

Rassegna
di diritto pubblico
europeo

XVI

1/2017

Rivista semestrale
DIRETTORI

Raffaele Bifulco, Lorenzo Chieffi, Alberto Lucarelli (responsabile).

COMITATO DI DIREZIONE

Claudio De Fiore, Luca De Lucia, Nicola Lupo, Massimo Villone

COMITATO SCIENTIFICO

Michele Ains, Gaetano Azzariti, Francesco Bilancia, Giuditta Brunelli, Antonio Cantaro, Elisabetta Catalani, Roberto Carantia, Michele Carducci, Paolo Carnevale, Marta Cartabia, Marcello Cecchetti, Alfonso Celotto, Pietro Ciarlo, Giovanni Cocco, Giovanni Cordini, Antonio D'Aloia, Marilisa D'Amico, Giovanna De Minico, Gianmario Demuro, Filippo Donati, Luigi Gianniti, Andrea Giorgis, Enrico Grosso, Pier Francesco Loitto, Joerg Luther, Michela Manetti, Anna Marzanati, Stefano Mannoni, Guido Meloni, Roberto Miccù, Mario Midiri, Ida Nicotra, Marco Olivetti, Elisabetta Palici di Suni, Ferdinando Pinto, Andrea Pisaneschi, Giovanni Pitruzzella, Annamaria Poggi, Ulderico Pomarici, Salvatore Prisco, Andrea Pugiotto, Orlando Roselli, Emanuele Rossi, Giulio Salerno, Massimo Siglari, Antonino Spadaro, Rolando Tarachi, Marco Ventura, Giuseppe Verde, Lorenza Violini, Nicolò Zanon.

CORRISPONDENTI

ISTITUTO UNIVERSITARIO EUROPEO - Yves Meny, Direttore.

PARLAMENTO EUROPEO - Giancarlo Vilella.

ARGENTINA - Raul Gustavo Ferreyra, Università di Buenos Aires.

BRASILE - Carlos Ari Sundfeld, School of Global Law di San Paolo, pres. Società brasiliana di diritto pubblico; Flavia Provesan, Università Cattolica di San Paolo.

FRANCIA - David Capitant e Gérard Marcou, Università di Parigi I Panthéon-Sorbonne; Delphine Costa, Università di Lille.

GERMANIA - Ingolf Pernice, Università Humboldt di Berlino.

GRECIA - Spyridon Flogaitis, Università di Atene.

PERÙ - Cesar Landa, Pontificia Università Cattolica del Perù.

SPAGNA - Pablo Pérez Tremors, Università Carlos III di Madrid.

COMITATO DI REDAZIONE

Andrea Patroni Griffi (coordinatore)

Francesca Angelini, Daniela Bifulco, Renato Briganti, Alfonso Maria Cecere, Gianpiero Coletta, Luigi Ferraro, Barbara Guastaferrro, Carlo Iannello, Sara Lieto, Raffaele Manfredi, Sergio Marotta, Paola Mazzina, Daniela Mone, Guido Riosocchi, Francesco Zammartino, Filippo Zatti.

Redazione - Dipartimento di Giurisprudenza, Seconda Università degli Studi di Napoli, Santa Maria Capua Vetere, Palazzo Melzi, via Mazzocchi 5, tel. 0823/849282; telefax 0823/849255

e-mail: rasdp@yahoo.it

I contributi pubblicati in questo numero sono stati sottoposti a peer review con il sistema del doppio cieco

Amministrazione: Edizioni Scientifiche Italiane, via Chiatamone 7, 80131 Napoli (tel. 081/7645443; telefax 081/7644647).

I contributi vanno inviati alla sede della Redazione su supporto magnetico.

Pagina Web della Rivista:

www.giurisprudenza.unicampania.it

Registrazione presso il Tribunale di Napoli al n. 5302 del 21 maggio 2002

Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, comma 1, n. 6, d.P.R. 6 ottobre 1978, n. 627

Sommario

- David CAPITANT, *Les droits économiques et sociaux: vers une réévaluation progressive* 1
Social and economic rights: towards a progressive reevaluation
- SAGGI
- Marina CALAMO SPECCHIA, *L'Europa del disincanto tra rivendicazioni sovrane e sostenibilità «sociale» del costituzionalismo cosmopolita* 13
The Europe of the disenchantment between sovereign claims and "social" sustainability of the cosmopolitan constitutionalism
- Andrea CALIGIURI, *L'effettività dei diritti sociali nell'ordinamento dell'UE* 45
The Effectiveness of Social Rights in EU Legal System
- Barbara CAPONETTI, *Diritti sociali e trattati commerciali di libero scambio* 71
Social rights and free trade treaties
- Sara CARNOVALI, *La garanzia dei diritti sociali quali diritti fondamentali tra giurisprudenza costituzionale italiana ed Unione Europea* 95
The protection of social rights as fundamental rights between Italian constitutional case law and European Union
- Edmondo MONE, *Conflitti fra Corti nella tutela dei diritti* 119
Conflicts between Courts on the protection of individual rights
- Marco CECILI, *Stesso lavoro, eguale tutela: la direttiva sui lavoratori distaccati* 139
Same work, equal protection: the posted workers directive
- NOTIZIE SUGLI AUTORI 169

tradditori destinati inevitabilmente a tradursi in ipotesi di lesione dei diritti stessi. L'assenza di idonei strumenti di coordinamento, infatti, sembra potersi tradurre in potenziali violazioni del diritto alla definizione processuale in termini equi e, soprattutto, in possibili lesioni del supremo principio della certezza del diritto, *sub specie* di imprevedibilità delle sentenze.

The analysis of level of legal protection within judicial system it seems to be more influenced by the Court of Human Rights and the Court of Justice and their roles to exercise a necessary and concomitant investigation.

Hence, it is vital to investigate several parameters like the operation context, the interpretive criteria, the object of judgment and the power of commitment related to the verdicts. This is needed in order to verify if the multilevel protection of the legal rights is always guarantee or there is an increment of legal protection. On the other side, the investigation of several parameters could underline if in some hypothesis, the Supreme Court does not have the tendency to overlap and to articulate judgments that might be contradictory and harmful for the legal rights.

Indeed, the lack of appropriate coordination tools it seems to foster potential violations of principles on equality into legal right and trial procedure. Moreover, in such cases it is possible to determine infraction at supreme principle of the Certainty of Judgment and consequently the uncertainty of final verdict.

Stesso lavoro, eguale tutela: la direttiva sui lavoratori distaccati

SOMMARIO: 1. I diritti sociali nel diritto costituzionale. – 2. I diritti dei lavoratori nell'Europa di mercato. – 3. Profili preliminari sul rapporto di lavoro con elementi di internazionalità. – 4. Le direttive 96/71/CE e 2014/67/UE. – 5. La ponderazione tra diritti: la direttiva sui lavoratori distaccati e la Corte di Giustizia. – 6. La nuova proposta – 7. Il terzo cartellino giallo, il primo «localizzato». – 8. Il mantenimento della proposta – 9. Conclusioni e prospettive.

1. La nascita dei diritti sociali coincide con l'avvento dello Stato sociale (*welfare state*), che, storicamente, è quella forma statale che succede allo Stato liberaldemocratico¹. È in questo contesto che nasce la c.d. «prima generazione» di diritti, quelli tradizionalmente sanciti dalle Costituzioni liberal-democratiche². Si tratta delle c.d. libertà negative, rivendicate nei confronti dello Stato, e che richiedono quindi al potere pubblico obblighi di «non fare»: astenersi cioè da determinati comportamenti oppure non limitare una certa condotta. Sono così identificati i diritti civili e politici e, nello specifico, la libertà personale o la libertà dagli arresti arbitrari³.

I diritti di «seconda generazione», invece sono i veri e propri diritti sociali, che consistono in specifiche richieste verso lo Stato. In questo senso, una letteratura piuttosto omogenea individua proprio nella priorità storica dei diritti di libertà, la causa di una certa

¹ Per una lucida analisi del fenomeno, A. CARACCILO, *La formazione dello Stato moderno*, Bologna 1970. Restano fondamentali per la ricostruzione dei diritti sociali, A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Dig. disc. pubb.*, 2012, p. 220 ss; M. MAZZOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, 1962, p. 803 ss.

² A. D'ATENA, *La liberal-democrazia*, in IDEM, *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino 2012, p. 51-60.

³ G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari 2017, p. 114 ss.

inferiorità dei diritti sociali⁴. Se i primi corrispondevano ad un «non fare» dello Stato⁵, questi ultimi richiedono un suo preciso intervento. Per fare qualche esempio, si pensi alle tutele in ambito lavorativo, al diritto all'istruzione o alla protezione della salute⁶. I diritti di «seconda generazione» presuppongono una pretesa di particolari gruppi della popolazione, cui segue un impegno maggiore dello Stato, che si obbliga a darvi attuazione predisponendo i mezzi idonei. In questo senso sono stati anche definiti «diritti di prestazione».

