

## 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\*

Umberto Carabelli

|   |     |
|---|-----|
| 1. – La Direttiva n. 96/71 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale. Qualche considerazione generale.   | 123 |
| 2. – Alcuni problemi interpretativi relativi al suo ambito di applicazione.   | 127 |
| 3. - La tutela del lavoro nell'ordinamento comunitario: una rilettura della evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia e della normativa del Trattato CE (alla luce dei principi generali del diritto). | 136 |
| 4. – Il lungo e complesso processo di approvazione della Direttiva n. 96/71: le difformità tra la proposta della Commissione e il testo definitivo.   | 152 |
| 5. - La protezione dei lavoratori distaccati: obblighi e facoltà previsti nei confronti dello Stato membro ospitante in relazione all'estensione ad essi delle tutele del lavoro interne.                             | 153 |
| 6. – Segue: i problemi interpretativi posti dal dettato dell'art. 3, par. 10 (e 9), della Direttiva.  | 158 |
| 7. – Alcune annotazione conclusive sulla Direttiva n. 96/71.  | 165 |
| 8. – Le difficili e pericolose implicazioni del caso <i>Laval</i> : alla ricerca di una soluzione nel confronto tra diritto di sciopero, Trattato CE e Direttiva n. 96/71.  | 169 |
| 9. – La nuova Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno: la salvaguardia del diritto del lavoro del paese ospitante ed il rinvio alla Direttiva n. 96/71.                                      | 181 |
| 10. Bibliografia  | 184 |

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 49/2006

## 1. – La Direttiva n. 96/71 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale. Qualche considerazione generale.

Consultando i repertori di dottrina e giurisprudenza del lavoro degli ultimi anni, ci si può facilmente accorgere dell'assai scarsa attenzione che gli studiosi della disciplina giuslavoristica hanno dedicato, a far data dalla sua emanazione, alla Direttiva CE n. 96/71 del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale<sup>516</sup>.

Questo disinteresse appare, in verità, difficilmente spiegabile ove si consideri l'ampio ed intenso dibattito sviluppatosi negli anni più recenti in sede politica, sindacale e scientifica sul progetto di direttiva sulla liberalizzazione della prestazione di servizi nell'ambito della Comunità europea (c. d. progetto di direttiva Bolkestein), in particolare sui rischi di *dumping* sociale derivanti da tale progetto, dovuti alla spinta al ribasso che i più evoluti sistemi nazionali di protezione sociale avrebbero subito per effetto della concorrenza esercitata nel mercato comune da imprese aventi sede in Stati membri con livelli assai inferiori di tutela sociale<sup>517</sup>. Infatti, come si vedrà in una più avanzata fase della trattazione, a quest'ultima tematica è strettamente collegato (ed anzi ne costituisce uno degli aspetti più significativi) il problema della determinazione della disciplina applicabile ai lavoratori dipendenti da operatori economici stabiliti in uno degli Stati membri che, senza creare una (ulteriore) sede giuridica ed operativa in altro Paese comunitario, forniscono, in concorrenza con gli operatori economici in quest'ultimo insediati, servizi con proprio personale colà inviato *in via meramente transitoria*; problema la cui soluzione è oggi affidata, appunto, alla Direttiva n. 96/71.

Tanto meno giustificato appare, d'altro canto, siffatto disinteresse ove si consideri l'ormai sempre più frequente fenomeno della fornitura, da parte di imprese di somministrazione con sede in uno Stato membro, di lavoratori interinali ad imprese insediate in altri Paesi comunitari; nonché, ancora, l'altro fenomeno, di particolare interesse giuridico ed invero da lungo tempo ben noto, del distacco, da parte di un'impresa di un Paese membro, di propri lavoratori presso imprese appartenenti al proprio stesso gruppo insediate in altri Paesi membri. Entrambi tali fenomeni sono parimenti oggetto di considerazione da parte della predetta Direttiva, la quale li accomuna all'altro, quali fattispecie meritevoli di attenzione per le delicate implicazioni che esse producono sul rapporto tra sistemi nazionali di tutela del lavoro e la libertà di prestazione dei servizi.

In effetti la Direttiva n. 96/71 ha come obiettivo la definizione di un quadro di regole alle quali gli Stati membri devono attenersi nella definizione delle 'condizioni di lavoro e di occupazione' che le imprese stabilite di altro Stato membro devono assicurare ai propri dipendenti temporaneamente 'distaccati' sul loro territorio nelle tre ipotesi individuate nell'art. 1, par. 3, lett. *a*, *b* e *c*, della Direttiva stessa. Più precisamente, le imprese destinatarie della normativa comunitaria sono quelle stabilite in uno Stato membro, le quali, «nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano lavoratori, a norma del par. 3, nel territorio di uno Stato membro» (art. 1,

<sup>516</sup> In senso analogo PALLINI, 2006b, 274.

<sup>517</sup> Sulla Bolkestein, si v. *infra* part. 9. Sui temi del mercato dei servizi esterno v. LYON-CAEN, 2005, 503 ss., nonché l'interessante saggio di LO FARO, 2005, 437 ss.

par. 1). Laddove le tre ipotesi rilevanti ai fini dell'applicazione della Direttiva sono rispettivamente: quella dell'impresa distacchi «per conto proprio e sotto la propria direzione, nel territorio di uno stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia» (art. 1, par. 3, lett. a)<sup>518</sup>; quella di un'impresa che distacchi «un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia» (lett. b); quella, infine, dell'impresa di lavoro temporaneo o che svolga attività di cessione temporanea di lavoratori – nella versione inglese: «*a temporary employment undertaking or placement agency*» – la quale distacchi «un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente» (lett. c)<sup>519</sup>. In tutti e tre i casi, dunque è espressamente richiesto che il lavoratore distaccato conservi *per tutta la durata del distacco* il suo rapporto giuridico diretto con l'impresa di appartenenza.

La base giuridica della Direttiva è costituita dagli artt. 57, par. 2 (oggi art. 47, par. 2) e 66 (oggi 55) relativi alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi<sup>520</sup>: si è dunque in presenza di una Direttiva non di armonizzazione delle normative di tutela del lavoro, bensì di determinazione delle discipline del lavoro applicabili ai distacchi transnazionali di lavoratori, in funzione della rimozione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi<sup>521</sup>: la normativa comunitaria, insomma, mira soprattutto a fornire un quadro 'bilanciato' di riferimento normativo per la circolazione dei prestatori di servizi negli Stati membri della Comunità, in relazione ai lavoratori dipendenti da essi occupati.

Da questo punto di vista aveva perfettamente ragione chi, ancor prima della approvazione definitiva della Direttiva, nella ricerca di una definizione che esprimesse siffatta duplice anima, aveva

<sup>518</sup> Sulla necessità della presenza di un contratto si v. il *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, punto a).

<sup>519</sup> Nel *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, punto c), si rileva che formalmente nella previsione della direttiva non rientrerebbe il caso di un'impresa di somministrazione che distacchi un lavoratore presso un'impresa di altro Stato membro, la quale a sua volta distacchi poi questo lavoratore in un altro Stato membro. E tuttavia, il gruppo stesso ha ritenuto che «*compte tenu des objectifs et du but de la directive, ce type de situation était couvert par la directive*».

<sup>520</sup> Sottolineano giustamente l'importanza di questo aspetto DAVIES, 1997, 572-3, ORLANDINI, 1999, 467 e FOGLIA, 2001, 812. DAVIES (*ivi*) segnala l'ambigua situazione dei lavoratori distaccati, i quali mentre, da un lato, possono ambire ai migliori trattamenti in vigore nel paese d'accoglienza, dall'altro sono consapevoli che proprio tali trattamenti possono inficiare la concorrenzialità dell'impresa da cui dipendono.

È inoltre da segnalare la giusta osservazione dell'autore (599-602) circa l'importanza non assoluta, ma relativa, che i sistemi di tutela del lavoro hanno ai fini della determinazione del costo del lavoro, stante la necessità di fare in realtà riferimento all'unico parametro rilevante: la produttività del lavoro, rispetto alla quale i costi diretti ed indiretti del lavoro costituiscono solo una componente (in questo senso v. anche AHLBERG – BRUUM – MALMBERG, 2006, 157-8; v. inoltre BELLAVISTA, 2006, 4-5, dove gli ulteriori rife.). Su questi aspetti cfr. anche BANO, 2001, 11.

<sup>521</sup> Cfr. BIAGI, 1996, 6; e poi ancora FOGLIA, 2001, 806, TOSI-LUNARDON, 2005, 180e BELLAVISTA, 2006, 28.

ROCCELLA-TREU, 2002, 123 e ORLANDINI, 2006, 28 affermano in tal senso che si è in presenza di uno strumento di diritto internazionale privato (ovviamente riferito all'ordinamento comunitario).

affermato che «*la Directive est plus, dan son esprit et dans son fondement, une directive économique qu'une directive sociale, même si l'un des ses objectifs est de protéger les travailleurs détachés, en les faisant bénéficier, à l'occasion de leur mobilité pour le compte de leur employeur, des dispositions essentielles du droit de travail du pays d'exécution de la prestation de services, lorsqu'elles lui sont favorables*»<sup>522</sup>. Per contro, non pare da condividersi, quanto meno nella sua assolutezza, l'opinione secondo la quale la Direttiva ha la funzione di fondare un generale principio di parità tra lavoratori locali e lavoratori distaccati<sup>523</sup>: ciò che si prefigge la normativa comunitaria è piuttosto – come chiaramente espresso in più parti di essa – assicurare una tendenziale parità di trattamento tra le imprese che svolgono una prestazione di servizi transnazionale e quelle del paese ospitante (quanto meno con riferimento alle due ipotesi previste dall'art. 1, par. 3, lett. *a* e *c*: quella di cui alla lett. *b* è, come si vedrà, dotata di una propria peculiarità)<sup>524</sup>; per quanto riguarda, invece, la parità tra lavoratori distaccati e lavoratori 'autoctoni', essa è formalmente strumentale alla prima e, soprattutto, è solo eventuale, sia perché l'estensione ai primi delle tutele del lavoro dei secondi – oltre a non interessare i distacchi di breve durata o per lavori di 'scarsa entità'<sup>525</sup> – riguarda solo un limitato numero di materie (per le altre è, come si dirà tra un attimo, meramente opzionale, e soprattutto condizionata), sia perché ai lavoratori distaccati è comunque garantita la conservazione dei trattamenti di miglior favore<sup>526</sup>.

Quanto alla disciplina dettata dalla Direttiva, va detto anzitutto che, ai sensi dell'art. 3, par. 1, co. 1, gli Stati membri *devono* provvedere affinché le imprese rientranti nel suo campo di applicazione garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio, *qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro*<sup>527</sup>, «le condizioni di lavoro e di occupazione» fissate «da disposizioni di legge, regolamentari o amministrative», ovvero, nel solo settore delle costruzioni (e in particolare in relazione ad una serie di attività di tale settore indicate in un allegato della Direttiva stessa),

<sup>522</sup> MOREAU, 1996, 890. Anche se poi la stessa autrice rileva che «*il est paradoxal de vouloir concilier la protection des travailleurs et la liberté économique*» (sul punto in senso del tutto adesivo ORLANDINI, 1999, 467-8). A tale obiezione pare congrua la risposta di CHIECO, 2004, 63, il quale ha osservato che «il paradosso è solo apparente, in quanto l'imposizione di tali vincoli è la risposta comune e uniforme agli spazi che la Corte di Giustizia aveva aperto con la nota pronuncia *Rush Portuguesa*, riconoscendo 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". Ecco perché la Direttiva, pur essendo dichiaratamente espressione e strumento di promozione e tutela della concorrenza, di fatto introduce un sistema di regolamentazione delle condizioni d'impiego dei *posted workers* (<sup>522</sup>), fornendo così un esempio di come nell'economia della globalizzazione l'integrazione regionale dei mercati possa essere effettuata senza trascurarne le ricadute di carattere sociale».

Sul diretto e strettissimo rapporto tra le previsioni della Direttiva e la sentenza *Rush Portuguesa* si tornerà più ampiamente nel seguito (*infra* par. 6, lett. b).

<sup>523</sup> BALANDI, 1998, 118 e 124; ma v. anche CHIECO, 2004, 63-4; MARETTI, 2000b, 1148-9; FOGLIA, 2001, 806; TOSI-LUNARDON, 2005, 180; CREMERS, 2006, 172.

<sup>524</sup> Cfr. Art. 1, par. 4 e art. 3, par. 8, co. 3 e 4.

Altro discorso è se i meccanismi di tutela dei lavoratori distaccati imposti dalla Direttiva possano deprimere la libera circolazione dei servizi (cfr. MAGNANI, 1998 89), o comunque legittimino le scelte protezionistiche degli Stati membri (GIESEN, 2003, 144): indubbiamente queste critiche sono realistiche, ma d'altro canto è pur vero la scelta politica che è alla base della Direttiva è quella non assecondare una concorrenza fondata sul *dumping sociale*. Scelta sulla cui efficacia, peraltro, taluno ha nutrito dubbi: OJEDA-AVILÉS, 1997, 128-9 ed alla cui effettiva (limitata) portata, dal punto di vista squisitamente giuridico, è dedicato, in buona sostanza questo scritto.

<sup>525</sup> Cfr. artt. 3, parr. 2, 3, 4 e 5.

<sup>526</sup> Come rilevano d'altronde anche BALANDI, 1998, 127 e FOGLIA, 2001, 809-810.

<sup>527</sup> Comunque definita sulla base della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (su cui v. *infra*, par. 5).

«da contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del par. 8»<sup>528</sup>, con riferimento ad una lunga serie di materie, tra cui le tariffe minime salariali, i periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, la durata minima delle ferie annuali etc. (quest'insieme di materie viene definito dal *Considerandum* n. 13 della stessa Direttiva come un «nucleo di norme vincolanti»).

In forza, inoltre, dell'art. 3, par. 10, gli Stati membri *possono*, nel rispetto del Trattato, imporre «alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura:

- condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al par. 1, co. 1, del presente articolo, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico;
- condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del par. 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate nell'allegato».

Invece, in forza dell'art. 3, par. 9, nello specifico caso di somministrazione transnazionale di lavoratori lo Stato membro di accoglienza può prevedere che siano ad essi applicabili le stesse condizioni applicate ai lavoratori temporanei interni.

Ed infine, mentre ai sensi dell'art. 1, par. 4, «le imprese stabilite in uno Stato Membro non possono beneficiare di un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese stabilite in uno Stato Membro», reciprocamente, in base all'art. 3, par. 7, l'*obbligo* di estensione delle condizioni di lavoro e di occupazione da parte dello stato ospitante la prestazione di servizi non osta all'applicazione di condizioni «che siano più favorevoli ai lavoratori»<sup>529</sup> (cfr. anche *Considerandum* n. 17) (evidentemente, quelle dello Stato membro di provenienza<sup>530</sup>)<sup>531</sup>.

<sup>528</sup> Ai sensi del par. 8, «per contratti collettivi o arbitrati 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 dei contratti collettivi o arbitrati, gli Stati membri possono avvalersi, alternativamente, di contratti collettivi (o arbitrati) che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nello stesso territorio e nella categoria interessata, ovvero di contratti collettivi stipulati dalla organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale, a condizione che sia assicurata la parità di trattamento con le altre imprese che si trovano in posizione analoga.

<sup>529</sup> È da segnalare che il richiamo da parte del par. 7 dei parr. 1-6 parrebbe ridurre la previsione alle sole materie per le quali è prevista l'estensione obbligatoria. Ma data l'irrazionalità di questa soluzione interpretativa (non si capisce perché il lavoratore distaccato dovrebbe soffrire di un trattamento peggiorativo nel caso di estensione della disciplina relativa a materie ulteriori rispetto a quelle del 'nucleo duro' di cui all'art. 3, par. 1) sembra doversi da ritenere che il principio abbia portata generale.

<sup>530</sup> Si v. sul punto FOGLIA, 2001, 809; CARABELLI-LECCESE, 2005, 565; GARCÍA NINET – VICENTE PALACIO, 2000, 25.

In realtà la formulazione dell'art. 3, par. 7, è talmente generica che parrebbe consentire un'interpretazione riguardante anche normative del paese di accoglienza più favorevoli: ma, a parte l'irragionevolezza (perché il paese ospitante dovrebbe prevedere normative di miglior favore per il lavoratori distaccati?), e in fin dei conti la contrarietà al Trattato (ci sarebbe una discriminazione nei confronti delle imprese distaccanti, e quindi una violazione della loro libertà di servizi) di questa interpretazione, induce ad optare per una portata limitata della disposizione – e dunque per la soluzione di cui in testo – anche la formulazione (solo) un po' meno ambigua del *Considerandum* n. 17.

<sup>531</sup> È da sottolineare che, nel caso vi siano alcuni trattamenti di miglior favore assicurati nel paese di insediamento dell'impresa che effettua la prestazione di servizi transnazionale tramite il distacco, quest'ultima si troverà, sul piano delle tutele del lavoro, in una situazione svantaggiata rispetto alle imprese che operano nell'altro Stato membro, dato che si verificherebbe un effetto cumulativo a loro danno: così con chiarezza DAVIES, 1997, 585.

È poi da segnalare che il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale nei termini appena indicati non solleva problemi di sovrapposizione con la libertà di circolazione dei lavoratori come ancora di recente precisato nella recente Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni su "L'applicazione della direttive 96/71/CE negli Stati membri", 25 luglio 2003, COM (2003) 458 definitivo: «a tale proposito la Corte ha sottolineato che, a differenza dei lavoratori migranti, i lavoratori distaccati nel contesto della prestazione di servizi tornano nel paese

## 2. – Alcuni problemi interpretativi relativi al suo ambito di applicazione.

In via preliminare conviene sgombrare il campo da alcuni dubbi sollevati dalla normativa comunitaria nella parte relativa alla delimitazione del suo stesso campo di applicazione, con riferimento in particolare alla definizione delle fattispecie rilevanti.

a) Tra questi dubbi, quello che balza subito in evidenza già ad una prima lettura è che il requisito della *temporaneità* è riferito al distacco del lavoratore e non alla prestazione di servizi nel cui 'quadro' avviene il distacco<sup>532</sup>. Infatti, l'art. 2, par. 1, stabilisce che «ai fini della presente direttiva, per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, *per un periodo limitato*, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente» (cfr. anche i *Consideranda* nn. 3, 4, 8, 12, 13, 14); laddove né all'art. 1, par. 1, sopra citato, né al par. 3, lett. *a*, *b*, e *c* dello stesso articolo (dove si definiscono puntualmente le tre ipotesi di distacco rilevanti ai fini della direttiva) si fa alcun riferimento alla natura temporanea o meno della prestazione di servizi, ma solo, appunto, alla temporaneità del distacco. Tanto meno nei *Consideranda* introduttivi si rinviene alcun riferimento alla natura temporanea della prestazione di servizi.

D'altro canto, questo connotato non deriva neppure in via, per così dire, diretta ed automatica, dalla *natura* della prestazione medesima, quale risultante dalle tre ipotesi legali. Ed infatti nell'ipotesi definita dalla predetta lett. *a* nulla si dice in ordine alla durata del vincolo giuridico (di effettuare la prestazione di servizi) derivante dal contratto (evidentemente di tipo commerciale) intercorrente tra il prestatore ed il destinatario dei servizi<sup>533</sup>. Ed analoga considerazione vale per l'ipotesi di cui alla lett. *c*, con riferimento al contratto che lega l'impresa all'utilizzatore, sulla cui base avviene poi il distacco transnazionale del lavoratore. Nell'un caso e nell'altro, insomma, a prima vista, non sembrerebbe da escludere l'eventualità che il contratto di prestazione di servizi, ovvero, in particolare, quello di fornitura di lavoro, possano essere di durata indeterminata, mentre sicuramente carattere *temporaneo* – e dunque a termine – dovrebbe avere il distacco del lavoratore che avvenga nell'ambito di tali contratti.

Invece, per l'ipotesi *sub b* il problema sembrerebbe non porsi nemmeno, in quanto parrebbe addirittura dubbia l'esistenza di un contratto tra le due imprese come base giuridica del distacco; in relazione a tale ipotesi in altre parole, ciò che rileva in via diretta è proprio e soltanto la temporaneità del distacco del lavoratore presso l'altra impresa del gruppo.

In realtà, è nel Trattato CE che si trova una precisa risposta all'interrogativo da cui siamo partiti. Dopo aver sancito, all'art. 49, la libertà di prestazione dei servizi, il Trattato stesso, all'art. 50, ai co. 1 e 2, passa a definire cosa debba intendersi per 'servizi' in ambito comunitario, per poi sancire, al co. 3 che, «senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione delle sua prestazione, esercitare, *a titolo temporaneo*, la sua

di origine dopo aver svolto le loro funzioni, senza mai accedere al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante»: v. al riguardo *Rush Portuguesa* C-113/89 del 27.3.1990 (punto 15), *Vander Elst* C-43/93 del 9.8.1994 (punto 21), *Finalarte* Cause riunite C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98 (punto 22), *Commissione c/Granducato di Lussemburgo* C-445/03 del 21.10.2004. In dottrina PALLINI, 2006a, 274 e Id., 2006b, 244.

<sup>532</sup> Ha rilevato subito questo aspetto MOREAU, 1996, 893.

<sup>533</sup> Sulla necessità della presenza di un contratto si v. anche il *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, punto a).

attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini». La prestazione di servizi (transnazionale) per la quale il Trattato garantisce la piena libertà di circolazione, insomma, è quella esercitata «a titolo temporaneo», quale connotato determinante al fine di evitare sovrapposizioni con la libertà *di stabilimento*, parimenti sancita dal Trattato, ma agli art. 43 ss. La presenza di un vincolo giuridico di durata indeterminata, e dunque non temporaneo, ad effettuare una prestazione di servizi in altro Stato membro, in altre parole, sembrerebbe imporre – secondo il diritto comunitario – il trasferimento della concreta fattispecie nell'ambito di una diversa libertà economica, soggetta, evidentemente a differenti regole e garanzie<sup>534</sup>.

Di questo si può d'altronde trovare conferma in una recente decisione della Corte di giustizia, nella quale, con uno sforzo argomentativo apprezzabile, la Corte stessa ha offerto un'importante chiarificazione per la distinzione tra le due dimensioni giuridiche rilevanti ai fini dell'esercizio di attività economiche in ambito comunitario (libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi), pur sollevando nel contempo preoccupazioni di non poco momento<sup>535</sup>.

In effetti, nella sentenza relativa al caso *Schnitzer* (C-215/01, dell'11 dicembre 2003), la Corte, investita, sia pure in via mediata, della questione relativa al criterio sulla base del quale stabilire il limite temporale massimo entro il quale l'esercizio di un'attività di prestazione di servizi transnazionale può considerarsi effettuato «a titolo temporaneo», ha affermato (riprendendo, precisando e sviluppando quanto già affermato in altre due precedenti sentenze<sup>536</sup>) che «nella nozione di 'servizio' ai sensi del Trattato possono rientrare servizi di natura molto diversa, ivi compresi i servizi la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino più anni, come quando, ad esempio, avviene per i servizi forniti nell'ambito della costruzione di un grande edificio» ovvero per «le prestazioni che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisce in maniera più o meno frequente o regolare, anche per un periodo di tempo prolungato, a persone stabilite in uno o più altri Stati membri, come ad esempio l'attività di consulenza o di informazione offerta dietro retribuzione» (punto 30). D'altronde, argomenta la Corte, «il carattere temporaneo dell'attività del prestatore nello Stato membro ospitante dev'essere valutato non soltanto in rapporto alla durata della prestazione, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità di questa», e «non esclude la possibilità per il prestatore di servizi, ai sensi del Trattato, di dotarsi nello Stato membro ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio) se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi» (punto 28). In questo la situazione differirebbe «da quella di un cittadino di uno Stato membro che esercita in maniera stabile e continuativa un'attività professionale in un

<sup>534</sup> Per un cenno in questa prospettiva, si v. FOGLIA, 2001, 806.

<sup>535</sup> In via preliminare, è bene ricordare che, sotto il diverso ma in qualche misura connesso profilo della residenza e della sede, già da lungo tempo la Corte ha affermato che per effetto della libertà di prestazione dei servizi garantita dal Trattato «uno Stato non può, esigendo la residenza nel proprio territorio, impedire la prestazione di servizi da parte di persone residenti in altro stato membro» (*Van Binsbergen* C-33/74, del 3 dicembre 1974, punto n. 17); una posizione successivamente confermata e perfezionata in una serie di sentenze, in cui si è sottolineato che prescrivere ad un'impresa l'obbligo di avere una sede nello stato membro in cui presta il servizio «costituisce di fatto la negazione stessa della libera prestazione di servizi», onde si tratta «di un requisito che va ben oltre quanto necessario per giustificare l'obiettivo di tutela dei lavoratori» (su quest'ultima affermazione come parte del c.d. *test* di proporzionalità v. *infra*, par. 3, lett. a) (*Commissione c/ Repubblica italiana* C-279/00, del 7.2.2002, dove i richiami di tutti i precedenti).

<sup>536</sup> *Gebhard* C-55/94, 30 novembre 1995, punti 27 e 28; *Commissione c/ Italia* C-131/01, 13 febbraio 2003, punto 22. V. anche la Comunicazione della Commissione (*Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*), del 4.4.2006, COM (2006) 159, par. 2.1, lett. a.

In dottrina v. GIESEN, 2003, 154-5 e PALLINI, 2006b, 240. *Adde* MARETTI, 2000a, 223.

altro Stato membro da un domicilio professionale in cui offre i suoi servizi, tra l'altro, ai cittadini di quest'ultimo Stato membro», la quale rientra invece «nelle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento e non in quello relativo ai servizi» (punto 29). Né, per altro verso, conclude la Corte, è possibile rinvenire in nessuna disposizione del trattato del Trattato un criterio «per determinare, in maniera astratta, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro non può essere più considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato» (punto 31); di modo che «il solo fatto che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisca servizi identici o simili in modo più o meno frequente o regolare in un altro Stato membro senza che disponga ivi di un'infrastruttura che gli consenta di esercitarvi in maniera stabile e continuativa un'attività professionale e di offrire a partire dalla detta infrastruttura i suoi servizi, tra l'altro, ai cittadini di quest'altro Stato membro, non è sufficiente a considerarlo stabilito in tale Stato membro» (punto 32)<sup>537</sup>.

Riflettendo su queste organiche argomentazioni, se, da un lato, si può trovare evidente conferma di quanto sopra sostenuto, circa la natura necessariamente temporanea dell'attività di prestazione di servizi transnazionale rilevante ai fini dell'esercizio della libertà comunitaria di prestazione dei servizi<sup>538</sup>, dall'altro lato si ricava una forte sensazione di insicurezza derivante dall'assenza di un criterio preciso sulla base del quale definire la predetta temporaneità<sup>539</sup>. Il che, assume, nell'ambito della riflessione qui in corso, un rilievo del tutto peculiare, dato che, tale requisito, oltre ad essere essenziale ai fini della ricorrenza di una situazione riconducibile alla libertà di prestazione di cui all'art. 49 del Trattato, costituisce, in realtà, anche il presupposto per l'applicazione della Direttiva sul distacco transnazionale di lavoratori, dovendo quest'ultimo avvenire, come detto, «nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale»<sup>540</sup>. La questione dell'incertezza del confine della temporaneità, insomma, non è di poco momento, in quanto il confine tra temporaneità e stabilità dell'esercizio di un'attività in altro stato membro è determinante, come ha lasciato intendere la Corte di giustizia, ai fini della trasmigrazione di una determinata fattispecie dall'area della libertà di prestazione dei servizi, di cui agli artt. 49 e ss. del Trattato – nel cui ambito, poi, è destinata ad operare, entro il proprio campo di applicazione (v. *infra*), la normativa della Direttiva n. 96/71, in relazione alle tutele del lavoro – all'area della libertà di stabilimento, di cui agli artt. 43 ss. del Trattato – rispetto al quale vige per converso la regola generale fissata da questo stesso articolo, al suo co. 2°, secondo il quale la «libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio ... alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini», ivi comprese, dunque, (tutte) quelle relative alle condizioni di lavoro ed occupazione<sup>541</sup>.

<sup>537</sup> Sulla definizione (per così dire, reciproca) della nozione di stabilimento, si v. *infra* par. 6.

È da segnalare che le posizioni espresse dalla Corte in questa sentenza sono state riprese integralmente dal *Considerandum* n. 77 del progetto di Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi (nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15.11.2006, su cui v. *infra*, par. 9).

<sup>538</sup> Anche con gli opportuni riff. al Trattato, ha segnalato questo aspetto, già all'epoca della sentenza *Gebhart*, BANO, 2001, 10-11.

<sup>539</sup> Sottolinea questo aspetto PALLINI, 2006c, par. 4.

<sup>540</sup> Si potrebbe, insomma, dire che la temporaneità della prestazione di servizi transnazionali deriva da una precisa ragione di diritto comunitario 'esterna' alla medesima Direttiva, in quanto direttamente risalente al Trattato CE.

<sup>541</sup> In questo senso si v. anche il *Rapport des Services de la Commission sur la mise en oeuvre de la directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, del 4.4.2006, SEC (2006) 439, par. 3.1 e 4.4.

Ciò detto, è da ribadire ancora una volta che la temporaneità della prestazione di servizi va comunque tenuta distinta dalla *temporaneità* del distacco, la quale, tra l'altro, potrebbe coincidere o meno con la prima: basti pensare che a fronte di un contratto commerciale per la prestazione di servizi o per la fornitura di lavoratori avente durata determinata, vi potrebbero essere distacchi di lavoratori di durata coincidente con quella, ma anche più breve (ovviamente non superiore)<sup>542</sup>.

b) Le considerazioni appena sviluppate consentono di individuare un ulteriore punto di sofferenza della normativa comunitaria, dato che da esse traspare con evidenza come le tre ipotesi di distacco di lavoratori non abbiano affatto caratteristiche omologhe.

Mentre, infatti, nell'ipotesi di cui alla lett. *a* la prestazione di servizi presa in considerazione è l'attività produttiva svolta direttamente all'estero dal soggetto distaccante (cioè dal datore di lavoro del lavoratore distaccato all'estero) nell'esecuzione di un contratto per la prestazione di servizi transnazionale, nelle altre due ipotesi la prestazione di servizi transnazionale è in realtà costituita dal distacco del lavoratore in sé considerato.

Ciò, peraltro, a prima vista, parrebbe essere in contraddizione con la norma dell'art. 1, co. 1°, la quale, come si è detto, si riferisce ad un distacco che avvenga «nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale». Questa espressione sembrerebbe, infatti, intendere il distacco come un elemento per così dire 'esterno' alla prestazione di servizi in sé considerata<sup>543</sup>, nel senso che la prestazione di servizi rilevante per il legislatore comunitario risulterebbe essere l'attività economica effettuata dal concreto utilizzatore dei lavoratori distaccati (anche) per il tramite degli stessi; di modo che, mentre l'ipotesi della lett. *a* sarebbe automaticamente aderente a questa definizione, non altrettanto potrebbe dirsi per le altre due: esse, infatti, potrebbero ritenersi assoggettate alla normativa della Direttiva *solo* se l'utilizzatore dei lavoratori distaccati fosse a sua volta impegnato in una prestazione di servizi transnazionale. Ci sembra, tuttavia, che la predetta espressione possa essere interpretata in senso lato, attribuendo ad essa il più generico significato di 'svolgendo' o 'attuando' una prestazione di servizi transnazionale: in tal modo, sia pure con una certa dose di buona volontà, è possibile ritenere come prestazione di servizi transnazionale il distacco dei lavoratori in sé considerato, diventando così irrilevante l'impiego che di essi viene effettuato dal concreto utilizzatore. E d'altronde nel senso dell'interpretazione indicata pare in effetti esprimersi il *Considerandum* n. 4 della Direttiva<sup>544</sup>.

