

Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*

Giovanni Orlandini

Parte I: La legge applicabile ai rapporti di lavoro	3
1. Il quadro delle fonti	3
2. L'ambito di applicazione delle norme di conflitto relative al contratto di lavoro	4
3. La ratio delle norme di conflitto in materia di lavoro: tutela della parte debole e principio di prossimità	7
4. Il criterio di collegamento principale: il luogo di svolgimento abituale del lavoro	9
4.1. segue: il temporaneo svolgimento del lavoro in un altro paese	11
5. I criteri di collegamento sussidiari: la sede di assunzione	13
5.1. segue: il collegamento più stretto	15
6. Le disposizioni non derogabili dalla legge scelta dalle parti	17
6.1. Il ruolo dell'autonomia individuale nella scelta della legge applicabile	18
7. Profili particolari del contratto di lavoro internazionale: forma e modalità di esecuzione	21
8. Le eccezioni alle norme di conflitto: norme di applicazione necessaria e ordine pubblico	22
8.1. segue: la giurisprudenza italiana sull'ordine pubblico	24
9. Il contratto collettivo nel sistema delle norme di conflitto	28
Parte II: Il distacco transnazionale	30
1. La disciplina del distacco transnazionale, tra sistema di diritto internazionale privato e regole del mercato unico	30
2. Il d.lgs. n. 72/2000: ambito di applicazione e nozione di distacco transnazionale	34
3. Le condizioni di lavoro dei lavoratori stranieri distaccati in Italia in relazione alla legge applicabile	36
3.1. segue:.... ed ai contratti collettivi	38
4. La disciplina degli appalti interni ed il regime della solidarietà	40
5. La somministrazione transnazionale di lavoro	42

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 137/2012

Parte III- Il lavoratore italiano all'estero (paesi extra-UE)	43
1. Origine, contenuto e ambito di applicazione della legge n. 398/1987	43
2. L'autorizzazione all'espatrio e l'applicazione del contratto collettivo	45
3. Presupposti e limiti del potere del datore di inviare il lavoratore all'estero: il requisito del consenso	48
4. L'indennità estero: natura, computabilità e irriducibilità	51

Parte I: La legge applicabile ai rapporti di lavoro

1. Il quadro delle fonti

Prima dell'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980 il sistema italiano di diritto internazionale privato non prevedeva disposizioni speciali per il contratto di lavoro. Per risolvere situazioni implicanti un conflitto di leggi valevano le regole generali fissate dalle disposizioni preliminari del codice civile; in particolare l'art. 25, che rimetteva alla volontà delle parti la scelta della legge applicabile alle obbligazioni nascenti da contratto ed individuava i sussidiari criteri di collegamento, in assenza di scelta, nella nazionalità delle parti, se comune, e nel luogo di conclusione del contratto. Questi criteri consentivano in teoria al giudice italiano di dare efficacia a norme lavoristiche provenienti da ordinamenti stranieri, anche se meno protettive rispetto a quelle di diritto interno. Il concretizzarsi di un simile scenario è stato però impedito dalla giurisprudenza, grazie ad un'interpretazione massimamente estensiva del limite dell'ordine pubblico posto dall'art. 31, disp. prel. c.c. a difesa dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale. Si è trattato di un orientamento dal chiaro intento protezionistico, oggi in via di superamento (*infra* par.8.1), comprensibile in ragione della mancanza di criteri di selezione della legge applicabile limitativi dell'autonomia individuale e perciò capaci di tener conto delle esigenze di protezione del lavoratore, coesenziali alle regole lavoristiche.

Il quadro normativo è cambiato radicalmente grazie alla Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 (ratificata dall'Italia il 25 giugno del 1985 ed entrata in vigore solo sei anni più tardi¹), alla quale fa espresso rinvio la legge n. 218/1995 di riforma del diritto internazionale privato con riguardo a tutte le obbligazioni contrattuali dedotte in giudizio dopo il 1 settembre del 1995 (art. 57). La Convenzione contiene una specifica disposizione in materia di contratti di lavoro (art. 6), che deroga alle regole generali (artt. 3 e 4) introducendo dei limiti alla scelta della legge applicabile e dettando speciali criteri di collegamento, al fine di tutelare il lavoratore visto come parte debole del rapporto di lavoro².

Grazie alle nuove competenze attribuite alla Comunità europea con il Trattato di Amsterdam (art. 65 TCE, ora 81 TFUE)³, nel corso dell'ultimo decennio si è compiuto un processo di “comunitarizzazione” delle fonti convenzionali di diritto internazionale privato⁴ conclusosi con l'adozione del Regolamento (CE) Roma I, n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni

¹ L'entrata in vigore della Convenzione era condizionata alla ratifica di almeno sette Stati (art. 29). Sul processo di adozione della Convenzione, cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2002, p. 3 ss.

² Tale *ratio* è richiamata da M. GIULIANO- P. LAGARDE nella *Relazione sulla Convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali* (in G.U.C.E. 31.11.1980 C282) che ha fatto seguito all'adozione della Convenzione di Roma. Negli stessi termini cfr. COMMISSIONE CE, *Libro Verde sulla trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*, del 14.1.2003, COM (2002) 654 def., p. 37, con il quale è stato avviato il processo di riforma del sistema di diritto internazionale privato richiamato nel testo.

³ Come già l'art. 65 TCE, l'art. 81 TFUE (posto in apertura del capo 3 del titolo V, relativo alla cooperazione giudiziaria in materia civile) riconosce tra l'altro al Parlamento ed al Consiglio il potere di adottare misure volte a garantire “la compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di legge e di giurisdizione”.

⁴ Il Regolamento Roma I è stato preceduto dall'adozione del Regolamento (CE) 22 dicembre 2000, n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968 e dal Regolamento (CE) 11 luglio 2007, n. 864 sulla legge applicabile alle obbligazioni extra-contrattuali (c.d. Roma II).

contrattuali che, a partire dal 17 dicembre 2009 (per i contratti stipulati dopo tale data) sostituisce la Convenzione di Roma in tutti gli Stati membri⁵, con l'eccezione della Gran Bretagna e della Danimarca. Il rinvio alla Convenzione di Roma contenuto nella legge n. 218/1995 va dunque oggi riferito al Regolamento Roma I, che comunque troverebbe applicazione nell'ordinamento nazionale in virtù della sua efficacia diretta. Non ne consegue uno stravolgimento delle regole internazionali-privatistiche, posto che quelle dettate dalla fonte convenzionale sono state nella sostanza confermate nel testo "comunitarizzato", ivi comprese quelle relative ai contratti di lavoro contenute nell'art. 8 del Regolamento. In linea con quanto previsto dalla Convenzione di Roma (art. 20), anche il Regolamento ribadisce il principio della prevalenza su quanto esso dispone delle norme speciali presenti in altre fonti del diritto dell'UE che disciplinano conflitti di legge (art. 23); prima tra tutti, in materia lavoristica, la Direttiva n. 96/71/CE sui lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi (recepita in Italia con il d.lgs. n. 72/2000). Sempre al pari della Convenzione di Roma (art. 2), il Regolamento ha carattere universale, cioè vale ad individuare anche la legge applicabile di uno Stato terzo (art. 2).

Nell'analizzare il sistema di norme internazional-privatistiche in materia di lavoro si terrà conto di quanto dispone il Regolamento Roma I, leggendolo alla luce delle omologhe disposizioni della Convenzione di Roma ed in particolare considerando come queste sono state interpretate in sede dottrinale e giurisprudenziale. Il diritto pretorio nazionale, tuttavia, sconta in materia un'evidente sfasamento rispetto all'evoluzione del diritto positivo. Basti pensare che fino a tempi recenti la giurisprudenza di legittimità ha avuto ad oggetto le disposizioni delle preleggi, che, come premesso, descrivevano un sistema di norme di conflitto affatto diverso da quello vigente. Solo nelle sentenze degli ultimi anni i *dicta* dei giudici di legittimità si sono fondati sulle disposizioni della Convenzione di Roma; una fonte che nel frattempo è già stata superata. Ciò spiega perché la giurisprudenza nazionale si sia sviluppata quasi esclusivamente intorno al tema dell'ordine pubblico. Si è dovuto aspettare la più recente giurisprudenza per vedere emergere un'attenzione alle problematiche connesse con l'interpretazione e l'applicazione delle norme di conflitto e dei criteri di collegamento da queste previsti; cioè a quell'insieme di regole che rappresenta il cuore del sistema di diritto internazionale privato.

2. L'ambito di applicazione delle norme di conflitto relative al contratto di lavoro

La disciplina dettata dall'art. 8 del Regolamento si applica a qualsiasi contratto di lavoro che presenti elementi di internazionalità, ovvero che abbia uno o più elementi di collegamento con un ordinamento straniero. Questi ultimi possono riguardare sia profili oggettivi (come il luogo di conclusione o di esecuzione del contratto) sia profili soggettivi (come la nazionalità o la residenza delle parti). L'elemento di internazionalità può sussistere anche in presenza di fattispecie del tutto interne all'ordinamento italiano, se le parti fanno riferimento alle leggi di un ordinamento diverso

⁵ Con il Trattato di Lisbona del dicembre 2009 è stato rafforzato il ruolo della Corte di giustizia nel settore regolato dal titolo V TFUE (Spazio di sicurezza, libertà e giustizia), venendo meno l'art. 68 TCE che limitava alle giurisdizioni di ultima istanza il potere di operare il rinvio pregiudiziale. Ne deriva un ampliamento della possibilità di intervento della Corte di giustizia in merito all'interpretazione del Regolamento Roma I rispetto a quanto previsto in relazione alla Convenzione di Roma dai due Protocolli del 19 dicembre 1988 (G.U.C.E. 20-2-1989, L48), che escludevano il rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di primo grado (in merito cfr. A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato del lavoro e ordinamento comunitario*, in F. CARINCI - A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. IX, UTET, Torino, 2010, p. 826-827).

per regolare il contratto. E ciò per il dirimente motivo che anche in una simile ipotesi si pone per il giudice il problema di individuare la normativa effettivamente applicabile al rapporto di lavoro⁶.

Il generico riferimento ai “*contratti individuali di lavoro*” contenuto nell'art. 8, se certamente esclude i contratti collettivi, non risolve il problema del significato da attribuire a tale nozione ai fini internazional-privatistici. Che la qualificazione del contratto di lavoro non possa dipendere dalle scelte dei singoli ordinamenti nazionali era già sostenibile in vigenza della Convenzione di Roma, e lo è a maggior ragione dopo l'entrata in vigore del Regolamento, non ammettendosi una sua disomogenea applicazione sul territorio dell'UE⁷.

Un riferimento ineludibile è rappresentato dalla nozione di lavoratore subordinato elaborata dalla Corte di giustizia in materia di libera circolazione dei lavoratori⁸. La c.d. formula *Bettray*⁹ permette di ricondurre al gioco delle norme di conflitto di cui all'art. 8 tutti quei rapporti che si caratterizzano per l'effettiva e reale presenza di una prestazione di natura personale, per la soggezione al potere direttivo della controparte e per il pagamento, in qualsiasi forma, di una retribuzione come corrispettivo della prestazione¹⁰. Si tratta di una formula sufficientemente ampia da includere qualsiasi tipologia di lavoro flessibile e da potersi applicare anche ai rapporti di lavoro nei quali la dipendenza “economica” non si accompagna alla subordinazione “giuridica”¹¹, ovvero, nell'ordinamento italiano, ai c.d. contratti di lavoro para-subordinato¹², con l'esclusione del lavoro autonomo “*tout court*”. La *ratio* di tutela della parte debole del rapporto sottesa alla norma internazional-privatistica, non è tuttavia pienamente riconducibile a quella sulla quale si basa la giurisprudenza richiamata, condizionata dal fine economico cui tendono le norme del Trattato. Il che può giustificare l'attrazione nell'ambito di applicazione del disposto del Regolamento di rapporti di lavoro che, seppur irrilevanti per le dinamiche del mercato unico, sono caratterizzati da una condizione di debolezza di chi presta l'attività lavorativa¹³.

⁶ Cfr. F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Quaderni dir. lav. e relazioni ind.*, n. 20, 1998, p. 52; *contra* F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore all'estero*, Cedam, Padova, 1988, p. 22, che però scrive in vigenza dell'art. 25, disp. prel. c.c.. Anche la tesi della possibilità di dimostrare la frode alla legge applicabile in mancanza di scelta (G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Il lavoro all'estero*, in *Dig. IV ed., sez. comm., Aggiornamento*, UTET, Torino, 2009, p. 396) perde di forza considerando le norme di conflitto a tutela del lavoratore introdotte con la Convenzione di Roma.

⁷ Da ultimo, cfr. F. SEATZU, *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 338; in relazione alla Convenzione di Roma, tra gli altri, cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 150.

⁸ Così F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile*, cit., p.67; U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p.151; M.E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, in *Lavoro e dir.*, 2003, p. 503.

⁹ Cfr. Corte giust. CE, 31 maggio 1989, C-344/87, *Bettray*, nella quale per la prima volta sono identificati i criteri oggettivi per individuare l'ambito di applicazione dell'art. 39 TCE (oggi 45 TFUE).

¹⁰ In tema cfr. diffusamente S. GIUBBONI, *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in S. SCIARRA- B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato, Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, dir. da G. Ajani- G. A. Benacchio, vol. V, Giappichelli, Torino, 2009, p. 45 ss.

¹¹ Così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto privato e commerciale*, dir. da Cicu e Messineo, vol. XXVII, tomo 2, I, Milano, 2000, p. 52.

¹² G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 398; L. FICARI, *Commento all'art.6*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1995, p. 1002; U. VILLANI, *La Convenzione*, cit., p. 152. *Contra* A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 830. In Italia al lavoro a progetto, oggi regolato dagli artt. 69 ss., d.lgs. n. 276/03, può aggiungersi quella sorta di *tertium genus* rappresentato dal lavoro accessorio di cui agli artt. 70 ss., d.lgs. 276/03.

¹³ In tal senso, in relazione alla Convenzione di Roma, cfr. L. FORLATI PICCHIO, *Lavoro nel diritto internazionale privato*, in *Dig. IV ed., sez. comm.*, vol. VIII, UTET, Torino, 1992, p. 346 che richiama i rapporti finalizzati al reinserimento sociale, come quello oggetto della

Per lo stesso motivo, anche altre tipologie di lavoro autonomo dovrebbero essere attratte nell'ambito di applicazione dell'art. 8. È il caso, *in primis*, del contratto di agenzia, per lo meno in ipotesi di monocommittenza. Lo induce a ritenere la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto nell'agente la parte debole del rapporto da tutelare attraverso le norme minime protettive dell'UE, anche in caso in cui il contratto sia regolato dalla legge di un paese terzo¹⁴.

Il lavoro svolto nell'ambito familiare sembra invece restare al di fuori dal sistema delle norme di conflitto¹⁵, al pari del lavoro gratuito¹⁶ o comunque privo di corrispettivo economico (come ad esempio quello dei tirocinanti). L'art. 8 non dovrebbe applicarsi neppure ai rapporti di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni, in ragione del rilievo che in questi assumono i profili di diritto pubblico¹⁷; una simile conclusione non è però scontata nel caso in cui, come in Italia, il rapporto di lavoro pubblico sia fondato su un contratto equiparato *ex lege* a quello del settore privato¹⁸.

Il richiamo al “contratto” e non al “rapporto” potrebbe far dubitare circa la riconducibilità alla norma *de qua* delle situazioni di mero fatto o di prestazioni erogate in forza di contratto radicalmente nullo. Dubbi che vengono meno considerando come sia lo stesso Regolamento a comprendere nel suo ambito di applicazione gli effetti della nullità del contratto (art. 12, par. 1, lett.e) ed a prescrivere che l'esistenza e la validità di questo vada verificata in forza della legge applicabile se il contratto fosse valido (art. 10, par. 1)¹⁹.

Il Regolamento tace anche sulla nozione di datore di lavoro²⁰. In merito ad essa occorre distinguere il problema internazional-privatistico della sua identificazione ai fini della selezione della

sentenza *Bettray*; più in generale si potrebbe aggiungere qualsiasi rapporto (con finalità formative, occupazionali o sociali) caratterizzato da prestazioni “*talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie*”, perciò irrilevanti per il mercato comune del lavoro (secondo la formula adottata nella sentenza della Corte giust. CE, 23 marzo 1982, C-53/81, *Levin*).

¹⁴ In particolare, nella sentenza Corte giust. CE, 9 novembre 2000, C-381/98, *Ingmar GB*, il diritto dell'agente ad essere risarcito in caso di estinzione del rapporto è stato riconosciuto come non eludibile attraverso la scelta di applicare al contratto una legge di un paese extra-UE (nel caso, la California), in ragione del carattere imperativo della norma comunitaria che tale diritto riconosce (l'art. 17 della Direttiva n. 86/653/CE). La *ratio* che ha ispirato la Corte pare la medesima sottesa all'art. 8 del Regolamento, visto che il diritto in questione si giustifica appunto con l'esigenza di tutelare la parte debole del rapporto. L'invito, non accolto, a chiarire nel Regolamento la disciplina applicabile al contratto di agenzia è avanzato nel rapporto del MAX-PLANK INSTITUTE, *Comments on European Commission's Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligation into a Community Instrument and its Modernization*, consultabile, come tutti i documenti adottati in risposta al Libro Verde della Commissione del 2002, sul sito ufficiale di quest'ultima (<http://ec.europa.eu>).

¹⁵ Lo si deduce dall'art. 1, par. 2, lett. b) e c) del Regolamento Roma I, che esclude dal suo ambito di applicazione le obbligazioni derivanti dai rapporti di famiglia e da regimi patrimoniali tra coniugi.

¹⁶ Sul punto la dottrina è concorde (cfr., tra gli altri, U. VILLANI, *La Convenzione*, cit. p.151 e F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 339), anche se, al pari della Convenzione di Roma, nulla dispone a riguardo il Regolamento Roma I.

¹⁷ Cfr. F. SEATZU, ult. cit., p. 339; U. VILLANI, ult. cit., p. 152. In generale, sul tema, cfr. M. AUDIT, *Les contrats de travail conclus par l'Administration à l'étranger*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2002, p. 39 ss.

¹⁸ Lo stesso U. VILLANI, *ibidem*, fa salvi i rapporti con la P.A. costituiti con contratto privato. Considerando il diverso rilievo che i profili pubblicistici assumono nei due casi, se resta fondata l'esclusione dal sistema delle norme internazional-privatistiche dei rapporti di lavoro di chi è assunto a tempo indeterminato da una P.A., non pare giustificata la medesima conclusione in caso di contratti di lavoro “flessibili” ex art. 36, d.lgs. n. 165/01 che non implicano l'inquadramento in pianta organica del lavoratore.

¹⁹ Il problema è affrontato e risolto in questi termini già nella Relazione Giuliano-Lagarde, cit., p. 26. Da ultimo cfr. anche quanto per inciso afferma la Corte di giustizia nella sentenza 15 dicembre 2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, punto 46 in merito al fatto che il criterio della “sede di assunzione” riguarda la conclusione del contratto “o, in caso di rapporto lavorativo di fatto, il sorgere del rapporto di lavoro”.

²⁰ Cfr. criticamente sul punto, F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit. p. 340.

legge applicabile, da quello dell'imputazione del rapporto come conseguenza di quest'ultima. Il primo può configurarsi come un problema di qualificazione (al pari di quello relativo alla natura del contratto) che nulla dice sulla titolarità del rapporto eventualmente oggetto della controversia, da decidersi alla luce della legge applicabile²¹. In quanto problema di qualificazione, è preferibile evitare di risolverlo in base alla *lex fori*²², che implicherebbe un *vulnus* alle esigenze di uniformità cui il Regolamento è funzionale; la nozione "internazional-privatistica" di datore va piuttosto dedotta dallo stesso sistema delle norme di conflitto²³. Ciò appare coerente con quanto affermato dalla Corte di giustizia nella recente sentenza *Voogsgeerd*, nella quale il problema dell'identificazione del "reale" datore di lavoro è inquadrato nell'ambito del giudizio in merito alla determinazione della legge applicabile²⁴ (*infra* par. 5).

3. La ratio delle norme di conflitto in materia di lavoro: tutela della parte debole e principio di prosimità

Come anticipato, il Regolamento, nel disciplinare la materia del contratto di lavoro, si pone su un piano di evidente continuità con quanto previsto dall'art. 6 della Convenzione di Roma. La sostanza dell'impianto dispositivo è rimasta invariata e con essa la sua *ratio* originaria, enunciata esplicitamente nel considerando 23: "*Per quanto riguarda i contratti conclusi da soggetti deboli, è opportuno proteggere tali soggetti tramite regole di conflitto più favorevoli ai loro interessi di quanto non lo siano le norme generali*".

Le norme generali individuano nella volontà delle parti il criterio di collegamento principe per selezionare la legge applicabile (art. 3, par. 1). Solo in mancanza di scelta acquistano rilievo i criteri sussidiari dettati dall'art. 4 con riferimento alle diverse tipologie contrattuali: prevalenza è riconosciuta al criterio della residenza della parte cui spetta la prestazione caratteristica del contratto, salva comunque l'applicazione della legge di un paese diverso con il quale questo presenti "*collegamenti manifestamente più stretti*" (art. 4, par. 3). Il criterio della residenza è adottato anche per i contratti conclusi dai consumatori, al fine di non privare questi ultimi della protezione assicurata dalle norme imperative dettate a loro tutela (art. 6).

Per i contratti di lavoro la finalità di tutela è perseguita attraverso un più articolato sistema di criteri di collegamento. La legge applicabile è rimessa sempre alla volontà delle parti, ma la scelta compiuta non può comportare per il lavoratore la rinuncia alla protezione garantita dalle norme inderogabili della legge che sarebbe applicabile in mancanza di scelta (art. 8, par. 1). Il criterio principale che permette di selezionare tale legge è quello del luogo dove il lavoratore svolge abitualmente la sua attività (*lex loci laboris*) (art. 8, par. 2). Solo nel caso in cui tale luogo non sia identificabile, si può ricorrere al criterio della sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore (art. 8, par. 3). Entrambi i criteri possono essere pretermessi nel caso in cui "*dall'insieme delle*

²¹ Per la giurisprudenza italiana vedi le sentenze richiamate *infra* in nt. 133, che affrontano la questione della riconducibilità all'ordine pubblico di ciò che resta del divieto di interposizione dopo il d.lgs. 276/03.

²² Diversamente G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 399 che, inquadrando il problema come questione preliminare, lo risolvono con l'applicazione della *lex fori*.

²³ Così M. E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici*, cit., p. 504; analogamente F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit. p. 340; in generale, per soluzione dei problemi di qualificazione, cfr. U. VILLANI, *La Convenzione*, cit. p. 25 ss.

²⁴ Corte giust. CE, *Voogsgeerd*, punti 59-65.

circostanze” emerga un collegamento più stretto del contratto con un diverso paese (art. 8, par. 4) (c.d. clausola d'eccezione)²⁵.

La *ratio* protettiva della parte debole si traduce nella previsione di un limite all'autonomia individuale delle parti, secondo la tradizionale logica fondativa del diritto del lavoro. Il principio del “*favor laboratoris*”²⁶ (*rectius, laboris*) è evocato dalla Corte di giustizia come ispiratore delle disposizioni del Regolamento in materia di contratto di lavoro e come criterio ermeneutico per interpretarle. È un'affermazione che non va intesa nel senso che le norme di conflitto sussidiarie rispetto alla volontà delle parti debbano garantire comunque al lavoratore gli *standard* di tutela più favorevoli tra quelli possibili. La legge applicabile in base ad esse è quella del luogo dove è identificato il centro di gravità effettivo del rapporto, ovvero dove il lavoratore esercita la sua funzione economica e sociale²⁷. Il principale criterio sussidiario di collegamento dettato dall'articolo 8 (come dall'articolo 6 della Convenzione di Roma) pare ispirato, piuttosto che dal principio del “*favor*”, da quello di “*prossimità*”²⁸, che il primo principio presuntivamente realizza: tant'è che la clausola d'eccezione fa accantonare lo stesso criterio principale se con il secondo principio entra in contraddizione. Le esigenze di tutela del lavoratore senz'altro rilevano, perché il principio di *prossimità* di norma anche ad esse risponde; ma non al punto da prevalere sulle esigenze di prevedibilità e certezza delle regole da applicare sottese all'intero sistema delle norme internazionali-privatistiche.

Sotto questo profilo, a ben vedere, l'articolo 8 non presenta elementi di spiccata specialità rispetto a quanto il precedente articolo 4 prescrive in relazione ai criteri sussidiari valevoli per la generalità degli altri contratti. Anche in base alla disciplina generale il criterio del collegamento più stretto fa da regola di chiusura di un sistema di norme di conflitto fondato su criteri “*presuntivi*”, che appunto vengono meno quando contraddicono il principio di *prossimità*²⁹. Come detto,

²⁵ Sul piano processuale, l'accertamento della legge applicabile viene compiuto dal giudice d'ufficio (*ex art.14, legge n. 218/95*), ma ciò non esonera la parte interessata dall'allegare in sede di merito gli elementi di fatto dai quali dipende la sussistenza dei criteri di collegamento; in ragione di ciò, in una causa per licenziamento di un lavoratore italiano impiegato in una sede tedesca, è stata giudicata inammissibile la domanda di applicare la legge tedesca proposta dal lavoratore per la prima volta in Cassazione (Cass. 5 giugno 2009, n. 13087, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2010, p. 140).

²⁶ L'espressione maccheronica è utilizzata dai giudici europei nella sentenza Corte giust. CE, 15 marzo 2011, C-29/10, *Koelzsch*, punto 46.

²⁷ Corte giust. CE, ult.cit., punto 42 dove si osserva, sulla scia dell'A.G. Bot, che nello Stato dove “*svolge le sue attività professionali [...]* il lavoratore esercita la sua funzione economica e sociale e [...] *l'ambiente professionale e politico influisce sull'attività lavorativa*”.

²⁸ Si deve a P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *Ac. dr. intern. Rec. des Cours*, t.196, Martinus Nijof pub., Dordrecht-Boston-Lancaster, 1987, p. 1 ss. la teorizzazione del principio in questione; è lo stesso autore a riferirlo all'art. 6 della Convenzione di Roma, della quale è stato relatore. In merito cfr. anche A. LYON CAEN- S.SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *Quaderni dir. lav. e relazioni ind.*, n. 20, 1998, p. 22 e, più recentemente, B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, in M.T. CARINCI- C. CESTER- M.G. MATTAROLO- F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, UTET, Torino, 2011, p. 36 e R. CLERICI, *Quale favor per il lavoratore nel Regolamento Roma I?*, in G. VENTURINI- S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*. Giuffè, Milano, 2009, p. 215 ss., la quale, condivisibilmente, riconduce alla logica del *favor* il solo primo paragrafo della norma in esame, nella misura in cui impone la prevalenza della norma inderogabile più favorevole per il lavoratore rispetto a quella scelta dalle parti; non invece il secondo paragrafo, nel quale prevale il fine di garantire la prevedibilità e la certezza della legge applicabile.

²⁹ A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato*, cit. p. 828-829 coglie nella formulazione dell'art. 4, rispetto all'omologa norma della Convenzione di Roma, un significativo ridimensionamento del principio di “*prossimità*”, che “*passa da criterio principale a sussidiario*”; il che contrasta con l'opinione di chi (T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I*, in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 45) coglie una piena continuità tra le due norme. Se è vero che questa non c'è sul piano formale (giusta la “*moltiplicazione*” delle

il criterio presuntivo prevalente è quello della residenza della parte tenuta alla prestazione che caratterizza il contratto. Nel caso del rapporto di lavoro il criterio della residenza del lavoratore, pur teoricamente rispondente agli interessi di quest'ultimo³⁰, cede il passo a quello del "luogo abituale della prestazione", in ragione della peculiarità dell'oggetto del contratto (l'esecuzione di prestazioni di lavoro). Il che dimostra come l'adozione di un diverso criterio di collegamento non si giustifichi tanto con l'obiettivo di assicurare in ogni caso alla parte debole del rapporto il più alto livello di tutela, quanto con la necessità di adattare lo stesso al tipo di prestazione oggetto del contratto di lavoro³¹.

