



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2017, n. 1

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Cattedratico de Derecho internacional, Universidad de Sevilla
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, già Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Guido Raimondi, Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo
Giuseppe Tesaro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Luiss di Roma

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Claudia Morviducci, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Bologna
Ennio Triggiani, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"



COMITATO DEI REFEREE

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Casseti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Rosario Espinosa Calabuig, Profesor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Valencia
Giancarlo Guarino, già Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Assistant Professor in European Law, University of Twente
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Stefania Negri, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Pietro Pustorino, Associato di Diritto Internazionale, Università di Siena
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia, Universidad do Minho
Chiara Enrica Tuo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Ricercatore di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Daniela Fanciullo, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Caterina Fratea, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Assegnista di ricerca di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (Coordinatore), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"

www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli

CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017

Indice-Sommario

2017, n. 1

Editoriale

Angela Di Stasi p. 1

Saggi e Articoli

Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia a misura di minori: la sfida (in)compiuta dell'Unione europea nei casi di sottrazione internazionale 2
Maria Caterina Baruffi

In the Court(s) We Trust - A Procedural Solution to the Mutual Trust Dilemma 26
Dominik Dusterhaus

Mobilità nell'impiego e diritti dei lavoratori: riflessioni tra cooperazione in materia civile e relazioni esterne dell'Unione europea 45
Caterina Fratea

La tutela transnazionale del credito nell'ordinamento dell'Unione europea 67
Angela Maria Romito

Commenti e Note

Le direttive sui diritti processuali. Verso un «modello europeo di giustizia penale»? 84
Valentina Faggiani

La libera circolazione degli atti pubblici in materia civile: un passo avanti nello spazio giudiziario europeo 104
Maria Font i Mas

Forced Migration Management and the Right to Access to an Asylum Procedure in the Area of Freedom, Security and Justice: Human Rights Between Responsibility and Solidarity 126
Silvia Morgades-Gil

La dimensione esterna dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sviluppi recenti e sfide aperte 147
Alfredo Rizzo



MOBILITÀ NELL'IMPIEGO E DIRITTI DEI LAVORATORI: RIFLESSIONI TRA COOPERAZIONE IN MATERIA CIVILE E RELAZIONI ESTERNE DELL'UNIONE EUROPEA

Caterina Fratea*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La mobilità nell'impiego all'interno dell'UE e il diritto internazionale privato: i titoli di giurisdizione nelle fattispecie a carattere frammentato. – 3. La legge applicabile alle controversie di lavoro con particolare riferimento ai lavoratori distaccati. – 4. I principali interventi della Corte di giustizia in relazione ai lavoratori distaccati e la proposta di modifica della direttiva n. 96/71. – 5. La mobilità nell'impiego e le relazioni esterne dell'UE.

1. Introduzione

Il presente lavoro intende analizzare i fenomeni di mobilità dei lavoratori al fine di valutare se gli strumenti offerti dall'Unione siano in grado di contenere gli effetti distorsivi legati all'intensificazione delle prestazioni dei servizi su scala europea ed extraeuropea. Tale fenomeno, infatti, in assenza di regole volte ad impedire che la leva del contenimento dei costi del lavoro sia utilizzata in modo abusivo e indiscriminato, rischia di falsare un'altrimenti lecita concorrenza tra ordinamenti. Più che riguardare le forme classiche di circolazione dei lavoratori, in cui un soggetto si sposta per accedere al mercato del lavoro di un nuovo paese, il tema concerne le situazioni meno tradizionali di mobilità, che possono definirsi di mobilità all'interno dell'impiego¹ in quanto legate a situazioni di distacco di lavoratori che temporaneamente svolgono la propria prestazione lavorativa in un paese diverso da quello in cui essa è abitualmente effettuata, pur mantenendo il rapporto contrattuale che lo lega all'impresa dello Stato di provenienza.

A seconda che tali fenomeni si limitino alla sola Unione europea oppure acquisiscano una dimensione internazionale, e pertanto in relazione alla fonte che

Articolo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Verona. Indirizzo e-mail: caterina.fratea@univr.it

¹ A. LYON-CAEN, *Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1991, n. 1, pp. 108-113, spec. p. 109.

disciplina la situazione giuridica dei lavoratori, la protezione dei soggetti deboli assume diverse gradazioni. Nel primo caso, le competenze in materia di politica sociale e libera prestazione dei servizi consentono all'Unione di approntare un apparato di tutele che, nonostante alcune limitazioni ancora esistenti, permette di tenere conto delle peculiarità delle situazioni di distacco e di limitare, almeno in astratto, i fenomeni di *dumping* sociale. Tali disposizioni, inoltre, vanno lette congiuntamente a quelle in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile. Il completamento del mercato interno, infatti, ha manifestato i suoi effetti non solo in relazione al ravvicinamento degli aspetti più tradizionali e sostanziali necessari per lo sviluppo di un mercato europeo del lavoro, quali la ricerca di un impiego, le condizioni di occupazione² e la protezione in caso di insolvenza del datore di lavoro³, ma anche in relazione a situazioni suscettibili di comportare un conflitto di leggi e di giurisdizioni, quali quelle legate al distacco temporaneo dei lavoratori. Nell'ambito di una sempre più diffusa transnazionalizzazione dei rapporti economici, le norme di diritto internazionale privato rappresentano uno strumento fondamentale per la tutela del lavoratore distaccato al fine di garantire livelli di protezione uniformi e di evitare che le potenzialità insite nella libera circolazione possano comportare effetti di *dumping* sociale all'interno dei singoli mercati nazionali.

A conclusioni analoghe non è dato pervenire quando lo spostamento avviene verso un paese terzo. Scopo del presente lavoro è pertanto quello di analizzare come le norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea rappresentino un aspetto imprescindibile della tutela dei lavoratori distaccati in un altro paese membro e come, invece, al di fuori di tale contesto territoriale, la dimensione protettiva può essere recuperata grazie agli accordi internazionali dell'UE c.d. di nuova generazione. Questi, infatti, sebbene finalizzati a regolare aspetti legati alla politica commerciale e agli investimenti, potrebbero altresì costituire un mezzo in grado di contribuire al rafforzamento delle tutele dei soggetti deboli attraverso il richiamo alle convenzioni OIL e agli altri strumenti internazionali che promuovono la tutela dei diritti sociali fondamentali cui gli Stati e l'Unione sono vincolati, primo tra tutti la Carta di Nizza.

² Tra le numerose direttive adottate ai sensi dell'attuale art. 153 TFUE si segnala, in particolare, la n. 89/391/CEE del Consiglio, *concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro*, del 12 giugno 1989, in GUCE L 183 del 29 giugno 1989, pp. 1-8, c.d. "direttiva madre in materia di salute e sicurezza" perché indica i principi di base per successive specifiche direttive relative ai possibili rischi relativi alla salute dei lavoratori e alla sicurezza sui luoghi di lavoro (L. CALAFÀ, *Sub Art. 153 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (diretto da), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, 2ª ed., Padova, 2014, pp. 994-999, spec. p. 997). Per una disamina delle direttive figlie in materia di sicurezza e ambiente di lavoro, nonché delle direttive in materia di lavori atipici, parità e non discriminazione, orario di lavoro, si rinvia a C. BARNARD, *EU Employment Law*, 4th ed., Oxford, 2012; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, 7ª ed., Padova, 2016, p. 229 ss.

³ Direttiva 2008/94/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro*, del 22 ottobre 2008, in GUUE L 283 del 28 ottobre 2008, pp. 36-42.

2. La mobilità dell'impiego all'interno dell'UE e il diritto internazionale privato: i titoli di giurisdizione nelle fattispecie a carattere frammentato

In materia di contratti individuali di lavoro, dal punto di vista dell'individuazione del giudice competente, la norma di riferimento è costituita dall'art. 21 del regolamento n. 1215/2012, c.d. Bruxelles I bis⁴. Il par. 1 riconosce ai lavoratori subordinati⁵ la possibilità, per qualunque tipo di pretesa, di convenire in giudizio la propria controparte contrattuale domiciliata in uno Stato membro davanti al giudice dello stesso domicilio del convenuto, in ossequio alla regola generale dell'art. 4 (lett. a), oppure in un altro Stato membro, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui o da cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività (o a quello dell'ultimo luogo in cui o da cui la svolgeva abitualmente) o, qualora il lavoratore non svolga o non abbia svolto abitualmente la propria attività in un solo paese UE, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui è o era situata la sede d'attività presso la quale è stato assunto (lett. b). Inoltre, l'art. 21, par. 2, innovando significativamente rispetto al precedente regolamento Bruxelles I⁶, ammette che i titoli di giurisdizione del par. 1, lett. b possano radicare la competenza giurisdizionale delle autorità degli Stati membri anche nei confronti di un datore di lavoro domiciliato in un paese terzo⁷.

Tali titoli di giurisdizione, oltre ad avere un elevato grado di prevedibilità, rispondono all'esigenza, *lato sensu* pubblicistica, di fornire un'adeguata tutela ai lavoratori dipendenti in quanto contraenti più deboli, come si evince altresì dal considerando 14. Il *favor* dell'ordinamento UE nei confronti di tale categoria si ravvisa anche nella circostanza che i lavoratori, al contrario, possono essere convenuti solo nel foro del loro domicilio (art. 22).

Il richiamo al luogo di prestazione *abituale* dell'attività lavorativa consente di privilegiare l'elemento di effettività del luogo di lavoro poiché si focalizza sulla prestazione prevalente effettuata in un determinato Stato ancorché le mansioni si siano temporaneamente svolte in più paesi. Tale scelta, cui la Corte di giustizia era pervenuta

⁴ Regolamento (UE) 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, del 12 dicembre 2012, in GUUE L 351 del 20 dicembre 2012, pp. 1-32.