Soffermandoci, inoltre, proprio sulle due ipotesi di distacco previste dalle lett. *c* e *b*, va segnalato che, mentre nel primo caso tra l'impresa di lavoro interinale, o che effettua la cessione temporanea di lavoratori, e l'utilizzatore sussiste necessariamente un rapporto contrattuale di tipo commerciale sulla cui base avviene la somministrazione o cessione temporanea del lavoratore, nel

<sup>542</sup> Nel caso, invece, di distacco temporaneo presso uno stabilimento dell'impresa o presso altra impresa del gruppo aventi sede in altro Stato membro, la temporaneità del distacco resta del tutto indeterminata, onde la sua ricorrenza resta affidata alla valutazione discrezionale dei giudici (cfr. LHERNOULD, 2005, 1195).

<sup>543</sup> Si tratta di una interpretazione dalla quale le istituzioni comunitarie non sono rimaste immuni: dire del passaggio in cui sembra in questo senso la Commissione; ma poi precisazioni successive.

<sup>544</sup> Si v. anche sul punto MOREAU, 1996, 894.

secondo pare assente un rapporto contrattuale, quanto meno *di questo tipo*<sup>545</sup>. Per contro entrambe queste ipotesi sono caratterizzate dal fatto che il lavoratore risulta 'distaccato' non solo nel senso che il luogo della prestazione di lavoro è diverso da quello in cui ha la propria sede giuridica il prestatore di servizi/datore di lavoro, ma anche nel senso che quest'ultimo non è colui che gode in via diretta dell'attività del lavoratore distaccato (come nell'ipotesi della lett. *a*): tale è, invece, nel primo caso l'utilizzatore del lavoratore somministrato (o temporaneamente ceduto) e, nel secondo caso, lo stabilimento o l'impresa del gruppo insediata nello Stato membro di destinazione, presso la quale viene temporaneamente distaccato il lavoratore.

Ancora ragionando sulla fattispecie di cui alla lett. *b*, non si può infine tacere un certo 'imbarazzo' che deriva dall'inclusione, tra le ipotesi assoggettate alla disciplina della Direttiva, di quella del distacco temporaneo di lavoratori presso uno stabilimento della stessa impresa distaccante insediato in altro Stato membro, ovvero presso altre imprese del gruppo, il quale, in verità, solo con molta buona volontà appare riconducibile ad una 'prestazione di servizi': qui non c'è, infatti, un prestatore di servizi che, come invece avviene nel caso dell'impresa interinale o che esercita la cessione di lavoratori, svolge *professionalmente* una siffatta attività, bensì un operatore economico che esercita abitualmente un'attività produttiva qualsivoglia, ma che, per ragioni che la direttiva ritiene indifferenti (anche su questo aspetto si tornerà tra breve) – e che, come accennato, non pare debbano necessariamente consistere in obbligazioni derivanti da un contratto commerciale – effettua il distacco temporaneo di uno o più dei suoi dipendenti in un diverso Stato membro, presso altro stabilimento della propria impresa ovvero in altra un'impresa del gruppo cui egli stesso appartiene. E questo distacco, anche se del tutto occasionale rispetto all'attività produttiva svolta normalmente dall'operatore medesimo, viene tuttavia considerato come prestazione di servizi ai fini della inclusione della fattispecie nell'ambito del campo di applicazione della Direttiva stessa.

Anche in questo caso, a prima vista, parrebbe esservi un contrasto con l'art. 50 del Trattato CE, il quale stabilisce al par. 1 che «ai sensi del presente Trattato sono considerate come servizi le prestazioni fornite *normalmente* dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone», precisando al par. 2 che «i servizi comprendono *in particolare* a) attività di carattere industriale, b) attività di carattere commerciale, c) attività artigiane, d) attività delle libere professioni». In realtà – a meno di voler sostenere, con una forzatura del dettato della Direttiva, che la lett. *b* rappresenta una sorta di eccezione alla nozione generale di prestazione di servizi<sup>546</sup> – si può ritenere le parole «normalmente» e «in particolare» consentono un'interpretazione estensiva che includa nell'ambito del concetto comunitario di 'prestazione di servizi', accanto alle due ipotesi di cui alle lett. *a* e *c*, senz'altro più aderenti alla definizione dell'art. 50, anche il distacco presso altre imprese<sup>547</sup>. E

<sup>545</sup> Il giurista italiano non deve farsi condizionare dal fatto che il nostro ordinamento interno permette, al di fuori della somministrazione, solo la forma del distacco nell'interesse dell'assuntore di cui all'art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003 – su cui si tornerà tra breve – dato che, in linea di principio, in altri ordinamenti stranieri potrebbero essere ammesse forme di distacco del lavoratore presso altre imprese del gruppo sulla base di relazioni di tipo contrattuale diverse dalla somministrazione

<sup>546</sup> Cfr. MAGNANI, 1998, 89, la quale afferma genericamente che «qui l'appartenenza al medesimo gruppo sostituisce l'esistenza di un formale contratto di prestazione di servizi».

<sup>547</sup> Si tenga presente, peraltro, che l'altra posizione non consentirebbe di ricondurre nell'ambito della libera prestazione di servizi i distacchi di lavoratori presso imprese di altri Stati membri non facenti parte di un gruppo. Il che, invece, è reso possibile dall'interpretazione di cui in testo: sul punto v. *infra*.

d'altronde non ci si deve meravigliare troppo di questa scelta del legislatore comunitario: le esigenze di tutela del lavoratore, comunque fatte proprie dalla Direttiva, hanno chiaramente prevalso sulla sistematicità dell'impianto della Direttiva.

c) Sempre concentrandoci sulle tre ipotesi di distacco transnazionale previste dalla Direttiva, merita di essere segnalato un altro aspetto significativo dell'ipotesi prevista alla lett. a).

Premettiamo che l'effettuazione in via temporanea della prestazione di servizi in altro Stato membro non può essere sempre ed automaticamente inquadrata come una ipotesi di modificazione temporanea del luogo in cui è abitualmente esercitata l'attività dell'operatore economico interessato: quest'ultimo, infatti, potrebbe essere abitualmente intento a prestare servizi sui territori di una pluralità di Stati diversi da quello di insediamento (dove ad es. svolge soltanto le funzioni generali di coordinamento ed organizzazione)<sup>548</sup>.

Ma quel che più interessa in questa sede è che, esaminando il distacco dei lavoratori nella predetta ipotesi *sub a* – la cui specificità sta, in verità, nel solo fatto che la prestazione in adempimento dell'obbligazione lavorativa viene effettuata nel territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui è insediato giuridicamente il datore di lavoro, ma pur sempre in suo favore e sotto il suo potere direttivo<sup>549</sup> – va sottolineato che la sua temporaneità non deve indurci a ricondurlo *automaticamente* all'istituto della 'trasferta' (intesa come modificazione temporanea del luogo della prestazione del lavoratore, *tramite* esercizio del potere direttivo)<sup>550</sup>. Vi potrebbero essere, infatti, casi in cui il lavoratore sia stato assunto a tempo determinato proprio in funzione della temporaneità della prestazione di servizi che l'impresa datrice deve effettuare sul territorio dell'altro Paese membro, onde ciò che viene definito dalla Direttiva come 'distacco' è in realtà configurabile come l'invio presso il luogo 'unico' in cui il lavoratore dovrà assolvere alla sua obbligazione lavorativa per tutta la durata del rapporto a termine. A parte il fatto che un lavoratore sarebbe da considerare in trasferta anche se inviato a lavorare all'estero dal proprio datore di lavoro (nell'interesse di quest'ultimo e sotto la sua direzione), ma al di fuori di un contratto commerciale per una prestazione di servizi transnazionale, onde non si sarebbe di fronte ad un'ipotesi di distacco rilevante per la normativa comunitaria<sup>551</sup>.

<sup>548</sup> Pur se la previsione della Direttiva sembrerebbe in linea generale presupporre «*que l'activité s'effectue habituellement sur un territoire depuis lequel il y a détachement*» (RODIÈRE 2002, 549), non si è tuttavia in presenza di un vincolo in tal senso; e anche da questa lacuna sorge il problema delle c.d. *entreprises 'boîte aux lettres'*: v. *infra*, par. 7.

A questo riguardo merita di essere segnalato che, ai sensi dell'art. 1, par. 2, «la presente direttiva non si applica alle imprese della marina mercantile con riguardo al personale navigante».

<sup>549</sup> Cfr. BALANDI, 1998, 123.

<sup>550</sup> Parla di trasferta GALANTINO, 2005, 119.

<sup>551</sup> In tal senso v. DAVIES, 1997, 576, il quale fa l'esempio dei «*commercial travellers, tour operators representatives sent to a resort to deal with the operator's clients and, presumably, truck delivering good to a customers in another Member State*». V. anche MOREAU, 1996, 894; MAGNANI, 1998, 89 e FOGLIA, 2001, 808.

Si precisa che dagli atti relativi al processo di approvazione della Direttiva, risulta che in data 20.9.1996, nell'ambito delle *Déclarations à inscrire au procès verbal du Conseil*, (100048/96 Limite SOC 264 CODEC 550), il Consiglio e la Commissione hanno dichiarato che «*les situations suivantes ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 1er, paragraphe 3, point a)*:

- *les travailleurs qui exercent normalement une activité sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres et qui fait partie du personnel roulant ou navigant d'une entreprise effectuant pour son propre compte et à titre professionnel des transports internationaux de personnes ou de marchandises par voie ferroviaire, routière aérienne ou batelière,*

Per il vero va notato che l'art. 2, par. 1, della Direttiva stabilisce che «per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora *abitualmente*» (cfr. anche il *Considerandum* n. 3); ma ad avviso di chi scrive non sembra che tale definizione possa essere interpretata in senso restrittivo, in modo da escludere quei lavoratori che, appunto, siano assunti a termine dal prestatore di servizi (ovviamente nel rispetto della normativa nazionale in materia di lavoro a tempo determinato) per essere inviati a lavorare sul territorio di uno Stato membro diverso da quello di assunzione. Ciò sembra confermato dal fatto che nel caso del lavoro interinale (o della cessione temporanea), il lavoratore è normalmente assunto a termine proprio per l'effettuazione della missione (nel caso di specie in territorio straniero). D'altro canto, il prezzo di una interpretazione letterale dell'(infelice) espressione adottata dal legislatore comunitario sarebbe, paradossalmente, non certo l'impossibilità di inviare all'estero tali lavoratori, ma la loro sottrazione al sistema di tutele fissate dalla Direttiva stessa<sup>552</sup>.

d) Un'ulteriore incertezza interpretativa di carattere generale riguarda, infine, più specificamente, il rapporto tra la nozione comunitaria di distacco del lavoratore, quale emergente dall'art. 1, par. 3 della Direttiva, e quella fatta propria dal diritto interno italiano, oggi contenuta nell'art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003, di riforma del mercato del lavoro, in base al quale «l'ipotesi di distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa»<sup>553</sup>.

Orbene, non ci vuol molto a notare come le due nozioni non siano affatto coincidenti, e come un'eventuale sovrapposizione potrebbe aversi solo in relazione all'ipotesi definita dalla lett. *b* della disposizione comunitaria. È bene, tuttavia segnalare subito che, sia pure entro questi limiti, la sovrapposizione è comunque solo parziale, poiché mentre la norma comunitaria fa riferimento al distacco presso un stabilimento dell'impresa distaccante o presso un'impresa appartenente al gruppo, quella dell'ordinamento italiano non richiede necessariamente che ricorra quest'ultimo elemento (laddove, per contro, in via amministrativa è stato chiarito che il requisito del 'proprio interesse' deve sussistere specificamente anche nel caso di distacco intercorrente tra imprese di uno stesso gruppo, nel senso che la presenza di questo elemento non è di per sé in grado di

---

- *le travailleur qui fait partie du personnel mobile d'une entreprise de presse, de radiotélévision ou de spectacle, effectuant pour son propre compte et à titre temporaire des activités qui lui sont propres sur le territoire d'un autre État membre*».

Queste affermazioni sono state inoltre riprese letteralmente nel *Rapport du groupe d'expert nationaux etc.*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all'art. 1, par. 3, punto a).

A parte il personale navigante delle imprese della marina mercantile, di cui si è detto anche *supra* a nota n. 32, per le ulteriori esplicite esclusioni previste dagli artt. 3, parr. 2, 3, 4 e 5, si v. inoltre DAVIES, 1997, 583-4.

<sup>552</sup> Per completezza va ancora notato come, anche in presenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato del lavoratore distaccato, potrebbe non essere stato predeterminato un luogo unico (abituale) in cui egli deve effettuare la sua prestazione di lavoro, dovendo quest'ultimo essere individuato volta a volta, a seconda dell'attività produttiva che il prestatore di servizi deve svolgere. Anche in tal caso, dunque, non si sarebbe in presenza di una 'trasferta' (nel senso di cui in testo), ma ancora una volta del semplice adempimento dell'obbligazione lavorativa nel luogo concretamente individuato dal datore di lavoro nell'esercizio del potere derivantegli dalla specifica clausola contrattuale.

<sup>553</sup> Per quanto riguarda la riflessione della dottrina italiana su questa disposizione, si rinvia alla bibliografia generale riportata in GHERA, 2006, 500.

soddisfare – ovvero ‘assorbire’ – quel requisito<sup>554</sup>). Si tratta di una differenza particolarmente interessante, dato che, in verità, nel progetto originario della Direttiva sul distacco, quale risultante dalla proposta della Commissione del 15.6.1993, non vi era alcun riferimento al fatto il distacco dovesse avvenire presso un proprio stabilimento ovvero in un’impresa del gruppo insediata in altro Stato membro, il quale è stato introdotto dal Consiglio nella fase di discussione finale; per effetto di questa modifica il distacco di lavoratori dipendenti da un’impresa di uno Stato membro presso un’altra impresa insediata in altro Stato membro, che non abbia con la prima nessun legame, nemmeno ‘di gruppo’, non rientra nel campo di applicazione della Direttiva<sup>555</sup>. Sul punto si tornerà ancora più avanti (v. par. 7), ma è opportuno segnalare sin d’ora come si sia in presenza di un’esclusione potenzialmente assai pericolosa rispetto al problema della tutela di quei lavoratori: basti pensare che nell’*Explanatory Memorandum* predisposto dalla Commissione per la presentazione della originaria proposta di Direttiva del 1° agosto 1991<sup>556</sup>, con riferimento all’ipotesi delle «*undertakings which place a worker with one of their establishments or with another undertaking whether an associated undertaking or not, established in another Member State to carry out temporary work*», si sottolineava l’importanza fondamentale della medesima, dato che la sua mancanza avrebbe potuto «*make the whole Directive meaningless*» (punto 20).

Vi è peraltro un altro elemento differenziale che emerge dal confronto tra le due nozioni: la Direttiva non richiede formalmente che l’impresa distaccante soddisfi, tramite il distacco, ‘un proprio interesse’; né la necessaria presenza di un siffatto elemento caratterizzante della fattispecie può essere ricavata in via interpretativa dalla normativa comunitaria<sup>557</sup>. Il problema che si pone con riferimento ai casi di potenziale sovrapposizione delle due nozioni (quelli di distacco tra due imprese del gruppo) è dunque duplice: un’impresa insediata in Italia che distacchi un proprio lavoratore presso un’impresa del gruppo insediata in altro stato membro deve necessariamente rispettare la condizione posta dall’art. 30 del D. Lgs. n. 276, o ne è esonerata dalla presenza della generica previsione della Direttiva, nonché dal fatto che al lavoratore distaccato si applicherà comunque la normativa di tutela dello Stato membro ospitante? Il legislatore italiano può richiedere all’impresa di altro paese membro che intenda distaccare un proprio lavoratore presso altra impresa del gruppo *insediata* in Italia la condizione di avere un ‘proprio interesse’ al distacco?

Preliminarmente va notato che il problema – il quale va collocato direttamente sul piano del rapporto con la libertà di prestazione dei servizi sancita dall’art. 49 del Trattato – si pone in realtà, nei medesimi termini anche nei casi di distacco che avvenga presso un’impresa insediata in altro

<sup>554</sup> Cfr. le Circolari Ministeriali nn. 3/2004 del 15 gennaio 2004 e 28/2005 del 24 giugno 2005.

<sup>555</sup> V. sul punto ESPOSITO, 2002, 67 e CARABELLI-LECCESE, 2005, 565-6.

Nel *Rapport du groupe d’expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nelle osservazioni relative all’art. 1, par. 3, lett. b), si precisa che «*le group a convenu que l’article premier, paragraphe 3, point b), devait être interprété au sens large et couvrait deux situations: a) détachement dans un établissement situé dans un autre État membre et b) détachement dans une entreprise appartenant à un groupe d’entreprises*».

<sup>556</sup> COM (91) 230 final – SYN 346

<sup>557</sup> FOGLIA, 2001, 808, deriva la presenza dell’interesse proprio del distaccante dal fatto che la Direttiva richiede in tutte e tre le ipotesi di cui all’art. 1, co. 3, che per tutta la durata del distacco il rapporto di lavoro continui a rimanere in piedi. Il fatto è che la sufficienza di questo elemento al fine di rinvenire l’interesse proprio del distaccante, se è ovviamente implicito nelle ipotesi *sub a* e *c*, non lo è affatto nell’ipotesi *sub b*, cioè proprio quella di cui si discute in testo e che può avere contatti con la nozione italiana di distacco: altrimenti non si sarebbe mai avuta la giurisprudenza italiana in materia di distacco...

Stato membro non appartenente al gruppo, fattispecie che, come appena visto, non rientra nel campo di applicazione della Direttiva (e quindi è sottratta alla sua specifica disciplina), ma che certo non è impedita dalla sua presenza. La Direttiva, infatti, nel definire l'ipotesi di distacco di cui all'art. 1, par. 3, lett. *b*, non ha inteso individuare l'unica fattispecie di distacco transnazionale consentita in ambito comunitario<sup>558</sup>, ma soltanto fissare il proprio campo di applicazione, vincolando gli Stati membri, nei quali sono insediate le imprese utilizzatrici del lavoratore distaccato (ove appartenenti al medesimo gruppo di quella distaccante) a regolare la fattispecie nei termini sopra descritti (obbligo di estendere le tutele del lavoro riguardanti una serie di materie, possibilità di estenderne altre, ma condizionata all'esistenza del requisito dell'ordine pubblico). La Direttiva, in altre parole, si è posta l'obiettivo (soprattutto, ma non solo: esistono nella Direttiva anche disposizioni con funzione direttamente regolativa, quali quelle contenute negli artt. 4 e 5) di dettare agli Stati membri le regole sulla cui base selezionare la normativa applicabile alle tre fattispecie di distacco contemplate<sup>559</sup>.

Ciò detto, passando ad esaminare il primo dei due interrogativi sopra posti, va segnalato che la Corte, nella sentenza relativa al caso *Peralta* (1994), ha dato risposta negativa ad analogo problema giuridico (benché attinente a tutt'altra situazione), ritenendo che non contrasta con il Trattato il divieto di svolgimento di una determinata prestazione di servizi quale lo scarico di sostanze chimiche nocive, da parte di un'impresa insediata in uno Stato membro, tanto in zone marine di quest'ultimo, quanto in zone marine di altro Stato membro, dato che tale divieto «non deriva dalla normativa di uno Stato membro sul cui territorio viene eseguita una prestazione di trasporto, ma dalla normativa dello Stato membro in cui l'impresa ha fatto immatricolare la nave comandata dall'interessato e in cui essa è stabilita» e poiché esso «si applica obiettivamente a tutte le navi senza distinzione, sia che esse effettuino trasporti interni all'Italia sia che effettuino trasporti a destinazione degli altri Stati membri»<sup>560</sup>.

Ma soprattutto, tenuto conto del fatto che la norma che fissa il limite di cui si discute (la necessaria presenza di un interesse proprio dell'impresa distaccante) può essere piuttosto considerata come una disposizione posta a tutela dei lavoratori, va sottolineato che, al momento, non risulta che la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia mai dato spazio alcuno alle proteste di operatori interni i quali lamentavano che i vincoli imposti dalla normativa di tutela del lavoro prevista dallo Stato membro in cui erano insediati, nonostante fossero applicabili senza alcuna discriminazione, violavano la loro libertà di prestazione dei servizi in altri Stati membri<sup>561</sup>.

<sup>558</sup> Cfr. in senso analogo LHERNOULD, 2005, 1195, il quale giustamente precisa che le altre situazioni non previste dalla direttiva «relèvent tout naturellement des dispositions du traité sur la libre prestation des services».

<sup>559</sup> V. *supra*, testo e nota n. 6.

<sup>560</sup> *Peralta* C-379/92 del 14.7.1994, punti nn. 49-54. Diverso il caso *Alpine* C-384/1993 del 10 maggio 1995, in cui la Corte, adita da un operatore interno di uno Stato membro, ha ritenuto in violazione dell'art. 59 (oggi art. 49) del Trattato una normativa di quello Stato che vietava «ai prestatori di servizi stabiliti sul suo territorio di rivolgere chiamate telefoniche non richieste a potenziali clienti stabiliti in altri Stati membri allo scopo di offrire i propri servizi», dove evidentemente il divieto non operava per le telefonate interne del medesimo tipo.

<sup>561</sup> Sia consentito sul punto un rinvio a CARABELLI –LECCESE, 2005, 568-573 e 581-2, dove i riff. alle sentenze della Corte di giustizia emesse nei casi *Oebel* C-155/80 del 14.7.1981 e *Borsana* C-2/97 del 17.12.1998.

Alla luce di queste considerazioni, sembra dunque doversi propendere per la legittimità del predetto limite, proprio nella misura in cui esso abbia carattere generale e si applichi a qualsivoglia distacco temporaneo di lavoratori da parte di imprese insediate in uno Stato membro presso altre imprese, tanto se insediate nel territorio di quest'ultimo Stato, quanto se insediate in quello di altro Stato membro (nel qual caso, qualora l'impresa ricevente appartenga al medesimo gruppo si rientrerà nel campo di applicazione della Direttiva). In conclusione, la risposta al primo interrogativo sembra dover essere positiva: anche nel caso in cui un'impresa insediata in Italia distacchi temporaneamente un lavoratore presso un'impresa del gruppo insediata in altro Stato membro deve sussistere la ricorrenza di un 'proprio interesse' al distacco, ai sensi dell'art. 30 del D. Lgs. n. 276 del 2003<sup>562</sup>.

In relazione alla seconda questione, invece, il discorso è direttamente connesso alla interpretazione dell'art. 3, par. 10 della Direttiva, impegno al quale ci si dedicherà tra breve (par. 4 ss).

### **3.- La tutela del lavoro nell'ordinamento comunitario: una rilettura della evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia e della normativa del Trattato CE (alla luce dei principi generali del diritto).**

Una volta individuate, e in qualche modo risolte, le incertezze sollevate dalle norme della Direttiva n. 96/71 destinate a definirne il campo di applicazione, si può passare a considerare i problemi interpretativi derivanti dalla disciplina dettata da quest'ultima in merito all'estensione ai lavoratori distaccati dei trattamenti interni di tutela che gli Stati membri debbono, o possono, stabilire. A tal fine, è peraltro opportuno, ma in realtà, come si vedrà, necessario, partire da una sintetica ricostruzione del generale quadro ordinamentale entro cui tale disciplina si pone, e precisamente da un lato l'evoluzione e l'attuale punto di arrivo della pluriennale giurisprudenza della Corte di giustizia nella definizione del rapporto intercorrente tra tutele del lavoro e libertà economiche fondamentali garantite dal Trattato stesso, tra cui, in particolare, la libertà di prestazione dei servizi, e dall'altro lato la collocazione che le politiche sociali e le tutele del lavoro hanno assunto nell'ordinamento giuridico della Comunità europea grazie alle modifiche che il Trattato istitutivo ha conosciuto a partire dal 1957 fino ad oggi.

a) Quanto al primo profilo, in una recente ricerca si è cercato di dimostrare come l'analisi della sua evoluzione, soprattutto nel corso degli ultimi 15 anni, attesti la crescente attenzione riposta dai giudici comunitari sull'importanza fondamentale delle tutele del lavoro nell'ambito dell'ordinamento comunitario<sup>563</sup>. In particolare, attraverso lo studio di questa giurisprudenza, si è rilevato come, di fronte all'accusa, più volte sollevata dagli operatori economici dei vari Stati membri, secondo la quale le normative nazionali di tutela del lavoro degli altri Stati membri – pur se applicate indistintamente a tutti i soggetti economici operanti sul territorio di questi ultimi – costituirebbero ostacoli (indiretti) frapposti alle libertà economiche sancite dal Trattato (specificamente la libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali), la Corte ha finito per riconoscere esplicitamente che gli interessi oggetto delle tutele sono espressione di fondamentali interessi sociali degli Stati membri con cui quelle libertà devono fare i conti.

Tale risultato ha rappresentato, in realtà, il precipitato di un lungo, ma lineare processo evolutivo,

---

<sup>562</sup> FOGLIA, 2001, 808.

<sup>563</sup> CARABELLI-LECCESE, 2005.

iniziato negli anni '70 e poi proseguito negli anni '80, con una serie di sentenze riguardanti la legittimità delle limitazioni che i vari Stati membri, con le loro discipline interne poste a tutela di vari interessi, apponevano alla libertà di circolazione dei beni, e dunque la loro *compatibilità* con il Trattato.

a1) Senza voler qui riproporre argomentazioni già ampiamente svolte in altre indagini<sup>564</sup>, può dirsi semplicemente che la Corte, partendo dalle storiche sentenze emesse nei casi *Dassonville* e *Cassis de Dijon*<sup>565</sup>, e poi passando per quelle relative a tanti altri casi – tra cui vale la pena ricordare almeno quelle emesse nei casi *Torfaen*<sup>566</sup>, *Stoke-on-Trend*<sup>567</sup>, *Keck e Mithouard*<sup>568</sup> e *Semeraro Casa Uno*<sup>569</sup> – è giunta a riconoscere che, al di là delle cause giustificative esplicitamente riconosciute dal Trattato (cfr. artt. 30, 39 par. 3, 46, par. 1, e 58, par. 1, lett. b, norme in cui si richiamano, con riferimento alle varie libertà economiche, l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica), vi sono *ulteriori*<sup>570</sup> ragioni imperative che possono giustificare interventi nazionali che pure creino ostacolo alla libera circolazione delle merci, nella misura in cui tali interventi corrispondano ad un criterio di *ragionevolezza* (che, nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte, è stato poi configurato come un vero e proprio *test di proporzionalità*). Pur senza arrivare alla

<sup>564</sup> ROCCELLA, 1997, 25 ss. e 85 ss.; BARBERA, 2000, 48 ss.; ORLANDINI, 2003, 245 ss.; GIUBBONI, 2003, 165 ss.; CARABELLI-LECCESE, 2005, 551 ss.; LHERNOULD, 2005, 1200 ss.; PALLINI, 2006c, parr. 1 e 5-7.

<sup>565</sup> Rispettivamente C-8/74 dell'11.7.1974 e C-120/78 del 20.2.1979.

<sup>566</sup> C-145/88 del 23.11.1989.

<sup>567</sup> C-169/91 del 16.12.1992.

<sup>568</sup> Cause riunite C-267/91 e 268/91 del 24.11.1993.

<sup>569</sup> Cause riunite C-418/93 e varie altre del 20.6.1996.

<sup>570</sup> Sul carattere ulteriore di queste esigenze rispetto a quelle previste dall'art. 30, in materia di libera circolazione delle merci, si v. con chiarezza la sentenza del caso *Schmidberger* C-112/00 del 12.6.2003, dove al punto n. 78 si precisa che «la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato; tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all'art. 36 [ora art. 30] del Trattato stesso *oppure* per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, detta 'Cassis de Dijon'» (corsivo mio).

Sul punto, particolarmente rilevante ai fini della posizione sostenuta in questo articolo, si tornerà nel seguito. Vale, peraltro, sin d'ora la pena di segnalare che anche nel progetto di Direttiva sulla libera circolazione dei servizi (nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15.11.2006, su cui v. *infra*, par. 9), al *Considerandum* n. 40, si afferma che «la nozione di 'motivi imperativi di interesse generale' cui fanno riferimento alcune disposizioni della presente direttiva è stata progressivamente elaborata dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del trattato, e potrebbe continuare ad evolvere. La nozione, come riconosciuto nella giurisprudenza della Corte di giustizia, copre *almeno* i seguenti motivi: *l'ordine pubblico*, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, *gli obiettivi di politica sociale*, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, *la tutela dei lavoratori*, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei *valori sociali*, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria». Dopo di che, all'art. 4, n. 8 dello stesso progetto si stabilisce che, «ai fini della presente direttiva si intende per ... 'motivi imperativi d'interesse generale' ... motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, *tra i quali: l'ordine pubblico*, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, *la tutela dei consumatori*, dei destinatari di servizi e *dei lavoratori*, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, *gli obiettivi di politica sociale* e di politica culturale».

enunciazione di un elenco tassativo di tali esigenze imperative, la Corte, dopo aver fatto originariamente riferimento ad esigenze di carattere fiscale, o riguardanti la protezione della salute pubblica, la lealtà dei negozi commerciali e la difesa dei consumatori<sup>571</sup>, e poi ancora a varie altre<sup>572</sup>, è giunta alla fine ad includere, in particolare, le «scelte politico-economiche [rispondenti a] peculiarità socio-culturali nazionali o regionali, la cui valutazione spetta, nella fase attuale del diritto comunitario, agli Stati membri»<sup>573</sup>. Una formula, quest'ultima, poi ripresa letteralmente per giustificare la compatibilità con il Trattato (sempre a condizione del superamento del *test* di proporzionalità), di alcune normative nazionali di tutela del lavoro, in due note sentenze, emesse nei casi *Conforama* e *Marchandise*<sup>574</sup>, relativi al divieto di lavoro domenicale in alcune attività fissato dalle normative nazionali.

Queste posizioni erano destinate, verso la metà degli anni '90, a diventare altresì 'l'approdo' della giurisprudenza sviluppata sulle libertà comunitarie di *circolazione dei lavoratori* e di *prestazione dei servizi*<sup>575</sup>: ed a questo riguardo si deve sottolineare che, in una serie di pronunce di quel periodo – cfr. in particolare quelle dei casi *Gebhard e Bosman*<sup>576</sup> – la Corte utilizzando i concetti elaborati in merito alla libertà di circolazione dei beni, è giunta a riunificare, all'interno di un unico quadro di riferimento, principi da valere per la valutazione della compatibilità con il Trattato delle legislazioni nazionali che, nel perseguire finalità di interesse nazionale, apponessero limiti di vario tipo ad una delle libertà economiche<sup>577</sup>. In tale operazione essa ha anzitutto affinato il lessico del suo argomentare, in un apprezzabile sforzo finalizzato ad offrire agli operatori ed interpreti gli strumenti per districarsi in una valutazione così delicata: l'insieme delle ragioni giustificative dei limiti posti alle libertà economiche è stato ricondotto alla definizione unitaria di «motivi imperiosi di interesse pubblico». Inoltre, la Corte ha sviluppato anche la propria riflessione in merito al giudizio di ragionevolezza, progressivamente trasformandolo – come si è detto – in un vero e proprio *test di proporzionalità*, da attuare secondo un percorso logico ben cadenzato: una volta accertato che il provvedimento assunto dallo stato nazionale, limitativo di una delle libertà economiche, persegue uno scopo legittimo in quanto giustificato da motivi imperiosi di interesse generale, occorre verificare che l'applicazione del provvedimento nazionale sia effettivamente atta a garantire il raggiungimento dello scopo che esso persegue e non vada oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo.