4. Il criterio di collegamento principale: il luogo di svolgimento abituale del lavoro

I criteri di collegamento indicati nell'art. 8, par. 2 rappresentano il fulcro del sistema di norme di conflitto in materia di contratti di lavoro, perché ad essi occorre far riferimento sia in assenza di una legge espressamente scelta dalle parti, sia per individuare le norme inderogabili applicabili nel caso in cui tale scelta sia stata effettuata.

Come da più parti rilevato, il criterio della *lex loci laboris* è funzionale a soddisfare una pluralità di esigenze, a partire da quelle del lavoratore che si presume abbia maggior dimestichezza con la legislazione del paese dove svolge l'attività lavorativa e nel quale, di norma, si trova domiciliato³². Il ricorso a tale criterio rende poi più probabile la sottomissione del rapporto di lavoro ad un'unica normativa per l'intera sua durata³³. Ciò favorisce una gestione unitaria del rapporto in tutti i suoi aspetti; ivi compresi quelli oggetto di normativa di diritto pubblico che, avendo un ambito di applicazione strettamente territoriale, è sottratta al gioco delle norme di conflitto (si pensi in particolare alla legislazione in materia ispettiva e di tutela della salute e sicurezza)³⁴. Il criterio in esame appare infine sintonico con il principio di parità di trattamento tra lavoratori stranieri e nazionali derivante dall'applicazione delle norme dell'UE relative alla libera circolazione dei lavoratori³⁵.

Ma quand'è che un luogo di lavoro può considerarsi "abituale" ai fini della selezione della legge applicabile? La questione è oggetto delle recenti sentenze *Koelzsch* e *Voogsgeerd*, nelle quali la Corte di giustizia si è espressa in merito all'interpretazione dell'art. 6, par. 2 della Convenzione di Roma sulla scia della precedente giurisprudenza relativa all'articolo 5 della Convenzione di Bruxelles del 1968 (oggi art. 19 del Regolamento (CE) n. 44/2001), che adotta il medesimo criterio della *lex loci laboris* per individuare il foro competente a risolvere le controversie sui contratti di

presunzioni introdotte nel "nuovo" art. 4), è anche vero però che il principio *de quo* pare restare a fondamento del sistema, come dimostra proprio la conferma della clausola d'eccezione.

³⁰ Cfr. ampiamente L. FORLATI PICCHIO, *Lavoro nel diritto*, cit., p. 351 ss. Il criterio della residenza, ignorato dal legislatore europeo, è recuperabile solo come indizio di un collegamento più stretto del contratto di lavoro con un determinato paese al fine di applicare la clausola d'eccezione.

³¹ Ciò è all'origine delle considerazioni critiche di P. VENTURI, *Commento all'art.8*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2009, p. 773.

³² U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit. p. 163.

³³ F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile*, cit., p. 59 e M. E. CORRAO, *Profili internazionale-privatistici*, cit., p. 512.

³⁴ U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, p. 163.

³⁵ La "stretta connessione" tra principio di parità di trattamento e *lex loci laboris* è sottolineata da S. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, p. 555; cfr. anche M.V. POLAK, "Laborum dulce lenimen"? *Jurisdiction and choice-of-law aspects of employment contract*, in J. MEEUSEN- M. PERTEGAS- G. STRAETMANS (a cura di), *Enforcement of international contracts in the European Union*, Intersentia, Anversa-Oxford-New-York, 2004, p. 326 e, ancora, U. VILLANI, ult. cit., p. 164.

lavoro³⁶. Da questa giurisprudenza emerge un'interpretazione "in senso ampio"³⁷ del criterio *de quo*, che lo rende applicabile anche ad ipotesi nelle quali il lavoratore si trovi a svolgere in più paesi l'attività lavorativa. Quando ciò accade, il giudice deve individuare lo Stato con il quale il lavoro "presenta un collegamento significativo"³⁸. Il che significa che il luogo di svolgimento abituale va identificato nel paese nel quale o a partire dal quale il lavoratore adempie la parte essenziale delle sue obbligazioni³⁹ ovvero dove si colloca il centro effettivo della sua attività⁴⁰. In mancanza di un unico centro dove (o da dove) viene svolto il lavoro, la *lex loci laboris* si identifica con quella del luogo nel quale "il lavoratore ha trascorso la maggior parte del proprio tempo lavorativo per conto del datore"⁴¹. Il criterio temporale assume in questo caso un rilievo centrale, ma la durata della permanenza perde di rilevanza se risulta la "chiara volontà delle parti" di destinare il luogo dove da ultimo si è svolta l'attività a luogo "abituale"⁴².

L' "abitualità" è dunque accertata in forza di una valutazione sulle caratteristiche sostanziali del rapporto, di modo che l'elemento temporale si configura come un indice del legame funzionale tra il luogo di svolgimento dell'attività e gli interessi che il contratto mira a soddisfare; un indice certo prevalente e spesso decisivo, ma non necessariamente risolutivo⁴³.

L'articolo 8, par. 2 del Regolamento recepisce e consolida gli orientamenti della Corte, laddove prevede che la legge applicabile vada individuata anche in quella del paese "a partire dal quale" il lavoratore esegue abitualmente la sua prestazione; un inciso assente nell'art. 6 della Convenzione di Roma. Ne conseguono effetti rilevanti soprattutto per i rapporti di lavoro nel settore dei trasporti internazionali⁴⁴; e non è un caso che sia la sentenza *Koelzsch* che la sentenza *Voogsgeerd* riguardino lavoratori ivi impiegati.

³⁶ Come riconosce espressamente la Corte di giustizia, l'interpretazione dell'art. 6 della Convenzione di Roma "non deve prescindere da quella relativa ai criteri previsti dall'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles, quando fissano norme per la determinazione della competenza giurisdizionale per le stesse materie e stabiliscono nozioni analoghe" (Corte giust. CE, *Koelzsch*, punto 33). L'art. 19 del Regolamento (CE) n. 44/2001 identifica il foro competente con criteri che, di norma (ma non sempre), dovrebbero assicurare l'identità tra questo e legge applicabile: il datore può essere convenuto, a scelta del lavoratore, davanti al giudice del paese in cui il lavoratore stesso è domiciliato, davanti a quello del luogo in cui svolge abitualmente l'attività lavorativa o in cui la svolgeva oppure (se tale luogo non è identificabile) in cui è o era situata la sede di assunzione (in merito cfr. F. MOSCONI, *La giurisdizione in materia di lavoro nel Regolamento (CE) n. 44/2001*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2003, p. 5 ss.).

³⁷ Corte giust. CE, *Koelzsch*, punto 43.

³⁸ Corte giust. CE, ult. cit., punto 44 e *Voogsgeerd*, punto 36.

³⁹ Corte giust. CE, 13 luglio 1993, C-125/92, *Mulox IBC*, punti 21-23, nella quale il foro francese è stato ritenuto competente a decidere una controversia tra una società inglese ed il proprio direttore di marketing olandese con ufficio e domicilio in Francia, che svolgeva per buona parte del tempo l'attività lavorativa in cinque diversi paesi europei.

⁴⁰ Corte giust. CE, 9 gennaio 1997, C-383/95, *Rutten*, punto 23, nella quale il foro olandese è stato ritenuto competente a decidere una controversia tra una società olandese con sede a Londra ed un cittadino olandese che, pur lavorando frequentemente anche in altri paesi, svolgeva circa due terzi della sua attività in Olanda dove disponeva anche del proprio ufficio.

⁴¹ Così Corte di giust., CE 27 febbraio 2002, C-37/00, *Weber*, punto 50 relativa ad un lavoratore assunto per effettuare ricognizioni minerarie da diverse piattaforme marittime. I principi enunciati dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza sul foro competente sono recepiti dalla Corte di Cassazione (Cass. Sez. Un. ordinanza 13 dicembre 2007, n. 26089, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, p. 108, sempre in materia di giurisdizione).

⁴² Corte giust. CE, ult. cit., punto 54.

⁴³ Enfatizzano quest'aspetto G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 401; cfr. anche L. FICARI, *Commento all'art.6*, cit., p. 1006 e U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit. p.164 per i quali a rilevare non è soltanto la durata della permanenza in un luogo (che pur va ovviamente presa in considerazione), ma il tipo di attività e di mansioni che in esso vengono svolte.

⁴⁴ È la stessa COMMISSIONE CE nella motivazione della *Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, del 15.12.2005, COM (2005) 650 def., p. 7 a richiamare l'esempio del lavoro svolto

Nel caso oggetto della prima si è trattato di individuare il paese di abituale svolgimento del lavoro di un autotrasportatore tedesco assunto da una filiale lussemburghese di un'azienda di trasporti danese, con contratto regolato dalla legge del Lussemburgo, per svolgere attività di trasporto merci prevalentemente in Germania, ma anche in altri paesi europei. In un caso simile, tutti gli elementi che caratterizzano l'attività lavorativa devono essere valutati al fine di individuare lo Stato che presenta un collegamento significativo con il lavoro. Rileva non solo il luogo dal quale il lavoratore parte ed al quale fa ritorno al termine dell'attività lavorativa, ma anche quello dove riceve le istruzioni ed organizza il proprio lavoro, nonché dove avviene lo scarico delle merci e nel quale si trovano gli strumenti ed i mezzi di lavoro⁴⁵.

Nella successiva sentenza *Voogsgaerd*, la Corte ha invitato il giudice nazionale a tener conto dei medesimi principi per selezionare la legge applicabile ad un rapporto di lavoro di un lavoratore marittimo assunto con contratto regolato (di nuovo) dal diritto lussemburghese⁴⁶, ed impiegato da un'impresa navale con sede in Lussemburgo a bordo di navi mercantili salpanti prevalentemente da Anversa (in Belgio). La legge applicabile deve considerarsi quella del Belgio se, alla luce di tutti gli elementi che caratterizzano il rapporto, in tale paese si colloca il luogo a partire dal quale il lavoratore svolge le sue missioni, nel quale riceve le istruzioni o dove deve presentarsi prima di compierle⁴⁷.

4.1. segue: il temporaneo svolgimento del lavoro in un altro paese

A norma dell'art. 8, par. 2 *"il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo"*⁴⁸. Con quest'inciso non ci si limita a ribadire quanto emerso nella giurisprudenza sopra richiamata in merito al fatto che spostamenti di breve durata in altri paesi non influiscono sull'identificazione del luogo abituale del lavoro. Letta *a contrario* la disposizione implica il mutamento della legge applicabile ogni volta che la permanenza in un altro paese cessa di essere "temporanea". Ne consegue la necessità di chiarire che cosa debba intendersi per "temporaneità".

La nozione lascia margine ad una significativa discrezionalità dell'organo giudicante, con conseguenti possibili soluzioni diverse nei vari ordinamenti⁴⁹. Qualche chiarimento è contenuto nel considerando 36, nel quale si afferma che il lavoro dovrebbe essere considerato temporaneo se il lavoratore è tenuto a riprendere l'attività nel paese d'origine dopo averla svolta all'estero.

a bordo di aerei nel caso in cui esista una base fissa nella quale viene svolta parte dell'attività lavorativa. Il Regolamento Roma I si applica anche ai trasporti internazionali, al pari della Convenzione di Roma, per il dirimente motivo che nessuna disposizione lo esclude (cfr. Relazione Giuliano- Lagarde, cit., p. 27).

⁴⁵ Corte giust. CE, *Koelzsch*, punto 49. Da ciò l'applicazione al caso *de quo* della legge tedesca in materia di licenziamento in vece di quella lussemburghese scelta dalle parti (ed il conseguente riconoscimento dell'illegittimità del licenziamento del lavoratore in quanto rappresentante sindacale).

⁴⁶ La legge del Lussemburgo offre alle imprese non solo vantaggi fiscali, ma anche una accentuata flessibilità in uscita che la rende tra le meno protettive in Europa.

⁴⁷ Corte giust. CE, *Voogsgaerd*, punti 39-40; trattandosi anche in questo caso di una controversia relativa ad un licenziamento, l'applicazione delle norme imperative della legge del Belgio in materia garantirebbe un indennizzo più elevato rispetto a quelle del Granducato.

⁴⁸ L'inciso riproduce nella sostanza quanto già previsto dall'art. 6, par. 2 della Convenzione di Roma.

⁴⁹ Così anche la COMMISSIONE CE nel *Libro Verde*, cit., p. 38 che riconosce come *"le soluzioni sono poco prevedibili e possono differire da un paese ad un altro"*.

Emerge la volontà del legislatore europeo di attribuire importanza all'elemento "soggettivo" dell'intenzionalità, a scapito di quello oggettivo della durata della presenza all'estero⁵⁰: la temporaneità sussiste anche se la permanenza in un altro Stato membro si protrae a lungo, fino a superare il periodo trascorso nel paese d'origine, purché in questo il lavoratore sia destinato a continuare a svolgere la sua attività.

Un simile concetto di temporaneità sembra funzionale a rendere la selezione della legge applicabile il più immune possibile dalla variazione del luogo di svolgimento della prestazione, in ossequio alle esigenze di certezza, prevedibilità e uniformità sottese all'intero sistema delle norme di conflitto. Questa conclusione merita però delle precisazioni.

Il considerando 36 va letto alla luce del principio di prossimità che si è detto ispirare i criteri di collegamento dettati dall' art. 8. Il che impone che non si possano ignorare, accanto all'elemento soggettivo, le circostanze oggettive che caratterizzano lo svolgimento del rapporto⁵¹. Ed è indubbio che una prolungata durata della presenza all'estero può essere indice del venir meno del legame con il paese d'origine, specie se non è previsto un termine per il rientro⁵². La necessità di rifuggire da letture formalistiche impone poi di escludere che l'obbligo di riprendere la propria attività nel paese d'origine debba leggersi in senso meramente giuridico, con la conseguenza di ritenere sufficiente la previsione in tal senso contenuta nel contratto di lavoro. Decisivo è che, dalla valutazione complessiva di tutte le circostanze del caso concreto, possa concludersi per la sussistenza di una effettiva volontà delle parti di continuare a svolgere nel paese d'origine l'attività caratterizzante il rapporto⁵³.

La "temporaneità" dovrebbe essere esclusa anche quando la ragione principale per la quale il lavoratore è stato assunto è lo svolgimento dell'attività in un altro paese; e ciò avviene in particolare in caso di assunzione con contratti di lavoro di carattere temporaneo. Che il rapporto di lavoro debba aver già avuto svolgimento nel paese d'origine, lo si deduce poi dalla stessa lettera del considerando 36, nel quale si legge che il lavoro deve "riprendere" dopo l'esecuzione all'estero.

Ad ulteriore chiarimento del concetto di "temporaneità", il considerando 36 specifica che l'eventuale conclusione di un nuovo contratto di lavoro con un datore appartenente ad un gruppo di imprese non esclude che la *lex loci laboris* sia quella di un paese diverso, s'intende dove ha sede un'altra impresa del gruppo. In altre parole, ciò che rileva per valutare la natura temporanea della presenza del lavoratore in un'impresa di un gruppo non è il titolo giuridico in base al quale tale presenza si giustifica, ma la ragione sostanziale sottesa alla stessa, ovvero gli interessi effettivi che

⁵⁰ Lo sottolinea ancora la COMMISSIONE CE nella sua *Proposta di Regolamento*, cit., p. 7, recependo il suggerimento del MAX-PLANK INSTITUTE, *Comments on European*, cit., p. 47 ss.; in dottrina sul punto cfr. P. VENTURI, *Commento all'art.8*, cit., p. 780 e, in relazione alla Convenzione di Roma, S. KREBBER, *Conflict of Laws in Employment in Europe*, in *Comp. Labor Law & Pol'Y Journal*, 2000, p. 525.

⁵¹ Così P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lavoro e dir.*, 2008, p. 112-113 per il quale non si può "prescindere né dal programma immaginato dalle parti né dalle circostanze di fatto in cui il rapporto è effettivamente venuto in essere ed ha trovato esecuzione"; il rischio da scongiurare ovviamente è che, affidandosi a quanto programmato dalle parti, si finisca per favorire pratiche elusive del datore.

⁵² La stessa COMMISSIONE CE nel *Libro Verde*, cit., p. 39 ribadisce che la durata resta l'indice principale della "temporaneità"; in dottrina cfr. anche M.V. POLAK, "*Laborum dulce lenimen*"?, cit., p. 327.

⁵³ Cfr. P. VENTURI, *Commento all'art.8*, cit. p. 781 che a supporto di tale conclusione richiama la versione inglese e francese dell'art. 8, par. 2.

con essa si intende realizzare⁵⁴. Anche se solo nell'ambito dei considerando, si è così accolto l'invito della Commissione a tener conto di come spesso, nei gruppi, “*la conclusione di un nuovo contratto corrisponde solo ad esigenze amministrative*”, restando nei fatti il lavoratore alle dipendenze della capogruppo⁵⁵. Si tratta di una precisazione significativa, se si considerano gli ostacoli che sussistono ancora in molti ordinamenti (ivi compreso l'italiano) al riconoscimento del gruppo come fenomeno unitario ai fini lavoristici⁵⁶.

5. I criteri di collegamento sussidiari: la sede di assunzione

L'art. 8, par. 3 del Regolamento conferma quanto previsto dalla Convenzione di Roma in merito all'adozione del criterio sussidiario della “sede” che ha proceduto all'assunzione. Il criterio trova applicazione solo nel caso in cui non sia possibile identificare il luogo di svolgimento abituale del lavoro⁵⁷; ha dunque natura residuale rispetto a quello della *lex loci laboris*, in virtù della maggior funzionalità di quest'ultimo a garantire una tutela adeguata al lavoratore⁵⁸. La sua area di applicabilità è stata ulteriormente ridotta dal fatto che luogo abituale va inteso anche quello “*a partire dal quale*” la prestazione viene svolta, secondo quanto dispone l'art. 8, par. 2 sulla scia della giurisprudenza della Corte di giustizia (*supra* par. 4). È proprio tale giurisprudenza a dimostrare come non ci sia spazio per l'utilizzo del criterio della sede per selezionare la legge applicabile ai lavoratori impiegati nel settore dei trasporti internazionali ed in generale ai lavoratori “itineranti”, tutte le volte che esiste un'unica base fissa dalla quale il lavoratore si muove ed alla quale fa periodicamente ritorno. Al criterio *de quo* è invece sempre necessario fare riferimento nel caso in cui il lavoro venga svolto in un luogo non sottoposto alla sovranità di alcuno Stato (il tipico esempio è quello della piattaforma galleggiante⁵⁹), nonostante che il riferimento espresso a tale ipotesi, presente nella proposta della Commissione, non abbia trovato spazio nella versione finale del Regolamento⁶⁰.

⁵⁴ La sentenza Corte giust. CE, 10 aprile 2003, C-437/00, *Pugliese* può apparire in contrasto con il considerando 36. Decidendo in merito alla giurisdizione, i giudici di Lussemburgo hanno infatti concluso per la sussistenza del luogo di svolgimento abituale della prestazione di lavoro nel paese dove una lavoratrice era stata inviata dalla capogruppo, in forza di un meccanismo negoziale che implicava la sospensione del rapporto di lavoro e l'assunzione da parte dell'impresa controllata. L'apparente contrasto può risolversi se si considera la peculiarità del caso dedotto in giudizio: la questione non verteva sulla temporaneità o meno della presenza della lavoratrice all'estero, posto che questa durante il periodo oggetto della controversia era stata stabilmente occupata presso l'impresa controllata. La decisione della Corte conferma piuttosto come la soluzione di ciascun caso implichi la considerazione complessiva di tutte le circostanze che lo caratterizzano sul piano sostanziale (in merito cfr. le osservazioni di A. LO FARO, “*Turisti e vagabondi*”: *riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lavoro e dir.*, 2005, p. 454-455).

⁵⁵ Cfr. Commissione CE, *Libro Verde*, cit., p. 39.

⁵⁶ Sul tema per tutti, cfr. O. RAZZOLINI, *Contitolarità del rapporto di lavoro nel gruppo caratterizzato da unicità d'impresa*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2009, p. 263 ss. e, in un'ottica estesa a tutte le ipotesi di collegamento negoziale, V. SPEZIALE, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, ivi, 2010, p. 1 ss. (spec. p. 60-61 per cenni ai profili internazional-privatistici).

⁵⁷ Corte giust. CE, *Koelzsch*, punto 43 e *Voogsgeerd*, punto 35.

⁵⁸ Come si legge nella sentenza Corte giust. CE, ult. cit, punti 42-43, “*poiché l'obiettivo dell'articolo 6 della Convenzione di Roma è di assicurare una tutela adeguata al lavoratore, tale disposizione deve essere intesa nel senso che essa garantisce l'applicabilità della legge dello Stato in cui egli svolge le sue attività professionali piuttosto che di quella dello Stato della sede del datore*”.

⁵⁹ L'esempio è richiamato nella Relazione Giuliano-Lagarde, cit., p. 27.

⁶⁰ L'art. 6, par. 2, lett. b) della *Proposta di Regolamento*, cit., prevedeva il ricorso al criterio della sede “*qualora [il lavoratore] non compia abitualmente il suo lavoro in o a partire da uno stesso paese o qualora compia abitualmente il suo lavoro in uno spazio non sottoposto ad un'autorità nazionale*”.

Il criterio della sede di assunzione risponde massimamente ad esigenze di certezza e di prevedibilità della legge applicabile, che viene selezionata in base al luogo cui presumibilmente entrambe le parti hanno fatto riferimento nel momento della stipula del contratto⁶¹. Se ciò è vero, il legislatore europeo, nel riprodurre fedelmente nell'art. 8, par. 3 il testo della Convenzione di Roma, ha perso l'occasione per risolvere alcune incertezze interpretative che rischiano di compromettere le finalità della norma. L'inerzia del legislatore è stata però compensata dall'attivismo della Corte di giustizia, che nella sentenza *Voogsgeerd* ha fornito preziose indicazioni in merito, rispondendo a specifiche questioni pregiudiziali⁶².

I giudici di Lussemburgo hanno chiarito che l'identificazione della sede prescinde dalle effettive modalità di svolgimento del rapporto, essendo necessario procedervi proprio quando non è possibile ricavare da queste il luogo di svolgimento abituale del lavoro⁶³. La sede coincide con l'impresa che ha concluso il contratto di lavoro ovvero che ha formalmente assunto il lavoratore; il che significa che il giudice deve considerare soltanto gli elementi relativi alla "procedura di conclusione del contratto" e non quelli attinenti alla sostanza del rapporto⁶⁴. Neppure rileva il fatto che la sede di assunzione sia o meno dotata di personalità giuridica, essendo sufficiente che il contratto sia concluso da "qualsiasi struttura stabile di un'impresa" (filiale, succursale o ufficio)⁶⁵. La necessaria "stabilità" della struttura organizzativa che procede all'assunzione impedisce però che possa considerarsi "sede" un agente inviato in uno Stato al solo fine di assumere un lavoratore⁶⁶.

È evidente che la sede può non coincidere con il centro effettivo di amministrazione del rapporto di lavoro, ma questa pare l'inevitabile conseguenza dell'adozione di un criterio di collegamento strettamente "formale", per questo tale da ridurre i margini di incertezza nella selezione della legge applicabile. Il criterio della sede si fonda dunque su una logica per certi versi opposta a quella sottesa al criterio della *lex loci laboris*, funzionale ad identificare il centro di gravità sostanziale del rapporto. Quando questo manca, o comunque non è chiaramente accertabile dal giudice, suppliscono gli elementi formali del rapporto. Il che conferma come il problema dell'identificazione del datore di lavoro si ponga in termini affatto peculiari nel sistema delle norme di conflitto, alla luce delle quali deve essere risolto (*supra* par. 2). Se è vero che per identificare la *lex*

⁶¹ Cfr. M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *Quaderni dir. lav. e relazioni ind.*, n. 20, 1998, p. 82; analogamente cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit. p. 167.

⁶² La Corte ha voluto rispondere alle questioni pregiudiziali relative alla corretta interpretazione della nozione di "sede" di cui all'art. 6, par. 2, lett. b) della Convenzione, evidentemente per non perdere l'occasione di affrontare importanti nodi interpretativi; ciò nonostante che il caso andasse risolto chiaramente in virtù del criterio principale della *lex loci laboris* di cui all'art. 6, par. 2, lett. a), come la Corte stessa riconosce nelle osservazioni preliminari (Corte giust. CE, *Voogsgeerd*, punti 22-42).

⁶³ Corte giust. CE, ult. cit., punti 44-46.

⁶⁴ Corte giust. CE, ult. cit., punto 50, dove si legge che "il giudice di rinvio dovrebbe prendere in considerazione [...] unicamente [gli elementi] relativi alla procedura di conclusione del contratto, quali la sede che ha pubblicato l'annuncio di assunzione e quella che ha condotto il colloquio di assunzione".

⁶⁵ Corte giust. CE, ult. cit., punto 54. Ne esce solo in parte confermata l'autorevole opinione di chi (basandosi sulla lettera della versione francese della Convenzione di Roma) identifica la sede con lo "stabilimento che ha proceduto ad assumere" (cfr. P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1991, p. 318).

⁶⁶ Corte giust. CE, ult. cit., punto 55; a diversa conclusione si deve invece giungere "se questo stesso agente si reca in un paese in cui il datore di lavoro mantiene una rappresentanza stabile della sua impresa" (punto 56).

loci laboris è necessario considerare gli elementi oggettivi del rapporto indipendentemente dalla formale imputazione dello stesso⁶⁷, il giudizio teso ad identificare la sede prescinde da tali elementi; a tal punto che, come precisato dalla Corte di giustizia, la reale natura di datore del soggetto che, formalmente, ha proceduto all'assunzione, può essere revocata in dubbio solo qualora questi “*abbia agito in nome e per conto*” di un'altra impresa; cioè solo in presenza di un mandato esplicito che formalizzi un trasferimento dei poteri datoriali⁶⁸.

La *ratio* di certezza sottesa al criterio *de quo* suggerisce la soluzione al problema degli effetti conseguenti al cambiamento di sede del datore. Associare a quest'ultimo anche il mutamento della legge applicabile contrasterebbe con l'esigenza del lavoratore di fare affidamento sulla legge selezionata al momento dell'assunzione; è vero infatti che questi ben potrebbe ignorare il trasferimento dell'impresa⁶⁹, posto che il presupposto “fattuale” per l'applicazione del criterio in esame è che il lavoro non venga abitualmente svolto presso la sua sede centrale. Al contrario di quanto avviene in conseguenza dell'applicazione del criterio della *lex loci laboris*, il criterio della sede determina dunque una cristallizzazione della legge applicabile al rapporto identificata al momento dell'assunzione⁷⁰.

5.1. segue: il collegamento più stretto

Il sistema di norme di conflitto relativo al contratto di lavoro è chiuso dalla c.d. clausola d'eccezione, espressione del generale principio di “prossimità” ed applicabile in forza di un giudizio che tenga conto dell' “*insieme delle circostanze*” (art. 8, par. 4). La sua riscrittura nel Regolamento permette di chiarire che grazie ad essa vengono disattesi gli altri due criteri di collegamento e non solo quello della sede, come il vecchio testo dell'art. 6, par. 2 della Convenzione di Roma poteva erroneamente indurre a credere⁷¹. Ciò significa che la clausola in questione è utilizzabile non solo quando non è possibile localizzare il luogo di abituale svolgimento del lavoro, ma anche quando tale luogo è in ipotesi identificabile, ma dall'insieme delle circostanze attinenti ai profili soggettivi ed oggettivi del contratto emerge un legame più significativo (un “*collegamento più stretto*”) con un diverso ordinamento. Il collegamento più stretto può ricavarsi da una pluralità di elementi, tra i quali, in primo luogo, la residenza o il domicilio del lavoratore o di entrambe le parti, l'effettivo centro decisionale del datore, la lingua e la forma adoperata nel contratto, la valuta usata per la retribuzione ed il luogo in cui questa viene versata⁷².