⁵ Interpretando l'attuale art. 45 TFUE la Corte di giustizia ha stabilito che “[l]a caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è data dalla circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceve una retribuzione” (sentenza del 6 novembre 2003, *Ninni-Orasche c. Bundesminister für Wissenschaft*, causa C-413/01, par. 24). Per una disamina delle figure rientranti nella nozione di lavoratore subordinato v. I. VIARENGO, *Sub Art. 45 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.*, pp. 329-339, spec. p. 330 ss.

⁶ Regolamento (CE) 44/2001 del Consiglio, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, del 22 dicembre 2000, in GUCE L 12 del 16 gennaio 2001, pp. 1-23.

⁷ Ciò vale altresì in materia di assicurazioni e per i contratti conclusi dai consumatori. In argomento A. BORRÁS, *La aplicación del reglamento de Bruselas I a domiciliados en terceros Estados: los trabajos del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado*, in *Anuario español de derecho internacional privado*, 2010, t. X, pp. 795-814; A. MALATESTA, *Art. 81. Sezione 4*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.*, pp. 536-541, spec. p. 536.

in via interpretativa già nella vigenza della convenzione di Bruxelles del 1968 sebbene in essa non figurassero norme *ad hoc* in materia di contratti individuali di lavoro⁸, è dettata da esigenze di buona amministrazione della giustizia a favore della parte svantaggiata dal momento che il luogo nel quale il lavoratore svolge di fatto la parte più importante delle prestazioni cui è obbligato nei confronti del datore di lavoro è anche quello a lui più prossimo e nel quale è più agevole promuovere un'azione o provvedere alla propria difesa.

Peraltro, la Corte di giustizia ha fornito un'interpretazione estensiva del legame di prestazione abituale che va al di là del mero criterio quantitativo della maggior durata di una determinata prestazione⁹, con la conseguenza di restringere il richiamo al luogo di assunzione del lavoratore. Sebbene di minor rilievo pratico, quest'ultimo titolo di giurisdizione rimane valido per tutte quelle fattispecie di mansioni itineranti che il titolo di cui alla lett. *a* non è in grado di assorbire, assicurando, come regola sussidiaria, l'effetto utile del foro protettivo del lavoratore¹⁰.

Infine, il *favor* nei confronti dei lavoratori emerge anche dall'art. 20, par. 1 del regolamento che, a differenza di quanto avviene in materia di assicurazione e di contratti conclusi dai consumatori (che pure rappresentano ambiti votati alla tutela del contraente debole), estende ai contratti individuali di lavoro il c.d. foro del litisconsorzio passivo di cui all'art. 8, n. 1 del regolamento¹¹. Esso consente di citare dinanzi al giudice del luogo di prestazione abituale dell'attività lavorativa o di assunzione anche la società capogruppo, in forza della connessione soggettiva data dal carattere unitario dell'entità economica¹² e dell'unità strutturale del rapporto di lavoro.

⁸ Corte di giustizia, sentenza del 26 maggio 1982, *Ivenel c. Schwab*, causa C-133/81, par. 13 ss., in cui i giudici derivano tale interpretazione del titolo generale sul foro del contratto dall'art. 6 della convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

⁹ Corte di giustizia, sentenza del 27 febbraio 2002, *Weber c. Universal Ogden Services Ltd*, causa C-37/00, par. 58. Sulla più significativa giurisprudenza della Corte utile a determinare il luogo di prestazione, L. MERRET, *Jurisdiction over Individual Contracts of Employment*, in A. DICKINSON, E. LEIN (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, 2015, pp. 239-253, spec. p. 248 s.; C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, *Jurisdiction over individual contracts of employment*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Köln, 2016, pp. 534-558, spec. p. 544 ss.

¹⁰ F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (rifusione)*, Padova, 2015, p. 232.

¹¹ In base a tale disposizione un soggetto domiciliato in uno Stato membro può essere convenuto, in caso di pluralità di convenuti, davanti all'autorità giurisdizionale del luogo in cui uno di essi è domiciliato, sempre che tra le domande esista un collegamento così stretto da rendere opportuna una trattazione e una decisione uniche onde evitare il rischio di giungere a decisioni incompatibili.

¹² Su tale principio, formatosi in relazione al diritto della concorrenza e alla possibilità che la società madre possa rispondere delle violazioni commesse dalle altre società del gruppo, v. *ex multis*, B. CORTESE, *Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability*, in B. CORTESE (ed.), *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 73-93; J. TEMPLE LANG, *How Can the Problem of the Liability of a Parent Company for Price Fixing by a Wholly-owned Subsidiary Be Resolved?*, in *Fordham International Law Journal*, 2014, n. 5, pp. 1480-1524. Per l'estensione di tale principio dal diritto della concorrenza alla responsabilità sociale d'impresa, G. VAN CALSTER, *The Role of Private International Law in Corporate Social Responsibility*, reperibile al sito internet www.erasmuslawreview.nl, a p. 13. Più in generale, si veda la direttiva 94/45/CE del Consiglio, *riguardante l'istituzione di un comitato aziendale*

Dal regolamento n. 1215/2012 deriva pertanto un quadro particolarmente favorevole al lavoratore distaccato che può fare affidamento su regole in base alle quali uno spostamento temporaneo verso uno Stato membro diverso da quello in cui egli svolge abitualmente la propria prestazione non è idoneo ad incidere sulla competenza giurisdizionale. Si tratta dei rapporti di lavoro cui si applica la direttiva n. 96/71¹³, la quale indica un ulteriore titolo di giurisdizione rispetto ai fori dell'attuale regolamento Bruxelles I bis che, all'art. 67, fa salva l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, disciplinano la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e che sono contenute in altri atti dell'Unione. L'art. 6 della direttiva, infatti, consente al lavoratore, per far valere il diritto alle condizioni di lavoro e di occupazione garantite all'art. 3, di promuovere un procedimento giudiziario nello Stato membro nel cui territorio egli è o era distaccato, ferma restando la facoltà, in base alle convenzioni internazionali vigenti in materia di competenza giurisdizionale, di radicare un procedimento giudiziario in un altro Stato. Il riferimento è alla convenzione di Bruxelles del 1968, allora in vigore, sostituita per i paesi membri dell'UE, compresa la Danimarca¹⁴, dal regolamento n. 44/2001, a sua volta abrogato dal regolamento n. 1215/2012.

In linea di continuità, l'art. 11, par. 1 della c.d. direttiva *enforcement*¹⁵, adottata per colmare le lacune della disciplina europea sul distacco, prevede che, ai fini dell'esecuzione degli obblighi risultanti dalla direttiva n. 96/71 e dalla stessa direttiva del 2014, gli Stati membri provvedono affinché i lavoratori distaccati che ritengono di aver subito un pregiudizio possano, anche nello Stato membro nel cui territorio sono o erano distaccati, proporre azioni giudiziarie o amministrative, anche dopo che abbia avuto termine il rapporto di lavoro nell'ambito del quale la presunta violazione è stata commessa.

europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, del 22 settembre 1994, in GUCE L 254 del 30 settembre 1994, pp. 64-72, che all'art. 2, par. 1, lett. b definisce come "gruppo di imprese" un gruppo costituito da una impresa controllante e dalle imprese da questa controllate.

¹³ Direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, del 16 dicembre 1996, in GUCE L 18 del 21 gennaio 1997, pp. 1-6.

¹⁴ Nel 2005 la Danimarca aveva già deciso di vincolarsi al regolamento (CE) 44/2001, cit. (v. accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca, *concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, del 19 ottobre 2005, in GUUE L 299 del 16 novembre 2005, p. 62, e le decisioni relative alla firma, a nome dell'allora Comunità, e alla conclusione di tale accordo, *ibidem*, p. 61 e *ivi* L 120 del 5 maggio 2006, p. 22). L'art. 3 di tale accordo prevedeva che, nel caso di adozione di modifiche al regolamento, la Danimarca notificasse alla Commissione la sua decisione di attuare o meno il contenuto di tali modifiche. Ciò è avvenuto in data 20 dicembre 2012, come si evince dall'accordo tra la Comunità europea e il Regno di Danimarca pubblicato in GUUE L 79 del 21 marzo 2013, p. 4.

¹⁵ Direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, *concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno ("regolamento IMI")*, del 15 maggio 2014, in GUUE L 59 del 28 maggio 2014, pp. 11-31.

I titoli di giurisdizione previsti dalle direttive hanno carattere aggiuntivo rispetto a quelli indicati dal regolamento e possono ad essi derogare. Qualora, tuttavia, decidesse di radicare la controversia avvalendosi dei titoli di giurisdizione di cui all'art. 21, par. 1, lett. *b* del regolamento (giudice del luogo in cui esercita abitualmente la propria attività economica piuttosto che del luogo di assunzione, sembrando difficile che un lavoratore distaccato non svolga abitualmente la propria attività in un solo paese), il lavoratore potrebbe avvalersi della norma di cui all'art. 8 per estendere il contenzioso alla società madre, non essendo possibile adottare la medesima strategia processuale qualora la controversia fosse radicata nello Stato di destinazione ai sensi dell'art. 6 della direttiva.

3. La legge applicabile alle controversie di lavoro con particolare riferimento ai lavoratori distaccati

Gli effetti di *dumping* sociale possono trovare attenuazione, più che attraverso previsioni comuni in relazione ai titoli di giurisdizione, grazie a disposizioni comuni in materia di legge applicabile che consentano ai giudici dei paesi membri dell'Unione di applicare, indipendentemente da dove la controversia è radicata, la medesima normativa sostanziale. A tale riguardo rileva l'art. 8, par. 2-3 del regolamento n. 593/2008¹⁶, c.d. Roma I, che non molto ha innovato rispetto all'art. 6 della convenzione di Roma del 1980¹⁷ in relazione alla legge applicabile ai contratti individuali di lavoro subordinato, i soli ai quali la normativa sovranazionale si riferisce¹⁸. Ai sensi di tale disposizione, in una situazione che comporta un conflitto di leggi e in assenza di una scelta ad opera delle parti, ammessa dall'art. 3, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro.