In tale prospettiva, il punto apicale di questa evoluzione può essere probabilmente individuato nella nota sentenza emessa nel 1995 nel caso *Gebhard*, nella quale la Corte ha teorizzato la pro-

<sup>571</sup> Tutte queste esigenze sono richiamate in *Cassis de Dijon*, punto 8, secondo periodo

<sup>572</sup> Sul punto si v. in particolare CARABELLI-LECCESE, 2005, 555, ed ivi anche riff. spec. nota 35.

<sup>573</sup> Il riferimento è preso dalla sentenza relativa al caso *Torfaen*, punto 14, riguardante il noto problema della chiusura domenicale degli esercizi commerciali.

<sup>574</sup> Rispettivamente C-312/89, punto 11, e C-332/89, punto 12, entrambe del 28.2.1991.

<sup>575</sup> Si v. per tutte la sentenza del caso *Kraus* C-19/92, del 31.3.1993, in cui erano in gioco la libertà di circolazione delle persone e quella di stabilimento.

<sup>576</sup> Rispettivamente *Gebhard* C-5/94 del 30.11.1995 (sulla libera circolazione dei servizi, su cui v. anche in epoca coeva *Alpine* C-384-93 del 10.5.1995) e C-415/93 del 15.12.1995.

<sup>577</sup> Sul punto CARABELLI-LECCESE, 2005, 552 ss.; ORLANDINI, 2006, 7 (ed ivi anche rif. in nota n. 9)

pria posizione proprio in questi termini: «i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l' esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo»<sup>578</sup>. Un' affermazione, questa, poi ripresa e confermata più volte nel corso degli ultimi anni, in relazione a vicende in cui erano interessate le diverse libertà economiche del Trattato<sup>579</sup>.

a2) Per quanto qui più interessa, sul fronte della *libertà di prestazione dei servizi*, con riferimento a *normative interne non lavoristiche*, la posizione elaborata dalla Corte nel caso *Gebhard* è stata quasi letteralmente ripresa nella sentenza, di epoca quasi coeva (1996), relativa al caso *Reisebüro Brode*<sup>580</sup> – poi seguita da altre pronunce sostanzialmente uniformi<sup>581</sup> – la quale, a sua volta, richiamava e consolidava quanto dalla Corte progressivamente elaborato in una serie di sentenze precedenti<sup>582</sup>. È peraltro da segnalare che in questa sentenza, come nelle altre pronunce anteriori e successive ad essa, si rinviene una precisazione della Corte specificamente riguardante le limitazioni derivanti da normative interne alla libertà di prestazione dei servizi prevista dall' originario art. 49 (oggi 59) del Trattato: «la libera prestazione di servizi può essere limitata solo da norme giustificate dall' interesse generale, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito»<sup>583</sup>.

Orbene, questa struttura argomentativa è stata sviluppata dalla Corte anche con riferimento alle *normative nazionali di tutela del lavoro*, accusate di limitare illegittimamente la libertà di prestazione dei servizi, rispetto alle quali, peraltro, è possibile rinvenire alcune peculiarità che meritano di essere evidenziate, a partire dalle prime pronunce in materia.

Le prime due sentenze in cui la Corte ha dovuto affrontare il problema della legittimità di normative interne di tutela del lavoro limitative della libera prestazione di servizi in ambito comunitario sono state quelle del 1981 e del 1982 relative ai casi *Webb* e *Seco*<sup>584</sup>, nelle quali la Corte si muove in piena sintonia con la propria giurisprudenza che si andava consolidando soprattutto in relazione alla libertà di prestazione dei beni. E si tenga presente che i due casi in questione riguardavano casi concreti che astrattamente sarebbero stati riconducibili alle ipotesi *c* e *a*, dell' art. 1, par. 3, della Direttiva n. 96/71.

Così, nel caso *Webb* la Corte – facendo già emergere con chiarezza l' aspetto della presenza, nello

<sup>578</sup> C-55/94, del 30.11.1995, qui punto n. 37.

<sup>579</sup> Si v. in particolare le sentenze relative ai seguenti casi: *Bosman* C-415/93 del 15.12.1995 (punto n. 104); *Centros* C-212/97 del 9.3.1999 (punto n. 34); *Haim* C-424/97 del 4.7.2000 (punto n. 57); *Mac Queen* C-108/96 del 1.2.2001 (punto n. 26); *Payroll Data Services* C-79/01 del 17.10.2002 (punto n. 28).

<sup>580</sup> C-3/95 del 12.12.96 (punto n. 28).

<sup>581</sup> Si v. in particolare le sentenze relative ai casi *Parodi* C-222/95 del 9.7.1997 (punto n. 21); *Corsten* C-58/98 del 3.10.2000 (punto n. 39); *Analir* C-205/99 del 20.2.2001 (punti nn. 21 e 25); *Commissione c/ Repubblica italiana* C-439/99 del 15.1.2002 (punto n. 23); *Commissione c/ Repubblica italiana* C-131/01 del 13.2.2003 (punti nn. 26 e 28).

<sup>582</sup> Si v. in particolare alle origini *Van Wesemael* C-110 e 111/78 del 18.1.1979 (punto n. 39) e *Commissione c/ Repubblica Federale di Germania* C-205/84 del 4.12.1986 (punto n. 27); successivamente, in modo più articolato, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* C-288/89 del 25.7.1991 (punti 12, 13 e 15); *Saeger* C-76/90 del 25 luglio 1991 (punti nn. 12, 13 e 15); *Commissione c/ Repubblica francese* C-154/89 (punti nn. 12, 14 e 15), *Commissione c/ Repubblica italiana* C-180/89 (punti nn. 15, 17 e 18), *Commissione c/ Repubblica ellenica* C-198/89 (punti nn. 16, 18 e 19), tutte del 26.2.1991; si v. anche *Schindler* C-275/1992 del 24.3.1994.

<sup>583</sup> *Reisebüro Brode*, punto n. 28.

<sup>584</sup> Rispettivamente C-279/80 del 17.12.1981 e C-62 e 63/81 del 3.2.1982.

Stato membro di insediamento dell'operatore economico, di normative di tutela corrispondenti a quelle imposte dallo Stato in cui quest'ultimo svolge temporaneamente la propria prestazione di servizi – afferma che «l'art. 60, 3° comma, ha anzitutto lo scopo di rendere possibile al prestatore di servizi l'esercizio della propria attività nello Stato membro destinatario della prestazione, senza alcuna discriminazione nei confronti dei cittadini di tale Stato. Esso 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» (punto n. 16). La stessa Corte passa poi a precisare che, «tenuto conto delle speciali caratteristiche di talune prestazioni di servizi, non si possono considerare incompatibili col trattato talune condizioni specifiche, eventualmente imposte al prestatore di servizi, che siano giustificate dall'applicazione di norme relative a questo tipo di attività. Tuttavia, la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal trattato, può venire limitata solamente da norme giustificate dal pubblico interesse e obbligatorie nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitino la propria attività sul territorio di tale Stato, nella misura in cui tale interesse non risulti garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito» (punto 17).

Dette posizioni venivano ulteriormente scandagliate ed approfondite nel successivo caso *Seco*, nella cui sentenza la Corte giungeva ad affermare che «il diritto comunitario non osta a che gli stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro conclusi tra lavoratori e datori di lavoro, per quanto concerne le retribuzioni minime, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche di carattere temporaneo, nel loro territorio, quale che sia il paese in cui è stabilito il datore di lavoro; del pari il diritto comunitario non vieta agli stati membri di imporre il rispetto di queste norme con mezzi adeguati. Non si può tuttavia definire mezzo adeguato una normativa o una prassi che impongano in modo generale un onere previdenziale o paraprevidenziale, restrittivo della libera prestazione dei servizi, a tutti i prestatori stabiliti in un altro stato membro e che occupano lavoratori cittadini di paesi terzi, indipendentemente dal fatto che essi abbiano o meno rispettato la normativa in materia di retribuzione sociale minima dello stato membro in cui la prestazione viene effettuata, giacché un siffatto provvedimento generale non è, per natura, idoneo a far rispettare questa normativa né ad arrecare vantaggio, in un modo qualunque, alla mano d'opera di cui si tratta» (punto 14). Queste ultime affermazioni introducevano, come può ben notarsi, alcuni importanti elementi di approfondimento: da un lato una significativa considerazione delle normative di tutela del lavoro legali e contrattuali come portatrici di legittime limitazioni della libertà di prestazione dei servizi; in secondo luogo la sottolineatura di come occorresse tuttavia verificare se gli operatori esterni destinatari di tali normative vincolative non fossero già soggetti ad analoghi vincoli nel loro paese di origine, e se i lavoratori destinatari della tutela ne godessero di effettivi vantaggi. Una precisazione, quest'ultima, di particolare rilievo, dato che con essa la Corte poneva un preciso limite circa la funzione che doveva essere concretamente assolta dall'estensione di una normativa lavoristica agli operatori esterni che esercitavano in uno Stato membro la loro libertà di prestazione dei servizi: le normative interne lavoristiche dovevano produrre vantaggi ai lavoratori e non avere una generica funzione di resistenza contro rischi di *dumping sociale*<sup>585</sup>.

---

<sup>585</sup> Funzione, peraltro, che può, di fatto, eventualmente anche aggiungersi alla prima, ma non sostituirsi a quella...

Tuttavia, a queste due sentenze veniva ad affiancarsi, alcuni anni dopo (1990), quella relativa al noto caso *Rush Portuguesa* (riconducibile anch'esso – *ante litteram* – all'ipotesi *sub c* dell'art. 1, par. 3, della Direttiva n. 96/71), nella quale (pur riprendendo in breve alcuni passaggi della precedente sentenza emessa nel caso *Seco*) la Corte<sup>586</sup>, in modo alquanto sbrigativo e soprattutto in termini assai ampi e generici<sup>587</sup>, giungeva a sancire senza mezzi termini 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 i mezzi adeguati»<sup>588</sup>.

Ben presto (1994), tuttavia, la Corte ritornava sul tema con la sentenza pronunciata nel caso *Vander Elst* (riconducibile all'ipotesi *sub a* dell'art. 1, par. 3, della Direttiva n. 96/71), nella quale – sviluppando il processo di 'armonizzazione' formale con i principi espressi nelle *coeve* sentenze sulla libertà di prestazione dei servizi, ma relative a limiti posti da normative interne di tipo non lavoristico (come risulta dalle citazioni di precedenti ivi contenute) – essa tornava a ribadire 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 in materia di salari minimi 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 i mezzi adeguati»<sup>589</sup>. Ma tale affermazione – che, merita di essere sottolineato, nella sentenza veniva formalmente riferita soltanto ai salari minimi<sup>590</sup> – tornava ad essere inquadrata all'interno dei 'tradizionali' principi generali: «l'art. 59 del Trattato prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare maggiormente le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi»; inoltre, «la libera prestazione di servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate dall'interesse generale e valevoli per tutte le persone e le imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato destinatario, qualora tale

<sup>586</sup> Dopo aver sottolineato che nel caso di prestazione di servizi transnazionale, data la temporaneità dell'impegno, non si pone un problema di libera prestazione dei lavoratori dipendenti dal prestatore di servizi, dato che «tali lavoratori tornano infatti nel loro paese d'origine dopo aver svolto il loro compito, senza mai accedere al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante». Un principio, questo, poi ripreso in altre sentenze: cfr. *Vander Elst* C-43/93 del 9.8.1994 (punto n. 21).

<sup>587</sup> Le espressioni utilizzate dalla Corte per affermare la piena legittimità della compressione operata sulla libertà di circolazione dei servizi dalle normative interne di tutela del lavoro, risultavano infatti prive del riferimento esplicito alla necessità di attuare un bilanciamento tra la specifica esigenza di tutela del lavoro e quella libertà, e di utilizzare a tal fine il principio di proporzionalità. Si spiega pertanto perché DAVIES, 2002, 306, ha descritto queste affermazioni come assertrici di una '*blanket permission*' (p. 301 e 309); considerazione poi ripresa ORLANDINI, 1999, 478 che aveva parlato di 'potere assoluto' degli Stati di estendere le tutele del lavoro (ma v. anche pg. 469 dove afferma che la sentenza «aveva aperto la prospettiva di un caos normativo»)

<sup>588</sup> C-138/89 del 27.3.1990 (punti nn. 15 e 18).

<sup>589</sup> *Vander Elst* C-43/93 del 9.8.1994 (punto n. 23).

<sup>590</sup> Sottolinea questo aspetto DAVIES, 1997, 590, n. 56

interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito»<sup>591</sup>.

Infine, successivamente all'approvazione della Direttiva n. 96/71, alcune ulteriori messe a punto venivano effettuate dalla Corte nelle sentenze relative ai notissimi casi *Arblade*, *Mazzoleni*, *Finalarte*, *Portugaia Construções*<sup>592</sup> (in cui si discuteva di situazioni riconducibili all'ipotesi *sub a* dell'art. 1, par. 3, della Direttiva), nelle quali, in particolare, la Corte giungeva definitivamente ad estendere il ragionamento *all'insieme* delle tutele del lavoro (e non soltanto alla materia retributiva)<sup>593</sup>. In tali sentenze la Corte stessa non ha potuto tener conto della nuova normativa comunitaria, ed ha continuato a giudicare alla luce della sola normativa del Trattato<sup>594</sup>.

La cadenza temporale di tutte queste pronunce non è priva di significato, perché esse si incrociano con la predisposizione delle due proposte di direttiva sul distacco dei lavoratori del 1991 e del 1993; ma di questo si dirà più avanti. Quel che più conta per il momento sottolineare è che, a partire dalla sentenza del caso *Vander Elst* fino ad arrivare alle più recenti<sup>595</sup>, la Corte, riprendendo quanto già in nuce nelle 'originarie' sentenze dei casi *Webb* e *Seco* (e dunque, in buona sostanza, ridimensionando l'ampia portata delle affermazioni contenute nella pronuncia relativa al caso *Rush Portuguesa*), ha progressivamente precisato in modo definitivo e con molta chiarezza l'insieme di principi e limiti che, nella loro sistematicità, avrebbero costituito nel futuro il quadro di riferimento per i giudizi nei quali si controverte della legittimità delle limitazioni poste alla libertà di prestazione dei servizi da normative interne di tutela del lavoro<sup>596</sup>.

A voler rappresentare in modo sintetico il predetto quadro di riferimento – i cui passaggi compositivi, in fin dei conti, non costituiscono altro che il distillato della lunga elaborazione che si è brevemente descritta, ivi compresa l'importante impostazione generale derivante dal caso *Gebhard* – si potrebbe dire<sup>597</sup>:

- che l'art. 59 (oggi art. 49) del Trattato «prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, qualora sia tale da vietare,

<sup>591</sup> Punti nn. 14 e 16. Espressioni praticamente uguali la Corte avrebbe utilizzato di lì a poco (1996) nella pronuncia relativa al caso *Guiot* (C-272/94 del 28.3.1996, punti nn. 10, 11 e 12), anch'esso riconducibile all'ipotesi *sub a* dell'art. 1, par. 3, della Direttiva n. 96/71.

<sup>592</sup> Rispettivamente C-369/96 del 23.11.1999; C-165/98 del 15.3.2001; C-49, 50, 52, 54, 68, 71/98 del 25.10.2001; C-164/99 del 24.1.2002.

<sup>593</sup> Cfr. in particolare *Mazzoleni*, punti nn. 28 e 29 e *Portugaia Construções*, punti 20-21.

<sup>594</sup> Ciò in quanto nei primi quattro casi la Direttiva non risultava ancora applicabile, essendo i fatti di causa anteriori alla sua entrata in vigore; mentre nell'ultimo caso la controversia era attinente al distacco di lavoratori dipendenti cittadini di uno Stato terzo nell'ambito di una prestazione di servizi oltrefrontiera (per la cui regolazione era pendente la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, presentata dalla Commissione il 12 febbraio 1999)(cfr. punto n. 25 della sentenza del caso C-445/03).

<sup>595</sup> Su cui si v. in generale le riflessioni di MARETTI, 2000a, 227 ss., DAVIES, 2002, 298 ss. e GIESEN, 2003, 147 ss.

<sup>596</sup> Principi e limiti che, come si dirà più avanti, risultano tuttora rilevanti, anche dopo l'entrata in vigore della Direttiva n. 96/71, non soltanto per i casi di distacco che non rientrano nel campo di applicazione della Direttiva, ma anche per i casi che rientrano nel suo campo di applicazione.

<sup>597</sup> La presente scansione è ripresa in parte, con qualche variante, da CARABELLI LECCESE, 2005, 562 ss.

ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi»<sup>598</sup>;

- che «la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative d'interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante», le quali, a loro volta, «possono altresì giustificare le misure di controllo necessarie per garantirne l'osservanza»<sup>599</sup>, e che tra tali ragioni rientra certamente «la tutela dei lavoratori» (considerata in quanto tale e *nella sua interezza* scopo legittimo compatibile con il Trattato)<sup>600</sup>;

- che quanto detto non esclude che la predetta tutela sia suscettibile di limitare (pur sempre senza alcun intento discriminatorio) una libertà fondamentale garantita dal Trattato, onde occorre sottoporre tale normativa ad una valutazione di compatibilità, sulla base di un *test di proporzionalità* (ovviamente correlato alla specificità dei casi ad essa sottoposti);

- che a tal fine bisogna verificare se «l'applicazione delle normative nazionali di uno Stato membro ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri [sia] idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento»<sup>601</sup>;

- che, con specifico riferimento alla normativa di tutela del lavoro, ciò significa che occorre verificare se la normativa lavoristica «sia necessaria e proporzionata per la tutela dei lavoratori interessati»<sup>602</sup>; il che significa, più precisamente, verificare se l'interesse protetto dalla normativa di tutela non sia già «tutelato dalle norme cui il prestatore [di servizi] è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito»<sup>603</sup> (nel senso che i lavoratori «godano della stessa tutela, o di una tutela sostanzialmente analoga, in forza degli obblighi cui il datore di lavoro già è soggetto nel suo Stato membro di stabilimento»<sup>604</sup>) e – evidentemente in caso negativo<sup>605</sup> – se «la detta normativa comporti, per i lavoratori interessati, un vantaggio reale che contribuisce in maniera significativa alla loro tutela sociale»<sup>606</sup>, e quindi ancora se «lo stesso risultato non possa essere conseguito mediante

<sup>598</sup> V. punti nn. 33 di *Arblade*; 22 di *Mazzoleni*; 28 di *Finalarte*; 16 di *Portugaia Construções*; 20 di *Commissione c/ Granducato del Lussemburgo*.

<sup>599</sup> Punti nn. 34 di *Arblade*; 25 di *Mazzoleni*; 31 di *Finalarte*; 19 di *Portugaia Construções*; 21 di *Commissione c/ Granducato del Lussemburgo*.

<sup>600</sup> Punti nn. 36 e 38 di *Arblade*; 27 di *Mazzoleni*; 33 di *Finalarte*; 20 di *Portugaia Construções*; 29 di *Commissione c/ Granducato del Lussemburgo*.

<sup>601</sup> Punti nn. 35 di *Arblade*; 26 di *Mazzoleni*; 32 di *Finalarte*; 19 di *Portugaia Construções*; 21 di *Commissione c/ Granducato del Lussemburgo*.

<sup>602</sup> L'efficace e sintetica espressione è ripresa da *Mazzoleni*, punti nn. 30, 34, 40 e 41.

<sup>603</sup> Punti nn. 39 di *Arblade*; 25 di *Mazzoleni*; 31 di *Finalarte*; 19 di *Portugaia Construções*; 21 di *Commissione c/ Granducato del Lussemburgo*.

<sup>604</sup> Questa espressione in *Arblade*, punto n. 51. Si v. anche *Finalarte*, punto n. 45, dove si ritrova l'espressione: «se questi godono della stessa tutela o di una tutela sostanzialmente paragonabile»; ma già nella sentenza relativa al caso *Guiot* (sopra citato), al punto n. 17, la Corte aveva utilizzato un'espressione non molto dissimile: «ciò non si verificherebbe nel caso in cui i lavoratori di cui trattasi usufruissero della stessa tutela o di una tutela essenzialmente comparabile». Su questo aspetto si sofferma in particolare DAVIES, 2002, 303-4.

<sup>605</sup> Segnala questo profilo DAVIES, 2002, 305.

<sup>606</sup> *Finalarte*, punti nn. 42 e 45. Ma v. anche *Arblade*, punto n. 52.

regole meno restrittive»<sup>607</sup>.

Concludendo, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dimostra come i giudici comunitari, a partire soprattutto dalla prima metà degli anni '90, abbiano inteso riconoscere senza incertezze agli interessi sociali nazionali protetti dalle norme interne di tutela del lavoro la qualità di motivi, o meglio ragioni, o se si preferisce esigenze, «imperative d'interesse generale», in grado di comprimere legittimamente, quantunque con i significativi temperamenti imposti dal *test* di proporzionalità, la libera circolazione dei servizi.

A questo proposito, sia consentito di sottolineare come i criteri individuati dalla Corte per il predetto *test* di proporzionalità – in particolare la verifica del godimento di una tutela analoga nello Stato di appartenenza, ovvero dell'acquisizione di un vantaggio effettivo da parte dei lavoratori grazie all'estensione della normativa di tutela dello Stato ospitante la prestazione di servizi transnazionale – siano in larga misura in grado di fugare i timori che l'applicazione della normativa di tutela del lavoro sia strumentale a fini *esclusivamente* protezionistici<sup>608</sup>, e come essi si rivelino, a ben vedere, idonei a legittimare un intervento degli Stati mirato a rendere uniformi (tutte) le tutele del lavoro per (tutti) gli operatori economici che svolgono la loro attività di servizi sul territorio nazionale, onde evitare indesiderati fenomeni *dumping* sociale.

Sarà interessante riflettere su quanto, in che modo ed entro quali limiti la Direttiva n. 96/71 abbia inciso su questo assetto.

b) Passando al secondo profilo della nostra analisi, va osservato che, negli ultimi anni, autorevoli studiosi del diritto sociale comunitario hanno sottolineato con forza come, a partire dall'Atto Unico del 1986, passando per il Trattato di Maastricht del 1992 e per il Trattato di Amsterdam del 1997, fino ad arrivare al Trattato di Nizza del 2001, il Trattato istitutivo della Comunità europea abbia conosciuto mutamenti essenziali nei suoi obiettivi costitutivi, giungendo ad attribuire un rilievo primario alla dimensione sociale<sup>609</sup>.

In effetti, accanto agli – e perciò sullo stesso piano degli – obiettivi economici che sin dall'origine hanno connotato l'esperienza comunitaria – in cui trovano fondamento le specifiche libertà economiche comunitarie – l'art. 2 del Trattato CE (dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam) colloca oggi senza incertezze ed ambiguità – come ha formalmente riconosciuto la stessa Corte di giustizia<sup>610</sup> – anche quello di un «elevato livello occupazione e di protezione sociale» (laddove, a tal fine, l'art. 3, lett. j, prevede la messa in opera di una «politica nel settore

---

È da segnalare che questo profilo, insieme alla garanzia del godimento di tutela analoga nello Stato di appartenenza, hanno particolare rilevanza rispetto ai timori che la pretesa di applicare la normativa di tutela del lavoro di uno Stato membro ai prestatori di servizi di altro Stato membro per i lavoratori distaccati temporaneamente nel primo si riveli strumentale a fini protezionistici:

<sup>607</sup> Punti nn. 39 di *Arblade*; 51 di *Finalarte*; 29 e 30 di *Portugaia Construções*. Su questo preciso profilo, v. Commissione c/ Repubblica italiana C-279/00 del 7.2.2002, punto n. 20.

<sup>608</sup> Sul punto, con precisione, GIESEN, 2003, 152 e 157-8, il quale sottolinea, riflettendo sulle sentenze dei casi *Finalarte* e *Portugaia Construções*, come la Corte abbia sottolineato che l'apporto di effettivi vantaggi per i lavoratori va valutato in modo *obiettivo*, sulla base dei contenuti della normativa, senza tener conto delle eventuali finalità soggettive (i.e. *protezionistiche*) che possono aver ispirato il legislatore. V. anche su questo profilo LO FARO, 2005, 465-6, PALLINI, 2006b, 245 (nonché *Id.*, 2006c, par. 7), nonché BELLAVISTA, 2006, 29, il quale ritiene che «pur imponendo al giudice nazionale di rinvio un compito di valutazione non sempre facile, di fatto contribuiscono comunque ad evitare il *dumping* sociale e a sollecitare un'armonizzazione verso l'alto delle condizioni di lavoro tra Paesi membri importatori e Paesi membri esportatori di manodopera».

<sup>609</sup> Si v. soprattutto HEPPLER, 2005, spec. 193 ss., ma sul punto sia consentito un rinvio alla *Bibliografia* riportata in GHERA, 2006, 416.

<sup>610</sup> Cfr. la sentenza pronunciata nel caso *Albany* C-67/96 del 21.9.1999 (punti nn. 54 ss.); su cui v. in particolare BARNARD-DEAKIN, 2000, 335-7.

sociale comprendente un Fondo sociale europeo»).

In modo più specifico, poi, il Trattato, dopo aver ribadito (art. 136, co. 1), ancora una volta senza incertezze ed ambiguità, che la Comunità e gli Stati membri hanno come obiettivi tanto «la promozione dell'occupazione» quanto «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso», nonché «una protezione sociale adeguata», individua gli strumenti specifici per il loro perseguimento. Peraltro, se sul piano dell'occupazione l'azione comunitaria «passa genericamente (non attraverso normative di tipo precettivo, bensì) attraverso le 'deboli' politiche di coordinamento di cui al Titolo VIII del Trattato stesso (c.d. *soft law*)», per quanto riguarda invece la tutela sociale, agli artt. 136 e 137, dislocati nel Titolo XI, Capo I, dedicato alla politica sociale, il Trattato – pur aprendo la strada ad azioni di cooperazione (art. 137, par. 2, lett. a, quale risultante dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Nizza) – prevede soprattutto che essa si fondi su provvedimenti di tipo *positivo*. Mentre, infatti, da un lato, prospetta l'intervento di armonizzazione della Comunità (art. 137, par. 2, lett. b), dall'altro, esso riconosce come *essenziali* gli stessi interventi di tutela operati direttamente dagli Stati membri: l'art. 137, par. 1, stabilisce, infatti, che «la Comunità *sostiene e completa* l'azione degli Stati membri» nei vastissimi settori di propria competenza (ed infatti, come premessa di tale impegno, l'art. 136, co. 1, nell'*incipit*, si rivolge alla «Comunità e [agli] Stati membri ...») <sup>611</sup>.

Per dirlo con altre parole, si potrebbe affermare che il fondamentale obiettivo comunitario di un elevato livello di protezione sociale è perseguito dalla Comunità – negli ambiti di propria competenza – non solo con gli interventi comunitari di armonizzazione nel progresso, ma anche, ed anzi in primo luogo, con gli interventi regolativi dei singoli Stati membri. E ciò comporta che qualsivoglia intervento di tutela del lavoro del singolo Stato in materia non è soltanto *coerente* con un fondamentale obiettivo della Comunità, ma *costituisce* esso stesso strumento per la sua realizzazione; il che – è bene sottolinearlo – vale (in forza del generico dettato dell'articolo, nonché della sua stessa *ratio*) per ogni intervento in sé considerato, indipendentemente dalla sua eventuale specifica funzione di recezione di una normativa comunitaria (a sua volta attuativa del Trattato: c.d. *diritto derivato*) <sup>612</sup>.

Questa ricostruzione del dato normativo comunitario consente anzitutto di evidenziare come, avendo il Trattato ormai formalmente riconosciuto 'pari dignità' agli obiettivi sociali ed economici, non sia più ammissibile la pretesa – come detto ancora affiorante in molte trattazioni di diritto comunitario – di stilare una graduatoria sulla cui base sacrificare sempre ed in ogni caso i primi ai secondi. Se, infatti, una siffatta pretesa poteva trovare giustificazione nel dato normativo fino alla metà degli anni '90, essa, a partire dalle modifiche apportate al Trattato istitutivo dal Trattato di

<sup>611</sup> CARABELLI-LECCESE, 2005, 570 ss., nonché IDD., 2006, 98-9.

<sup>612</sup> Ciò, rapportato alla problematica presa in considerazione in questo studio, quella della Direttiva n. 96/71, spiega perché, nonostante la sua base giuridica sia costituita dagli artt. 57, par. 2 (oggi art. 47, par. 2) e 66 (oggi 55), le normative di tutela del lavoro nazionali che gli Stati membri hanno l'obbligo, ovvero la facoltà di estendere ai lavoratori distaccati, non perdano certo il loro collegamento con gli artt. 2, 3 lett. g, 136 e 137 del Trattato. E comunque si è già osservato come (al di là del 'paradosso' che alcuni hanno riscontrato nel fatto che la Direttiva persegue la finalità di protezione della libera circolazione dei servizi attraverso strumenti di tutela del lavoro: v. *supra* nota n. 7, in realtà la Direttiva medesima non detta norme sostanziali di tutele del lavoro, ma, come detto più volte, individua (solo) i criteri per la selezione della normativa nazionale applicabile ai lavoratori distaccati.

Amsterdam – il quale, come si è detto, ha introdotto l'«elevato livello di occupazione e di protezione sociale» tra gli obiettivi fondamentali della Comunità – appare del tutto infondata, dato che gli obiettivi della tutela sociale e quelli dello sviluppo economico (quest'ultimo fondato essenzialmente sulla eliminazione degli ostacoli alla circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, nonché alla concorrenza: cfr. art. 3, par. 1, lett. c e g) sono ormai da considerare come collocati sul medesimo piano<sup>613</sup>.

Ove poi si sposti lo sguardo dagli obiettivi agli strumenti giuridici posti in essere dal Trattato per il loro perseguimento<sup>614</sup> (cfr. art. 3), si può altresì riconoscere che la predetta equiparazione degli obiettivi sociali ed economici (o, si potrebbe anche dire, dei valori della tutela sociale e dello sviluppo economico, che di quegli obiettivi costituiscono il presupposto stesso) non è rimasta priva di rilevanti conseguenze, contrariamente a quanto normalmente sostenuto nella riflessione dottrinale in materia. A questo riguardo, rileggendo criticamente le posizioni (ancora) dominanti in materia, potrebbe dirsi che al fondo di esse vi è il convincimento secondo cui, mentre gli obiettivi economici si sono tradotti nel Trattato in un generale principio giuridico di libertà di iniziativa economica, immanente nelle specifiche regole del Trattato che sanciscono le quattro libertà di circolazione (merci, lavoratori, servizi e capitali), nonché la libertà di stabilimento e la libertà di concorrenza, ciò non varrebbe per l'obiettivo dell'«elevato livello di protezione sociale», rispetto al quale la Comunità, con la norma 'meramente' programmatica dell'art. 137, par. 1 (letto in connessione con l'art. 136), non avrebbe assunto se non un mero *impegno politico* a migliorare i livelli di protezione sociale dei lavoratori, privo di una diretta cogenza giuridica in quanto destinato soltanto ad orientare genericamente le politiche comunitarie in materia sociale.