Secondo una definizione generalmente riconosciuta, i diritti sociali sono quei diritti improntati a eliminare le disuguaglianze esistenti all'interno della società, attraverso una garanzia ai soggetti di posizioni attive di pretesa nei confronti dei poteri pubblici⁷. I diritti sociali sono pertanto relativi perché, come detto, non possiedono un carattere di universalità come invece le libertà e i diritti politici. Sono, inoltre, diretti alla persona «concreta e situata in un determinato contesto» nei confronti della quale lo Stato interviene per eliminare la disuguaglianza rispetto alla situazione delle altre persone o di altri gruppi sociali. Un altro aspetto importante che emerge da tale definizione è il carattere di non immutabilità dei diritti sociali. Ciò che deve essere garantito al cittadino varia da epoca a epoca e da società a società. I diritti sociali sono, in pratica, la

⁴ In questo senso, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, p. 83.

⁵ P. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, Torino 1991, p. 235-256.

⁶ Accanto ai diritti sociali, sono oggi emersi i c.d. diritti «di terza generazione» che costituiscono ancora una categoria abbastanza eterogenea, anche se parte della dottrina ha già tentato di suddividerli in alcune sottocategorie: il diritto alla pace, il diritto allo sviluppo dei popoli, il diritto (o i diritti) relativo all'ambiente, il diritto al patrimonio comune dell'umanità e alla sua conservazione. Peraltro la stessa Corte costituzionale ha contribuito in modo decisivo all'elaborazione dei nuovi diritti, come nel caso del diritto alla casa, definito «fondamentale» nella sentenza Corte cost., 28 maggio 1999, n. 119, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1004, ss. Per tutti, cfr. F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992, p. 65 ss.

⁷ Per la ricostruzione dell'ampio dibattito sulla natura di diritti fondamentali dei diritti sociali si vedano L. PRINCIPATO, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2001, p. 873 ss. e P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino 2005, p. 401 ss.

coscienza sociale della società che muta e si amplia a seconda delle condizioni generali in cui opera lo Stato⁸.

L'affermazione dei diritti sociali conosce una sua problematizzazione con riferimento alle forme di tutela nell'ordinamento dell'Unione europea, sia perché oggi tale riconoscimento riveste le forme istituzionali della «politica sociale» (Titolo IX del TFUE), sia per come disciplinate dalla Carta europea dei diritti, che ha ormai la stessa forza giuridica dei trattati⁹.

I trattati di Maastricht, di Amsterdam e di Nizza costituiscono momenti particolarmente qualificanti del lungo percorso nell'evoluzione del «diritto costituzionale comune europeo». Con essi si determina la trasformazione ordinamentale delle originarie Comunità economiche europee in una Unione politica ispirata ai principi fondamentali propri dello Stato democratico e di diritto. In tale quadro, l'Unione europea si è impegnata a rispettare i diritti fondamentali, come previsti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e per come risultano dalle «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri.

In assenza di previsioni in tema di diritti fondamentali nei trattati originari, come è noto, la Corte di Giustizia ha operato un riconoscimento pretorio degli stessi, attingendo al flebile materiale normativo offerto a tal fine da specifiche disposizioni in materia di responsabilità extra-contrattuale della Comunità (art. 288.2 TCE)¹⁰.

⁸ T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, Roma-Bari 2002, p. 50.

⁹ P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, in *giur.cost.it*, con T.N. POLI, *Diritti sociali ed eguaglianza nello spazio giuridico europeo*, in *Amministrazione in Cammino*, 28 maggio 2014, p. 4-10, secondo cui la Carta dei diritti ha incorporato i diritti sociali solo di facciata e ha lasciato «al mercato la capacità di assicurare l'integrazione sociale e l'omogeneizzazione degli Stati membri attraverso la previsione di un ruolo recessivo delle politiche sociali, alle quali, peraltro, è attribuita una funzione sussidiaria rispetto a quella statale».

¹⁰ A partire dagli anni '60, con la sentenza *Stauder* (Corte giust., 12 novembre 1969, c. 29/69, *E. Stauder c. Città di Ulm-Sozialamt*), la Corte di Giustizia, riconosce, per la prima volta, che la tutela dei diritti fondamentali costituisce una parte integrante dei principi generali del diritto, assumendo che essa «è tenuta» a garantirne l'osservanza. Nella ricerca del parametro sul quale fondare una simile costruzione giurisprudenziale, essa fa ricorso alle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri», le quali vengono assunte come necessarie nel determinare il contenuto materiale dei diritti fondamentali, in-

Seguendo tale prassi giurisprudenziale, la Corte di Lussemburgo ha elaborato un vero e proprio catalogo dei diritti fondamentali¹¹, anche se limitato alla categoria dei diritti civili, in cui appaiono situazioni soggettive legate prevalentemente all'ambito economico e sociale¹².

In generale, si possono distinguere due periodi nello sviluppo di quella che è stata definita «l'Europa sociale»¹³, una prima fase che va dal Trattato di Roma all'Atto Unico Europeo, che può essere definita di stasi e una seconda, che dall'Atto Unico in poi si è caratterizzata per l'attivismo dimostrato nei confronti della costruzione della politica sociale europea.

Difatti, anche se si rimaneva nell'ambito dei soli diritti dei lavoratori, e quindi strettamente legati a quell'idea di Comunità più economica che politica, è stato sicuramente con la firma dell'Atto

tesi come articolazione interna dei principi generali del diritto comunitario. Con le successive sentenze *Internationale Handelsgesellschaft* (Corte giust., 17 dicembre 1970, c. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*) e *Nold* (Corte giust., 14 maggio 1974, c. 4/1973, *J. Nold e Kohlen- und Baustoffgroßhandlung c. Kommission*), la Corte completerà le sue tecniche argomentative finalizzate alla protezione dei diritti fondamentali comunitari.

Come nota A. CANTARO, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella costituzione europea*, Torino 2007, p. 1 ss., l'Unione europea non ha ancora positivamente il diritto al lavoro neppure nella Carta di Nizza. Per una ricostruzione e per le prospettive del cammino europeo nell'ambito lavoristico, S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma-Bari 2013.

¹¹ Sul punto, cfr. anche S. GAMBINO, *Diritti fondamentali europei e trattato costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2005, I, p. 3-68.

¹² Con la sentenza *Kreil* (Corte giust., 11 gennaio del 2000, c. 285/98, *T. Kreil c. Repubblica federale di Germania*) tuttavia, la Corte fa un passo in avanti rispetto al rapporto fra diritto dell'Unione e ordinamenti costituzionali nazionali, sancendo che il primo rappresenta un limite all'applicazione delle norme nazionali, ancorché di natura costituzionale, quando queste violino (o comunque incidano su) i diritti fondamentali comunitari. Con tale sentenza la Corte precisa le sue competenze di controllo nell'applicazione del diritto dell'Unione, che si esplicano nell'individuazione di livelli di protezione inderogabile dei diritti fondamentali.

¹³ E. BARBERIS, *L'Europa sociale. Il modello "ideale"*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2015, p. 175-181; A. LO GRUDICE, *L'Europa sociale come risposta alla crisi di legittimazione dell'Unione Europea*, in *Federalismi*, 2016, XIII; D. NATALI, *Politiche sociali sostenibili per l'Europa*, in *Rivista Il Mulino*, 2012, V, p. 825-832.

Unico e la proclamazione della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori¹⁴ che si è incominciato a parlare di un ingresso formale dei diritti sociali nel diritto comunitario¹⁵.

Con il Trattato di Maastricht veniva, inoltre, istituzionalizzata per la prima volta l'azione sociale collettiva, attraverso il riconoscimento della contrattazione collettiva a livello europeo e l'obbligo, per la Commissione, di consultare le organizzazioni rappresentative di lavoratori e imprenditori. Come è stato sottolineato, il dialogo sociale diventava un obiettivo comunitario in sé e veniva ricompreso nell'ideale di modello sociale europeo. Il successivo Trattato di Amsterdam, del 1997, non aggiunge nulla alle clausole generali già contenute nel TCE¹⁶. Tuttavia il preambolo del Trattato faceva esplicito riferimento «ai diritti sociali fondamentali così come sono riconosciuti dalla Carta sociale europea firmata a Torino nel 1961 e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, del 1989»¹⁷.

Lo sviluppo della politica sociale comunitaria, che si è avuto dagli anni novanta in poi, cambiò volto rispetto all'impianto originario, passando da un armonizzazione rigida, basata sull'emanazione di direttive, a quella che è stata definita un'armonizzazione «riflessiva e flessibile»¹⁸, cioè un processo «di differenziazione, anziché un

¹⁴ Adottata nel corso del Consiglio europeo di Strasburgo del 1989, nonostante la solennità dell'intitolazione prescelta, la Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori è un documento privo di valore giuridico autonomo e va considerata alla stregua di un mero atto di indirizzo politico diretto, oltre che agli stessi Stati membri, alle istituzioni comunitarie cui spetta tradurre i principi in atti. L'importanza della Carta sta nella volontà espressa dagli Stati membri di conferire al mercato unico quella dimensione sociale non sufficientemente messa in luce attraverso l'Atto Unico Europeo. Sulla scorta della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori l'azione delle istituzioni in campo sociale ha ricevuto un nuovo impulso che si è tradotto in numerose proposte di direttive. Non fu sottoscritta dal Regno Unito.

¹⁵ E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 169

¹⁶ Cfr. anche A.M. Russo, *Le nuove frontiere dei diritti sociali dalle norme regionali (statutario-programmatiche) al Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in S. GAMBINO (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali e diritti fondamentali*, Milano 2006, p. 789.