In base alla virtuosa tendenza degli strumenti di diritto internazionale privato a far coincidere *forum* e *ius* al fine di semplificare l'attività delle autorità giurisdizionali e al contempo garantire maggiore certezza ai soggetti coinvolti, qualora il paese in cui il lavoratore presta abitualmente la propria attività non possa essere determinato, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore, analogamente a quanto – come visto – si verifica in relazione all'individuazione della giurisdizione sulla scorta del regolamento Bruxelles I bis. Rimane ferma la possibilità che, se dall'insieme delle circostanze risulta che il contratto

¹⁶ *Amplius*, P. MANKOWSKI, *Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation*, in F. FERRARI, S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009, pp. 171-216.

¹⁷ In argomento, *ex multis*, A. LYON-CAEN, S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi di diritto del lavoro*, in AA.VV., *Quaderni di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, vol. 20, *I contratti di lavoro internazionali*, Torino, 1998, pp. 9-28; U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2002, p. 149 ss.

¹⁸ B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile ai rapporti contrattuali*, Milano, 2008, p. 92.

di lavoro presenta un collegamento più stretto con uno Stato diverso da quello indicato ai par. 2 o 3, si applichi la legge di tale paese.

In relazione alla *lex loci laboris*, che dal punto di vista del diritto dell'Unione europea è conforme al divieto di discriminazioni tra lavoratori basate sulla nazionalità previsto dall'odierno art. 45 TFUE¹⁹, l'art. 8, par. 2 del regolamento Roma I specifica inoltre che il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore esegua la propria prestazione in un altro paese solo in modo temporaneo²⁰. Tale precisazione, assente nel regolamento relativo alla giurisdizione, assume particolare rilievo in relazione ai lavoratori distaccati nel territorio di un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, garantendo loro che uno spostamento provvisorio all'interno dell'Unione non possa comportare un mutamento nella legge applicabile al contratto di lavoro.

La direttiva n. 96/71 riveste notevole importanza nel dare una risposta dal punto di vista internazionalprivatistico alle preoccupazioni di possibile *dumping* sociale scaturenti da fenomeni legati alla mobilità nell'impiego anche in relazione alla legge applicabile. Infatti, sebbene basata esclusivamente sugli allora artt. 57, par. 2, e 66 TCE (attuali artt. 53, par. 1, e 62 TFUE) non rappresentando ancora all'epoca della sua adozione la cooperazione in materia civile una competenza della Comunità, essa

¹⁹ Sull'ampia interpretazione del criterio della *lex loci laboris*, che rispecchia l'ampiezza della nozione di luogo di prestazione abituale dell'attività lavorativa ai fini dell'individuazione del giudice competente, v. Corte di giustizia, sentenza del 15 marzo 2011, *Koelzsch c. Granducato di Lussemburgo*, causa C-29/10, che, oltre a rammentare che la nozione debba essere interpretata in modo autonomo (par. 33) stabilisce che "nell'ipotesi in cui il lavoratore svolga le sue attività in più di uno Stato contraente, il paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro, ai sensi di tale disposizione, è quello in cui o a partire dal quale, tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano detta attività, il lavoratore adempie la parte sostanziale delle sue obbligazioni nei confronti del suo datore di lavoro" (par. 50).

²⁰ Come sottolinea altresì P. MANKOWSKI, *op. cit.*, p. 185 s., ai sensi del considerando 36 del regolamento, l'*animus revertendi* del lavoratore e l'*animus retrahendi* del datore di lavoro rappresentano elementi essenziali per definire il carattere temporaneo della prestazione. Analogamente, in virtù del considerando 36 del regolamento Roma I, "il lavoro eseguito in un altro paese dovrebbe essere considerato temporaneo se il lavoratore deve riprendere il suo lavoro nel paese d'origine dopo l'esecuzione del suo compito all'estero". Si tratta di elementi soggettivi che fanno leva sulla sostanza del rapporto e non sulla durata del distacco, anche se, come sottolinea l'A., non si può escludere che un rapporto di lavoro termini con un distacco senza che ciò, tuttavia, faccia venire meno il criterio di collegamento dato dal luogo in cui si è svolta la prestazione abituale per il periodo precedente (p. 189). Ai fini della valutazione della temporaneità della prestazione la Corte di giustizia ha privilegiato un approccio legato alla situazione concreta: sentenza del 15 marzo 2001, *Mazzoleni e Inter Surveillance Assistance SARL*, causa C-165/98, par. 72 ss. Ai fini del contrasto agli abusi riscontrati in materia, la nozione di distacco è stata precisata nella c.d. direttiva *enforcement* n. 2014/67, la quale all'art. 4 fissa una serie di elementi fattuali, che tuttavia non possono essere considerati isolatamente (e che riguardano l'effettivo stabilimento dell'impresa distaccante e la natura effettivamente temporanea della presenza del lavoratore nello Stato di invio), che le autorità competenti devono valutare quando abbiano motivo di ritenere che un lavoratore non sia da considerarsi distaccato ai sensi della direttiva 96/71. Il distacco può infatti risultare fittizio perché è tale il legame tra lo Stato dal quale viene inviato il lavoratore e l'impresa distaccante, che in quello Stato ha costituito solo una sede apparente (c.d. *letter box company*), oppure tra detto Stato e il lavoratore distaccato, già in realtà residente nello Stato in cui viene eseguita la prestazione (M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, p. 165, che sottolineano come entrambe le forme di abuso siano accomunate dal risparmio del costo del lavoro conseguente all'applicazione delle meno onerose tutele vigenti nei paesi dai quali è effettuato il distacco).

dimostra di non essere estranea a tali profili. Lo si desume in particolare dal considerando 6 che, ammettendo che la transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro possa generare problemi in ordine alla legislazione applicabile al rapporto di lavoro, in più punti richiama la convenzione di Roma del 1980, allora vincolante per la maggior parte dei paesi membri.

Ulteriori considerazioni si possono evincere dai considerando 9-11 della direttiva. Al di là dell'operatività delle norme a cui le parti non possono derogare convenzionalmente, non potendo una *electio iuris* produrre il risultato di privare il lavoratore della protezione offerta dalle norme imperative dell'ordinamento che regolerebbe il contratto in mancanza di scelta, il preambolo della direttiva opera un significativo richiamo all'art. 7 della convenzione di Roma, oggi sostituito dall'art. 9 del regolamento Roma I. Quest'ultima disposizione fa salve le c.d. norme di applicazione necessaria, vale a dire quelle disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo d'applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto. L'art. 9 del regolamento, in maniera più puntuale rispetto a quanto non facesse la convenzione di Roma²¹, blinda le norme di applicazione necessaria del foro (par. 2) e le disposizioni del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti nella misura in cui tali norme rendono illecito l'adempimento del contratto (par. 3)²².

²¹ L'art. 7 della convenzione di Roma definiva anche tali norme come "imperative" e faceva salve tanto quelle del foro quanto quelle di un altro paese con il quale la situazione presentasse uno stretto legame, se e nella misura in cui, secondo il diritto di quest'ultimo paese, le norme stesse fossero applicabili indipendentemente da quale fosse la legge regolatrice del contratto.

²² Il par. 3, consentendo al giudice del luogo di prestazione abituale di dare rilievo alle norme di applicazione necessaria del paese in cui il lavoratore è o era distaccato, permette di superare i termini unilaterali con cui è costruito l'art. 3, par. 1 della direttiva n. 96/71 dal quale sembra che la garanzia accordata al lavoratore operi solo nello Stato di distacco: cfr. P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lavoro e diritto*, 2008, n. 1, pp. 97-123, spec. p. 117 s. Diverso il caso in cui il lavoratore proveniente da uno Stato membro presti la propria attività in un secondo paese dell'Unione in modo abituale e pertanto al di fuori dei contesti indicati dalla direttiva. In relazione a tali ipotesi opera solo il regolamento Roma I e, in virtù della corrispondenza tra *forum* e *ius* creato dal sistema di regolamenti Bruxelles I bis e Roma I, il giudice applicherà la propria legge e le norme di applicazione necessaria del foro corrisponderanno a quelle del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere eseguiti. Dato che il novero delle norme di applicazione necessaria ai sensi dell'art. 9, par. 2-3 del regolamento è tassativo, il ricorso a norme diverse da quelle dello Stato del foro o dello Stato nel quale gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti è esclusa. Una norma di applicazione necessaria appartenente all'ordinamento giuridico di uno Stato diverso può essere presa in considerazione, in quanto elemento di fatto, solo nei limiti in cui ciò sia previsto da una norma sostanziale del diritto applicabile al contratto in forza delle disposizioni del medesimo regolamento (Corte di giustizia, sentenza del 18 ottobre 2016, *Repubblica Ellenica c. Nikiforidis*, causa C-135/15, par. 49 ss., in relazione al caso di un insegnante greco impiegato presso una scuola elementare in Germania ma gestita dalla Repubblica ellenica e che, nel periodo dall'ottobre 2010 al dicembre 2012, si era visto ridurre la retribuzione lorda, previamente calcolata conformemente al diritto tedesco in materia di contrattazione collettiva, a motivo dell'adozione, da parte del legislatore ellenico, delle leggi dirette ad attuare gli accordi che la Repubblica ellenica aveva concluso con la Commissione europea, la Banca centrale europea e il Fondo monetario internazionale). In generale, sulla possibilità che, in assenza di un esplicito riferimento negli strumenti sovranazionali alla possibilità del