Ed invece, ad avviso di chi scrive, il nuovo assetto assunto dalla Comunità in relazione agli obiettivi (e valori) definiti nell'art. 2 (nonché confermati e specificati nell'art. 136, co. 1, per quanto riguarda la materia sociale) deve indurre l'interprete a leggere in una prospettiva profondamente diversa il sistema delle norme contenute nel Titolo XI, Capo I, del Trattato, anche alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di cui si è dato conto nella precedente lett. a di questo paragrafo. Sembra, infatti, possibile sostenere che dal combinato operare dell'art. 137, par. 1 («la comunità *sostiene e completa...*») e degli enunciati della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di protezione sociale – la quale ha, di fatto, dato concreto contenuto a quella previsione, riconoscendo le esigenze di tutela del lavoro espresse dalle normative interne degli Stati membri come «esigenze imperative d'interesse generale» in grado di opporsi legittimamente (sia pure sulla base del *test* di proporzionalità) alle libertà economiche fondamentali del Trattato – possa ormai dedursi l'affermazione, da parte dell'ordinamento comunitario, di «un vero e proprio generale *principio comunitario di tutela del lavoro*», ovvero di un principio di *riconoscimento e garanzia* dei diritti dei lavoratori.

<sup>613</sup> In senso conforme sul punto si v. BLANKE, 2006, 261 (ed *ivi* il suo rif. bibliografico).

<sup>614</sup> Quanto detto in testo si muove nel senso indicato da BIN, 1998, 46-7: «i tentativi di alcune correnti filosofiche di introdurre nella teoria costituzionale i valori sono del tutto improduttivi. Nel diritto essi entrano come principi, cioè come norme dal contenuto molto generale e non circostanziato... I modi e le circostanze con cui i principi operano e vengono applicati sono definiti nelle regole». Sul rapporto tra regole e principi si v. anche ZAGREBELSKY, 1992, 147 ss., ma soprattutto CRISAFULLI, 1952, 14-5: «principio è ... ogni norma giuridica, in quanto considerata determinante di una o più altre, subordinate, che la presuppongono, sviluppandone e specificandone il precetto in direzioni più particolari. E si dicono per antonomasia principi generali quelli comuni ad una serie di norme particolari (meno generali), delle quali determinano, e pertanto riassumono, potenzialmente il contenuto»; si sottolinea inoltre che queste considerazioni dell'illustre A. vengono sviluppate *in relazione a norme costituzionali programmatiche* (v. anche pg. 30 e pg. 37, dove le norme programmatiche sono definite specificamente *norme-principio*): al riguardo si v., appunto, *infra* in testo.

Tale principio, nel conferire giuridica positività agli obiettivi (e valori) di protezione sociale enunciati nell'art. 2 e nell'art. 136, co. 1, del Trattato, impone alle istituzioni della Comunità un *vincolo programmatico* non politico, ma rigorosamente giuridico, da un lato di conformare la propria azione al loro perseguimento, e dall'altro di assicurare (sempre a quel fine) l'effettività dei sistemi di tutela del lavoro posti in essere dai singoli Stati membri. Richiamando quanto detto in altra sede, si può, insomma, affermare che, proprio grazie all'art. 137, par. 1 (e alla sua lettura alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia), questo principio-programma di tutela del lavoro trova «specifica attuazione in ogni intervento, tanto comunitario, quanto degli Stati membri, destinato ad introdurre normative di protezione dei lavoratori». Ed è proprio l'esistenza di questo principio – il quale, in virtù dell'attuale 'pari dignità' degli obiettivi e dei valori sociali ed economici nel Trattato, si colloca sullo stesso livello del principio giuridico della libertà di iniziativa economica – che consente alle suddette normative comunitarie di armonizzazione in materia sociale, ma soprattutto a quelle nazionali di tutela del lavoro, di confrontarsi in termini paritari con le regole del Trattato che garantiscono le fondamentali libertà economiche comunitarie<sup>615</sup>.

Questa lettura, di certo non familiare nel dibattito dottrinale sviluppatosi intorno all'evoluzione normativa del Trattato CE, trova la sua ispirazione, è opportuno segnalarlo, nelle consolidate posizioni della dottrina italiana di diritto costituzionale relative alla distinzione tra norme (immediatamente) precettive e norme programmatiche (le quali, cioè, presuppongono un intervento attuativo del legislatore)<sup>616</sup>; posizioni riprese in epoca recente – sia pure in termini differenziali – nell'ambito della riflessione intorno alla natura delle norme costituzionali che sanciscono i diritti sociali (in particolare quelli c.d. *condizionati*)<sup>617</sup>.

Com'è ormai unanimemente ritenuto da questa dottrina, si deve riconoscere che anche le c.d. norme programmatiche della Costituzione – oltre ad essere, espressione di valori di rilievo costituzionale (e si tratta normalmente proprio dei valori sociali<sup>618</sup>) – hanno una propria, specifica, 'autorevolezza' o 'forza' giuridica, in quanto portatrici di veri e propri principi giuridici<sup>619</sup>. Più specificamente, la loro giuridicità si manifesta non soltanto sul piano del(l'invero debole) vincolo di attuazione del loro principio-programma da parte il legislatore ordinario<sup>620</sup>, ma anche sotto ulteriori profili. Ed infatti, da un lato gli interpreti (e dunque la dottrina, i giudici, nonché i pubblici poteri) sono comunque vincolati ad ispirarsi, per quanto possibile, nell'azione e nell'attività interpretativa che ad essi compete, ai valori sottesi a tali norme ed ai principi che in esse sono immanenti<sup>621</sup>; dall'altro lato il contrasto con dette norme può essere comunque causa un giudizio di illegittimità costituzionale di norme di legge ordinaria inconciliabili con esse<sup>622</sup>.

Ma soprattutto, tenuto conto anche di questi presupposti, non si può certo dubitare – ed è l'aspetto che qui più interessa rilevare – che una volta che una norma costituzionale programmatica abbia avuto attuazione tramite l'intervento del legislatore ordinario, se, da un lato, non può

<sup>615</sup> CARABELLI-LECCESE, 2005, 571-2.

<sup>616</sup> D'obbligo il rinvio a CRISAFULLI, 1952. *Adde* BARTOLE, 1989, 311 ss.

<sup>617</sup> Cfr. BALDASSARRE, 1989, 13 ss. (spec. 20, in tema di diritto all'assistenza e alla previdenza) e 28 ss. (spec. 30-1).

<sup>618</sup> Sul punto v. CRISAFULLI, 1952, 32 ss.

<sup>619</sup> CRISAFULLI, 1952, 27 ss. *Adde* PALADIN, 1996, 134 ss. e GUASTINI, 1998, 355-6.

<sup>620</sup> V. CRISAFULLI, 1952, 48 ss., 52 e 61; SORRENTINO, 1984, 128.

<sup>621</sup> V. CRISAFULLI, 1952, 46 e 72, SORRENTINO, 1984, 128 e PALADIN, 1996, 136-7.

<sup>622</sup> V. CRISAFULLI, 1952, 43-5, nonché PALADIN, 1996, 135-6 e GUASTINI, 1998, 356, con riferimento anche a C. Cost. 14.6.1956, n. 1.

certo attribuirsi alla norma di legge attuativa formale natura costituzionale, dall'altro si deve pur sempre riconoscere la sua 'radice' costituzionale, e per ciò stesso una forza 'resistente' anche nei confronti di norme costituzionali immediatamente precettive. Ciò significa che (l'interprete, ed *in primis*) la Corte costituzionale, chiamata a giudicare sul contrasto di una norma di legge ordinaria attuativa di una norma costituzionale di tipo programmatico con altra norma costituzionale immediatamente precettiva, non può automaticamente accedere ad una valutazione di illegittimità sulla base della mera considerazione che tali norme hanno differente natura e grado nell'ambito del sistema gerarchico delle fonti, ma dovrà procedere al confronto tenendo conto che anche la prima risulta in realtà (per la sua stessa funzione attuativa di – altra – norma costituzionale) attuativa di un valore di rango costituzionale<sup>623</sup>. Ed in tale prospettiva, si deve sottolineare come la dottrina costituzionalista, su di un piano generale, sostenga che la Corte, nel valutare la legittimità costituzionale della norma di legge ordinaria sottoposta al suo giudizio, mira a garantire un *bilanciamento* tra i valori (costituzionali) coinvolti<sup>624</sup>, adottando di conseguenza la pronuncia che, di volta in volta, essa ritiene in grado di assicurare al meglio tale obiettivo (si pensi ai vari tipi di sentenza, da quelle di puro accoglimento e rigetto, a quelle interpretative, manipolative etc.); dove un siffatto bilanciamento presuppone l'adozione di criteri, o di un *test*, per la valutazione degli interessi in gioco (l'analogia con il processo interpretativo della Corte di giustizia è davvero significativo)<sup>625</sup>.

Orbene, è convincimento degli studiosi di diritto comunitario – ma oramai anche esplicito riconoscimento della Corte di Giustizia, che è giunta a prospettare una valenza 'costituzionale'<sup>626</sup> – che pure l'ordinamento comunitario sia strutturato sul modello piramidale degli ordinamenti nazionali, per cui il Trattato si colloca gerarchicamente al di sopra degli atti normativi comunitari di esso attuativi (c.d. *diritto derivato*)<sup>627</sup> (un aspetto, questo, la cui sottolineatura è utile per il discorso che si svilupperà in seguito); così come è opinione ormai largamente accolta – e sviluppata nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, nonché di numerose Corti costituzionali degli Stati membri – della prevalenza del diritto comunitario rispetto ai diritti nazionali<sup>628</sup>. Nell'ambito

<sup>623</sup> Tale profilo ci sembra emergere con maggiore evidenza nel caso di leggi attuative di norme programmatiche della Costituzione, che più interessa considerare in questa sede. Esso è, peraltro, immanente anche nel caso in cui una norma di legge ordinaria che costituisce integrazione, svolgimento, specificazione di una norma costituzionale di tipo precettivo configga con altra norma costituzionale (cfr. MODUGNO, 1999, 35-6 e BARTOLE, 1989, 314).

<sup>624</sup> Sul bilanciamento di valori effettuato dalla Corte costituzionale v. soprattutto BIN, 1992, 56 ss. V. anche PALADIN, 1996, 146 ss., RUGGERI, 2001, 50 ss.

Per una recente riflessione sul problema del bilanciamento tra i diritti sociali ed economici sanciti dalla Costituzione, con riferimento anche alla elaborazione della dottrina giuscostituzionalista, v. ANDREONI, 2006, 92 ss., spec. 107 ss. e 128 ss.

<sup>625</sup> V. ancora BIN, 1992, 72 ss.

<sup>626</sup> Si v. il notissimo *Parere* della Corte di giustizia n. 1/91 del 14 dicembre 1991, nel quale si afferma che «il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d'accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini (v., in particolare, sentenza 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, Racc. pag. 1). Le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento giuridico comunitario così istituito sono, in particolare, la sua preminenza sui diritti degli Stati membri e l'efficacia diretta di tutta una serie di norme che si applicano ai cittadini di tali Stati nonché agli Stati stessi».

<sup>627</sup> Così con precisione STROZZI, 2005, 181 ss., dove rif. alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Cfr. anche TESAURO, 2005, 135 ss. e, in generale, CALVANO, 2004. Tra i giuslavoristi v. per un cenno DAVIES, 2002, 301.

<sup>628</sup> Tra i tanti si v. TESAURO, 2005, 160 ss.; ZANGHÌ, 2005, 397 ss.; STROZZI, 2005, 371 ss.; POCAR, 2004, 321 ss.; MENGOZZI, 2003, 112 ss.

di questo discorso, dovrebbe peraltro ancora aggiungersi un'ulteriore considerazione, *nella prospettiva sopra delineata*: le normative interne degli Stati membri che, come avviene, appunto, nel caso di leggi e provvedimenti di tutela del lavoro (art. 137, par. 1), siano attuative di obiettivi (e valori), principi e norme del Trattato, traggono direttamente dal *formale* rinvio che da quello viene ad esse effettuato il loro rilievo ordinamentale comunitario.

Ecco dunque perché, ad avviso di chi scrive, va profondamente rivista la tradizionale teorizzazione che, affermando – con una lettura (ed interpretazione) astorica, nonché aprioristicamente ideologica delle norme Trattato<sup>629</sup> – la primazia assoluta degli obiettivi economici e delle fondamentali libertà economiche comunitarie, ed attribuendo rilievo subordinato agli obiettivi sociali nonché valore meramente politico al programma di interventi regolativi in materia di tutela sociale di cui all'art. 137, par. 1, del Trattato stesso, condanna le normative tanto comunitarie che nazionali di protezione sociale a soccombere sempre e comunque di fronte alle norme del Trattato che sanciscono quelle libertà economiche. Ed invece, una volta chiarito che il Trattato CE riconosce ormai la 'pari dignità' degli obiettivi (e quindi dei valori) sociali con quelli economici, e che dall'art. 137, par. 1 (e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia) può trarsi un generale principio comunitario di tutela del lavoro, di cui sono espressione le normative comunitarie e nazionali in materia sociale, il quadro di riferimento sistematico assume una colorazione del tutto diversa.

Più precisamente, la programmaticità dell'art. 137, par. 1, rapportata alla (immediata) precettività delle norme del Trattato che sanciscono le libertà fondamentali, acquisisce un significato più pregnante (confortato dalle riflessioni sopra effettuate). Mentre per il perseguimento degli obiettivi attinenti alla dimensione economica sono state espressamente garantite dal Trattato, con norme immediatamente precettive – ovvero, nel linguaggio del diritto comunitario, ad efficacia diretta – posizioni soggettive in termini di libertà, rispetto all'obiettivo della protezione sociale, l'art. 137, par. 1, (letto in connessione con la giurisprudenza della Corte di giustizia), ha, invece, *proprio in quanto norma programmatica*, lasciato aperto il catalogo delle concrete tutele (e quindi delle posizioni soggettive eventualmente scaturenti da esse)<sup>630</sup>, sancendo che sono la Comunità, attraverso la promozione della cooperazione nonché, per quanto qui più interessa, attraverso i provvedimenti di 'armonizzazione nel progresso' (art. 137, par. 2, lett. *a* e *b*), ma in primo luogo i singoli Stati membri, attraverso le loro discipline positive di protezione del lavoro, quali evolventisi nel tempo, che hanno il compito di definirne struttura e contenuto. Ciò posto, appare consequenziale altresì sostenere che, nella misura in cui tali provvedimenti e discipline costituiscono attuazione di una norma del Trattato, a sua volta espressione di un principio giuridico di rilievo fondamentale, esse si pongono con 'forza' di resistenza di fronte alle norme del Trattato dotate di efficacia diretta che sanciscono le libertà economiche.

D'altro canto, va notato che la particolare (e diversa) soluzione adottata in materia di tutele del lavoro appare anzitutto ben giustificabile sul piano storico-evolutivo, ricordando come all'originaria formulazione del Trattato di Roma (attento essenzialmente alla dimensione dell'integrazione economica degli Stati membri, nell'ambito del mercato comune) abbia fatto riscontro una

<sup>629</sup> Poiché siffatta lettura trascura, o volutamente dimentica l'evoluzione normativa sopra descritta...

<sup>630</sup> Salvo che in materia di tutela paritaria uomo-donna in materia retributiva (v. art. 141).

notevole ed importante successione di modifiche normative, significativamente volte ad arricchire la portata sul piano degli obiettivi, valori e principi fondamentali, mano a mano che la crescente volontà di 'parificazione nel progresso' ampliava il rilievo della dimensione sociale rispetto a quella puramente economica. Ma essa trova la sua ragion d'essere anche nel fatto che gli strumenti di protezione sociale hanno conosciuto, nei differenti Stati membri, uno sviluppo differenziato, in ragione di una serie di variabili politiche, economiche e sociali<sup>631</sup>, di modo che appare del tutto congrua la scelta del Trattato di lasciare, appunto, alle normative interne di ciascuno Stato membro il compito di definire le predette tutele (e posizioni soggettive) nei confronti dei propri cittadini (a parte i casi in cui la Comunità ritenga opportuno intervenire con provvedimenti positivi di armonizzazione)<sup>632</sup>: una cristallizzazione nel Trattato di tutte le concrete forme di tutela del lavoro sarebbe ovviamente impossibile.

Le considerazioni che precedono consentono, infine, di spingersi verso una riconsiderazione del senso effettivo dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia. Alle luce di esse si deve, infatti, ritenere che quello che, solitamente, nella giurisprudenza della Corte (nonché nel dibattito dottrinale) viene prospettato come un giudizio di 'compatibilità'<sup>633</sup> (dell'intervento regolativo degli Stati membri in materia sociale rispetto alle menzionate libertà, ma il discorso può essere esteso anche agli interventi di armonizzazione della Comunità: sul punto v. *infra* par. 6), non vada più inteso come «un giudizio nel quale la norma di protezione del lavoro risulti imputata in via presuntiva di una colpa (quella, appunto, di ledere codeste libertà) rispetto alla quale – al fine di evitare il giudizio di incompatibilità – le viene richiesto di dimostrare la propria 'innocenza'», ma piuttosto come un confronto tra norme collocabili sullo stesso piano, in quanto attuative di obiettivi, valori e principi cui il Trattato riconosce di pari livello<sup>634</sup>.

Il compito del giurista (e quindi della stessa Corte di giustizia) che si trovi a dover affrontare il problema del conflitto tra la specifica normativa nazionale (o comunitaria) che dà attuazione al principio di tutela del lavoro e le norme del Trattato che sanciscono le libertà economiche, sarà, invece, quello di mirare ad attuare una *giusta ponderazione*, o meglio ancora un *bilanciamento* tra le stesse (e dunque tra valori e principi ad esse sottesi), previa evidentemente «un'equilibrata definizione dei criteri sulla cui base effettuare tale ponderazione» (di qui il rilievo del *test* di proporzionalità)<sup>635</sup>. Una continua ed incessante ricerca di equilibrio, dunque, che rappresenta, appunto, l'automatica conseguenza della soluzione adottata del legislatore comunitario nell'art. 137, par. 1, del Trattato, alla quale corrispondono, inevitabilmente, una mutevolezza storica ed una estrema variabilità di contenuto delle tutele del lavoro definite a livello di Stati membri.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia – quale ricostruita nella precedente lett.

<sup>631</sup> V. SCIARRA, 2004a, 162 ss. Da ultimo BELLAVISTA, 2006, 6 ss.

<sup>632</sup> Per i temi legati alla possibilità o meno per gli Stati membri di un arretramento delle tutele del lavoro in funzione concorrenziale, sia consentito un rinvio alla trattazione svolta in CARABELLI-LECCESE, 2005, in materia di clausole di *favor* e di *non regresso*.

<sup>633</sup> Peraltro utilizzato dallo stesso Trattato nell'art. 137.5 secondo trattino, ma in una (parzialmente) diversa prospettiva: si v. ancora CARABELLI-LECCESE, 2005, 549 ss.

<sup>634</sup> CARABELLI-LECCESE, 2005, 551-2.

<sup>635</sup> CARABELLI-LECCESE, 2005, 549.

a) di questo paragrafo – si manifesta, a ben vedere, sostanzialmente sintonica con questa prospettiva<sup>636</sup>. Il permanere, nelle sentenze che trattano del rapporto tra norme del Trattato che fondano le libertà economiche e le norme nazionali che sanciscono specifiche tutele del lavoro, di una struttura argomentativa di tipo, per così dire, 'permissivo'<sup>637</sup>, si presenta, infatti, piuttosto come la conservazione, *in via tralatizia*, di un impianto espositivo ed argomentativo di tipo tradizionale, risalente ai tempi in cui agli obiettivi sociali ed agli interventi di tutela sociale non era ancora riconosciuta, nell'ordinamento comunitario, alcuna cittadinanza, o se si preferisce, solo una cittadinanza 'di secondo grado'. Si tratta peraltro di una sfasatura che dovrebbe ormai essere considerata come più formale che sostanziale, dato che la Corte, di fatto, ha comunque operato in termini di *bilanciamento*<sup>638</sup>.

Concludendo, va detto che il riconoscimento del ruolo significativo svolto dalla Corte di giustizia nell'affermazione della piena cittadinanza nell'ordinamento comunitario dei diritti dei lavoratori e della loro forza resistente nei confronti delle libertà economiche fondamentali non significa, ovviamente, che il legislatore Comunitario non debba far evolvere la propria politica sociale verso una sempre maggiore 'armonizzazione nel progresso' dei sistemi sociali degli Stati membri, *anche* mediante interventi positivi e diretti, al fine di eliminare i differenziali di protezione in atto, forieri di gravi rischi di *dumping sociale*. Il che, mentre da un lato richiama il dibattito (e soprattutto la flessione critica<sup>639</sup>) in corso intorno al metodo aperto di coordinamento ed all'impiego del *soft law* rapportato agli interventi tradizionali di armonizzazione mediante atti normativi positivi, dall'altro è collegato alla importante riflessione in atto circa la possibilità e necessità di riconoscere la vigenza nell'ordinamento comunitario di diritti fondamentali anche in mancanza di una Carta costituzionale europea che ne sancisca in modo esplicito l'esistenza<sup>640</sup>. Una lettura, questa, che è mossa dalla condivisibile aspirazione all'immediato riconoscimento, da parte dell'ordinamento comunitario, di una pluralità di valori fondamentali comuni e condivisi, su cui consolidare l'Unione europea, nell'attesa di una futura, invero ancora incerta, ripresa della marcia verso un futuro costituzionale.

<sup>636</sup> CARABELLI-LECCESE, 2005, 572.

<sup>637</sup> Nel senso: 'le libertà economiche *possono* essere incise dalle tutele del lavoro, ma occorre un giudizio di compatibilità ed un *test* di proporzionalità...'. Da questo punto di vista ha ragione BELLAVISTA, 2006, 23, quando riconduce questa argomentazione al «fragile statuto delle immunità»; ma il tentativo di questo saggio è appunto quello di individuare un percorso alternativo di interpretazione del Trattato che ponga le premesse anche di una rilettura della evoluzione della giurisprudenza della Corte. Da questo punto di vista, proprio la sentenza *Albany*, C-67/96 del 21.9.1999 (citata da Bellavista), nei punti 54 ss. traccia un percorso argomentativo senz'altro ambiguo, ma certo sviluppato più in termini di diritto (di negoziazione collettiva) che di immunità (dalle libertà economiche).

<sup>638</sup> Si v. d'altronde *infra* par. 8 i passaggi della sentenza *Schmidberger* C-112/00 del 12 giugno 2003 in cui si giunge ad utilizzare espresamente la parola 'bilanciamento'.

<sup>639</sup> Significativo appare che, dopo l' 'ubriacatura' da *soft law* degli anni scorsi, sia (ri)emersa la consapevolezza della necessità di interventi positivi di *hard law*, di cui un piccolo segnale è forse rintracciabile nel *Considerandum* n. 13 della futura Direttiva sulla libera circolazione dei servizi nel mercato interno (su cui v. *infra*, par. 9): «è altrettanto importante che la presente direttiva rispetti pienamente le iniziative comunitarie basate sull'articolo 137 del trattato al fine di conseguire gli obiettivi previsti all'articolo 136 del trattato per quanto riguarda la promozione dell'occupazione e il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro».

Sul punto si v. comunque le riflessioni di HEPPLÉ, 2004, 220 ss., assai critiche nei confronti del «*retreat from positive harmonisation*», proclamato negli anni più recenti dalla Commissione, in favore del c.d. *metodo aperto di coordinamento*; adde SCIARRA, 2004b, 8-9 e 18 ss., e CARABELLI-LECCESE, 2005, 576 ss. Si v. anche, per una lettura fin troppo ottimistica dell'evoluzione del diritto comunitario di questa fase storica, LO FARO – ANDRONICO, 2005, 513 ss. Infine, in generale, sul punto si v. la *Bibliografia* generale riportata in GHERA, 2006, 416.

<sup>640</sup> Da ultimo su questi aspetti BELLAVISTA, 2006, 21 ss., ed ivi si v. i numerosi riff. bibliografici.

Non è certo questa la sede per affrontare queste tematiche di grande rilievo anche politico<sup>641</sup>. Va notato, peraltro, che la questione del rapporto tra diritti fondamentali e libertà economiche non è del tutto estranea alla tematica qui affrontata – dei trattamenti da applicare ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale – avendo incidenza diretta su una controversia attualmente pendente dinanzi alla Corte di giustizia, il noto caso *Laval*. Di questi aspetti sarà necessario occuparci in questo saggio, anche se, ai fini di una loro migliore comprensione, appare opportuno rinviarne la trattazione ad una fase più avanzata del lavoro (v. *infra*, par. 7).

#### 4. – Il lungo e complesso processo di approvazione della Direttiva n. 96/71: le difformità tra la proposta della Commissione e il testo definitivo.

Di fronte alla descritta evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia e del dettato del Trattato CE in materia di politiche sociali e di tutele del lavoro, si colloca l'approvazione, il 16 dicembre 1996, della Direttiva n. 96/71 del Parlamento e del Consiglio europei. Con essa il legislatore comunitario ha ritenuto opportuno intervenire per disciplinare direttamente la questione dell'applicabilità, da parte di uno Stato membro, delle normative interne di tutela del lavoro ai prestatori di servizi stabiliti in altro Stato membro per i lavoratori distaccati temporaneamente nel territorio del primo, nelle tre ipotesi sulle quali ci si è soffermati in apertura di questo saggio.

Ai fini del discorso che si intende qui sviluppare, peraltro, è da sottolineare che la prima proposta di una Direttiva sulla materia è stata formulata dalla Commissione in data 1° agosto 1991<sup>642</sup>, e dunque nella piena consapevolezza delle posizioni espresse dalla Corte nelle prime tre sentenze sopra citate (casi *Webb*, *Seco*, e soprattutto *Rush Portuguesa*), come d'altronde affiora con molta chiarezza nel punto 14 dell'*Explanatory Memorandum* allegato alla proposta.

Rispetto a tale proposta, dopo il parere del Comitato economico sociale del 16 dicembre 1991, dopo l'adozione da parte del Parlamento europeo – in data 10 febbraio 1993 – di un parere contenente la proposta di una serie di emendamenti, e dopo una discussione nell'ambito di un gruppo di lavoro sugli "Affari sociali" del Consiglio, la Commissione ha approvato una nuova proposta (modificata) di Direttiva in data 15 giugno 1993<sup>643</sup>. Quindi, a fronte di questa nuova proposta, seguendo la procedura dell'allora art. 189 B (ora art. 251) del Trattato, il Consiglio adottava una propria posizione comune in data 3 giugno 1996 (come tale modificativa rispetto alla nuova proposta della Commissione), cui faceva seguito una decisione conforme del Parlamento europeo del 18 settembre 1996<sup>644</sup>, a seguito della quale il Consiglio, in data 16 dicembre 1996, approvava alla fine la Direttiva nella sua veste finale.

Questa breve ricostruzione 'storica' del percorso seguito dalle istituzioni comunitarie per l'approvazione della Direttiva n. 96/71<sup>645</sup> non ha intento puramente descrittivo, ma è finalizzata a far emergere uno dei problemi interpretativi – certo non l'unico, ma sicuramente uno dei più significativi – da cui risulta afflitta la disciplina della Direttiva in esame.

<sup>641</sup> Per questi vari profili, sia consentito un rinvio generale alla *Bibliografia* contenuta in GHERA, 2006, 415 ss., cui *adde* ancora LYON CAEN-PERULLI, 2005; LO FARO-ANDRONICO, 2005; GIUBBONI, 2006; AA.VV., 2006; BARBERA, 2006; BELLAVISTA, 2006.

<sup>642</sup> COM (91) 230 final – SYN 346.

<sup>643</sup> COM (93) 225 final – SYN 346.

<sup>644</sup> Documento A4-0265/96 (numero indice CELEX 51996AP0265).

<sup>645</sup> Su cui si v. anche BALANDI, 1998, 118-120.

Se infatti si analizza la proposta del 1993 – a sua volta formulata dopo gli emendamenti del Parlamento europeo rispetto a quella del 1991 – si può rilevare come, in merito all'individuazione della normativa applicabile ai lavoratori distaccati nell'ambito delle tre ipotesi, il progetto di Direttiva già prevedesse, all'art. 3, par. 1, lett. *a*, l'obbligo degli Stati membri di estendere ad essi le normative di tutela previste «da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, accordi collettivi o arbitrati che trovano applicazione per l'intera categoria professionale e settore interessato e con effetto *erga omnes* e/o giuridicamente vincolanti nella categoria e settori interessati»; ciò in relazione ad una serie di materie, o se si preferisce istituti, del rapporto di lavoro di cui veniva formulato un elenco preciso (art. 3, par. 1, lett. *b*), già sostanzialmente corrispondente a quello contenuto nella versione finale approvata dal Consiglio e dal Parlamento.

Per altro verso, va notato come numerose siano le *differmità* tra il testo della proposta del 1993 (e già di quella del 1991) e quello definitivo approvato dal Consiglio e dal Parlamento europeo, di cui tre in particolare meritano segnalazione ai fini della nostra indagine.

In primo luogo, l'ipotesi del distacco di un lavoratore presso altra impresa non era limitata (invero, neppure nel progetto del 1991) al solo caso in cui quest'ultima avesse condiviso con l'impresa distaccante l'appartenenza al medesimo gruppo imprenditoriale.

Ulteriore *differmità* di grande rilievo è costituita dal fatto che nella proposta del 1993 (come già in quella del 1991) il riferimento all'estensione *obbligatoria* delle condizioni di lavoro contenute nei contratti collettivi applicabili *erga omnes* – sempre avendo riguardo al gruppo di materie elencate – aveva portata generale, e non riguardava il solo settore delle costruzioni, come poi invece è stato previsto nella formulazione definitiva della norma.

Ma soprattutto va sottolineato come non fosse rinvenibile nel progetto del 1993 (come già in quello del 1991) la previsione della possibilità per gli Stati membri, ora risultante all'art. 3, par. 10, prima parte, di estendere «condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico». Né tanto meno era contenuta una previsione corrispondente a quella di cui all'attuale art. 3, par. 9, della Direttiva, in base al quale gli Stati membri possono prevedere che l'impresa distaccante «garantisca ai lavoratori a norma dell'art. 1, par. 3, lett. *c*) il beneficio delle condizioni che sono applicabili ai lavoratori temporanei nello Stato membro in cui è eseguito il lavoro».

#### **5.- La protezione dei lavoratori distaccati: obblighi e facoltà previsti nei confronti dello Stato membro ospitante in relazione all'estensione ad essi delle tutele del lavoro interne.**

Della *differmità* relativa al distacco dei lavoratori presso imprese appartenenti allo stesso gruppo si è trattato più sopra; saranno chiariti più avanti gli effetti di tale esclusione, risultante dalla versione definitiva della Direttiva del 1996<sup>646</sup>.

Passiamo ora, invece, ad esaminare separatamente le altre *differmità* di cui sopra, fermo restando l'esistenza di importanti connessioni tra di esse.

<sup>646</sup> Ci si riferisce all'ipotesi del distacco presso un'impresa di altro Stato membro che non appartenga al medesimo gruppo, la quale, in base alle proposte del 1991 e del 1993, avrebbe dovuto essere assoggettata alla nuova disciplina, a seguito delle modificazioni apportate nella fase finale di approvazione della medesima, non rientra nel campo di applicazione della Direttiva n. 96/71.

a) A questo riguardo occorre anzitutto chiedersi quali fossero ragioni per cui nella proposta di Direttiva del 1993, e come detto già quella del 1991, la Commissione avesse adottato la soluzione della 'estensione obbligatoria', da parte degli Stati membri, delle «condizioni di lavoro e di occupazione» riguardanti solo un certo numero di importanti istituti di tutela del lavoro, senza nulla dire in merito a tutti gli altri istituti di tutela del diritto del lavoro.