Nel confermare anche nel Regolamento la clausola d'eccezione, è prevalsa la considerazione che una troppo rigida applicazione dei criteri di collegamento non sarebbe stata compatibile con l'e-

⁶⁷ Che il criterio della *lex loci laboris* implichi una nozione di datore che non tiene conto del dato formale della titolarità del contratto, ma piuttosto dei profili sostanziali ricavabili dall'esercizio nei fatti delle prerogative datoriali e dall'eventuale collegamento negoziale, emerge chiaramente dalla sentenza Corte giust. CE, *Pugliese* (*supra* nt. 54).

⁶⁸ Corte giust. CE, *Voogsgeerd*, punti 49 e 63.

⁶⁹ Così U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, p. 168.

⁷⁰ Cfr. L. FICARI, *Commento all'art.6*, cit., p. 1006; M. E. CORRAO, *Profili internazionale-provatistici*, cit., p. 514; A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato*, cit. p. 832

⁷¹ In tal senso cfr. Cass., 7 dicembre 2005, n. 26976 in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, p. 1053 ss.

⁷² In merito, diffusamente, cfr. R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 240 ss.

signanza di fornire risposte adeguate alle molteplici ed imprevedibili fattispecie capaci di dar origine a conflitti di leggi⁷³. Un'esigenza sentita in maniera più netta in relazione ai contratti di lavoro rispetto alle altre tipologie contrattuali, considerando che l'omologa disposizione destinata alla generalità dei contratti è stata riformata in senso restrittivo⁷⁴.

Si apre in questo modo un notevole spazio per la discrezionalità del giudice, che entra in contraddizione con le finalità di certezza e prevedibilità cui il legislatore europeo del 2008 si è detto essersi ispirato⁷⁵. Per questo motivo, al fine di scongiurare un uso del criterio in parola capace di disarticolare l'intero sistema delle norme di conflitto, se ne auspica unanimemente un utilizzo parsimonioso⁷⁶ ed un'interpretazione restrittiva che gli faccia assumere un ruolo residuale rispetto agli altri criteri⁷⁷.

Il criterio del collegamento più stretto trova elettiva sede di applicazione in quei rapporti di lavoro che mancano di un luogo di svolgimento agevolmente identificabile, *in primis* nell'ambito del trasporto internazionale, dove la sua concorrenza con gli altri criteri appare fisiologica. Esso s'impone poi come necessario nel caso del telelavoro internazionale, strutturalmente privo di un centro "fisico" di gravità del rapporto⁷⁸.

In una logica di contrasto allo *shopping* normativo, la clausola può risultare funzionale a tutelare il lavoratore nell'ambito dei gruppi di imprese multinazionali, grazie all'individuazione del collegamento più stretto con il paese dove si trova il centro decisionale effettivo del gruppo (ovvero l'impresa controllante)⁷⁹. Analogamente, la prolungata permanenza sul territorio di un paese in esecuzione di un contratto di lavoro può essere un indice che concorre a far emergere un legame più stretto con tale paese, nonostante il carattere "temporaneo" della presenza ai sensi dell'art. 8, par. 2; e l'attrazione nel regime fiscale e previdenziale⁸⁰ del paese ospitante (oltre al fatto di esservi domiciliati) acquista in quest'ottica un indubbio rilievo.

Certo è che la clausola d'eccezione non può essere strumentalmente usata per applicare la *lex fori*, né per garantire al lavoratore il trattamento più favorevole⁸¹. Il criterio ha natura neutra ed

⁷³ In tal senso, M.V. POLAK, "Laborum dulce lenimen?", cit. p. 331; analogamente L. FICARI, *Lavoro (legge applicabile al contratto di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVIII, Roma, 1995, p. 3.

⁷⁴ L'art. 4, par. 3 del Regolamento Roma I richiede la presenza di "collegamenti manifestamente più stretti con un paese diverso" per applicare la clausola d'eccezione.

⁷⁵ Cfr. F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit. p. 353 che profila scenari di "grave incertezza".

⁷⁶ Così R. CLERICI, *Quale favor*, cit., p. 222.

⁷⁷ Cfr. tra gli altri, F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge*, cit. p. 61 e F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit. p. 355.

⁷⁸ L'esempio è suggerito dalla Commissione nel *Libro Verde*, cit., p. 40.

⁷⁹ Cfr. M. E. CORRAO, *Profili internazionale-privatistici*, cit. p. 517.

⁸⁰ L'art. 12, par. 1 del Regolamento (CE) n. 883/2004 fissa in 24 mesi la durata massima del distacco, oltre la quale il lavoratore viene iscritto nel sistema di sicurezza sociale del paese ospitante, mentre la decisione 2000/181/CE della Commissione amministrativa, recependo la giurisprudenza della Corte di giustizia sul tema, detta i criteri per individuare dove si collocano le attività significative dell'impresa, ai fini del suo inquadramento previdenziale (sul tema, cfr. M. CINELLI, *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in *Lavoro nella giur.*, 2007, p. 124 ss. e, da ultimo, W. CHIAROMONTE, *La disciplina del coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale*, in S. SCIARRA, *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino 2010, p. 248 ss.). La materia non ha diretto rilievo internazionale-privatistico, nel senso che l'iscrizione in un sistema di sicurezza sociale non ha automatiche conseguenze sul piano della legge applicabile; come suggerito nel testo, è però un indice significativo del legame con un paese.

⁸¹ Cfr. F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge*, p. 62 che richiama una nota sentenza della Cour d'Appel di Parigi (sent. 7 giugno 1996, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 1997, p. 55 con nota critica di M. A. MOREAU); più recentemente, sempre dalla giurisprudenza francese, cfr. Cass.

asettica e non è invocabile per perseguire obiettivi di equità sostanziale⁸². Il che non esclude naturalmente che nei fatti a questi obiettivi si riveli spesso funzionale.

Ciò è vero in particolare nell'ambito del lavoro marittimo, dove la clausola d'eccezione può permettere di contrastare la prassi dell'adozione delle c.d. bandiere di comodo: prassi favorita proprio dall'incertezza circa l'applicazione dei criteri di collegamento⁸³. A contrastare gli effetti dell'adozione di bandiere di comodo può oggi concorrere l'inciso "a partire dal quale" introdotto nella nuova versione dell'art. 8, par. 2, nei casi in cui la nave batta con regolarità la medesima rotta, salpando sempre dallo stesso porto. Quando però ciò non accade, sembrerebbero legittimo sottoporre il lavoro marittimo alla legge nazionale della nave⁸⁴, se in essa, con buona parte della dottrina, si identifica il luogo di svolgimento abituale della prestazione⁸⁵. Anche il ricorso al criterio sussidiario del luogo di assunzione⁸⁶ non garantisce di per sé dal *law shopping*, vista la facilità con la quale un armatore può sceglierlo in ragione della normativa lavoristica più conveniente. È grazie alla clausola d'eccezione che è allora possibile identificare come applicabile la legge di un paese diverso da quello "di bandiera", se questo è stata scelto rispondendo alla sola logica della convenienza ed in assenza di altri collegamenti significativi⁸⁷.

6. Le disposizioni non derogabili dalla legge scelta dalle parti

Se le parti manifestano la volontà di affidare la regolazione del loro rapporto alla legge di un ordinamento diverso da quello individuabile in base ai criteri sin qui analizzati, questi ultimi servono per identificare l'ordinamento le cui norme inderogabili devono comunque trovare applicazione a tutela del lavoratore (art. 8, par. 1). Il riferimento alle "disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente" sostituisce nel Regolamento quello alle "norme imperative" contenuto nell'omologo disposto della Convenzione di Roma. Si tratta di una modifica quanto mai opportuna, che scioglie qualsiasi dubbio circa la non sovrapposibilità della nozione in parola con quella di "norme di applicazione necessaria" oggetto del disposto di cui al successivo art. 9, anch'esse definite come "norme imperative" nel testo della Convenzione (art. 7) (*infra* paragrafo 8).

23 ottobre 2005, commentata da F. JAULT-SESEKE, *L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail*, ivi, 2005, p.269 ss.

⁸² Così F. MOSCONI, ult. cit., p. 61; F. CLERICI, *Quale favor*, cit. p. 225; S. KREBBER, *Conflict of laws*, cit. p. 527.

⁸³ Il problema della legge applicabile ai contratti di lavoro del personale navigante non ha univoca soluzione; su di esso, nell'ordinamento italiano, incide anche la normativa speciale istitutiva del registro internazionale (legge n. 30/98) e quella che disciplina la professione del raccomandatario marittimo (legge n. 135/77). Il tema meriterebbe ampia e specifica trattazione non possibile in questa sede (in merito, oltre all'opera monografica di L. MENGHINI, *I contratti di lavoro nel diritto della navigazione*, Milano, Giuffrè, 1996, cfr. tra gli altri, F. GUADAGNA, *Internazionalizzazione degli equipaggi e legge applicabile ai rapporti di lavoro*, in *Dir. marit.*, 2006, p. 668 ss.).

⁸⁴ È quanto prevede la legislazione di diversi Stati membri. In Italia il criterio della nazionalità della nave è prescritto dall'art. 9 codice nav., che però la dottrina considerava già abrogato per effetto dell'entrata in vigore della legge 218/95 e della conseguente applicazione dell'art. 6 della Convenzione di Roma (cfr. L. MENGHINI, *Tutela dei marittimi e diritto internazionale privato del lavoro: l'abrogazione dell'art. 9 cod. nav. a opera della Convenzione di Roma del 1980*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, II, p. 212 ss.). La Cassazione riconosce al criterio della nazionalità della nave un ruolo residuale rispetto agli altri criteri di collegamento utilizzabili: così in Cass., Sez. Un., 17 luglio 2008, n. 19595, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 659, dove, seppur in materia di giurisdizione, l'applicabilità del criterio *de quo* al caso di specie è stata esclusa in ragione di "plurimi e successivi approdi anche in diversi paesi" (cfr. anche Cass., 1 giugno 2006, n. 13053 in *Dir. marit.*, 2008, p. 1274 ss, che conferma Cass. Sez. Un., 18 ottobre 1993, n. 10293, in *Foro it.*, 1995, I, 312).

⁸⁵ Cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 170 e MAX-PLANK INSTITUTE, *Comments on European*, cit, p. 70.

⁸⁶ Ne suggerisce l'adozione P. VENTURI, *Commento all'art.8*, cit., p. 783.

⁸⁷ Oltre autori citati in nota 85, cfr. P. CHAUMETTE, *Le droit du travail des gens de mer en chantier- deconstruction-reconstruction*, in *Dir. marit.*, 2004, p. 1234.

Le precisazioni apportate nel nuovo testo non risolvono però il centrale problema interpretativo cui la disposizione dà origine, ovvero a quali norme possa essere attribuito il carattere dell'inderogabilità. Problema che chiama in causa il tema del ruolo e della funzione della norma inderogabile nel diritto del lavoro, la cui "crisi" rappresenta l'elemento caratterizzante la recente fase evolutiva della materia in tutti gli ordinamenti⁸⁸.

Non è questa ovviamente la sede per affrontare una simile questione; e tuttavia con essa si deve fare i conti per far luce sulla pratica operatività della norma in esame. Qui basti osservare come tra le norme inderogabili vadano ricomprese anche quelle cedevoli rispetto alla contrattazione collettiva. Ed anzi, il fatto che una norma sia derogabile "soltanto" dalla contrattazione collettiva può a ragione considerarsi un indice della sua imperatività (*rectius* inderogabilità)⁸⁹. Tale conclusione appare coerente con la *ratio* dell'art. 8 del Regolamento, il cui fine è quello di limitare la libera scelta della legge applicabile da parte del datore; un limite che non sarebbe logico rimuovere qualora la legge riconoscesse solo al contratto collettivo (e non appunto alla volontà delle parti) il potere di discostarsi da quanto essa dispone.

Con il che non si è affatto risolto il problema degli effetti che sul sistema delle norme di conflitto determina la presenza di una molteplicità di forme di integrazione tra legge, contratto collettivo e autonomia individuale, configuranti diversi "gradi" di inderogabilità della prima. Limitandosi soltanto a richiamare in termini generali una simile problematica, che richiede una soluzione caso per caso, non si può non rilevare come la crescente apertura all'autonomia individuale nella regolazione dei rapporti di lavoro renda sempre meno agevole l'invocabilità della norma inderogabile per arginare il *law shopping*.

6.1. Il ruolo dell'autonomia individuale nella scelta della legge applicabile

Pur con il limite delle norme inderogabili, la volontà delle parti resta il principale criterio di collegamento anche per i rapporti di lavoro, a conferma della regola generale posta dall'art. 3 del Regolamento. Il richiamo espresso a questa norma contenuto nell'art. 8, par. 1 rende l'*optio legis* esercitabile nella maniera più ampia. La scelta può avvenire anche dopo la conclusione del contratto e le parti possono mutare la designazione della legge applicabile con accordi successivi, con il solo limite della garanzia dei diritti dei terzi (art. 3, par. 2). È ammessa la possibilità di frazionamento del contratto (c.d. *dépeçhage*), vale a dire che le sue clausole possono essere sottoposte a leggi di ordinamenti diversi, salvo la necessità di garantire la coerenza interna della disciplina

⁸⁸ Non avendo senso rendere conto in questa sede dello sterminato dibattito sul tema, ci si limita a richiamare S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2006, p.39 ss. che affronta la questione in ottica sovranazionale ed (anche) internazionale-privatistica e P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, ivi, 2008, spec. p. 481 ss.

⁸⁹ Così, in relazione all'art. 6 della Convenzione di Roma, M.V. POLAK, "*Laborum Dulce Lenimen?*", cit., p. 325 e 336. Una diversa conclusione, nell'ordinamento italiano, avrebbe oggi effetti dirompenti a causa della presenza dell'art. 8, legge n. 148/2011 che, di fatto, renderebbe inapplicabile l'intero sistema di norme di conflitto relative al contratto di lavoro configurato dall'art. 8 del Regolamento.

che ne consegue⁹⁰. La scelta può cadere anche su fonti non statali⁹¹ che, nel caso dei contratti di lavoro, includono i contratti collettivi.

La lettera dell'art. 8, par. 1 non esclude l'operatività della c.d. scelta implicita (o tacita), ammessa dal precedente art. 3, par. 1 nel caso in cui la volontà comune, non manifestata espressamente dalle parti, risulti “*chiaramente dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze del caso*”. Si è osservato come sia necessario considerare il concorso di più elementi (formali o attinenti ai comportamenti delle parti) al fine di dimostrare l'effettiva consapevolezza del lavoratore circa l'applicazione al contratto di una legge diversa da quella derivante dal ricorso ai criteri previsti in assenza di scelta⁹². Su questa linea sembra porsi la Corte di Cassazione che, nella sua più recente giurisprudenza, ha ammesso la legittimità dell'individuazione per via indiziaria della legge scelta dalle parti, pur in assenza di esplicita indicazione delle stesse, basandosi proprio sul disposto dell'art. 3 (nell'equivalente versione contenuta nella Convenzione di Roma).

Il rilievo della volontà implicita non necessariamente si traduce in uno svantaggio per il lavoratore, ben potendo essere funzionale ai suoi interessi, specie considerando che il datore di norma si premunisce con espresse clausole contrattuali qualora voglia adottare una legge diversa da quella derivante dai criteri sussidiari. A riprova di ciò, la Cassazione ha giustificato l'applicazione della legge italiana (rivendicata dal lavoratore) ad un rapporto di lavoro tra un cittadino italiano ed una filiale estera di un'impresa italiana, deducendo la volontà implicita delle parti dalla loro comune nazionalità e dal rinvio nel contratto ad istituti ed a norme del loro paese di appartenenza⁹³. Dalla giurisprudenza di legittimità, in vero, emerge un uso non lineare delle norme di conflitto internazionale-privatistiche, dal momento che il criterio della legge (implicitamente) scelta dalle parti pare sovrapporsi a quello del “collegamento più stretto” (cioè alla clausola d'eccezione, che è, rispetto alla volontà delle parti, criterio sussidiario); ciò si ricava dal fatto che i giudici di Cassazione individuano nella legge scelta dalle parti l'unica legge regolatrice del contratto, disapplicabile solo per contrasto con l'ordine pubblico internazionale⁹⁴.

⁹⁰ M.V. POLAK, ult. cit., p. 327; criticamente, A. LYON CAEN- S.SCIARRA, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 18; sul *dépeçage*, in generale, cfr. l'ormai classico saggio di P. LAGARDE, *Le “depeçage” dans le droit international privé des contrats*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1975, p. 649 ss.

⁹¹ Lo si ammette espressamente nel considerando 13 del Regolamento Roma I, fuggendo i dubbi a riguardo espressi in dottrina (cfr. L. FICARI, *Commento all'art.6*, cit., p.1004, p.2 e G. SACERDOTI, *Finalità e caratteri generali della Convenzione di Roma, La volontà delle parti come criterio di collegamento*, in G. SACERDOTI- M. FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 14).

⁹² Così P. VENTURI, *Commento all'art.8*, cit., p. 775 e F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit. p. 345-346.

⁹³ Cass., 15 luglio 2010, n. 16579 in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, p. 857 con nota di A. BORDONE, *Obbligo di repêchage e rilevanza delle filiali estere* (cfr. anche S. VARVA, *Come va valutato il licenziamento del lavoratore impiegato in una sede estera?*, in *Note informative* 51, 2011, p. 53); grazie al riconoscimento della scelta implicita della legge italiana la Corte di Cassazione ha valutato illegittimo il licenziamento del lavoratore per violazione dell'obbligo di repêchage, da effettuare con riferimento a tutte le articolazioni dell'impresa, indipendentemente dal paese di stabilimento, e non solo alla singola filiale con sede all'estero (*contra* Tribunale Milano 17 novembre 2004, in *Orient. giur. lav.*, 2004, p. 929, nel senso che la ricollocazione di un lavoratore non possa travalicare i confini nazionali dell'azienda).

⁹⁴ Cfr. anche Cass., 25 novembre 2010, n. 23933, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2011, p. 474, relativa ad un licenziamento di un lavoratore assunto da una multinazionale tedesca ed a lungo utilizzato in distacco dalla filiale italiana. La Cassazione ha ammesso l'applicazione della legge tedesca in ragione dell'esistenza di numerosi indici rivelatori della volontà delle parti di sceglierla come legge regolatrice del rapporto (scelta della lingua per la redazione del contratto, luogo di predisposizione e conclusione dello stesso, valuta scelta per il corrispettivo, regime previdenziale, inesistenza di obiezioni da parte del lavoratore durante il rapporto), ma non ha valutato la pos-

Lo scenario incerto che emerge dalla recente giurisprudenza di legittimità non permette dunque di fugare le perplessità manifestate da chi, nell'apertura all'autonomia delle parti confermata dall'articolo 8, coglie una contraddizione con la *ratio* di tutela della parte debole che dovrebbe ispirare il sistema "speciale" di norme di conflitto sui contratti di lavoro⁹⁵. Evidentemente per il legislatore europeo tale *ratio* è soddisfatta dai limiti che la volontà delle parti trova nelle norme inderogabili del paese collegato al contratto in base ai criteri applicabili in mancanza di scelta, secondo uno schema che riproduce sul piano della disciplina internazional-privatistica il tradizionale rapporto tra fonti eteronome e autonomia individuale configurato nell'ambito dei sistemi nazionali di diritto del lavoro⁹⁶.

La medesima *ratio* di tutela finisce per accentuare il problema del frazionamento del contratto, frutto del *depeçage*. Dal momento che la legge scelta dalle parti cede a fronte delle specifiche norme individuate in base ai criteri sussidiari che offrono in concreto protezione maggiore al lavoratore⁹⁷, è necessario operare un puntuale confronto tra le diverse disposizioni di legge applicabili al fine di individuare quella più favorevole. Il problema dei criteri sui quali basare tale confronto non è (colpevolmente) affrontato dal Regolamento⁹⁸. Sembra condivisibile l'opinione di chi esclude di operarlo tra le singole clausole, optando per il più elastico criterio del confronto tra istituti, che permette di tener conto del livello complessivo di tutela assicurato al lavoratore⁹⁹. Il che riduce solo in parte l'effetto di frazionamento del contratto che, come detto, la norma in esame implica.

Non gioca un ruolo significativo per risolvere i problemi sin qui richiamati la Direttiva n. 91/533/CE relativa agli obblighi di informazione del datore sulle principali condizioni contrattuali, che pur dedica una norma specifica al lavoratore inviato all'estero. L'art. 4, par. 1 della Direttiva si limita ad ammettere che le informazioni cui il datore è tenuto¹⁰⁰ siano ricavabili dal riferimento alle "disposizioni legislative, regolamentari, amministrative, statutarie o ai contratti collettivi" applicabili al rapporto. Ciò non comporta tuttavia che la legge indicata sia quella effettivamente scelta dalle parti, neppure implicitamente, posto il carattere unilaterale dell'informazione; né, tanto meno, garantisce la correttezza della individuazione della legge applicabile alla luce dei criteri

sibile prevalenza delle norme inderogabili dello Stato individuato in base ai criteri sussidiari dettati dall'articolo 6, par. 2 della Convenzione di Roma; da ciò il fondato sospetto, riportato nel testo, di un uso nei fatti della volontà implicita quale criterio sostitutivo della clausola d'eccezione. La sentenza poi si espone ad ulteriori valutazioni critiche per non aver considerato la rilevanza (evidente nel caso di specie) della d.lgs. n. 72/00 di recepimento della Direttiva 96/71/CE (vd. *infra* nt. 188).

⁹⁵ Cfr. P. VENTURI, *Commento all'art. 8*, cit. p. 773 e F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 341 ss. Meno critica la lettura di M. E. CORRAO, *Profili internazional-privatistici*, cit. p. 508 che sottolinea l'importanza di configurare i rapporti di lavoro internazionali in una "prospettiva dinamica" e valorizza il criterio della legge scelta dalle parti nei contratti con dirigenti e lavoratori di alta professionalità.

⁹⁶ Cfr. ancora M. E. CORRAO, *ult. cit.*, p. 511.

⁹⁷ Come si legge nella Relazione Giuliano-Lagarde in relazione all'art. 6 della Convenzione di Roma "Nella misura in cui le disposizioni della legge applicabile in base al paragrafo 2 proteggano i lavoratori meglio della legge scelta, per esempio accordando un più lungo periodo di preavviso, esse prevalgono sulle corrispondenti disposizioni di quest'ultima e si applicano in loro vece".

⁹⁸ Critico sul punto anche A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato*, cit. p. 829.

⁹⁹ M. MAGNANI, *Il diritto applicabile*, cit., p. 86 (sulla scia di P. RODIÈRE, *Note*, in *Rev. crit. droit inter. priv.*, 1990, p. 711 che propone la comparazione tra disposizioni aventi la medesima finalità) e U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 162.

¹⁰⁰ A quelle di carattere generale di cui all'art. 2, par. 2, l'art. 4 della Direttiva 91/533 aggiunge le informazioni attinenti alla durata della permanenza all'estero, alla valuta utilizzata, alle indennità eventualmente riconosciute ed alle condizioni di rimpatrio.

fissati dal Regolamento¹⁰¹.

7. Profili particolari del contratto di lavoro internazionale: forma e modalità di esecuzione

Le norme di conflitto dettate dall'art. 8 permettono di individuare la legge applicabile alla sostanza del contratto di lavoro¹⁰². La stessa legge è chiamata a regolarne i profili formali, ma il contratto resta comunque valido se così dispone la legge del paese dove è concluso (*lex loci actus*) (art. 11, par. 1). Se le parti, al momento della conclusione del contratto, si trovano in paesi diversi, vale anche la forma prevista dalla legge di uno dei questi o del paese di residenza abituale di una delle parti (art. 11, par. 2). Queste norme di conflitto in materia di forma del contratto hanno valenza generale, ovvero riguardano qualsiasi tipologia contrattuale. La *ratio* del *favor negotii* (o *validitatis*)¹⁰³ cui sono chiaramente ispirate è però poco sintonica con l'esigenza di tutela della parte debole posta a base dell'art. 8¹⁰⁴. Il contrasto tra le due logiche regolative è ancora più stridente in relazione agli atti unilaterali (come il licenziamento e le sanzioni disciplinari), anch'essi validi se tali per la legge che ne disciplina la sostanza o per quella del paese dove l'atto è compiuto o dove l'autore dell'atto risiede abitualmente (art. 11, par. 3).

Gli effetti pregiudizievoli che teoricamente da tali disposizioni conseguono per il lavoratore potrebbero essere neutralizzati riconducendo le regole relative alla forma tra le norme inderogabili o tra quelle di applicazione necessaria (*infra* paragrafo 8), nella misura in cui i vincoli formali siano inscindibilmente legati alle finalità di tutela sostanziale del lavoratore¹⁰⁵. Sarebbe stato comunque preferibile associare necessariamente la legge applicabile ai requisiti formali del contratto di lavoro a quella regolatrice dei suoi profili sostanziali.

Il Regolamento contiene una specifica norma di conflitto riferita alle modalità di esecuzione del contratto, la regolazione delle quali è rimessa alla legge del paese dove l'esecuzione stessa ha luogo (art. 12, par. 2) (*lex loci executionis/solutionis*). Il disposto, anch'esso di carattere generale, va interpretato restrittivamente in relazione al contratto di lavoro. Condivisibile è ovviamente un suo utilizzo funzionale a permettere l'applicazione della legislazione in materia di festività propria del luogo di esecuzione del lavoro¹⁰⁶. Il criterio *de quo* può incidere anche sulla materia dell'orario, limitatamente ai profili attinenti ad una sua modulazione nel rispetto dei limiti fissati dalle norme inderogabili applicabili in base all'art. 8¹⁰⁷.

È infine rimessa alla legge regolatrice del contratto la disciplina delle capacità giuridiche "speciali",

¹⁰¹ Sull'assenza di coordinamento tra la Direttiva 91/533/CE e la Convenzione di Roma si rinvia alle osservazioni critiche di A. LYON CAEN- S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 16-17.

¹⁰² L'art. 12, par. 1 del Regolamento Roma I individua i profili sostanziali della disciplina contrattuale regolati dalla legge applicabile con un elenco di carattere non tassativo (così F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile*, cit., p. 65 in relazione all'omologa norma della Convenzione di Roma).

¹⁰³ Cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit. p. 212.

¹⁰⁴ In merito cfr. le osservazioni critiche di L. FORLATI PICCHIO, *Lavoro nel diritto internazionale*, cit. p. 353.

¹⁰⁵ In tal senso U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 217; conformemente B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili di internazionalità*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, *Diritto del lavoro. Commentario diretto da F. Carinci*, vol. II, UTET, Torino, 2007, p. 2105 con riferimento ai commi 2 e 3 dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori.

¹⁰⁶ Così F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile*, cit. p.57 che richiama l'esempio portato nella Relazione Giuliano- Lagarde.

¹⁰⁷ Analogamente, B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili*, cit. p. 2106.

che in materia di lavoro comprende quella relativa ai contratti formativi¹⁰⁸. Lo stabilisce l'art. 20 della legge n. 218/95, cui è necessario far riferimento dal momento che il Regolamento non si applica alla materia in questione (art. 1, par. 2, lett. a))¹⁰⁹.

8. Le eccezioni alle norme di conflitto: norme di applicazione necessaria e ordine pubblico

Il funzionamento delle norme di conflitto trova un limite nelle norme di applicazione necessaria che l'art. 9 del Regolamento identifica in quelle “*disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale ed economica*”. La particolare forza precettiva di tali norme le rende applicabili sempre e comunque, qualunque sia la legge regolatrice del rapporto. Si tratta in primo luogo di norme della legge del foro (art. 9, par. 2), ma il giudice può dare effetto anche a norme di un altro paese nel quale il contratto abbia trovato esecuzione (*lex loci executionis*), se queste rendono le prestazioni illecite (art. 9, par. 3)¹¹⁰. Con quest'ultima disposizione si è significativamente ridotta la possibilità di dare efficacia a norme di applicazione necessaria di un ordinamento diverso da quello della *lex fori*, visto che la Convenzione di Roma richiamava le norme di qualsiasi paese con il quale la situazione avesse presentato “*uno stretto legame*” (art. 7, par. 1)¹¹¹.