Infine, il preambolo della direttiva rammenta che, in base al principio di preminenza del diritto comunitario sancito nell'art. 20, non è pregiudicata l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, regolano i conflitti di leggi nel campo delle obbligazioni contrattuali e che sono contenute in atti emanati dalle istituzioni delle Comunità o nelle legislazioni nazionali che ad essi danno esecuzione. A tale riguardo occorre chiarire il rapporto tra l'art. 8, par. 2 del regolamento Roma I e l'art. 3, par. 1 della direttiva n. 96/71. Mentre il primo conferma che il distacco temporaneo non incide sulla legge applicabile, che rimarrà quella dello Stato di provenienza, in cui cioè il lavoratore svolge abitualmente la propria prestazione, il secondo, in relazione ad un'ampia gamma di aspetti legati all'attività lavorativa, prevede che si applichino le disposizioni vigenti nello Stato in cui il lavoratore è inviato. La direttiva pertanto, pur senza incidere sulla legge applicabile al contratto del lavoratore distaccato, specifica, per le situazioni rientranti nel suo campo di applicazione²³, quali norme del paese di destinazione debbano trovare necessaria applicazione, fungendo da limite preventivo all'operare di una legge straniera, così come previsto dall'art. 9, par. 3 del regolamento. Tali norme riguardano i periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, la durata minima delle ferie annuali retribuite, il salario minimo, le condizioni di cessione temporanea di lavoratori, la sicurezza e la salute sul lavoro, la tutela delle gestanti, la parità di trattamento tra uomo e donna e, più in generale, le disposizioni in materia di non discriminazione. Come precisa il considerando 14 della direttiva, la *ratio* è quella di fare in modo che l'impresa che presta un servizio in uno Stato diverso da quello in cui è stabilita osservi, a prescindere dalla durata del distacco, un nocciolo duro di norme che rappresentano un livello irrinunciabile, e pertanto non derogabile, di protezione del lavoratore distaccato desunto dalle disposizioni vigenti nello Stato di invio temporaneo. In questo senso la direttiva assolve, in relazione ai lavoratori temporaneamente distaccati in un altro paese membro, una funzione integratrice dell'attuale regolamento Roma I, indicando quali siano le norme di applicazione necessaria del luogo in cui la prestazione deve essere eseguita che devono essere salvaguardate²⁴. Essa, senza giungere ad armonizzare il contenuto delle regole applicabili nei paesi membri, opera

giudice di applicare tali norme, la loro applicazione, nonostante il richiamo ad un diritto straniero operato dalle norme di conflitto in essi contenuto, costituisca una violazione degli impegni internazionalmente assunti dallo Stato, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, 7^a ed., Torino, 2015, p. 285 s.

²³ Ai sensi dell'art. 1, la direttiva si applica alle imprese che distacchino un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro (appalto o sub-appalto transnazionale di servizi); distacchino un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo (mobilità intraziendale o intragruppo); oppure distacchino, in quanto imprese di lavoro temporaneo o imprese che effettuano la cessione temporanea di lavoratori, un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro (lavoro interinale transfrontaliero), sempre che, in tutti questi casi, durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia, l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente.

²⁴ M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, p. 159 ss., che altresì rammentano come, nelle situazioni rientranti nel suo ambito di applicazione, la direttiva ha per altro verso una portata più ampia del regolamento Roma I in quanto, a differenza di quest'ultimo, stabilisce altresì criteri per l'applicazione dei contratti collettivi.

come strumento di diritto internazionale privato, elaborando criteri per l'identificazione delle norme di applicazione necessaria.

Inoltre, in virtù del principio del *favor laboris* che emerge dall'art. 3, par. 7 della direttiva, non è esclusa l'applicazione di norme eventualmente più favorevoli al lavoratore. A tale norma può essere data una duplice lettura: da un lato, come possibilità di considerare quello dell'art. 3 uno standard minimo che lo Stato di invio può integrare prevedendo ulteriori condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al lavoratore distaccato sul proprio territorio anche al di là delle fonti indicate dal par. 1 (sebbene sul tale punto la giurisprudenza della Corte di giustizia si sia dimostrata alquanto restrittiva²⁵); dall'altro, come necessità, nelle materie rientranti nel campo di applicazione della direttiva, di far valere, tra la legge dello Stato membro di invio e quella regolatrice del contratto ai sensi del regolamento Roma I, quella più protettiva per il lavoratore. In base a quest'ultima accezione, l'impresa prima e il giudice *ex post* dovranno, in relazione agli aspetti indicati dall'art. 3 della direttiva, di norma tenere conto delle disposizioni in vigore nel paese di invio del lavoratore, tranne nel caso in cui in relazione ai medesimi aspetti l'ordinamento dello Stato di provenienza risulti più favorevole.

Il principio dell'applicazione delle norme più favorevoli di cui all'art. 3, par. 7 della direttiva, unitamente al disposto del par. 10, che consente agli Stati membri di imporre alle imprese operanti sul proprio territorio condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al par. 1 laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico, esplicita la finalità della stessa a svolgere una funzione di contenimento del *dumping* sociale in relazione al mercato transnazionale dei servizi.

4. I principali interventi della Corte di giustizia in relazione ai lavoratori distaccati e la proposta di modifica della direttiva n. 96/71

Dal paragrafo precedente emerge come, stante una delle situazioni contemplate dalla direttiva n. 96/71, l'impresa, qualunque sia la legge applicabile, non può privare il lavoratore di certe condizioni, aventi carattere protettivo minimo, in vigore per un lavoro della medesima natura nel luogo in cui esso è eseguito a titolo temporaneo. In realtà, già prima dell'emanazione della direttiva, la Corte di giustizia, a partire dai casi *Seco* e *Rush Portuguesa*, aveva, seppur marginalmente, ammesso la possibilità che uno Stato membro potesse, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro, estendere l'applicazione delle proprie leggi e dei propri contratti collettivi a chiunque svolgesse un lavoro subordinato, ancorché temporaneo, nel proprio territorio e che potesse imporre l'osservanza di queste norme con mezzi adeguati²⁶. Ciononostante,

²⁵ Su tali aspetti v. *infra*, par. 4.

²⁶ Corte di giustizia, sentenze del 3 febbraio 1982, *Desquenne & Giral c. Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, cause riunite C-62/81 e C-63/81, par. 14; 27 marzo 1990, *Rush Portuguesa Lda c. Office national d'immigration*, causa C-113/89, par. 18. Per la giurisprudenza anteriore

nell'ultimo decennio gli interventi della Corte di giustizia, orientata verso un'interpretazione restrittiva dell'art. 3 della direttiva, hanno manifestato i limiti di tale strumento, come dimostrato dalle note sentenze *Viking*²⁷, *Laval*²⁸ e *Rüffert*²⁹.

Soffermandosi sul rapporto tra norme di applicazione necessaria ed esercizio della libertà di prestazione transnazionale di servizi e su quale sia lo standard di protezione che può essere legittimamente imposto dallo Stato di destinazione in favore del lavoratore distaccato, emerge come la Corte di giustizia abbia fornito risposte inappaganti e sbilanciate sul lato della tutela delle libertà economiche più che su quello della prevenzione dei rischi legati ad un uso abusivo di tali libertà³⁰.

La principale criticità è legata all'interpretazione minimalistica della direttiva: il nucleo di tutela delineato dall'art. 3 rappresenterebbe non, come sembrerebbe evincersi dalla lettera del par. 7, il livello minimo di tutela riconosciuto ai lavoratori distaccati alla stregua del diritto del lavoro dello Stato membro di destinazione, bensì lo standard massimo di protezione di cui lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul suo territorio. Sia in *Laval* che in *Rüffert* la Corte di giustizia, negando che

alla data di recepimento della direttiva, v. Corte di giustizia, sentenze del 9 agosto 1994, *Vander Elst c. Office des migrations internationales (OMI)*, causa C-43/93, par. 29; 28 marzo 1996, *Guiot e Climatec SA*, causa C-272/94, par. 12. La Corte, tuttavia, aveva altresì sottolineato che è compito delle autorità e dei giudici nazionali verificare se la regolamentazione in vigore nello Stato ospitante, considerata in maniera oggettiva, assicuri la protezione dei lavoratori distaccati comportando un'effettiva tutela aggiuntiva in termini, ad es., di minimi salariali o di numero di giorni di ferie. Infatti la normativa dello Stato ospitante non può ritenersi conferire un vantaggio aggiuntivo ai lavoratori distaccati se questi godono della stessa tutela o di una tutela sostanzialmente paragonabile in forza della normativa dello Stato membro in cui ha sede il loro datore di lavoro. A tale riguardo, benché l'intenzione dichiarata del legislatore non possa essere determinante, essa può tuttavia costituire un indizio dello scopo perseguito dalla detta regolamentazione (sentenze del 25 ottobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda* (C-49/98), *Portugaia Construções Lda* (C-70/98) e *Engil Sociedade de Construção Civil SA* (C-71/98) c. *Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft e Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft c. Amilcar Oliveira Rocha* (C-50/98), *Tudor Stone Ltd* (C-52/98), *Tecnamb-Tecnologia do Ambiente Lda* (C-53/98), *Turiprata Construções Civil Lda* (C-54/98), *Duarte dos Santos Sousa* (C-68/98) e *Santos & Kewitz Construções Lda* (C-69/98), cause riunite C-49 e 50, 52 a 54, 68 a 71/98, par. 45; 24 gennaio 2002, *Portugaia Construções Lda*, causa C-164/99, par. 29-30).

²⁷ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza dell'11 dicembre 2007, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, causa C-438/05.

²⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet e altri*, causa C-341/05. In argomento, *ex plurimis*, S. SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e diritto*, 2008, n. 2, pp. 245-272; M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, *ibidem*, pp. 371-392; M. CORTI, *Le decisioni Itf e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008, n. 2, I, pp. 249-286.

²⁹ Corte di giustizia, sentenza del 3 aprile 2008, *Rüffert c. Land Niedersachsen*, causa C-346/06.