¹⁷ Trattato di Amsterdam, Parte I, art. 1, punto 1.

¹⁸ Cfr. S. DEAKIN, *Two types of regulatory competition: competitive fede-*

processo di uniformazione»¹⁹, che punta sulla accettazione di principi comuni con lo scopo di evitare deregolamentazioni verso il basso, che possono produrre distorsioni nel mercato del lavoro europeo²⁰. Un'evoluzione evidente rispetto alla situazione iniziale in cui i Trattati non menzionavano la tutela dei diritti umani, mentre le libertà fondamentali del mercato interno godevano di una protezione nei Trattati, in quanto strumenti essenziali per l'integrazione economica europea²¹.

Bisogna sottolineare che sul piano della sostanza dei diritti coinvolti nei bilanciamenti, mentre il conflitto fra diritti civili e le libertà economiche si è risolto talora a favore dei primi, al contrario l'attrazione nei giudizi della Corte di Lussemburgo dei diritti sociali – che peraltro non rientrano nella competenza dell'Unione e che secondo molti è stato arbitrario sottoporre a giudizio – non è stata funzionale al loro più ampio riconoscimento, ma piuttosto a bilanciarli secondo una precomprensione politico-ideale *pro-market*, e in ultima analisi è valso a sottoporli a processi di relativizzazione che forse in ambito nazionale non sarebbero stati altrettanto facilmente possibili²².

2. Dopo una doverosa premessa sui diritti sociali, è opportuno approcciarci al fenomeno del distacco dei lavoratori in Europa.

L'Unione europea ha istituito un mercato interno fondato su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale²³. Il Trattato sancisce

racism versus reflexive harmonization. A law and economics perspective on "centros", in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 1999, II, p. 231 ss.

¹⁹ M. D'ANTONA, *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. dir.*, 1992, p. 58.

²⁰ G. AZZARITI, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, in E. GHERA, A. PACE (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Napoli 2009, p. 147 ss.

²¹ P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella "Costituzione europea"*, in *IDEM, Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, p. 139-162.

²² G. SCACCIA, *Proporzionalità e tecniche di bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, relazione al convegno *I diritti fondamentali e il diritto privato*, Roma 22 aprile 2016.

²³ TUE, articolo 3, paragrafo 3.

il diritto delle imprese di prestare i loro servizi in altri Stati membri e dispone che «le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione»²⁴. La libera prestazione dei servizi può essere limitata solo da norme scaturite da motivi imperativi di interesse generale, a condizione che siano giustificate, proporzionate e applicate in modo non discriminatorio²⁵.

Uno strumento fondamentale per raggiungere il completamento del mercato interno è la disciplina applicabile ai lavoratori di una società appartenente ad uno Stato membro che sono temporaneamente utilizzati in un altro Stato membro dell'Unione europea.

La Direttiva 96/71/CE persegue l'arduo compito di conciliare le ragioni dello sviluppo economico, fondato sulle quattro libertà, con l'esigenza di tutela dei lavoratori. L'ambizione degli operatori economici del mercato europeo di esercitare liberamente la propria attività nell'ambito di uno spazio comune, deve trovare un bilanciamento nella necessità di scongiurare il verificarsi di situazioni di disparità di trattamento tra i lavoratori, sia sotto il profilo salariale, sia sotto il profilo normativo, a fronte dell'esecuzione di una medesima prestazione nello stesso luogo di lavoro²⁶.

I principi fondamentali sui quali poggia il diritto europeo (libera circolazione dei beni e dei servizi, libertà di stabilimento delle aziende) possono talvolta confliggere con le normative nazionali poste a tutela dei diritti dei lavoratori, quando la tutela del lavoratore rischia di passare in secondo piano rispetto alla realizzazione di un mercato unico europeo. Il timore di fenomeni come il *dumping sociale*²⁷ e le disparità di trattamento tra le condizioni contrattuali dei

²⁴ TFUE, articolo 56.

²⁵ *Ex plurimis* Corte giust., 26 febbraio 1991, c. 189/89, Commissione c. Italia.

²⁶ R. PEDERSINI e M. PALLINI, *Posted workers in the European Union*, in *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, 2010, p. 1-5.

²⁷ Espressione con cui viene indicata la pratica di alcune imprese (soprattutto multinazionali) di localizzare la propria attività in aree in cui possono beneficiare di disposizioni meno restrittive in materia di lavoro o in cui il costo del lavoro è inferiore. In questo modo i minori costi per l'impresa possono essere trasferiti sul prezzo finale del bene che risulta più concorrenziale, si veda R. Pessi, *Dumping sociale e diritto del lavoro*, in *W.P. Libertà, lavoro*

lavoratori (anche a seguito dell'ingresso nel mercato europeo di Paesi con bassi standard di protezione sociale) assumono inevitabile rilievo a fronte dell'impegno dell'Unione europea ad evitare che l'integrazione del mercato interno e la rimozione degli ostacoli alla libera concorrenza si realizzino sacrificando i diritti dei lavoratori. In questa prospettiva, dunque, la Direttiva 96/71/CE (e le successive modifiche) sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, è l'espressione della nuova consapevolezza europea, fondata sul presupposto che l'Unione europea passa anche attraverso il progresso sociale che si realizza mediante la tutela delle condizioni contrattuali, individuali e collettive, dei lavoratori.

3. Per comprendere la disciplina del distacco dei lavoratori all'interno dell'Unione europea è opportuno inquadrare la disciplina a livello internazionale-privatistico. Senza questo aspetto non si può collocare nel giusto contesto né la normativa europea né la giurisprudenza della Corte di Giustizia relative al diritto (intendendosi sia la legge sia i contratti collettivi) applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità.

Si può parlare di rapporto di lavoro internazionale, o di rapporto di lavoro con elementi di internazionalità, se il contratto presenta aspetti estranei rispetto all'ordinamento nazionale, o perché la nazionalità dei contraenti non è comune, o perché la prestazione deve eseguirsi in un Paese differente rispetto a quello dei contraenti, oppure per entrambe le ragioni²⁸.

La problematica dell'individuazione del diritto applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità si pone al crocevia tra diritto del lavoro e diritto internazionale. In tale nodo gordiano entra in gioco anche il diritto dell'Unione e, nel suo ambito, la relazione tra tutela della concorrenza (e dunque del mercato) e tutela dei diritti sociali, così come delineata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (e dalla direttiva 96/71/CE sui lavoratori distaccati).

La fonte da cui dobbiamo partire è la Convenzione di Roma

e *sicurezza sociale* (Università di Macerata), 2011, III, p. 2-3; M. VOLPE, *De-localizzazione e dumping sociale. La prospettiva delle teorie economiche*, in *Lav. dir.*, 2011, I, p. 45-54.

²⁸ M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Torino 2015, p. 58 e 59.

del 1980 relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali²⁹. In data 17 giugno 2008 è stato adottato il regolamento «Roma I»³⁰, che trova applicazione per i contratti stipulati dopo il 17 dicembre 2009, e che recepisce in sostanza le linee guida della Convenzione di Roma³¹, sostituendola formalmente³². Per tutte le obbligazioni contrattuali, il regolamento del 2008, al pari della Convenzione di Roma, assume come criterio, ai fini dell'individuazione del diritto applicabile ai rapporti con elementi di internazionalità, quello della volontà delle parti.

Per il contratto di lavoro, invece, vale la regola per cui la legge scelta dalla volontà delle parti non può privare il lavoratore della protezione assicurata dalle norme imperative che regolerebbero il rapporto in mancanza di scelta. Per l'individuazione di tale legge, sia il diritto internazionale sia il diritto dell'Unione europea prevedono per una valorizzazione della c.d. *lex loci laboris*, cioè «la legge del Paese in cui il lavoratore, in esecuzione di un contratto, compie abitualmente il suo lavoro, anche se inviato temporaneamente in un altro Paese»³³. Il Regolamento Roma I, stabilendo un criterio ripreso dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁴, fa riferimento al Paese nel quale, o, in mancanza, *a partire dal quale* il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro: un criterio dettato specificatamente per disciplinare le situazioni in cui non sia individuabile un luogo in cui la prestazione abitualmente si svolga³⁵.

È prevista poi l'ipotesi residuale del lavoro itinerante, cioè quando il lavoratore non svolga abitualmente la propria prestazione in un

²⁹ Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980.

³⁰ Regolamento n. 593/2008/CE del 17 giugno 2008.

³¹ B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano 2008, p. 3 ss., parla di «comunitarizzazione della Convenzione di Roma».

³² Regolamento 593/2008/CE, art. 24.

³³ Convenzione di Roma, articolo 6, paragrafo 2, lettera a); Regolamento 593/2008/CE, art. 8, par.2.

³⁴ Corte giust., 15 marzo 2011, c. 26/2010, *Koelzsch c. Granducato di Lussemburgo*.

³⁵ Il criterio di collegamento della sede dell'impresa viene preso in considerazione solo qualora il lavoratore non sia diretto da una base fissa o compia abitualmente il suo lavoro in uno spazio non sottoposto a sovranità (ad esempio piattaforme galleggianti).

solo Stato. In questo caso si applica la legge del Paese dove si trova la sede dell'azienda che ha assunto il lavoratore, sempre che il contratto non presenti un collegamento più stretto con un altro Stato³⁶.