Le norme di applicazione necessaria operano *a priori* e “positivamente”, in ciò distinguendosi dal limite dell'ordine pubblico, altra deroga di carattere generale alle norme di conflitto che il Regolamento (art. 21) riprende alla lettera dalla Convenzione di Roma (art. 16). Quello dell'ordine pubblico è un limite posto a difesa dei valori fondamentali dell'ordinamento nazionale, che impedisce vi trovino accoglienza norme di paesi stranieri che li contraddicono “*manifestamente*”¹¹², ma che nulla dice in merito alla legge da applicare in loro vece; un limite di carattere “negativo” e che opera *a posteriori*, ovvero a seguito di una valutazione comparativa tra il contenuto della legge applicabile ed i principi tutelati dalla legge del foro¹¹³.

I confini tra le due nozioni (norme di applicazione necessarie e di ordine pubblico) sembrano sfumare se si considera l'uso indistinto che di esse viene fatto nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di mercato interno¹¹⁴. Resta comunque l'opportunità di distinguere

¹⁰⁸ Cfr. L. FORLATI PICCHIO, *Lavoro nel diritto internazionale*, cit., p. 340, con riferimento all'apprendistato, cui può aggiungersi il contratto di inserimento.

¹⁰⁹ La libertà di determinare la legge applicabile in materia di capacità è però limitata da quanto dispone l'art. 13 del Regolamento (ex art. 11 della Convenzione di Roma), posto a tutela della buona fede del contraente incolpevolmente ignaro dell'incapacità della controparte, risultante da una legge diversa rispetto a quella del paese nel quale entrambe le parti si trovano.

¹¹⁰ Evidente è l'eco della dottrina britannica, recepita nel celebre caso *Ralli Brothers* (Court of Appeal, 26 marzo 1920, *Ralli B. v Compagnia Neviera Sota y Aznar* (1920) 1 K.B. 287), richiamato da A. BONOMI, *Norme di applicazione necessaria nel Regolamento Roma I*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 185.

¹¹¹ Sul punto, criticamente, cfr. N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del Regolamento Roma I*, in Id. (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 138 e P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco*, cit., p. 116 che evidenzia in particolare le conseguenti difficoltà di coordinamento con la Direttiva 96/71 (*infra* parte II, par. 1).

¹¹² L'avverbio “*manifestamente*” non è presente nell'art. 16 legge n. 218/95, a norma del quale “*La legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico*”.

¹¹³ Per tutti, tra gli ultimi, cfr. F. MOSCONI, *La difesa dell'armonia interna dell'ordinamento del foro, tra legge italiana, convenzioni internazionali e regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2007, p. 5 ss.

¹¹⁴ Ciò è confermato dal fatto che la nozione stessa di norme di applicazione necessaria adottata nell'art. 9 del Regolamento riproduce la definizione di “ordine pubblico” come deroga alle regole del mercato interno, adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza *Arblade* (Corte giust. CE, 23 novembre 1996, C-369/96 e C-376/96). Per effetto del processo di comunitarizzazione del diritto internazionale

concettualmente un limite positivo da uno negativo al funzionamento delle norme di conflitto, dal momento che l'assenza di una norma di applicazione necessaria in un ordinamento nazionale non esclude che una disposizione di legge straniera possa contrastare con i principi fondamentali dello stesso.

Le norme di applicazione necessaria si distinguono anche dalle norme inderogabili di cui all'art. 8, par. 1. Tutte le norme di applicazione necessaria sono inderogabili, ma non è vero il contrario visto che non tutte le norme inderogabili sono poste a difesa dell'organizzazione politica, sociale ed economica di un ordinamento. C'è una sostanziale differenza quali-quantitativa¹¹⁵ tra i due tipi di disposizioni, sottolineata nel considerando 37 del Regolamento¹¹⁶ e ben evidenziata dalla Commissione nel Libro Verde del 2002 con un esempio tratto dalla giurisprudenza francese: la disposizione di diritto interno che rende nullo il patto con il quale si rinuncia all'indennità di licenziamento o al preavviso è certamente inderogabile ("*imperativa*", secondo la definizione della Convenzione di Roma), quindi prevalente su quella eventualmente scelta dalle parti, ma non da applicare necessariamente in sostituzione della legge straniera regolatrice del contratto in base alle norme di conflitto¹¹⁷. Al contrario delle disposizioni inderogabili di cui art. 8, par.1, le norme di applicazione necessaria (al pari di quelle riconducibili all'ordine pubblico) hanno poi natura neutra e non rispondono ad una *ratio* di tutela della parte debole del rapporto; ragion per cui, almeno in teoria, possono tradursi anche in un trattamento di minor favore per il lavoratore¹¹⁸.

L'individuazione delle norme di applicazione necessaria spetta al giudice investito della causa, chiamato ad operare una valutazione che tenga conto della funzione svolta dalla norma nel proprio sistema giuridico (o in quello del luogo di esecuzione ex art. 9, par. 3). Lo stesso vale per l'identificazione dell'ordine pubblico quale limite estremo di applicabilità delle norme di conflitto. In primo luogo devono considerarsi i diritti ed i principi di rilievo costituzionale e le disposizioni di legge che ne sono attuazione. Il giudice non può poi non tener conto di quell'insieme di precetti e vincoli posti dall'ordinamento dell'UE dei quali consta l'ordine pubblico europeo, parte integrante di quello nazionale¹¹⁹. Nel giudizio teso a identificare le norme di applicazione necessaria e le disposizioni di ordine pubblico entrano così in gioco la Carta dei diritti fondamentali dell'UE,

privato, le due nozioni tendono a sovrapporsi non solo sul piano del contenuto ma anche sul piano della loro funzione (di limite positivo e negativo, appunto): ne emerge da una parte una marginalizzazione del limite dell'ordine pubblico nella sua tradizionale accezione, dall'altra la tendenza ad utilizzare tale nozione come sinonimo di norma di applicazione necessaria (in merito cfr. N. BOSCHIERO, *I limiti al principio*, cit., p. 130 ss.). Sulle relazioni tra le due nozioni cfr. anche, diffusamente, A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurigo, Zurigo, 1998, spec. p.195 ss.

¹¹⁵ Così M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Dir. lav.*, 2004, p. 407: cfr. anche M.V. POLAK, "*Laborum Dulce Lenimen*", cit., p.336 che distingue tra "*mandatory*" e "*super mandatory rules*".

¹¹⁶ Nel considerando 37 si chiarisce che "*il concetto di 'norme di applicazione necessaria' dovrebbe essere distinto dall'espressione 'disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente' e dovrebbe essere inteso in maniera restrittiva*".

¹¹⁷ Cfr. COMMISSIONE CE, *Libro Verde sulla trasformazione*, cit., p. 36.

¹¹⁸ Per tutti, cfr. F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge*, cit. p. 54. Si pensi all'ipotesi in cui l'ordine pubblico del foro (o la necessaria applicazione della sua legislazione) impedisca l'applicazione di una normativa straniera che, come quella italiana, garantisce la tutela reale in caso di licenziamento illegittimo.

¹¹⁹ Come già si legge nella Relazione Giuliano-Lagarde, cit., p. 41 "*è evidente che questa espressione include l'ordine pubblico comunitario divenuto parte integrante dell'ordine pubblico degli Stati membri*". Riguardo alla giurisprudenza italiana in merito cfr. *infra* paragrafo 8.1.

che integra e rafforza il quadro dei valori comuni agli Stati membri¹²⁰, e le direttive di armonizzazione, che dettano gli standard di tutela valevoli su tutto il territorio dell'UE¹²¹. Un riferimento ineludibile per il contratto di lavoro è rappresentato anche dalle norme che fissano standard minimi di tutela nelle materie elencate dall'articolo 3, par. 1 della Direttiva 96/71/CE sul distacco transnazionale, espressamente definite "norme di applicazione necessaria" dallo stesso Regolamento Roma I (considerando 34) (*infra* parte II, par. 2).

Il processo di "contaminazione" tra diritto nazionale ed europeo che interessa le nozioni in esame rappresenta forse l'effetto più significativo della comunitarizzazione del diritto internazionale privato, la cui portata non è ancora pienamente percepibile. Certo è che grazie ad esso il potere discrezionale delle autorità giurisdizionali nazionali (cui tradizionalmente è spettato il giudizio sui limiti alle norme di conflitto) è destinato ad affievolirsi¹²². Ciò è l'inevitabile conseguenza dell'essere la nozione stessa di norma di applicazione necessaria definita in una fonte che spetta alla Corte di giustizia interpretare¹²³. Ed il Regolamento suggerisce di adottare un'interpretazione restrittiva, ancorando la nozione in parola a "considerazioni di pubblico interesse" invocabili solo "in circostanze eccezionali" (così il considerando 37); il che quanto meno implica un onere di motivazione circa le ragioni che inducono l'autorità giudiziaria ad attribuire ad una norma imperativa di diritto interno valore di limite al funzionamento delle norme di conflitto.

Sull'evoluzione della materia influisce in maniera significativa la giurisprudenza relativa al mercato unico, che ha messo in luce come nella nozione di ordine pubblico europeo rientrino in primo luogo le disposizioni che tutelano le libertà economiche fondamentali¹²⁴. Quando l'applicazione delle norme lavoristiche di diritto interno incide sull'esercizio di tali libertà, il giudizio in merito alla loro natura sotto il profilo internazional-privatistico ne risulta necessariamente condizionato (*infra*, parte II, par.1).

8.1. segue: la giurisprudenza italiana sull'ordine pubblico

Il limite dell'ordine pubblico è stato sino a tempi recentissimi l'oggetto pressoché esclusivo della giurisprudenza italiana in materia di legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità. Si è già detto come ciò si spieghi con il fatto che essa si è sviluppata in vigenza delle disposizioni preliminari del c.c. deputate all'individuazione della legge regolatrice del contratto (*supra*, par. 1). Unico argine all'autonomia individuale era posto dalla possibilità di eccepire la contrarietà con l'ordine pubblico del foro della legge straniera richiamata (art. 31, disp. prel.); da ciò la centralità che la nozione ha acquisito nell'ambito del contratto di lavoro.

A lungo è prevalsa una lettura estensiva dell'ordine pubblico che ha portato ad identificarlo con l'insieme delle norme inderogabili poste a tutela del lavoratore nell'ordinamento nazionale. A tale

¹²⁰ In merito, tra gli altri, cfr. P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti*, cit., p. 483.

¹²¹ Sul ruolo giocato dalle fonti comunitarie nella (ri-)definizione del concetto di ordine pubblico e di norma imperativa nel diritto del lavoro cfr. S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali*, cit. p. 39 ss.

¹²² In merito, con accenti critici, cfr. P. VENTURI, *Commento all'art.8*, p. 785 ss. e B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto*, cit., p. 39.

¹²³ Come osserva A. BONOMI, *Norme di applicazione necessaria*, cit., p. 179 la definizione adottata con il Regolamento ha "l'effetto di introdurre un nuovo e distinto livello di controllo, anteriore rispetto a quello della compatibilità delle norme imperative interne con i principi del diritto comunitario", che già spettava alla Corte di giustizia.

¹²⁴ Sull' "ordine pubblico economico" dell'UE, da ultimo, cfr. N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia*, cit., p. 132 ss.

conclusione la giurisprudenza di legittimità è giunta riconducendo alla nozione in parola il principio del *favor laboris*, in ragione del fatto che esso informerebbe l'intera legislazione in materia di lavoro¹²⁵. In tal modo si è conseguito l'effetto di sottrarre il contratto di lavoro al sistema delle norme di conflitto, precludendo l'accesso nell'ordinamento italiano a qualsiasi disposizione straniera meno favorevole al lavoratore rispetto a quella interna.

Una simile impostazione ha subito una radicale revisione nella giurisprudenza più recente. Momento di svolta nell'approccio del Supremo Collegio è rappresentato dalla sentenza n. 14662 del 2000 con la quale viene espressamente espunto il principio del *favor* dalla nozione di ordine pubblico, in quanto riflesso di una concezione statalista non più compatibile con “*la posizione dell'ordinamento interno nell'ambito di quello internazionale*”¹²⁶. La nozione di “ordine pubblico internazionale” viene contrapposta a quella di “ordine pubblico interno”, solo il primo potendo impedire l'applicazione di una legge straniera¹²⁷. La Corte, nel rifiutare il principio del *favor*, ha finito così per restringere oltre modo il contenuto dell'ordine pubblico, identificandolo in quei soli principi propri dell'ordinamento interno che, trovando fondamento nelle fonti sovra-nazionali ed europee, sono condivisi dalla comunità internazionale¹²⁸.

Più correttamente, la giurisprudenza successiva, pur ribadendo la distinzione tra ordine pubblico interno ed internazionale, identifica il primo nell'insieme delle norme imperative (*rectius* inderogabili) dell'ordinamento nazionale ed il secondo nei suoi principi fondamentali, deducibili anche (ma non esclusivamente) dalle fonti internazionali che contribuiscono a determinare lo *jus gentium*. Quest'orientamento tende a consolidarsi nella giurisprudenza sviluppatasi su controversie sorte dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Roma: nelle sentenze ad essa riconducibili le fonti sovranazionali sono richiamate per integrare e rafforzare l'argomento teso a dimostrare che un determinato principio è parte dell'ordine pubblico, del quale si conferma comunque un'interpretazione restrittiva.

Nell'ambito di tale giurisprudenza i giudici di legittimità hanno riconosciuto che la tutela della stabilità del lavoro rientra tra i principi di ordine pubblico dell'ordinamento italiano, non potendo

¹²⁵ Si deve alla sentenza Cass., 6 settembre 1980, n. 5156, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 726 ss. la prima enunciazione del principio, teorizzato da F. POCAR, *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1967, p. 734 ss.; nella dottrina lavoristica cfr. F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore all'estero*, Cedam, Padova, 1988, p. 37, che lo giustifica anche alla luce dell'art. 6 della Convenzione di Roma.

¹²⁶ Cass., 11 novembre 2000, n. 14662, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 365 ss. nella quale il mancato riconoscimento del trattamento di fine rapporto non è stato ritenuto in contrasto con l'ordine pubblico.

¹²⁷ In dottrina la distinzione tra ordine pubblico interno e internazionale risale a G. SPERDUTI, *Ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 83 ss.; in merito cfr. anche R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, Liguori, 1969, p. 361 ss.; G. BARILE, voce *Ordine pubblico (dir. internaz. privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1115 ss.; P. MENGOZZI, *I limiti al funzionamento del diritto internazionale privato*, in *Trattato di dir. priv. diretto da P. Rescigno*, UTET, Torino, 1983, p. 339 ss.

¹²⁸ Adesivamente, in dottrina, cfr. F. GHERA, *Costituzione, ordine pubblico internazionale e legge regolatrice del rapporto di lavoro all'estero*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 368 ss. che deduce da ciò la possibilità di graduare diversamente il limite in questione a seconda che il rapporto si svolga all'estero o sul territorio italiano, rilevando solo in questo caso anche l'ordine pubblico interno (in termini analoghi, cfr. G. FRANZA, *Lavoro all'estero e “nuovo” ordine pubblico internazionale*, *ivi*, 2005 p. 461 ss.). La tesi della graduabilità della nozione di ordine pubblico è esclusa dalla prevalente dottrina internazional-privatistica (tra gli altri, cfr. F. MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale*, UTET, Torino, 2002, p. 170); a ben vedere, anche la giurisprudenza lavoristica che sembra aderire alla tesi della “graduazione”, si limita ad adeguare al caso concreto il principio di adeguatezza della retribuzione posto come limite di ordine pubblico internazionale (cfr. *infra* note 136-139).

di conseguenza trovare applicazione in Italia una legge che (come quella dello Stato di New York) si fondi sull'opposto principio dell'*employment at will*¹²⁹. A questa conclusione si giunge non solo alla luce dei generali principi dell'ordinamento interno che ispirano la legislazione e che trovano fondamento ultimo nell'art. 4 Cost.; ma anche considerando quelli che informano l'ordinamento dell'UE, il riflesso dei quali si coglie nell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali che riconosce il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato. La tutela della stabilità non implica però necessariamente il diritto del lavoratore alla reintegra, prodotto di una scelta discrezionale del legislatore¹³⁰; ne consegue la possibilità di applicare nell'ordinamento italiano una normativa che si limiti a garantire al lavoratore una tutela risarcitoria, anche in ipotesi rientranti nell'ambito di applicazione dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori¹³¹.

In base alla stessa logica argomentativa, è da considerarsi compatibile con l'ordine pubblico una normativa che subordini il licenziamento ad un periodo di comporto in caso di malattia meno favorevole rispetto a quello assicurato dalla disciplina italiana¹³².

L'abrogazione del divieto generale di interposizione nei rapporti di lavoro previsto dalla legge n. 1369/60, induce i giudici di legittimità a considerare applicabile nell'ordinamento italiano anche una legge straniera che ammette l'appalto di manodopera¹³³. La Corte di Cassazione, ragionando alla luce dell'evoluzione normativa, sembra tuttavia far salvo come limite di ordine pubblico il divieto posto alla somministrazione attuata con finalità elusive di norme inderogabili (sanzionata penalmente dall'art. 28, d.lgs. n. 276/2003), almeno nella misura in cui le norme eluse siano esse stesse riconducibili all'ordine pubblico¹³⁴.

Anche il principio di proporzionalità e sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 Cost. viene ricondotto all'ordine pubblico del foro. La sua applicazione in concreto ai rapporti di lavoro internazionali comporta però una valutazione complessiva degli emolumenti spettanti al lavoratore e non si traduce nel diritto a vedersi riconosciute specifiche voci retributive, anche se rientranti,

¹²⁹ Cass., 11 novembre 2002, n. 15822, in *Mass. giur. lav.*, 2003, p. 357 ss. con nota di C. OGRISEG, *Recesso libero e limite dell'ordine pubblico* (sulla stessa sentenza cfr. anche i commenti di P. M. DEL VECCHIO, *La legge regolatrice del rapporto di lavoro all'estero e il limite dell'ordine pubblico internazionale*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1117 ss.; R. CLERICI, *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2003, p. 817 ss. e C. FOSSATI, *La stabilità del rapporto di lavoro, ma non la regola della reintegrazione automatica, costituisce espressione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 663 ss.); la controversia ha originato un ulteriore rinvio in sede di legittimità, deciso con sentenza conforme alla prima (Cass., 9 maggio 2007, n. 10549, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 335 ss. con nota di C. TIMELLINI, *È principio di ordine pubblico il divieto di licenziamento ingiustificato non il regime di stabilità reale*).

¹³⁰ In dottrina, in questo senso, cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 77.

¹³¹ Nella giurisprudenza di merito non mancano interpretazioni più ampie della nozione di ordine pubblico, che includono la c.d. tutela reale: cfr. Pretura di Milano, 5 gennaio 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 503 ss. nella quale l'art. 18 St. lav. è considerato norma di ordine pubblico internazionale; Tribunale di Ravenna, 20 dicembre 2006, in *Dir. marit.*, 2008, p. 1435 ss. che mantiene fedeltà alla teoria del *favor*.

¹³² Cass., 19 settembre 2007, n. 16017, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, p. 1209 e, implicitamente, Cass., 4 maggio 2007, n. 10215, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5 relativa ad un licenziamento per prolungata assenza dal lavoro.

¹³³ Cass., 7 dicembre 2005, n. 26979 e Cass., 23 febbraio 2006, n. 4040, entrambe in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 932 ss. con nota di A. PILEGGI, *Riforma del mercato del lavoro, appalto di manodopera e ordine pubblico internazionale*, relative ancora alla legislazione dello Stato di New York. La sentenza 26979/2005 è stata successivamente revocata (Cass., 26 maggio 2008, n. 13547, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2009, p. 409) in quanto viziata da errore di fatto, non essendo applicabile la Convenzione di Roma al rapporto oggetto della controversia, sorto prima della sua entrata in vigore; i giudici di legittimità giungono comunque alla conclusione di escludere la contrarietà all'ordine pubblico della normativa newyorkese sulla base dell'art. 31 disp. prel. c. c.

¹³⁴ Cass., 7 dicembre 2005, n. 2679, ult. cit., p. 936.

secondo la nota giurisprudenza interna, nella retribuzione “sufficiente” (come la tredicesima), né nel diritto a godere di istituti previsti da norme imperative (come il TFR)¹³⁵. La valutazione in merito al rispetto dei parametri costituzionali di adeguatezza è rimessa al giudice competente, che non è tenuto ad attenersi rigidamente ai minimi fissati dalla contrattazione collettiva nazionale¹³⁶. In tale valutazione può assumere rilievo anche il diverso costo della vita del paese nel quale (eventualmente) il lavoratore svolge abitualmente la sua attività¹³⁷. Ciò, se da una parte può portare a considerare inadeguata una retribuzione rispettosa degli standard contrattuali italiani¹³⁸, dall'altra permette di derogare *in peius* a tali standard in caso di lavoratori stranieri residenti in paesi economicamente meno sviluppati del nostro¹³⁹.

In vigenza dell'art. 31 disp. prel. c.c., il problema della legge da applicare al posto di quella straniera contraria all'ordine pubblico veniva risolto con l'automatica applicazione della legge del foro¹⁴⁰. Il Regolamento (al pari della Convenzione di Roma) tace sulla questione; se ne può implicitamente ricavare il necessario ricorso ai criteri indicati dall'art. 8¹⁴¹. Una simile soluzione non è contraddetta dall'art. 16, legge n. 218/95 che prevede il ricorso ad altri criteri di collegamento, se esistenti, ed in loro assenza alla legge italiana. Dal nuovo quadro normativo si deduce che il criterio della *lex fori* debba essere utilizzato come *extrema ratio*¹⁴². Il ricorso a quest'ultima è comunque probabile, visto che ad essa possono condurre anche i residui criteri di collegamento: con il risultato di ottenere il medesimo effetto che si sarebbe conseguito considerando la *lex fori* di applicazione necessaria¹⁴³.

¹³⁵ Cass., 26 novembre 2004, n. 22332, in *Mass. giur. lav.*, 2005, p. 457 con nota di G. FRANZA, *La Suprema Corte torna a pronunciarsi sul concetto di ordine pubblico quale limite per l'applicazione della legge straniera*, conforme alla precedente Cass. 11 novembre 2000, n. 14662, cit.; nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Milano 26 maggio 1989, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, p. 33 ss. con nota di W. BURRAGATO, *Sul contratto di lavoro tra italiani all'estero*.

¹³⁶ Cass., 24 novembre 1993, n. 11580, in *Dir. maritt.*, 1995, p. 168 ss. con nota di C. MEDINA, *Osservazioni in merito al limite dell'ordine pubblico internazionale in materia di diritto del lavoro e di obbligazioni di garanzia del raccomandatario di armatore straniero per l'arruolamento di marinai italiani*; Cass. 12 settembre 1995, n. 9638, in *Riv. giur. lav.*, 1996, II, p. 201 ss., con nota di L. MENGHINI, *Tutela dei marittimi*, cit., p. 212 ss.

¹³⁷ Cfr. in particolare Cass., 11 novembre 2000, n. 14662, cit., p. 367 laddove si richiama l'importanza dell' “ambiente sociale” nel quale il rapporto ha esecuzione.

¹³⁸ In tal senso cfr. G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 417

¹³⁹ Cfr. Tribunale Venezia, 25 agosto 2001, in *Dir. maritt.*, 2003, p. 1375 in relazione al diritto all'equa retribuzione da riconoscere a dei marinai egiziani imbarcati su una nave straniera, da parametrare al costo della vita nel loro paese di residenza.

¹⁴⁰ Cass. Sez. Un., 7 luglio 1993, n. 7447, in *Corriere giur.*, 1993, p. 1414.

¹⁴¹ In tal senso cfr. Cass., 11 novembre 2002, n. 15822, cit. che però sorprendentemente richiama l'art. 4 e non l'art. 6 della Convenzione di Roma; in termini difformi Cass., 7 dicembre 2005, n. 26976, cit., che conferma l'automatico ricorso alla legge italiana.

¹⁴² Cfr. U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 199; G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 409; G. FRANZA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 469; C. OGRISEG, *Recesso libero*, cit., p. 366.

¹⁴³ È quanto accaduto nel caso oggetto della sentenza Cass., 11 novembre 2002, n. 15822, cit.: la non contrarietà all'ordine pubblico di una normativa che esclude la tutela reale in caso di licenziamento illegittimo non ha impedito di ritenere comunque applicabile al caso di specie l'art. 18 St. lav. in ragione del ricorso alla *lex fori*. Da ciò le osservazioni critiche di C. OGRISEG, *Recesso libero*, cit., p. 366; M. DI FILIPPO, *Convenzione di Roma 19 giugno 1980. Art.6*, in M. GRANDI- G. PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2009, p. 987; G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 471 ss. Questi ultimi suggeriscono di considerare la legge n. 604/66 come norma di applicazione necessaria sostitutiva dell'art. 18 St. lav. nei rapporti di lavoro regolati da leggi straniere; soluzione opinabile perché implica una riscrittura dell'ambito di applicazione della legge in questione, ma che ha il pregio di richiamare ad una maggior considerazione delle norme di applicazione necessaria, ignorate dai giudici italiani per inerzia rispetto alla giurisprudenza sviluppatasi in vigenza della disciplina delle preleggi.

9. Il contratto collettivo nel sistema delle norme di conflitto

L'art. 8 del Regolamento non contiene alcun riferimento ai contratti collettivi come “fonte” di regolazione dei rapporti di lavoro, confermando con ciò uno strabismo individualista già caratterizzante l'omologo disposto della Convenzione di Roma¹⁴⁴. Questo silenzio del legislatore europeo non esclude di per sé il contratto collettivo dal gioco delle norme di conflitto, ma impone piuttosto di chiarire in via interpretativa in che modo la sua efficacia sia da queste condizionata.

La giurisprudenza italiana si è occupata del problema in relazione alla questione della c.d. extraterritorialità del contratto collettivo, ovvero dell'efficacia di questo al di fuori dei confini nazionali. Opposti orientamenti della Cassazione¹⁴⁵ sembrano essersi ricomposti nelle sentenze più recenti, tese a superare la questione impostandola sul piano dell'interpretazione delle singole clausole contrattuali: non si tratta di stabilire la loro astratta vincolatività nei rapporti di lavoro svolti all'estero, quanto piuttosto di valutarne l'applicabilità in concreto allo specifico contesto di lavoro, in assenza di esplicite previsione dello stesso contratto¹⁴⁶. In tal modo la giurisprudenza pare avere recepito i suggerimenti della dottrina, prevalentemente orientata a negare che sussistano ostacoli deducibili dai principi dell'ordinamento civile ad ammettere l'applicazione all'estero del contratto collettivo¹⁴⁷.

Chiarito che il problema dell'extraterritorialità del contratto collettivo è di carattere meramente interpretativo¹⁴⁸, resta da affrontare in termini generali la questione del suo ruolo nel sistema di diritto internazionale privato¹⁴⁹. Questione che dà origine a problematiche diverse a seconda dell'efficacia e della natura riconosciuta alla fonte convenzionale nei singoli ordinamenti nazionali.

¹⁴⁴ Di “ottica individualistica” parlano A. LYON CAEN- S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 18.

¹⁴⁵ Il contrasto è ben esemplificato dalle quasi coeve Cass., 6 settembre 1988, n. 5058 e Cass., 25 febbraio 1988, n. 2033 in *Riv. giur. lav.* 1988, II, p. 282 ss., con nota di F. BALLESTRIERI, *Alcune osservazioni in tema di lavoro italiano all'estero*.

¹⁴⁶ Cass., 15 luglio 1994, n. 6652, in *Notiz. giur. lav.*, 1994, p. 577 ss., per la quale “il criterio per accertare [...] l'extraterritorialità del contratto [...] è costituito dall'interpretazione secondo buona fede: con ciò intendendo la valutazione della funzionalità causale del contratto in relazione alla particolare situazione che si presenta” (in senso conforme, tra le altre, cfr. Cass., 11 settembre 2006, n. 19424, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 297 ss.).