³⁰ S. BORELLI, *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lavoro e diritto*, 2008, n. 1, pp. 125-153, a p. 132. V. anche S. WEATHERILL, *Viking and Laval: The EU Internal Market Perspective*, in M. FREEDLAND, J. PRASSL (ed.), *Viking, Laval and Beyond*, Oxford, 2014, pp. 23-39, spec. p. 35 ss. Sull'ancillarità delle norme di diritto internazionale privato, di derivazione secondaria, rispetto alle libertà riconosciute dai trattati, R. CAFARI PANICO, *Enhancing Protection for Weaker Parties: Jurisdiction over Individual Contracts of Employment*, in F. FERRARI, R. RAGNO (eds.), *Cross-border Litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, 2015, pp. 41-66, spec. p. 65.

una tariffa salariale determinata dalla legge tramite rinvio ad un contratto collettivo risponda alla nozione di tariffa minima accolta dall'art. 3, par. 1 della direttiva, ha stabilito che tale disposizione non consente allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative (*rectius*, di applicazione necessaria) indicate nella disposizione stessa, a meno che i lavoratori distaccati non godano già, in applicazione di leggi o contratti collettivi nello Stato membro d'origine, di condizioni più favorevoli³¹.

Gli Stati membri, pur autorizzati dal par. 10 ad integrare le fattispecie qualificabili come di applicazione necessaria indicate nella direttiva con altre che corrispondano ad esigenze di ordine pubblico, non possono determinarne unilateralmente la portata e il contenuto, così obbligando imprese con sede in un altro Stato membro, che distaccano lavoratori nello Stato in questione, a rispettare condizioni previste da fonti diverse da quelle indicate nel par. 1, che andrebbero pertanto oltre quanto previsto dalla direttiva stessa³². Condizioni di miglior favore possono pertanto essere quelle in vigore nel paese di origine dei lavoratori oppure quelle dello Stato di invio cui l'impresa che ha distaccato i lavoratori stessi si sia volontariamente sottoposta stipulando un contratto collettivo di lavoro più favorevole³³.

Anche nell'ultima sentenza che compone il c.d. *Laval Quartet* la Corte ha specificato che le norme di applicazione necessaria, in quanto derogatorie di una libertà fondamentale, la libera prestazione dei servizi, vanno interpretate in senso restrittivo, non potendo la portata di tale nozione essere unilateralmente determinata da ciascuno Stato senza il controllo delle istituzioni dell'UE. Esse possono essere invocate solo in caso di minaccia "effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività"³⁴, e non in tutte le circostanze in cui la norma dello Stato di invio sia astrattamente più favorevole.

Tali affermazioni portano ad un rovesciamento del significato della direttiva. Nelle materie elencate dall'art. 3, par. 1 – come anche nella sfera di operatività della deroga dell'ordine pubblico, pur restrittivamente intesa – lo standard materiale di tutela dovrebbe infatti ritenersi rimesso alla libera determinazione dell'ordinamento dello Stato ospitante, con conseguente facoltà d'innalzamento del livello di protezione da

³¹ Punti 81 della sentenza *Laval* e 34 della sentenza *Rüffert* (in relazione, rispettivamente, (i) alla possibilità per le organizzazioni sindacali di tentare, mediante azioni collettive, di indurre le imprese stabilite in altri Stati membri a trattare caso per caso per determinare le retribuzioni da pagare ai lavoratori, nonché a sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia contenente condizioni più favorevoli o riguardante materie non fissate dalla normativa nazionale quali i minimi salariali; (ii) alla tutela previdenziale dei lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi legata all'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori).

³² Su tali aspetti, F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, p. 279 ss.

³³ Sulla nozione di contrattazione collettiva volontaria, che secondo la sentenza *Laval* è tale solo quando "non assistita dalla fase sanzionatoria dello sciopero", cfr. M. PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Bologna, 2011, p. 78.

³⁴ Corte di giustizia, sentenza del 19 giugno 2008, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, causa C-319/06, par. 50.

parte della contrattazione collettiva, nel rispetto della parità trattamento tra imprese nazionali e straniere³⁵.

L'altro snodo critico dell'interpretazione accolta dalla Corte sta nell'affermazione, legata a quella appena esaminata, secondo cui le associazioni sindacali non possono avvalersi della clausola di ordine pubblico di cui all'art. 3, par. 10. La facoltà di estendere, secondo le modalità definite dal par. 10, le materie regolate dalla legge o dalla contrattazione collettiva dello Stato membro ospitante può essere esercitata solo da quest'ultimo. Tale lettura formalistica della direttiva riduce drasticamente il ruolo dell'autonomia collettiva in favore di quello della legge nella fissazione degli standard di tutela praticabili nel distacco transnazionale, con la paradossale conseguenza che gli spazi di manovra per l'autonomia collettiva sarebbero più ampi senza la direttiva³⁶. In sua assenza, infatti, le parti sociali sarebbero libere di svolgere la loro azione di tutela senza dover rispettare i limiti e le modalità specificamente stabiliti dalla fonte secondaria, col solo vincolo, *prima facie* ben più permissivo, del rispetto del test di proporzionalità previsto dall'attuale art. 56 TFUE³⁷. Sembra inoltre contraddittorio ritenere nello stesso tempo che il contratto collettivo possa costituire restrizioni dirette all'esercizio della libertà di prestazione dei servizi, alla stessa stregua delle misure restrittive poste in essere dai pubblici poteri, e poi negare alle parti sociali, in quanto soggetti di diritto privato, la possibilità di avvalersi dell'art. 3, par. 10³⁸.

Un passo in avanti sembra essere compiuto dalla sentenza *RegioPost*³⁹ secondo la quale la fissazione di un salario minimo negli appalti pubblici rientra invece nella nozione di "tariffe minime salariali" che, *ex art.* 3, par. 1 della direttiva, vanno applicate a prescindere dalla legge applicabile al contratto. In tale pronuncia, in realtà, la Corte ribadisce che l'imposizione di un salario minimo agli appaltatori costituisce una restrizione alla libera prestazione dei servizi; tuttavia, essa viene giustificata con l'esigenza di protezione dei lavoratori, anche alla luce di alcune differenze rispetto al

³⁵ In tal senso le conclusioni dell'Avvocato generale Y. BOT, presentate il 20 settembre 2007, nella causa C-346/06, *Rüffert c. Land Niedersachsen*, laddove individuano nella previsione dell'art. 3, par. 7 quella regola di legittimazione delle misure di "protezione nazionale rinforzata", che è la sola in grado di erigere un'adeguata difesa contro il *dumping* sociale lasciando alla contrattazione collettiva dello Stato ospitante (entro i limiti dei par. 1 e 10) la necessaria libertà di manovra nella fissazione verso l'alto degli standard di tutela dei lavoratori nazionali e distaccati (par. 83).

³⁶ M. ROCCA, *Posting of Workers and Collective Labour Law: There and Back Again. Between Internal Market and Fundamental Rights*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2015, p. 189.

³⁷ Cfr. U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT-49/2006, p. 41, reperibile al sito internet <http://csdle.lex.unict.it>. Sul test di proporzionalità previsto da tale norma, D. DIVERIO, *Sub Art. 56 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.*, pp. 417-428, a p. 424 ss.

³⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, *Laval*, cit., par. 84.

³⁹ Corte di giustizia, sentenza del 17 novembre 2015, *RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau in der Pfalz*, causa C-115/14, sulla quale si vedano G. CAROSIELLI, *La sentenza RegioPost e l'anima "dimezzata" della Corte di giustizia europea nella tutela dei lavoratori impegnati negli appalti pubblici*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2016, n. 3, pp. 881-887; C. KAUPA, *Public Procurement, Social Policy and Minimum Wage Regulation for Posted Workers: Towards a More Balanced Socio-Economic Integration Process?*, in *European Papers*, 2016, n. 1, pp. 127-138, reperibile al sito internet www.europeanpapers.eu.

precedente *Rüffert*, richiamato dai giudici del rinvio, in cui l'imposizione di una retribuzione oraria minima all'impresa aggiudicataria dell'appalto non era stata considerata una norma di protezione sociale inderogabile dei lavoratori ai sensi della direttiva. In particolare, mentre nel caso *Rüffert* il contratto collettivo menzionato dalla legge regionale era sprovvisto di efficacia *erga omnes* (come invece richiesto dalla direttiva⁴⁰) e non aveva superato il test di proporzionalità e adeguatezza nel giudizio di conformità con l'art. 56 TFUE, risultando il salario imposto superiore al livello minimo previsto e foriero di disparità di trattamento rispetto ai lavoratori occupati negli appalti privati, cui non avrebbe potuto applicarsi⁴¹. Nel caso *RegioPost*, al contrario, il livello minimo salariale era fissato in via generale dalla legge regionale e, dunque, poteva rientrare nella nozione di "tariffa minima salariale" di cui all'art. 3, par. 1, lett. c della direttiva. La Corte sembra pertanto riconoscere le peculiarità della disciplina dei contratti pubblici a livello europeo, garantendo un miglior bilanciamento fra tutela del lavoro dipendente e libertà di mercato rispetto a quello effettuato nelle sentenze *Rüffert* e *Bundesdruckerei*. È tuttavia prematuro, a seguito di questa apertura, ammettere una posizione della Corte di giustizia definitivamente a favore della legittimità delle clausole sociali finalizzate alla tutela di condizioni retributive e normative minime nell'ambito dell'aggiudicazione e dell'esecuzione di un contratto pubblico⁴².

⁴⁰ La direttiva richiede infatti che le condizioni di cui all'art. 3, par. 1 siano fissate da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale. Quest'ultimo caso si riferisce per lo più alle attività del settore edilizio, ma con la possibilità per gli Stati membri, desumibile dall'art. 3, par. 8 della direttiva, di avvalersi anche dei contratti collettivi riguardanti altre imprese, purché simili, nonché, per tenere conto di quei paesi, come l'Italia, privi di un sistema di contrattazione collettiva ad efficacia generale, dei contratti collettivi stipulati dai sindacati più rappresentativi a livello nazionale. In argomento, S. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2008, n. 3, pp. 543-575, spec. p. 564 ss.