Il sistema designato dal Regolamento Roma I è peraltro più complesso di quanto possa apparire, poiché gli articoli 7 della Convenzione e 9 del Regolamento pongono un limite costituito dalle norme di applicazione necessaria³⁷. Altro mezzo idoneo a limitare la legge è la c.d. clausola di ordine pubblico³⁸. L'ordine pubblico è definibile come i principi fondamentali dell'ordinamento considerato nella sua interezza (tra cui anche i connotati politici, economici, sociali, morali). In questo caso il giudice deve limitarsi a rifiutare di consacrare, attraverso la propria decisione, effetti giuridici assolutamente incompatibili con le concezioni fondamentali del proprio ordinamento giuridico. L'ordine pubblico costituisce un limite eccezionale all'apertura verso l'esterno del sistema giuridico. La clausola di ordine pubblico è stata utilizzata, invece, almeno in passato, dai giudici italiani – ma analoga tendenza è riscontrabile in altri ordinamenti – come scorciatoia per far prevalere il diritto nazionale. La nozione di ordine pubblico, inizialmente, è stata dilazionata a dismisura, fino a far prevalere il diritto del lavoro italiano in quanto più favorevole, e ciò sul presupposto che il principio di favore sarebbe addirittura un limite di ordine pubblico³⁹. A partire dalla sentenza 11 novembre 2000, n. 14662, tuttavia, si è avuto un mutamento di indirizzo da parte della Corte di Cassazione: da questa pronuncia, la Suprema Corte ha acquisito la consapevolezza che non tutto il diritto del lavoro può essere considerato di «ordine pubblico» e che occorre, in relazione alle norme che lo compongono, operare una graduazione.

³⁶ Convenzione di Roma, articolo 6, paragrafo 2, lettera b); Regolamento 593/2008/CE, art. 8, par. 3.

³⁷ Le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei propri interessi pubblici, quali l'organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigere l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo di applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto.

³⁸ Convenzione di Roma, art. 6; Regolamento 593/2008/CE, artt. 16 e 21.

³⁹ V. Cass., 6 settembre 1980, n. 5156; Cass., 6 settembre 1980, n. 5156; Cass., 9 novembre 1981, n. 5924; Cass., 25 maggio 1985, n. 3209; Cass., 22 febbraio 1992, n. 2193; Cass., 27 marzo 1996, n. 2756.

4. L'analisi della normativa sopra delineata è preliminare all'inquadramento di una direttiva molto importante ai fini dell'argomentazione trattato, ovvero quella concernente il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (96/71/CE), che è stata recentemente integrata da un'altra direttiva del 14 maggio 2014 (2014/67/UE), che ha l'ambizione di risolverne i problemi interpretativi e di garantirne l'effettività.

La questione oggetto di regolazione è la disciplina applicabile, in ambito europeo, in caso di esecuzione della prestazione lavorativa in un Paese diverso da quello ove viene normalmente eseguita la prestazione. Questa ipotesi avviene a seguito:

- a) di distacco per l'esecuzione di una prestazione di servizi transnazionale da parte del datore di lavoro;
- b) di distacco nell'ambito di una mobilità infragruppo;
- c) di distacco mediante la cessione temporanea di un lavoratore tramite un'agenzia interinale stabilita in un altro Stato membro.

Il cuore della direttiva è rappresentato dall'esigenza di salvaguardare una delle libertà economiche fondamentali del Trattato: la libertà di prestazione di servizi, di cui all'art. 56 TFUE⁴⁰.

La direttiva 96/71/CE è stata propiziata da una pronuncia della Corte di giustizia, la sentenza *Rush Portuguesa*⁴¹. La questione al centro del caso concerneva quali limitazioni potesse imporre uno Stato membro allo spostamento di un'impresa, appartenente ad altro Stato membro, per attuare una prestazione di servizi, in relazione al proprio personale (in questione era l'ammissibilità della richiesta di un permesso di lavoro).

La Corte ha affermato che il diritto comunitario osta «a che uno Stato membro vieti ad un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro di spostarsi liberamente nel suo territorio con

⁴⁰ Per un'analisi del principio della libera prestazione di servizi e la relazione con i sistemi di diritto del lavoro nazionali, S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna 2012, p. 50 ss.

Bisogna ricordare che la base giuridica della direttiva è rappresentata, non dalle disposizioni sociali del Trattato della Comunità europea, ma dalle norme che attribuiscono competenza all'Unione al fine di rimuovere restrizioni che ostacolano la libera prestazione di servizi nell'ambito dell'Unione.

⁴¹ Corte giust., 27 marzo 1990, c. 113/89, *Rush Portuguesa c. Office National d'immigration*.

tutto il suo personale, ovvero a che detto Stato membro sottoponga lo spostamento del personale di cui trattasi a condizioni restrittive quali una condizione di assunzione *in loco* o un obbligo di permesso di lavoro»⁴².

La Corte ha però ecceduto ed è andata, per così dire, *ultra petita*. Nel caso *Rush Portuguesa* la questione sottoposta alla Corte era solo se gli Stati «ospitanti» potessero richiedere al prestatore di servizi di ottenere permessi di lavoro per i propri dipendenti distaccati. La Corte disse oltre, precisando che «il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal Paese in cui è stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche d'imporre l'osservanza di queste norme con mezzi adeguati»⁴³. In un certo senso, la Corte ha così avallato le legislazioni dei Paesi che sostanzialmente imponevano il rispetto dei propri *standard* protettivi, in materia di lavoro, alle imprese aventi sede in altri Stati membri.

Non a caso questa decisione ha suscitato diverse critiche, perché, come si è notato, gli *standard* protettivi di un Paese dipendono in gran parte dalla produttività dei lavoratori di quel Paese e pongono perciò le imprese di un altro Stato in una situazione di svantaggio competitivo⁴⁴. Tanto è vero che si è riscontrata una certa inversione di rotta da parte della giurisprudenza comunitaria⁴⁵.

La sentenza, come accennato, è stata il preludio della direttiva 96/71/CE, il cui cuore sta nell'imporre agli Stati membri di provvedere affinché ai lavoratori distaccati venga applicata, quale minimo inderogabile di tutela, la normativa del Paese ospitante in particolare nelle materie del tempo di lavoro, della durata delle ferie

annuali, delle tariffe minime salariali, della sicurezza e della salute nel posto di lavoro, della parità di trattamento uomo-donna (art. 3, par. 1)⁴⁶. La disciplina nazionale di tali aspetti può, poi, essere contenuta in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero in contratti collettivi o arbitrati di applicazione generale.

Come si è già accennato, il 15 maggio 2014 è stata adottata la direttiva 2014/67/UE, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE e volta all'«istituzione di un quadro comune relativo a un insieme di disposizioni, misure e meccanismi di controllo appropriati necessari per migliorare e uniformare l'applicazione della Direttiva 96/71/CE». La nuova direttiva non intende, quindi, modificare l'impianto di quella precedente, ma vuole introdurre strumenti che dovrebbero garantirne una piena e uniforme attuazione. Tra questi, spicca la predisposizione di indici che attestino la genuinità del distacco (art. 4), per evitare il fenomeno delle *cd. letter box companies* o «compagnie fantasma»⁴⁷. La direttiva intende colpire la forma di abuso della normativa comunitaria sul distacco, realizzata dalla società che, spostando la propria sede legale in un diverso Paese, può «distaccare» la manodopera nello Stato della sede originaria, non applicando più le regole di quest'ultimo, se non i soli *standard* minimi di tutela (ex art. 3, par. 1, direttiva 96/71/CE). Tra gli indici da cui desumere l'esistenza di un legame effettivo tra l'impresa distaccante e il Paese a partire dal quale avviene il distacco vi è il luogo in cui l'impresa esercita la sua attività economica principale e in cui è occupato il suo personale amministrativo (art. 4, par. 2, lett. d) e, *a contrario*, il numero (abnormemente basso) di contratti eseguiti o l'ammontare del fatturato realizzato nello Stato membro di stabilimento (art. 4, par. 2, lett. e). Sempre in chiave antitelusiva, l'art. 4 individua poi degli indici da cui desumere la tem-

⁴⁶ M. BIAGI, *La fortuna ha arriso alla Presidenza italiana dell'Unione europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1996, III, p. 37 ss.

⁴⁷ Così denominate dalla Relazione programmatica del Consiglio dei Ministri del 2014, *La partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, in <http://www.politicheuropee.it>, che riconosce «grande importanza alla direttiva, soprattutto per le sue implicazioni in termini di corretto funzionamento dei mercati, quale strumento efficace nel contrasto di abusi, frodi e dumping sociale tra paesi europei».

⁴² Corte giust., *Rush Portuguesa*, pt. 12.

⁴³ Corte. giust., *Rush Portuguesa*, pt. 18.

⁴⁴ P. DAVIES, *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, III, p. 300.

⁴⁵ Corte. giust., 23 novembre 1999, c. 376/96, *Arblade e Seloup*; 15 marzo 2001, c. 165/98, *Mazzoleni*; 24 gennaio 2002, c. 164/99, *Portugalia Construções*; 25 ottobre 2001, c. 493/99, Commissione c. Repubblica federale tedesca, che riconoscono limiti all'applicazione delle norme nazionali ai lavoratori distaccati.

poraneità del distacco: tra questi, il fatto che sia previsto che il lavoratore ritorni e riprenda la propria attività nello Stato da cui è distaccato (art. 4, par. 3, lett. d) e che il datore di lavoro provveda alle sue spese di viaggio (art. 4, par. 3, lett. f).