¹⁴⁷ Cfr. P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, Cedam, Padova, 1990, p. 337 e F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 56 che fanno leva sulla causa e sulla funzione di tutela del contratto, non intaccata dal luogo di svolgimento del rapporto né dalle diverse condizioni socio-economiche; analogamente cfr. G. FERRARO, *Il contratto collettivo all'estero*, in *Id.*, *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1992, spec. p. 130 ss.; G. MANNACCIO, *L'applicazione del contratto collettivo nel lavoro all'estero*, in *Dir. prat. lav.*, 1989, p. 2919 ss.; M. MAGNANI, *Il diritto applicabile*, cit., p. 80. Propendono invece per il carattere necessariamente territoriale del contratto collettivo G. PROIA, *Commento all'art.2*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 798 e M. OFFEDDU- D. GOTTARDI, voce *Lavoratori italiani all'estero I) diritto del lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 2.

¹⁴⁸ Un “falso problema”, secondo la definizione di M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro*, cit., p. 409.

¹⁴⁹ Non è possibile affrontare in questa sede il tema degli accordi collettivi transnazionali, la cui diffusione ha un evidente rilievo per le questioni in oggetto e che, a loro volta, sollevano complessi problemi di diritto internazionale privato (in merito cfr. E. ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato, presente e futuro*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2007, p. 541 ss. e A. LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, *ivi*, p. 551 ss.; da ultimo, cfr. S. SCARPONI, *Gli accordi transnazionali a livello di impresa: uno strumento per contrastare il social dumping?* in *Lav. dir.*, 2011, p. 119 ss. e, con particolare attenzione alla prassi più recente, S. SCIARRA, *Uno sguardo oltre la Fiat: aspetti nazionali e transnazionali nella contrattazione collettiva della crisi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 169 ss.).

Nei sistemi che conoscono l'*erga omnes* il rilievo dei contratti collettivi come fonte di regolazione del contratto individuale deriva dalla stessa legge, se applicabile in virtù dei criteri di collegamento¹⁵⁰. Il discorso cambia in ordinamenti nei quali il contratto collettivo ha natura di diritto comune e non è universalmente applicabile, come in Italia. Qui, in linea di principio, il problema dell'eventuale applicazione del contratto collettivo si dovrebbe porre solo nel caso in cui ad esso sia vincolato (per lo meno) il datore, o perché iscritto all'organizzazione firmataria o perché obbligatosi tacitamente o per via di prassi.

Se il datore aderente al contratto è stabilito in Italia e la legge applicabile al rapporto è quella italiana, *nulla quaestio*: il contratto collettivo ha piena efficacia in caso di contratto di lavoro che trovi (in tutto o in parte) esecuzione fuori dai confini nazionali, salvo appunto la necessità di valutare la compatibilità e la congruità delle singole clausole contrattuali con il particolare contesto di lavoro, sulla scia dei principi giurisprudenziali sopra richiamati. Di contro, se il datore è stabilito all'estero il problema dell'efficacia del contratto collettivo vigente in Italia di norma non dovrebbe porsi, neppure nel caso in cui il rapporto sia regolato dalla legge italiana¹⁵¹.

Il quadro si complica se si considera che al contratto collettivo fa frequentemente rinvio la legge, con funzione integrativa, talvolta in deroga dei suoi stessi precetti. Si tratta di capire se il rinvio implichi l'attrazione del contratto collettivo tra le "*disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente*", al fine di giustificare l'applicazione anche al datore straniero, o a quello nazionale in ipotesi non aderente al contratto collettivo. Il problema andrebbe analizzato specificando le diverse tipologie di rinvio e le (possibili) configurazioni che ne conseguono in relazione al problema dell'efficacia dei contratti collettivi. In termini generali basti qui osservare come l'applicazione della legge di rinvio al caso di specie in forza delle norme di conflitto non dovrebbe comportare necessariamente l'obbligo per il datore di rispettare il contratto collettivo, dal momento che il rinvio *ex lege* ad esso presuppone la sua volontaria accettazione; salve le ipotesi nelle quali al contratto collettivo sia affidata una funzione di mera specificazione e qualificazione di un precetto di legge in sé già vincolante¹⁵².

Il discorso diventa ancor più complesso nel caso in cui al contratto di lavoro stipulato da un datore aderente al contratto collettivo si applichi la legge di un paese straniero. Se questa è stata scelta dalle parti, la fonte negoziale può essere ricondotta tra le norme non derogabili convenzionalmente di cui all'art. 8, par. 2 del Regolamento, in ragione dell'art. 2113 c.c. (a sua volta imperativamente applicabile) che così la qualifica¹⁵³. Ma se i criteri di collegamento sussidiari portano ad

¹⁵⁰ Così, U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit. p. 154.

¹⁵¹ Salvo l'ipotesi di un'impresa straniera iscritta ad un'organizzazione datoriale italiana (il che può accadere nel caso di una multinazionale con filiali in Italia). Se poi il datore straniero sceglie di rispettare il contratto nazionale vigente in Italia o di stipulare un apposito accordo collettivo con i sindacati italiani (a ciò indotto magari dall'azione sindacale) ne sarà ovviamente vincolato per sua espressa volontà. Questioni ulteriori e specifiche pone la disciplina del distacco transnazionale, regolata dal d.lgs. n. 72/00 di recepimento della Direttiva 96/71/CE, sulla quale cfr. *infra* parte II, par. 3.1.

¹⁵² Così M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro*, cit. p. 410; resta il problema dell'identificazione di simili tipologie di rinvio, in merito alle quali, come noto, le opinioni della dottrina sono tutt'altro che concordanti.

¹⁵³ Cfr. ancora M. MAGNANI, *Il diritto applicabile*, cit. p. 85 con riferimento alle "norme imperative" di cui all'art. 6 della Convenzione di Roma (analogamente C. PONARI, *Il rapporto tra legge e contratto collettivo nella disciplina del lavoro all'estero*, in *Dir. lav.*, 1998, p. 114); diversa pare l'opinione di U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, p. 154, che richiama esclusivamente i contratti collettivi dotati di efficacia *erga omnes*.

applicare una legge straniera, è difficile sostenere che il contratto collettivo, cui il datore è in ipotesi vincolato per l'ordinamento italiano, possa trovare attuazione, pena lo sganciare completamente i contratti collettivi stessi dal sistema di diritto internazionale privato. Naturalmente ciò non esclude che il datore possa impegnarsi espressamente a rispettare il contratto collettivo o una sua parte indipendentemente dalla legge applicabile, recependone il contenuto nel contratto individuale che troverà attuazione in forza della legge straniera¹⁵⁴.

Resta infine da risolvere il dubbio circa la riconducibilità del contratto collettivo tra le norme di applicazione necessaria, al fine di giustificarne l'applicazione indipendentemente dalla legge applicabile. In un sistema privo di *erga omnes* una risposta affermativa sembra configurare una contraddizione in termini, visto che non può ritenersi di necessaria applicazione una disposizione dalla quale l'ordinamento interno ammette ci si possa sottrarre. Possono però anche in questo caso essere fatte salve (almeno in astratto) quelle clausole di contratto collettivo che integrano, con funzione "qualificatoria", disposizioni di legge di applicazione necessaria¹⁵⁵.

Parte II: Il distacco transnazionale

1. La disciplina del distacco transnazionale, tra sistema di diritto internazionale privato e regole del mercato unico

Sul problematico rapporto tra norme di conflitto e norme materiali dell'UE sul mercato interno s'interroga da tempo la dottrina internazional-privatistica¹⁵⁶. Si è già visto che le seconde possono leggersi come espressione dell'ordine pubblico europeo e come tali devono essere considerate quando si tratta di valutare la legge applicabile al rapporto di lavoro di un lavoratore che si muove sul territorio dell'UE. Leggere in tale prospettiva le regole del mercato interno permette di attrarre le stesse nel gioco delle norme internazional-privatistiche, al fine di garantire l'interna coerenza sistematica di queste ultime. Non si tratta infatti di configurare un contrasto tra due sistemi di regolazione che implicano diversi modelli di coordinamento di leggi in conflitto, ma di introdurre un ulteriore grado di valutazione nel giudizio in merito alla legge applicabile, teso ad accertare che la soluzione prospettata nel caso concreto non configuri un ostacolo ingiustificato all'esercizio delle libertà economiche fondamentali¹⁵⁷.

Questo processo di "osmosi" tra regole di mercato e sistema di norme di conflitto si è concretizzato nell'adozione della Direttiva n. 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una

¹⁵⁴ È questo il fine perseguito dalla legge n. 398/87 (sulla quale *infra* parte III): far assumere al datore l'impegno di rispettare il contratto collettivo indipendentemente dalla legge applicabile al rapporto.

¹⁵⁵ Cfr. M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro*, cit. p. 410.

¹⁵⁶ Tra i tanti contributi in merito, cfr. M. FALLON- J. MEEUSEN, *Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition*, in *Yearb. Private Int. Law*, 2002, p.37 ss.; H. MUIR WATT, *Integration and Diversity*, in F. CAFAGGI (a cura di), *The Institutional Framework of European Private Law*, Oxford UP, Oxford, 2006, p. 110 ss.; G. VITELLINO, *Brevi riflessioni su alcuni aspetti dell'incidenza dei principi di libera circolazione sulle norme di diritto internazionale privato*, in P. FOIS- R. CLERICI (a cura di), *I caratteri del diritto dell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2007, p. 129 ss. (vedi anche gli autori citati nella nt. successiva).

¹⁵⁷ In questi termini N. BOSCHIERO, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004, p. 369 ss.; M. BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2001, p. 569 ss.; S. BARIATTI, *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario*, *ivi*, 2003, p. 671 ss.

prestazione di servizi, espressamente richiamata dal Regolamento (considerando 34). La Direttiva nasce per risolvere i dubbi ingenerati dalla giurisprudenza degli inizi degli anni novanta in materia di libera prestazione dei servizi, che ha dato impulso ad una nuova fase di integrazione del mercato unico culminata con l'adozione della Direttiva n. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno. I dubbi derivavano dall'enunciazione di principi apparentemente contraddittori in due sentenze quasi coeve della Corte di giustizia. Nella prima (la sentenza *Säger*) vi si afferma che la libertà di prestare e ricevere servizi di cui all'art. 49 TCE (oggi 56 TFUE) è lesa da qualsiasi misura, anche priva di carattere discriminatorio, che impedisca o renda più difficoltoso l'accesso al mercato nazionale a chi è stabilito in un altro Stato membro¹⁵⁸. Nella seconda (la sentenza *Rush Portuguesa*¹⁵⁹) si legge che il diritto comunitario non impedisce agli Stati membri di estendere normativa lavoristica e contratti collettivi ai lavoratori stranieri distaccati sul loro territorio nell'ambito di una prestazione di servizi; anche se ciò può rendere più onerosa la prestazione stessa.

La conciliazione tra questi due enunciati si trova sempre nei principi di regolazione del mercato interno che emergono dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Limitazioni alle libertà economiche sono possibili se si fondano su ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica (art. 46 TCE, ora 52 TFUE) oppure, qualora non siano di carattere discriminatorio, se sono giustificate da “ragioni imperative di interesse pubblico”, tra le quali rientra l'esigenza di tutelare i lavoratori¹⁶⁰. Si profila la necessità di operare un bilanciamento tra due esigenze potenzialmente contrapposte: quella dei lavoratori a vedersi garantite le condizioni di maggior favore eventualmente previste nel paese d'invio e quella del datore a non vedersi limitata la propria libertà di erogare il servizio da un aggravio del costo del lavoro. Quest'ultima esigenza prevale se la misura che si vuole applicare ai lavoratori non è idonea né necessaria a perseguire lo scopo prefigurato, considerando quanto già previsto a loro garanzia nel paese d'origine (c.d. test di idoneità), e se non è proporzionata, in ragione dell'esistenza di altri modi per realizzare il fine di tutela, meno lesivi della libertà economica (c.d. test di proporzionalità)¹⁶¹.

La Direttiva 96/71 è stata adottata per ridurre il grado di incertezza insito in un simile giudizio comparativo, precisando cosa gli Stati membri “debbono” e cosa “possano” fare quando dei lavoratori stranieri sono distaccati sul loro territorio per eseguirvi una prestazione di servizi. Sotto il primo profilo, il *quantum* di tutele da applicare è necessariamente identificato nelle condizioni di lavoro e occupazione relative ad un elenco tassativo di materie. Si tratta di materie già oggetto di armonizzazione, con l'aggiunta (necessaria in un'ottica di contrasto al *dumping* sociale) dei minimi retributivi: periodi massimi e minimi di riposo, durata minima delle ferie, condizioni di cessione temporanea del lavoratore, salute e sicurezza, tutela di donne e minori e divieto di discriminazione (art. 3, par. 1). Sotto il secondo profilo, è riconosciuta agli Stati membri la possibilità di

¹⁵⁸ Corte giust. CE, 25 luglio 1991, C-76/90, *Säger*.

¹⁵⁹ Corte giust. CE, 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*.

¹⁶⁰ È quanto la Corte di giustizia riconosce già a partire dalla sentenza 17 dicembre 1981, C- 279/80, *Webb*.

¹⁶¹ Sulla giurisprudenza della Corte di giustizia in merito cfr. E. TRAVERSA, *Libera prestazione dei servizi e distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI - A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, vol. IX, UTET, Torino, 2010, p. 296 ss.; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009, p. 34 ss.; F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 95 ss.; S. GIUBBONI- G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 95 ss.

imporre alle imprese straniere il rispetto di altre norme in materia di lavoro in aggiunta di quelle elencate, purché riconducibili a “*disposizioni di ordine pubblico*” (art. 3, par. 10)¹⁶².

L'obbligo per le imprese straniere di servizi di rispettare gli standard minimi elencati dalla Direttiva riguarda non solo le fonti eteronome (leggi o regolamenti), ma anche i contratti collettivi se dichiarati di “*applicazione generale*”¹⁶³. Gli Stati membri che (come l'Italia) non dispongono di un sistema di estensione *erga omnes* dell'efficacia dei contratti collettivi, possono far riferimento a quelli “*in genere applicabili a tutte le imprese simili*” nel settore o area occupazionale interessata o a quelli siglati dalle organizzazioni collettive “*più rappresentative sul piano nazionale*”; sempre che questi ultimi trovino applicazione su tutto il territorio dello Stato ed in modo tale che non si determini una disparità di trattamento rispetto alle imprese nazionali (art. 3, par. 8), in ossequio al generale principio di non discriminazione.

Con la Direttiva si è inteso perseguire un obiettivo che, dopo l'apertura ad est dell'UE, è diventato di assoluto rilievo per la tenuta del c.d. modello sociale europeo: garantire che la piena integrazione del mercato dei servizi non implichi dinamiche di *dumping* sociale tra gli Stati membri. Essa trova dunque la propria *ratio* fondativa nelle regole e nei principi del mercato interno, come dimostra la sua base giuridica (artt. 57, par. 2 e 66 TCE, ora artt. 53 e 62 TFUE); ma assume anche un evidente rilievo internazional-privatistico, nella misura in cui detta agli Stati membri regole per individuare la normativa lavoristica da applicare ai lavoratori temporaneamente presenti sul loro territorio.

Il problema del coordinamento tra le prescrizioni della Direttiva e le norme di diritto internazionale privato in materia di contratti, oggi dettate dal Regolamento Roma I, è affrontato nei considerando di entrambe le fonti europee. Nella prima si legge che con essa non s'intende incidere sulla legge applicabile al rapporto di lavoro del lavoratore distaccato, la cui selezione resta affidata alle norme di conflitto¹⁶⁴, ma piuttosto identificare le norme di applicazione necessaria da rispettare durante il periodo del distacco (considerando n. 10)¹⁶⁵. Il rapporto tra le diverse fonti dell'UE è ulteriormente chiarito dal Regolamento, il quale non intende pregiudicare “*l'applicazione delle disposizioni dell'ordinamento comunitario che, con riferimento a specifici settori, disciplinano i conflitti di legge in materia di obbligazioni contrattuali*” (art. 23)¹⁶⁶ ed in particolare “*non dovrebbe pregiudicare l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del paese del distacco, previste dalla Direttiva 96/71/CE*” (considerando n. 34).

¹⁶² Sostituendo la nozione di “*ragioni imperative di interesse pubblico*” adoperata dalla Corte di giustizia con quella di “*ordine pubblico*”, il legislatore europeo riduce significativamente i margini di intervento statale per contrastare il *dumping* sociale. Sulla questione si sofferma U. CARABELLI, *Europa dei mercati*, cit., p. 68 ss.; cfr. anche B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto*, cit., p. 52 che, contro l'interpretazione consolidata, suggerisce di leggere in senso strettamente internazional-privatistico l'art. 3.10 (come limite all'applicabilità della legge straniera), lasciando così inalterato il potere statale di individuare le ulteriori “*ragioni imperative*”.

¹⁶³ L'art. 3, par. 1 della Direttiva 96/71 limita l'applicazione dei contratti collettivi al solo settore dell'edilizia (quello più esposto al *dumping* sociale), salva la possibilità per gli Stati membri di estendere l'obbligo di rispettarli anche ad altri settori (art. 3, par. 10).

¹⁶⁴ In base ai criteri di collegamento previsti dall'art. 8 del Regolamento la legge applicabile ad un lavoratore “*temporaneamente*” distaccato in un altro Stato membro di norma è quella dello Stato d'origine (*supra* parte I, par. 4.1).

¹⁶⁵ Come afferma la COMMISSIONE CE nel *Libro Verde sulla trasformazione*, cit., p. 39, “*i due strumenti si conciliano perfettamente*” dal momento che “*la Direttiva va [...] vista come un prolungamento dell'art. 7 della Convenzione di Roma*”.

¹⁶⁶ Cfr. COMMISSIONE CE, *Proposta di Regolamento*, cit., nel cui Allegato I è inserita la Direttiva 96/71 tra gli atti cui l'art.23 si riferisce.

Norme di applicazione necessaria sono quelle relative alle materie elencate dalla Direttiva, ma anche quelle ulteriori eventualmente identificate dallo Stato come “*disposizioni di ordine pubblico*” ai sensi dell'art. 3, par. 10¹⁶⁷. Nel suo ambito di applicazione, la Direttiva assume rilievo di fonte speciale di diritto internazionale privato, la cui peculiarità consiste nell'imporre una specifica interpretazione dell'art. 9 del Regolamento, da cui il giudice non può sottrarsi.

L'incidenza della Direttiva sulle regole di diritto internazionale privato è significativa, se solo si considera il doppio limite che da essa deriva in merito alla selezione delle norme di applicazione necessaria all'interno degli ordinamenti nazionali: da una parte deve essere dato obbligatoriamente rilievo alle disposizioni relative alle materie elencate dall'art. 3, par. 1, dall'altra l'identificazione delle ulteriori “*disposizioni di ordine pubblico*” di cui all'art. 3, par. 10 va fatta tenendo conto dei limiti posti a presidio del funzionamento del mercato interno dei servizi¹⁶⁸.

La nozione di “ordine pubblico” va interpretata restrittivamente ed uniformemente, alla luce dei consolidati test di necessità e proporzionalità che si è sopra richiamato¹⁶⁹. Ed è il test di proporzionalità che porta ad escludere dal novero delle norme di ordine pubblico di cui all'art. 3, par. 10 quelle oggetto di direttive di armonizzazione, dal momento che le esigenze di tutela dei lavoratori devono in questo caso considerarsi già soddisfatte dalla normativa del paese d'origine che le recepisce¹⁷⁰. L'arricchimento del quadro dei diritti sociali e del lavoro riconosciuti sul piano del diritto dell'UE può giocare sotto questo profilo un ruolo non necessariamente favorevole ai lavoratori, se l'effetto è l'appiattimento della nozione di norme di applicazione necessaria sugli standard minimi riconosciuti dalle fonti europee.

Questo “sottosistema” di regole di rilievo internazional-privatistico vale soltanto nello stretto ambito di applicazione della Direttiva. La stessa scelta delle materie incluse nell'elenco di cui all'art. 3, par. 1 è condizionata dalla peculiare fattispecie del distacco e risponde a quella specifica logica di bilanciamento tra interessi contrapposti che si è sopra richiamata. Il che da una parte impone prudenza nell'utilizzo di quell'elenco per individuare le norme di applicazione necessaria al di fuori

¹⁶⁷ Da qui la già richiamata sovrapposizione tra le due nozioni nella giurisprudenza della Corte di giustizia; una sovrapposizione derivante anche dall'uso del concetto di ordine pubblico nel TFUE (artt. 36, 45 e 52) in funzione di limite “positivo” e non “negativo” all'applicazione delle regole del mercato interno (cfr. in merito le osservazioni di N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia*, cit., p. 135).

¹⁶⁸ Come lucidamente osserva P. MENGOZZI, *I conflitti di legge, le norme di applicazione necessaria in materia di rapporti di lavoro e la libertà di circolazione dei servizi nella Comunità europea*, in S. BARIATTI- G. VENTURINI (a cura di), *Liber Fausto Pocar*, cit., p.715 le norme di applicazione necessaria “di uno Stato membro, per effetto della Direttiva, subiscono una rivisitazione, che al tempo stesso ne rinforza la legittimità rendendole comunitariamente opponibili agli altri Stati membri e alle loro imprese, ma anche le imbriglia e le condiziona per conciliarne l'applicazione con la garanzia di un mantenimento di un effetto utile alla libertà di prestazione dei servizi. Lo fa dando luogo ad un fenomeno- di tipo opposto al fenomeno di rapporto e confronto tra valori di ordinamenti diversi usualmente definito di ‘cross-fertilization’- che mi permetto di definire di ‘cross-limitation’”.

¹⁶⁹ È quanto emerge dal noto “trittico” delle sentenze della Corte di giustizia 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*; 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert* e (soprattutto) 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione/Granducato di Lussemburgo*; ma sull'ordine pubblico come nozione “comunitaria” oggetto di interpretazione restrittiva cfr. già Corte giust., 23 novembre 1999, C-369 e C-376/96, *Arblade*, come detto sentenza ispiratrice dell'art. 9 del Regolamento. Per una generale ricognizione della giurisprudenza della Corte di giustizia successiva alla Direttiva 96/71, cfr. da ultimo E. TRAVERSA, *Libera prestazione dei servizi*, cit. p. 313 ss.

¹⁷⁰ Cfr. Corte giust. CE, C-319/06, *Commissione/Granducato di Lussemburgo*, par. 44; anche se con ciò la Corte di giustizia non si avvede di entrare in contraddizione con quanto prescrive la stessa Direttiva che include nell'elenco di cui all'art. 3.1 materie oggetto di armonizzazione (in merito, se vuoi, cfr. G. ORLANDINI, *Ordine pubblico e dumping sociale nel mercato interno dei servizi*, in *Riv. dir. sic. soc.* 2008, p. 663 ss.).

dell'ambito del distacco intra-comunitario¹⁷¹, dall'altra può anche giustificare una maggior elasticità nell'identificazione delle stesse in casi che non implicano un contrasto con l'esercizio delle libertà economiche. Se ciò è vero in linea di principio, tuttavia è difficile prospettare il consolidarsi di orientamenti divergenti in seno alla Corte di giustizia in merito ad identiche nozioni, a seconda che queste siano invocate nell'ambito delle regole del mercato unico o per interpretare il Regolamento Roma I¹⁷².

2. Il d.lgs. n. 72/2000: ambito di applicazione e nozione di distacco transnazionale

La Direttiva 96/71 è stata recepita nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n. 72/2000, al quale è necessario far riferimento per determinare la disciplina del rapporto di lavoro dei lavoratori stranieri distaccati in Italia.

Nel riprodurre quanto previsto dalla Direttiva, l'art. 1, d.lgs. n. 72/2000 identifica tre fattispecie di distacco transnazionale, che presuppongono la permanenza in capo al distaccante della titolarità del rapporto di lavoro: quello attuato nell'ambito di un appalto di servizi, quello realizzato tra imprese di un gruppo con sedi in diversi Stati membri (art. 1, 1° comma) e quello operato da un'Agenzia di lavoro temporaneo (art. 4)¹⁷³.

Al pari del Regolamento Roma I, le norme relative al distacco transnazionale hanno valenza universale, ovvero trovano applicazione anche nei confronti di imprese situate al di fuori dell'UE (art. 1, 3° comma). L'accesso del lavoratore extracomunitario in Italia è però subordinato al rilascio del permesso di soggiorno secondo la procedura prevista dal Regolamento di attuazione del T.U. sull'immigrazione (art. 40, d.p.r. n. 394/1999, come modificato dal d.p.r. n. 334/2004), che include tra gli ingressi autorizzabili al di fuori delle quote fissate annualmente dal c.d. "decreto flussi" i distacchi di dirigenti o personale altamente specializzato (art. 27, 1° comma, lett. a), d.lgs. n. 268/1998) e quelli operati per finalità formative (art. 27, 1° comma, lett. f))¹⁷⁴, per svolgere attività qualificate (art. 27, 1° comma, lett. g))¹⁷⁵ o per eseguire un appalto (art. 27, 1° comma, lett. i))¹⁷⁶. Per i lavoratori di Stati terzi distaccati nell'ambito di un appalto da parte di un'impresa con sede in uno Stato membro, il permesso di soggiorno è invece rilasciato sulla base di una semplice comunicazione allo sportello unico della prefettura, attestante la regolarità della situazione

¹⁷¹ Tendono ad escludere tale possibilità M. MAGNANI, *Il diritto applicabile*, cit. p.92 e S. KREBBER, *Conflict of laws*, cit. p. 353.

¹⁷² A. MONTANARI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 835, attribuisce senz'altro valore generale all'elenco dell'art. 3.1 della Direttiva, anche al di là dell'ambito di applicazione di questa, sulla scia di quanto emerge dalla dottrina internazional-privatistica dove è frequente il riferimento ad esso per individuare le norme di applicazione necessaria in materia di diritto del lavoro (cfr. F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile*, cit. p.56; M.V. POLAK, *"Laborum Dulce Leninem?"*, cit., p. 328; A. BONOMI, *Norme di applicazione necessaria*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina*, cit. p. 183).

¹⁷³ La nozione di distacco internazionale non coincide ovviamente con quella configurata dall'art. 30, d.lgs. n. 276/03, in parte sovrapponibile soltanto all'ipotesi del distacco intra-gruppo di cui all'art.1, 1° comma, d.lgs. n. 72/00.

¹⁷⁴ L'autorizzazione al distacco per finalità formative è rilasciata sulla base di un dettagliato progetto formativo approvato dalla Regione (cfr. circolare Ministero dell'interno del 30 maggio 2005).

¹⁷⁵ Come chiarito dal Ministero del lavoro nell'Interpello n. 28/2011 del 27 giugno 2011, in tale ipotesi il datore è tenuto a presentare idonea documentazione attestante che la specifica qualificazione del lavoratore "sia coerente con l'esecuzione di opere o servizi particolari che lo stesso è tenuto a svolgere" (in merito cfr. anche la circolare del Ministero dell'Interno n. 4848 del 27 luglio 2010).

¹⁷⁶ A norma dell'art. 40, 13° comma, d.p.r. n. 394/99, spetta all'impresa italiana appaltante presentare la domanda di nulla osta, che viene rilasciato "previa comunicazione, da parte del datore di lavoro, agli organismi provinciali delle organizzazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative nel settore interessato".

del lavoratore in relazione alla residenza ed alle condizioni di lavoro (art. 27, 1° comma *bis*, d.lgs. n. 268/1998)¹⁷⁷.

Il legislatore detta una definizione di distacco transnazionale che precisa ulteriormente l'ambito di applicazione della normativa. Lavoratore distaccato deve considerarsi chi, lavorando “*abitualmente*” in un altro Stato membro, si trova a svolgere sul territorio italiano un'attività lavorativa “*per un periodo limitato*” (art. 2, 1° comma), che è tale quando la durata del distacco è “*sin dall'inizio predeterminata o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo*” (art. 2, 2° comma). Si tratta di una precisazione assente nella Direttiva che, tacendo sul punto, rimette implicitamente la risposta al problema dei limiti di durata del distacco ai principi giurisprudenziali elaborati dalla Corte di giustizia in merito alla distinzione tra le nozioni di “servizio” (temporaneo) e di “stabilimento” (definitivo)¹⁷⁸. Ed è alla luce dei medesimi principi che va letta la disposizione interna, dal momento che la presenza di una “*prestazione di servizi transnazionale*” rappresenta il presupposto dell'esistenza del distacco. Se ne ricava che, se il distacco dev'essere quanto meno associato ad una prestazione per la quale è prevista una scadenza (ad esempio il termine di consegna dei lavori in caso di appalto), la durata dello stesso non è di per sé il criterio dirimente per valutarne la temporaneità¹⁷⁹.