⁴¹ Sulla circostanza che il caso *Rüffert* non tenesse conto delle differenti logiche che contraddistinguono il settore degli appalti pubblici rispetto a quello degli appalti privati, così come non ne tenesse conto neppure il successivo caso *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund* (Corte di giustizia, sentenza del 18 settembre 2014, causa C-549/13), v. cui M. FORLIVESI, *La clausola sociale di garanzia dei salari minimi negli appalti pubblici al vaglio della Corte di giustizia europea: il caso Bundesdruckerei*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, n. 2, pp. 558-565. In quest'ultima pronuncia la Corte, in linea di continuità con la giurisprudenza precedente, ha affermato che l'imposizione di una retribuzione minima ai subappaltatori, stabiliti in uno Stato membro diverso da quello a cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice e in cui le tariffe minime salariali sono inferiori, rappresenta una restrizione alla libertà delle imprese di prestare servizi all'interno del mercato europeo, giustificabile solo qualora fosse comprovato il fine dell'effettiva protezione dei lavoratori. Tale obiettivo non era tuttavia perseguito nel caso specifico, essendo la misura nazionale applicabile ai lavoratori impiegati nei soli appalti pubblici (par. 30 ss.). Inoltre, la normativa nazionale in esame non avrebbe potuto neppure essere considerata rispettosa del principio di proporzionalità desumibile dall'art. 56 TFUE, dal momento che imponeva un salario minimo fisso, congruo per i lavoratori operanti all'interno dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice, ma superiore al costo della vita nello Stato membro in cui le prestazioni sarebbero state effettuate. Una tale imposizione sarebbe andata oltre quanto necessario per assicurare il raggiungimento dell'obiettivo della protezione dei lavoratori e non avrebbe consentito ai subappaltatori di trarre un vantaggio concorrenziale dalle differenze esistenti tra le tariffe salariali.

⁴² Ciò è dovuto anche alle peculiarità che hanno contraddistinto i casi analizzati. La prima riguarda il caso in cui la clausola sociale sia prevista nel bando di gara di un appalto pubblico nel quale l'appaltante, come nel caso *Bundesdruckerei*, possa svolgere (o far svolgere ad un subappaltatore) il servizio messo a gara interamente in uno Stato membro differente rispetto a quello della stazione appaltante. La seconda

Si evince pertanto come l'impianto di uno strumento, quale la direttiva n. 96/71, finalizzato a garantire protezione ai lavoratori distaccati, di per sé soggetta a limitazioni di tutela, possa, in virtù di un'impostazione forse eccessivamente dogmatica, vedere indebolito il proprio intento. In tale situazione di incertezza è pertanto da salutare con favore il mantenimento della menzionata proposta di modifica della direttiva⁴³, che, nonostante l'attivazione della c.d. procedura del cartellino giallo prevista dal protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità allegato ai trattati, non è stata ritirata dalla Commissione.

I numerosi richiami al regolamento Roma I nel preambolo della proposta ribadiscono l'importanza data alle problematiche legate al conflitto di leggi quando esse si intrecciano ad esigenze di protezione sociale. In particolare, i considerando 7 - 8, pur confermando che il distacco temporaneo in un altro paese membro non incide sull'individuazione della *lex loci laboris*, ammettono che tale regola venga meno in presenza di distacchi particolarmente lunghi nei quali pertanto sarà applicata la legge dello Stato membro ospitante, salva una diversa scelta delle parti in merito alla legge applicabile, che, tuttavia, non può avere come risultato quello di privare il lavoratore della tutela assicurategli da disposizioni imperative alle quali non è permesso derogare convenzionalmente. Viene pertanto previsto l'inserimento dell'art. 2 bis alla direttiva n. 96/71 ai sensi del quale, qualora la durata prevista o effettiva del distacco superi i ventiquattro mesi, lo Stato membro ospitante è considerato il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto. Al fine di prevenire l'elusione della norma, il par. 2 precisa che, in caso di sostituzione di un lavoratore per le stesse mansioni, il calcolo della durata del distacco deve tener conto della durata complessiva del distacco dei lavoratori interessati.

Il punto 2 della proposta apporta varie modifiche all'art. 3 della direttiva. Tra queste è previsto che i contratti collettivi di applicazione generale siano applicabili ai lavoratori distaccati in tutti i settori dell'economia, a prescindere, come invece è attualmente, dal fatto che le attività siano menzionate nell'allegato della direttiva (il che avviene solo per il settore edile). Inoltre, al di là della sostituzione del riferimento alle "tariffe minime salariali" con la nozione di "retribuzione" in ossequio alla sentenza *Sähköalojen ammattiliitto*⁴⁴, agli Stati membri è fatto obbligo di pubblicare gli elementi costitutivi

riguarda il caso nel quale la clausola sociale sia prevista nel bando di gara di un appalto pubblico in cui l'appaltatore, come nei casi *Rüffert* e *RegioPost*, ricorra al subappalto ed al distacco transnazionale di lavoratori. Su tali aspetti, *amplius*, S. COSTANTINI, *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT-309/2016, p. 18 ss., reperibile al sito internet <http://csdle.lex.unict.it>.

⁴³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica della direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 *relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, dell'8 marzo 2016, COM(2016) 128 final.

⁴⁴ Corte di giustizia, sentenza del 12 febbraio 2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry c. Elektrobudowa Spolka Akcyjna*, causa C-396/13, par. 45: "l'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 96/71, letto alla luce degli articoli 56 TFUE e 57 TFUE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a un calcolo del salario minimo orario e/o a cottimo, basato sull'inquadramento dei lavoratori in gruppi retributivi, come previsto dai pertinenti contratti collettivi dello Stato membro ospitante, purché tale calcolo e tale inquadramento siano effettuati sulla base di norme vincolanti e trasparenti, accertamento questo che spetta al giudice nazionale".

della retribuzione applicabile ai lavoratori distaccati sul sito web di cui all'art. 5 della direttiva *enforcement* n. 2014/67, che fissa particolari obblighi in relazione all'accesso alle informazioni e alla cooperazione amministrativa tra Stati membri.

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

Infine, sono stabilite condizioni *ad hoc* applicabili ai lavoratori ceduti temporaneamente da un'agenzia interinale stabilita in uno Stato membro diverso dallo Stato membro di stabilimento dell'impresa utilizzatrice. Contrariamente a quanto disposto dall'art. 3, par. 9 della direttiva n. 96/71, di cui è prevista l'abrogazione, la proposta prevede non una semplice facoltà, ma un obbligo per Stati membri di garantire che tali agenzie applichino ai lavoratori distaccati le medesime condizioni previste dell'art. 5 della direttiva n. 2008/104⁴⁵ per i lavoratori interinali ceduti temporaneamente da agenzie interinali stabilite nello Stato membro in cui il lavoro è svolto.

Emerge con tutta evidenza come le innovazioni apportate dalla proposta di modifica della direttiva vadano nella direzione di una maggior tutela del lavoratore distaccato e che, soprattutto per quanto riguarda i subcontratti a catena, le modifiche risentano delle aperture della giurisprudenza della Corte di giustizia. Le sentenze analizzate in precedenza, tuttavia, dimostrano anche come l'intervento pretorio possa, quando eccessivamente dogmatico, vanificare il portato degli strumenti normativi, ragione per cui, oltre alla specifica approvazione delle modifiche, occorrerà monitorare l'evoluzione giurisprudenziale in relazione all'art. 3 della direttiva n. 96/71.

5. La mobilità nell'impiego e le relazioni esterne dell'UE

Quando si è in presenza di fenomeni di mobilità internazionale occorre adottare una prospettiva diversa da quella sino ad ora descritta. Gli accordi commerciali e, a seguito della nuova competenza attribuita dal Trattato di Lisbona, gli accordi di investimento conclusi o negoziati dall'UE non disciplinano in modo puntuale tali aspetti, sebbene l'allargamento dei mercati che da tali accordi deriva favorisca lo spostamento di forza lavoro. In un contesto internazionale i temi legati alla regolazione delle forme di distacco transnazionale e al trattamento dei lavoratori, tornati prepotentemente alla ribalta a seguito dell'apertura dei negoziati del trattato transatlantico sul commercio e gli investimenti con gli Stati Uniti (TTIP) e della conclusione dell'accordo economico e

⁴⁵ Direttiva 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativa al lavoro tramite agenzia interinale*, del 19 novembre 2008, in GUUE L 327 del 5 dicembre 2008, pp. 9-14.

commerciale globale con il Canada (CETA) in data 30 ottobre 2016, rappresentano aspetti ancor più delicati. Gli accordi di cui l'UE è parte infatti mettono spesso a confronto non solo economie ma sistemi giuslavoristici profondamente diversi tra loro, lontani dal grado di armonizzazione presente nell'Unione. Mentre a livello europeo la tutela alla parte debole del rapporto contrattuale è garantita tanto a livello sostanziale, tramite il ravvicinamento delle legislazioni, quanto soprattutto internazionalprivatistico, tramite le disposizioni derivanti dai regolamenti Bruxelles I bis e Roma I nonché tramite l'individuazione di norme di applicazione necessaria ad opera della direttiva n. 96/71, a livello di relazioni esterne dell'UE entrambi questi aspetti sono ignorati.

I più recenti accordi commerciali conclusi o negoziati dell'UE, che hanno assunto la dimensione di veri e propri megatrattati commerciali e di investimento, hanno aperto un ampio dibattito⁴⁶ sulle loro conseguenze sugli standard sociali, che in Europa sono in generale più elevati. La preoccupazione principale è legata ad una possibile convergenza verso il basso delle normative lavoristiche interessate e ad una conseguente incidenza negativa sui diritti sociali. In particolare, l'effetto temuto è quello della traslazione occupazionale, c.d. *job shifting*, dai paesi membri verso lo Stato terzo parte dell'accordo, che si verificherebbe tenendo alta la protezione sociale in Europa e non incrementando quella esistente nell'altro Stato⁴⁷.

