'art. 16.1 della direttiva, del famigerato principio del paese d'origine. La formale espunzione di tale ultimo principio, da un lato, e la minuziosa e quasi pedante cura messa nel precisare la virtuale irrilevanza delle disposizioni della nuova direttiva rispetto ai sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, dall'altro lato, avrebbero dovuto porre un argine sicuro, secondo queste intenzioni, di fronte ai rischi di amplificazione delle pratiche di *dumping* sociale insiti nella prima formulazione "iperliberista" della proposta Bolkestein.

Sulla effettiva portata giuridica di tali previsioni si può per la verità nutrire più di un dubbio (d'altra parte, la speranza, in qualche misura coltivata dal sindacato europeo, che esse potessero indirettamente influire sull'interpretazione giudiziale dei principi in materia di stabilimento e di distacco dei lavoratori nell'ambito d'una libera prestazione di servizi, ancora *sub iudice* nei casi *Laval* e *Viking* quando la direttiva è stata approvata, è stata come visto palesemente frustrata dalla Corte di giustizia). Ad evidenziarne la debolezza è la stessa clausola di salvezza, costantemente ripetuta, per cui la normativa lavoristica (di fonte legale o contrattuale collettiva) nazionale, in tanto rimane esclusa dal raggio applicativo della direttiva, in quanto rispetti i (e si conformi ai) principi generali del diritto comunitario. Precisazione sin troppo ovvia, che sta all'evidenza ad indicare che spetta in ultima istanza alla Corte di giustizia verificare il grado di effettiva "immunità" dei sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale dalle norme sulla libera prestazione dei servizi o sullo stabilimento, di cui alla direttiva 2006/123, alla luce dei principi generali, quali direttamente desumibili dal Trattato.

A rigore, poi, le disposizioni contenute negli artt. 1, par. 6 e 7, e 4.7 della direttiva potrebbero addirittura risultare superflue. Non si è infatti mai dubitato, neppure nel testo originario della proposta del 2004, che i profili propriamente lavoristici e previdenziali implicati (dal distacco dei lavoratori) nella libera prestazione dei servizi dovessero rimanere disciplinati, al di fuori della direttiva, dalla pertinente normativa già in vigore. E così, l'art. 3.1 della direttiva 2006/123 (rispettivamente alla lett. *a* e alla lett. *b*) fa espressamente salva – sancendone la prevalenza come *lex specialis* – tanto la disciplina contenuta nella direttiva 96/71/CE, quanto la normativa dettata dal regolamento di sicurezza sociale n. 1408/71.

Sennonché, pur riconosciuta la ambiguità o la scarsa incisività di dette disposizioni, non sembra neppure corretto assumerne una aprioristica irrilevanza, quantomeno in via interpretativa. La direttiva sui servizi è essa stessa un testo molto ambiguo, in cui hanno trovato un difficile compromesso istanze di segno diverso, come testimonia la complessità d'una riscrittura che sotto certi profili aumenterà le incertezze applicative piuttosto che risolverle (Barnard 2008a). In questa ambiguità, le disposizioni sopra ricordate segnalano comunque all'interprete un'esigenza di cautela nella interpretazione della disciplina in materia di servizi, anche di quella contenuta nella direttiva sul distacco del 1996, tutte le volte in cui vengano in rilievo istituti fondamentali del diritto del lavoro degli Stati membri, a cominciare dalla libertà di azione e di contrattazione collettiva riconosciuta alle organizzazioni sindacali dalle costituzioni nazionali.

Da questo punto di vista, può allora dirsi che la *ratio* che ispira le suddette previsioni appare sufficientemente chiara: essa richiama l'interprete – in primo luogo la Corte di giustizia – ad un'attenta valutazione dei diversi interessi in gioco e ad un temperamento degli stessi decisamente più equilibrato di quello che, almeno oggi, emerge dalla giurisprudenza comunitaria sopra esaminata.

### Riferimenti bibliografici

Balandi, G. G. (1998), 'La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro', *Quad. dir. lav. rel. ind.*, No. 20, p. 29 ss.

Ballestrero, M. V. (2008), 'Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero', *Lav. dir.*, p. 371 ss.

Bano, F. (2008), *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione europea*, Bologna: Il Mulino.

Barnard, C. (2004), *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford: Oxford University Press.

Barnard, C. (2008a), 'Unravelling the Services Directive', *Common Market Law Review*, p. 323 ss.

Barnard, C. (2008b), 'Employment rights, free movement under the EC Treaty and the Services Directive', *Europa Institute Mitchell Working Paper Series*, 5/2008.

Borelli, S. (2008), 'Un (possibile) equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione', *Lav. dir.*, p. 125 ss.

Brino, V. (2008), 'Gli equilibri della Corte di giustizia: il caso Rüffert', *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 479 ss.

Carabelli, U. (2006), 'Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE', *Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, INT-49/2006.

Carabelli, U. (2008), 'Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking', *Dir. lav. rel. ind.*, p. 147 ss.

Condinanzi, M., Lang, A. e Nascimbene, B. (2006), *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano: Giuffrè.

Corti, M. (2008), 'Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro nell'Europa sociale', *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 249 ss.

Davies, P. (1997), 'Posted workers: single market or protection of national labour law systems?', *Common Market Law Review*, p. 571 ss.

Ferrera, M. e Sacchi, S. (2007), 'A more social EU? In what areas? In what forms?', *URGE Working Paper n. 1/2007*.

Foglia, R. (2002), *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova: CEDAM.

Fuchs, M. e Marhold, F. (2001), *Europäisches Arbeitsrecht*, Vienna e New York: Springer.

Giubboni, S. (2008), 'Libera circolazione e subordinazione. La nozione di lavoratore subordinato nella giurisprudenza comunitaria sugli articoli 39 e 42 del Trattato di Roma', in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino: Giappichelli, vol. I, p. 664 ss.

Giubboni, S. e Orlandini, G. (2007a), *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Bologna: Il Mulino.

Giubboni, S. e Orlandini, G. (2007b), 'La direttiva Bolkestein e i diritti dei lavoratori europei', *Biblioteca della libertà*, p. 99 ss.

Lo Faro, A. (2008), 'Diritti sociali e libertà economiche nel mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking', *Lav. dir.*, p. 63 ss.

Magnani, M. (2004), 'I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità', *Mass. giur. lav.*, p. 391 ss.

Mengoni, L. (1972), 'La libera circolazione dei lavoratori nella CEE', in Associazione Italiana Giuristi, *Libertà di movimento delle persone nell'ambito delle Comunità europee*, L'Aquila: Japadre, p. 121 ss.

Mosconi, F. (1998), 'Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità', *Quad. dir. lav. rel. ind.*, No. 20, p. 29 ss.

Orlandini, G. (1999), 'La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori tra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996', *Arg. dir. lav.*, p. 465 ss.

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.*, p. 947 ss.

Orlandini, G. (2008a), 'Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia' *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 59 ss.

Orlandini, G. (2008b), 'Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza', *Dir. lav. rel. ind.*, p. 237 ss.

Orlandini, G. (2008c), 'Ordine pubblico e dumping sociale nel mercato interno dei servizi', *Riv. dir. sic. soc.*, p. 663 ss.

Pallini, M. (2008), 'Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea', *Riv. giur. lav.*, II, p. 3 ss.

Reich, N. (2008), 'Free movement vs. social rights in an enlarged Union – the Laval and Viking cases before the ECJ', *German Law Journal*, p. 125 ss.

Roccella, M. e Treu, T. (2007), *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova: CEDAM.

Veneziani, B. (2008), *La Corte di giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari: Cacucci, II, p. 1281 ss.