La nozione di distacco transnazionale adottata dalla Direttiva (e recepita dal d.lgs. n. 72/2000) e quella ricavabile dall'art. 8, par. 2 del Regolamento (*supra* paragrafo 4.1) non sono necessariamente coincidenti¹⁸⁰. Se ciò è vero, la tendenziale convergenza tra regole di mercato e norme internazional-privatistiche che si è detto caratterizzare le recenti dinamiche evolutive del diritto europeo, induce ad interpretare entrambe in maniera da ridurre il più possibile i margini di scarto. Aiuta in tal senso il riferimento all' “*abitualità*” dell'occupazione nel paese d'origine contenuto nella definizione di distacco di cui all'art. 2, d.lgs. n. 72/2000 (e nell'omologa disposizione della Direttiva). Da esso si ricava che il lavoratore cessa di essere “distaccato” nel momento in cui il paese d'origine non può più considerarsi il luogo di abituale occupazione alla luce dei generali canoni internazional-privatistici¹⁸¹. Si può allora concludere che la nozione di distacco adottata

¹⁷⁷ La norma è stata introdotta dal d.l. n. 10/07 (convertito in legge n. 46/07) per adeguare la disciplina italiana ai principi del mercato interno enunciati dalla Commissione (cfr. COMMISSIONE CE, Comunicazione del 4 aprile 2006, *Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*, COM (2006) 159 def.), sulla scia della giurisprudenza della Corte di giustizia (Corte giust. CE, 21 ottobre 2004, C-445/03, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo* e 19 gennaio 2006, C-244/04, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*); residuano dubbi di conformità con il diritto dell'UE in ragione del fatto che l'ingresso resta comunque subordinato al rilascio del permesso di soggiorno, che costituisce una forma di autorizzazione inammissibile anche in caso di distacco di lavoratori extra-UE (dubbi che aumentano nelle altre ipotesi di distacco operate al di fuori dell'ambito di un appalto, alle quali non si applica la procedura speciale di cui all'art.27, 1° comma *bis*). Il problema sembra invece non porsi per i lavoratori somministrati, dal momento che la Corte di giustizia ha ammesso la possibilità di condizionare il loro distacco al rilascio di un permesso di lavoro, considerando che questi, di fatto “*post[i] in seno all'impresa utilizzatrice*”, accedono al mercato nazionale al pari di un lavoratore assunto da un'impresa con sede nello Stato ospitante (Corte giust., 10 febbraio 2011, cause riunite C-307-309/09, *Vicoplus*).

¹⁷⁸ Il TFUE, nel garantire la libera prestazione di servizi, identifica questi ultimi con le attività esercitate “*a titolo temporaneo*” sul territorio di uno Stato membro (art. 57, par. 2), per distinguerle da quelle che implicano l'esercizio della libertà di stabilimento (art. 49).

¹⁷⁹ Cfr. Corte giust. CE, 11 dicembre 2003, C-215/01, *Schnitzer*, punto 28 nella quale si legge che “*il carattere temporaneo dell'attività dev'essere valutato non soltanto in rapporto alla durata, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità della stessa [...] e non esclude la possibilità per il prestatore di servizi [...] di dotarsi nello Stato ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio) se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi*”. In merito alla nozione di distacco transnazionale cfr. diffusamente U. CARABELLI, *Europa dei mercati*, cit. p. 20 ss. e, da ultimo, S. TORTINI, *Il distacco dei lavoratori tra la Direttiva comunitaria ed i faticosi passi della disciplina nazionale*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 781 ss.

¹⁸⁰ Lo rileva la stessa COMMISSIONE CE nel *Libro Verde sulla trasformazione*, cit., p. 38.

¹⁸¹ Analogamente, S. TORTINI, *Il distacco dei lavoratori*, cit., p. 787.

dal d.lgs. n. 72/2000 (e dalla Direttiva) presuppone che esso si svolga in maniera da non determinare il mutamento della legge applicabile, ovvero che sia soddisfatto il requisito di “temporaneità” previsto dall'art. 8, par. 2 del Regolamento.

Resta tuttavia uno scarto irriducibile tra le due nozioni di distacco se si considera che il Regolamento, a differenza della Direttiva, da una parte adotta una nozione “sostanziale” di distacco che prescinde dalla titolarità del rapporto e dall'altra vi ricomprende qualsiasi ipotesi di mutamento temporaneo del luogo di esecuzione della prestazione, non limitando il “distacco proprio” all'ambito del gruppo di impresa.

Questa diversa configurazione del “distacco transnazionale” nelle due fonti dell'UE (e quindi nell'ordinamento italiano che le recepisce) implica che solo alle fattispecie riconducibili alla più ristretta nozione adottata dal d.lgs. n. 72/2000 devono applicarsi le norme di applicazione necessaria da esso identificate; laddove nelle altre ipotesi di mobilità temporanea transfrontaliera si continuerà a far riferimento esclusivamente alle disposizioni del Regolamento.

Quest'ultimo resta poi l'esclusiva fonte per individuare la legge applicabile al personale navigante dipendente da imprese della marina mercantile, espressamente escluso dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 72/2000 (art. 1, 2° comma), in sintonia con quanto previsto dalla Direttiva.

3. Le condizioni di lavoro dei lavoratori stranieri distaccati in Italia in relazione alla legge applicabile

Al lavoratore straniero distaccato in Italia devono essere garantite le stesse condizioni di lavoro che le fonti eteronome ed i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono per i lavoratori che svolgono analoghe prestazioni nel luogo del distacco (art. 3, 1° comma). Questa regola, cuore del d.lgs. n. 72/2000 (e confermata dal d.lgs. n. 59/2010 di attuazione della c.d. Direttiva servizi 2006/123¹⁸²), trova eccezione solo con riguardo alla disciplina in materia di ferie e retribuzione in caso di lavori di assemblaggio iniziale e di prima installazione di un bene, di durata non superiore ad 8 giorni (art. 3, 2° comma)¹⁸³.

Il legislatore italiano non opera nessuna distinzione tra le materie individuate dalla Direttiva ed altre oggetto di “*disposizioni di ordine pubblico*”, limitandosi ad enunciare un generale principio di parità di trattamento tra lavoratori stranieri distaccati e lavoratori occupati in Italia¹⁸⁴. Un simile enunciato collide con le disposizioni della Direttiva 96/71, come interpretata dalla Corte di giustizia, e con le regole del mercato unico, per le quali il principio in parola configura un potenziale

¹⁸² Il d. lgs. n. 59/2010 nel confermare (in linea con quanto prescritto dalla Direttiva servizi) che le condizioni di lavoro e occupazione di quanti erogano prestazioni di servizi in Italia non rientrano nel suo ambito di applicazione, riproduce nell'articolo 23 la stessa disposizione contenuta nell'articolo 3, 1° comma, d.lgs. n. 72/00, rinviandovi espressamente (in merito cfr. le osservazioni critiche di F. BANO, *Il recepimento in Italia della direttiva servizi: i profili giuslavoristici*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, vol. III, Jovene, Napoli, 2011, p. 1386 ss.)

¹⁸³ L'art. 3, 2° comma, d. lgs. n.72/2000 recepisce alla lettera l'art. 3, par. 2, Direttiva 96/71. Non è stata invece utilizzata la possibilità di deroga relativa ai distacchi di breve durata e di scarsa entità di cui ai paragrafi 3, 4 e 5 del medesimo articolo della Direttiva.

¹⁸⁴ Così P. CHIECO, *Lavoratore comparabile e modello sociale nella legislazione sulla flessibilità del contratto e dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, I, p. 796 e E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2011, p. 382. In merito alla declinazione del principio in parola con riguardo ai contratti collettivi cfr. *infra* par. 3.1.

ostacolo alla libertà delle imprese di accedere al mercato nazionale¹⁸⁵. L'art. 3, 1° comma, a prescindere dalla Direttiva, sarebbe comunque in contraddizione con l'art. 9 del Regolamento Roma I, non potendo come visto essere ricondotto tra le norme di applicazione necessaria l'intero sistema di diritto del lavoro nazionale.

Due sono allora i possibili scenari cui la disciplina dettata dal d.lgs. n. 72/2000 dà origine. Se si segue un'interpretazione letterale, essa resta esposta all'inevitabile censura di contrarietà alla Direttiva 96/71. Per evitare ciò, in sintonia con le indicazioni fornite dal Ministero del lavoro, è necessario adottare un'interpretazione conforme al diritto dell'UE, in forza della quale si può ritenere che il legislatore, non avendo esplicitamente individuato le disposizioni di ordine pubblico da applicare ai lavoratori distaccati, non si è avvalso della possibilità offerta dall'art. 3, par. 10 della Direttiva¹⁸⁶. Con la conseguenza che il richiamo della normativa interna contenuto nell'art. 3, 1° comma, d.lgs. n. 72/2000 dovrebbe interpretarsi come esclusivamente riferito alle materie elencate dall'omologa disposizione della fonte europea¹⁸⁷.

Anche il consolidarsi di una simile interpretazione (che forza chiaramente la lettera dell'art. 3, 1° comma) non esimerebbe comunque il nostro legislatore da un intervento chiarificatore capace di scongiurare il rischio di una procedura d'infrazione, dovuta all'incertezza e ambiguità del quadro normativo¹⁸⁸.

Un simile intervento dovrebbe provvedere anche a colmare la lacuna causata dall'assenza di disposizioni specifiche in materia di oneri amministrativi ed esercizio dei poteri ispettivi; lacuna che, pur riflettendo l'assenza di disposizioni specifiche nella Direttiva¹⁸⁹, rappresenta comunque una

¹⁸⁵ Riconosce la non conformità del d.lgs. n. 72/00 con la direttiva la dottrina maggioritaria: B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto*, cit., p. 54 ss., spec. p. 60 (che evidenzia anche il vizio di eccesso di delega rispetto alla legge comunitaria n. 25/99); S. TORTINI, *Il distacco dei lavoratori*, cit. p. 785; E. TRAVERSA, *Libera prestazione dei servizi*, cit., p.322; M. ROCCELLA- T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Cedam, Padova, 2009, p. 162; M. MONACO, *La normativa italiana in materia di distacco alla luce della giurisprudenza europea*, in M. CILENTO (a cura di), *I percorsi della solidarietà*, Ed. lavoro, Roma, 2008, p. 120; G. ORLANDINI, *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori in Italia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, p. 70; M. PALLINI, *Posted workers: italian regulation and dilemmas*, in *Transfer 2/06*, 2006, p. 273; contra S. MARETTI, *Il recepimento della Direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, in *Massimario di Giur. lav.*, 2000, p. 1156 che giustifica la scelta del legislatore italiano alla luce del principio del *favor*.

¹⁸⁶ Ministero del lavoro, Interpello n.33/2010 del 12 ottobre 2010.

¹⁸⁷ In termini analoghi S. NADALET, *L'attuazione della Direttiva 97/71 sul distacco*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 45 e (implicitamente) S. DI BIASE, *Il distacco transnazionale di lavoratori in UE*, in *Dir. prat. lav.*, *Inserto* n. 11/2005, XXXII. Allo stesso risultato si perviene considerando la norma interna disapplicabile dal giudice nazionale per contrasto con la direttiva, come sembra suggerire B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto*, cit., p.55, sulla scia della giurisprudenza amministrativa (*infra* nt. 198); un'opzione, questa, difficile da giustificare, in ragione del fatto che l'art. 3.10 della direttiva non è una disposizione "precisa e incondizionata" e, soprattutto, non è invocabile nei rapporti tra privati.

¹⁸⁸ La sentenza Cass., 25 novembre 2010, n. 23993 cit. rappresenta un'occasione persa per far luce sulla corretta interpretazione del d.lgs. n. 72/00: il caso riguardava il licenziamento di un lavoratore italiano assunto da una società tedesca a lungo distaccato presso una sua controllata italiana. La Corte non ha affrontato la questione della rilevanza nel caso di specie del d.lgs. n. 72/00 per un vizio procedurale della domanda ed ha concluso per l'applicazione della legge tedesca in base alle sole norme di conflitto internazionali (*supra* nt. 94).

¹⁸⁹ Per colmare questa lacuna, la Commissione ha annunciato un'iniziativa legislativa destinata ad "agevolare la circolazione delle informazioni tra imprese e le autorità degli Stati membri, rafforzare i controlli e lottare contro gli abusi" (COMMISSIONE CE, Comunicazione del 13 aprile 2011, *L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. "Insieme per una nuova crescita"*, COM (2011) 206 def., p. 16). La materia è stata sino ad oggi regolata dai principi enunciati dalla Corte di giustizia e recepiti dalla Commissione, in base ai quali l'imposizione di obblighi di comunicazione e di documentazione sociale alle imprese straniere deve rispondere al principio di proporzionalità, cioè deve comportare oneri strettamente necessari al perseguimento del fine di controllo sulle condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati (cfr. Corte giust. CE, C-369/96 e C-376/96, *Arblade*, punto 76-79 e C-319/06 e *Commissione/Granducato di Lussemburgo*, punto 90-95); ciò rende inammissibile non solo una preventiva autorizzazione al distacco, ma

sua sostanziale inattuazione, dal momento che essa impone agli Stati di organizzare un efficiente sistema di cooperazione e scambio di informazioni tra amministrazioni pubbliche (art. 4, Direttiva 96/71). Sulle imprese straniere non grava alcun obbligo di comunicare agli organismi competenti la presenza sul territorio italiano di lavoratori loro dipendenti né di fornire informazioni circa le condizioni del distacco (obbligo sussistente solo in caso di impiego di lavoratori di Stati terzi ex art. 40, d.p.r. n. 394/99). Neppure esiste alcuna disposizione relativa alla tenuta dei documenti sociali, posto che la disciplina relativa al libro unico del lavoro di cui all'art. 39, legge n. 133/2008 si applica solo alle imprese stabilite in Italia. Il che rende estremamente difficile il controllo ispettivo e priva di effettività i diritti pur formalmente riconosciuti ai lavoratori stranieri distaccati in Italia¹⁹⁰.

3.1. segue: ... ed ai contratti collettivi

I problemi interpretativi sollevati dall'art. 3, 1° comma, d.lgs. n. 72/2000 aumentano in relazione all'obbligo posto in capo alle imprese situate fuori dal territorio italiano di rispettare i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. I profili di potenziale contrasto con quanto prescrive la Direttiva 96/71 si sommano a quelli di dubbia costituzionalità della norma, se con essa si prospetta l'efficacia generale dei contratti collettivi per i lavoratori stranieri distaccati in Italia. Da ciò la necessità di adottarne un'interpretazione che ne garantisca la legittimità sia per il diritto interno sia per quello europeo.

Sembra da escludere una lettura del disposto in parola (pur legittimata dalla lettera dello stesso) in base alla quale questo imporrebbe la parità di trattamento tra lavoratori stranieri e lavoratori comparabili dipendenti dell'appaltante (o distaccatario). Lo esclude un'interpretazione coerente con la Direttiva la quale, nel consentire l'estensione dei contratti collettivi alle imprese straniere, richiama quelli del settore cui questa appartiene ("*categoria professionale o industriale*") (art. 3, par. 8); il che risponde alla *ratio* stessa della norma, intesa a regolare la concorrenza tra imprese che operano nello stesso ambito del mercato interno dei servizi.

Ed è sempre l'interpretazione conforme alla Direttiva a suggerire di leggere la norma in esame in un senso compatibile con i limiti posti dall'art. 39 Cost. L'obbligo di applicare il contratto collettivo

anche una procedura di preventiva comunicazione troppo gravosa, l'obbligo di conservare i documenti sociali sul luogo di lavoro dopo il distacco e la richiesta di nuovi documenti sociali nel caso in cui le informazioni contenute nei documenti previsti dalla normativa dello Stato d'origine siano sufficienti per eseguire i controlli necessari (cfr. COMMISSIONE CE, *Orientamenti relativi al distacco*, cit.). Una maggior tolleranza nei confronti del potere statale di controllo sulle imprese straniere emerge dalla giurisprudenza più recente: nella sentenza 7 ottobre 2010, C-515/08, *Santos Palhota*, la Corte di giustizia, nel ribadire l'inammissibilità di qualsiasi procedura "sostanzialmente" autorizzatoria, ha chiarito che l'obbligo di tenuta dei documenti sociali sul luogo di lavoro durante il distacco e di inviarne copia all'autorità competente al termine dello stesso non è incompatibile con i vincoli posti dall'articolo 56 TFUE.

¹⁹⁰ Cfr. D. VENTURI, *Gli obblighi in materia di lavoro e contribuzione delle aziende comunitarie operanti in Italia. In particolare il distacco comunitario*, Working Paper Adapt n.49/2008. In assenza una regolazione normativa, il Ministero ha irrisolvemente (mediante pubblicazione sul proprio sito web) adottato nel novembre 2010 il *Vademecum ad uso degli ispettori del lavoro e delle imprese "Il distacco dei lavoratori nell'Unione europea"*, che contiene una *check list* per il personale ispettivo con l'indicazione dei documenti da richiedere al datore distaccante in sede di primo accesso.

andrebbe limitato alle clausole sui minimi salariali, le uniche capaci di acquisire generale vincolatività grazie alla nota giurisprudenza fondata sull'art. 36 Cost.¹⁹¹; con l'eventuale aggiunta dei contratti collettivi integrativi di disposizioni di legge¹⁹². Una diversa conclusione, nell'imporre alle imprese straniere obblighi dai quali quelle nazionali possono sottrarsi, determinerebbe infatti una situazione di disparità di trattamento non ammessa dalla Direttiva e, prima ancora, dalle regole del mercato unico.

Nel settore dell'edilizia (tra i più interessati al fenomeno del distacco transnazionale) la questione dell'efficacia del contratto collettivo si associa a quella dell'obbligo di iscrizione alle Casse edili. Si pone il problema di stabilire se tale obbligo sussista o meno per le imprese straniere che eseguono in Italia un appalto¹⁹³. In merito si è espresso a più riprese il Ministero del lavoro (in risposta ad interpelli) nel senso di ritenere sussistente l'obbligo di versare i contributi (con conseguente acquisizione del D.U.R.C.) per le imprese straniere che non abbiano adempiuto nel paese d'origine analoghi obblighi finalizzati a garantire ai lavoratori le stesse prestazioni erogate dalla Cassa edile¹⁹⁴. In altre parole, l'obbligo di iscrizione alla Cassa dipenderebbe dalla comparazione tra le prestazioni da essa erogate e quelle godute nello Stato d'origine. Ciò appare solo in parte coerente con i vincoli posti dal diritto dell'UE. Nel giudizio di comparazione si dovrebbe infatti tener conto sia dell'eventuale esistenza di misure meno restrittive rispetto all'obbligo di contribuzione, capaci di assicurare un'analoga tutela al lavoratore¹⁹⁵, sia del tipo di prestazione erogata dalla Cassa, al fine di giustificarne la riconducibilità tra gli standard minimi di tutela previsti dalla Direttiva 96/71. Rileva a tal proposito non solo l'interpretazione (restrittiva) dell'art. 3, par. 10, ma anche quanto chiarito dalla Corte di giustizia nella sua più recente giurisprudenza in merito al fatto che, nelle materie elencate dall'art. 3, par.1, gli Stati membri non possono imporre l'applicazione di condizioni di lavoro più favorevoli rispetto ai livelli minimi di protezione fissati dalla legge o dalla contrattazione collettiva nazionale¹⁹⁶.

In base ai principi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, contrastano con le regole del mercato unico anche le c.d. clausole sociali obbligatoriamente inserite nei capitolati di appalti pubblici, a norma dell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori e dell'art. 118, 6° comma del Codice degli

¹⁹¹ In tal senso M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto comunitario del lavoro ha già la sua Bolkestein?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 242. Sembra aderire a questa interpretazione anche il Ministero del lavoro, che rinvia al trattamento minimo salariale fissato "nei contratti collettivi di lavoro stipulati nei diversi settori produttivi dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, nel rispetto del principio di proporzionalità della retribuzione sancito dall'art. 36 Cost." (Interpello n. 33/2010 del 12 ottobre 2010).

¹⁹² In merito alle problematiche applicative che conseguono a tale opzione interpretativa sia consentito il rinvio a G. ORLANDINI, *Il recepimento della Direttiva sul distacco transnazionale in Italia: l'impatto del caso Laval*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2011, p. 409-410.

¹⁹³ La risposta positiva non implicherebbe in questo caso una disparità di trattamento rispetto alle imprese del settore stabilite in Italia, considerando la giurisprudenza che tende a ritenere ineludibile il versamento dei contributi alle locali Casse edili in virtù dell'impegno che qualsiasi datore si assume utilizzando la modulistica necessaria per effettuare la denuncia di assunzione ai Centri per l'impiego (c.d. adesione per *facta concludentia*) (Cass., 28 ottobre 2008, n. 25888 in *Argomenti dir. lavoro*, 2009, p. 849 ss.).

¹⁹⁴ Ministero del lavoro, Interpello n. 6/2009 del 6 febbraio 2009, n. 24/2007 del 3 settembre 2007 e del 23 febbraio 2006.

¹⁹⁵ Corte giust. CE, 25 ottobre 2001, C-49, 50, 52, 54, 68 e 71/98, *Finalarte*, nella quale l'obbligo di versare la contribuzione ad un fondo ferie negoziale è subordinato all'accertamento in merito alla minor gravosità per il datore del pagamento diretto al lavoratore.

¹⁹⁶ Corte di giust. CE, C-341/05, *Laval*, punto 80 e C-346/06, *Rüffert*, punto 33, nelle quali si afferma che la possibilità di applicare condizioni più favorevoli rispetto agli standard minimi di cui all'art. 3, par. 1 della Direttiva 96/71, prevista dal par. 7 del medesimo articolo, deve riferirsi solo alla normativa del paese d'origine.

appalti pubblici (d.lgs. n. 163/2006). Si tratta di una modalità di estensione dell'efficacia del contratto collettivo non prevista dalla Direttiva e non giustificabile dall'obiettivo di tutela dei lavoratori: l'interesse generale non è in questo caso invocabile posto che il rispetto del contratto collettivo non vale per gli appalti privati¹⁹⁷. Alle imprese straniere aggiudicatrici di pubblici appalti può essere imposto il rispetto delle sole clausole di contratto collettivo dotate di generale vincolatività, in esse comprendendovi anche quelle che prevedono l'iscrizione alle Casse edili, seppur nei limiti ed alle condizioni che si è sopra descritto¹⁹⁸.

Secondo la Corte di giustizia, neppure è possibile imporre alle imprese straniere il rispetto dei contratti collettivi attraverso l'esercizio dell'azione sindacale. Come affermato nella storica sentenza *Laval*, anche questa è una modalità di estensione del contratto collettivo non ammessa dalla Direttiva ed incompatibile con il diritto dell'impresa di conoscere gli obblighi cui è tenuta a conformarsi quando fornisce un servizio in un altro Stato membro¹⁹⁹. Prende così forma nell'ordinamento italiano un inedito limite all'azione sindacale, direttamente fondato sul diritto dell'UE²⁰⁰: uno sciopero diventa illegittimo se finalizzato a garantire ai lavoratori stranieri distaccati sul territorio italiano standard di tutela superiori rispetto a quelli fissati dalla Direttiva 96/71²⁰¹.

4. La disciplina degli appalti interni ed il regime della solidarietà

Ai lavoratori distaccati nell'ambito di “*appalti da eseguirsi all'interno*” di un'azienda spetta un trattamento retributivo e normativo non inferiore rispetto a quello goduto dai lavoratori da essa dipendenti (art. 3, 3° comma). A garanzia dei crediti di lavoro è previsto il regime di solidarietà tra appaltante e appaltatore, con conseguente diritto del lavoratore distaccato di agire nei confronti del primo entro un anno dalla cessazione dell'appalto (art. 3, 4° comma).

¹⁹⁷ Corte giust. CE, C-346/06, *Rüffert*, punti 23-30 e 40.

¹⁹⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 1 marzo 2006, n.928, che conferma TAR Bolzano 19 aprile 2005, n. 140 in *Mass. giur. lav.* 2005, p. 658 solo in parte coerente con i principi enunciati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Rüffert*; lo è nelle conclusioni, posto che, per effetto di un giudizio di comparazione tra prestazioni erogate dalla locale Cassa edile e prestazioni garantite dall'ordinamento d'origine del datore (Austria), si è giunti alla disapplicazione dell'art. 48, legge prov. n. 6/98 della Provincia di Bolzano che condiziona alla presentazione del D.U.R.C. l'aggiudicazione di un appalto; lo è meno nelle argomentazioni, posto che non si affronta il problema dell'*erga omnes* e implicitamente si ritiene in sé legittima la clausola sociale come meccanismo di estensione “indiretta” del contratto collettivo alle imprese straniere.

¹⁹⁹ Corte giust. CE, C-341/05, *Laval*, punto 110.

²⁰⁰ In merito cfr. A. LO FARO, *Responsabilità e sanzioni per sciopero illegittimo: cambia qualcosa in Italia dopo Laval?*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2011, p. 419 ss. e, se vuoi, G. ORLANDINI, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, Bari, 2009, p. 55 ss.

²⁰¹ Per affrontare il delicatissimo problema del rapporto tra tutela delle libertà economiche ed esercizio dei diritti sindacali (su cui da ultimo e per tutti cfr. U. CARABELLI, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, Jovene, 2011, p. 1411 ss.) la Commissione ha annunciato l'adozione di una proposta di Regolamento, denominato Monti II perché modellato sul Regolamento (CE) n. 2679/98 del 7 dicembre 1998 sul funzionamento del mercato interno in merito alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri (c.d. Regolamento Monti, appunto); come proposto dallo stesso Mario Monti (*Rapporto al Presidente della Commissione europea Manuel Barroso. Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea*, 9 maggio 2010, p. 76-77), esso dovrebbe contenere una clausola di salvaguardia del diritto di sciopero e configurare un sistema di allerta e monitoraggio sui conflitti sindacali transnazionali che incidono sul funzionamento del mercato dei servizi, finalizzato a favorirne la composizione (COMMISSIONE CE, *L'Atto per il mercato unico*, cit., p. 17).

La norma riproduce quanto previsto dagli ormai abrogati artt. 3 e 4, legge n. 1369/1960 in merito ai c.d. appalti interni, il che ne rende duplice il profilo di contrasto con la Direttiva 96/71. Da una parte l'obbligo di rispettare i contratti collettivi è esteso ben al di là di quanto da essa ammesso e riferito a contratti diversi da quelli del settore nel quale l'impresa appaltatrice opera. Dall'altra la norma configura una discriminazione a danno delle imprese straniere: queste soltanto infatti sono tenute ad applicare ai propri dipendenti lo stesso trattamento goduto da quelli dell'appaltante, visto il venir meno dell'analogo obbligo a carico delle imprese italiane²⁰².

Quanto al vincolo della solidarietà, la Corte di giustizia l'ha ritenuto compatibile con i principi del mercato interno nonostante gli effetti restrittivi che ne possono conseguire sulla prestazione di servizi, sempre che esso sia strettamente funzionale a garantire "l'esecuzione degli obblighi previsti dalla [...] Direttiva" (ex art. 5 della stessa)²⁰³. Ne consegue che esso è ammesso solo se limitato ai crediti che trovano giustificazione alla luce di quest'ultima.