Per il resto, la direttiva delinea un sistema di obblighi amministrativi e di procedure di controllo atti a contrastare l'alto tasso di evasione che ha finora caratterizzato l'applicazione della direttiva 96/71/CE. Essa introduce, inoltre, la possibilità per gli Stati di prevedere un regime di responsabilità solidale, tra committente e appaltatore transnazionale, per quanto riguarda i crediti retributivi del lavoratore distaccato «corrispondenti alle tariffe minime salariali e/o contributive dovute a fondi o istituzioni comuni delle parti sociali previsti dalla legge o dai contratti collettivi, nella misura in cui rientrano nell'articolo 3 della direttiva 96/71/CE» (art. 12). Gli Stati membri hanno avuto tempo fino al 18 giugno 2016 per recepirlo⁴⁸.

In conclusione qualche parola merita il rapporto tra la direttiva 96/71/CE e la direttiva Bolkestein (2006/123/CE). Quest'ultima è partita dal presupposto che la libera circolazione dei servizi fosse stata fino ad allora più un concetto giuridico che una realtà concreta⁴⁹, a causa dell'atteggiamento protezionistico dei diversi Stati e cercava di ridisegnare i rapporti all'interno dell'Unione europea attraverso il «principio del Paese d'origine». In altri termini, e con una certa dose di approssimazione, la proposta estendeva alla circolazione dei servizi lo stesso principio di mutuo riconoscimento già da tempo applicato nell'ambito europeo alla circolazione delle merci. La preoccupazione che la proposta destò – nonostante che, per la verità, essa facesse salva la direttiva 96/71/CE sul distacco dei lavoratori – fu che ai prestatori di servizi si consentisse di operare continuando ad applicare le regole più flessibili (ivi comprese quelle in materia di lavoro) del Paese di provenienza.

Il testo della direttiva 2006/123/CE fugò le preoccupazioni espresse, disponendo chiaramente la prevalenza della direttiva 96/71/CE

in materia di tutela del lavoro in caso di prestazione di servizi transnazionali⁵⁰.

5. Le materie della contrattazione collettiva, dello sciopero e della serrata (nonché delle retribuzioni) sono al di fuori della competenza dell'Unione (art. 153 TFUE), ma la Corte di Giustizia, muovendo dall'applicazione delle norme del Trattato sulle libertà economiche, in particolare di stabilimento e di prestazione di servizi, ha finito per dover bilanciare queste libertà con i diritti sociali fondamentali, assoggettandoli a restrizioni sulla base del consolidato principio di proporzionalità⁵¹.

È stata soprattutto l'apertura del mercato dei servizi ad incidere potenzialmente sui sistemi di protezione sociale nazionali. Ciò è avvenuto dalla sentenza Säger nella quale la Corte ha abbandonato l'originaria lettura della libertà di prestazione dei servizi come presupposto per la rimozione di misure di carattere discriminatorio, per attribuirle un contenuto implicante il diritto di accedere al mercato di un altro Stato membro senza subire ostacoli⁵². In questo modo le norme di protezione sociale (o del diritto del lavoro) vigenti nello Stato dove il servizio è prestato (Stato ospitante) diventano potenziali ostacoli all'esercizio della libertà dell'impresa, se più gravose rispetto a quelle previste nello Stato di stabilimento (Stato di origine).

In seguito alla ricognizione normativa, è opportuno presentare alcune pronunce della Corte di Giustizia relative alla direttiva sui lavoratori distaccati e alla ponderazione con i diritti sociali e alla libera prestazione di servizi⁵³.

⁵⁰ Si vedano il IV considerando e gli artt. 3 e 17 della direttiva, che fanno salva la regolamentazione della direttiva 96/71/CE. Anche la Corte di Giustizia ha confermato che «la direttiva 2006/123 [...] non mira a sostituire la direttiva 96/71, in quanto, in caso di conflitto, quest'ultima prevale sulla prima», Corte giust., 19 giugno 2008, c. 319/06, Commissione c. Granducato di Lussemburgo.

⁵¹ Per una prima disamina sull'utilizzo del principio di proporzionalità da parte della Corte di Giustizia si veda K. LENAERTS, *The European Court of Justice and Process-oriented Review*, in *College of Europe, Department of European Legal Studies-Research Paper in Law*, 2012, 1.

⁵² Corte giust., 25 luglio 1991, c. 76/90, *Manfred Säger e Dennemeyer Se Co. Ltd.*

⁵³ S. FEENSTRA, *How Can the Viking/Laval Conundrum Be Resolved? Ba-*

⁴⁸ L'Italia ha recepito la direttiva con il Decreto Legislativo 17 luglio 2016, n. 136.

⁴⁹ Principio del mutuo riconoscimento consacrato con le celebri sentenze, Corte giust., 11 luglio 1974, c. 8/74, *Dassonville* c. *SA Étis Fourcroy e SA Brewval e Cie*; 20 febbraio 1979, c. 120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwe* (c.d. *Cassis De Dijon*).

a) La sentenza Laval (2007)

Un importante sentenza in cui è in gioco l'applicazione della direttiva 96/71/CE è la c.d. Laval⁵⁴.

Nel caso Laval la Corte ha escluso che fosse legittima l'azione collettiva volta ad ottenere, per i lavoratori distaccati, trattamenti più favorevoli di quelli minimi garantiti dalla direttiva 96/71/CE o la regolazione di materie ulteriori rispetto a quelle indicate dalla stessa direttiva.

Il caso concerneva un'impresa lettone (Laval) che aveva distaccato in Svezia propri lavoratori per impiegarli in alcuni cantieri edili⁵⁵. I sindacati svedesi trattarono con Laval per determinare le retribuzioni da applicare al personale lettone distaccato. Le trattative fallirono e Laval stipulò due contratti collettivi con il sindacato lettone dei lavoratori edili, che prevedevano, però, retribuzioni inferiori a quelle previste in Svezia. I sindacati svedesi bloccarono i cantieri impedendo l'accesso ai lavoratori lettoni. In seguito i lavoratori distaccati rientrarono in Lettonia e non tornarono più nel cantiere in questione. Intanto in Svezia altre organizzazioni sindacali boicottarono tutti i cantieri di Laval, che non fu più in grado di svolgere le proprie attività in territorio svedese.

A seguito di ciò, Laval citò in giudizio il sindacato svedese dei lavoratori delle costruzioni e dei lavori pubblici per ottenere l'accertamento dell'illegittimità della azione collettiva posta in essere e il risarcimento del danno da essa subito. Il giudice adito, cioè il giudice del lavoro svedese (*Arbetsdomstolen*), propose così domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia in relazione all'interpretazione degli artt. 12 e 49 TCE (ora artt. 18⁵⁶ e 56⁵⁷ TFUE), nonché della direttiva 96/71/CE.

Lancing the Economic and the Social: One Bed for Two Dreams?, in F. VANDENBROUCKE, C. BARNARD e G. DE BAERE (a cura di), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge 2017, p. 309-343.

⁵⁴ Corte giust., 18 dicembre 2007, c. 341/05, *Laval in Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e altri*.

⁵⁵ Come nota giustamente M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, I, p. 4 ss., il caso è in realtà più complesso perché Laval operava stabilmente nel mercato svedese attraverso una società svedese interamente controllata.

⁵⁶ TFUE, art. 18 «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discrimi-

La Corte, nel motivare la sua decisione, fece presente che la direttiva in materia di distacco prevedeva che le condizioni di lavoro da applicare ai lavoratori distaccati dovessero essere determinate da contratti collettivi «dichiarati di applicabilità generale». Nell'ordinamento svedese, però, i contratti collettivi non avevano efficacia generale. Inoltre, per quanto concerneva il salario minimo, la Svezia non si era avvalsa del meccanismo previsto dall'art. 3, par. 8⁵⁸, della direttiva per estendere le previsioni della contrattazione collettiva. Pertanto, le azioni collettive come quelle poste dal sindacato svedese non potevano essere giustificate, visto che miravano a

nazione effettuata in base alla nazionalità. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni».

⁵⁷ TFUE, art. 56 «Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno dell'Unione».

⁵⁸ Direttiva 96/71/CE, art. 3, par. 8 «Per contratti collettivi o arbitrati, dichiarati di applicazione generale, si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate.

In mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati di cui al primo comma, gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi:

– dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o

– dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale, a condizione che la loro applicazione alle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 assicuri la parità di trattamento quanto alle materie di cui al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, fra tali imprese e le altre imprese di cui al presente comma che si trovano in una situazione analoga.

Vi è parità di trattamento, a norma del presente articolo, quando le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga:

– sono soggette, nel luogo o nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi delle imprese che effettuano il distacco, per quanto attiene alle materie menzionate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, e

– sono soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti».

far accettare ad un'impresa stabilita altrove i minimi salariali in un contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni sufficientemente precise, cui il distaccante avrebbe dovuto attenersi»⁵⁹.