A ciò si aggiungano le clausole arbitrali di gestione del contenzioso derivante da tali accordi (clausole Isds, *Investor State Dispute Settlement*) che, pur aventi il fine di attirare investimenti stranieri, rischiano, a causa della privatizzazione della giustizia commerciale, di incidere su posizioni soggettive tutelate dal diritto del lavoro a causa del disancoraggio dai principi giurisprudenziali consolidati nelle corti⁴⁸.

La tutela dei lavoratori distaccati non è pertanto marginale in tale contesto, in quanto i rischi insiti nel distacco del personale intraeuropeo sono ripetibili e amplificabili in un contesto di libero scambio con Stati terzi.

La tensione tra commercio internazionale e protezione sociale, che sottendono logiche antitetiche, può essere tuttavia ricondotta ad unità tramite l'inquadramento della protezione del lavoratore nell'alveo della tutela dei diritti fondamentali e all'inclusione negli accordi internazionali conclusi dall'UE di clausole sociali di nuova generazione, variamente declinate, volte ad assicurare ai lavoratori un livello di protezione minimo tramite il richiamo ai c.d. *core labour standards* delineati dall'Organizzazione internazionale del lavoro. Dove non arrivano gli strumenti di diritto internazionale privato, devono soccorrere le otto convenzioni fondamentali OIL⁴⁹ che sono chiamate a

⁴⁶ Si vedano i contributi apparsi in *Economia & Lavoro*, 2015, n. 2, interamente dedicato al TTIP.

⁴⁷ M. FAIOLI, *Libero Scambio, tutele e sostenibilità. Su cosa il TTIP interroga il (nuovo) diritto del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2015, n. 4, pp. 781-795, spec. p. 784.

⁴⁸ Sulle criticità legate alla possibile interferenza di tali clausole con le politiche del lavoro, M. FAIOLI, *The Quest for a New Generation of Labor Chapter in the TTIP*, in *Economia & Lavoro*, 2015, n. 2, pp. 103-120, spec. p. 108 ss.

⁴⁹ Convenzioni n. 87 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale, n. 98 sul diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva, n. 29 sul lavoro forzato, n. 105 sull'abolizione del lavoro forzato, n. 138 sull'età minima, n. 182 sulle forme peggiori di lavoro minorile, n. 100 sull'uguaglianza di retribuzione e n. 111 sulla discriminazione in relazione all'impiego e alla retribuzione. I testi sono

svolgere a livello esterno una funzione integratrice analoga a quella svolta dalla normativa europea sul piano interno. Tali standard devono considerarsi di applicazione universale, tanto che, secondo certa dottrina, gli Stati ne sarebbero tenuti al rispetto in virtù della mera appartenenza all'Organizzazione in quanto diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti in ragione della valenza costituzionale delle relative convenzioni e, quindi, indipendentemente dalla ratifica delle stesse⁵⁰.

Il riferimento ai *core labour standards* dell'OIL consentirebbe di offrire protezione ai lavoratori anche nei casi di mobilità verso un paese terzo diversa dal distacco temporaneo. In tali situazioni infatti, in virtù del collegamento del contratto con il solo ordinamento dello Stato di destinazione, non soccorrerebbe neppure la *lex loci laboris* individuata dalle norme di conflitto e il riferimento ai diritti sociali fondamentali contenuto negli accordi stipulati dall'UE avrebbe quindi pure lo scopo di evitare la c.d. *race to the bottom* delle tutele. Del resto, i diritti fondamentali dei lavoratori individuati nella *Decent Work Agenda* dell'OIL⁵¹ costituiscono per l'Unione europea un baluardo fondamentale, rappresentando la protezione del lavoratore un limite per l'azione esterna dell'Unione la quale, in virtù dei trattati nonché del capo IV della Carta di Nizza, non potrebbe vincolarsi ad accordi internazionali, che sono fonte sub-primaria, suscettibili di porre a rischio i diritti sociali. Nel TUE e nel TFUE diversi sono i richiami alla necessità di una dimensione sociale che vada di pari passo rispetto a quella economica: dal riferimento all'economia sociale di mercato menzionata all'art. 3 TUE tra gli obiettivi dell'UE all'impegno a favorire lo sviluppo sostenibile posto dall'art. 21 TUE tra i fini dell'azione esterna. Senza contare che la clausola sociale orizzontale di cui all'art. 9 TFUE obbliga l'UE, nella definizione e attuazione delle sue politiche e azioni, sia interne che esterne, a tener conto delle esigenze connesse con la promozione anche di un'elevata protezione sociale. Si tratta di una clausola dallo scarso valore precettivo, ma dall'elevato valore simbolico, dettata dalle preoccupazioni circa le ricadute che l'integrazione europea avrebbe potuto avere sul campo sociale⁵² e finalizzata a garantire una convergenza verso l'alto degli standard UE. A ciò si aggiunga, infine, la nuova strategia UE per il commercio *Trade for all*⁵³ proposta dalla Commissione e basata su un approccio integrato tra commercio e sviluppo sostenibile.

In relazione a questi aspetti si è potuta notare una notevole evoluzione da parte della Comunità prima e dell'Unione poi: i diritti sociali, dall'essere totalmente esclusi, a

reperibili al sito internet www.ilo.org. In argomento, V. BRINO, *Capitolo II. L'azione normativa dell'Organizzazione internazionale del lavoro nella promozione dei diritti sociali fondamentali*, in A. PERULLI, V. BRINO, *Manuale di diritto internazionale del lavoro*, 2^a ed., Torino, 2015, pp. 29-72, spec. p. 39 ss.

⁵⁰ A. PERULLI, *Sostenibilità, diritti sociali e commercio internazionale: la prospettiva del Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT-115/2015, p. 30, reperibile al sito internet <http://csdle.lex.unict.it>.

⁵¹ Si vedano altresì le dichiarazioni OIL sui principi e i diritti fondamentali nel lavoro del 1998 e sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta del 2008 (www.ilo.org).

⁵² Cfr. G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, pp. 119-134, spec. p. 126.

⁵³ V. la pagina web della *DG Trade* ad essa dedicata, <http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/new-trade-strategy>.

partire dagli anni Duemila iniziano a diventare parte integrante degli accordi commerciali e di investimento. Un esempio è rappresentato dall'accordo di libero scambio UE-Corea del 2010⁵⁴, il cui capitolo 13 è dedicato allo sviluppo sostenibile, considerato come interdipendente rispetto allo sviluppo economico e contiene l'impegno, per quanto riguarda specificamente le politiche del lavoro, a promuovere lo sviluppo del commercio internazionale in modo che esso contribuisca all'occupazione piena e produttiva e a un lavoro dignitoso per tutti, in ossequio agli obblighi derivanti dalla loro adesione all'OIL, espressamente richiamati. Analogamente, l'art. 271 dell'accordo di libero scambio UE-Colombia/Perù del 2012⁵⁵, esteso all'Ecuador grazie ad un protocollo di adesione firmato in data 11 novembre 2016⁵⁶, pur senza richiamare i principi OIL, contiene un impegno a garantire maggiore coerenza tra le politiche commerciali, da una parte, e le politiche del lavoro, dall'altra.

Anche il capitolo 13 dell'accordo negoziato dall'UE con Singapore e in attesa di essere firmato (EUSFTA)⁵⁷ è dedicato allo sviluppo sostenibile e contiene l'impegno a ratificare tutte le convenzioni fondamentali OIL e, grazie al richiamo alla *Decent Work Agenda*, a cooperare in relazione agli aspetti legati alla protezione e all'inclusione sociale, pur nel diritto delle parti contraenti di fissare i rispettivi livelli di tutela.

Dalle trattative relative al TTIP emerge altresì una proposta dell'Unione per un capitolo su "Commercio e sviluppo sostenibile"⁵⁸, discussa nell'ottobre 2015 durante l'undicesimo *round* di negoziati e resa pubblica il 6 novembre 2015. Si tratta di un testo ambizioso, che, oltre a richiamare la responsabilità sociale delle imprese, è finalizzato alla ratifica e all'applicazione integrale di tutte e otto le convenzioni basilari OIL, avendone gli Stati Uniti ratificate solo quattro (n. 29, 105, 138 e 182). Tale proposta contiene un'unica previsione extraterritoriale volta a garantire, nel pieno rispetto della legislazione nazionale, che i dipendenti di società transatlantiche, registrate ai sensi del diritto degli Stati membri dell'UE, abbiano accesso all'informazione e alla consultazione conformemente alla direttiva sul comitato aziendale europeo⁵⁹.

⁵⁴ In GUUE L 127 del 14 maggio 2011, pp. 1-1426.

⁵⁵ In GUUE L 354 del 21 dicembre 2012, pp. 1-2607.

⁵⁶ V. comunicato stampa IP/16/3615 dell'11 novembre 2016 reperibile al sito internet <http://europa.eu/rapid/search.htm>.

⁵⁷ Il testo finale del maggio 2015 è reperibile alla pagina web dedicata della *DG Trade* <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>. Sulla conclusione dell'accordo si vedano però le conclusioni dell'Avvocato generale E. SHARPSTON, presentate il 21 dicembre 2016, in relazione al parere 2/15 secondo le quali esso deve essere concluso congiuntamente da UE e Stati membri. In relazione in particolare al capitolo 13, l'Avvocato generale ha sottolineato come "[t]he European Union enjoys exclusive external competence as regards the parts of the EUSFTA which comprise the provisions falling within the common commercial policy, namely (...) trade and sustainable development in so far as the provisions in question primarily relate to commercial policy instruments. (...) The European Union's external competence is shared with the Member States with respect to the following components of the EUSFTA: (...) the provisions laying down fundamental labour and environmental standards and thus falling within the scope of either social policy or environmental protection policy" (par. 570).

⁵⁸ La proposta è reperibile alla pagina web dedicata della *DG Trade* <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230>.

⁵⁹ Direttiva 94/45/CE del Consiglio del 22 settembre 1994, in GUUE L 254 del 30 settembre 1994, pp. 64-72.