La disciplina sugli appalti interni dettata dal d.lgs. n. 72/2000 solleva poi ulteriori (ed irrisolti) problemi interpretativi in ragione del fatto che ad essa si sovrappone oggi il regime generale di solidarietà introdotto per qualsiasi ipotesi di appalto dall'art. 29, 2° comma, d.lgs. n. 276/2003. Se quest'ultima norma si ritiene applicabile anche agli appalti transnazionali²⁰⁴, ne consegue un doppio regime di solidarietà assai poco giustificabile sul piano della coerenza sistematica: i lavoratori coinvolti in appalti *extra-moenia*, pur non beneficiando della parità di trattamento, godrebbero della solidarietà estesa all'intera catena di subappalti (limitata però ai crediti retributivi e contributivi) e di una durata doppia del termine di decadenza²⁰⁵. Se invece si ritiene che la disciplina speciale dettata dalla normativa del 2000 precluda l'applicazione di quella generale, i lavoratori non impiegati in appalti interni resterebbero privi di tutela: alla discriminazione a danno delle imprese distaccanti in caso di appalti *intra-moenia* si affiancherebbe così un regime di sfavore per i lavoratori distaccati in caso di appalti *extra-moenia*.

Per evitare gli effetti di una simile irragionevole disciplina sarebbe necessario considerare abrogato implicitamente l'art. 3, 3° comma, d.lgs. n. 72/2000 dal sopravvenuto art. 29, d.lgs. n. 276/2003. Ma si tratta di una soluzione difficilmente prospettabile, non solo per la natura speciale

²⁰² Contra P. CHIECO, *Somministrazione, comando e appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. n.276/03*, Cacucci, Bari, p. 95 per il quale il contrasto con la Direttiva 96/71 l'avrebbe al contrario creato il d.lgs. n. 276/2003 eliminando per le imprese italiane un vincolo che continua a valere per quelle straniere.

²⁰³ Corte giust. CE, 12 ottobre 2004, C-60/03, *Wolff*.

²⁰⁴ Il Ministero del lavoro fonda tale asserzione sull'art. 9 del Regolamento Roma I (cfr. *Vademecum ad uso degli ispettori*, cit., p. 34); il regime della solidarietà sarebbe cioè una norma di applicazione necessaria che trova sempre applicazione indipendentemente dalla legge applicabile (per la stessa ragione si applicherebbe anche ai lavoratori somministrati, ai sensi dell'art. 23, comma 3, d.lgs. n. 276/03). Il che non sembra in contrasto con quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza C-60/03, *Wolff*; di diversa opinione B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto*, cit. p. 58, alla luce della più restrittiva giurisprudenza successiva (che tuttavia non tocca il tema in questione).

²⁰⁵ In merito cfr. D. VENTURI, *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, in *Dir. Rel. Ind.* 2010, p. 843. Resterebbe poi anche il dubbio circa la possibilità per i lavoratori distaccati nell'ambito di un appalto interno di agire in base all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/03 scaduto il termine annuale previsto dall'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 72/00; il che aumenterebbe l'irragionevolezza della disciplina. I problemi di coordinamento tra le due disposizioni non sono affrontati dal Ministero del lavoro, che pur attribuisce centrale importanza al regime della solidarietà come strumento di garanzia dei crediti dei lavoratori distaccati, tanto da invitare il personale ispettivo a notificare la diffida accertativa ex art. 12, d.lgs. n. 124/2004 anche nei confronti del responsabile in solido stabilito in Italia (forzando con ciò la lettera della legge) (Interpello n. 33/2010).

della prima norma rispetto alla seconda ma anche perché l'art. 85, 1° comma, lett. g), d.lgs. n. 276/2003 ha abrogato l'art. 4, 3° comma, d.lgs. n. 72/2000, tacendo sul disposto in questione.

Non resta dunque che attendere un intervento riformatore del legislatore per dare ordine alla materia.

5. La somministrazione transnazionale di lavoro

Ai lavoratori distaccati da un'impresa di lavoro temporaneo con sede al di fuori del territorio italiano si applica la disciplina della somministrazione di lavoro contenuta nel d.lgs. n. 276/2003 (art. 4, 1° comma, d.lgs. n. 72/2000)²⁰⁶. In questo caso la scelta del legislatore italiano è legittimata dalla Direttiva 96/71, la quale ammette che ai lavoratori temporanei stranieri dipendenti da un'agenzia possano essere garantite le medesime condizioni di lavoro *“applicare ai lavoratori temporanei nello Stato membro in cui è eseguito il lavoro”* (art. 3, par. 9). La stessa Direttiva richiama tra le disposizioni del paese ospitante di necessaria applicazione quelle relative alle *“condizioni di cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo”* (art. 3, par. 1, lett. d)), materia nella quale possono essere ricondotte sia le condizioni sostanziali (art. 20, d.lgs. n. 276/2003) che i requisiti formali del contratto di somministrazione (art. 21).

Il differente regime applicabile ai lavoratori somministrati rispetto a quelli distaccati ad altro titolo (appalto o distacco intra-gruppo) si giustifica con il fatto che solo i primi accedono al mercato del lavoro del paese ospitante, al pari dei lavoratori assunti da un datore ivi stabilito²⁰⁷. Da ciò la possibilità di equiparare questo tipo di lavoratori ai lavoratori *“migranti”* che si muovono sulla base dell'articolo 45 TFUE; possibilità e non obbligo, dal momento che detta equiparazione rappresenta comunque una deroga (seppur giustificata) alla libertà di prestazione dei servizi della quale è titolare l'impresa somministratrice.

Per effetto della parificazione tra lavoratori temporanei stranieri e nazionali, anche ai primi spetta un *“trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore”* a quello spettante ai dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, il quale è obbligato in solido con l'agenzia per l'adempimento dei crediti retributivi e previdenziali (art. 23, 1° e 3° comma, d.lgs. n. 276/2003). Se il principio della parità di trattamento si configura in maniera più ampia rispetto alle altre due ipotesi di distacco transnazionale, essendo esteso a tutte le condizioni di lavoro, una modulazione dello stesso può derivare dal giudizio di equivalenza che, analogamente a quanto accade per i lavoratori somministrati da un'agenzia italiana, va condotto sulla base di una valutazione *“complessiva”*.

²⁰⁶ L'art. 4, d.lgs. n. 72/2000 fa riferimento alle disposizioni della legge n. 196/97 e successive modificazioni, che come noto sono state integralmente sostituite dagli artt. 20-28, d.lgs. n. 276/03. Un'interpretazione adeguatrice permette di non configurare uno stravolgimento della norma (A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Cedam, Padova, 2004, p. 737) né tanto meno una sua implicita abrogazione (B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili*, cit., pp. 2108-2109), da escludere per altro proprio in ragione della sua parziale abrogazione operata dallo stesso d.lgs. n. 276/2003 (art. 85, 1° comma, lett. g)).

²⁰⁷ Come precisato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Vicoplus*, sulla scia delle conclusioni dell'AG Bot, mentre nel caso di distacco effettuato nell'ambito di un contratto di appalto *“il trasferimento di lavoratori da parte del loro datore di lavoro in un altro Stato membro costituisce l'accessorio di una prestazione di servizi svolta da detto datore di lavoro in questo Stato”*, in un distacco effettuato da un'impresa di somministrazione *“il trasferimento dei lavoratori in un altro Stato membro costituisce l'oggetto stesso di una prestazione di servizi transnazionale”*. Per questa ragione *“distinguere fra l'afflusso di lavoratori sul mercato del lavoro di uno Stato membro a seconda che essi vi accedano mediante cessione temporanea di manodopera o direttamente e in modo autonomo risulta artificiale”* (Corte giust., C-307-309/09, *Vicoplus*, punti 46 e 35).

In virtù del rinvio alla vigente disciplina della somministrazione, ai lavoratori distaccati è applicabile anche la deroga al principio di parità di trattamento prevista dall'art. 13, d.lgs. n. 276/2003. I presupposti dettati per la sua operatività e la sua stessa finalità occupazionale sembrano però incompatibili con la natura temporanea della presenza del lavoratore sul territorio italiano. Possono derivarne dubbi circa l'effettiva equivalenza tra le condizioni di lavoro dei lavoratori temporanei stranieri e nazionali, con conseguente configurazione di uno svantaggio concorrenziale per chi somministra i primi.

Il principio del mutuo riconoscimento non permette di imporre all'impresa straniera l'iscrizione nell'Albo delle agenzie per il lavoro (ex art. 5, d.lgs. n. 276/2003): è sufficiente che questa dimostri di operare in forza di un “*provvedimento amministrativo equivalente rilasciato dall'autorità competente*” di uno Stato dell'UE (art. 4, 2° comma, d.lgs. n. 72/2000). È stata abrogata la disposizione che prevedeva una speciale procedura in base alla quale il Ministero del lavoro attestava l'equivalenza (art. 85, 1° comma, lett. g), d.lgs. n. 276/2003 che abroga l'art. 4, 3° comma, d.lgs. n. 72/2000). Dalla lettera della legge sembrerebbe esclusa la legittimità di distacchi operati da agenzie con sede in paesi che non prevedono alcuna forma di controllo amministrativo sull'esercizio dell'attività di somministrazione; ma ciò non pare compatibile con i principi del mercato interno dei servizi²⁰⁸.

Se così decide, l'agenzia situata in un altro Stato membro può iscriversi all'Albo ministeriale alle stesse condizioni previste per le imprese con sede in Italia²⁰⁹, salvo l'esonero dal prestare le garanzie per i crediti di lavoro (deposito cauzionale di 350.000 euro o fideiussione) nel caso in cui analoghi obblighi siano stati adempiuti nel paese d'origine (art. 5, 2° comma, lett. c), d.lgs. n. 276/2003). Le condizioni previste dalla normativa italiana (se confrontate con quelle degli altri Stati membri, specie nei paesi dell'est) sono però tali da rendere una simile scelta un'ipotesi del tutto residuale.

Parte III- Il lavoratore italiano all'estero (paesi extra-UE)

1. Origine, contenuto e ambito di applicazione della legge n. 398/1987

Il sistema internazional-privatistico di norme di conflitto vale ovviamente a regolare anche i rapporti di lavoro di lavoratori assunti in Italia ed inviati all'estero. Sulle condizioni di lavoro di questi ultimi incide però la legge n. 398/1987 a tutela dei lavoratori italiani che operano in paesi terzi, cioè non membri dell'UE. Si tratta di una normativa speciale che si applica indipendentemente dalla legge regolatrice del contratto e che quindi può ricondursi al *genus* delle norme di applicazione necessaria di cui all'art. 9 del Regolamento Roma I²¹⁰.

²⁰⁸ Per questo motivo, in assenza di un atto di autorizzazione, il Ministero del lavoro suggerisce agli ispettori del lavoro di chiedere l'esibizione di un documento equivalente alla visura camerale, avente valore legale nel paese di stabilimento (cfr. *Vademecum ad uso degli ispettori*, cit., p.37).

²⁰⁹ L'abrogato art. 2, comma 2, lett. a), legge n. 196/1997 che prevedeva l'obbligo di costituire una sede o succursale sul territorio italiano e imponeva un deposito cauzionale in un istituto di credito italiano, è costato all'Italia la censura della Corte di giustizia nella sentenza Corte giust. CE, 7 febbraio 2002, C-279/00, *Commissione c. Repubblica Italiana*.

²¹⁰ Così, con riferimento alla Convenzione di Roma, U. VILLANI, *La Convenzione di Roma*, cit., p. 179, che richiama anche altre disposizioni finalizzate ad assicurare una speciale protezione ai lavoratori italiani occupati fuori dal territorio nazionale, quali l'art. 4, legge n.

La legge n. 398/1987 (di conversione del d.l. n. 317/87) trova la sua origine nella sentenza della Corte Costituzionale n. 369 del 1985²¹¹, con la quale le norme che limitavano la copertura previdenziale agli italiani operanti in Italia (art. 1 e 4, d.p.r. n. 1124/65 e art. 1, r.d.l. n. 1827/35) sono state censurate perché in contrasto con la finalità di tutela del *“lavoro italiano all'estero”* sancita dall'art. 35, 3° comma, Cost. Benché la necessità di intervenire per via legislativa riguardasse solo i profili previdenziali del rapporto, il legislatore, al termine di un tormentato iter normativo²¹², ha esteso il regime di tutela anche ai profili sostanziali²¹³. Ne è derivata una disciplina caotica²¹⁴, della quale è difficile fornire un'interpretazione capace di salvarne l'interna coerenza sistematica.

Nella sua parte previdenziale, la legge dispone l'obbligatoria iscrizione al sistema nazionale di assicurazioni sociali per quei lavoratori impiegati in paesi con i quali l'Italia non sia legata da accordi di sicurezza sociale (art. 1, 1° comma), individuando le specifiche modalità di applicazione dei regimi assicurativi (art. 3) ed i criteri della contribuzione, che viene calcolata sulla base della retribuzione convenzionalmente stabilita con decreto dal Ministero del lavoro (art. 4)²¹⁵.

L'invio in paesi terzi è condizionato al rispetto di uno speciale regime di collocamento (art. 1, 4° comma) ed al rilascio di un'autorizzazione da parte del Ministero del lavoro a fronte di specifici impegni assunti dal datore nel contratto di lavoro (art. 2); *in primis* quello di garantire al lavoratore un *“trattamento economico-normativo [...] complessivamente non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di lavoro vigenti in Italia per la categoria di appartenenza”* (art. 2, 4° comma, lett. b)).

Lo speciale regime di collocamento di cui all'art. 1, 4° comma, prevede un obbligo di iscrizione in apposite liste gestite *“dall'Ufficio regionale del lavoro del luogo di residenza”* (oggi Direzione regionale del lavoro) per i lavoratori italiani *“disponibili a svolgere attività all'estero”*²¹⁶, al fine di ottenere il rilascio del nulla osta all'assunzione. La norma va però ritenuta abrogata dall'art. 1-bis,

135/1977 che tutela i marittimi imbarcati da armatori stranieri su navi straniere e l'art. 26, legge n. 49/1987 relativo ai lavoratori assunti a termine dal Ministero degli esteri per attività di cooperazione in paesi in via di sviluppo.

²¹¹ Corte cost. 30 dicembre 1985, n. 369, in *Foro it.*, 1986, I, c. 863.

²¹² Lo ripercorre P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit. p. 155 ss.

²¹³ G. PROIA, *Il lavoro italiano all'estero*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Ipsoa, Milano, 2009, p. 1212 giustifica l'estensione con la necessità di *“evitare di incorrere in un'applicazione parziale del principio sancito dall'art. 35 comma 4 Cost”*; un'osservazione che solleva il delicato problema del possibile potenziale contrasto tra la norma costituzionale (e la legislazione che la attua) ed il Regolamento Roma I, dal momento che quest'ultimo pone limiti al potere statale di estendere l'applicazione degli standard di tutela interni al di fuori del territorio nazionale.

²¹⁴ Così P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit. p. 156, in sintonia con il resto della dottrina.

²¹⁵ La ripartizione in livelli retributivi ai fini previdenziali è definita discrezionalmente dal Ministero, che non è vincolato da quanto previsto dai contratti collettivi e dall'art. 2095 c.c. (cfr. Cass. 13 luglio 2009, n. 16336, in *Mass. giur. it.* 2009). Sui profili previdenziali della legge n. 398/1987 cfr. G. PROIA, *Il lavoro italiano*, cit., p. 1224 ss. e G. MARGIOTTA, *In tema di tutela previdenziale dei lavoratori italiani all'estero*, in *Dir. lav.*, 1988, II, p. 72. Il problema della tutela previdenziale non si pone ovviamente per i lavoratori inviati in paesi dell'UE, per i quali vige il regime di coordinamento tra sistemi di sicurezza sociale oggi contenuto nel Regolamento (CE) n. 883/2004 e nel successivo Regolamento d'attuazione n. 988/2009.

²¹⁶ Il termine *“estero”* in tutta la legge è utilizzato come sinonimo di paese terzo; le disposizioni della legge n. 398/1987 non specificano il luogo di destinazione, ma i dubbi circa la loro riferibilità ai paesi UE (G. PROIA, *Il lavoro italiano all'estero*, cit., p. 1212) non dovrebbero sussistere, posta l'inevitabile lesione della libertà di circolazione garantita dall'ordinamento comunitario che ne conseguirebbe. Il riferimento che la legge fa ai soli lavoratori *“italiani”* va invece interpretato estensivamente, per comprendervi sia i lavoratori di altri paesi UE che di paesi non-UE legalmente soggiornanti in Italia, in virtù del divieto di discriminazione imposto per i primi dal diritto dell'UE e per i secondi dall'art. 2 comma 3, d.lgs. n. 286/98 (così B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili*, cit. p. 2115).

comma 3, d.lgs. n. 181/2000 (inserito dall'art. 2, d.lgs. n. 297/2002), che sopprime tutte le liste di collocamento ordinarie e speciali, con eccezioni che non comprendono quella in questione²¹⁷.

La procedura di autorizzazione dettata dall'art. 2 riguarda sia i lavoratori assunti sul territorio nazionale per lavorare all'estero sia quelli che vi siano trasferiti successivamente "per l'esecuzione di opere, commesse o attività lavorative" (art. 1, 2° comma). Va poi aggiunta l'ipotesi del lavoratore distaccato "presso consociate estere", espressamente richiamata dall'art. 2, 4° comma, lett. a). La legge individua anche i datori vincolati al rispetto della procedura di autorizzazione, con una disposizione inutilmente articolata che finisce per identificare qualsiasi datore di lavoro italiano o straniero, naturalmente sempre che proceda all'assunzione sul territorio italiano²¹⁸.

Secondo una consolidata interpretazione dottrinale, resta fuori dal sistema di garanzia della legge il lavoratore inviato in trasferta all'estero²¹⁹. Ciò si ricaverebbe dal fatto che alla trasferta la stessa legge dedica una disposizione specifica (art. 5), al fine di regolare il regime previdenziale dell'indennità ad essa connessa²²⁰, distinguendo così tale ipotesi da quella del trasferimento richiamata dall'art. 1, 2° comma. Più in generale, la trasferta, per il suo carattere di contingenza ed eccezionalità, non pare compatibile con la complessità e la durata del regime autorizzatorio configurato dalla legge.

La stessa legge sembra però contraddire tale conclusione nel richiamare l'ipotesi di invio all'estero "per l'esecuzione di opere e commesse" che, implicando una presenza temporanea e non definitiva al di fuori del territorio nazionale, dovrebbe qualificarsi come trasferta nell'accezione che al termine è tradizionalmente attribuita dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria²²¹. E d'altra parte lo stesso riferimento al distacco presso consociata estera conferma l'applicabilità della legge ad ipotesi di mobilità che, non comportando un definitivo cambiamento del luogo di lavoro, non sono certamente riconducibili ad un trasferimento. La contraddizione si risolve se, con la dottrina maggioritaria, si considera la nozione di trasferimento adottata dal legislatore dell'87 non sovrapponibile a quella elaborata dalla giurisprudenza sulla base dell'art. 2103 c.c.²²².

2. L'autorizzazione all'espatrio e l'applicazione del contratto collettivo

Spetta al Ministero del lavoro autorizzare l'assunzione o il trasferimento all'estero del lavoratore

²¹⁷ In questo senso L. CALAFÀ, *Legge 3 ottobre 1987, n. 398. Art. 1*, in M. GRANDI-G. PERA (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1039.

²¹⁸ Cfr. P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit., p. 162 che osserva come da una parte il riferimento generico ai datori stranieri di cui all'art. 1, comma 2, lett. d) assorba le ipotesi di cui alle lett. b) e c), dall'altra come il limite dei datori residenti, domiciliati o con sede in Italia di cui alla lett. a) sia illogico e contrario alla ratio della legge.

²¹⁹ P. MAGNO, ult. cit., p. 158; G. PROIA, *Il lavoro italiano*, cit., p. 1213; F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p.123; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trasferimento economico del lavoratore all'estero*, in *Dir. lav.*, 1991, p. 526.

²²⁰ L'art. 5, 1° comma, legge n. 398/1987 esclude l'indennità di trasferta dalla retribuzione imponibile "per una quota pari all'ammontare esente dall'imposta sul reddito delle persone fisiche".

²²¹ Per tutti, cfr. in merito S. MARETTI, *Sulla trasferta del lavoratore e sua distinzione rispetto al trasferimento*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 9 ss. e la giurisprudenza ivi citata.

²²² G. PROIA, *Il lavoro italiano*, cit. p. 1214; R. SCOGNAMIGLIO, *Quando il lavoratore va all'estero: le indennità*, in *Mass. giur. lav.*, 1988, p.564; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico*, cit., p. 527; M. OFFEDDU-D. GOTTARDI, *Lavoratori italiani*, cit., p.5. Diversamente F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p.125-126, il quale nega l'esistenza di una "terza fattispecie di trasferimento temporaneo" creata dalla legge n. 398/87 e, per salvare la coerenza sistematica della legge, fa propria una nozione lata di trasferimento ex art. 2103 c.c. tale da potersi ricondurre anche le ipotesi di prolungata permanenza all'estero per tutto il tempo dell'esecuzione dell'"opera o commessa", cui il legislatore fa riferimento.

italiano, a seguito di una procedura regolata da un d.m. del 1988²²³, solo in parte semplificata dal d.p.r. n. 346/1994 (modificato a sua volta dal d.p.r. n. 247/1997). Anche il Ministero degli affari esteri è coinvolto nella procedura, dovendo trasmettere al Ministero del lavoro parere in merito alle “*condizioni generali*” (politico, sociali, sanitarie ed economiche) del paese di destinazione, che devono essere tali da offrire idonee garanzie di sicurezza per il lavoratore (art. 2, 3° comma, legge n. 389/1987)²²⁴.

L'intero iter procedurale può durare 75 giorni (90 se il datore è all'estero), termine per il perfezionamento del c.d. silenzio accoglimento. Una proroga di ulteriori 30 giorni è possibile in caso sia necessario integrare la documentazione da parte del datore. Sulla base di tale documentazione e di quanto dichiarato dal datore nella domanda, il Ministero deve accertare la sussistenza delle condizioni di legge. Il datore è infatti tenuto ad assumersi una serie di obblighi nei confronti del lavoratore, relativi ai trasferimenti di valuta in Italia, alla sistemazione logistica, all'assicurazione per i viaggi ed alle misure da adottare a tutela dell'igiene e sicurezza sul lavoro (art. 2, 4° comma, lett. c), d), e), f)). Ad essi, come anticipato, si aggiunge l'obbligo di assicurare un “*trattamento economico- normativo [...] complessivamente non inferiore*” agli standard fissati dai vigenti contratti collettivi di categoria e di indicare espressamente l'entità delle prestazioni aggiuntive connesse con lo svolgimento all'estero del lavoro (c.d. indennità estero) (art. 2, 4° comma, lett. b)).

I datori di lavoro che hanno adottato “*contratti-tipo*” concordati con le confederazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale accedono ad una procedura semplificata che si conclude entro 30 giorni dalla presentazione della domanda (art. 2, 5° comma)²²⁵. Solo “*in eccezionali casi di comprovata necessità ed urgenza*” è possibile trasferire all'estero il lavoratore prima che l'autorizzazione sia stata rilasciata, previa comunicazione al Ministero del lavoro o degli affari esteri entro i tre giorni precedenti il trasferimento (art. 2, 6° comma). Al di là di quest'ipotesi, l'impiego non autorizzato di lavoratori all'estero comporta la sanzione dell'ammenda (da 258 a 1032 euro) e, nei casi più gravi, dell'arresto (da tre mesi ad un anno) (art. 2-bis, 2° comma). Sanzioni più elevate sono previste per chi svolge attività di mediazione (art. 2-bis, 1° comma)²²⁶, oggi s'intende se non autorizzata ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 276/2003.

Dubbi di legittimità costituzionale (*sub* art. 39 Cost.) e di coerenza con le generali regole di diritto internazionale privato originano dal disposto di cui all'art. 2, 4° comma, lett. b) con il quale si impone il rispetto di quanto previsto dai contratti collettivi di categoria. Da più parti si è rilevato che la norma non prevede la diretta applicazione del contratto collettivo ai contratti di lavoro di chi si reca fuori dal territorio nazionale, indipendentemente dall'affiliazione sindacale delle parti, ma si limita a fissare un parametro di riferimento per identificare il *quantum* di tutela minima al di sotto del quale il legislatore considera lesi i diritti del lavoratore italiano all'estero, garantiti

²²³ Si tratta del d.m. 16 agosto 1988 “*Documentazione da produrre in allegato alle domande al reclutamento ed all'espatrio di lavoratori italiani*”, in G.U. 224 del 23.9.1988.

²²⁴ Il parere non è necessario per i paesi inclusi in un apposito elenco predisposto annualmente dallo stesso Ministro degli esteri in base all'art. 4, d.p.r. n. 346/1994.

²²⁵ Il termine è prorogato fino a 90 giorni se i Ministeri competenti reputano necessario procedere ad ulteriori accertamenti.

²²⁶ In merito al regime sanzionatorio, cfr., G. MORGANTE, *Legge 3 ottobre 1987, n. 398. Art. 2*, in M. GRANDI- G. PERA (a cura di), *Commentario breve*, cit., p. 1043 ss.

costituzionalmente (ex art. 35, 4° comma Cost.), al pari di quanto avviene per il diritto all'equa retribuzione di cui all'art. 36 Cost.²²⁷. Il paragone con il meccanismo di estensione dell'efficacia dei contratti collettivi fondato sull'art. 36 Cost. tuttavia non convince pienamente, visto che la nota giurisprudenza che lo adotta si giustifica in ragione dell'assenza di disposizioni di legge in materia di minimi retributivi. La legge n. 398/1987 rinvia invece all'intera parte economico-normativa del contratto collettivo, adottando questa come parametro per garantire tutele superiori agli standard di legge. Un tale meccanismo di rinvio al contenuto dei contratti collettivi può certo definirsi "indiretto", ma resta di dubbia costituzionalità; né può ritenersi legittimato dall'art. 35, 4° comma Cost. per il dirimente motivo che la norma costituzionale non si occupa di contratti collettivi, rispetto ai quali vale per il lavoratore all'estero quanto vale per la generalità dei lavoratori.

Per giustificare sul piano costituzionale il disposto in parola occorre piuttosto considerare il parametro *de quo* come condizione posta alla regolarità di un procedimento amministrativo²²⁸, configurandolo così un onere analogo a quello previsto nell'ambito degli appalti pubblici. In questo caso però, la mancanza dell'atto amministrativo (l'autorizzazione ministeriale) non impedisce lo svolgimento dell'attività all'estero, né produce effetti sul contratto di lavoro. La violazione della legge comporta soltanto l'applicazione delle sanzioni a carico del datore e l'unico effetto sul piano del rapporto di lavoro è quello di legittimare il rifiuto del lavoratore ad essere trasferito, anche in presenza di un impegno in tal senso preventivamente assunto nel contratto²²⁹.

La comparazione tra i trattamenti va condotta in termini globali, dovendo essere quello assicurato dal datore "*complessivamente*" non inferiore a quello ricavabile dal CCNL. L'espressione usata dal legislatore dell'87 ricalca quella adotta dall'art. 23, d.lgs. n. 276/2003 per garantire la parità di trattamento tra lavoratori somministrati e dipendenti dell'utilizzatore, ed induce ad escludere la tecnica di comparazione tra istituti e tra clausole a favore di quella del c.d. conglobamento²³⁰. Si tratta di una scelta imposta dalla necessità di discostarsi dal contratto collettivo in ragione di un suo adattamento allo specifico contesto ambientale nel quale il lavoro viene svolto, il che può comportare anche la disapplicazione di istituti e clausole con esso incompatibili.

La medesima esigenza si è visto essere riconosciuta nella giurisprudenza relativa alla c.d. extra-territorialità dei contratti collettivi (parte I, par. 9). Ed in ultima analisi questo è il fine che s'intende perseguire con la norma in esame: garantire ai lavoratori italiani all'estero un trattamento

²²⁷ Cfr. G. FERRARO, *Il contratto collettivo all'estero*, cit., p. 129; F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit. p.95; G. MANNAICCO, *L'applicazione del contratto*, cit. p. 2920; F. SANTONI, *La tutela della personalità del lavoratore all'estero*, in Id., *Rapporti speciali di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 148.