Dalla sentenza si evince che lo sciopero è, sì, un diritto fondamentale, ma non può essere immune da restrizioni, poiché anche la Carta di Nizza (all'epoca ancora non vincolante) precisa, all'art. 28, che il diritto di intraprendere un'azione collettiva è tutelato «conformemente al diritto dell'Unione»⁶⁰.

Quindi, un'azione sindacale come realizzata nel caso Laval non è sottratta all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e non può sfuggire ad un bilanciamento con una libertà economica fondamentale quale la libera prestazione di servizi. La restrizione alla libera prestazione dei servizi derivante da un'azione collettiva può essere giustificata solo se l'obiettivo è legittimo, esistono ragioni imperative d'interesse generale ed è rispettato il principio di proporzionalità.

b) La sentenza Rüffert (2008)

Nel caso Rüffert⁶¹, la Corte di giustizia, confermando l'orientamento già espresso nel caso Laval, ha escluso la conformità al principio di libera prestazione di servizi della possibilità di far applicare i contratti collettivi attraverso tecniche legislative diverse da quelle previste dall'art. 3, par. 8, della direttiva 96/71/CE. Non può quindi ritenersi legittima, ai sensi di tale direttiva, la legislazione di uno Stato membro ospitante che subordina l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima.

Uno Stato membro non ha dunque il diritto di imporre alle imprese stabilite in altri Stati membri una tariffa salariale minima, che non è di generale applicazione, né «in genere applicabile» a tutte le imprese del settore.

⁵⁹ A seguito della sentenza, il giudice di merito svedese ha accertato una responsabilità del sindacato per danni e ha condannato i sindacati dei lavoratori edili e degli installatori elettrici al pagamento di un risarcimento significativo.

⁶⁰ Come ha sottolineato la Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, nessun diritto è tiranno nei confronti delle altre situazioni giuridiche.

⁶¹ Corte giust., 3 aprile 2008, c. 340/06, *D. Rüffert c. Land Niedersachsen*.

In sostanza, il livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato, in linea di principio, a quello previsto dall'art. 3, par. 1 della direttiva. Questa interpretazione sembrerebbe confermata da una lettura della direttiva alla luce dell'art. 56 TFUE, in quanto essa è diretta, segnatamente, a realizzare quella libera prestazione di servizi, che rientra nel novero delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

c) La sentenza Commissione c. Lussemburgo (2008)

In una sorta di «crescendo esponenziale», nella sentenza Commissione c. Granducato di Lussemburgo⁶², originata da un procedimento per infrazione, la Corte è ancor più radicale nell'affermare il carattere di assoluta eccezionalità dell'estensione del diritto nazionale del lavoro dello Stato ospitante a materie non espressamente previste dall'art. 3, par. 1, della direttiva 96/71/CE. In questa sentenza la questione di fondo concerneva i limiti di operatività del principio di ordine pubblico, richiamato dalla direttiva, che lo Stato ospitante può invocare a giustificazione dell'estensione, nei confronti di imprese europee che vi distaccino lavoratori, di norme di diritto interno ulteriori (si trattava di minimi salariali) rispetto a quelle previste dall'art. 3, par. 1, della direttiva 96/71/CE.

La Corte ha ritenuto che l'eccessiva dilatazione del contenuto di tale principio rischiava di innalzare barriere giuridiche in grado di restringere abnormemente la libertà di circolazione dei servizi. Ne esce confermata la visione residuale della clausola di ordine pubblico, che, utilizzando le parole della Corte, può essere invocata «solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività». Nel caso in esame, il problema concerneva la possibilità per il Granducato di Lussemburgo di prevedere l'applicazione, alle imprese distaccanti, di disposizioni relative all'adeguamento dei salari all'evoluzione del costo della vita, qualificando tali norme come di ordine pubblico. E la Corte ha dato in proposito risposta negativa, perché l'art. 3, par. 1, lett. c) della direttiva 96/71/CE ha inteso limitare la facoltà di

⁶² Corte giust., 19 giugno 2008, c. 319/06, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*.

intervento degli Stati membri, in materia di salari, all'ambito delle «tariffe minime» salariali.

d) Sentenza Sähköalojen (2015)

La Corte di Giustizia ha ampliato l'interpretazione dell'art.3 della direttiva 96/71⁶³. Il lemma «tariffe minime salariali», va inteso in modo tale da ricomprendere anche il calcolo del salario minimo basato sull'inquadramento dei lavoratori in gruppi retributivi, come previsto dai pertinenti contratti collettivi dello Stato membro ospitante, purché tale calcolo e tale inquadramento siano effettuati sulla base di norme vincolanti e trasparenti, accertamento questo che spetta al giudice nazionale. Devono essere ricompresi, inoltre, l'indennità giornaliera, quella per il tragitto giornaliero e la gratifica per ferie che deve essere accordata ai lavoratori distaccati per la durata minima delle ferie annuali retribuite.

La Corte ha quindi provato, non senza polemiche, a definire l'interpretazione delle direttive dell'Unione relativamente al settore del distacco dei lavoratori. Le notevoli problematicità del testo e la resistenza degli Stati ad accettare soluzioni esclusivamente «preatorie», hanno portato la Commissione ad intervenire nuovamente sulla materia.

6. Nel marzo del 2016 la Commissione ha inoltrato ai Parlamenti nazionali una proposta di direttiva per apportare modifiche mirate alla direttiva sul distacco dei lavoratori.

Dopo una lunga serie di consultazioni preparatorie condotte dalla Commissione con circa trecento portatori di interessi, in gran parte Piccole Medie Imprese (PMI), il 30% degli *stakeholders* che prestano servizi a livello transfrontaliero «ha segnalato problemi connessi alle norme vigenti in materia di distacco dei lavoratori, quali obblighi amministrativi eccessivamente onerosi, burocrazia, diritti e infine obblighi di registrazione»⁶⁴. Anche la mancanza di chiarezza delle norme del mercato del lavoro nel paese di destinazione

⁶³ Corte giust, 12 febbraio 2015, c. 396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry c. Elektrobudowa Spolka Akcyjna*.

⁶⁴ Commissione Europea, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio*, COM (2016) 128 final, p. 3.

è considerata un ostacolo importante alla prestazione di servizi transfrontalieri, soprattutto tra le PMI.

La Commissione auspica che la modernizzazione del quadro legislativo in materia di distacco dei lavoratori contribuisca «a creare condizioni trasparenti ed eque per l'attuazione del piano di investimenti per l'Europa, che a sua volta darà un ulteriore impulso alla prestazione di servizi transfrontalieri e condurrà quindi a un aumento della domanda di manodopera qualificata»⁶⁵.

La proposta mira a modificare la direttiva 96/71/CE nei seguenti punti:

a) Distacco superiore a 24 mesi

La prima modifica che la proposta mira ad apportare riguarda la disciplina giuslavoristica da applicare ai lavoratori distaccati qualora la durata prevista o effettiva del distacco superi i ventiquattro mesi. La distinzione tra la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi su base temporanea deve essere operata caso per caso, tenendo conto non solo della durata ma anche della regolarità, della periodicità e della continuità della prestazione dei servizi. La nuova disciplina imporrebbe che si applichi la disciplina del lavoro ospitante quando la durata del distacco sia superiore a 24 mesi o quando la durata effettiva del distacco superi i 24 mesi. In entrambi i casi lo Stato membro ospitante è considerato il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto. In applicazione delle norme di cui al regolamento Roma I, al contratto di lavoro di tali lavoratori distaccati si applicherà pertanto il diritto del lavoro vigente nello Stato membro ospitante, se le parti non hanno effettuato una scelta diversa in merito alla legge applicabile. Nel caso in cui sia stata operata una scelta diversa, il risultato non può tuttavia essere quello di privare il lavoratore della tutela assicurata da disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge dello Stato membro ospitante. Al fine di prevenire l'elusione della norma, viene precisato che, in caso di sostituzione di un lavoratore per le stesse mansioni, il calcolo della durata del distacco deve tener conto della durata complessiva del distacco dei lavoratori interessati.

⁶⁵ *Ivi*, p. 4.

b) Modifiche in materia di lavoro distaccato: le nuove garanzie

Un'altra novità mira a rendere i contratti collettivi di applicazione generale e che diventino applicabili ai lavoratori distaccati in tutti i settori dell'economia, a prescindere dal fatto che le attività siano menzionate nell'allegato della direttiva (il che avviene attualmente solo per il settore delle costruzioni).

In secondo luogo, rientrerebbe nella sfera di competenza degli Stati membri stabilire norme sulla retribuzione in conformità ai rispettivi ordinamenti. Inoltre un'altra modifica implica che le norme sulla retribuzione applicabili ai lavoratori locali, derivanti dalle disposizioni di legge o dai contratti collettivi di applicazione generale ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 8, siano applicabili anche ai lavoratori distaccati. La disposizione non menzionerebbe più le «tariffe minime salariali», ma preverrebbe il riferimento alla «retribuzione»⁶⁶.

Infine il nuovo comma impone agli Stati membri l'obbligo di pubblicare sul sito web di cui all'articolo 5 della direttiva 2014/67/UE gli elementi costitutivi della retribuzione applicabile ai lavoratori distaccati.

c) Subcontratti a catena

All'articolo 3 della direttiva 96/71/CE sarebbe aggiunto un nuovo paragrafo che riguarda i subcontratti a catena. Tale nuova norma conferirebbe agli Stati membri la facoltà di imporre alle aziende di subappaltare solo alle imprese che concedono ai lavoratori determinate condizioni in materia di retribuzione applicabili al contraente, comprese quelle derivanti dai contratti collettivi di applicazione non generale. Ciò è possibile solo su base proporzionata e non discriminatoria e richiede pertanto in particolare che gli stessi obblighi siano imposti a tutti i subcontraenti nazionali.