Operandosi pertanto un'estensione diretta di una regola comunitaria alle imprese di nazionalità europea operanti negli Stati Uniti, si avrà in relazione a tali aspetti l'applicazione della legge della nazionalità dell'impresa al posto di quella del luogo di stabilimento, di norma applicabile.

Come nel caso degli Stati Uniti, anche nell'accordo con il Canada il richiamo ai principi OIL può apparire contraddittorio non avendo tale paese ratificato tutte le convenzioni fondamentali. Ne rimane infatti esclusa la n. 98, mentre la n. 138 è stata ratificata solo in data 8 giugno 2016⁶⁰. Tuttavia, il CETA⁶¹, sebbene abbia incontrato forti riserve da parte della Vallonia che richiedeva un più alto standard di protezione sociale, rappresenta, ai fini dei temi qui analizzati, uno dei testi più avanzati. Al di là del richiamo, contenuto nel capitolo 23 e che sta diventando consueto negli accordi dell'UE, agli obblighi derivanti dall'appartenenza all'OIL, all'impegno alla ratifica delle relative convenzioni, ai principi della *Decent Work Agenda*, nonché alla garanzia che lo sviluppo economico non vada a detrimento di alti livelli di protezione, è stato inserito nel capo 10 un articolato di norme dedicato all'"ingresso e soggiorno temporanei di persone fisiche per motivi professionali", volto a ridurre le restrizioni alla circolazione tra le due sponde dell'Atlantico a questi fini.

Proprio in ragione di ciò e per evitare le complicazioni già note in ambito europeo, nei capitoli sociali degli accordi internazionali dovrebbero essere inserite, oltre ai richiami spesso troppo generici sopra ricordati, sezioni *ad hoc* con una più efficace indicazione sia delle regole di diritto internazionale privato applicabili ai contratti di lavoro sia del regime di coordinamento della sicurezza sociale⁶².

Riguardo alle prime si coglierebbe l'occasione per definire le conseguenze del principio della *lex loci laboris* facendo degli accordi in questione altresì strumenti di diritto internazionale privato. In assenza della regolamentazione di tali aspetti, la posizione processuale dei lavoratori è in parte migliorata a seguito dell'entrata in applicazione del regolamento Bruxelles I bis (avvenuta il 10 gennaio 2015 *ex art.* 81 del regolamento stesso), che ammette la possibilità, in certi casi, di convenire davanti al giudice di un paese membro il datore di lavoro non domiciliato in un paese UE, anche per comportamenti tenuti al di fuori dell'UE (art. 21, par. 2) e che considera, ai sensi dell'art. 20, par. 2, un datore di lavoro non domiciliato in uno Stato membro ma che ivi possieda una succursale, un'agenzia o qualsiasi altra sede d'attività come avente domicilio nel territorio di quest'ultimo Stato per le controversie relative al loro

⁶⁰ Sullo stato delle ratifiche delle convenzioni OIL: <http://www.ilo.org/global/regions/lang--en/index.htm>.

⁶¹ Il testo reperibile al sito internet <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/10/28-eu-canada-trade-agreement>. V. anche il documento n. 10973/16 del 14 settembre 2016, reperibile al sito <https://register.consilium.europa.eu>.

⁶² Per l'UE si veda il regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, *relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*, del 29 aprile 2004, in GUUE L 166 del 30 aprile 2004, pp. 1-123, esteso ai cittadini di Stati terzi dal regolamento (UE) n. 1231/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010, *ivi* L 344 del 29 dicembre 2010, pp. 1-3. Su tali temi sia consentito rinviare a C. FRATEA, *I diritti del lavoratore extracomunitario: verso un (quasi) definitivo superamento del limite delle situazioni puramente interne in nome della parità di trattamento?*, in M.C. BARUFFI, I. QUADRANTI (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, 2012, pp. 191-219.

esercizio. Tale norma, tuttavia, difficilmente riguarderebbe i lavoratori europei distaccati nel paese terzo parte dell'accordo poiché il datore di lavoro sarebbe in ogni caso stabilito nel paese membro di provenienza.

Anche in relazione alla legge applicabile mancano negli accordi internazionali conclusi dall'UE norme comuni. In assenza di convenzioni internazionali vigenti tra i paesi coinvolti, nell'ordinamento italiano, in relazione alle obbligazioni contrattuali, l'art. 57 della legge n. 218/1995⁶³ rinvia alla convenzione di Roma del 1980, pertanto a criteri di collegamento del tutto analoghi, come visto, a quelli validi ai sensi dell'attuale regolamento Roma I per le controversie esistenti tra soggetti domiciliati in Stati membri dell'Unione. Pertanto, se grandi differenze non sono rinvenibili in relazione alla legge sostanziale applicabile al contratto di lavoro, di fatto individuata in base ai medesimi criteri di collegamento, non vi è a livello internazionale nessuna norma analoga all'art. 3 della direttiva, che consentirebbe di innalzare la protezione dei lavoratori distaccati.

Quanto invece in relazione alla sicurezza sociale, la sostituzione delle molteplici convenzioni bilaterali con una sola convenzione applicabile per tutta l'Unione nei confronti dello Stato terzo parte dell'accordo creerebbe un quadro unitario e maggiormente coerente e porrebbe fine alle disparità che pure su questo versante esistono tra i paesi membri e i paesi terzi. A tale riguardo, al contrario, il punto 5 dello strumento interpretativo comune dell'accordo CETA⁶⁴ conferma ad esempio l'esclusione della previdenza sociale dall'accordo, rimanendo alla competenza dei singoli paesi membri la conclusione di accordi bilaterali in materia.

Una volta che le clausole sociali e i richiami agli strumenti internazionali hanno fatto stabile ingresso negli accordi commerciali da essa stipulati, la nuova sfida per l'UE sarà quella di compiere un ulteriore passo in avanti, facendosi promotrice, al di fuori dei propri confini, di un rafforzamento degli standard esistenti che, al proprio interno, rappresentano situazioni soggettive fondamentali. Ciò potrà avvenire non solo interpretando le esistenti clausole sociali in chiave evolutiva, ma altresì abbandonando dettami a contenuto vago, composti di valori e aspirazioni spesso privi di effettiva consistenza giuridica, in favore di norme che dal punto di vista sia processuale sia sostanziale mirino a creare nuovi standard di tutela internazionale, non di carattere minimo ma di promozione della tutela dei soggetti coinvolti. Questa nuova impostazione potrebbe altresì passare per un maggiore impulso e una giustiziabilità della clausola sociale orizzontale di cui all'art. 9 TFUE⁶⁵, che potrebbe essere così annoverata tra le clausole sociali propriamente dette "caratterizzate da una componente *lato sensu* sanzionatoria, che oltrepassa la prospettiva di una pura e semplice *moral suasion*"⁶⁶ nell'adeguare l'attività economica alla dimensione sociale.

⁶³ Legge 31 maggio 1995, n. 218, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *GU* 128 del 3 giugno 1995, *suppl. ord.*

⁶⁴ Documento n. 13541/16 del 27 ottobre 2016, reperibile al sito internet <https://register.consilium.europa.eu>.

⁶⁵ Cfr. G. BRONZINI, *op. cit.*, p. 126.

⁶⁶ A. PERULLI, *Capitolo III. Regolazione del mercato e sfera sociale: la prospettiva delle clausole sociali nel commercio internazionale*, in A. PERULLI, V. BRINO, *op. cit.*, pp. 73-113, spec. p. 106.

In tal modo i capitoli sociali diverrebbero paradigmatici anche per altri *megatreaties* in corso di negoziazione, come l'accordo con i paesi dell'America latina e i Caraibi e, soprattutto, quello con la Cina.

ABSTRACT: Il presente contributo ha ad oggetto i fenomeni di mobilità dei lavoratori tanto all'interno dell'Unione europea quanto a livello internazionale. In una prospettiva intracomunitaria un fondamentale strumento di protezione dei lavoratori distaccati è rappresentato, da un punto di vista internazionalprivatistico, dalle norme di conflitto contenute nel regolamento Roma I e nella direttiva n. 96/71. Quest'ultima, in particolare, qualificando alcune condizioni di lavoro e di occupazione come norme di applicazione necessaria, integra le disposizioni sulla legge applicabile contenute nel regolamento con l'obiettivo di stabilire un nucleo minimo e inderogabile di tutele per tale categoria di soggetti. A livello internazionale, data l'assenza di norme di diritto internazionale privato negli accordi commerciali e di investimento conclusi dall'UE, lo strumento che può garantire ai lavoratori distaccati la maggiore protezione possibile è costituito da un'interpretazione dinamica dei capitoli sociali contenuti nei trattati c.d. di nuova generazione alla luce dei *core labour standards* dell'OIL.

KEYWORDS: Distacco di lavoratori – Legge applicabile – Direttiva n. 96/71 – Accordi commerciali e di investimento di nuova generazione – *core labour standards* dell'OIL.

JOB MOBILITY AND WORKERS' RIGHTS: SOME CONSIDERATIONS BETWEEN JUDICIAL COOPERATION IN CIVIL MATTERS AND EU EXTERNAL RELATIONS

ABSTRACT: This paper focuses on the mobility of posted workers both within the EU and at an international level. From the first point of view a fundamental role is played by the p.i.l. rules on the applicable law contained not only in the Rome I Regulation but also in the Directive No. 96/71 on posted workers. The latter, in particular, integrates the p.i.l. rules by establishing a core of overriding mandatory provisions aimed at guaranteeing a minimum level of protection to posted workers. In the free trade and investment agreements concluded by the EU, on the contrary, p.i.l. provisions are absent and the only tool that can be referred to in order to ensure workers the highest protection possible is a dynamic interpretation of the social chapters of new generation contained in such agreements in the light of the ILO core labour standards.

KEYWORDS: Posted workers – Applicable law – Directive No. 96/71 – EU new generation trade and investment agreements – ILO core labour standards.