La lettura dell'*Explanatory Memorandum* allegato alla proposta del 1991 fa anzitutto emergere – all'interno di un ragionamento economico e di politica sociale, relativo alla progressiva crescita delle prestazioni di servizi transnazionali in ambito europeo, nonché all'esigenza «*to increase legal certainty, to ascertain in advance the working conditions applicable and to eradicate practices which may be both detrimental to a fair competition between undertakings and prejudicial to the interests of worker concerned*»<sup>647</sup> – la preoccupazione di estendere ai lavoratori distaccati in via *temporanea* in altro Stato membro, nell'ambito di una prestazione di servizi, non le medesime condizioni di lavoro e di occupazione che quest'ultimo impone agli operatori economici in esso stabilmente insediati (anche se per nazionalità appartenenti ad altro Stato membro), bensì soltanto la disciplina relativa ad una serie di materie considerate determinanti ai fini del costo del lavoro (e dunque della concorrenza).

È da segnalare, a questo riguardo, che questo profilo è sottolineato più volte nel documento<sup>648</sup>. Quasi a voler prendere le distanze dalle più generiche affermazioni della Corte nel caso *Rush Portuguesa* (di cui si è parlato più sopra, e la cui sentenza era in corso di pubblicazione al momento della presentazione della proposta), la Commissione, ricordando come, secondo le sentenze dei casi *Webb* e *Seco*, la libertà di prestazione dei servizi «*may be restricted only by provisions which are justified by the general good and imposed on all persons or undertakings operating in the Member States in which the service is to be provided*», giungeva poi a sviluppare queste affermazioni sostenendo che «*Community law does not preclude Member States from applying their legislation or collective labour agreements entered into by social partners, relating to wages, working time and other matters, to any person who is employed, even temporarily within their territory, even though the employer is established in another State*».

Ciò premesso – proseguiva la Commissione – la Direttiva proposta, pur senza definire una disciplina uniforme da valere per tutti i paesi della Comunità, intendeva assicurare ai lavoratori distaccati maggiori garanzie di quelle assicurate loro dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 (sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali), le cui disposizioni si applicano, com'è noto, in generale anche alle obbligazioni relative ad un contratto di lavoro<sup>649</sup>.

Al riguardo vale la pena di ricordare che, ai sensi dell'art. 6, co. 2, della Convenzione, in mancanza di una diversa scelta delle parti, «il contratto di lavoro è regolato:

- a) dalla legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente in un altro paese, oppure
- b) dalla legge del paese dove si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore, qualora

<sup>647</sup> *Explanatory Memorandum* della proposta del 1991, punto 3.

<sup>648</sup> Ivi, punti 14 e 19.

<sup>649</sup> Per una riflessione sul rapporto tra Direttiva e Convenzione di Roma, si v. ORLANDINI, 1999, 479 ss.; MARETTI, 2000a, 225 ss. e ID., 2000b, 1148-9 (dove altri riff.); MANCINO, 2000, 900-1; ROCCELLA-TREU, 2002, 121ss.

questi non compia abitualmente il suo lavoro in uno stesso paese, a meno che non risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro paese. In questo caso si applica la legge di quest'altro paese».

Peraltro, ai sensi del comma 1 del medesimo articolo «la scelta della legge applicabile ad opera delle parti non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto, in mancanza di scelta, a norma del paragrafo 2».

Orbene, per utilizzare le parole della Commissione, se è vero che la Convenzione «*lays down general criteria to determining the law applicable and ... enables the judge to make the contract subject to mandatory rules sometimes referred to as 'directly applicable rules' applying at the place where the work is carried out (art. 7)*», per contro essa non individua quali siano «*such immediately applicable rules*». La proposta di Direttiva mirava appunto «*to clarify this point by stipulating the body of rules covered by article 7 of the Convention, i.e. the 'public order rules' which constitute a hard core of minimum protection for workers on secondment*» (punto 17).

Quest'ultimo aspetto merita particolare evidenziazione; ed anzi è la stessa Commissione a sottolinearlo con forza in un successivo passaggio dell'*Explanatory Memorandum*: «*the proposal for a Directive, by identifying a 'hard core' of mandatory rules, makes it clear that these constitute a minimum threshold of protection only*» (punto 17). Il che lascia intendere come l'intento principale della proposta fosse *soltanto* di porre a carico degli Stati membri l'*obbligo* di prevedere l'applicazione ai lavoratori distaccati sul loro territorio da imprese insediate in altri Stati membri, nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, di un 'nucleo duro' di tutele riguardanti una serie di materie specificamente individuate<sup>650</sup>.

Ma – nel silenzio del testo normativo della proposta di Direttiva – è del pari evidente che, trattandosi solo di una soglia minima di protezione, non si escludeva che gli Stati membri avessero la *facoltà* di estendere alle predette imprese ed ai lavoratori distaccati altre tutele previste dalle normative interne, fermo restando il superamento del *test* di proporzionalità individuato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libertà di prestazione dei servizi, di cui si è trattato nel precedente paragrafo. Ed in effetti, proprio sulla base del richiamo puntuale di tali limiti di origine giurisprudenziale<sup>651</sup>, la Commissione escludeva che il principio di parità di trattamento di cui all'art. 60 del Trattato (ora art. 50) potesse implicare «*that all national legislation applicable to nationals of a Member State and usually applied to the permanent activities of undertakings established therein may be similarly applied in its entirety to the temporary activities of undertakings which are established in other States*».

Confrontando quanto appena detto con il testo definitivo della Direttiva n. 96/71, risulta, invece, che la scelta finale del Parlamento e del Consiglio si è mossa in direzione diversa rispetto a quella indicata dalle due proposte del 1991 e del 1993: l'art. 3, par. 10, primo trattino infatti prevede sì

<sup>650</sup> Che tale sia ancora oggi considerata la finalità fondamentale della Direttiva lo si ricava d'altro canto dalle analoghe considerazioni rinvenibili nella Comunicazione della Commissione 25.7.2003, COM (2003) 458, par. 2.1 e par. 2.3, dove si parla addirittura di valore aggiunto rispetto alla Convenzione di Roma, nonché rispetto alla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, dato che la *possibilità* di applicazione della normativa interna di tutela ai lavoratori distaccati da quest'ultima sancita si sarebbe trasformato in *obbligo* di imporre il rispetto di alcune norme riguardanti materie predeterminate. Tuttavia, come si dirà tra breve, questo tipo di argomentazione trascura di considerare che l'estensione di altre discipline di tutela è stata sottoposta dall'art. 3, par. 10 della Direttiva al pesante limite dell'ordine pubblico: ma sul punto ci si soffermerà più avanti.

<sup>651</sup> Punto 14; le stesse espressioni vengono poi riprese nel punto 19.

la possibilità per gli Stati membri di vincolare le imprese che distaccano lavoratori in altri Stati membri (in pari misura rispetto a quelle nazionali) ad applicare a detti lavoratori ulteriori condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle elencate nell'art. 3, par. 1, ma solo «laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico».

Sul significato e sulle conseguenze fortemente restrittive di questa espressione ci si soffermerà più avanti. Qui si deve invece sottolineare che, grazie alla formulazione estremamente ampia della disposizione della Direttiva, siffatta possibilità per gli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati condizioni di lavoro ed occupazione riguardanti materie ulteriori rispetto a quelle elencate nell'art. 3, par. 1, co. 1, deve essere intesa come riferita a previsioni appartenenti ad una qualsiasi delle fonti indicate nello stesso art. 3, par. 1, co. 1, e cioè tanto alle leggi, quanto ai regolamenti o ad altra fonte amministrativa, quanto ancora ai contratti collettivi o arbitrati «dichiarati di applicazione generale» (ma al riguardo si v. anche art. 3, par. 8)<sup>652</sup>. Per questi ultimi, sempre sulla base del richiamo formale dell'art. 3, par. 1, co. 1, tale possibilità, parrebbe a prima vista riguardare soltanto il settore delle costruzioni. E tuttavia all'opposta conclusione si dovrà giungere dopo aver esaminato la previsione di cui all'art. 3, par. 10, secondo trattino.

Va sottolineato al riguardo che l'opinione secondo cui il disposto dell'art. 3, par. 10, primo trattino, riguarderebbe le sole norme legali ed amministrative<sup>653</sup> – la quale, come si dirà tra breve, finisce per riconoscere, per converso, una portata estremamente ampia alla norma di cui al secondo trattino del medesimo art. 3, par. 10, ritenendo che l'estensione ivi prevista non sia soggetta al limite dell'ordine pubblico – si presenta in contrasto con il dato normativo non solo per l'appena segnalata formulazione ampia e generale dell'art. 3, par. 10, primo trattino, ma anche perché, accettandola, si finirebbe per escludere il settore delle costruzioni dalla possibilità di estensione della normativa contrattuale relativa a materie ulteriori rispetto a quelle del c.d. 'nucleo duro' di cui al par. 1 dello stesso articolo: tale settore, infatti, non potrebbe essere interessato dalla estensione prevista disposizione di cui all'art. 3, par. 10, secondo trattino, la quale è esplicitamente rivolta ad «attività diverse da quelle contemplate nell'allegato».

b) Passando ad esaminare l'altra importante difformità risultante tra la proposta del 1993 e la versione finale della Direttiva n. 96/71, va notato come già nella proposta del 1991 si prevedesse che le *mandatory rules* di cui gli Stati membri dovevano assicurare l'applicazione ai lavoratori distaccati, in quanto destinate ad assicurare «*a hard core of minimum protection*», erano quelle «stabilite da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, accordi collettivi o arbitrati che trovano applicazione per l'intera categoria professionale e settore interessato e con effetto *erga omnes* e/o giuridicamente vincolanti nella categoria e settori interessati» (art. 3, par. 1, lett. a).

Nella successiva proposta del 1993, la Commissione, a seguito delle sollecitazioni del Parlamento europeo, aveva introdotto alcune modifiche e perfezionamenti, da un lato confermando che le norme relative alle materie stabilite da applicare ai lavoratori distaccati erano quelle «stabilite da leggi, regolamenti e disposizioni amministrative, accordi collettivi o arbitrati» (art. 3, par. 1, lett.

<sup>652</sup> Ringrazio la Dott.ssa De Koenig, Funzionario della Commissione, per avermi consentito, in occasione di una proficua discussione di lavoro, di mettere a fuoco alcuni profili dell'art. 3, par. 10, della Direttiva. Ovviamente la responsabilità scientifica di quanto detto in testo è soltanto di chi scrive.

<sup>653</sup> DAVIES, 1997, 582, e Id., 2002, 299, il quale legge la disposizione come rivolta alle '*legal rules*'. Così sembrano anche MAGNANI, 1998, 93 e OJEDA-AVILÉS, 1997, 199.

a), per poi passare a precisare che, «ai sensi del par. 1, lett.a, gli accordi collettivi sono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese nell'area geografica e nella professione o nell'industria in questione» e che, in loro assenza, gli Stati membri potevano far riferimento ai contratti collettivi o alle sentenze arbitrali «che sono in genere applicabili nell'area o nella professione o nell'industria in questione», a condizione che la loro applicazione alle imprese che effettuavano il distacco assicurasse la parità di trattamento con le altre «imprese su base nazionale in posizione analoga» (art. 3, par. 4).

Come si vede, la proposta del 1993 introduceva, rispetto a quella del 1991, una serie di precisazioni, in relazione ai contratti collettivi da prendere in considerazione, che sarebbero poi state riprese nella versione definitiva dell'art. 3, par. 8, della Direttiva n. 96/71. Quel che è certo, però, è che tanto nella proposta del 1991, quanto in quella del 1993, *era del tutto assente la limitazione costituita dal richiamo dei soli contratti collettivi del settore delle costruzioni*. Ed è altresì evidente come l'introduzione di tale limitazione abbia ristretto notevolmente la portata della norma di cui all'art. 3, par. 1, dato che, al di fuori del settore delle costruzioni, le tutele del lavoro che gli Stati membri sono obbligati a rendere applicabili ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, in relazione alle materie elencate da questa stessa disposizione, sono solo quelle previste dalla legge o da disposizioni regolamentari ed amministrative.

Si comprende pertanto la *ratio* della ulteriore nuova previsione introdotta nel testo finale della Direttiva (rispetto alla proposta del 1993), quella contenuta sempre nell'art. 3, par. 10, secondo trattino, in base alla quale gli Stati membri possono imporre alle imprese che distaccano lavoratori in altri Stati membri (in pari misura rispetto a quelle nazionali) «condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati a norma del par. 8, riguardanti attività diverse da quelle contemplate nell'allegato»: con essa si è inteso riconoscere agli Stati membri in termini di *facoltà* ciò che nella proposta di direttiva del 1993 (e già in quella del 1991) era stato previsto come *obbligo*, e che tale è rimasto solo per il settore delle costruzioni (il quale, come è fatto notorio, è uno dei settori più interessati al fenomeno del distacco di cui all'art. 1, par. 3, lett. a).

A questo riguardo occorre peraltro precisare come il suo dettato generico non debba trarre in inganno: la norma – a parte i problemi legati alla esistenza e comunque alla individuazione, in ciascuno Stato membro, dei contratti collettivi 'estendibili'<sup>654</sup> – non intende consentire, nei settori diversi da quello delle costruzioni, l'applicazione *in toto* delle tutele di lavoro previste dai contratti collettivi o arbitrati (di cui al par. 8 dell'art. 3)<sup>655</sup>; essa permette agli Stati membri di stabilire che anche in altri settori possano applicarsi ai lavoratori distaccati le discipline di tutela previste dai predetti contratti collettivi o arbitrati, ma *soltanto* con riferimento alle materie elencate nell'art. 3, par. 1: l'estensione da essa prevista, insomma, riguarda solo l'ambito settoriale, ma non anche il profilo contenutistico. Questa interpretazione, che deriva da una lettura al tempo stesso analitica e sistematica della disposizione<sup>656</sup>, è quella accolta nei documenti comunitari<sup>657</sup>,

<sup>654</sup> Cfr. in particolare OJEDA-AVILÉS, 1997, 127-8.

<sup>655</sup> In tal senso v., invece, DAVIES, 2002, 299, AHLBERG-BRUUN-MALMBERG, 2006, 164-5, PALLINI, 2006a, 273 e ID., 2006b, 242; così sembrano ritenere anche MAGNANI, 1998, 93 e OJEDA-AVILÉS, 1997, 129.

<sup>656</sup> Nel senso del testo sembra orientato QUENAUDON, 1997, testo e note 87-88, CHIECO, 2004, 64, e LHERNOULD, 2005, 1197-8.

<sup>657</sup> Cfr. la Comunicazione della Commissione del 25.7.2003, COM (2003) 458, par. 2.2, ma v. anche, con molta chiarezza il *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, nella parte relativa all'art. 3, par. 10, secondo trattino.

ma trova accreditamento anche nel fatto che l'altra interpretazione introdurrebbe una irragionevole differenza di trattamento con il settore delle costruzioni: dato l'esplicito riferimento dell'art. 3, par. 10, secondo trattino alle 'attività diverse da quelle contemplate nell'allegato', per questo settore sarebbe inevitabilmente operante, ai fini dell'estensione delle tutele ulteriori rispetto a quelle del 'nucleo duro', il limite dell'ordine pubblico di cui al primo trattino.

Proprio questa considerazione, peraltro, induce a sua volta a ritenere che – come preannunciato nella precedente lettera a – all'art. 3, co. 10, primo trattino, va riconosciuta (cosa senz'altro possibile, sempre grazie alla sua ampia formulazione) una portata generale, riconoscendo che esso riguarda (oltre che le disposizioni legali ed amministrative) anche le disposizioni contrattuali *di tutti i settori*. In altre parole, e concludendo, *nei settori diversi da quello delle costruzioni*, è consentito allo Stato membro, *esercitando entrambe le facoltà* previste dall'art. 3, par. 10, secondo e primo trattino, di estendere tanto le disposizioni dei contratti collettivi relative alle materie di cui al 'nucleo duro', quanto quelle relative ad ulteriori materie, ma in questo (secondo) caso sempre nel rispetto del limite dell' 'ordine pubblico'. La soluzione interpretativa qui prospettata trova, d'altronde, anche per questo aspetto, conferma in atti degli organi ufficiali della Comunità<sup>658</sup>.

Va sottolineato che la questione appena esaminata è di particolare rilievo. Molti Stati membri (tra cui l'Italia), infatti, sembrano aver fatto propria una interpretazione estensiva dell'art. 3, par. 10, secondo trattino, attirandosi le forti critiche della Commissione<sup>659</sup>; ma di questo aspetto si tratterà più avanti.

c) Un richiamo, ancora, va fatto alla previsione, sopra ricordata, contenuta nell'art. 3, par. 9, relativa alle ipotesi di distacco effettuato da imprese dedite alla somministrazione di lavoratori interinali o alla cessione temporanea di lavoratori.

In tal caso, infatti, fermo restando l'obbligo per gli Stati membri di assicurare l'estensione ai lavoratori distaccati delle tutele del lavoro di cui all'art. 3, par. 1, è stata introdotta – rispetto alle proposte del 1991 e del 1993 – la possibilità per gli Stati membri di assicurare addirittura la piena uniformità di trattamento di questi lavoratori rispetto a quelli direttamente assoggettati alle discipline interne<sup>660</sup>.

Da questo punto di vista può dirsi che la disposizione dell'art. 3, par. 9 assegna all'ipotesi del distacco di cui all'art. 1, par. 3, lett. c) un trattamento di miglior favore rispetto alle altre due, assicurando agli Stati membri la possibilità, attraverso l'estensione totale delle tutele interne senza il limite dell'ordine pubblico, di adottare una misura di effettiva portata *anti-dumping* nei confronti di imprese che svolgono un'attività così delicata come quella somministrazione o cessione di lavoratori.

## 6. – Segue: i problemi interpretativi posti dal dettato dell'art. 3, par. 10 (e 9), della Direttiva.

Quali sono le implicazioni delle importanti modificazioni apportate dal Consiglio e dal Parlamento

<sup>658</sup> Si v. la Comunicazione della Commissione del 25.7.2003, COM (2003) 458, par. 2.2. Si v. anche *Rapport des Services de la Commission etc.* del 4.4.2006, SEC (2006) 439, par. 4.9.1.

<sup>659</sup> Per quanto riguarda la normativa di attuazione italiana v., anche per ulteriori riflessioni circa i problemi posti dalla efficacia meramente privatistica dei contratti collettivi, anche se stipulati dai sindacati maggiormente rappresentativi, PALLINI, 2006a, 273-4.

<sup>660</sup> Cfr. anche BALANDI, 1998, 122.

europeo in occasione dell'approvazione della Direttiva n. 96/71 rispetto alla proposta della Commissione del 1993?

a) A questo riguardo va anzitutto osservato che il risultato che emerge dalla precedente ricostruzione è in qualche misura sorprendente. Infatti, a prima vista, potrebbe sembrare che l'introduzione nel testo definitivo della Direttiva n. 96/71 dell'art. 3, par. 10, abbia comportato un accrescimento (rispetto alla proposta del 1993) del potere per gli Stati membri in materia di tutele del lavoro, soddisfacendo in qualche misura l'esigenza di estendere ai lavoratori distaccati anche le disposizioni riguardanti materie ulteriori rispetto a quelle dell'art. 3, par. 1 (e ciò, anche con riferimento alle norme di tutela dei contratti collettivi relativi a settori diversi da quello delle costruzioni). In questa prospettiva, la fissazione del limite dell' 'ordine pubblico' costituisce una sorta di 'prezzo' pagato nella definizione di un compromesso tra libertà di prestazione dei servizi, tutela del lavoro e dell'occupazione dei lavoratori distaccati, tutela della libertà economica e di concorrenza delle imprese nazionali nonché tutela del lavoro e dell'occupazione dei lavoratori da queste ultime dipendenti (*dumping sociale*).

Ed invece, a ben esaminare la questione, ci si accorge che le cose stanno in modo totalmente diverso. Come si è visto in precedenza, all'atto della presentazione della proposta del 1993, la Commissione era ben consapevole della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutele del lavoro e libertà di prestazione sancita dal Trattato, formatasi nelle tre sentenze *Webb*, *Seco* e *Rush Portuguesa*, e dunque non poteva non essere altresì consapevole che *obbligare* gli Stati membri a rendere applicabile ai lavoratori distaccati sul proprio territorio la normativa relativa ad un 'nucleo duro' di materie, non escludeva certo – proprio nel silenzio della normativa proposta – la *facoltà* dei medesimi Stati di rendere applicabili a quei lavoratori, in forza di quella giurisprudenza, anche ulteriori disposizioni di tutela del lavoro (tenuto conto, tra l'altro, della formula assai ampia adottata in *Rush Portuguesa* dalla Corte di giustizia, la quale solo più tardi, a partire dalla sentenza *Vander Elst*, sarebbe tornata a formule più bilanciate).

Se ciò è vero, ne risulta che l'esplicita previsione dell'art. 3, par. 10 introdotta dal Consiglio e dal Parlamento nella versione finale della Direttiva n. 96/71, e specificamente l'assoggettamento al limite dell' 'ordine pubblico' della possibilità di estendere ai lavoratori distaccati le tutele del lavoro relative a materie ulteriori rispetto a quelle del 'nucleo duro', si traduce, in realtà, in una restrizione rispetto alla possibilità, direttamente garantita dal Trattato, di applicare ai lavoratori distaccati l'insieme delle tutele lavoristiche con i 'soli' limiti di derivazione giurisprudenziale appena ricordati: ed è da sottolineare che, paradossalmente, con la fissazione del limite dell'ordine pubblico, viene del tutto vanificato il senso dell'ulteriore affermazione, contenuta nella parte iniziale dell'art. 3, par. 10, secondo il quale l'estensione facoltativa deve avvenire «*nel rispetto del Trattato*». In assenza del riferimento all'ordine pubblico, tale espressione, infatti, avrebbe di per sé implicato il richiamo diretto dell'elaborazione della Corte di giustizia<sup>661</sup>.

A questo riguardo va notato come sull'espressione «disposizioni di ordine pubblico» si siano inevitabilmente concentrate le attenzioni degli organi comunitari in una serie di recentissimi documenti ufficiali, data l'importante funzione-limite da essa assolta.

<sup>661</sup> Sul punto si v. comunque le riflessioni di DAVIES, 1997, 592 ss. spec. 593-4, effettuate in diversa prospettiva.

Per il vero, già nel momento del *rush* finale per l'approvazione della Direttiva, risulta che Consiglio e Commissione, nelle dichiarazioni da iscrivere al processo verbale del Consiglio<sup>662</sup>, avevano precisato che «*le mots 'dispositions d'ordre public' devraient être considérés comme couvrant celles des dispositions obligatoires à l'égard desquelles on ne peut pas déroger et qui, par leur nature et leur objectif, répondent aux exigences impératives de l'intérêt public*»<sup>663</sup>.

Successivamente all'approvazione della Direttiva la questione è stata più volte ripresa, con toni non molto differenti, in altri documenti ufficiali della Commissione e dei Servizi di supporto a quest'ultima.

Così nella Comunicazione del 25.7.2003, la Commissione<sup>664</sup> ha sostenuto che «la direttiva non permette assolutamente agli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati nel loro territorio tutte le loro disposizioni legislative e/o i contratti collettivi che disciplinano le condizioni di lavoro» in quanto, oltre alle disposizioni relative materie di cui all'art. 3, par. 1, «gli Stati membri possono aggiungere *unicamente* disposizioni di ordine pubblico legate al contesto internazionale»<sup>665</sup>. In altra parte del documento<sup>666</sup>, tuttavia, dopo aver, appunto, ribadito che «gli Stati membri non sono liberi di imporre tutte le disposizioni obbligatorie del loro diritto del lavoro, la Commissione giunge ad affermare che essi «sono tenuti a rispettare le disposizioni del trattato CE, segnatamente dell'ar. 49, come interpretato dalla Corte di giustizia (a tale proposito si v. in particolare le sentenze *Portugaia Construções e Mazzoleni*<sup>667</sup>)».

Dopo di che, la Commissione – ragionando in modo, per così dire, *direttamente consequenziale* rispetto a queste ultime affermazioni – torna a soffermarsi sul concetto di 'ordine pubblico' di cui all'art. 3, par. 10, primo trattino, della Direttiva, precisando ancora che esso va interpretato alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale «sebbene non contenga una definizione precisa della nozione di ordine pubblico, contenuta in particolare negli artt. 46 e 56 del Trattato CE, riconosce che la nozione può variare in base al paese e all'epoca (CGCE C-30/77 del 25.10.1977) lasciando alle autorità competenti un certo margine discrezionale entro i limiti imposti dal trattato». E tuttavia, prosegue la Commissione, detta giurisprudenza indica da un lato «che il concetto di ordine pubblico deve essere interpretato in modo restrittivo (CGCE C-260/89, del 18 giugno 1991) e che non può essere determinato unilateralmente da ciascuno Stato membro», e dall'altro che «la necessità di invocare l'ordine pubblico deve essere giustificata da gravi ragioni di interesse generale (CGCE C-484/93, del 14.11.1995), presupporre l'esistenza di una minaccia effettiva e abbastanza grave a uno degli interessi fondamentali della collettività (CGCE C-30/77, del 27.10.1977), ed essere conforme ai principi generali del diritto, in particolare ai diritti

<sup>662</sup> *Déclarations à insérer au procès verbal du Conseil*, 20.9.1996, 100048/96 Limite SOC 264 CODEC 550, punto 10.

<sup>663</sup> La dichiarazione continuava precisando che «*Ces dispositions peuvent inclure, en particulier, l'interdiction du travail forcé ou l'implication d'autorité publiques dans la surveillance du respect de la législation concernant les conditions de travail*».

<sup>664</sup> COM (2003) 458, par. 4.1.1.

<sup>665</sup> Concorda sul punto LHERNOULD, 2005, 1198, il quale afferma che «*afin de garantir une application uniforme du droit communautaire dans les États membres et en vertu du principe de primauté de celui-ci, il apparaît que la notion d'ordre public doit être mesurée en fonction des critères dégagés au niveau communautaire*».

<sup>666</sup> Par. 4.1.2.2.

<sup>667</sup> Rispettivamente C-164/99 e C-165/98, sulle quali v. *supra* parag...

fondamentali e al principio generale della libertà di espressione»<sup>668</sup>. Sempre nel citato documento, infine, la Commissione, nell'intento di affinare ulteriormente il concetto in questione, lo ha messo in diretta connessione con le leggi di polizia e di sicurezza, sottolineando come occorra tenere presente anche «la differenza tra le disposizioni nazionali di ordine pubblico interne da un lato e disposizioni d'ordine pubblico come le leggi di polizia, legate al contesto internazionale»: gli Stati membri «che nella loro legge di recepimento aggiungono esplicitamente all'elenco delle norme imperative disposizioni ritenute d'ordine pubblico a *livello nazionale*, dovranno modificare la loro legge tenendo conto di quanto precede»<sup>669</sup>.

Come si vede, il preciso indirizzo della Commissione è di fondare un'interpretazione assai rigorosa e, perciò, restrittiva della nozione di 'ordine pubblico'<sup>670</sup>, rendendo in tal modo fortemente limitata la possibilità, per gli Stati membri, di utilizzare l'art. 3, par. 10 della direttiva al fine di estendere ai lavoratori distaccati anche normative interne legali, amministrative o contrattuali che stabiliscano tutele del lavoro relative a materie ulteriori rispetto a quelle dell'elenco di cui all'art. 3, par. 1. E la posizione può essere ancor meglio compresa ove si tenga presente la particolare realtà che si è presentata alla Commissione nel momento in cui è andata ad indagare sulle opzioni effettuate dagli Stati membri in relazione all'attuazione della Direttiva: in molti Stati, tra cui l'Italia, si è optato per una estensione generale ai lavoratori distaccati dell'intera normativa protettiva del lavoro fissata da leggi, disposizioni amministrative e contratti collettivi di livello nazionale, evidentemente considerando il diritto del lavoro nazionale in sé stesso come normativa di ordine pubblico (e quindi adottando una concezione di 'ordine pubblico' sul piano nazionale e non internazionale)<sup>671</sup>. Di qui il giudizio implacabile formulato nella Comunicazione in esame: «gli Stati membri la cui legge di recepimento impone alle imprese straniere l'osservanza dell'intero diritto del lavoro del paese ospitante durante il periodo di distacco oltrepassano chiaramente il contesto definito dalla legislazione comunitaria»<sup>672</sup>.

Tuttavia, come ritengo appaia ormai chiaro dalla trattazione che precede, il ragionamento della Commissione, d'altronde coerente con la scelta del legislatore comunitario, fa emergere un vero

<sup>668</sup> Sempre nel parag. 4.1.2.2 della Comunicazione della Commissione del 25.7.2003, COM (2003) 458, la Commissione prosegue soffermandosi sul concetto di leggi di polizia.

<sup>669</sup> La Commissione ricorda inoltre come nel *Rapport du groupe d'expert nationaux sur la transposition de la directive concernant le détachement des travailleurs*, del settembre 1999, si «riteneva che la definizione 'disposizioni di ordine pubblico' di cui all'art. 3, par. 10, riguarda le norme relative ai diritti e alle libertà fondamentali stabiliti dalla legislazione dello Stato membro interessato e/o dal diritto internazionale, in particolare: libertà di associazione e diritto di contrattazione collettiva, proibizione del lavoro forzato, principio di non discriminazione, eliminazione del lavoro minorile che costituisce una forma di sfruttamento, protezione dei dati e diritto al rispetto della vita privata».

<sup>670</sup> D'altronde nel progetto di Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno (nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15.11.2006, su cui v. *infra*, par. 9), al *Considerandum* n. 41, si afferma che «il concetto di 'ordine pubblico', come interpretato dalla Corte di giustizia, comprende la protezione contro una minaccia effettiva e sufficientemente grave per uno degli interessi fondamentali della collettività e può includere, in particolare, questioni legate alla dignità umana, alla tutela dei minori e degli adulti vulnerabili ed al benessere degli animali».

<sup>671</sup> Si v. il *Rapporto dei Servizi della Commissione sull'attuazione della Direttiva n. 96/71, concernente il distacco di lavoratori effettuato nel quadro di una prestazione di servizi*, del gennaio 2003, Cap. III (Eccezioni ed opzioni previste dalla direttiva), par. n. 3 (Altre opzioni) e il successivo *Rapport des Services de la Commission etc.* del 4.4.2006, SEC (2006) 439, par. 4.9.1.

Val la pena di segnalare, a questo riguardo, che uno dei primi commentatori della Direttiva in Italia aveva immediatamente dato una interpretazione estremamente ampia dell'espressione, sostenendo che «l'area dell'opzione zero' può ... essere ampliata a dismisura, con un semplice riferimento alla formula dell'ordine pubblico»: BIAGI, 1996, 7 e MARETTI, 2000a, 232-3. Sul punto v. anche PALLINI, 2006b, 273 e *Id.*, 2006c, par. 6.

<sup>672</sup> Par. 4.1.2.2, ultimo cpv.

e proprio contrasto tra il dettato della Direttiva e quello del Trattato, quale risultante dall'interpretazione pluriennale della Corte di giustizia in materia di libertà di prestazione dei servizi. E ci si riferisce non alla disquisizione relativa al significato da attribuire all'espressione 'ordine pubblico', bensì alla identificazione stessa, da parte dell'art. 3, par. 10, dell' 'ordine pubblico' quale parametro sulla base del quale misurare la legittimità della compressione della libertà di prestazione dei servizi attuata attraverso l'estensione di tutele del lavoro relative a materie ulteriori rispetto a quelle del 'nucleo duro' di cui all'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71.