7. Dopo aver analizzato le modifiche più rilevanti⁶⁷, è necessario riflettere sull'*iter* affrontato dal progetto di direttiva.

⁶⁶ Basandosi sulla sentenza *Sähköalojen* di cui si è detto sopra.

⁶⁷ La proposta disciplina anche le condizioni applicabili ai lavoratori di cui all'articolo 1, paragrafo 3, lettera c), della direttiva, vale a dire i lavoratori ce-duti temporaneamente da un'agenzia interinale stabilita in uno Stato membro diverso dallo Stato membro di stabilimento dell'impresa utilizzatrice.

La proposta è stata inviata ai Parlamenti nazionali, affinché potessero effettuare lo scrutinio ex art. 5 TUE ed ex protocollo 2 allegato ai Trattati (il c.d. *early warning system*)⁶⁸. Dunque, nelle otto settimane successive, si sono espressi con un parere motivato i Parlamenti di 11 Stati membri, pari a 22 voti (sui 19 necessari per far scattare la procedura)⁶⁹. Ad ogni Stato membro sono attribuiti due voti, i quali nei sistemi bicamerali sono ripartiti uno per ogni ramo.

Il terzo «cartellino giallo» estratto⁷⁰ presenta alcune novità significative: è riferito ad una direttiva, non ad un regolamento, come nei due casi precedenti, ma soprattutto è «ricollegabile a un ambito

⁶⁸ I Parlamenti nazionali hanno la possibilità di esaminare tutti i progetti di atti legislativi con riguardo al principio di sussidiarietà, secondo la procedura prevista dal protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, e di presentare opposizione, attraverso «pareri motivati» inviati ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, esponendo le ragioni per le quali ritengono che il progetto in causa non sia rispettoso del principio di sussidiarietà.

⁶⁹ Ad ogni Stato membro sono attribuiti due voti, i quali nei sistemi bicamerali sono ripartiti uno per ogni ramo. Hanno espresso un parere motivato: la Camera dei deputati rumena (1), il Senato rumeno (1), la Camera dei deputati ceca (1), il Senato ceco (1), la Dieta polacca (1), il Senato polacco (1), il Seimas della Repubblica di Lituania (2), il Parlamento danese (2), il Parlamento croato (2), il Saeima lettone (2), l'Assemblea nazionale bulgara (2), l'Assemblea nazionale ungherese (2), il Parlamento estone (2) e il Consiglio nazionale della Repubblica slovacca (2).

⁷⁰ Il c.d. cartellino giallo è stato attivato altre due volte. Nel mese di maggio 2012, per la prima volta è stato estratto un «cartellino giallo» nei confronti di una proposta di regolamento della Commissione relativo all'esercizio del diritto di attuare azioni collettive nel contesto della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi («Monti II»). Dodici parlamenti nazionali e camere di tali parlamenti su 40 (che rappresentavano 19 voti su 54 assegnati) hanno ritenuto che la proposta non fosse conforme al principio di sussidiarietà dal punto di vista del suo contenuto. La Commissione ha finito per ritirare la proposta, pur ritenendo che questa non violasse il principio di sussidiarietà. Nell'ottobre 2013 un altro «cartellino giallo» è stato estratto da 14 camere di parlamenti nazionali di 11 paesi membri (18 voti) riguardo alla proposta di regolamento che istituiva la Procura europea. La Commissione, dopo aver analizzato i pareri motivati pervenuti dai Parlamenti nazionali, ha deciso di mantenere la proposta, precisando che era conforme al principio di sussidiarietà e che probabilmente sarebbe stata attuata con la cooperazione rafforzata.

territorialmente ben delimitato»⁷¹. Infatti, dieci degli undici Stati membri i cui Parlamenti hanno espresso un parere motivato corrispondono a Stati dell'Europa centro-orientale entrati nell'Unione dopo il 2004 (cui si aggiunge il solo Parlamento danese)⁷².

L'invio di un parere motivato all'interno della procedura di alerta, in questo caso, ricalca un indirizzo sostanzialmente in linea con le posizioni espresse dai rispettivi Esecutivi (con la parziale eccezione dell'Estonia, il cui Governo si era detto favorevole alla proposta di regolamento)⁷³. La strategia mira a raggiungere ad un ben definito interesse nazionale, quello a mantenere «più basse le tariffe minime salariali per i lavoratori distaccati, in prevalenza provenienti appunto da imprese basate in quei Paesi, rispetto a quelli locali»⁷⁴, come consentito dalla normativa oggi vigente, ma non da quella prospettata nell'iniziativa della Commissione europea.

Gli argomenti usati nei pareri motivati⁷⁵, pur ovviamente variegati, fanno leva tra l'altro sul fatto che l'analisi di impatto che accompagna la proposta di direttiva risulti carente, in particolare nell'individuare il valore aggiunto dell'iniziativa europea rispetto alla disciplina attualmente vigente e all'eventuale intervento degli Stati membri⁷⁶, e sulla circostanza che la determinazione dei minimi salariali costituisca una materia rientrante nella competenza degli Stati membri⁷⁷.

⁷¹ N. LUPO, *Il terzo «cartellino giallo» e i multiformi usi dell'early warning system*, in *Quad. cost.*, 2016, III, p. 572.

⁷² Tra i Paesi dell'Europa centro-orientale il solo a non esprimersi è stato il Parlamento sloveno.

⁷³ O. ROZEMBERG, *The Role of National Parliaments in the EU after Lisbon: Potentialities and Challenges*, Directorate General for internal policies - European Parliament, 2017, p. 52-53; N. LUPO, *op. cit.*, p. 572.

⁷⁴ N. LUPO, *Le molteplici funzioni dell'early warning system, alla luce del terzo «cartellino giallo» sui lavoratori distaccati*, in *Astrid Rassegna*, 2016, XVI, p. 5.

⁷⁵ D. JANČIĆ, *EU Law's Grand Scheme on National Parliaments: The Third Yellow Card on Posted Workers and the Way Forward*, in *IDEM* (a cura di), *National Parliaments after the Lisbon Treaty and the Euro Crisis: Resilience or Resignation?*, Oxford 2017, p. 304-306.

⁷⁶ Ad esempio: Assemblea Nazionale della Bulgaria, parere motivato del 10 aprile 2016; Parlamento della Croazia, parere motivato del 5 maggio 2016; Camera dei Deputati ceca, parere motivato del 31 marzo 2016;

⁷⁷ *Folketinget* danese, parere motivato del 6 maggio 2016.

Di avviso contrario i Parlamenti nazionali che hanno accolto favorevolmente la proposta di direttiva. Tra questi anche i due rami del Parlamento italiano. La Camera dei Deputati hanno ritenuto la proposta utile per evitare il *dumping* sociale e ad affermare il principio dell'uguale retribuzione per il medesimo lavoro che si svolge nello stesso posto⁷⁸. Il Senato ha giudicato positivamente la proposta anche specificamente quanto al rispetto del principio di sussidiarietà⁷⁹.

L'interesse nazionale, peraltro, non sembrerebbe l'unico fattore in gioco. Alla frattura est-ovest si è aggiunta, questa volta a livello europeo, quella tra sindacati e imprenditori. Subito dopo l'«estrazione» del cartellino giallo, i primi si sono espressi in favore del mantenimento della proposta di direttiva⁸⁰, mentre i secondi hanno invece appoggiato il cartellino giallo⁸¹.

Nel luglio 2016, presso la riunione dei presidenti COSAC⁸² tenutasi a Bratislava si è discusso della proposta di direttiva. La Commissaria Marianne Thyssen ha difeso la proposta, non ritenendo convincenti le obiezioni espresse dai parlamenti. Nel dibattito si è avuta una chiara divaricazione tra i paesi dell'est dell'Europa, che hanno a più riprese evidenziato i vizi della proposta, e i paesi dell'occidente dell'Europa, che hanno invece difeso il principio, già peraltro sostenuto dal parere reso in fase ascendente dal Senato, della parità di salario a parità di lavoro⁸³.

⁷⁸ Così, in particolare, la Camera dei deputati italiana, con il documento approvato, nell'ambito del dialogo politico, il 12 maggio 2016 dalla XI Commissione lavoro, previo parere della XIV Commissione politiche dell'Unione europea: A.C., XVII leg., doc. XVIII, n. 41.

⁷⁹ Cfr., ad esempio, il Senato italiano, con la corrispondente risoluzione approvata il 3 maggio 2016: A.S., XVII leg., doc. XVIII, n. 125.

⁸⁰ Una lettera del 13 maggio 2016, a firma del segretario generale della Confederazione europea dei sindacati (CES), alla Commissione europea afferma che tutti i sindacati europei, inclusi quelli dei Paesi i cui Parlamenti hanno emesso il cartellino giallo, supportano la proposta di direttiva in materia: <https://www.etuc.org/press/trade-unions-call-fast-dismissal-yellow-card-posted-workers#:WAvdX-CLT3F>.

⁸¹ V. la posizione espressa da *Business Europe* il 17 maggio 2016: <https://www.business-europe.eu/publications/revision-posting-workers-directive-business-europe-position>

⁸² Conferenza degli organi parlamentari specializzati negli affari dell'Unione dei parlamenti degli Stati membri.

⁸³ Senato della Repubblica, 14^a Commissione permanente - Resoconto sommario n. 204 del 12/07/2016.

8. La Commissione europea, nella sua risposta ai pareri motivati, resa con apposita comunicazione del 20 luglio 2016 al Parlamento europeo, al Consiglio e ai Parlamenti nazionali⁸⁴, ha ribadito che la proposta rispetta il principio di sussidiarietà e comunicato la propria intenzione di mantenerla. La Commissione ha voluto rispondere ai pareri motivati con argomentazioni tecniche, ripercorrendo la procedura e replicando ai soli rilievi attinenti la pretesa violazione del principio di sussidiarietà⁸⁵.

Il mancato richiamo, nella suddetta comunicazione, di ogni profilo attinente il merito della proposta rappresenta una scelta che in parte può essere dovuta alla volontà, da parte della Commissione, di restare coerente con l'approccio fin qui seguito nell'interpretare l'*early warning system* come strumento tecnico-giuridico e avente a parametro il solo principio di sussidiarietà, letto in senso restrittivo⁸⁶. Dopo un lungo periodo di stallo, la proposta di direttiva ha ripreso il suo *iter*. Grazie all'intervento del presidente Macron, la situazione sembra essersi definitivamente sbloccata. Il 23 ottobre 2017, grazie ad una lunga mediazione, il Consiglio, composto dai ministri del Lavoro degli Stati membri, ha approvato la proposta di direttiva con un'importante e decisiva variazione rispetto alla proposta della Commissione⁸⁷. Il progetto di direttiva è stato emendato

⁸⁴ COM (2016) 505 final.

⁸⁵ Commissione europea, *Relazione annuale 2016 in materia di sussidiarietà e proporzionalità*, 30 giugno 2017, p. 14-15. Riguardo ai rilievi relativi al rispetto del principio di sussidiarietà formulati dai Parlamenti nazionali, questi vengono respinti dalla Commissione, richiamando il ruolo centrale che il distacco dei lavoratori svolge nel mercato interno e al fatto che la proposta non mira a portare ad un allineamento salariale tra gli Stati membri, ma solo all'applicazione delle norme imperative in materia di retribuzione dello Stato membro ospitante anche ai lavoratori ivi distaccati.

⁸⁶ Seguendo l'interpretazione data da P. KUIJVER, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, Londra 2012; IDEM, *The Treaty of Lisbon, the National Parliaments and the Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, Vol. 15, p. 77-83. Si veda, inoltre, F. FABBRINI, K. GRANAT, "Yellow card, but no foul": the role of the national parliaments under the subsidiarity protocol and the commission proposal for an EU regulation on the right to strike, in *Common Market Law Review*, 2013, L, p. 115-144.

⁸⁷ A votare contro sono state la Polonia, la Lituania, la Lettonia, l'Ungheria. Invece, la Gran Bretagna, l'Irlanda e la Croazia si sono astenute. Gli altri 21 paesi hanno votato a favore del testo.

per quanto riguarda la durata del distacco, prevista di dodici mesi, anziché di ventiquattro come inizialmente proposto dalla Commissione europea, estendibile di altri sei mesi su richiesta motivata dell'impresa distaccante.

In estrema sintesi il nuovo testo prevede⁸⁸:

- la retribuzione dei lavoratori distaccati in conformità della legislazione e delle prassi dello Stato membro ospitante;
- distacchi a lungo termine della durata di dodici mesi che possono essere prorogati di sei mesi (per un totale di 18 mesi);
- l'applicazione di contratti collettivi ai lavoratori distaccati in tutti i settori;
- la parità di trattamento tra i lavoratori "tramite agenzia interinale" e i lavoratori locali;
- per quanto concerne il settore dei trasporti, le disposizioni della direttiva di modifica si applicheranno solamente a partire dalla data di entrata in vigore della futura legislazione di settore⁸⁹, restando in vigore, per ora, la direttiva del 1996.

È stabilito, inoltre, un periodo di recepimento abbastanza lungo (tre anni), dopodiché bisognerà attendere un altro anno affinché la direttiva entri in vigore.

Con il raggiungimento di questo importante accordo in sede di Consiglio, il testo passa ora all'esame del Parlamento europeo, in una versione meno radicale di quella originariamente proposta dalla Commissione. Per arrivare all'approvazione definitiva, però, bisognerà vincere le ultime resistenze dei paesi dell'est-Europa.

9. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati⁹⁰, seguendo le conclusioni dell'Avvocato Generale nella causa Santos Pahlota, nella misura in cui la protezione dei lavoratori diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati, «non ci troviamo più dinanzi ad una mera 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

⁸⁸ Documento del Consiglio, n. 13612/17 del 24 ottobre 2017.

⁸⁹ Come richiesto da Spagna e Portogallo.

⁹⁰ TUE, art. 6, par. 1.

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 restrittiva⁹¹.

La tutela giurisdizionale sovranazionale dei diritti è un processo inevitabile, in ragione del fatto che la globalizzazione dell'economia tende a seguire inevitabilmente la globalizzazione dei relativi rapporti e quindi anche dei diritti. E l'alchimia europea, dovrà essere considerata una dimensione in cui la stessa struttura dei diritti e la loro tutela sono destinate ad un ripensamento nell'Unione europea da parte delle angolazioni nazionali.

Lungi dal rimanere nelle fredde stanze delle istituzioni dell'Unione europea, perciò, la direttiva in questione è stata ed è tuttora al centro di accessi dibattiti, tra Stati membri e tra le forze sociali, che come si è accennato trovano una qualche eco anche nei pareri motivati e nei dibattiti svoltisi nei Parlamenti degli Stati membri. In qualche modo, la procedura dell'*early warning* «sembra aver conseguito uno dei suoi scopi: quello di immettere un po' di *politics* nelle *policies* europee»⁹².

Sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia si può notare come la Corte si sia ritagliata il ruolo di garante dei diritti fondamentali a livello europeo, e tra le sue sfide che si profilano attualmente all'orizzonte troviamo la tutela dei diritti fondamentali e il bilanciamento tra libertà del mercato e diritti fondamentali.

Come abbiamo visto la direttiva sui lavori distaccati ricopre un ruolo di straordinaria importanza nel lento cammino che l'Unione europea sta intraprendendo nella tutela dei diritti.

La sensazione è che l'accrescimento delle tutele giuslavoristiche a livello europeo sia possibile primariamente grazie all'effetto *spill-over*. Dalla garanzia delle quattro libertà fondamentali si può arrivare ad un'effettiva e sempre più profonda tutela delle tutele giuslavoristiche, che gli Stati membri considerano per tradizione come garanzie dei diritti inviolabili della persona, ma un passo decisivo dovrà farlo la politica europea. E chissà che un giorno con l'alli-

⁹¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón presentate il 5 maggio 2010, C- 515/08, Santos Palhota e altri.

⁹² N. LUPO, *ult. op. cit.*, p. 6.

neamento delle condizioni economiche e finanziarie in Europa si possa arrivare ad una retribuzione minima europea⁹³.

MARCO CECILI

Abstract

La Direttiva 96/71/CE persegue l'arduo compito di conciliare le ragioni dello sviluppo economico con l'esigenza di tutela dei lavoratori. L'obiettivo è quello di bilanciare la libera prestazione economica con i diritti garantiti ai lavoratori, sia sotto il profilo salariale, sia sotto il profilo normativo, a fronte dell'esecuzione di una medesima prestazione nello stesso luogo di lavoro.

Nel 2016 la Commissione ha presentato una proposta di direttiva per ampliare la portata della 96/71, ma è stato estratto un cartellino giallo nell'ambito della procedura di *early warning* mechanism attivata dai pareri motivati espressi dai Parlamenti dell'est Europa.

The Directive 96/71/CE pursues the extremely demanding task of reconciling the reasons of the economic development with the need of the workers' protection. The aim is to balance the free economic performance with the rights guaranteed to workers, both in terms of salary and even from a regulatory perspective, in the event of the execution of the same performance in the same working place. In 2016 the Commission presented a proposal for a directive in order to increase the range of 96/71, but it was pulled out a yellow card in the context of the *early warning mechanism* procedure enabled by reasoned opinions expressed by the Parliaments of eastern Europe.

⁹³ Per il dibattito dottrinale in materia di reddito garantito come diritto fondamentale tra molti si vedano B. ACKERMAN, *La giustizia sociale nello Stato liberale*, Bologna 1984, p. 402; U. BECK, *Condito humana. Il rischio nell'età globale*, Roma-Bari 2007, p. 12; D. BLCHIZ, *Poverty and Fundamental rights: The justification and enforcement of socio-economic rights*, Oxford 2007; C. DEL BO, *Un reddito per tutti*, Pavia 2004; S. SCIARRA, *Is flexibility a European policy?*, in G. BRONZINI, F. GUARRIELLO e V. PICCONI (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni e politiche*, Roma 2009; Y. VANDERBORGHT, *Il reddito minimo universale*, Milano 2006.