²²⁸ Come osserva P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit. p. 169 "il trattamento indicato è semplice condizione di regolarità dell'espatrio in un Paese extracomunitario per lavoro ed ha, comunque, natura non imperativa. Analogamente A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, cit., p. 173.

²²⁹ Ancora P. MAGNO, ult. cit., p. 170 e 178 (in merito al requisito del consenso, cfr. *infra* paragrafo 3).

²³⁰ G. PROIA, *Commento all'art. 2*, in *Nuove leggi. civ. comm.*, 1988, p. 798; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico*, cit., p. 526; F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit. p. 22; P. MAGNO, ult. cit., p. 170; sul giudizio di comparazione di cui all'art. 23, d.lgs. n. 276/03, cfr. S. CIUCCIOVINO, *Tutela del prestatore di lavoro, potere disciplinare e regime della solidarietà*, in M.T. CARINCI- C. CESTER (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda, Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n.276 coordinato da F. Carinci*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 101 ss.

analogo a quello previsto dal contratto collettivo, indipendentemente dal fatto che a questo sia o meno vincolato il datore di lavoro e qualunque sia la legge applicabile al rapporto²³¹.

È difficile allora negare che l'art. 2, 4° comma, lett. b), legge n. 398/87 finisca, di fatto, per alterare il gioco delle norme di conflitto internazional-privatistiche. A questa conclusione si perviene anche senza convenire con quella dottrina che associa l'obbligo di rispettare i contratti collettivi alla necessaria applicazione delle norme imperative che questi presuppongono²³²; una lettura che prova troppo, non sussistendo, come detto, un obbligo di applicazione diretta del contratto collettivo, e che finirebbe per impedire *in toto* il funzionamento dei criteri di collegamento oggi dettati dal Regolamento Roma²³³.

È vero dunque che la disposizione in esame non ha rilievo internazional-privatistico perché non incide direttamente sulla legge applicabile, limitandosi ad imporre al datore di recepire nel contratto di lavoro un contenuto che tenga conto degli standard fissati dal contratto collettivo di categoria; ed è parimenti vero che il giudizio in merito all'efficacia ed all'applicazione delle clausole contrattuali così definite sarà effettuato in base alla normativa applicabile²³⁴. Non può tuttavia ignorarsi come il rispetto della norma in questione configuri, in concreto, due possibili situazioni: o il datore specifica nel contratto individuale il trattamento che intende garantire al lavoratore in relazione ai diversi istituti regolati dal contratto collettivo, al fine di permettere il giudizio di comparazione; o, più verosimilmente, richiamerà le clausole del contratto collettivo dichiarando di attenervisi, salvo l'assunzione di specifici obblighi connessi con il luogo di svolgimento dell'attività. Questa seconda situazione si verifica sempre nel caso di adozione di "contratti-tipo" di cui all'art. 2, 5° comma, che altro non sono se non i contratti di categoria integrati dall' "indennità estero" (imposta dallo stesso art.2, 4° comma, lett. b)) e da specifiche disposizioni di "adattamento" al contesto locale (relative a festività, orari, vitto, alloggio e spese sanitarie)²³⁵.

In entrambi i casi, ciò sembra inevitabilmente implicare la scelta della legge applicabile. D'altra parte il rispetto degli obblighi previsti dalla procedura di autorizzazione finisce quanto meno per costituire un indizio dell'implicita volontà delle parti di regolare il rapporto in base alla legislazione italiana, come si ricava dalla stessa giurisprudenza di Cassazione²³⁶.

Anche escludendo un simile esito, le clausole del contratto individuale garantiranno comunque l'effetto di impedire l'applicazione di eventuali disposizioni di legge del paese d'invio deputate a regolare diversamente gli istituti oggetto della parte normativa del contratto collettivo di categoria.

3. Presupposti e limiti del potere del datore di inviare il lavoratore all'estero: il requisito del consenso

²³¹ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *ibidem*, per il quale la legge 398/87 "neutralizza gli effetti della mancata applicazione del contratto collettivo".

²³² P. MAGNO, *La disciplina del lavoro italiano all'estero dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980*, in *Dir. lav.*, 1992, p. 36 e, analogamente, F. SANTONI, *La tutela della personalità*, cit., p. 147.

²³³ Così, B. DE MOZZI, *Il lavoro con profili*, cit., p. 2124.

²³⁴ C. PONARI, *Il rapporto tra legge*, cit., p. 117.

²³⁵ F. SANTONI, *La tutela della personalità*, cit., p. 129.

²³⁶ Cfr. Cass., 15 luglio 2010, n. 16579, cit., nella quale i giudici di legittimità deducono proprio dal rispetto degli obblighi posti dalla legge n. 389/87 (in concorso con altri elementi) la volontà implicita delle parti di applicare la legge italiana (*supra* nt. 93).

L'invio all'estero del lavoratore presuppone l'esercizio da parte del datore del potere di modificare il luogo di esecuzione della prestazione. Si pone il problema di chiarire se l'art. 2103 c.c. sia invocabile nel caso di specie oppure se tale norma presupponga spostamenti del lavoratore interni al territorio nazionale, con conseguente configurazione di una diversa e autonoma disciplina per la fattispecie della mobilità verso l'estero.

La giurisprudenza di legittimità ha costantemente subordinato l'esercizio del potere datoriale all'acquisizione del consenso del lavoratore, indipendentemente dalla natura definitiva o provvisoria della permanenza nel paese di destinazione²³⁷. In dottrina si è giustificato un simile orientamento considerando che l'invio all'estero incide in maniera sostanziale sugli equilibri contrattuali, tanto da comportare un cambiamento delle condizioni di vita personale, familiare e sociale del lavoratore²³⁸. L'assenso del lavoratore si configurerebbe come requisito essenziale della fattispecie. Un requisito assente nella disciplina di cui all'art. 2103 c.c. che garantisce al datore un potere unilaterale di modificare il luogo di lavoro. Da ciò la conclusione che quest'ultima norma non varrebbe a regolare i trasferimenti al di fuori del territorio nazionale²³⁹.

Questa conclusione è contraddetta da quanti negano che lo svolgimento del lavoro all'estero possa condizionare l'applicabilità dell'art. 2103 c.c., considerando che a tale circostanza non è attribuito dal disposto in questione alcun rilievo. Ne conseguirebbe l'irrilevanza del consenso del lavoratore, salvo diversa pattuizione in merito, e la necessità di procedere all'accertamento delle "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" richieste dalla norma codicistica²⁴⁰. Accertamento che andrà condotto con particolare attenzione, proprio in ragione degli effetti che il trasferimento all'estero può produrre sulle condizioni di lavoro e di vita del lavoratore²⁴¹. Diversa naturalmente sarebbe la disciplina della trasferta all'estero, potendo questa essere disposta non solo unilateralmente ma anche arbitrariamente²⁴².

Questa seconda soluzione non si traduce in minori garanzie per il lavoratore, dal momento che sancendo l'irrilevanza dell'assenso del lavoratore al trasferimento si nega la configurabilità di una deroga pattizia ai vincoli dettati da una norma imperativa. E d'altra parte la prassi testimonia che

²³⁷ Quest'orientamento è seguito qualunque sia la qualificazione adottata in merito alla c.d. assegnazione all'estero (trasferta, trasferimento o *tertium genus*): cfr. Cass. Sez. Un., 8 giugno 1983, n. 3926, in *Giust. civ.*, 1984, I, p.1250, con nota di M. PAPALEONI, *Punti fermi sull'indennità di missione all'estero*, nella quale la Corte, discutibilmente, presuppone la provvisorietà di qualsiasi invio all'estero; mentre Cass., 27 luglio 1986, n. 4859 e Cass., 25 febbraio 1987, n. 2015, in *Mass. giur. lav.* 1987, p.48 ss., più correttamente, nell'ammettere il "trasferimento" all'estero ne prospettano la natura speciale se di carattere non "definitivo" (in merito a tale giurisprudenza cfr. G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit. pp. 424-425).

²³⁸ G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico*, cit., p. 524; P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit. p. 326; F. SANTONI, *La tutela della personalità*, cit., p. 145; G. PERONE- M. T. SPADAFORA, ult. cit., p. 425.

²³⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Quando il lavoratore*, cit., p. 565; G. SANTORO PASSARELLI, ult. cit., p. 524; G. PROIA, *Commento all'art. 2*, cit., p. 794.

²⁴⁰ F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 108 e R. ROMEI, *Sul trasferimento all'estero*, cit., p. 102.

²⁴¹ Cfr. F. BASENGHI, ult. cit., pp. 132-133 che suggerisce di valorizzare quell'interpretazione dell'art. 2103 c.c. che fa leva sulle esigenze di promozione della professionalità (M. V. BALLESTRERO, in AA.VV., *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori*, F. Angeli, Milano, 1973, p. 178) e che impone un giudizio comparativo tra scelta aziendale e disagi subiti dal lavoratore (E. GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 406).

²⁴² Salvo ritenere, con R. ROMEI, *Sul trasferimento all'estero*, cit., p. 90 ss., che anche l'istituto della trasferta rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 2103 c.c., in sintonia con quell'autorevole dottrina minoritaria che fa leva sul dato testuale della norma come riscritta dallo Statuto dei lavoratori (cfr. F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Giuffrè, Milano, 1982, p.275 ss.; C. CESTER, *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 1983, p.236 ss.; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 444 ss.)

il consenso preventivo viene quasi sempre acquisito, come dimostra la sostanziale assenza di contenzioso in merito²⁴³.

Proprio la considerazione dell'inderogabilità del disposto di cui all'art. 2103 c.c. induce a suggerire una terza soluzione in merito alla disciplina regolatrice della c.d. assegnazione all'estero. Posto che i vincoli statuari trovano applicazione laddove ne ricorrano i presupposti, la peculiarità della fattispecie porta a non considerare sufficiente la sussistenza delle ragioni oggettive giustificatrici del trasferimento all'estero ed a richiedere l'acquisizione "anche" del consenso del lavoratore²⁴⁴. Il requisito della necessaria volontarietà del trasferimento non rende inapplicabile l'art.2103 c.c., non essendo incompatibile con la previsione di nullità dei patti di cui al 2° comma del medesimo articolo, che opera unilateralmente a favore del lavoratore²⁴⁵.

Quest'ultima soluzione non è contraddetta dalla legge n. 398/1987, ma anzi in essa può trovare conferma. La procedura di cui all'art. 2 implica l'acquisizione del consenso del lavoratore all'invio all'estero, quanto meno al momento della stipula del contratto²⁴⁶. Ciò non configura una disciplina speciale del trasferimento sostitutiva di quella generale dettata dall'art. 2103, la cui applicazione non è incompatibile con il procedimento di autorizzazione. Lo conferma il fatto che nella domanda sulla cui base questo viene attivato, il datore è tenuto ad indicare il "titolo giuridico" sul quale si fonda l'attività da svolgere all'estero, ovvero è chiamato a giustificare le ragioni oggettive del trasferimento²⁴⁷.

La legge neppure fornisce un argomento *a contrario* a conferma dell'irrilevanza del consenso nelle sole ipotesi di trasferimenti verso paesi dell'UE, rispetto ai quali semplicemente non dispone alcunché. L'opposta soluzione prospettata in dottrina (coerente con l'assunto da cui muove)²⁴⁸ potrebbe giustificarsi nella prospettiva dell'integrazione europea²⁴⁹. Essa però perde di ragionevolezza se solo se ne considerano gli effetti pratici in caso di trasferimento (ad esempio) di un lavoratore milanese in Svizzera (paese terzo, per il quale il consenso sarebbe richiesto) e di uno palermitano in Estonia (Stato membro, per il quale il consenso sarebbe irrilevante).

La legge n. 398/1987 suggerisce piuttosto di considerare il suo ambito di applicazione al fine di identificare le ipotesi nelle quali il consenso debba essere acquisito anche in caso di lavoro svolto in paesi dell'UE, visto che una diversa soluzione implicherebbe un elemento di incertezza e di complicazione nella disciplina tale da minarne ulteriormente la coerenza sistematica. Da ciò la conclusione che il consenso andrebbe richiesto anche a fronte di "trasferimenti" non definitivi,

²⁴³ Sul punto cfr. le osservazioni di R. SCOGNAMIGLIO, *Quando il lavoratore*, cit., p. 565. La questione è incidentalmente affrontata nelle sentenze citate in nota 237 e non costituisce oggetto delle controversie.

²⁴⁴ In questo senso cfr. P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, cit., p. 310; F. SANTONI, *La tutela del lavoratore*, cit., p. 145; G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 426.

²⁴⁵ Tra gli altri, cfr. E. GHERA, *Mobilità introaziendale*, cit., p. 82.

²⁴⁶ F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 119; M. BROLLO, *La mobilità interna*, cit., p. 586; G. PROIA, *Il lavoro italiano*, cit. p. 1214; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico*, cit., p. 524; *contra* G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 426 secondo i quali la legge imporrebbe una generica disponibilità all'espatrio e non il previo consenso al trasferimento all'estero, deducibile invece dai principi generali.

²⁴⁷ Cfr. in merito quanto dispone il d.m. attuativo del 16 agosto 1988.

²⁴⁸ F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 127.

²⁴⁹ M. BROLLO, *La mobilità interna*, cit. p. 388. Il requisito del consenso del lavoratore potrebbe essere letto come un intralcio alla libera prestazione dei servizi, ma solo quando il trasferimento si realizza nell'ambito di un scambio di natura commerciale tra due imprese.

ma realizzati per compiere “opere e commesse all'estero”; ovvero anche in ipotesi di mobilità nelle quali la giurisprudenza non reputa applicabile l'art. 2103 c.c.

Quanto sin qui detto vale anche a risolvere il problema dell'applicabilità della disciplina di cui agli artt. 29 e 30, d.lgs. n. 276/2003 relativa ai requisiti di legittimità dell'appalto e del distacco; quest'ultimo per altro ricondotto espressamente nell'ambito di applicazione della legge n. 389/1987 (seppur solo con riferimento al distacco presso “consociate estere”)²⁵⁰. L'eventuale necessità di acquisire il consenso del lavoratore non esclude la rilevanza dei presupposti sostanziali posti dal d.lgs. n. 276/2003 a fondamento dell'esercizio del potere datoriale²⁵¹. È vero però che l'effetto pratico di tale conclusione è pressoché nullo, considerando le conseguenze che l'assenza dei presupposti di legge di cui agli artt. 29 e 30 determina sul rapporto di lavoro, di segno opposto rispetto a quelle derivanti dalla violazione dell'art. 2103 c.c. Se in quest'ultimo caso il lavoratore espatriato acquisisce il diritto al ritorno in Italia, esercitabile nei confronti del datore di lavoro che ha deciso il trasferimento, nel primo acquisirebbe il “paradossale” diritto a restare a tempo indefinito all'estero; un diritto per altro nei fatti inesigibile e comunque inesequibile nei confronti dell'utilizzatore straniero.

4. L'indennità estero: natura, computabilità e irriducibilità

Tra le condizioni poste dalla legge n. 398/1987 per il rilascio dell'autorizzazione vi è l'obbligo per il datore di indicare “distintamente [...] l'entità delle prestazioni in denaro o in natura connesse con lo svolgimento all'estero del rapporto di lavoro” (art. 2, 4° comma, lett. b)). In tal modo il legislatore rende obbligatorio ciò che per prassi consolidata caratterizza l'invio all'estero del lavoratore, anche in paesi dell'UE: di norma infatti ad essi viene convenzionalmente riconosciuta una specifica indennità che si aggiunge alla normale retribuzione (c.d. indennità estero).

Il disposto in parola non risolve però la controversa questione della natura da riconoscere a tale emolumento, in merito alla quale si è sviluppata un'ampia e non univoca giurisprudenza. Si tratta di capire se con quanto corrisposto al lavoratore s'intende risarcirlo delle maggiori spese che il trasferimento implica o s'intende riconoscergli un incremento retributivo. L'importanza della questione si coglie sul piano delle conseguenze che la natura retributiva o risarcitoria dell'indennità produce sulle voci indirette della retribuzione: in primo luogo sul TFR²⁵², dal momento che, analogamente quanto previsto per la “vecchia” indennità di anzianità, i rimborsi spese restano esclusi dalla sua base di calcolo (art. 2120, 2° comma c.c.)²⁵³.

²⁵⁰ Tale delimitazione è oggetto delle considerazioni critiche di P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, p. 308 ss.

²⁵¹ L'opinione che l'art. 30, d.lgs. n. 276/03 si applichi ai distacchi transnazionali operati dall'Italia è prevalente in dottrina: cfr. G. PROIA, *Il lavoro italiano*, cit., p. 1223, che pur giunge ad opposte conclusioni in relazione all'art. 2103 c.c. e U. CARABELLI, *Europa dei mercati*, cit. p. 32 seppur in relazione al distacco intra-comunitario; *contra* B. De MOZZI, *Il lavoro con profili*, cit., p. 2117 che ritiene la disciplina “speciale” della legge n. 398/87 prevalente su quella generale dettata dal d.lgs. n. 276/03.

²⁵² Maturando il TFR durante il rapporto di lavoro, l'eventuale conversione in moneta nazionale va effettuata alla data di ciascun accantonamento annuale (così Cass. 24 febbraio 1993, n. 2255, cit.).

²⁵³ Consolidata appare invece la giurisprudenza che riconosce il carattere “continuativo” (in base al vecchio testo dell'art. 2120 c.c.) o “non occasionale” (in base alla “nuova” formulazione della medesima norma) dell'indennità in questione, presupposto per poter valutare la sua possibile inclusione nella base di calcolo dell'indennità di anzianità (nel primo caso) e del TFR (nel secondo): tra le altre, cfr. Cass. 22 ottobre 2003, n. 15841, in *Notiziario giur. lav.*, 2004, p.337 ss. per la quale il requisito della continuità va inteso in senso relativo, non come sinonimo di definitività ma di “periodicità e ordinarietà dell'erogazione, in contrasto a saltuarietà ed eccezionalità della stessa”. Il più ampio concetto di “non occasionalità” conferma e rafforza tale conclusione, portando ad includere nella base di

Il problema può trovare soluzione nei casi in cui le parti abbiano chiaramente e dettagliatamente individuato le voci di natura risarcitoria, motivandole con le maggiori spese connesse con l'esecuzione della prestazione e sostenute dal lavoratore nell'esclusivo interesse del datore²⁵⁴.

Il riferimento alla volontà delle parti non è però quasi mai risolutivo²⁵⁵. Questa, se espressa in maniera univoca, è certo funzionale all'accertamento dell'effettiva natura e funzione dell'emolumento, ma resta il fatto che il *nomen iuris* scelto dalle parti non può prevalere sulle caratteristiche sostanziali dello stesso²⁵⁶. In particolare, le parti non possono escludere dalla base di calcolo del TFR voci di natura retributiva, posto che la nozione "omnicomprensiva" di retribuzione adottata dall'art. 2120, 2° comma c.c. può essere derogata soltanto dalla contrattazione collettiva²⁵⁷.

Di norma poi l'indennità estero è definita unitariamente e liquidata in maniera forfettaria, o suddivisa in ulteriori voci (indennità di espatrio, di disagio, complementare...) in merito alle quali si pone di nuovo il problema della loro esatta qualificazione. Da qui il prendere forma nella giurisprudenza di legittimità di due distinti orientamenti.

Secondo il primo, consolidato fino a qualche anno fa, all'indennità estero andrebbe riconosciuta natura composita (o mista), posto che essa usualmente presenta componenti sia risarcitorie che retributive²⁵⁸. La natura composita dell'indennità è oggetto di presunzione semplice, superabile dal giudice se l'accertamento in concreto lo porta a concludere diversamente²⁵⁹. Nel suo giudizio (insindacabile in sede di legittimità, salvo vizi di motivazione) questi deve prioritariamente tener conto della fonte della missione (consensuale o unilaterale), della già ricordata qualificazione delle parti e delle modalità e durata delle prestazioni²⁶⁰. Nell'impossibilità di determinare in che percentuale pesino le due componenti, è legittimo il riferimento, in via equitativa, alla quota esente da contribuzione calcolata in base ai criteri fissati dall'art. 48, 4° comma del Testo unico delle imposte sul reddito (d.p.r. n. 917/1986, come modificato dalla legge n. 85/1995)²⁶¹ cui fa indirettamente rinvio l'art. 5 della stessa legge n. 398/87.

Nelle sentenze riconducibili a questo filone giurisprudenziale non vi è però univocità di valutazione in merito alla funzione da riconoscere alle diverse componenti dell'indennità. In particolare

calcolo del TFR qualsiasi emolumento correlato, nell'arco dell'anno di riferimento, con il normale svolgimento del rapporto di lavoro (in dottrina cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico*, cit., p.529; diffusamente sul tema, R. ROMEI, *Il trasferimento all'estero*, cit., p. 111 ss.).

²⁵⁴ Cass., 25 novembre 2005, n. 24875, in *Mass. giur. lav.*, 2006, p.594 ss.; Cass., 3 novembre 2000, n. 14388, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, p. 1007 ss.; Cass., 25 febbraio 1986, n. 1174, in *Foro it.*, 1986, I, c.1837.

²⁵⁵ Per una valorizzazione della volontà delle parti, invece, cfr. R. ROMEI, *Sul trasferimento all'estero*, cit., p. 110.

²⁵⁶ Cass., 27 gennaio 1994, n. 814, in *Notiziario. giur. lav.*, 1994, p. 615 ss.; Cass., 28 maggio 1985, n. 3232, in *Giust. civ.*, 1985, p. 3087 ss.

²⁵⁷ Cass., 25 novembre 2005, n. 24875, cit., oggetto delle osservazioni critiche di G. PERONE- M. T. SPADAFORA, *Lavoro all'estero*, cit., p. 429, per i quali "la clausola [del contratto individuale] pur se nulla, va interpretata [...] allo scopo di comprendere quale sia la volontà espressa dalle parti".

²⁵⁸ In dottrina, tra gli altri, R. SCOGNAMIGLIO, *Quando il lavoratore*, cit. p. 564; G. SANTORO PASSARELLI, *Il trattamento economico*, cit., p. 594; F. BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore*, cit., p. 158.

²⁵⁹ Cass., 4 gennaio 2000, n. 22 in *Riv. it dir. lav.*, 2001, p. 298 ss. con nota di R. FOGLIA, *Nuovi spunti giurisprudenziali sulla natura (retributiva o risarcitoria) dell'indennità estero*.

²⁶⁰ Cass., 28 febbraio 1992, n. 2425, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, p. 683 ss.; Cass., 26 gennaio 1989, n. 469, *ivi*, II, p. 142 ss.

²⁶¹ Cass., 26 gennaio 1989, n. 469, cit., p. 417; Cass. 5 settembre 1987, n. 7218, in *Orient. giur. lav.*, 1988, I, p.235 ss., nelle quali però si applica ancora la regola di carattere generale fissata dall' art. 12, legge n. 153/69 (prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 314/1997) che includeva l'indennità di trasferta nella base imponibile nella misura del 50%.

appare oscillante la qualificazione della natura dei compensi erogati a titolo compensativo dei maggiori disagi di carattere morale e materiale che il lavoro all'estero implica. Questa componente dell'indennità (spesso espressamente qualificata come "indennità di disagio") in alcuni casi è qualificata come risarcitoria, al pari di quelle voci direttamente funzionali a reintegrare il lavoratore delle maggiori spese sopportate per rispondere a peculiari e contingenti esigenze del datore²⁶². In altre sentenze solo a queste ultime è attribuita natura certamente risarcitoria, mentre si riconosce che quanto corrisposto al lavoratore per compensarlo del disagio ambientale abbia natura retributiva nella misura in cui sia dimostrato il nesso tra tale compenso e la maggior professionalità necessaria per prestare lavoro fuori dai confini nazionali²⁶³. Nella maggioranza dei casi, infine, si afferma che il compenso per il disagio concorre in ogni caso all'adeguamento della retribuzione, indipendentemente dalla prova circa la sua correlazione con la maggior professionalità richiesta al lavoratore²⁶⁴.

La prevalente tendenza a riconoscere che quanto corrisposto per compensare il disagio è parte della retribuzione, ha indotto i giudici di legittimità a dar vita ad un secondo orientamento, in base al quale si attribuisce all'indennità estero natura integralmente retributiva. Con qualche ambiguità residua, si è giunti ad affermare che, pur in presenza di componenti risarcitorie delle maggiori spese sostenute all'estero, non si debba negare il carattere retributivo complessivo dell'indennità²⁶⁵. In realtà, la natura retributiva pare doversi considerarsi a sua volta oggetto di una presunzione semplice, salva sempre la possibilità del giudice di accertare che determinate voci sono state espressamente erogate a fini risarcitori, cioè a ristoro di concrete e specifiche spese sostenute dal lavoratore nell'interesse del datore²⁶⁶. Lo conferma indirettamente anche la giurisprudenza relativa all'indennità di alloggio, spesso liquidata autonomamente, che continua ad essere qualificata come rimborso spese a meno che la volontà delle parti o le specifiche modalità di erogazione depongano in senso contrario²⁶⁷.

L'ampliamento della componente retributiva dell'indennità estero non muta la risposta in merito al diritto del lavoratore di conservarla al rientro in Italia, dal momento che l'irriducibilità della retribuzione garantita dall'art. 2103 c.c. non riguarda necessariamente ogni sua componente, ma solo quelle legate al valore professionale delle mansioni svolte²⁶⁸. Non acquisiscono carattere di definitività quelle attribuzioni patrimoniali che compensano particolari rischi e disagi o che trovano giustificazione in contingenti e mutevoli modalità di esecuzione delle mansioni²⁶⁹; mentre

²⁶² Cass., 18 giugno 1991, n. 6911, in *Giust. civ. mass.*, 1991, f. 6; Cass., 9 novembre 1990, n. 10804, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, p. 260 ss.

²⁶³ Cass., 16 gennaio 1996, n. 308, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 561 ss.; Cass., 27 marzo 1996, n. 2756, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2427.

²⁶⁴ Cass. 12 dicembre 2001, n. 15656 in *Notiziario giur. lav.*, 2002, p. 376; Cass., 3 novembre 2000, n. 14388, in *Orient. giur. lav.*, 2000, p. 1007 ss.; da ultimo, in merito al calcolo dell'indennità di trasferta ai fini contributivi, cfr. Cass., 28 marzo 2011, n.7041, in *Lav. giur.* 2011, 628.

²⁶⁵ Così, per prima, Cass., 19 febbraio 2004, n. 3278, in *Dir. e prat. lav.*, 2004, p. 2048 con ampia nota ricostruttiva di S. GRECO, *Indennità estero: computabilità nel Tfr*; da ultimo, cfr. Cass., 11 febbraio 2009, n. 3374, in *Guida al lavoro*, 2009, 11, p. 52.

²⁶⁶ In tal senso cfr. Cass., 25 novembre 2005, n. 24875, cit., p. 594; nella giurisprudenza di merito cfr. Corte d'Appello di Milano 22 febbraio 2007, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, p. 856 ss.

²⁶⁷ Cass., 5 maggio 2008, n. 10986, in *Suppl. ord. Guida al lavoro*, 2008, p. 55; Cass., 2 marzo 2005, n. 4341, in *Notiziario giur. lav.*, 2005, p. 684.

²⁶⁸ Resta valida la ricostruzione di O. MAZZOTTA, *Mutamento di mansioni, retribuzioni irriducibili e corrispettività*, in *Foro it.* 1982, I, p. 515, in merito alla quale cfr. le precisazioni di R. ROMEI, *Sul trasferimento all'estero*, cit., p. 119.

²⁶⁹ Cass., 29 settembre 2004, n. 14443, in *Orient. giur. lav.*, 2004, p.590 ss.; Cass., 25 giugno 1988, n. 4314, in *Notiziario giur. lav.*, 1988, p. 676 ss.

resta intangibile quella parte dell'indennità eventualmente correlata alla maggior professionalità ed alla qualità delle mansioni svolte all'estero²⁷⁰.

²⁷⁰ Cass., 3 febbraio 2004, n. 3278, in *Giust. civ. Mass*, 2004, f. 2; Cass., 24 febbraio 1993, n. 2255, in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 239 ss.