Al riguardo si deve ricordare quanto emerso dall'indagine che precede, e cioè che il punto di arrivo della giurisprudenza della Corte sul rapporto tra libertà di prestazione dei servizi e tutele sociali e del lavoro è (ed era già, come visto, all'atto di approvazione della Direttiva) nel senso di considerare queste ultime, in quanto espressione di interessi nazionali sociali di particolare rilievo, come idonee *di per se stesse* a comprimere legittimamente quella libertà, con la sola condizione del superamento del *test* di proporzionalità, quale qui ricostruito nel precedente par. 3, b (e che, come detto, si atteggia a vero e proprio criterio di bilanciamento tra i valori e principi in gioco). In tal senso, grazie a questa giurisprudenza, gli interessi nazionali di protezione sociale e del lavoro (e le relative normative interne di tutela) sono venuti ad affiancarsi a tutte le altre 'ragioni imperative di interesse generale' (ed alle relative norme interne di tutela) – emergenti dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte quali motivi giustificativi di limiti alla libera circolazione dei servizi – con una propria ed autonoma identità<sup>673</sup>, e cioè indipendentemente dall'essere eventualmente (se non eccezionalmente) riconoscibili *anche* come ragioni collegate all'ordine pubblico, o al limite alla pubblica sicurezza o alla sanità pubblica (le quali, a loro volta, costituiscono, per così dire, generali ragioni giustificative specificamente *nominate* nell'art. 46, par. 1 e 56 del Trattato)<sup>674</sup>.

Se ciò è vero, non appare ammissibile la scelta del Consiglio e del Parlamento di inserire, nell'art. 3, par. 10, primo trattino, della Direttiva n. 96/71 il vincolo dell' 'ordine pubblico'; così come, dall'altro lato, non è accettabile il (conseguente) percorso interpretativo seguito successivamente dalla Commissione. Il problema, infatti, non è quello di attribuire un'interpretazione ampia o ristretta al limite dell' 'ordine pubblico', quanto quello di prendere atto che le ragioni di tutela sottostanti alle normative di diritto del lavoro – indipendentemente dal potersi o meno identificare, in tutto o in parte, con ragioni di 'ordine pubblico' – *hanno un loro rilievo peculiare quali autonome ragioni 'giustificative' di vincoli apposti alle libertà economiche del Trattato*, e sono sottoponibili ad un autonomo giudizio di bilanciamento, ovvero di proporzionalità, che non ha nulla a che vedere con la valutazione dell'esistenza di motivi di ordine pubblico. La diversa soluzione adottata dall'art. 3, par. 10, insomma, comporta una violazione della normativa del Trattato, nella misura in cui, sulla base della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, il rapporto

<sup>673</sup> Cfr. *Schmidberger* C- 112/00 del 12.6.2003, punto 78. La mancanza di questo chiarimento, effettuato solo di recente dalla Corte, ci sembra aver contribuito alla mancata percezione della differente portata dei limiti da parte della dottrina che ha riflettuto sulla Direttiva subito dopo la sua approvazione: cfr. DAVIES, 1998, 597-8 e PALLINI, 2006b, 243 ss, *sub* testo e note 15 e ss. V. inoltre *supra*, nota n. 54 il testo del *Considerandum* n. 40 e dell'art. 4, n. 8, della Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno.

<sup>674</sup> Si rammenta che, ai sensi dell'art. 46, par. 1, «le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di queste ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica».

tra libertà di prestazione di servizi e tutele nazionali del lavoro va fondato sul loro *bilanciamento* (o meglio, sul bilanciamento dei valori e principi ad esse sottesi) attuato tramite il noto *test* di proporzionalità<sup>675</sup>.

Delle ragioni effettive di tale scelta del legislatore comunitario chi scrive non è stato in grado trovare traccia. Se essa è stata effettuata con l'intenzione di rendere possibile – ma solo con il temperamento costituito dal limite dell'ordine pubblico – ciò che pareva impedito dalla previsione dell'art. 3, par. 1, si sarebbe trattato di un macroscopico errore di valutazione; meglio sarebbe stato, infatti, per quanto sopra osservato, conservare il silenzio che sul punto aveva mantenuto la proposta di direttiva del 1993 (come già quella del 1991). V'è da pensare, tuttavia, che, in realtà, la scelta sia stata consapevolmente effettuata con l'intento di contenere la spinta dirompente che la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutele del lavoro sembrava in procinto di esercitare nei confronti libertà di prestazione di servizi: si già è ricordato come la discussione finale della Direttiva sia avvenuta subito a ridosso della sentenza *Rush Portuguesa*, prima che con le sentenze successive la Corte giungesse – come si è visto – a rifinire le sue posizioni in modo più armonico con quelle generali che essa stava elaborando in relazione alle normative non lavoristiche limitative della libera circolazione dei servizi<sup>676</sup>.

Quali che siano state le ragioni della predetta scelta<sup>677</sup>, l'analisi svolta ha delle implicazioni di rilievo. Chi scrive, in una precedente occasione, aveva segnalato come il legislatore comunitario, nell'imporre agli Stati membri l'obbligo di rendere applicabili, ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, alcune normative interne di tutela del lavoro ai sensi dell'art. 3, par. 1, avesse così effettuato, esso stesso, con il suo intervento regolativo, una *diretta ponderazione*, ovvero *bilanciamento*, degli interessi in campo, assegnando prevalenza alle esigenze di protezione del lavoro rispetto a quelle economiche (di cui è, appunto, espressione la libertà di prestazione dei servizi) in relazione alle varie materie del c.d. nocciolo duro. E sulla base di questa premessa si era giunti alla conclusione, invero di valore essenzialmente teorico, che «si dovrebbe ammettere – seppure in via di ipotesi limite – che la direttiva, proprio per questa sua scelta 'forte', possa essere a sua volta sottoposta al giudizio della Corte in relazione al bilanciamento e alla scelta di priorità da essa effettuati (cfr. artt. 230 ss.)»<sup>678</sup>.

<sup>675</sup> E d'altro canto, a voler leggere tra le righe della stessa Direttiva, l'ambiguità della scelta del legislatore comunitario traspare dal confronto tra il *Considerandum* n. 12, il quale riprende integralmente e quasi letteralmente le affermazioni della Corte di giustizia («considerando che il diritto comunitario non osta all'estensione del campo di applicazione, da parte degli Stati membri, della loro legislazione o all'estensione dei contratti collettivi sottoscritti dalle parti sociali alle persone che sono occupate, anche temporaneamente, sul loro territorio, anche se il loro datore di lavoro risiede in un altro Stato membro; che il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di garantire con mezzi adeguati l'osservanza di queste norme»), ed i *Considerando* nn. 10-11 e 13-14, nei quali si parla di norme di polizia, di tutela minima e di 'nocciolo duro'.

<sup>676</sup> Questa ad es. è stata 'a caldo' la valutazione di DAVIES, 1997, 586 ss., spec. 590-1 e di QUENAUDON, 1997, testo e note 3 e 4. V. anche ORLANDINI, 1999, 469-470, CHIECO, 2004, 61 ss., BANO, 2001, 12 e PALLINI, 2006b, 241.

<sup>677</sup> Rispetto alla quale sarebbe interessante ricostruire l'incidenza delle pressioni esercitate dai sindacati europei, in particolare del settore delle costruzioni, i quali, come segnalato da un autore, «played a key role in the decision-making process leading to adoption of the Directive. They acted as experts for the European Commission, for the Economic and Social Committee and for the Social Committee of the European Parliament»: CREMERS, 2006, 171.

<sup>678</sup> Un'affermazione, questa, la quale trovava evidentemente fondamento nel valore sovraordinato del Trattato rispetto agli atti legislativi comunitari attuativi di esso; si rinvia, a questo riguardo a quanto sopra precisato in relazione alla struttura gerarchica dell'ordinamento comunitario. Sul punto v. CARABELLI-LECCESE, 2005, 566, e già ORLANDINI, 1999, 470. V. anche GIESEN, 2003, 153 («all of the

Orbene, se ciò è vero – lo si ripete, sul piano meramente teorico – per le previsioni contenute nell'art. 3, par. 1, della Direttiva, non potrebbe non valere – in una diversa prospettiva, ma senza dubbio con maggiore evidenza – per quella contenuta nell'art. 3, par. 10, in relazione al conflitto regolativo, questa volta assai più visibile e tangibile, che si è appena descritto.

b) Ciò detto, altro profilo da evidenziare è che, negli anni più recenti, la dottrina<sup>679</sup> ha più volte sottolineato come il fatto che, ai sensi dell'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71, uno Stato membro sia obbligato a stabilire l'applicazione, nei confronti dei lavoratori distaccati, delle condizioni di lavoro e occupazione previste, nelle materie di cui all'elenco ivi contenuto, da leggi, regolamenti e norme amministrative, nonché nel settore delle costruzioni, dai contratti collettivi ed arbitrati, non fa certo venir meno la necessità che le discipline dei singoli istituti da estendere siano *compatibili* con la libera circolazione dei servizi sancita dal Trattato. Dove siffatta compatibilità – a parte il richiamo di quanto sopra argomentato, in ordine alla opportunità di ragionare ormai in termini di *bilanciamento* – va intesa nel senso della 'formula' sopra riportata, a fronte della quale l'essenza del giudizio si fonda sul *test* di proporzionalità, a sua volta consistente nel verificare se i lavoratori distaccati godono o meno di un tutela uguale o sostanzialmente analoga nel paese di origine, nonché (in caso negativo) se la normativa interna applicata ai lavoratori distaccati apporti effettivi vantaggi ad essi (in termini di aggiuntiva), e infine se lo stesso risultato sia raggiungibile mediante regole meno restrittive<sup>680</sup>. E questa posizione è stata non soltanto puntualmente esplicitata in documenti ufficiali degli organi comunitari<sup>681</sup>, ma soprattutto concretamente praticata dalla Corte di giustizia in una serie di recenti sentenze, in cui è stata chiamata a valutare se alcune normative di tutela relative a materie attinenti al c. d. 'nocciolo duro', che uno Stato Membro – in specifica osservanza del vincolo posto dall'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71 – aveva applicato alle imprese di servizi di altri Stati membri in relazione ai lavoratori distaccati nel suo territorio, contrastassero o meno con la libertà di prestazione dei servizi sancita nel Trattato. La Corte, infatti, non ha avuto dubbi nell'effettuare tale valutazione, rigorosamente attenendosi, nel suo giudizio di compatibilità con la libertà di prestazione dei servizi, e dunque nella effettuazione del *test* di proporzionalità, alla sua precedente giurisprudenza<sup>682</sup>.

Orbene, è evidente, come si è già accennato più sopra, che in assenza della previsione dell'art. 3, par. 10, un analogo giudizio avrebbe dovuto interessare tutte le disposizioni interne legislative,

*provisions of the Directive must be examined for their conformity with article 49 EC»*). In generale sul questo tipo di controllo della Corte di giustizia si v. TESAURO, 2005, 218 ss., spec. 232 ss.; STROZZI, 2005, 300 ss.; MENGOSZI, 2003, 208 ss.

<sup>679</sup> DAVIES, 2002, 300-1 (*"it is difficult to see a good legal reason why the Court's view on the issue of compatibility should be different simply because, and to the extent that, the domestic laws are necessary to implement the directive"*). V. anche GIESEN, 2003, 153, HEPPLE, 2005, 171-2, CARABELLI-LECCESE, 2005, 566; LYON-CAEN, 2005, 505; LHERNOULD, 2005, 1199; BELLAVISTA, 2006, 28-9, PALLINI, 2006c, par. 7.

<sup>680</sup> V. *supra*.

<sup>681</sup> Si v. ancora la Comunicazione della Commissione del 25.7.2003, COM (2003) 458, par. 4.1.1. e 4.2.1, ma soprattutto la successiva Comunicazione della Commissione (*Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*), del 4.4.2006, COM (2006) 159 definitivo (predisposta sulla base di una richiesta del Parlamento europeo contenuta nella Risoluzione sull'applicazione della direttiva 96/71/CE negli stati membri del 15 gennaio 2004 (P5\_TA (2004) 0030), quasi interamente dedicata ad esaminare questo profilo, anche con riguardo alla concreta casistica. V. anche il *Rapport des Services de la Commission etc.*, del 4.4.2006, SEC (2006) 439, par. 3.3, 4.1.

<sup>682</sup> Si v. *Wolff & Müller GmbH & Co.* C-60/03, del 12 ottobre 2004 (spec. punto 30); *Commissione c/ Repubblica Federale di Germania* C-341/02, del 14 aprile 2005 (punti nn. 24 e 25). Segnala bene questo aspetto LHERNOULD, 2005, 1202, nonché PALLINI, 2006c, par. 7.

amministrative o contrattuali relative a materie ulteriori rispetto a quelle del 'nucleo duro' che uno Stato membro avesse reso applicabili ai lavoratori distaccati. Ed invece, la presenza di questa disposizione nella Direttiva, ed in particolare, del limite dell' 'ordine pubblico', richiede un giudizio fondato – come risulta dalla *Comunicazione* della Commissione su cui ci si è soffermati più sopra – su parametri assai più restrittivi<sup>683</sup>.

Si comprende, dunque, perché, in dottrina, taluno ha sentito il bisogno di uniformare, attraverso lo strumento dell'interpretazione, il dato letterale della norma a quello derivante dall'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia: si è detto, al riguardo, che «per l'interpretazione del concetto di 'ordine pubblico' (dal quale, si ripete, dipende l'effetto che la direttiva è destinata ad avere sul potere di regolamentazione degli stati membri), il riferimento obbligato è costituito dalla giurisprudenza della Corte sugli artt. 59-60 del Trattato della Comunità europea, relativa ai limiti che è possibile imporre alla libertà di prestazione dei servizi»<sup>684</sup>. In buona sostanza l'idea si fonda sul presupposto che la nozione di «ragioni imperiose di interesse generale» elaborate dalla Corte di giustizia possa essere fatta coincidere con la nozione di «ordine pubblico»<sup>685</sup>. Il che, come si è visto dalla trattazione che precede – oltre ad essere rifiutato dalle istituzioni comunitarie, che del limite dell'ordine pubblico danno una lettura del tutto diversa – non risulta in realtà plausibile, stante l'autonomia concettuale che la Corte di giustizia ha espressamente assegnato a quelle ragioni – tra le quali si collocano le esigenze tutela del lavoro – rispetto alle esigenze (tra l'altro di assai maggior rigore) riconducibili invece all'ordine pubblico.

c) Ancora un cenno alla specifica previsione contenuta nell'art. 3, par. 9, della Direttiva, relativa alla *possibilità* per gli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati da imprese insediate in altri Stati membri che svolgono attività di somministrazione o di cessione temporanea di lavoratori l'intera disciplina di tutela del lavoro direttamente applicata ai lavoratori somministrati o ceduti dalle corrispondenti imprese interne.

Alla luce di quanto detto nelle precedenti lettere non pare che la specificità di questa previsione, comunque di favore, possa escludere la necessità che siffatta estensione rispetti la libertà di prestazione dei servizi, in quanto sancita direttamente dal Trattato. È dunque da ritenere che, pure in questo caso, l'eventuale estensione di norme di tutela sia assoggettata al giudizio di 'compatibilità' e di 'proporzionalità', sempre secondo i parametri fissati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia; il che, rispetto al limite dell' 'ordine pubblico' di cui all'art. 3, par. 10, è comunque un passo avanti.

## 7. – Alcune annotazione conclusive sulla Direttiva n. 96/71.

Tirando le somme del discorso fin qui condotto, conviene ancora interrogarsi su quale regime si

<sup>683</sup> Si v. al riguardo anche la recente sentenza relativa al caso *Omega Spielhallen* C-36/02 del 14.10.2004, dove, dopo aver precisato che «l'ordine pubblico può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi della collettività» (punto 30), la Corte afferma poi che «misure restrittive della libera prestazione dei servizi possono essere giustificate da motivi connessi con l'ordine pubblico solamente ove risultino necessarie ai fini della tutela degli interessi perseguiti e solamente a condizione che tali obiettivi non possano essere perseguiti con provvedimenti meno restrittivi» (punto n. 36).

<sup>684</sup> ORLANDINI, 1999, 478; su questo presupposto sembra muoversi anche PALLINI, 2006b, 243 ss, *sub* note 15 e ss.

<sup>685</sup> Così in effetti sembra ricavarsi anche da un successivo contributo dell'A. (ORLANDINI, 2006, 19 ss.).

applichi nei casi in cui la mobilità di lavoratori dipendenti avvenga in relazione ad una prestazione di servizi transnazionale del loro datore di lavoro che non rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva (si è fatto, in particolare, cenno, più sopra, ai «distacchi intercorrenti fra soggetti imprenditoriali completamente autonomi, non unificabili, cioè, all'interno di una nozione classica di gruppo»<sup>686</sup>, ma anche ad altri casi espressamente o implicitamente esclusi<sup>687</sup>). Ebbene, la soluzione di questo interrogativo pare abbastanza consequenziale a quanto fin qui detto: gli Stati membri non hanno alcun *obbligo* di estendere ai prestatori di servizi che esercitino la libertà di circolazione sancita dal Trattato, nonché ai relativi lavoratori dipendenti operanti sul loro territorio, i trattamenti di cui all'art. 3, par. 1 della Direttiva n. 96/71 (in questo, dunque, i lavoratori soffrono di una condizione svantaggiata). Per contro, per quanto paradossale possa sembrare, ciascuno Stato membro ha la (mera) *facoltà* di estendere (tutte) le norme interne di tutela del lavoro, entro i generali limiti del test di *proporzionalità* elaborati dalla Corte in relazione alla libertà di prestazione dei servizi<sup>688</sup>, e non entro il limite dell'ordine pubblico fissato dall'art. 3, par. 10 della stessa Direttiva (in questo, essi godono, invece, di una condizione di miglior favore)<sup>689</sup>.

Ciò detto, qualche riflessione merita ancora un aspetto cui si è accennato in apertura: la pericolosa amplificazione della libertà di prestazione dei servizi rispetto alla libertà di stabilimento derivante dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia (caso *Schnitzer*). L'attribuzione al requisito della 'temporaneità' di un significato talmente lato da consentire, di fatto, una presenza relativamente costante, anche se formalmente non permanente, di un'impresa con il proprio personale in un altro Stato membro per l'esercizio dell'attività di prestazione di servizi ha come effetto una corrispondente riduzione del volume delle tutele del lavoro assicurate ai lavoratori dipendenti da questa impresa rispetto alle imprese insediate nello Stato di accoglienza. A tali lavoratori, infatti, non si applicherà automaticamente l'intero diritto del lavoro di quest'ultimo Stato, bensì solo quella parte che sarà necessario applicare effetto dell'art. 3, par. 1, della Direttiva n. 96/71, e quella 'optata' dal medesimo Stato sulla base dell'art. 3, par. 10, di tale Direttiva (opzione che, comunque, allo stato, trova un limite insormontabile nell'ordine pubblico'); per la rimanente parte (la cui dimensione sarà estremamente variabile a seconda di quale sarà l'interpretazione del limite dell'ordine pubblico che prevarrà, nonché in ragione dell'opzione effettuata da ciascuno Stato in relazione all'estensione delle normative interne di tutela), si applicherà la normativa di tutela dello Stato membro in cui è insediata l'impresa datrice di lavoro (che, soprattutto per i paesi di nuovo ingresso nella Comunità, sarà di livello estremamente più basso di quella dello Stato membro ospitante la prestazione di servizi)<sup>690</sup>.

Infine, un'ultima annotazione va destinata alla affermazione, contenuta in un recente Rapporto

<sup>686</sup> ESPOSITO, 2002, p. 67.

<sup>687</sup> V. *supra* testo e nota n. 35.

<sup>688</sup> V. sul punto, *Commissione c/ Granducato di Lussemburgo*, punto n. 29 e *Commissione c/ Repubblica Federale di Germania C-244/2004*, del 19 gennaio 2006, punto n. 32; in dottrina LHERNOULD, 2005, 1195.

<sup>689</sup> In mancanza di esercizio di una siffatta facoltà, parrebbe da condividere l'opinione di chi ritiene che si applichino le regole generali del diritto internazionale privato (e dunque la Convenzione di Roma) per l'individuazione della disciplina applicabile (in tal senso ORLANDINI, 1999, 473-4); ma in ogni caso non sembrerebbe venir meno il vincolo di compatibilità con la libertà di prestazione di servizi, quale risultante dall'elaborazione della Corte di giustizia.

<sup>690</sup> Cfr. PALLINI, 2006c, par. 9.

dei Servizi della Commissione, ma evidenziata dai sindacati europei del settore delle costruzioni<sup>691</sup>, della necessità di combattere «*le détournement de la législation de travail du pays d'accueil par des 'sociétés boîtes aux lettres', n'exerçant pas d'activité réelles et significatives dans leur État d'établissement*». In effetti, nella Direttiva n. 96/71 sono assenti specifiche previsioni al riguardo, onde è apprezzabile che il documento ricordi come «*selon une jurisprudence constant de la Cour de Justice, en ce qui concerne les limites aux libertés fondamentales consacrées par le traité, les Etats membres ont la faculté de prendre des mesures visant à empêcher les prestataires de services de tirer indûment ou frauduleusement profit de la libre prestation de services, notamment dans le but de contourner la législation de l'État d'accueil en matière d'emploi*»<sup>692</sup>. Tuttavia, tale riconoscimento è accompagnato dalla raccomandazione che «*lorsque les États membres prennent ces mesures, il doivent respecter les limites du droit communautaire et notamment garantir que ces mesures ne rendent pas la libre prestation de services illusoire*»<sup>693</sup>, nonché dalla precisazione – effettuata facendo riferimento ad altra giurisprudenza della Corte<sup>694</sup> – che le misure che gli Stati membri possono prendere «*doivent l'être cas par cas, en tenant compte du comportement abusif ou frauduleux des personnes intéressées, dans le but, le cas échéant, de leur refuser le bénéfice des dispositions du droit communautaire qu'elles invoquent*», di modo che «*une présomption générale et automatique de fraude chez une personne se prévalant de la libre prestation de services constitue un obstacle disproportionné à cette liberté*».

Queste considerazioni dei Servizi della Commissione lasciano un po' di amaro in bocca. A parte il fatto che la giurisprudenza chiamata a sostegno di esse non riguarda l'aggiramento di normative di tutela del lavoro – alla cui radice esistono sicuramente interessi di particolare rilievo sociale –, è indubbio che il problema dell'insediamento di un'impresa in uno Stato membro attraverso l'esercizio formale della libertà di stabilimento, con successivo esercizio, da parte della medesima impresa, della libertà di prestazione dei servizi, al fine di svolgere la propria attività economica in altro Stato membro, si presenta particolarmente delicato, soprattutto ove si pensi che siffatti fenomeni sono frequentemente collegati a quello della 'delocalizzazione' di un'impresa finalizzata a godere dei vantaggi derivanti dal c.d. *shopping* delle norme di regolazione dell'attività (comprese, ovviamente, quelle fiscali), nonché delle tutele del lavoro. Il caso *Laval*, sul quale ci si soffermerà tra breve<sup>695</sup>, sono indicativi delle gravi implicazioni che questo tipo di scelte economiche hanno sui destini dei lavoratori.

Ove poi, a tutto ciò, si aggiunga il rischio che insediamenti primari o delocalizzazioni siano puramente formali (le ricordate '*sociétés boîtes aux lettres*')<sup>696</sup>, finalizzati a sfruttare, in termini di

<sup>691</sup> *Rapport des Services de la Commission etc.*, del 4.4.2006, SEC (2006) 439, par. 4.2.1

<sup>692</sup> Il documento cita a questo riguardo la nota pronuncia nel caso *Rush Portuguesa* C-113/89, punto 17, dove la Corte afferma che «gli Stati membri devono poter accertare se un'impresa portoghese impegnata in lavori edili o in lavori pubblici non si avvalga della libera prestazione di servizi per un altro scopo, ad esempio quello di far venire il proprio personale a fini del collocamento o della messa a disposizione di lavoratori in spregio dell'art. 216 dell'Atto d'adesione».

<sup>693</sup> L'affermazione deriva ancora dalla sentenza *Rush Portuguesa*, dove, sempre al punto 17 di cui alla nota precedente, la Corte aggiunge che «controlli del genere devono però rispettare i limiti posti dal diritto comunitario, e in particolare quelli derivanti dalla libera prestazione di servizi che non può essere vanificata e il cui esercizio non può essere sottoposto alla discrezionalità dell'amministrazione».

<sup>694</sup> Il documento ricorda a questo punto le sentenze pronunciate nei casi *De Lasteyrie du Saillant* C-9/02, del 13 marzo 2003 e *Commissione c/ Danemark* C-464/02, del 15 settembre 2005 (punto 81).

<sup>695</sup> Ma si v. anche il caso *Viking-Line*, cui si accenna *infra* in nota n. 191.

<sup>696</sup> V. CREMERS, 2006, 177.

*dumping sociale*, i vantaggi di una regolamentazione legale, amministrativa e contrattuale del lavoro meno protettiva, si comprende come si sia di fronte a vicende che possono mettere in crisi le tutele sociali nell'intera comunità europea – tenuto conto soprattutto dell'ingresso di nuovi Stati membri i cui sistemi giuridici di tutela del lavoro sono molto meno protettivi di quelli dei più 'vecchi' Stati membri.

Appare dunque con evidenza quanto sia importante consentire un effettivo controllo antifraudolento degli Stati membri rispetto alle situazioni in cui l'insediamento in uno Stato membro di un'impresa consiste *soltanto* nell'acquisizione di uno *stato giuridico* formale, laddove in realtà essa è strutturalmente proiettata verso l'esterno dal punto di vista economico e produttivo; non v'è dubbio, infatti, che in tali casi l'uso della libertà di prestazione dei servizi si presenta distorto da finalità fraudolente. Ed a questo riguardo, ci sembra che le preoccupazioni degli organi comunitari di non ledere la libertà di prestazione dei servizi, per quanto degne di attenzione, non dovrebbero essere di ostacolo ad una forte azione di 'autotutela' degli Stati membri<sup>697</sup>.

In proposito risulta senza dubbio significativo il rilievo dato a questo aspetto dal progetto di Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno (nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15.11.2006), della quale si tratterà più avanti (v. *infra*, par. 9). Se, infatti, all'art. 4, n. 5, si stabilisce che, ai fini della direttiva, «si intende ... per 'stabilimento' ... l'esercizio effettivo di un'attività economica di cui all'articolo 43 del Trattato a tempo indeterminato da parte del prestatore, con un'infrastruttura stabile a partire dalla quale viene effettivamente svolta l'attività di prestazione di servizi», assai più analitico è il *Considerandum* n. 37. Questo, infatti, dopo aver ricordato che, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia «la nozione di stabilimento implica l'esercizio effettivo di un'attività economica per una durata di tempo indeterminata mediante l'insediamento in pianta stabile» e che «tale requisito può essere soddisfatto anche nel caso in cui una società sia costituita a tempo determinato o abbia in affitto un fabbricato o un impianto per lo svolgimento della sua attività» nonché quando «uno Stato membro rilasci autorizzazioni di durata limitata soltanto per particolari servizi», precisa che «lo stabilimento non deve necessariamente assumere la forma di una filiale, succursale o rappresentanza, ma può consistere in un ufficio gestito dal personale del prestatore o da una persona indipendente ma autorizzata ad agire su base permanente per conto dell'impresa, come nel caso di una rappresentanza», ma anche che «secondo questa definizione, che comporta l'esercizio effettivo di un'attività economica nel luogo di stabilimento del prestatore di servizi, una semplice casella postale *non costituisce* uno stabilimento»<sup>698</sup>.

Al di là di questa apprezzabile attenzione conferita dal legislatore comunitario al problema, le considerazioni che precedono fanno soprattutto affiorare con chiarezza l'esigenza di assicurare alla Direttiva n. 96/71 la possibilità di sprigionare tutto il proprio potenziale protettivo, anche attraverso interpretazioni (quale quella proposta in questo paragrafo) volte a rafforzare la facoltà

<sup>697</sup> Da questo punto di vista, appare davvero troppo ottimistico sperare che la diffusione di tali situazioni possa essere contenuta da uno sviluppo delle forme di collaborazione istituzionale tra gli Stati membri previste dall'art. 4 della Direttiva, come pure auspicato dalla Commissione: si v. la Comunicazione della Commissione COM (2006) 156, par. 3. Per il recente provvedimento francese in materia si v. LHERNOULD, 2005, 1192 ss. nonché DESBARATS, 2006.

<sup>698</sup> Sul punto v. *supra*, par. 2, lett. a, la corrispondente, delicata questione della durata della prestazione di servizi svolta da un'impresa di uno Stato membro in altro Stato membro.

degli Stati membri di espandere le tutele del lavoro interne in funzione *antidumping*, specialmente se tali tutele derivano dai contratti collettivi (proprio in quanto fonti in cui si condensa l'equilibrio degli interessi sociali ed economici interni in un determinato momento storico)<sup>699</sup>.

Al tempo stesso, occorre essere consapevoli che l'impostazione della Direttiva n. 96/71, coniugata con le concrete normative del lavoro dei singoli Stati membri, può comunque rivelare, in moltissimi casi, debolezze e contraddizioni foriere di pericolose differenziazioni di trattamento. Non trattandosi, come detto sin dall'introduzione, di una normativa armonizzante che fissa specifiche tutele del lavoro, bensì di una normativa finalizzata ad individuare la (parte di) normativa nazionale destinata a disciplinare i rapporti di lavoro dei lavoratori distaccati, l'applicazione a questi ultimi delle tutele del lavoro interne dello Stato membro ospitante dipenderà, per quanto riguarda l'area di estensione *facoltativa*, direttamente dalle scelte del legislatore nazionale. Ma si tenga altresì presente che, nel singolo ordinamento, la protezione del lavoro di cui alle stesse materie del 'nucleo duro' potrebbe in larga misura dipendere (in settori anche diversi da quello delle costruzioni) non da discipline di legge e amministrative, bensì da quelle fissate dai contratti collettivi, e che per questi ultimi potrebbe non esservi una disciplina nazionale che assicuri, ex art. 3, par. 8, la loro efficacia generale (e dunque consenta l'estensione della loro normativa ex art. 3, par. 10, secondo trattino), con conseguente vanificazione della funzione perequativa perseguita con l'imposizione dell'obbligo di estensione delle tutele relative a quelle materie, di cui all'art. 3, par. 1: il caso *Laval*, di cui si tratterà tra breve fornisce piena testimonianza di ciò.

#### **8. – Le difficili e pericolose implicazioni del caso *Laval*: alla ricerca di una soluzione nel confronto tra diritto di sciopero, Trattato CE e Direttiva n. 96/71.**

Esaurita la trattazione di alcune delle questioni centrali poste dalla disciplina dettata dalla Direttiva sull'estensione ai lavoratori distaccati dei trattamenti interni di tutela, è opportuno riprendere ora due aspetti cui si è fatto cenno in precedenza, che risultano di particolare rilievo ed attualità, non soltanto dal punto di vista tecnico-giuridico, ma anche sul piano del confronto politico-sociale in atto, e che sono connessi con i problemi sollevati dalla Direttiva n. 96/71: si tratta, da un lato, del rapporto tra diritti fondamentali dei lavoratori, in particolare il diritto di sciopero, e le libertà economiche sancite dal Trattato, in particolare la libertà di prestazione dei servizi in ambito comunitario; e, dall'altro, del rilievo che la Direttiva n. 96/71 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale sta per assumere in ragione della prossima approvazione della (nuova) Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi.

Quanto al primo aspetto va sottolineato come sia ormai in via di consolidamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>700</sup> l'opinione – bene esplicitata e condensata in occasione di un precedente giudizio (caso *Schmidberger*<sup>701</sup>) – secondo cui «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali [essa Corte] garantisce l'osservanza e ... a tal fine quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno

<sup>699</sup> Cfr. DØLVIK-ELDRING, 2006, 137 ss.

<sup>700</sup> Sull'evoluzione di tale giurisprudenza v. ORLANDINI 2006, 38 ss.

<sup>701</sup> C-112/00 del 12 giugno 2003, spec. punti nn. 71, 74, 77, 78 e 81. Su questa sentenza si v. in particolare le considerazioni di OLIVER-ROTH, 2004, 437 ss. e di HEPPLER, 2004, 212 ss.

cooperato o aderito»; con l'importante precisazione che «poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci». Dove l'inciso *in linea di principio* serve, peraltro, alla Corte per aprire il fronte «della necessaria conciliazione tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità con quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato», ovvero di «un *bilanciamento tra gli interessi*» sottesi agli uni ed alle altre. Ed a questo riguardo la Corte ricorda espressamente che se «la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato; tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all'art. 36 del Trattato stesso oppure per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, detta '*Cassis de Dijon*'»<sup>702</sup>. Per contro, proprio alla luce della predetta finalità di bilanciamento, muovendo da una sorta di inversione prospettica, la Corte passa poi a precisare che anche i diritti fondamentali (garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali – CEDU) di libertà di espressione e di riunione pacifica non «appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale»; ne consegue pure che tali diritti, a loro volta, possono subire restrizioni, a condizione che queste «rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati»<sup>703</sup>.

Ebbene, vale la pena di notare, anzitutto, come il percorso argomentativo della Corte, per quanto ancora strutturato all'inizio in termini di *giustificazione* di «una limitazione degli obblighi imposti

<sup>702</sup> È da segnalare, invece, il diverso percorso seguito dalla Corte nella sentenza relativa al caso *Omega Spielhallen* C-36-02 del 14.10.2004, dove, anche per il modo con cui è stata prospettata la questione dal giudice nazionale, il riconoscimento della legittimità delle limitazioni apportate alla libera circolazione dei servizi da norme interne poste a tutela di diritti fondamentali (nel caso di specie la tutela della dignità umana sancita dalla Costituzione austriaca) è passato attraverso il ricorso alla nozione di ordine pubblico, di cui agli artt. 46, par. 1, e 55, del Trattato.

<sup>703</sup> Nel caso *Schmidberger*, dove erano in ballo i diritti fondamentali della libertà di espressione e di riunione pacifica, la Corte in effetti ha precisato che, «se i diritti fondamentali di cui si tratta nella causa principale sono espressamente riconosciuti dalla CEDU e rappresentano fondamenti essenziali di una società democratica, risulta tuttavia dalla formulazione stessa del n. 2 degli artt. 10 e 11 di tale convenzione che le libertà di espressione e di riunione sono anch'esse soggette a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi delle disposizioni citate e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito» (punto 79). Di modo che «neppure i diritti alla libertà d'espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla CEDU - contrariamente ad altri diritti fondamentali sanciti dalla medesima convenzione, quali il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti, che non tollerano alcuna restrizione - appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale»; pertanto «ne consegue che possono essere apportate restrizioni all'esercizio di tali diritti, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati».

Un'analogia impostazione si rinviene nella sentenza relativa al caso *Karner* C-71/02 del 25.3.2004, dove si afferma che «se il principio della libertà di espressione è espressamente riconosciuto dall'art. 10 CEDU e rappresenta un fondamento essenziale di una società democratica, risulta tuttavia dalla formulazione del n. 2 del detto articolo che tale libertà è anch'essa soggetta a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, se tali deroghe sono previste dalla legge, dettate da uno o più scopi legittimi ai sensi della detta disposizione e necessarie in una società democratica, cioè giustificate da un bisogno sociale imperativo e, in particolare, proporzionate al fine legittimo perseguito».

... da una libertà fondamentale del Trattato», si sviluppi, poi, nei termini di una «necessaria conciliazione» tra libertà economiche e principi fondamentali, ovvero, in modo assolutamente esplicito, di un «bilanciamento tra gli interessi», che viene effettivamente perseguito attraverso un'analisi condotta dall'uno e dall'altro fronte. Il che, se da un lato offre testimonianza – sia pure con riferimento alla tematica dei diritti fondamentali – di come sia possibile costruire un ragionamento interpretativo rispettoso della (quanto meno) 'pari dignità' di valori giuridicamente rilevanti, dall'altro ci consente di chiarire cosa si intendeva allorquando, nella trattazione che precede (par. 3, b), si è segnalato lo iato, ancora rilevabile nelle sentenze della Corte che affrontano il problema del conflitto tra tutele del lavoro previste dalle normative nazionali e le quattro libertà economiche fondamentali (tra cui, in particolare, la libera prestazione dei servizi), tra il profilo formale (struttura argomentativa di tipo 'permissivo') e profilo sostanziale (progressivo riconoscimento della collocazione a pieno titolo degli obiettivi di politica sociale e delle normative di tutela del lavoro sullo stesso piano degli obiettivi di politica economica e delle libertà economiche).

Ciò detto, va osservato che in un recente saggio ci si è legittimamente chiesto se le posizioni espresse dalla Corte nella sua giurisprudenza sui diritti fondamentali, e specificamente nella predetta sentenza *Schmidberg*, possano risultare rilevanti nella soluzione di un caso di particolare rilievo attualmente pendente dinanzi ai giudici comunitari, il caso *Laval*, in cui sono rilevanti anche alcuni profili applicativi della Direttiva n. 96/71<sup>704</sup>.

Il caso dinanzi alla Corte è noto, ma si ritiene opportuno riportare una breve descrizione del fatto, anche utilizzando la sentenza del Tribunale del lavoro svedese con la quale è stato sollevato rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia<sup>705</sup>. Una società lettone, la *Laval un Pareri Ltd.* (*Laval*) ha distaccato dalla Lettonia in Svezia dei propri dipendenti per eseguire degli appalti edili in cooperazione con una società di costruzioni svedese, *L&P Baltic AB (Baltic)* – costituita ed controllata dalla stessa *Laval* – tra cui la costruzione di una scuola nella città svedese di Vaxholm. I sindacati svedesi del settore delle costruzioni richiedono alla *Laval* dapprima di stipulare un accordo collettivo per definire il trattamento economico da assicurare a questi lavoratori, prendendo a riferimento una cifra corrispondente (secondo il sindacato stesso) alla media del salario orario praticato in Svezia; in un momento più avanzato della trattativa, il sindacato richiede che venga sottoscritto dall'impresa il contratto di settore ed aperta una trattativa sul profilo salariale (si tenga conto, in particolare, che in Svezia non esiste una normativa sul salario minimo, che i trattamenti retributivi sono definiti attraverso accordi collettivi liberamente conclusi tra le parti sociali, ed inoltre che la Svezia, nel trasporre la Direttiva n. 96/71 non ha previsto, ai sensi dell'art. 3, par. 10, nonché par. 8, l'estensione della normativa dei contratti collettivi ai lavoratori distaccati). La società lettone rifiuta, stipulando, per converso, un accordo con i sindacati lettoni delle costruzioni. I sindacati svedesi del settore delle costruzioni proclamano allora uno sciopero, legittimo secondo la normativa svedese, per costringere la *Laval* all'accordo, e a questa azione conflittuale aderisce, altrettanto legittimamente secondo la legge svedese, il sindacato svedese degli elettricisti. La *Baltic* è costretta a rinunciare all'appalto e fallisce; la *Laval* agisce pertanto in giudizio contro i due sindacati svedesi sostenendo che lo sciopero era lesivo della sua libertà di prestazione dei servizi<sup>706</sup>. Il giudice svedese solleva allora dinanzi alla Corte di giustizia una questione

<sup>704</sup> ORLANDINI, 2006, 31 ss., ma già *Id.*, 2003, 245 ss.

<sup>705</sup> Pubblicata integralmente in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2006, II, 229 ss.

<sup>706</sup> Sul caso *Laval*, rubricato presso la Corte con il n. C-341/05, si v. AHLBERG-BRUUN-MALMBERG, 2006, 159 ss. e EKLUND, 2006, 202 ss.

preliminare articolata e complessa:

«se sia compatibile con le norme del Trattato CE sulla libera prestazione dei servizi [...], nonché con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 1996, 96/71/CEE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, il fatto che le organizzazioni sindacali tentino, mediante un'azione collettiva esercitata sotto forma di un blocco, di indurre un prestatore di servizi straniero a sottoscrivere un contratto collettivo nello Stato di occupazione relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione, come quello descritto nella precitata decisione dell'*Arbetsdomstolen* [Tribunale del lavoro svedese], se la situazione nello Stato di occupazione è tale che la legislazione volta a recepire detta direttiva è priva di qualsiasi disposizione espressa sull'applicazione delle condizioni di lavoro e di occupazione nei contratti collettivi»<sup>707</sup>

Il problema che si pone, come segnalato dall'autore in questione, è che la Corte – presupposta la diretta efficacia<sup>708</sup>, oltre che verticale, orizzontale<sup>709</sup> dell'art. 49, par. 1 del Trattato – potrebbe riconoscere, nella futura sentenza, la possibile sussistenza di una responsabilità tanto dello Stato ospitante la prestazione di servizi (il quale, indipendentemente dal fatto che l'azione collettiva dei sindacati svedesi fosse legittima in forza della normativa interna, sarebbe stato comunque tenuto a porre in essere le misure necessarie per evitare lesioni della libertà di prestazione dei servizi) quanto, eventualmente, degli attori collettivi (per aver posto in essere un'azione collettiva ostacolante *di per se stessa* la libera circolazione dei servizi, ovvero in ragione della sua finalità precipua, costituita dalla stipulazione di un contratto collettivo, appunto limitativo della predetta libertà economica sancita dal Trattato, tenuto conto che la Svezia non aveva esercitato la facoltà di estendere contratti collettivi ad efficacia generale o equivalenti). Né, sempre secondo questa dottrina, la riconduzione dello sciopero all'ambito dei diritti sociali fondamentali contribuirebbe a fornire una chiave per risolvere in modo diverso il problema, stante l'orientamento della Corte

<sup>707</sup> Com'è noto, parallelamente al caso *Laval*, pende davanti alla Corte un altro caso analogo. La *Viking Line*, una società finlandese avente questo nome si è trovata a dover fronteggiare uno sciopero (legittimo, per la legge finlandese) instaurato dai sindacati finlandesi (con il sostegno dell'*International Transport Federation*) contro la sua decisione – volta ad ottenere una forte riduzione dei costi di impiego della forza lavoro – di affidare in gestione una sua nave ad una società di trasporti estone da lei controllata, affinché quest'ultima esercitasse sotto bandiera estone e con personale assunto in Estonia l'attività di trasporto tra Helsinki e Tallin, attualmente esercitata invece direttamente dalla società madre finlandese, con bandiera finlandese e con personale assunto in Finlandia. Obiettivo dello sciopero era quello di imporre alla società madre finlandese di non far stipulare alla società controllata estone un accordo collettivo con sindacati estoni per la determinazione dei trattamenti del personale estone occupato sulla nave, ma di stipulare essa stessa con i sindacati finlandesi un accordo in cui si impegnava a far applicare dalla società controllata estone a quel personale trattamenti corrispondenti con quelli assicurati ai lavoratori finlandesi occupati sulle sue navi.

Ebbene, la *Viking Line* ha sollevato davanti alla Corte la questione se lo sciopero dei lavoratori finlandesi, per quanto legittimo in forza della normativa finlandese, non si ponga in contrasto con il suo diritto di stabilimento sancito dall'art. 43 del Trattato, impedendone di esercitare la sua attività di impresa in altro Stato membro, nonché in violazione della libera circolazione dei servizi, in quanto ostacolante la possibilità per la società controllata estone di esercitare, attraverso la nave previamente a lei ceduta in gestione dalla casa madre finlandese, l'attività di trasporto in territorio finlandese. I quesiti proposti alla Corte di giustizia hanno una loro specificità rispetto al caso *Laval*, in quanto riguardano soprattutto la libertà di stabilimento, e solo in seconda battuta quella di prestazione dei servizi. Almeno per quanto attiene a quest'ultima, peraltro, le considerazioni di cui al testo ci sembrano integralmente richiamabili.

Sul *Viking case*, comunque, si v. in particolare BLANKE, 2006, 251 ss.

<sup>708</sup> Principio ormai acquisito da lungo tempo: *Van Wesemael ed altri* C-110 e 111/78, del 18.1.1979 (punto n. 26). Più di recente *Commissione c/ Repubblica francese* C-220/83 del 4.12.1986 (punto 16); *Commissione c/ Danimarca* C-252/83 del 4.12.1986 (punto 16); *Commissione c/ Repubblica Federale di Germania* C-205/84 del 4.12.1986 (punto n. 25); *Commissione c/ Irlanda* C-206/1984 del 4.12.1986 (punto 16).

<sup>709</sup> Cfr. OLIVER-ROTH, 2004, 421 ss. e BLANKE, 2006, 258 (con riferimento al *Viking case*).

ad assicurare comunque un bilanciamento tra diritti fondamentali e libertà economiche fondamentali sancite dal Trattato, nel senso espresso con chiarezza nella citata sentenza *Schmidberger*<sup>710</sup>.

Ferma restando, ovviamente l'incertezza circa la strada che verrà seguita dalla Corte di giustizia di fronte ad un problema di rilevante portata politica, ci sembra che questa impostazione, per quanto plausibile in via di principio, sia forse troppo pessimistica circa le capacità di *self-restraint* della Corte, la quale, di fronte alla 'esplosiva' questione del rapporto tra sciopero, sistemi di protezione sociale e integrazione economica, potrebbe cercare una strada per evitare di restare invischiata nel rischiosissimo 'scontro frontale' che si prospetta all'orizzonte. Questa volta, infatti, la questione sul tappeto è assai delicata ed importante per gli stessi sviluppi futuri della Comunità europea, al punto da metterne a rischio i già fragili equilibri, poggiando sui quali essa sta lentamente e a fatica procedendo anche verso un rilancio del processo costituzionale europeo.

Occorre peraltro interrogarsi se sussista un percorso interpretativo che potrebbe consentire ai giudici comunitari di adottare, nel caso in questione, una soluzione diversa da quella prospettata dalla dottrina in questione.

Tralasciando il problema del se la normativa svedese in materia di *industrial action* faccia effettivamente discriminazione tra imprese nazionali ed imprese straniere, la quale non è rilevante rispetto al discorso qui condotto<sup>711</sup>, si può intanto cominciare a sgomberare il campo dalla questione, prospettata alla Corte dal Tribunale svedese, del se la finalizzazione del conflitto alla stipulazione di un accordo collettivo che fissi le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati possa rendere l'azione illegittima per contrasto contro la libera circolazione dei servizi sancita dal Trattato.

Al riguardo, va detto in primo luogo che non si vede per quale motivo il fatto che la Svezia, nel recepire la Direttiva n. 96/71, non abbia previsto alcuna estensione dei contratti collettivi ai sensi dell'art. 3, par. 10 (nonché par. 8)<sup>712</sup> possa costituire, di per sé, un ostacolo alla stipulazione di un contratto collettivo *ad hoc* tra sindacati svedesi e l'impresa lettone che presta il servizio: la Direttiva n. 96/71 non impedisce certo che tra prestatore di servizi transnazionale e sindacati del paese

<sup>710</sup> ORLANDINI, 2006, 38 ss., ma già ID., 2003, 245 ss. Sul punto anche BLANKE, 2006, 262.

<sup>711</sup> In effetti a parte un breve inciso del quesito 1 («e sul divieto di qualsiasi discriminazione a causa della nazionalità», omesso *supra* in testo nel punto in cui vi sono le parentesi quadre), il quesito n. 2 specifica meglio i dubbi della Corte in relazione alla specifica normativa svedese in materia di sciopero: «2) La legge svedese *Medbestämmandelagen* vieta a un'organizzazione sindacale di avviare un'azione collettiva volta a disapplicare un contratto collettivo stipulato fra altre parti sociali. Tale divieto vale tuttavia, secondo una speciale disposizione costituente una parte della cosiddetta *lex Britannia*, soltanto se un'organizzazione sindacale avvia un'azione collettiva a causa di condizioni di lavoro cui la legge *Medbestämmandelagen* è direttamente applicabile, il che, in pratica, comporta che esso non vale per azioni collettive avviate contro società straniere che esercitano temporaneamente un'attività in Svezia con i propri dipendenti. Se le norme del Trattato CE relative alla libera prestazione dei servizi e al divieto di discriminazione a causa della nazionalità, nonché la direttiva sul distacco ostino all'applicazione di questa regola da ultimo menzionata - che, unitamente alle altre disposizioni della *lex Britannia*, comporta che in pratica i contratti collettivi svedesi diventano applicabili e prevalgono sui contratti collettivi stranieri già stipulati - contro un'azione collettiva avente la forma di un blocco esercitato da organizzazioni sindacali svedesi contro un prestatore di servizi operante temporaneamente in Svezia».

<sup>712</sup> Ciò in quanto non esistono in Svezia contratti collettivi ad applicazione generale: sul punto v. ancora AHLBERG-BRUUN-MALMBERG, 2006, 158, i quali sottolineano come, in tale realtà «*an extensive right to take industrial action against employer who are outside the collective bargaining system is of key importance for the functioning of the autonomous collective agreements model*».

ospitante possa svolgersi la libera contrattazione collettiva per la stipulazione di un accordo diretto a fissare le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati. Né tale ostacolo può derivare dalle libertà economiche del Trattato. In proposito sono di grande utilità i principi dettati dalla Corte nella notissima sentenza relativa al caso *Albany*<sup>713</sup>, per quanto elaborati in relazione all'art. 81, par. 1, del Trattato. Se è vero infatti che «da un'interpretazione utile e coerente dell'insieme delle disposizioni del Trattato [quelle che collocano gli obiettivi di politica sociale a pieno titolo tra gli obiettivi fondamentali della Comunità europea] risulta ... che gli accordi collettivi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra le parti sociali al fine di conseguire tali obiettivi devono essere considerati, per la loro natura ed il loro oggetto non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 85 [ora art. 81], par. 1, del Trattato»<sup>714</sup> – e dunque non possono essere accusati di «impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune» – non sembra che un'azione collettiva finalizzata alla stipula di un contratto collettivo (oltretutto, nel caso di specie, volto a dettare, secondo quella che è la sua naturale funzione, trattamenti economici e normativi) possa poi, *in quanto tale*, e cioè per il fatto stesso di essere stata posta in essere con tale finalità, risultare lesiva della libera circolazione dei servizi: affermare il contrario significherebbe negare non solo il diritto di sciopero, ma la stessa libertà sindacale e di contrattazione collettiva, che invece è stata esplicitamente riconosciuta dalla stessa Corte, in diretto collegamento con l'assetto del Trattato (successivo alle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam), quale risultante dagli artt. 2, 3 lett. J, 136 e 137<sup>715</sup>.

Il problema potrebbe sembrare diverso ove si consideri il contenuto intrinseco del contratto collettivo ambito dai sindacati svedesi: qualora, cioè, ci si chieda se sia legittimo secondo l'ordinamento comunitario lo sciopero finalizzato alla stipula di un contratto collettivo che assicuri ai lavoratori distaccati *trattamenti equivalenti a quelli previsti per i lavoratori nazionali del settore interessato*. Al riguardo, come si è visto dall'analisi che precede, la Direttiva n. 96/71 prevede che la normativa di tutela fissata dai contratti collettivi *possa*, per tutti i settori (nonché, come si è visto, in relazione anche agli istituti di tutela del lavoro *ulteriori* rispetto a quelli del 'nucleo duro' di cui all'art. 3, par. 1), essere estesa ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, a condizione che sussistano motivi di ordine pubblico. La soluzione al problema, dunque, parrebbe, a prima vista, direttamente collegata al significato che si intenda attribuire al limite dell'ordine pubblico, problema sul quale ci si è intrattenuti articolatamente in precedenza.

<sup>713</sup> C-67/96 del 21.9.1999.

<sup>714</sup> *Albany*, punto n. 60.

<sup>715</sup> Cfr. punti nn. 54 ss. della sentenza.

*Contra* sembra BLANKE, 2006, 262-3, il quale dubita che quanto affermato nella citata sentenza *Albany* in relazione al rapporto tra contrattazione collettiva e libera concorrenza, debba necessariamente valere nel rapporto tra sciopero per fini contrattuali e le altre libertà economiche: secondo l'autore, infatti, il principio elaborato dalla Corte, pur se riferibile alle altre libertà economiche, riguarderebbe solo la contrattazione collettiva, nonché la libertà di associazione sindacale, ma non potrebbe riguardare anche lo sciopero («*this involves indirect effects of freedom of association and not action directly aimed at restricting the entrepreneurial decision to take advantage of those market freedoms*»). L'obiezione non pare condivisibile: come si dirà in testo e come ci insegna l'evoluzione delle relazioni sindacali dei paesi europei, nei sistemi di relazioni sindacali fondati sul principio volontario il diritto di sciopero costituisce elemento essenziale per un equilibrato funzionamento del sistema di relazioni sindacali, non meno della libertà di associazione: la sua garanzia (sia pure con le limitazioni specificamente individuate da ciascuno Stato) non risulta, quindi, meno rilevante di quella della libertà di organizzazione e associazione sindacale. Altro discorso, invece, è quello relativo alla legittimità di uno sciopero che in quanto tale, ovvero in quanto forma di lotta, incide sulle libertà economiche comunitarie; ma di questo punto si tratterà più avanti in testo.

Si deve peraltro riconoscere che anche in questi termini la questione appare mal posta. Ciò di cui si discute, infatti, nel caso di specie, non è l'estensione di contratti collettivi operata dallo Stato membro in attuazione dell'art. 3, parr. 10 e 8, bensì la stipulazione di un contratto collettivo *volontariamente* sottoscritto dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale; ed il fatto che ad esso si giunga per effetto della pressione esercitata da uno sciopero è, di per sé del tutto irrilevante, in quanto lo sciopero non altera certo di per sé il principio volontaristico intrinseco nell'esercizio dell'autonomia negoziale, cui va ricondotta la stipulazione di un contratto collettivo.

Ciò detto, il problema ci sembra ridursi (si fa per dire...) al confronto diretto tra comportamento collettivo conflittuale dei lavoratori in sé considerato (cioè depurato dalle finalità che esso si propone) e libertà di prestazione dei servizi.

Su questo piano l'impostazione proposta dalla dottrina esaminata appare in buona misura rassegnata a registrare la *puissance* che libertà economiche fondamentali del Trattato sono in grado di esprimere anche nei confronti dei diritti fondamentali della persona – data la prospettiva del 'bilanciamento degli interessi' fatta propria dalla Corte di giustizia – e a riferirla direttamente anche al diritto di sciopero.

Pur tuttavia va notato che questa equiparazione non è (del tutto) accettabile.

Ed infatti, nei confronti della generalità dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia ha adottato, come si è detto, un'interpretazione volta a considerarli, *nel silenzio del Trattato* (salvo il generico richiamo delle Carte dei diritti), come parte integrante dell'ordinamento comunitario, riconoscendo nel contempo la loro necessaria sottoposizione ad un 'bilanciamento' con le libertà economiche fondamentali in esso garantite (per le quali è peraltro discutibile la riconoscibilità come diritti fondamentali della persona<sup>716</sup>): un'opzione, questa, meritoria e di alto spessore teorico, destinata a colmare (per quanto possibile) con l'interpretazione una *lacuna* di quell'ordinamento, ma che, per altro verso, finisce di fatto per riconoscere, nei confronti di quei diritti, una concreta competenza regolativa comunitaria, anche se di fondamento giurisprudenziale. Diverso è, invece, il caso dello sciopero, rispetto al quale non è riscontrabile una totale lacuna regolativa, dato che, com'è noto, il Trattato CE, all'art. 137, par. 5, esclude il diritto di sciopero dalle materie di competenza del legislatore comunitario, rimettendo, di conseguenza, la sua disciplina nelle mani dei singoli Stati membri.

È bene chiarire subito che questa esplicita scelta del Trattato non significa certo irrilevanza dello sciopero per l'ordinamento comunitario. Ad avviso di chi scrive sembra possibile ritenere che – passando attraverso l'art. 6 del Trattato dell'Unione e l'art. 136 del Trattato CE, e quindi attraverso il richiamo degli artt. 13 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (9.12.1989) e 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (7.12.2000); ma anche degli artt. 6, co. 4, Parte II, della Carta sociale europea (revisionata) (3.5.1996) e 8, co. 1, lett. *d*, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali dell'ONU (16.12.1966), e poi ancora delle norme (specie costituzionali) degli Stati membri che garantiscono lo sciopero – la Corte,

<sup>716</sup> Sul punto v. OLIVER-ROTH, 2004, 407 ss.

proprio grazie alla sua precedente giurisprudenza sempre più attenta ai diritti fondamentali<sup>717</sup>, potrebbe ormai giungere a riconoscerlo formalmente alla stregua di un diritto fondamentale riconosciuto e garantito dalla stessa Comunità europea e dalle sue istituzioni. Il che, d'altronde, può essere già ricavato dall'art. 2 del Regolamento (CE) n. 2679/98 del Consiglio del 7 dicembre 1998, sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri<sup>718</sup>.

Tuttavia, pur su questo presupposto comune a tutti gli altri diritti fondamentali, la presenza dell'art. 137, par. 5, lascerebbe intendere che il legislatore comunitario, ed in generale le istituzioni comunitarie, non possano 'intromettersi', attraverso interventi armonizzatori, tanto positivi (provvedimenti legislativi), quanto negativi (pronunce della Corte di giustizia)<sup>719</sup> nella regolazione dello sciopero, dato che con la predetta disposizione il Trattato ha inteso affidare direttamente agli Stati membri la piena responsabilità regolativa dell'istituto. In altre parole, mentre per gli altri diritti fondamentali la giurisprudenza della Corte di giustizia ha dato vita ad una operazione di *ermeneutica inclusiva*, finalizzata al loro assorbimento nell'*acquis comunitario*, ma poi fondata sul principio del bilanciamento, per quanto riguarda il diritto di sciopero, invece, la Corte – pur sempre ammettendo la sua inclusione nell'ordinamento comunitario in termini di diritto fondamentale – non potrebbe non tener conto, per quanto attiene alla sua concreta regolazione, della esplicita opzione di *abstention* regolativa delle istituzioni comunitarie, in cui si estrinseca la scelta degli Stati membri firmatari di fondare una *riserva* in favore delle discipline nazionali<sup>720</sup>.

Le conseguenze di questa specifica opzione sono di particolare rilievo per il tema che ci interessa: per effetto di essa sembrerebbe potersi affermare che, per *esplicita volontà degli Stati firmatari del Trattato*, la soluzione di un eventuale conflitto tra esercizio dello sciopero e libertà economiche fondamentali comunitarie non è affidata alle istituzioni comunitarie, ma viene confinata all'interno valutazione di legittimità dello sciopero effettuata da ciascuno Stato membro<sup>721</sup>. Dunque, è solo ed esclusivamente alle discipline nazionali che spetta individuare i limiti che lo sciopero deve rispettare quando si confronta con le libertà economiche, ivi comprese quelle fondamentali del Trattato, la cui eventuale lesione va considerata come presupposta ed accettata dagli Stati firmatari del Trattato proprio per effetto della esplicita esclusione di competenza comunitaria sancita dall'art. 137, par. 5. Il che comporta, a sua volta, che, così come sul piano dell'intervento regolatore positivo è esclusa la competenza degli organi legislativi della Comunità, anche sul piano della tutela giudiziaria i giudici comunitari non possono conoscere una controversia che è

<sup>717</sup> Cfr. da ultimo *Parlamento europeo c/ Consiglio dell'Unione europea* C-540/03 del 27.6.2006, nella quale viene effettuato per la prima volta un rinvio alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>718</sup> Tale disposizione, sulla quale si tornerà più avanti, stabilisce che «il presente regolamento non può essere interpretato in modo tale da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero».

Cfr. ORLANDINI, 2003, 213 ss. e AHLBERG-BRUUN-MALMBERG, 2006, 162-3. Dubbioso sul punto, invece, PALLINI, 2006b, 249. In generale, sui diritti fondamentali e l'ordinamento comunitario, anche con riferimento all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia, si v. ancora in generale la bibliografia riportata in GHERA, 2006, 417-8, cui *adde* VENEZIANI, 2006, 13 ss., GIUBBONI, 2006 e BELLAVISTA, 2006, 20 ss.

<sup>719</sup> Sui concetti di integrazione positiva e negativa si v. per tutti BARBERA, 2000, 49 ss.; GIUBBONI, 2003, 123 ss.; HEPPLÉ, 2005, 193 ss.

<sup>720</sup> Sul punto si v. ancora ORLANDINI, 2003, 231 ss.

<sup>721</sup> Cfr. EKLUND, 2006, 206-7.

e rimane *interna* alla normativa dello Stato membro, e quindi, in quanto tale, affidata ai giudici nazionali.

Per il vero non ci si può nascondere un'ulteriore possibile obiezione a questa lettura, sollevata dalla dottrina esaminata. Si è, infatti, affermato che se «l'UE, nei confronti del diritto di sciopero, rinuncia ad assumere competenze regolative da realizzarsi attraverso la troppo invasiva armonizzazione per mezzo di fonti di *hard law*», essa, peraltro, «non dismette il suo ruolo di supremo arbitro delle dinamiche dell'integrazione comunitaria, anche quando queste incrociano l'esercizio di quel diritto»<sup>722</sup>. La pretesa di escludere la Corte dal valutare l'incidenza dello sciopero sulle libertà economiche fondamentali, insomma, «sembra difficilmente compatibile con i principi generali sui quali si fonda l'integrazione europea», in quanto «il diritto di azione collettiva si confronta con il processo di integrazione comunitaria al pari di tutti gli altri diritti riconosciuti negli ordinamenti nazionali sui quali non esiste una specifica competenza delle istituzioni comunitarie». Esso, infatti, «acquista rilevanza nel momento in cui il suo esercizio si pone in conflitto con norme e principi di diritto comunitario» e «quando ciò avviene il problema della portata e dei limiti di quel diritto diventa ineludibile, perché diventa necessario operare un bilanciamento ed un confronto con tali principi»<sup>723</sup>. Un'affermazione, questa, che ha, evidentemente, come presupposto logico una lettura dell'art. 137, par. 5, del Trattato come norma di portata ridotta, nel senso che la norma di esclusione della competenza comunitaria in materia riguarderebbe soltanto il legislatore comunitario, ma non anche la Corte di giustizia<sup>724</sup>.

Ci sembra tuttavia che tale lettura, per quanto astrattamente compatibile con il dato testuale, non colga il senso pregnante dell'art. 137, par. 5, il quale (al di là del profilo formale) intende sancire non tanto l'*abstention* del (solo) legislatore comunitario, quanto piuttosto la *riserva* assoluta di regolazione della materia in proprio favore voluta dagli Stati membri firmatari del Trattato<sup>725</sup>. In questa prospettiva, qualora la Corte di giustizia, esaminando il problema dello sciopero nella prospettiva delle limitazioni da esso frapposte alle libertà economiche fondamentali, tra cui la libertà di prestazione dei servizi in particolare, giudicasse della (in)compatibilità del comportamento degli scioperanti (per di più legittimo secondo la normativa interna dello Stato membro) con il Trattato (efficacia orizzontale), ovvero, più probabilmente, della responsabilità indiretta degli Stati membri per non aver impedito, con una adeguata regolazione nazionale, che uno sciopero ledesse una delle libertà economiche fondamentali, tra le quali quella di prestazione dei servizi, si sarebbe comunque di fronte ad *una forma di disciplina del diritto di sciopero*, certo effettuata dalla Corte in negativo, ma che mortificherebbe comunque la predetta riserva espressa nella norma del Trattato. Né si dica che ciò, in fin dei conti, avviene – come dimostrato, appunto, dal caso *Schmidberg* – ogni qualvolta la Corte confronta diritti fondamentali e libertà economiche:

<sup>722</sup> ORLANDINI, 2006, 33.

<sup>723</sup> ORLANDINI, 2006, 32.

<sup>724</sup> Cfr. ancora ORLANDINI, 2006, 33.

<sup>725</sup> Cfr. in generale, in senso analogo, AHLBERG-BRUUN-MALMBERG, 2006, 163 e BELLAVISTA, 2006, 30-1. In questo senso la norma avrebbe non solo la funzione di precludere «qualsivoglia competenza comunitaria in materia di regolazione del diritto di sciopero», ma anche di «scudo a difesa della piena e incompressibile sovranità nazionale in materia» (le citazioni sono prese da PALLINI, 2006b, 249). Non si può trascurare, tra l'altro, quanto osservato in merito alla c.d. *negative integration*, e cioè che «*prohibition on restrictions contains only a principle of dismantling rights, not a principle of establishing rights*» (BLANKE, 2006, 257).

proprio questa osservazione proverebbe troppo, in quanto estendendosi allo sciopero le stesse conclusioni accolte per gli altri diritti fondamentali 'innominati', non sarebbe possibile attribuire più alcun significato proprio alla riserva dell'art. 137, par. 5.

La verità è che – come d'altronde ben segnalato dalla stessa dottrina in esame<sup>726</sup> – il rapporto dello sciopero con le libertà economiche, ivi comprese quelle previste dal Trattato è del tutto peculiare, dato che, a differenza degli altri diritti fondamentali che possono trovarsi a confrontarsi con esse, il diritto di sciopero attiene ad un comportamento collettivo che si pone necessariamente, per la sua intrinseca natura, *in contrapposizione* con quelle libertà. Da questo punto di vista, sostenere che la riserva significa *rinuncia assoluta* della Comunità ad intervenire nella disciplina dell'istituto con interventi di armonizzazione tanto positiva che negativa, significa in realtà valorizzare una scelta politica degli Stati membri firmatari del Trattato fondata sul presupposto che lo sciopero è manifestazione tipica del conflitto tra capitale e lavoro, ed in quanto tale, toccando uno dei nodi fondamentali delle società democratiche, deve, almeno per il momento, restare intangibilmente confinato nella esclusiva disponibilità degli Stati membri. È ovvio che questo comporta delle conseguenze in termini, ad esempio, di grande differenziazione di discipline (incoltabili, appunto, con l'armonizzazione), nonché, per quanto si è detto, di una potenziale incidenza dello sciopero sulle libertà economiche comunitarie non *direttamente* controllabile dalle istituzioni comunitarie<sup>727</sup>. A ben vedere, peraltro, questo è, in fin dei conti, uno dei prezzi pagati alla mancata approvazione della Costituzione europea ed alla mancata inclusione formale della materia tra le competenze di una Unione più avanzata; ma questa è un'altra storia, che merita una riflessione assai più articolata di quella che sarebbe possibile effettuare in questa sede.

Con la chiave di lettura proposta possono essere esaminati e letti anche quei pochi esempi in cui negli atti comunitari (in vigore) si rinvengono formali riferimenti al diritto di sciopero: ciò vale ad esempio per il *Considerandum* n. 22 della stessa Direttiva n. 96/71 – «la presente direttiva lascia impregiudicato il diritto vigente degli stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria» – nonché per il *Considerandum* n. 4 del Regolamento (CE) n. 2679/98 del Consiglio del 7 dicembre 1998 (sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri) - «tali provvedimenti [necessari e proporzionati al fine di facilitare la libera circolazione delle merci nel loro territorio] non devono pregiudicare l'esercizio dei diritti fondamentali, compreso il diritto o la libertà di sciopero» - e soprattutto per l'art. 2 del medesimo Regolamento - «il presente regolamento non può essere interpretato in modo tale da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero» – che possono intesi, appunto, come esplicita conferma (peraltro inevitabile, ma in fin dei conti, nella logica qui seguita, superflua) della predetta opzione di *abstention*.

Diverso discorso sembrerebbe doversi fare, invece, nei confronti dell'art. 1, co. 7, del progetto di Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi, nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15.11.2006 (sulla quale ci si soffermerà in generale nel par. 9).

Al riguardo occorre preliminarmente ricordare che, il giorno 15 novembre 2006, il Parlamento europeo ha adottato con pochissimi emendamenti, in seconda lettura, la posizione comune del

<sup>726</sup> ORLANDINI, 2003, 231.

<sup>727</sup> Ma v. in ORLANDINI, 2003, 261 ss. la storia dell'intervento della Commissione nel Caso degli auto-transportatori francesi.

Consiglio in relazione alla Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi, da quest'ultimo assunta il 24 luglio 2006 sulla base di una proposta (rivista) della Commissione del 4 aprile 2006. Tale proposta della Commissione, la quale era stata presentata dopo che, a seguito di un lungo e robusto confronto politico, l'originaria proposta di direttiva del 2004 (*Bolkestein*) era stata ritirata, teneva conto in larghissima misura delle moltissime osservazioni e suggerimenti avanzati dal Parlamento in prima lettura.

In questa sede non è il caso di dar conto di questo lungo e tortuoso *iter*<sup>728</sup> – che pure ha conosciuto, com'è noto, momenti di profonda tensione, incidendo fortemente (sia pure in via meramente indiretta) sul lento e contestato processo di adozione, da parte degli Stati membri, del *Trattato che adotta una Costituzione europea*<sup>729</sup> –, ma appare sicuramente utile riflettere sul dettato normativo alla fine emerso dalla discussione parlamentare, il quale costituisce un importante tassello per completare il quadro della nostra indagine. D'altro canto, con questo passaggio praticamente conclusivo, l'approvazione definitiva della direttiva appare ormai in dirittura di arrivo.

Orbene, il ricordato art. 1, n. 7, del progetto prevede 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, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere azioni sindacali *in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario*». Laddove i *Consideranda* nn. 14 e 15 affermano, rispettivamente, che «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*» e che «la presente direttiva rispetta l'esercizio dei diritti fondamentali applicabili negli Stati membri quali riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nelle relative spiegazioni, armonizzandoli con le libertà fondamentali di cui agli articoli 43 e 49 del trattato. Tali diritti fondamentali includono, fra l'altro, il diritto a intraprendere un'azione sindacale *in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario*».

La formulazione della disposizione della (futura) Direttiva e dei due *Consideranda* appare, dunque, assai diversa da quelle, sopra ricordate, utilizzate in altre occasioni dal legislatore comunitario, il cui generico dettato non sollevava problemi di coerenza con l'assetto complessivo dell'ordinamento comunitario in materia di sciopero. Qui, invece, l'inciso da noi corsivato, riprodotto pedissequamente tanto nella disposizione del testo, quanto nei due *Consideranda*, rende le previsioni invasive ed estremamente pericolose.

Sul punto si deve sottolineare che nel testo della proposta (rivista) di Direttiva della Commissione del 4 aprile 2006 (v. *infra*) le formule utilizzate tanto nell'art. 1, n. 7 («la presente direttiva non reca pregiudizio all'esercizio dei diritti fondamentali quali riconosciuti dagli Stati membri e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, incluso il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di intraprendere un'azione sindacale»), quanto nei *Consideranda* n. 6 *octies* e 6 *novies* – che sarebbero poi diventati nn. 14 e 15 – (i cui testi erano rispettivamente «la

<sup>728</sup> Sul quale si possono utilmente leggere KOWALSKY, 2006, 231 ss.; BELLAVISTA, 2006, 26 ss.; PALLINI, 2006c; DESBARATS, 2006, 4 ss. Assai utile, al fine di ripercorrere il suddetto *iter* è il seguente sito della Comunità europea: [http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=it&DosId=188810](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=it&DosId=188810)

<sup>729</sup> Ci si riferisce, ovviamente, al fallimento dei *referendum* di approvazione della Costituzione in Francia e Olanda, su cui si v. in generale AA.VV., 2006.

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» e «tali diritti fondamentali includono, fra l'altro, il diritto a intraprendere un'azione sindacale»), erano molto diverse. L'aggiunta dell'inciso in questione è invece opera del Consiglio, dato che esso si ritrova per la prima volta nel testo approvato il 24 luglio 2006, quale posizione comune del Consiglio.

Richiamando le argomentazioni sviluppate più sopra, appare evidente che le formule adottate dalla Commissione (e che, si noti bene, derivavano dalla lunga e tortuosa prima fase di discussione della Direttiva) corrispondevano sostanzialmente a quelle 'asettiche' già adottate, come s'è visto, in altre occasioni, dal legislatore comunitario; ed il senso sarebbe rimasto inalterato anche qualora il nuovo inciso si fosse limitato a rinviare al diritto e alle prassi nazionali. Ciò che modifica radicalmente la portata del nuovo art. 1, n. 7, nonché dei due *Consideranda* è, evidentemente, la seconda parte dell'inciso stesso, dato che il riferimento al rispetto del diritto comunitario da parte del diritto e delle prassi nazionali ha l'inequivocabile effetto di aprire il fronte del controllo, da parte della Corte di giustizia, di conformità delle normative e prassi interne degli Stati membri in materia di sciopero con il Trattato e segnatamente con le libertà economiche fondamentali, così offrendo nel contempo, su un piatto d'argento, un possibile appiglio giuridico alla Corte di giustizia per la sua decisione nel caso *Laval*. In questo contesto, infatti, la collocazione del diritto di sciopero nella norma generale relativa ai diritti fondamentali<sup>730</sup>, coniugata con la formula adottata nell'inciso, denota chiaramente l'intento del Consiglio (cui, come detto, è imputabile la sua introduzione) di aprire la strada per un'applicazione anche al diritto di sciopero dei principi elaborati in materia di diritti fondamentali dalla Corte, da ultimo nella ricordata sentenza *Schmidberger*.

Tuttavia, ove si accolga quanto sostenuto in questo paragrafo, ci sembra che la scelta del Consiglio, ormai condivisa anche dal Parlamento, non sia stata affatto felice, a meno di non voler imputare la formula qui criticata ad un mero errore di traduzione. Al riguardo vale la pena di notare che nella versione francese ed in quella tedesca all'espressione «*in conformità del diritto e delle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario*» fanno corrispondenza, rispettivamente le due espressioni «*conformément aux législations et aux pratiques nationales respectant le droit communautaire*» e «*gemäß nationalem Recht und nationalen Praktiken unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts*», le quali, senza un particolare sforzo esegetico, sembrerebbero poter essere interpretate nel senso che è il rinvio in sé alle normative ed alle prassi nazionali che avviene, appunto, 'nel rispetto del diritto comunitario' (in piena coerenza, si potrebbe argomentare, con il vincolo di *abstention* derivante dall'art. 137, par. 5, del Trattato). E tuttavia, ove si passi a considerare il testo inglese, ricompare una formulazione corrispondente a quella italiana («*in accordance with national law and practices which respect Community law*»), nel senso che il rispetto del diritto comunitario appare senza incertezze come un vincolo cui sono direttamente sottoposte le normative e le prassi nazionali in materia di sciopero.

A parte l'ormai annosa, ma (ahimè) estremamente rilevante, questione della 'babele' linguistica che affligge la Comunità, e che rende sempre più complesso il *drafting* legislativo comunitario, appare evidente che, nelle misure in cui fosse possibile adottare l'altra interpretazione letterale,

<sup>730</sup> In realtà la norma non identifica formalmente il diritto di sciopero come diritto fondamentale, usando una formula alquanto ambigua, che però va letta alla luce del *Considerandum* n. 15, che sul punto si esprime, invece senza ambiguità.

si sarebbe in presenza di formule che renderebbero tanto l'art. 1, n. 7, quanto i *Consideranda* nn. 14 e 15 coerenti e compatibili con l'assetto in vigore, quale emerso dalla trattazione che precede. Nel caso, invece, in cui si ritenesse impossibile accedere a quella interpretazione, esploderebbe in pieno la questione del contrasto della norma della (futura) Direttiva (nonché dei due *Considerando* di eguale formulazione) con l'art. 137, par. 5 del Trattato, dato che il legislatore comunitario avrebbe attuato un intervento di tipo regolativo in un materia sulla quale – lo si ripete, per l'originaria volontà degli Stati membri – non ha alcuna competenza, così travalicando i limiti apposti al suo potere legislativo.

Concludendo, un'ultima annotazione sul tema qui trattato. Quanto detto riguarda il problema da cui si è partiti, e cioè quello relativo alla possibile soluzione del caso *Laval*. Ma, a ben vedere, in linea teorica potrebbe porsi un interrogativo ulteriore<sup>731</sup>: *quid iuris* nel caso di sciopero dei lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi (sia la loro azione collettiva connessa o meno con quella di altri lavoratori)? Quale disciplina dello sciopero deve ritenersi applicabile ad essi? Ebbene, la considerazioni sopra effettuate consentono di rispondere al quesito senza incertezze: poiché, come si è visto, l'art. 137, par. 5, esclude che lo sciopero venga fatto oggetto di una regolazione da parte del legislatore comunitario, l'art. 3, par. 10, della Direttiva n. 96/71 non può essere interpretato nel senso che esso ammette, ovvero esclude, la possibilità per gli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale la disciplina interna legale, amministrativa e contrattuale in materia di sciopero. Ciò significa che la valutazione giuridica delle loro '*industrial action*' dovrà essere fondata sull'art. 6, co. 2 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, onde normalmente dovrà applicarsi la disciplina nazionale del prestatore di servizi con il quale, durante l'intero periodo di distacco, continua a sussistere il rapporto di lavoro.

### 9. – La nuova Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno: la salvaguardia del diritto del lavoro del paese ospitante ed il rinvio alla Direttiva n. 96/71.

In apertura di questo saggio si è segnalata l'importanza assunta nel periodo più recente – specialmente dopo l'ultimo allargamento della Comunità ai paesi dell'Est europeo – dalla libera circolazione di operatori economici, insediati in uno degli Stati membri, i quali svolgono, sulla base di contratti commerciali, prestazioni di servizi in altro Stato membro, utilizzando lavoratori dipendenti da loro stessi assunti nello Stato di insediamento, ma all'uopo distaccati nel luogo in cui viene effettuata la prestazione. Per essi la Direttiva n. 96/71 (in quanto rientranti nel suo campo di applicazione ai sensi dell'art. 1, par. 3, lett. a) prevede la specifica tutela analizzata nei paragrafi che precedono.

È adesso opportuno, in conclusione di questa indagine, svolgere un breve esame delle disposizioni in materia di tutela del lavoro contenute nel progetto di Direttiva sulla liberalizzazione dei servizi (sempre nel testo approvato dal Parlamento europeo il 15.11.2006)<sup>732</sup>, di cui si è detto più sopra, al fine di verificare se, ed in che misura, la futura Direttiva potrebbe modificare, nel momento della sua entrata in vigore, il quadro regolativo in materia di distacco dei lavoratori.

<sup>731</sup> Ancora ORLANDINI, 2006, 25 ss.

<sup>732</sup> Ringrazio il Dott. Martin Frohn, Funzionario della Commissione, per avermi consentito, in occasione di una proficua discussione di lavoro, di mettere a fuoco alcune peculiarità del secondo progetto di Direttiva sui servizi. Ovviamente la responsabilità scientifica di quanto detto in testo è soltanto di chi scrive.

Preliminarmente occorre tener presente che, come chiaramente espresso dall'art. 1, par. 1, l'obiettivo della emananda Direttiva è di stabilire «le disposizioni generali che permettono di agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori nonché la libera circolazione dei servizi, assicurando nel contempo un elevato livello di qualità dei servizi stessi». Essa, dunque, è destinata ai 'prestatori di servizi' della Comunità, intendendo per tali, come precisato dal *Considerandum* n. 36, «qualsiasi persona fisica, avente la cittadinanza di uno Stato membro, o persona giuridica che esplica un'attività di servizio in tale Stato membro esercitando la libertà di stabilimento o la libera circolazione dei servizi». Oltre a ciò, nel *Considerandum* n. 5 si afferma che, «poiché gli ostacoli al mercato interno dei servizi riguardano tanto gli operatori che intendono stabilirsi in altri Stati membri quanto quelli che prestano un servizio in un altro Stato membro senza stabilirvisi, occorre permettere ai prestatori di sviluppare le proprie attività nel mercato interno stabilendosi in uno Stato membro o avvalendosi della libera circolazione dei servizi. I prestatori devono poter scegliere tra queste due libertà, in funzione della loro strategia di sviluppo in ciascuno Stato membro».

A questo riguardo, peraltro, va ricordato che, nel corso della trattazione che precede (par. 2, lett. a) si è sottolineato il contributo importante (quantunque foriero di incertezze) della Corte di giustizia, la quale, nella recente sentenza pronunciata nel noto caso *Schnitzer* (C-215/01, dell'11 dicembre 2003), ha fornito all'interprete alcuni criteri utili al fine di stabilire quando, nel caso concreto, la lunga durata dell'attività transnazionale di prestazione di servizi possa chiamare in questione non la libera circolazione dei servizi, bensì la libertà di stabilimento (con conseguente possibilità per lo Stato di accoglienza di assoggettare l'operatore medesimo all'integrale applicazione della normativa interna in materia di tutela del lavoro). Tale posizione è ora formalmente richiamata nel *Considerandum* n. 77 del progetto di Direttiva sui servizi<sup>733</sup>, la quale così, su questo punto, lascia all'interprete il carico non indifferente di districarsi, con la invero fragile strumentazione teorica offerta dalla Corte, tra le molte incertezze pratiche che si prospettano all'orizzonte.

Ciò detto, va subito riconosciuto che, eccezion fatta per i problemi rilevati nel paragrafo precedente in relazione al diritto di sciopero, il testo della futura Direttiva – che ha modificato in profondità l'originario progetto della Commissione del 2004 – non appare in grado, di per sé, di arrecare (nuovi) pericoli alla 'cittadella del diritto del lavoro'<sup>734</sup>. Questo, peraltro, non significa che il testo della Direttiva risulti perfettamente chiaro in ogni sua parte riguardante il diritto del lavoro, dato che, in verità, una sua lettura puntuale fa emergere qualche incertezza, probabilmente dovuta al faticoso lavoro di correzione della proposta originaria con le modifiche richieste dal durissimo confronto politico svoltosi su di essa negli scorsi mesi, soprattutto in sede parlamentare.

Il punto di partenza dell'indagine deve essere senza dubbio considerato l'art. 1, par. 6 – contenuto nel Capo I, sulle *Disposizioni generali* (e quindi relative tanto al diritto di stabilimento quanto alla libera circolazione dei servizi) – in base al quale «la presente direttiva non pregiudica la legisla-

<sup>733</sup> Ma si v. anche il *Considerandum* n. 37, ricordato *supra* in testo.

<sup>734</sup> CARABELLI-LECCESE, 2005, 551 ed *ivi* ruff. a n. 27.

zione 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»<sup>735</sup>.

Ebbene, il dettato di questo articolo ben può essere letto alla luce delle considerazioni svolte nella precedente parte di questo saggio: in quanto previsione di portata generale, e dunque riguardante tanto il diritto di stabilimento quanto la libera circolazione dei servizi, la dichiarazione di integrale 'estraneità' della Direttiva sui servizi rispetto al diritto del lavoro significa semplicemente che restano ferme le regole generali secondo cui, nel caso di impresa che gode del diritto di stabilimento, lo Stato membro ospitante applicherà integralmente ad essa ed ai suoi dipendenti la propria normativa in materia di tutela del lavoro, mentre nel caso di impresa che esercita la libertà di prestazione dei servizi in uno Stato membro diverso da quello di insediamento, ad essa ed ai suoi dipendenti distaccati si applicheranno le previsioni della Direttiva n. 96/71, ovvero, al di fuori del suo campo di applicazione, i principi elaborati dalla Corte di giustizia circa l'estendibilità delle tutele del lavoro interne<sup>736</sup>.

Conferma di questa lettura è offerta dall'art. 16, par. 3 – collocato nel Capo IV, specificamente dedicato alla *libera circolazione dei servizi* – nel quale si sancisce che «allo Stato membro in cui il prestatore si reca ... non può essere impedito di applicare, conformemente al diritto comunitario, le proprie norme in materia di condizioni di occupazione, comprese le norme che figurano negli accordi collettivi» (una norma di portata generale, riferibile ad ogni tipo di prestazione di servizi) e dall'art. 17, n. 2, in base al quale «l'articolo 16 non si applica: ... 2) alle materie disciplinate dalla direttiva 96/71/CE ...»<sup>737</sup>. Il combinato disposto di queste due norme indica infatti all'interprete che nulla viene modificato rispetto al passato, quale risultante dalla ricostruzione sopra effettuata: alle imprese di servizi che distaccano lavoratori ai sensi della Direttiva n. 96/71 restano integralmente applicabili le disposizioni di quest'ultima (ovviamente con tutti i relativi problemi interpretativi ...), laddove, al di fuori del suo campo di applicazione resta ferma la facoltà degli Stati membri di prevedere l'estensione delle normative di tutela del lavoro (ovviamente, vale la pena ribadirlo, entro i limiti del *test di proporzionalità* elaborato dalla Corte di giustizia)<sup>738</sup>.

<sup>735</sup> A questo dettato corrispondono le affermazioni del *Considerandum* n. 7 («la presente direttiva prende altresì in considerazione altri obiettivi d'interesse generale, compresa... la necessità di rispettare il diritto del lavoro»).

<sup>736</sup> Cfr. PALLINI, 2006c, parr. 3 e 9.

<sup>737</sup> A questa previsione fa da sponda il *Considerandum* n. 86 («la presente direttiva non concerne le condizioni di lavoro e di occupazione che, in conformità della direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, si applicano ai lavoratori distaccati per prestare un servizio nel territorio di un altro Stato membro»).

Si v. inoltre l'art. 3, par. 1, ai sensi del quale «se disposizioni della presente direttiva confliggono con disposizioni di altri atti comunitari che disciplinano aspetti specifici dell'accesso ad un'attività di servizi o del suo esercizio in settori specifici o per professioni specifiche, le disposizioni di questi altri atti comunitari prevalgono e si applicano a tali settori o professioni specifiche. Tra tali atti comunitari rientrano: a) la direttiva 96/71/CE ...».

<sup>738</sup> Si v. a conferma il *Considerandum* n. 82, il quale afferma che «le disposizioni della presente direttiva non dovrebbero pregiudicare l'applicazione da parte di uno Stato membro di norme in materia di condizioni di occupazione. Le norme derivanti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dovrebbero, conformemente al trattato, essere giustificate da ragioni attinenti alla tutela

In conclusione, quanto appena rilevato conferma che la futura Direttiva sui servizi non appare in grado di incidere sul precedente assetto regolativo in materia di prestazione transnazionale di servizi e di distacco di lavoratori, riconoscendo formalmente nella Direttiva n. 96/71 la fonte sulla base della quale si deve definire la concreta disciplina di tutela del lavoro applicabile ai prestatori di servizi transnazionali ed ai loro dipendenti distaccati<sup>739</sup>. E ciò conferma quanto affermato in apertura di questo saggio, in merito alla sempre maggiore importanza che quest'ultima Direttiva è destinata ad assumere nella prossima fase dei rapporti economici (e quindi sociali e politici) tra gli Stati membri della Comunità europea.

Di qui il rilievo centrale che sono destinati ad acquisire i problemi interpretativi e le lacune su cui ci si è intrattenuti in questo lavoro.

## 10. Bibliografia

AA. VV. (2006), *Costituzione europea: quale futuro?*, Ediesse, Roma.

AHLBERG KERSTIN – BRUUN NIKLAS - MALMBERG JONAS (2006), *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 155 ss.

ANDREONI AMOS (2006), *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino.

BALANDI GUIDO (1998), *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 115 ss.

BANO FABRIZIO (2001), *La retribuzione minima garantita ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi*, in *Orientamenti della giurisprudenza del lavoro*, II, 10 ss.

BARBERA MARZIA (2000), *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis Italia Editrice, Brescia.

ID. (a cura di) (2006), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffré, Milano.

BARNARD CATHERINE – DEAKIN SIMON (2000), *In search of coherence: social policy, the single market and fundamental rights*, in *Industrial Relations Journal*, 331 ss.

BELLAVISTA ALESSANDRO (2006), *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*. in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* – 47/2006.

BARTOLE SERGIO (1989), *Voce Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, IV, Utet, Torino, 288 ss.

BIN ROBERTO (1992), *Diritti e argomenti*, Giuffré, Milano.

---

dei lavoratori, non discriminatorie, necessarie e proporzionate, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia, nonché conformi ad altre normative comunitarie pertinenti».

È da segnalare ancora che l'art. 3, par. 2, stabilisce che «la presente direttiva non riguarda le norme di diritto internazionale privato, in particolare quelle che disciplinano la legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali» (conf. dal *Considerandum* n. 90, il quale recita che «le relazioni contrattuali tra il prestatore e il cliente nonché tra il datore di lavoro e il dipendente non sono soggette alla presente direttiva. La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali del prestatore è determinata dalle norme di diritto internazionale privato»).

<sup>739</sup> In senso conforme DESBARATS, 2006, 6-7.

- ID. (1998), *Capire la Costituzione*, Laterza, Roma-Bari.
- BLANKE THOMAS (2006), *The Viking case*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 251 ss.
- CALVANO ROBERTA (2004), *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Cedam Padova.
- CARABELLI UMBERTO – LECCESE VITO (2005), *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in *Contratto e impresa/Europa*, 539 ss.
- IDD. (2006), *I dilemmi interpretativi posti dalla clausole di favor e di non-regresso delle direttive sociali: parificazione nel progresso versus corsa al ribasso delle tutele?*, in GAROFALO DOMENICO – RICCI MAURIZIO, *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 95 ss.
- CHIECO PASQUALE (2004), *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in ID. (a cura di), *Eguaglianza e libertà nel diritto del lavoro. Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Cacucci, Bari, 47 ss.
- CREMERS (2006), *Free movement of services and equal treatment of workers: the case of construction*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 167 ss.
- CRISAFULLI VEZIO (1952), *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffré, 1952.
- DAVIES PAUL (1998), *Posted workers: single market or protection of national labour law systems*, in *Common Market Law Review*, 571 ss.
- ID. (2002), *The posted workers directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, 298 ss.
- DESBARATS ISABELLE (2006), *L'application du droit social français aux prestations de service transnational*, in <http://matisse.univ-paris1.fr/colloque-es/pdf/articles/desbarats.pdf>.
- DØLVIK-ELDRING (2006) *Editorial*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 137 ss.
- EKLUND RONNIE (2006), *The Laval case*, in *Industrial Law Journal*, 202 ss.
- ESPOSITO MARCO (2002), *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli.
- FOGLIA RAFFAELE (2001), *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 806 ss.
- GALANTINO LUISA (2005), *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- GARCÍA NINET JOSÉ IGNACIO – VICENTE PALACIO ARANTXA (2000), *La ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicio transnacional*, in *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 27.
- GHERA EDOARDO (2006), *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari.
- GIESEN RICHARD (2003), *Posting: social protection of workers Vs. fundamental freedoms?*, in *Common Market Law Review*, 143 ss.
- GIUBBONI STEFANO (2003), *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna.

ID. (2006), *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" – 46/2006.

GUASTINI RICCARDO (1998), *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da CICU ANTONIO – MESSINEO FRANCESCO, continuato da MENGONI LUIGI, I, t. 1, Giuffrè, Milano.

HEPPLE BOB (2005), *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon.

KOWALSKY WOLFGANG (2006), *The Services Directive: the legislative process clears the first hurdle*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 231 ss.

LHERNHOULD JEAN-PHILIPPE (2005), *La loi 2 août et le détachement transnational de travailleurs*, in *Droit social*, n. 12, 1191 ss.

LYON CAEN ANTOINE (2005), *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, in *Droit Social*, n. 5, 503 ss.

LYON CAEN ANTOINE – PERULLI ADALBERTO (2005), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, Cedam, Padova.

LO FARO ANTONIO (2005), *'Turisti e vagabondi'. Riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lavoro e diritto*, 437 ss.

LO FARO ANTONIO – ANDRONICO ALBERTO (2005), *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2005, 513 ss.

MAGNANI MARIELLA (1998), *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 73 ss.

MANCINO ROSSANA (2000), *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi*, in *Nuove leggi civili*, 899 ss.

MARETTI SIMONA (2000a), *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 223 ss.

ID. (2000b), *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1148 ss.

MENGOZZI PAOLO (2003), *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Cedam, Padova.

MODUGNO FRANCO (1999), *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Giappichelli, Torino.

MOREAU MARIE-ANGE (1996), *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, in *Journal du droit international*, 889 ss.

OJEDA.AVILÉS ANTONIO (1997), *European Collective Bargaining and Posted Workers. Comment on Directive 96/71/EC*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 127 ss.

- OLIVER PETER – ROTH WULF-HENNING (2004), *The internal market and the four freedoms*, in *Common Market Law Review*, 407 ss.
- ORLANDINI GIOVANNI (1999), *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 465 ss.
- ID. (2003), *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea*, Giappichelli, Torino.
- ID. (2006), *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 45/2006.
- PALLINI MASSIMO (2006a), *Posted workers: Italian regulation and dilemmas*, in *Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe*, numero speciale di *Transfer*, 2/2006, 272 ss.
- ID. (2006b), *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, II, 239 ss.
- ID. (2006c), *La proposta di direttiva Bolkestein: tanto rumore per nulla? Libertà di circolazione, liberalizzazione dei servizi, rischi (veri e presunti) di dumping sociale*, dattiloscritto.
- POCAR FAUSTO (2004), *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano.
- QUENAUDON RENÉ (DE) (1997), *L'article I. 341-5 du code du travail et son décret d'application confrontés a la directive du 16 décembre 1996*, in *Petites Affiches*, 29 octobre 1997, n. 130, 9 ss.
- ROCCELLA MASSIMO (1997), *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino.
- ROCCELLA MASSIMO – TREU TIZIANO (2002), *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova.
- RODIERE PIERRE (2002), *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Paris.
- RUGGERI ANTONIO (2001), *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Giappichelli, Torino.
- SCIARRA SILVANA (2004a), *The Convergence of European Labour and Social Rights: Opening to the Open Method of Coordination*, in BERMAN GEORGE A. – PISTOR KATHARINA (EDS), *Law and Governance in a Enlarged European Union*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 155 ss.
- ID. (2004b), *The evolution of Labour Law (1992-2003), General Report - Final Draft*, in *Working Paper C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»* - n. 46/2004.
- SORRENTINO FEDERICO (1984), *Le fonti del diritto*, in AMATO GIULIANO – BARBERA AUGUSTO, *Manuale di diritto pubblico*, I, *Diritto pubblico generale*, Il Mulino, Bologna.
- STROZZI GIROLAMO (2005), *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Giappichelli, Torino.
- TESAURO GIUSEPPE (2005), *Diritto comunitario*, Cedam, Padova.
- TOSI PAOLO – LUNARDON FIORELLA (2005), *Introduzione al diritto del lavoro. 2 – L'ordinamento europeo*, Laterza, Roma-Bari.
- VENEZIANI BRUNO (2006), *La Costituzione europea e le icone della solidarietà*, in GAROFALO DOMENICO – RICCI MAURIZIO, *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 13 ss.

ZAGREBELSKY (1992), *Il diritto mite*, Einaudi, Torino.

ZANGHÌ CLAUDIO (2005), *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino.