

**LA TUTELA DEL LAVORATORE DISTACCATO
TRA NORME IMPERATIVE E LIBERTA'
COMUNITARIE**

**Metodo di conflitto e contratto di lavoro
con elementi “dinamici” di estraneità**

INDICE

Introduzione.....p. 2

Capitolo I

L'attrazione nell'alveo del diritto dell'Unione europea del conflitto sulla legge applicabile al lavoratore distaccato

p. 14

1. La comunitarizzazione della Convenzione di Roma.....

.....p. 17

1.2 Forma comunitaria, contenuto internazionalprivatistico: la c.d.
“comunitarizzazione diretta”

.....p. 19

Capitolo II

L'*optio legis* come esplicitazione del principio di autonomia contrattuale delle parti nell'individuazione della legge applicabile al lavoratore distaccato

p. 21

**1. La preliminare operazione di qualificazione del fenomeno
“distacco” come fattore condizionante di
tutela.....p. 21**

1.1	La	qualificazione	del	fenomeno	
		“distacco”			p. 23
1.1.1	La		nozione	di	
		temporaneità			p. 25
1.1.2	I		protagonisti	del	
		distacco			p. 31

2. Il peculiare interesse pratico della conoscenza della *lex contractus*p. 34

3. La neutra bilateralità degli artt. 3 e 8.....p. 36

4. Il principio di autonomia della volontà come fondamento dell’*optio legis* e del pieno esercizio delle libertà comunitarie.....p. 37

4.1 Il principio di autonomia della volontà.....p. 37

4.2 Una facoltà di scelta (a monte) molto ampia.....p. 39

5. Mancato esercizio dell’*optio legis* e principio di prossimità.....p. 44

5.1 Il principio di prossimità.....p. 45

5.2 Una declinazione ‘formale’ del principio di prossimità.....p. 48

5.3 Un bilancio provvisorio sulla portata dell'art. 8.....	p. 51
--	-------

Capitolo III
I limiti all'operatività della *lex contractus* come correttivo all'apparente attenuazione del principio di protezione del contraente debole
p. 55

1. Un	<i>dépeçage</i>
'forzato'	p. 55
1.2 Il metodo unilaterale come fondamento metodologico dei limiti.....	p. 58
2. Il limite “qualificato” delle norme imperative c.d. semplici (art. 8, par. 1, secondo periodo)	p. 58
3. Il limite c.d. “preventivo” della norme di applicazione necessaria (art. 9), ovvero, la neutralità neutralizzata della regola di conflitto	p. 62
3.1 La “doppia imperatività” delle norme di applicazione necessaria.....	p. 62
3.2 Norme di applicazione necessaria e principio di sovranità.....	p. 65
3.3 Distinzione tra norme imperative semplici e norme di applicazione necessaria.....	p. 67

4. I problemi posti dalla necessaria applicazione delle norme imperative in materia di tutela del lavoro e dal loro rapporto con le libertà economiche fondamentali: un sistema di conflitto a fonti ‘miste’	p. 70
4.1 Il rapporto delle NAN ex art. 3.1 della direttiva 96/71/CE con le libertà comunitarie nel ‘primo ciclo’ della giurisprudenza della Corte di giustizia: l’elaborazione in una logica ‘conciliativa’ (dalla sentenza <i>van Binsbergen</i> alla direttiva, passando per <i>Rush Portuguesa</i>).....	p. 71
4.1.1 La legittimazione di interventi nazionali ostativi delle libertà di circolazione fondati su esigenze imperative ulteriori rispetto a quelle ammesse dal Trattato.....	p. 71
4.1.2 Il <i>test</i> di proporzionalità come versione ‘matura’ del giudizio di ragionevolezza.....	p. 74
4.1.3 L’estensione dell’elaborazione della Corte: verso l’“assorbimento” delle normative lavoristiche nazionali nell’ambito del mercato interno dei servizi.....	p. 76
4.1.4 Il riconoscimento dell’opportunità di prendere in considerazione la questione delle condizioni di lavoro.....	p. 79
4.1.5 Lo spostamento del fulcro del giudizio dalla valutazione dell’esistenza dell’ostacolo alla considerazione delle giustificazioni addotte dallo Stato per mantenerlo: la	

chiusura	del	
cerchio.....		p. 83
4.1.6	I punti fermi raggiunti a seguito della prima ondata giurisprudenziale.....	p. 86
4.2	La direttiva 96/71/CE come rimedio all'insufficiente certezza giuridica del <i>test</i> di proporzionalità: la “sorprendente” formulazione in termini di “obbligo” anziché di “deroga” (e, a contrario, di divieto). Fenomenali poteri cosmici in un minuscolo spazio vitale?.....	p. 87
4.2.1	Natura degli interessi difesi dalle NAN e art. 3.1 della direttiva.....	p. 90
4.3	Da norme di “applicazione” a norme di “applicabilità” necessaria: l'ossimorico risultato del c.d. <i>double burden test</i> come limite ai limiti.....	p. 95
4.3.1	I meccanismi generali di funzionamento delle norme di applicazione necessaria e le particolari norme dell'art. 3.1 della direttiva.....	p. 95
4.3.2	Contrasto fra ordinamenti?.....	p. 98
4.3.3	Lo svolgimento del <i>test</i> di compatibilità: uno strumento di “comunitarizzazione indiretta”.....	p. 99
4.3.4	La verticalità del controllo operato attraverso il <i>test</i> di compatibilità.....	p. 105
4.3.5	Il <i>test</i> di compatibilità comunitaria come articolazione atipica del principio di sovranità e come versione	

	‘sostanzializzata’ del principio di prossimità.....	p. 111
4.3.6	I casi Viking e Laval come esempi di un’applicazione (“incongrua”) del <i>test</i> di proporzionalità all’azione collettiva per fini contrattuali.....	p. 114
4.3.7	Sciopero per fini contrattuali, libertà di organizzazione sindacale e contrattazione collettiva.....	p. 117
4.4	La necessaria applicabilità delle norme imperative del paese di distacco e il freno posto dall’art. 9, par. 2 e 3: una coniugazione potenzialmente problematica.....	p. 124
5. Il	limite successivo dell’ordine pubblico.....	p. 133
5.1	La apparente assimilabilità del meccanismo delle norme di applicazione necessaria a quello dell’ordine pubblico: il carattere ‘ <i>borderline</i> ’ delle eccezioni al meccanismo di conflitto.....	p. 137
5.2	Il confine sottile fra NAN e ordine pubblico: la “soluzione di continuità” della giurisprudenza come punto di arrivo di una limatura progressiva.....	p. 146
5.2.1	La direttiva come perimetro di confine dell’azione delle organizzazioni sindacali: il risultato della scrematura iniziale.....	p. 148
5.2.2	La direttiva come perimetro di confine della sovranità del legislatore nazionale nella selezione delle norme	

	interne poste a tutela dell'ordine pubblico: il “no” della Corte all'imposizione di un “onere ingiustificato”	
p. 149	
5.2.3	L'ordine pubblico come contenitore virtuale di norme di applicazione necessaria.....	
p. 150	
5.2.4	Riflessioni sulla scelta del criterio dell'ordine pubblico internazionale.....	
p. 156	
5.2.5	Un limite “anomalo”	
	p. 159	
	Conclusioni.....	p. 179

**LA TUTELA DEL LAVORATORE
DISTACCATO TRA NORME IMPERATIVE E
LIBERTA' COMUNITARIE**

**Metodo di conflitto e contratto di lavoro
con elementi "dinamici" di estraneità**

Introduzione

Inizialmente fondata su obiettivi di natura essenzialmente economica, l'Unione europea ha come primo obiettivo quello di garantire agli operatori economici la più ampia libertà di circolazione. Questa integrazione economica, che riposa anche sull'avvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, incontra, in certi campi, forti resistenze. Ciò accade, ad esempio, nel caso del diritto del lavoro, nell'ambito del quale le profonde divergenze di vedute fra gli Stati membri rendono molto difficile qualunque movimento di unificazione o di armonizzazione europea.

La globalizzazione pone agli studiosi di diritto del lavoro interrogativi che vanno al di là dei più immediati effetti della pressione esercitata da fattori economici sulle politiche nazionali del Welfare.

Il rapporto tra globalizzazione e diritto del lavoro genera due effetti¹: quelli prodotti dal diritto del lavoro sulla globalizzazione, i c.d. effetti di livello (2), cioè gli effetti delle differenze di *standard* sociali sulla concorrenza, e quelli esercitati dalla globalizzazione sul diritto del lavoro, innescati dall'internazionalizzazione dei mercati/degli scambi sul diritto del lavoro, i c.d. effetti di frontiere (1).

In questi ultimi si identificano quei processi che vedono la dimensione transnazionale di imprese, o gruppi o reti di imprese, limitare l'applicazione o l'operatività dei diritti nazionali del lavoro; in ragione della dispersione del processo produttivo con insediamenti in vari paesi tali processi investono sia il regime giuridico dei contratti internazionali di lavoro, che l'applicazione dei diritti collettivi.

¹ A. JEAMMAUD, *La "mondializzazione" banco di prova per il diritto del lavoro*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro, il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, a cura di S. SCARPONI, 2001, Milano, p. 65 ss.

All'internazionalizzazione dei processi produttivi e organizzativi è contestuale una progressiva “deterritorializzazione” dei rapporti giuridici.

L'impresa transnazionale può essere definita² come quell'impresa che dispiega le proprie attività attraverso il superamento di una frontiera o (e) al di sopra delle frontiere indipendentemente dall'azione degli Stati. L'interesse di questo concetto è nell'identificazione di un prodotto economico a struttura complessa sviluppato con la globalizzazione dell'economia, diverso dal gruppo. Si tratta della c.d. “impresa-rete”³: vi sono varie forme di cooperazione tra aziende talmente integrate, tra mercato e gerarchia, che potrebbero ridefinire i confini economici dell'organizzazione d'impresa, spingendoli al di là dei suoi confini societari.

Il termine “transnazionale” assomma in sé la natura trasversale dell'impresa, che ha la possibilità di sfruttare a proprio beneficio la tradizionale ripartizione territoriale delle competenze statali nella regolamentazione dei rapporti individuali e collettivi di lavoro o superarla attraverso forme di autoregolazione. La spinta armonizzatrice del diritto internazionale nei loro confronti è tradizionalmente debole. Ripercorrendo gli sviluppi dei codici di condotta per le imprese multinazionali elaborati dalle organizzazioni internazionali, si nota come quelle forme atipiche di “*international soft law*” tendano ad inserire parametri normativi a struttura interindividuale, poiché riferibili a privati e ai loro rapporti specifici, nella tradizionale struttura stato centrica del diritto internazionale. Tra queste “*guidelines*” e l'adozione di codici di condotta “privati” dalle stesse imprese, c'è una certa complementarità.

Da questi due fattori – la complessità organizzativa e la dimensione transnazionale –, scaturiscono per il diritto del lavoro due serie di interrogativi specifici, legati alla costituzione di un mercato transnazionale del lavoro proprio ad ogni impresa, per via della mobilità dei lavoratori tra i vari poli dell'impresa e d'emanazione di nuove fonti di regolazione plasmate sulle dimensioni transnazionali delle imprese.

² I. Daughareil.

³ A. Lo Faro.

L'impresa transnazionale diventa in questo modo terreno di sviluppo di un mercato del lavoro che presenta inevitabilmente la caratteristica della transnazionalità.

La transnazionalità dell'impresa non implica la scomparsa del diritto degli Stati, ma le condizioni della sua applicazione sono fortemente messe in discussione quando la forza-lavoro si sposta tra i vari poli dell'impresa-rete. In effetti, la rappresentazione più evidente di un mercato transnazionale del lavoro è fornita dall'organizzazione dei rapporti di lavoro collocata su vari territori nazionali. I primi segni di questa dinamica esistono da tempo, con riferimento a categorie ristrette e privilegiate di lavoratori mobili sul piano internazionale.

Questi rapporti di lavoro presentano proprie patologie, che evolvono così come evolvono gli interessi dei lavoratori sotto le spinte della concorrenza internazionale e della richiesta di flessibilità.

Le tendenze recenti tendono, inoltre, ad una più accentuata internazionalizzazione dei rapporti, di cui alcuni lavoratori che compongono i c.d. *Third Country National* rappresentano la massima espressione, essendo in relazione con tre poli di lavoro e non avendo paese di riferimento cui "ancorare" i vari elementi del rapporto.

La mobilità internazionale dei propri dipendenti pone, in effetti, la questione classica del regime giuridico della prestazione lavorativa, e in sottofondo quella dell'autonomia negoziale quanto alla scelta della legge applicabile. A complicare la vicenda circolatoria rileva il fatto che la tensione con i diritti nazionali non nasce solo dalla variabilità della collocazione oggettiva della prestazione, ma anche dal fattore organizzativo. Le strutture contrattuali messi in piedi in occasione della vicenda circolatoria tendono all'indebolimento del classico legame di lavoro subordinato, e concentrano, piuttosto, l'attenzione sui altri elementi in grado di inquadrare tale fenomeno (gruppo, distacco, sospensione...).

Esiste poi un altro tipo di mobilità, quella internazionale del lavoratore a due velocità, tra “turisti e vagabondi”⁴. Quella dei soggetti meno privilegiati s’inserisce negli spazi offerti dalla prestazione di servizi transnazionale, seguendo le ramificazioni dell’impresa-rete.

L’incrocio della regolamentazione dei rapporti di lavoro con la tematica della concorrenza e della libera prestazione di servizi, rende il regime giuridico del rapporto di lavoro permeabile da altre istanze.

La fattispecie del distacco del lavoratore nell’ambito di una prestazione transnazionale di servizi è regolata da una molteplicità di fonti normative, strettamente interdipendenti fra loro, pur se di eterogenea derivazione.

Il dibattito intorno al rapporto tra libera prestazione di servizi e protezione dei lavoratori mobilita, infatti, più settori del diritto: diritto del lavoro, diritto comunitario, diritto internazionale e diritto degli stranieri si intrecciano in un coacervo di norme non facile da sciogliere, che perseguono obiettivi spesso contraddittori. Al di là della difficoltà tecnica, tuttavia, si profila una difficoltà forse più importante, quale quella politica.

Tre obiettivi, parzialmente divergenti, devono, infatti, essere conciliati.

Il primo è quello della liberalizzazione dei servizi. Tale libertà è al cuore della costruzione comunitaria, elaborata per estensioni successive delle quattro grandi libertà di circolazione: delle persone, delle merci, dei capitali e dei servizi. Le questioni relative a quest’ultima sono di grande attualità. La Commissione, basandosi su approfonditi studi economici⁵, ne sottolinea l’importanza per l’economia europea e cerca di creare un regime particolare e favorevole allo sviluppo in Europa della libera circolazione, facilitando la realizzazione di prestazioni di servizi transfrontaliere⁶. Il più spettacolare esempio di questa determinazione è il tentativo di elaborare una direttiva particolare in materia, la c.d. “direttiva servizi” (un tempo nota come direttiva “Bolkestein”, dal nome del suo primo promotore). La tempesta politica

⁴ A. Lo Faro, 2008.

⁵ Si vedano gli studi citati dalla Commissione europea sul proprio sito: http://ec.europa.eu/internal_market/services-dir/studies_fr.htm.

⁶ (v. nota Pataut, *au coeur des combats...*, p. 422).

sollevata da tale direttiva ha condotto a modificarne il testo in modo significativo.

Le forti opposizioni alla prima versione del testo della direttiva “servizi” si basavano fundamentalmente sul secondo dei tre obiettivi – appunto – da conciliare, cioè quello della protezione dei lavoratori. La difesa, nella prima versione del testo, del progetto di un “principio del paese d’origine”, maldestramente formulato⁷, ha fatto temere che la liberalizzazione dei servizi in Europa si traducesse in un inquietante schiacciamento della tutela dei lavoratori⁸. Se il principio del paese d’origine si fosse dovuto tradurre in un’applicazione sistematica, ai contratti di lavoro considerati, della legge del paese d’origine del lavoratore, la protezione accordata a quest’ultimo dal paese di distacco, caratterizzato da un elevato livello di tutela, avrebbe rischiato di indebolirsi considerevolmente. In questo dibattito, le preoccupazioni in punto di concorrenza non sono certo assenti. Il rischio individuato in questo contesto, è che le società stabilite nel paese il cui diritto del lavoro è meno protettivo beneficiano di un importante vantaggio competitivo. La risposta consisterebbe allora in un abbassamento generalizzato del livello di tutela accordato ai lavoratori, che comporterebbe un generale allineamento verso il basso dell’intero sistema di regole del diritto del lavoro⁹. Tale prospettiva, difficilmente accettabile, conduce ad un’opposizione tra la liberalizzazione dei servizi e la tutela dei lavoratori, rendendo problematico trovare il punto di equilibrio.

Il terzo obiettivo è quello del controllo delle migrazioni. Per definizione, la libera circolazione dei servizi vuole permettere ai lavoratori di un’impresa stabilita in uno Stato membro di spostarsi per effettuare una prestazione di servizi in un altro Stato membro. Essa suppone dunque che

⁷ Per una critica radicale di questo principio si veda, in particolare, V. HEUZÉ, *De la compétence de la loi du pays d’origine en matière contractuelle ou l’anti-droit européen*, in *Mélanges P. Lagrade*, Paris, 2005, p. 393.

⁸ E. PATAUT, *Libre circulation des services et protection des travailleurs en Europe*, in *Au cœur des combats juridiques*, Paris, 2007, p. 422.

⁹ Il fenomeno, noto come “deregolazione competitiva” o “*race to the bottom*” è da molto tempo identificato dall’analisi economica del diritto. Su questo punto, si veda, in particolare, H. MUIR WATT, *Aspects économiques du droit international privé*, Rec. Cours Acc. LA Haye 2005, T. 307.

l'accesso al territorio dello stato ospitante sia garantito. Tuttavia, tale ambizione si scontra direttamente con il carattere politicamente sensibile delle condizioni di accoglienza e di soggiorno degli stranieri sul territorio dello Stato ospitante. Quello che si cerca di raggiungere è sicuramente un equilibrio molto delicato: è vero che la situazione dei cittadini comunitari è certamente più semplice rispetto a quella dei cittadini extracomunitari, tenuto conto del fatto che l'Unione europea ha fatto della libertà di circolazione degli Europei una delle pietre angolari della propria costruzione, ma la libertà di prestazione dei servizi, per natura, si colloca necessariamente in opposizione rispetto ai tentativi di controllo dell'accesso degli stranieri al mercato nazionale del lavoro.

Il perseguimento dei tre obiettivi sin qui descritti determina un conflitto di logiche¹⁰ che deve essere risolto dal diritto comunitario.

Nell'originario equilibrio congegnato dai Trattati istitutivi, la "costituzione economica" e quella "sociale" appartengono a due sfere sostanzialmente distinte, nella misura in cui rientrano, l'una, quanto meno nelle sue proiezioni sopranazionali, nel dominio dell'ordinamento comunitario, l'altra, nel dominio degli ordinamenti nazionali.

In questa prima fase, è pressoché impossibile rintracciare le istanze di un *deficit* sociale, essendo la dimensione sociale stessa interamente esaurita dentro la sfera delle costituzioni e dei processi politici democratici degli Stati membri. Il *deficit* sociale, così come viene concettualizzato a partire dai primi anni Ottanta, origina dalla rottura del compromesso iniziale e, segnatamente, dal fatto che i principi della costituzione economica europea si impongono sempre più in profondità, "infiltrandosi"¹¹ per via di "integrazione negativa" ben oltre i confini originariamente segnati dai Trattati istitutivi, sino al punto di porre limiti penetranti sia ai legislatori nazionali sia, più recentemente, alla stessa autonomia delle parti sociali, praticamente in ogni area un tempo riservata alla loro "sovranità sociale".

¹⁰ E. PATAUT, *Libre circulation des services*, op. cit., p. 423.

¹¹ G. LYON-CAEN, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, 1992, p. 313.

La rottura di questo equilibrio è realizzata essenzialmente dalla espansione, dopo Maastricht, delle competenze della Comunità in sfere di azione – quali, ad esempio, la politica industriale, o la stessa politica sociale – che eccedono le risorse di legittimazione disponibili alle istituzioni sovranazionali, proprio perché immerse in una dimensione eminentemente politica¹².

Il più rilevante punto di rottura di quell'equilibrio è rappresentato dai vincoli posti dal diritto comune della concorrenza e del mercato direttamente dentro la sfera delle politiche pubbliche e dei diritti sociali nazionali¹³. È e resta questo, infatti, il punto più critico di intersezione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale nella vicenda storica della tutela dei diritti sociali nello spazio costituzionale europeo.

Le indicazioni provenienti dalle concrete dinamiche di interazione tra ordinamento comunitario e nazionale e, in specie, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia non sono riconducibili ad un quadro unitario.

Il percorso della giurisprudenza comunitari induce a ritenere che, oggi, il modello originario di separazione/non interferenza “virtuosa” tra costituzione economica comunitaria e costituzione sociale nazionale è in crisi.

Il principio del mutuo riconoscimento ha certamente avuto origine nel campo della libera circolazione delle merci con le celebri sentenze *Dassonville* e *Cassis de Dijon*. Quella giurisprudenza fu alla base di un significativo mutamento delle tecniche di costruzione giuridica del mercato integrato – e nei sottostanti principi costituzionali. Infatti, con essa è stato per la prima volta affermato “un vero e proprio diritto di accesso al mercato, in tutto lo spazio

¹² V. E. STREIT, W. MUSSLER, *The economic constitution of the European Community: from “Rome” to “Maastricht”*, in *European Law Journal*, 1995, pp. 5 ss.

¹³ il panorama della letteratura sul tema è notoriamente vastissimo: ci limitiamo perciò a richiamare – oltre al classico G. LYON-CAEN, *L'infiltration du Droit du travail*, cit. – e ai noti studi di P. DAVIES, *Market integration and social policy in the Court of justice*, in *Industrial Law Journal*, 1994, pp. 49 ss., e di M. ROCCELLA, *Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia* (1993), poi in ID., *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997, pp. 25 ss. – la recente, magistrale sintesi di LORD WEDDERBURN OF CHARLTON, *Labour law 2008: 40 yeras on*, in *Industrial Law Journal*, 2007, pp. 397 ss.

europeo, per tutte le merci che siano state legalmente prodotte in ciascuno Stato membro, secondo le regole proprie dello Stato di origine”¹⁴.

Il principio del mutuo riconoscimento rovescia l’impostazione sino ad allora seguita dalle istituzioni comunitarie.

Al posto della elaborazione minuta di *standard* comuni per mezzo di direttive di dettagliata armonizzazione, si afferma un processo inverso, *bottom-up*, di liberalizzazione guidata dalla equivalenza presunta tra gli *standard* stabiliti rispettivamente nel paese d’origine e in quello di destinazione. Da un lato l’armonizzazione viene limitata al rispetto dei livelli minimi di sicurezza, affidati ad un processo di regolazione tecnica ampiamente delegato ad organismi di standardizzazione; dall’altro, l’accesso al mercato del produttore straniero può essere eccezionalmente limitato solo in presenza di ragioni imperative di interesse generale, che consentano di superare, derogandovi, il criterio della equivalenza presunta.

Il principio del mutuo riconoscimento (o di equivalenza) viene a costituire così una tecnica di integrazione del mercato radicalmente alternativa a quella dell’armonizzazione eteronoma “verso l’alto”¹⁵.

La “scelta del diritto” diventa prerogativa degli operatori economici¹⁶, i quali saranno indotti ad effettuarla ben al di là dei tradizionali congegni internazionalprivatistici¹⁷.

I sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale sono rimasti in un primo tempo immuni – almeno direttamente – dalle nuove dinamiche di competizione regolativa innescate dalla istituzionalizzazione del mutuo riconoscimento quale principio cardine della libera circolazione delle merci nel mercato interno. Il collegamento tra la sfera della regolazione del

¹⁴ L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, cit., p. 75.

¹⁵ V. W. STREECK, *La dimensione sociale del mercato unico europeo: verso un’economia non regolata?*, in *Stato e Mercato*, 1990, pp. 29 ss.

¹⁶ Cfr. M. GNES, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004.

¹⁷ V. in generale il volume curato da A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari, 2004, e – per le ricadute sui sistemi di diritto del lavoro e A. Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in A. Plaia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*.

mercato del lavoro e la sfera delle politiche con cui gli Stati membri possono concretamente incidere in modo restrittivo sull'accesso transfrontaliero al mercato delle merci è molto debole.

Tuttavia, nel caso della libera prestazione dei servizi, il discorso cambia: tutte le volte in cui l'impresa stabilita in un altro Stato membro si avvalga, come in principio è evidentemente legittimata a fare, dei propri dipendenti, distaccandoli temporaneamente nel territorio del paese di destinazione della prestazione, le norme lavoristiche protettive di quest'ultimo possono infatti costituire un ostacolo indistintamente applicabile nell'ottica dell'art. 49 TCE.

La logica della concorrenza tra ordinamenti penetra nel territorio del diritto del lavoro proprio mediante il principio del mutuo riconoscimento, che in questo particolare contesto si manifesta nella forma del principio del “paese d'origine”.

Il criterio del mutuo riconoscimento, fondato sul presupposto dell'equivalenza tra modelli, pur ponendosi come virtualmente alternativo¹⁸ ha, di fatto, prevalso su quello dell'armonizzazione positiva.

Lo sviluppo di questa nozione di ‘equivalenza nella differenziazione’ dei modelli giuridici, ha condotto ad accettare l'idea che gli ordinamenti nazionali potessero mantenere le diversità ad essi proprie, ed essere in concorrenza tra loro nel “mercato delle regole”.

Tuttavia, il diritto del lavoro è stato per lungo tempo estraneo al gioco della *regulatory competition* nel mercato interno¹⁹, sottraendosi, di fatto, alla pressione concorrenziale scatenata dal mutuo riconoscimento.

Questa ‘immunità’ ha trovato il proprio fondamento nel postulato della territorialità del diritto del lavoro: l'applicazione esclusiva (delle norme nazionali aveva lo scopo di garantire l'ordinamento dalla concorrenza di norme straniere improntate su *standard* di tutela minori. La norma lavoristica non è mai stata considerata come un bene di consumo: il giuslavorista ha,

¹⁸ GIUBBONI S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, n. 3/2008, p. 544.

¹⁹ *Ibidem*.

infatti, tradizionalmente visto nelle teorie mercantilistiche più una minaccia che una positiva matrice di dinamismo.

L'internazionalizzazione dell'economia ha messo in luce la particolare vulnerabilità²⁰ dei diritti del lavoro nazionali: la mobilità delle aziende, consentita dalla libertà di stabilimento *ex art. 45 TCE* ed incentivata dal principio del mutuo riconoscimento, offre agli imprenditori la possibilità, più o meno variegata, di scegliere a quale diritto sottoporsi.

Questa circostanza pone, inoltre, gli operatori economici del mercato unico nella posizione di poter condizionare l'azione regolativa dei governi nazionali²¹: optando, o minacciando di optare, per le aree e i sistemi che offrono condizioni più favorevoli, le imprese possono, di fatto, indurre i governi nazionali ad adottare – non spontaneamente – questo o quel provvedimento, spinti dalla paura di perdere tali operatori ed assistere all'impoverimento del mercato nazionale.

Si rende, così, possibile, una vera e propria strumentalizzazione della libertà di stabilimento e del mutuo riconoscimento per ottenere un doppio ammorbidimento: quello dovuto alla possibilità di scegliere la legge che si ritiene più favorevole ai propri fini, e quello derivante dal potenziale controllo sulle istituzioni. In questa prospettiva, l'allargamento dell'Unione con l'ingresso di Paesi molto deboli sul piano sociale, è suscettibile di instaurare inquietanti dinamiche competitive tra tali Paesi e quelli con normative lavoristiche più avanzate²².

Secondo alcuni autori²³, è oggi opportuno andare oltre la rigida contrapposizione tra uniformazione normativa e concorrenza completa tra ordinamenti, e stabilire per ciascun segmento di mercato le caratteristiche strutturali che possano indurre a preferire la coesistenza tra regole in competizione tra loro ovvero una regola uniformemente applicata, optando, di

²⁰ BELLAVISTA A., *op.ult.cit.*, p. 5.

²¹ D'ANTONA M., *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in *Lav. Dir.*, 1992, p. 54.

²² TREU T., *Le regole sociali europee: quali innovazioni?*, in *Europa e diritto privato*, 2004, pp. 33 e ss.

²³ ZOPPINI A., *Prefazione*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, (a cura di) ZOPPINI A., Laterza, Roma-Bari, 2004.

fatto, per una sorta di sistema misto: l'impianto normativo della prestazione transnazionale di servizi rispecchia esattamente questo tipo di struttura, assommando in sé sia l'apertura alla competizione, consentita dalla libertà di scelta della legge applicabile, sia la tensione verso un livellamento ideale intorno ad un nucleo forte di tutele (art. 3 direttiva 96/71 Ce) = elenco di materie in cui ogni singolo Stato mantiene il "monopolio" recepimento normativa comunitaria.

Questa 'via mediana' si fonda, da un lato, sull'assunto che la concorrenza non deve essere esasperata, ma, dall'altro lato, anche sulla consapevolezza che il diritto del lavoro non può più sottrarsi al suo gioco.

Il filo conduttore delle problematiche sin qui enucleate sembra essere il continuo interrogarsi sul legame tra norma e luogo, in una prospettiva di "geodiritto" che indica come l'operare delle forze deterritorializzanti del mercato porti a un allentamento di quel legame e, in ultima analisi, della stessa sovranità statale, su cui il diritto del lavoro è storicamente fondato.

Il lavoratore distaccato ha evidentemente interesse a vedersi applicate norme conformi agli *standard* praticati nel Paese in cui l'attività viene prestata.

Il confronto tra la libertà di circolazione e il diritto del lavoro diviene allora inevitabile, richiedendo, in un importante numero di casi, il ricorso ai lumi della Corte di giustizia. L'ipotesi del distacco costituisce, in questo senso, uno dei punti di incontro più significativi tra il diritto comunitario e il diritto internazionale privato, in quanto impone di domandarsi se la teoria delle *lois de police* sia compatibile rispetto al diritto comunitario.

Per cogliere la concretezza del contrasto fra imperatività locale ed esigenze del diritto comunitario, e comprendere se e su quale equilibrio la Corte sia riuscita a ri-costruire questo rapporto dialettico, è necessario delineare i tratti del quadro normativo votato a disciplinare la particolare ipotesi del distacco.

Ancora prima delle norme materiali di derivazione comunitaria, contenute nella direttiva 96/71/CE e rese operative a seguito del recepimento

da parte di ciascuno Stato membro, v'è un'altra categoria di strumenti, rappresentata dalle c.d. "norme o regole di conflitto", che svolgono la funzione di individuare, in base ad una serie di "criteri di collegamento", il giudice competente e la legge applicabile in relazione ai rapporti caratterizzati da elementi di estraneità. La direttiva 96/71/CE si inserisce in questo contesto in un momento successivo (v. *infra*), svolgendo un ruolo specificativo: pertanto, in una prospettiva non solo cronologica, ma anche metodologica, risulta più opportuno affrontare preventivamente la questione delle norme di conflitto.

Le norme di conflitto costituiscono uno strumento di diritto internazionale privato (sono anche note, infatti, come "norme di diritto internazionale in senso stretto"); la particolare ipotesi del distacco ha tradizionalmente trovato le proprie norme di conflitto sulla giurisdizione nella convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (oggi, nel regolamento Bruxelles I), e quelle sulla legge applicabile nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulle obbligazioni contrattuali.

La caratteristica fondamentale della convenzione è che la *ratio* che l'attraversa non è quella di privilegiare la legge che garantisce il livello più alto di tutela, ma la legge del paese che presenta il "collegamento più stretto", con il contratto; questa logica lascia emergere la volontà di applicare una protezione minima, valorizzando la prossimità del contratto rispetto al contesto in cui è stipulato, il luogo di una tutela che, per quanto elevata, potrebbe risultare culturalmente, ma anche solo fattualmente, poco compatibile con il singolo caso di specie.

Come la convenzione di Bruxelles del 1968, anche quella di Roma è stata recentemente convertita in regolamento comunitario (n. 593/2008): sarà interessante comprendere le motivazioni di questa scelta e le conseguenze concrete che essa ha prodotto sulla disciplina del distacco.

Capitolo I **L'attrazione del conflitto di leggi nell'alveo del diritto dell'Unione europea**

La scelta per lo strumento del regolamento non è nuova: già nel 1972, Commissione e Consiglio avevano formulato una proposta di regolamento CEE²⁴, portante esclusivamente sul conflitto di leggi in materia di lavoro all'interno della Comunità. Il preambolo della proposta, prendendo atto delle differenze esistenti fra le norme di diritto internazionale privato, riconosceva la possibilità che “lo stesso rapporto di lavoro potesse essere disciplinato da più legislazioni in modo divergente”, e che tale circostanza costituisse, di fatto, un disincentivo alla libera circolazione dei lavoratori.

Nell'ottica di ridurre queste divergenze, lo strumento del regolamento comunitario apparve come un potenziale canale di uniformazione della disciplina di conflitto: questo prototipo di disciplina uniforme, pur rimanendo fondato sul principio di territorialità, prevedeva un certo numero di eccezioni volte a consentire ai privati, nel loro interesse reciproco, una libertà di scelta del diritto applicabile, che rimaneva, comunque, subordinata al rispetto di una serie di statuizioni dello Stato territoriale.

La proposta concerneva i rapporti di lavoro tra cittadini comunitari e datori di lavoro, di qualunque nazionalità, operanti entro il territorio comunitario: la regola generale – enunciata dall'art. 3 – stabiliva che il contratto di lavoro, e il rapporto ad esso conseguente, dovessero essere sottoposti alla legge dello Stato di situazione dello stabilimento nel quale il lavoratore era occupato, ciò indipendentemente dal domicilio delle parti contraenti, dalla sede dell'impresa e dal luogo di conclusione del contratto.

Gli articoli successivi consentivano tre eccezioni.

L'art. 4 considerava il caso del lavoratore assunto presso la sede dell'impresa di uno Stato membro e poi trasferito presso uno stabilimento,

²⁴ GUCE, 18 maggio 1972, n. C49/26 e *RDIPP*, 1972, p. 925.

appartenente alla stessa impresa e situato in un altro Stato membro, e consentiva che, per iscritto, le parti si accordassero perché il rapporto di lavoro continuasse ad essere regolato dal diritto dello Stato della sede dell'impresa, fatta salva, peraltro, l'applicazione obbligatoria di una serie di regole vigenti nel luogo dello stabilimento in cui il lavoratore presta concretamente la propria attività.

L'art. 5 disciplinava l'ipotesi dell'invio da parte di un'impresa di un lavoratore in un altro Stato membro per svolgervi un'attività temporanea, e prevedeva che il rapporto avrebbe dovuto essere sottoposto al diritto dello Stato ove aveva sede l'impresa disponente il distacco, fatta salva anche in questo caso l'applicazione di una serie di regole vigenti nel luogo in cui il lavoratore concretamente opera.

L'art. 6 contemplava l'ipotesi di quei lavoratori (ad esclusione dei commessi viaggiatori) la cui attività comporta frequenti mutamenti di luogo, senza che ciò implichi l'inserimento in uno stabilimento diverso da quello d'origine. Era consentito alle parti di convenire per iscritto che il loro rapporto fosse regolato dal diritto del luogo ove il lavoratore svolgeva la sua attività principale oppure dal diritto in vigore nel luogo dell'impresa d'origine. Quest'ultima legge sarebbe stata altresì applicabile in assenza di accordo tra le parti. Anche in questo caso si faceva salva l'applicazione obbligatoria di una serie di regole vigenti nel luogo in cui l'attività lavorativa veniva concretamente svolta.

Nello stesso anno 1972, fu elaborato anche il Progetto preliminare di convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e non contrattuali tra gli Stati membri della Comunità economica europea, che dedicava un apposito articolo al contratto di lavoro²⁵.

²⁵ Il testo francese dell'avanprogetto e della relazione illustrativa è apparso in *RDIPP*, 1973, p. 189 ss. Il contratto di lavoro era disciplinato dall'art. 5, il quale prevedeva che “à défaut de choix explicite ou implicite, les contrats de travail sont régis par la loi du pays, a) où le travailleur accomplit habituellement son travail, b) où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur si ce dernier n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays”.

Tra i due progetti, quello della convenzione prevalse²⁶ sull'alternativo regolamento *ad hoc*. La Relazione Giuliano-Lagarde, elaborata a commento della convenzione di Roma, precorrendo quella che sarebbe stata l'evoluzione dei trent'anni successivi, non accantonò del tutto la possibilità di ricorrere al regolamento. A proposito dell'art. 20, che riconosceva il primato del diritto comunitario, affermava, infatti, che, una volta definitivamente adottato, il regolamento relativo ai conflitti di leggi in materia di contratti di lavoro avrebbe prevalso sulla convenzione, lasciando intendere che quest'ultima fosse da considerare come meramente transitoria. Nella realtà dei fatti, pur se a distanza di ben 18 anni dalla sua entrata in vigore, sulla scia di una dibattuta proposta²⁷, la convenzione è stata effettivamente sostituita²⁸ dal regolamento c.d. "Roma I", il quale si distanzia dal prototipo del '72, *in primis*, perché copre (come già faceva la convenzione) la più vasta area delle obbligazioni contrattuali in generale, senza focalizzarsi esclusivamente sul contratto di lavoro, ed in secondo luogo, per il diverso tenore delle previsioni in materia (v. § 2).

Originariamente, il Trattato non affidava alle istituzioni alcuna competenza in materia di diritto internazionale privato. In un primo momento,

²⁶ Datata 1° aprile 1991 (il 1° agosto 2004 sono, poi, entrati in vigore i Protocolli del 19 dicembre 1988, i quali individuavano un meccanismo volto ad assicurare l'uniformità di interpretazione della convenzione).

²⁷ COM/2005/650. Tale proposta, si colloca in un *iter* di elaborazione che ha avuto inizio il 14 gennaio 2003, quando la Commissione ha presentato un Libro Verde (sulla "*trasformazione in strumento comunitario della convenzione di Roma 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima*"), domandando tra l'altro agli interessati di rispondere a determinati quesiti entro il 15 settembre 2003; il 7 gennaio 2004 si è svolta un'audizione pubblica a Bruxelles; il 15 dicembre 2005 la Commissione ha adottato la proposta di regolamento sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali; la Commissione giuridica del Parlamento europeo ha elaborato un progetto di relazione il 22 agosto 2006 ed è intervenuta in seguito con altri due documenti rispettivamente del 12 dicembre 2006 e del 5 marzo 2007; il 13 settembre 2006 il Comitato economico e sociale ha emanato un parere; il Consiglio ha presentato le proprie osservazioni con note del 12 ottobre 2006, del 2 marzo 2007 e del 19 aprile 2007; il 29 novembre 2007 il Parlamento ha adottato la propria posizione il 6 dicembre 2007 il Consiglio ha approvato in modo informale la posizione del Parlamento; i giuristi linguisti del Consiglio hanno esaminato tale posizione e l'hanno tradotta nelle lingue ufficiali della Comunità; la sua adozione come regolamento è infine avvenuta il 17 giugno 2008.

²⁸ In virtù della sua natura internazionale, la convenzione resta, ovviamente, in vigore in quei paesi che l'hanno ratificata ma che, non facendo parte dell'Unione europea, non sono sottoposti al regolamento Roma I.

infatti, le regole di conflitto di matrice “comunitaria” sono state introdotte prevalentemente²⁹ da convenzioni concluse dagli Stati membri, proprio come nel caso della convenzione di Roma.

Nel 1997, modificando il testo dell’art. 65, lett. b), del TCE, il Trattato di Amsterdam ha, di fatto, esteso le competenze comunitarie anche al diritto internazionale privato³⁰, realizzando quella che alcuni autori³¹ definiscono una “rivoluzione europea”³² nell’ambito dei conflitti di leggi e di giurisdizioni.

La scelta di convertire la convenzione in regolamento comunitario ha delle implicazioni sul campo di applicazione del regolamento, sul suo posto nella gerarchia delle norme, nonché sui metodi di regolazione dei conflitti di leggi.

1. La comunitarizzazione della Convenzione di Roma

Il regolamento Roma I, a norma del suo art. 1, è applicabile alle obbligazioni contrattuali nelle situazioni che implicano un conflitto di leggi. La disciplina di conflitto in esso contenuta ha carattere universale (art. 2), è cioè idonea a designare, a seconda dei casi, la legge di uno Stato contraente come quella di uno Stato terzo. Ai sensi dell’art. 20 risulta irrilevante il rinvio

²⁹ Ma non tutte; alcune norme di conflitto – ad esempio, in materia di lavoro, consumatori, assicurazione, proprietà intellettuale – sono contenute in atti di diritto materiale, per lo più in direttive.

³⁰ “Le misure del settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere, da adottare a norma dell’art. 67 e per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno, includono: [...] b) la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale).

³¹ Cfr. F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una European Conflict of Laws Revolution?*, in *RDIPP*, 2000, p. 873; A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato di fonte comunitaria: alcune considerazioni generali*, in *Id.* (a cura di), *Diritto internazionale privato comunitario, Trattato di diritto privato dell’Unione europea*, diretto da G. AJANI e G.A. BENACCHIO, Torino, 2008, nota n. 1; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, p. 8.

³² Altri, cfr. N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d’autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 67, parlerebbero piuttosto di una “*conflict involution*”.

eventualmente disposto dalle norme di conflitto dell'ordinamento richiamato in favore della *lex fori* o di un altro ordinamento.

La disciplina di conflitto dettata dal regolamento Roma I si compone di regole applicabili alla generalità dei contratti e di regole speciali riferite ai contratti stipulati dal c.d. contraente debole, come ad esempio, il lavoratore.

Sotto il profilo del diritto comunitario, il passaggio dallo strumento della convenzione a quello del regolamento non è stata accolta pacificamente dalla comunità internazionalprivatistica: l'individuazione della base giuridica dell'art. 65 TCE come fondamento dell'operazione ha suscitato, in particolar modo in Francia, una vivissima polemica³³. Secondo³⁴ i c.d. "sovraniisti"³⁵, realizzando l'unificazione, e non semplicemente la compatibilità delle regole di conflitto di leggi in materia di contratti, la Commissione ha posto in essere un abuso di potere; la competenza della Commissione per proporre l'unificazione si limitava, infatti, ai conflitti di leggi intracomunitari e non si estendeva anche all'emanazione di regole di conflitto a carattere universale. I sostenitori di questa tesi hanno, inoltre, contestato che la comunitarizzazione della convenzione di Roma fosse suscettibile di subordinare le leggi di polizia (o norme imperative) degli Stati membri rispetto al diritto comunitario.

Ad avviso di un contrapposto filone dottrinale³⁶, l'art. 65 TCE costituirebbe base giuridica sufficiente a giustificare la conversione, poiché le direttive garantiscono agli Stati membri una libertà di trasposizione che consente una diversità potenziale di soluzioni oggettivamente incompatibile con l'obiettivo comunitario di introdurre una disciplina uniforme. Inoltre, secondo questi Autori, ci si deve rallegrare del mantenimento del carattere universale delle regole di conflitto contenute nel regolamento. Viene da chiedersi, infatti, cosa sarebbe successo se il regolamento si fosse limitato ai contratti intracomunitari e avesse reso agli Stati non facenti parte dell'Unione

³³ P. LAGARDE, *Introduction – Considérations de méthode*, in *La nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 5.

³⁴ V. AA.VV., *L'Unione europea, la democrazia e l'Etat de droit*, in *JPC G*, 2006, p. 586.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ AA.VV., *Observation sur la lettre ouverte au Président de la République intitulée "L'Union européenne, la démocratie et l'Etat de droit"*, in *JPC G*, 2007, p. 18."

la libertà di legiferare autonomamente sui conflitti di leggi: il mercato interno ne sarebbe stato sicuramente turbato³⁷. Il regolamento ha, dunque, il non trascurabile pregio di salvaguardare il carattere universale delle regole di conflitto. In risposta alla seconda critica mossa dai sovranisti, gli esponenti della seconda corrente dottrinale³⁸ ammettono che già la stessa convenzione di Roma riconoscesse, all'art. 20, la priorità del diritto comunitario, dovendo però intendersi per diritto comunitario le “disposizioni contenute negli atti emanati dalle istituzioni europee, o nelle legislazioni armonizzate in esecuzione di questi atti” (in altri termini, solo il diritto derivato) e che l'art. 23 del regolamento, menziona più genericamente le “disposizioni del diritto comunitario”, comprendendo in tal modo sia il diritto derivato che quello primario, ma rilevano anche che questa operazione era già stata posta in essere dalla Corte di giustizia³⁹, la quale, a proposito delle leggi di polizia (art. 7 della convenzione, 9 del regolamento), aveva già stabilito che esse non devono realizzare una contrazione non giustificata delle libertà comunitarie così come previste dal Trattato, fonte primaria per eccellenza.

1.2. Forma comunitaria, contenuto internazionalprivatistico: la c.d. “comunitarizzazione diretta”

A seguito della conversione, i principi del diritto internazionale privato si sono inseriti nel tessuto del diritto comunitario; il secondo ha, per così dire, preso in prestito dal primo i metodi classici (regole di conflitto, leggi di polizia di fonte comunitaria), realizzando quella che alcuni autori⁴⁰ hanno definito “comunitarizzazione diretta”.

³⁷ Se un'impresa americana concludesse un contratto con una società italiana e una francese, sarebbe preoccupante per il mercato interno che l'impresa americana, utilizzando le facilitazioni conferite dal regolamento Bruxelles I, potesse scegliere il proprio giudice – francese o italiano – a seconda che la regola di conflitto in vigore in Francia e in Italia designi una legge che sia più o meno favorevole, e se potesse, in seguito, far eseguire nell'altro Stato la sentenza ottenuta nel primo, che, ad esempio, non avrebbe potuto essere eseguita nel secondo.

³⁸ Fra i quali P. Lagarde... F. Pocar?

³⁹ 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e a.*, in *Racc.*, p. I-8453.

⁴⁰ L'espressione è di M-N. JOBARD-BACHELLIER, *La portée du test de compatibilité communautaire en droit international privé contractuel*, in *Mélanges Paul Lagarde*, 2005.

Il regolamento si pone, peraltro, in continuità immediata rispetto alla convenzione anche sotto il profilo strettamente metodologico, pur apportando qualche modifica. In via generale, esso adotta il metodo bilaterale, procedendo per categorie e collegamenti, pur riservandosi uno spiraglio unilateralista in materia di leggi di polizia; senza dubbio, non applica in nessun caso il metodo delle regole materiali di diritto internazionale privato. Come si è detto, la convenzione di Roma fu elaborata negli anni '70, a ridosso dell'irruzione delle nuove teorie americane in materia di conflitto di leggi. La convenzione si era lasciata sedurre da esse, sviluppando un bisogno di flessibilità delle regole di conflitto ed un interesse per l'unilateralismo – per leggi di polizia – connesso al metodo degli interessi intergovernamentali, nonostante l'unilateralismo e le leggi di polizia fossero solidamente radicate nel continente europeo, soprattutto in Italia.

Come la convenzione, il regolamento fa appello a quattro fondamenti ben identificati: il principio di prossimità, che privilegia la legge del paese con cui il contratto presenta il legame più stretto; il principio di autonomia della volontà, che riconosce alle parti la possibilità di scegliere la legge cui sottoporre il contratto che le lega; il principio di protezione del contraente debole; il principio di sovranità, che si esprime attraverso il potere dei singoli Stati di imporre l'applicazione delle proprie leggi a prescindere da quale sia la legge scelta dalle parti.

Da un punto di vista metodologico, le disposizioni del regolamento sono elaborate in base ad alcuni soltanto dei possibili metodi di disciplina delle fattispecie caratterizzate da elementi di estraneità: il campo dell'analisi sarà, in questa sede, ulteriormente circoscritto alla descrizione dei metodi in base ai quali sono formulate le norme del regolamento che rilevano ai fini della ricostruzione della disciplina del distacco. Tali norme sono essenzialmente fondate su tre metodi principali, che si distinguono a seconda che la scelta della legge sia fondata sulla natura della questione oggetto della controversia (metodo bilaterale neutro), sullo scopo delle norme che la

disciplinano (metodo unilaterale), oppure sulle conseguenze dell'applicazione delle varie leggi chiamate in causa (metodo delle considerazioni materiali).

Appare interessante, in questa sede, dimostrare come i principi e i metodi sin qui descritti si sviluppano e modellano nell'articolazione della disciplina in materia di distacco: in questa prospettiva, l'attenzione non può che concentrarsi sul micro-sistema di conflitto creato dagli artt. 3, 8, 9 e 21 del regolamento, sulle interazioni tra tali norme, e sulla direttiva n. 96/71/CE, che svolge, rispetto ad esse, una funzione di integrazione.

Capitolo II

***L'optio legis* come esplicitazione del principio di autonomia contrattuale delle parti nell'individuazione della legge applicabile al lavoratore distaccato**

1. La preliminare operazione di qualificazione del fenomeno “distacco” come fattore condizionante di tutela

Occorre, a questo punto, domandarsi specificamente quale incidenza possa avere sul sistema di norme di conflitto sin qui esaminate il fenomeno di elevata mobilità della manodopera sviluppatosi parallelamente all'esercizio delle libertà sancite dal Trattato.

Il distacco si colloca nella complessa e variegata fenomenologia della mobilità transnazionale del lavoro, più in generale, strumento/canale di internazionalizzazione delle imprese. In una prospettiva squisitamente comunitaria, esso può essere definito⁴¹ come una forma di mobilità

⁴¹ M. CINELLI, *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 2/2007, p. 124.

intracomunitaria del rapporto di impiego in atto, realizzata nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi.

Tale fenomeno costituisce il riflesso sull'evoluzione dei modelli produttivi, sempre più di frequente implicanti il ricorso all'*outsourcing* e alla subfornitura, della permanenza di non trascurabili differenze fra i paesi dell'Unione e della gradualità con cui le economie degli Stati di nuova adesione vanno allineandosi agli *standard* degli altri Stati membri.

È in questo contesto produttivo che si pone, in particolare, il problema del conflitto di leggi: le implicazioni del diverso livello di sviluppo tra i paesi dell'Unione si avverte, infatti, soprattutto nei rapporti tra imprese fornitrici di servizi comportanti un'attività di lavoro ed i loro dipendenti, adibiti a mansioni temporaneamente localizzate all'estero.

Mentre la mobilità *verso l'impiego* nella prima accezione è parte integrante e originaria del diritto del lavoro dell'unione, la mobilità nel quadro di una prestazione di servizi (*all'interno* dell'impiego) rappresenta un fenomeno meno visibile⁴², che tuttavia pone problemi assai rilevanti per la tenuta degli *standard* di tutela sociale garantiti a livello nazionale.

La caratteristica delle ipotesi di distacco è evidentemente la temporaneità, da intendersi non solo come sinonimo di durata limitata nel tempo, ma anche come assenza di regolarità, periodicità, continuità⁴³. In questo caso, infatti, il lavoratore c.d. distaccato, non si sposta per essere assunto da un datore di un altro Stato membro, ma soltanto per svolgere il servizio transfrontaliero.

1.1 La qualificazione del fenomeno “distacco”

⁴² F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, Bologna, 2008, p. 8.

⁴³ Sentenza Gebhard, 1995.

La tutela del lavoratore nell'ambito delle prestazioni transnazionali di servizi parte dall'interno delle norme sul conflitto di leggi: essa passa, innanzitutto, per l'interpretazione delle categorie in esse contenute.

Come si vedrà, nel caso particolare del distacco, la direttiva 96/71/Ce si inserisce nel sistema di conflitto adattando, mitigandolo, il criterio del *locus laboris*: una lettura corretta della categoria del distacco si presenta, dunque, come il primo, indispensabile, passo per contribuire ad evitare forzature nell'applicazione formalistica di tale regola e della legge che essa, di volta in volta, individua.

Da un punto di vista tecnico, le categorie comunitarie di diritto internazionale privato si elaborano attraverso la c.d. qualificazione, che può principalmente effettuarsi secondo due metodi⁴⁴.

Un primo metodo è quello c.d. conflittuale, secondo il quale le categorie delle norme di conflitto comunitarie devono essere ricostruite alla luce del diritto materiale di un solo Stato, che si identifica con quello il cui ordinamento regola la fattispecie secondo il diritto privato internazionale del foro.

V'è, poi, un secondo metodo, quello c.d. autonomo o comparatistico che, diversamente, compone le categorie in base agli obiettivi ed al sistema del Trattato, nonché ai principi generali che discendono dall'insieme dei sistemi giuridici degli Stati membri. In alcuni casi, la norma che menziona un certo concetto indica chiaramente di voler definire essa stessa tale nozione della categoria di diritto internazionale privato di volta in volta in questione, stabilendone esplicitamente i contorni in modo compiuto. In altri casi, invece, pur volendo definire essa stessa la categoria di diritto internazionale privato in questione, la norma non esplicita, tuttavia, elementi sufficienti a ricostruirla; i suoi contorni debbono allora essere individuati mediante un'indagine comparatistica che consenta di garantire l'effetto utile del diritto comunitario, ricomprendendo nella categoria in questione i diversi istituti di diritto

⁴⁴ B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I*, cit., p. 19.

materiale che vi rientrano come comune denominatore. La comparazione deve avvenire tra i principali sistemi nazionali degli Stati membri oppure, secondo il caso, tra le diverse regole materiali previste dall'atto che contiene la categoria da ricostruire, oppure ancora tra le regole materiali stabilite dagli atti comunitari suscettibili di un'interpretazione sistematica.

Nell'interpretazione delle regole comunitarie di diritto internazionale privato, e così anche di quelle del regolamento Roma I, in caso di dubbio, occorre, per varie ragioni, privilegiare il metodo di qualificazione autonoma delle norme del regolamento. In primo luogo, il diritto comunitario non può affidare la definizione del suo ambito di applicazione ad una sola *lex causae*, individuata dalle norme di conflitto di un unico paese, rimettendola in tal modo agli Stati membri. In secondo luogo, il regolamento è parte del sistema di diritto internazionale privato comunitario: le norme che costituiscono un medesimo sistema giuridico sono tra loro complementari e possono essere qualificate in maniera sistematica. La qualificazione comparatistica consente allora di ricostruire in modo sistematico il significato delle disposizioni del regolamento e di quelle degli altri strumenti di diritto internazionale privato comunitario.

Il regolamento non prevede un criterio generale di qualificazione delle categorie proprie delle proprie norme: esso qualifica espressamente ed in modo autonomo soltanto alcune delle sue categorie, fra le quali – e per quello che qui interessa – quella delle norme di applicazione necessaria di cui all'art. 9.

Al fine di definire l'estensione dell'operatività del regolamento nell'ambito della prestazione transnazionale di servizi, occorre fare chiarezza sulla nozione di distacco per comprendere sia cosa si intende per "temporaneità", sia quali sono i soggetti legittimati a porre in essere una fattispecie di questo tipo, tenendo presente che il regolamento non contiene una definizione di distacco, e che essa va dedotta dalla lettura combinata di una pluralità di fonti, quali, oltre al regolamento, la direttiva 96/71/Ce e il regolamento n. 1408/1971.

1.1.1 La nozione di temporaneità

Il distacco costituisce una forma di mobilità intracomunitaria temporanea all'interno di un rapporto di impiego in atto, nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi: un'impresa situata in un dato paese impiega in un paese diverso, per un lasso di tempo determinato, un proprio dipendente, che rimane nei fatti tale (a partire da tutti gli oneri retributivi e contributivi), pur potendo assumere ruoli e incarichi nell'azienda estera distaccataria. Tale definizione è stata elaborata dalla dottrina⁴⁵: ad oggi, non esiste ancora una definizione comunitaria di questa fattispecie, con la conseguenza che l'opera di ricostruzione qualificatoria non è semplice, potendo essere realizzata soltanto attraverso l'interpretazione delle fonti che la disciplinano.

La direttiva 96/71/CE (art. 2, par. 1) definisce semplicemente “distaccato” il lavoratore che, “per un periodo limitato”, svolge il proprio lavoro sul territorio di uno Stato membro diverso da quello sul cui territorio lavora abitualmente. L'unica indicazione che può estrapolarsi dal testo è quella relativa al criterio della durata, che viene, peraltro, solo menzionato e non articolato in modo tale da fornire elementi concreti di valutazione. Inoltre, quanto alla nozione di “lavoratore”, il par. 2 della direttiva rinvia alla definizione data dallo Stato d'origine, alimentando, in tal modo, il rischio che vi siano difformità di regolazione.

Nemmeno l'art. 8, par. 2, del regolamento contiene una definizione esaustiva del fenomeno: anch'esso concentra l'attenzione sull'aspetto temporale, limitandosi ad identificare tale fattispecie con la situazione in cui “il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo”. Tuttavia, a differenza della direttiva, il regolamento (considerando n. 36) aggiunge qualche elemento concreto di riferimento.

⁴⁵ Cfr. M. CINELLI, *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2007, p. 124 ss.; P. VENTURI, *Art. 8 (Contratti individuali di lavoro)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 771 e ss., spec. p. 779.

Ad ogni modo, sembra che la chiave di lettura per stabilire cosa sia distacco e cosa non lo sia⁴⁶ debba identificarsi nella nozione di temporaneità.

Il carattere temporaneo della presenza del lavoratore in uno Stato diverso da quello d'origine costituisce il criterio di distinzione tra prestazione di servizi e diritto di stabilimento: la temporaneità deve essere, infatti, intesa⁴⁷ come sinonimo non solo di durata limitata, ma anche di assenza di “regolarità, periodicità e continuità”⁴⁸.

Tale nozione è utilizzata in contrapposizione a quella di abitudine: per assicurarsi che i criteri di cui al primo periodo del par. 2 si applichino anche a situazioni in cui non sia rintracciabile un'abitudine (ma che siano, appunto, temporanee), il legislatore comunitario ha dovuto, infatti, precisarlo. In una logica *a contrario*, dunque, è temporaneo tutto ciò che non è abituale: tuttavia, il carattere tautologico di tale conclusione non consente di trarne elementi concreti per comprendere che differenza corra tra le due ipotesi.

Di fatto, nemmeno la versione comunitarizzata della convenzione si sbilancia sulla natura dei parametri necessari per capire, *in concreto*, se per distinguere l'ipotesi dell'invio temporaneo dall'ipotesi della fissazione di un nuovo luogo di svolgimento abituale del lavoro occorra prendere in considerazione elementi di tipo oggettivo (a) o se vadano, piuttosto, privilegiati riscontri di carattere soggettivo (b), limitandosi a fornire alcuni spunti al considerando n. 36.

(a) Costituiscono esempi di fattori oggettivi la sussistenza di un legame organico tra impresa distaccante e lavoratore distaccato, la durata dell'invio, così come l'intrinseca natura del servizio per il quale l'invio medesimo è stato disposto.

⁴⁶ Il problema non si pone, ad esempio, nel caso della mera trasferta, in ragione dell'estrema brevità che la caratterizza.

⁴⁷ S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, p. 94.

⁴⁸ Corte di giustizia, 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, on Racc., 1995, p. I-4165, par. 27.

Rispetto al legame organico tra impresa distaccante e lavoratore distaccato, la prassi amministrativa⁴⁹ ha individuato alcuni indici rivelatori, quali le manifestazioni di volontà negoziali che hanno condotto alla costituzione del rapporto, l'attribuzione del potere di risoluzione del contratto di lavoro esclusivamente all'impresa distaccante, il potere dell'impresa distaccante di definire i compiti del lavoratore distaccato (dovendosi intendere, in tal senso, non la facoltà di definire nei minimi dettagli il tipo di lavoro e le relative modalità di svolgimento, ma quella di decidere il prodotto finale da ottenere, ovvero il servizio fondamentale da garantire), la permanenza dell'obbligazione retributiva in capo all'impresa che ha concluso il contratto (indipendentemente da chi, concretamente, provveda alla relativa erogazione). Ciò che conta non è tanto la materiale gestione dei singoli aspetti del rapporto, quanto, piuttosto, la loro riferibilità alla responsabilità dell'impresa distaccante, in altri termini, la circostanza che il lavoro venga svolto per conto e, quindi, nell'interesse di tale impresa. La presenza di tali indici costituisce una base significativa perché possa parlarsi di distacco.

Assume certamente rilevanza anche il fattore-durata⁵⁰. L'art. 3, par. 6, della direttiva 96/71/CE prevede che la quantità di tempo trascorsa all'estero non debba superare i dodici mesi. Rispetto a tale elemento gioca un ruolo significativo il regolamento 1408/71, la cui portata, secondo alcuni autori⁵¹, sarebbe solo apparentemente limitata agli aspetti previdenziali, potendo perciò, le sue previsioni in punto di prolungamento della durata (artt. 14, par. 1, e 17), essere estese anche ai profili strettamente attinenti al rapporto di lavoro. Accogliendo questa interpretazione, la durata ordinaria di dodici mesi potrebbe

⁴⁹ Sulla base delle indicazioni fornite dalla CASSTM, in particolare, con la decisione n. 181/2000.

⁵⁰ Anche se la giurisprudenza comunitaria (27 febbraio 2002, *Weber*, causa 37/00, in *Racc.*, 2002, p. I-2032 ss., punti 40 ss., spec. 58) ha ritenuto che tale fattore abbia una valenza essenzialmente residuale rispetto agli altri.

⁵¹ M. CINELLI, *op.ult.cit.*, p. 126.

essere superata, a condizione che la proroga eventualmente domandata non vada oltre un altro anno, e che il lavoratore distaccato non sia inviato “in sostituzione di un’altra persona giunta al termine del suo periodo di distacco” (art. 14, par. 1)⁵². Il regolamento 1408/71 ammette, comunque, una possibilità illimitata di derogare a tali parametri, a condizione che vi sia l’accordo delle autorità competenti o degli organismi da queste designati e purché la deroga concretamente adottata sia “nell’interesse di determinate categorie di persone o di determinate persone” (art. 17). Nonostante vengano tecnicamente qualificate come “distacco in deroga”, tali ipotesi sono piuttosto frequenti^{53, 54}.

In sostanza, la disciplina previdenziale del distacco stempera il rigore del requisito comunitario della temporaneità, con la conseguenza che il distacco stesso diviene uno strumento ad alto potenziale di flessibilità.

(b) Il fattore soggettivo ritenuto utile ai fini della valutazione della temporaneità del distacco è rappresentato dall’intenzionalità⁵⁵ del rientro nel paese d’origine dopo l’invio. Ci si è chiesti⁵⁶ se il criterio dell’intenzionalità

⁵² Preme, comunque sottolineare che l’art. 12 del regolamento n. 833/2004 ha esteso la durata ordinaria a ventiquattro mesi.

⁵³ Le richieste di proroga oltre i due anni vengono generalmente accolte senza problemi dagli Stati fino, di regola, ad un limite massimo di cinque anni, che può essere comunque oltrepassato (in Germania, ad esempio, vigono accordi in base ai quali il distacco può essere prorogato fino a otto anni e, in casi particolari, anche oltre).

⁵⁴ I problemi di qualificazione insiti nella fisiologica variabilità della durata del distacco hanno, peraltro, indotto una parte della dottrina (in particolare, M.V. POLAK, *Laborum dulce lenimen? Jurisdiction and choice-of-law aspects of employment contracts*, in *Enforcement of international contracts*, p. 323 ss, spec. p. 112) a prospettare l’introduzione di un parametro temporale rigido cui ancorare la verifica della temporaneità dell’invio.

⁵⁵ Fra gli orientamenti emersi nel corso dei lavori preparatori, quello 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 Obligations into a Community Instrument and its Modernisation*, in <http://ec.europa.eu>, p. 65 ss.), del GEDIP (sessioni di lavoro 2000-2003, in <http://drt.ucl.ac.be/gedip/documents/gedip-documents>) e della Law Society of England and Wales (response to Rome I Consultation on Applicable Law in Contractual Negotiations, in <http://europe.eu.int>, spec. p. 15-17) ha voluto privilegiare il fattore soggettivo, ritenendo opportuno localizzare la prestazione lavorativa (al fine di individuare il luogo di esecuzione abituale) non tanto in base alla breve durata, quanto piuttosto in relazione presumibile rientro nel paese d’origine.

⁵⁶ P. VENTURI, *Art. 8 (Contratti di lavoro)*, in *Nuove leggi civili commentate*, p. 771 ss., in particolare p. 780.

debba essere interpretato rigidamente, in quanto connesso ad un vincolo giuridico contrattuale preesistente, oppure se si tratti di un elemento flessibile, da analizzare valutando caso per caso la volontà effettiva delle parti. La dottrina⁵⁷ propone due argomentazioni a sostegno della seconda ipotesi. In primo luogo, le versioni francese e inglese del regolamento prevedono, al considerando n. 36, che il lavoro eseguito in un altro paese dovrebbe essere considerato temporaneo se il lavoratore è (rispettivamente) *censé/expected* riprendere il lavoro nel paese d'origine dopo l'esecuzione del compito all'estero. Entrambe le espressioni hanno una sfumatura linguistica condizionale, che non sembra essere connessa in alcun modo alla doverosità chiaramente emergente, invece, dalla traduzione italiana ("l'invio dovrebbe essere temporaneo se il lavoratore 'deve' riprendere il suo lavoro nel paese d'origine"). Le forme verbali utilizzate nelle versioni francese ed inglese devono, peraltro, ritenersi più fedeli alle intenzioni dei redattori del regolamento e, perciò, più attendibili, in quanto il francese e l'inglese hanno costituito le lingue di lavoro: dovendo interpretare una particolare nozione è, perciò, opportuno far prevalere le sfumature proprie di questi due idiomi. Dunque, in una logica di flessibilità, l'intenzionalità del rientro non dovrà essere valutata in funzione della doverosità dello stesso e, quindi, della sussistenza di un vincolo contrattuale preesistente, ma in base alla volontà effettiva delle parti. Il secondo argomento della dottrina è rappresentato dal fatto che la giurisprudenza comunitaria e nazionale sul punto⁵⁸ tende a dare un'interpretazione ampia del criterio della prestazione abituale, attribuendo rilievo al centro di gravità effettivo del rapporto di lavoro a prescindere dal vincolo giuridico formale. Per non pregiudicare la finalità di tutela sottesa all'art. 8, bisognerà sostanzialmente accertare – se del caso all'esito di

⁵⁷ P. Venturi, *Art. 8*, cit., p. 781.

⁵⁸ Corte di giustizia, 10 aprile 2003, *Pugliese*, causa 437/00, in *Racc.*, 2003, p. I-3573 ss., punti 27 ss. (nonché le conclusioni dell'avv. Gen. Jacobs del 19 settembre 2002, punti 54 ss., spec. par. 60 e 63); *Cour de Cassation*, 10 dicembre 1996, in *Rev. jurisprudence sociale*, 1997, p. 261; *Cour d'Appel Paris*, 7 giugno 1996, in *Rev. crit. droit internat. privé*, 1997, p. 55.

un'analisi *ex post* della vicenda⁵⁹ – quale sia l'effettivo centro di gravità⁶⁰ del rapporto, senza farsi condizionare, ad esempio, dalle apparenze che il datore di lavoro potrebbe aver creato per situare la prestazione lavorativa in un paese il cui ordinamento offre garanzie meno ampie al lavoratore: in casi come questo, si dovrà identificare come luogo di svolgimento abituale del lavoro quello che una lettura troppo ampia del concetto di temporaneità – e un datore di lavoro troppo scaltro – configurerebbe come luogo in cui il lavoratore è semplicemente distaccato⁶¹.

Ad ogni modo, non si può prescindere né dalle circostanze di fatto in cui il rapporto si è effettivamente sviluppato ed ha trovato esecuzione, né dal progetto concreto delle parti. In questa logica, non ha senso scegliere tra ricostruzione oggettiva e ricostruzione soggettiva, dovendo, piuttosto, operarsi una valutazione complessiva di tutti i fattori, oggettivi o soggettivi che siano. Più che sapere di quali fattori l'interprete debba tener conto, occorre, infatti, capire in che modo tali fattori debbano essere valorizzati⁶²; la futura attività interpretativa della Corte di giustizia saprà dare una risposta al quesito⁶³.

La lettura d'insieme dei criteri individuati da dottrina e legislatore consente di confermare la tendenza a flessibilizzare la nozione di prestazione lavorativa, in modo da condurre sempre più spesso all'applicazione della *lex loci executionis*, coerentemente con la logica di rafforzamento che il regolamento ha voluto concretizzare rispetto alla *vis attractiva* di tale criterio.

Quanto alle ipotesi di distacco, ai sensi dell'art. 1, comma 3, della direttiva 96/71/CE, tale fenomeno si verifica nel caso in cui le imprese: a)

⁵⁹ Per quanto concerne le norme relative alla competenza giurisdizionale in materia di lavoro, cfr. Corte di giustizia, 27 febbraio 2002, *Weber*, C-37/2000.

⁶⁰ L'idea che la localizzazione del rapporto di lavoro comporti la ricerca, scevra di formalismi, della sua sede effettiva trova riscontro nella giurisprudenza comunitaria in tema di competenza giurisdizionale; per un esempio, v. Corte di giustizia, 10 aprile 2003, *Pugliese*, C-437/2000.

⁶¹ M.V. POLAK, *Labour dulce lenimen?*, cit., p. 327; P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco*, cit. p. 113.

⁶² Secondo l'opinione di P. FRANZINA, *op.ult.cit.*, cit., p. 112.

⁶³ Ad ogni modo, quale che sia il parametro di riferimento utilizzato, resta il fatto che la possibile modificazione nel corso del tempo del luogo di svolgimento abituale della prestazione comporta l'insorgere di delicati problemi di coordinamento delle norme chiamate a disciplinare consecutivamente il rapporto.

“impieghino il 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 delle prestazioni di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco, esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l’impresa che lo invia” (una situazione, dunque, che sostanzialmente sconta l’ipotesi dell’appalto); oppure, b) impieghino il lavoratore “nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un’impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l’impresa che lo invia” (situazione che corrisponde alla nozione “nazionale” di distacco, quale materialmente si realizza tra imprese consociate o facenti capo ad una *holding* multinazionale); ma si ha distacco anche nel caso di lavoro interinale o somministrato, quando la cessione temporanea del lavoratore sia effettuata nei confronti di “un’impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro”, sempre a patto che “durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l’impresa di lavoro temporaneo o l’impresa che lo cede temporaneamente”.

1.1.2 I protagonisti del distacco

Ai sensi dell’art. 1 della direttiva 96/71/Ce il distacco può essere realizzato da una pluralità di soggetti.

L’ipotesi classica è quella dell’impresa che effettui l’invio del lavoratore per conto proprio e sotto la propria direzione, nell’ambito di un contratto concluso direttamente con il destinatario straniero della prestazione di servizi (lett. *a*). Il considerando n. 36 del regolamento ha provveduto a precisare che si ha distacco anche quando il lavoratore abbia stipulato un nuovo contratto con il datore di lavoro originario.

In secondo luogo, il distacco può essere operato anche da un’impresa di lavoro temporaneo che abbia stipulato un contratto di somministrazione con un’impresa utilizzatrice situata in un altro Stato membro (lett. *c*).

Il legislatore ammette, inoltre, che vi sia distacco anche quando si verifichi l'invio di un lavoratore in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al medesimo gruppo (lett. *b*)); ciò avverrà, ad esempio, nel caso in cui la capogruppo di una struttura imprenditoriale multinazionale distacchi i suoi dipendenti presso filiali o imprese consociate ubicate in altri Stati membri. La dottrina⁶⁴ ha manifestato perplessità rispetto a quest'ultima ipotesi, ritenendo che, a differenza delle fattispecie di cui alle lett. *a*) e *c*), l'invio effettuato nel contesto delle c.d. *holding* societarie non potrebbe considerarsi come rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 59 T_{CE}. In questo caso, il sistema di prestazione del servizio è, effettivamente, autoreferenziale: inviando un lavoratore presso un'impresa del proprio gruppo, l'impresa realizza un servizio per se stessa, e non a vantaggio di un soggetto estraneo, venendo tecnicamente a mancare la prestazione di servizi. Il regolamento sembra, invece, ammettere pacificamente questa possibilità: ravvisando un distacco anche⁶⁵ nell'ipotesi in cui il lavoratore abbia stipulato un nuovo contratto con un datore di lavoro appartenente allo stesso gruppo di società⁶⁶ del datore originario (considerando n. 36), il legislatore comunitario dà per scontato che possa esservi distacco nei contesti intragruppo. Secondo la stessa dottrina, inoltre, l'equiparazione del distacco intragruppo alle ipotesi dell'appalto e

⁶⁴ S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., p. 108.

⁶⁵ Attraverso tale previsione, il regolamento ha consacrato un orientamento dottrinale (A. LO FARO, *Turisti e vagabondi: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lav. dir.*, 2005, p. 437 ss., spec. p. 445 ss., così come citato da M. CINELLI, *Distacco*, cit., p. 126) costruito sulle considerazioni svolte sul punto a livello istituzionale (*Parere del Comitato economico e sociale europeo*, in *Gazz. uff. CE*, C-108 del 30 aprile 2004; *Relazione sulle prospettive per il riavvicinamento del diritto civile nell'Unione europea*, in *Atti del Parlamento europeo*, A5-0041/2004, del 30 gennaio 2004; Corte di giustizia, 10 aprile 2003, causa C-437/2000, *Pugliese*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2003, p. 669, con nota di V. BEGHINI, *Luogo di svolgimento abituale dell'attività lavorativa e sospensione del rapporto di lavoro con distacco del lavoratore presso una consociata estera*).

⁶⁶ Con riferimento allo specifico aspetto della irrilevanza della conclusione di un nuovo contratto di lavoro ai fini della valutazione della temporaneità, il regolamento ha considerato esplicitamente solo l'ipotesi dei gruppi multinazionali: secondo alcuni autori (P. VENTURI, *Art. 8*, cit., pp. 781-782), sarebbe stato preferibile l'uso di una formula più generica, che menzionasse anche le ipotesi di distacco poste in essere, sempre più di frequente, da aziende singole, che inviano personale all'estero al fine di realizzare particolari operazioni commerciali (è il caso della *joint venture*, contrattuale o societaria, che presuppone un'attività da gestire all'estero, in particolar modo in paesi in via di sviluppo: in questi casi, infatti, è spesso impossibile o non opportuno procurarsi personale locale, ed è altrettanto difficile poter contare sul trasferimento di personale proprio dell'azienda).

della somministrazione non appare coerente con le finalità dell'art. 59 T_{CE}: nel caso delle *holding*, infatti, raramente si presentano problemi di *dumping* sociale, poiché il distacco non è giustificato dai differenziali di costo del lavoro tra Stati membri, ma da esigenze dell'impresa capogruppo.

La Corte di giustizia, nel già menzionato caso *Pugliese*, ha indirettamente riconosciuto questa strutturale diversità, in quanto non ha dato per scontato che il distacco sia configurabile anche nelle fattispecie intragruppo, ma l'ha dovuto specificare: ad ogni modo, sta di fatto che tale configurabilità è stata ammessa dai giudici comunitari, così come dal Parlamento europeo e dal Comitato economico e sociale⁶⁷. Gli autori contestano questa scelta sostenendo che sia mossa da una *ratio* diversa rispetto a quella della direttiva: infatti, nel caso del distacco intragruppo, non si mira ad assicurare diritti ad un lavoratore che altrimenti ne sarebbe privo, ma si vuole evitare che a seguito del riconoscimento di un rapporto di lavoro in un altro Stato il lavoratore perda i diritti che gli spettano in virtù del rapporto originario⁶⁸.

Le considerazioni sin qui esposte consentono di affermare che, nonostante le critiche mosse da alcuni autori, la nozione di distacco è sostanzialmente ampia. Si medita, inoltre, sulla possibilità di incrementare ulteriormente tale ampiezza, comprendendo anche i lavoratori autonomi nell'ambito soggettivo di applicazione della direttiva. Il dato testuale non sembra consentirlo: se, però, si accoglie la tesi che estende l'operatività del reg. 1408/71 anche agli aspetti strettamente riguardanti il rapporto di lavoro, anche questo limite viene superato, facendo l'art. 14-*bis*, par. 1, menzionando esso, in modo esplicito, tale categoria di lavoratori (situazioni che tecnicamente non distacco ma fondate su esigenze analoghe)

La questione della qualificazione investe, e non lo fa secondariamente, anche le nozioni relative ai mezzi di circoscrizione della volontà dei contraenti. La definizione dei concetti di norma imperativa, norma di applicazione

⁶⁷ V. nota 47.

⁶⁸ S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit. p. 110.

necessaria e ordine pubblico è, infatti, operazione necessaria: tracciare il confine tra un limite e l'altro – ma, anche, rilevare l'eventuale sovrapposizione degli stessi – serve a comprendere in che ordine e con quale intensità tali strumenti siano in grado di modellare la scelta fatta dalle parti.

2. **Il peculiare interesse pratico della conoscenza della *lex contractus***

L'impresa che distacca ha essenzialmente interesse ad incontrare meno limitazioni possibili nell'accedere al mercato straniero: trattandosi di una presenza solo temporanea, quello che conta non è il rispetto del principio di non discriminazione, ma il fatto che l'applicazione della normativa del Paese ospitante non si traduca in un aggravio di vincoli ed obblighi per l'impresa che distacca (si pensi al caso in cui nello Stato ospitante il costo del lavoro è più alto che nello Stato d'origine, circostanza che giustificerebbe la preferenza dell'impresa ad applicare la normativa del proprio Stato d'origine).

La ricostruzione del sistema di tutela del lavoratore distaccato transita, in primis, per l'individuazione della legge applicabile al contratto (o *lex contractus*, o *lex causae*) di cui esso è parte: per 'legge applicabile al contratto' deve intendersi la legge scelta dalle parti o quella – eventualmente diversa – applicabile in mancanza di scelta.

In considerazione del naturale squilibrio che si viene a creare fra le parti stipulanti un contratto di lavoro, sia la convenzione che il regolamento hanno previsto una norma *ad hoc* contenente criteri di collegamento c.d. speciali, finalizzati a tutelare i rapporti, come quello di lavoro, in cui uno dei contraenti si trovi in condizione di debolezza rispetto all'altro.

Analogamente all'art. 6 della convenzione – e diversamente dalla proposta di regolamento del 1972 sui conflitti di leggi in materia di contratti di lavoro, e ancora prima, dalla risoluzione dell'*Institut de droit International* del 1937 – l'art. 8 del regolamento contiene una norma di conflitto bilaterale alternativa che prevede la volontà delle parti contraenti quale criterio di

collegamento principale. L'*optio legis*⁶⁹ può, dunque, verosimilmente essere esercitata con la medesima ampiezza e secondo le stesse modalità previste dall'art. 3 del regolamento: sembra deporre in questo senso⁷⁰ l'esplicito richiamo a tale disposizione da parte del par. 1 dell'art. 8.

Ciò significa che la facoltà delle parti di scegliere la legge applicabile al rapporto di lavoro che le concerne resta meccanicamente inalterata anche nelle ipotesi in cui il rapporto di lavoro preveda, in una certa fase, il distacco temporaneo del lavoratore all'estero.

Oltre che per individuare la legge cui il contratto è sottoposto ove parti nulla reclamino, il lavoratore distaccato – è pacificamente sottoposto ove nulla reclami, sapere quale sia il margine di scelta delle parti e, di conseguenza come si possa arrivare a desumere quale legge esse abbiano selezionato, è utile, soprattutto, poiché, in caso di controversia, il giudice eventualmente chiamato a stabilire da quale/i legge/i trarre la disciplina applicabile alla fattispecie deve, come si dirà più diffusamente in seguito, operare un confronto tra le varie leggi aventi vocazione ad applicarsi. La legge applicabile *ex art. 8* del regolamento costituisce uno dei termini fondamentali di tale paragone: in questa prospettiva, appare, perciò, opportuno fornire, innanzitutto, gli strumenti per individuarla.

3. La neutra bilateralità degli artt. 3 e 8

⁶⁹ La semplice scelta delle parti in favore di un ordinamento diverso da quello col quale il rapporto risulta esclusivamente collegato sarebbe, secondo alcuni (S. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, 2008, p. 550; M.L. FORLATI-PICCHIO, *Lavoro nel diritto internazionale privato*, in *DDPComm*, VIII, 1992, p. 331 ss., spec. p. 338.), idonea ad introdurre nella fattispecie un elemento di estraneità, determinando il sorgere della situazione di conflitto richiesta dal Regolamento. Secondo altri (P. MAGNO, *Il lavoro all'estero*, Padova, 1990, p. 240), invece, la scelta della legge applicabile deve essere causalmente giustificata, ovvero che debba esservi un qualche collegamento tra essa e il rapporto.

⁷⁰ Secondo quanto affermato da F. SEATZU, *La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro nel regolamento Roma I*, Torino, 2009, p. 342; nello stesso senso, S. GIUBBONI, *op.ult.cit.*, p. 550.

La maggior parte delle norme contenute nel regolamento (fra le quali, per quello che qui interessa, l'art. 3, par. 1, 2 e l'art. 8) è costruita sulla base della regola di conflitto savignana, la quale costituisce la matrice concettuale metodo di conflitto abitualmente adottato dal diritto internazionale privato, cioè il metodo c.d. bilaterale neutro.

Lo strumento cui abitualmente si ricorre⁷¹ nel diritto internazionale privato continentale è, infatti, rappresentato dalla c.d. regola di conflitto "savignana"⁷²: essa impone di interrogarsi sulla natura della questione di diritto e di individuare quale elemento la 'localizzi', cioè, quale elemento determini l'ordinamento giuridico con cui la questione presenta i legami più significativi". L'elemento che permette di scegliere la legge è chiamato "criterio (o elemento, o fattore) di collegamento", poiché *collega* le questioni di diritto ad un ordine giuridico⁷³. La regola di conflitto è astratta (la designazione della legge applicabile si effettua senza che il giudice abbia bisogno di prendere conoscenza del tenore materiale, concreto delle leggi), neutra (non cerca di privilegiare una delle soluzioni possibili), bilaterale (il criterio di collegamento individua, indifferentemente, a seconda del caso di specie, una legge straniera oppure una legge del foro, cioè, dell'ordinamento del giudice adito) e priva di qualunque nazionalismo (non privilegia la legge del foro rispetto alle leggi straniere, ma le pone tutte in condizione di parità).

Il metodo bilaterale si avvale, come detto, di un criterio di collegamento, a sua volta definito "neutro", che seleziona la legge applicabile attraverso la localizzazione spaziale della fattispecie, sottoponendo, cioè, ogni fattispecie alla legge dello Stato con cui la fattispecie stessa presenta i principali contatti dal punto di vista spaziale e/o personale, in modo che il giudice adito possa fornire una soluzione presuntivamente (o, quantomeno, probabilisticamente identica) a quella cui preverrebbe il giudice di un altro

⁷¹ Cfr. P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, 2004, p. 83.

⁷² Sebbene essa fosse applicata da secoli dai tribunali, Savigny fu il primo a formularne il contenuto in modo netto.

⁷³ Un esempio di regola di conflitto potrebbe essere il seguente: "Se il giudice deve risolvere una questione relativa al contratto di lavoro in mancanza di scelta della legge applicabile ad opera delle parti (*categoria*), deve applicare la legge del paese nel quale svolge abitualmente il suo lavoro (criterio di collegamento)".

Stato ove fosse investito della medesima questione. La valorizzazione dell'elemento spaziale ha lo scopo di favorire la c.d. armonia internazionale delle decisioni, mirando essa a far sì che qualunque sia lo Stato in cui si svolge il processo, la legge applicabile sia sempre la stessa o sia, comunque, una legge materialmente equivalente.

4. Il principio di autonomia della volontà come fondamento dell'*optio legis* e del pieno esercizio delle libertà comunitarie

4.1 Il principio di autonomia della volontà

Conferendo alle parti la libertà di scegliere la legge regolatrice del contratto, l'art. 3 si ispira ad uno dei fondamenti metodologici del diritto internazionale privato, cioè al principio dell'autonomia della volontà.

Nella prospettiva di garantire certezza e prevedibilità ai rapporti contrattuali a carattere internazionale conclusi tra soggetti dotati di pari potere negoziale, l'autonomia della volontà si annovera certamente tra gli strumenti e le tecniche più efficaci: l'esercizio di questo potere gode di un riconoscimento universale⁷⁴, presentando esso vantaggi significativi. Da un lato, infatti, la facoltà di scelta estirpa la potenziale disarmonia delle soluzioni fornite dai

⁷⁴ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Résolution sur l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées*, Session de Bâle – 1991, Rapporteur E. JAYME, in *Ann. inst. droit. int.* 64/II, 1992, p. 383 ss.; R.J. WEINTRAUB, *Functional developments*, in *Choice of law for Contracts*, in *Recueil des Cours*, 1984, t. 187., p. 239 ss. e 271; S. SYMEONIDES, *General Report*, in S. SYMEONIDES (ed.), *Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress? – XVth International Congress of Comparative Law*, The Hague-London-Boston, 2000, p. 38 ss.

L'autonomia internazionalprivatistica è stata definita un *efficient approach to the choice-of-law problem* (F.J. GARCIA MARTÍN-ALFÉREZ, *Regulatory competition: A Private International Law Approach*, in *Eur. J.L. & Econ.*, 1999, p. 251 ss.; A.T. GUZMAN, *Choice of Law: New Foundations*, in *Geo L.J.*, 2002, p. 883 ss.; H. MUIR-WATT, *Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2003, p. 386 ss.; ID., *Aspects économiques di droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 307, 2004, p. 25 ss.; E. O'HARA & L.E. RIBSTEIN, *From Politics to Efficiency in Choice of Law*, in *U. Chi L.R.*, 2000, p. 1151 ss.; G. RÜHL, *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economy Efficiency*, in E. GOTTSCHALK, R. MICHAELS, G. RÜHL, J. VON HEIN (éds.), *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge, 2007, p. 153 ss.).

sistemi di diritto internazionale privato alla determinazione della legge applicabile al contratto internazionale, contenendo la negatività del conflitto di leggi fisiologicamente originato dalla difformità tra i vari ordinamenti⁷⁵, e, più concretamente, riducendo sensibilmente i costi delle transazioni e delle controversie che possono insorgere fra le parti. Dall'altro lato, il carattere soggettivo della scelta costituisce un fondamentale contrappeso⁷⁶ alla rigidità, all'astrattezza e alla scarsa significatività dei tradizionali criteri di collegamento di tipo oggettivo che regolano le transazioni nell'ambito del commercio internazionale. Si giustifica in questo modo la supremazia del principio dell'autonomia privata nel contesto internazionalprivatistico: l'undicesimo considerando del regolamento Roma I, fedele alla convenzione, attribuisce a tale autonomia la natura di "pietra angolare" del sistema delle regole di conflitto di leggi in materia di obbligazioni contrattuali.

Alcuni autori⁷⁷ rilevano come l'autonomia privata assumi in sé sia il classico ruolo conflittuale di determinazione della legge applicabile, sia una funzione più spiccatamente materiale, che si espleta nella possibilità per le parti di sottoporre il proprio rapporto contrattuale alla disciplina più appropriata, a quella/e legge/i in grado di realizzare effettivamente gli interessi che hanno condotto alla creazione del rapporto stesso.

4.2 Una facoltà di scelta (a monte) molto ampia

In base a quanto disposto dall'art. 3, par. 1, del regolamento, la scelta deve essere espressa, o risultare chiaramente dalle disposizioni del contratto o

⁷⁵ Cfr. N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia*, cit., p. 68, che rinvia, a sua volta, a M. GIULIANO, *La loi applicable aux contrats: problèmes choisis*, in *Recueil des Cours*, t. 158, 1977-V, p. 197 ss.

⁷⁶ Fra gli altri, S.M. CARBONE, R. LUZZATO, *Il contratto internazionale*, Torino, 1994, p. 16 ss.

⁷⁷ Cfr. S.M. CARBONE, R. LUZZATO, *Il contratto internazionale*, cit., p. 20 ss.; N. BOSCHIERO, *Profili di autonomia privata nella convenzione di diritto uniforme sulla vendita internazionale*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, p. 75 ss.; ID., *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, p. 390 ss.; P. PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge di riforma in materia*, in P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 154; ID., *Autonomia della volontà e pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti*, *ibidem*, p. 519.; G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, 1999.

dalle circostanze del caso: non essendo sottoposta a vincoli particolari (se non a quello, estremamente significativo, delle norme imperative), essa può concretarsi anche nella selezione della legge di un paese con cui il rapporto non presenti alcun collegamento, né oggettivo, né soggettivo.

Va necessariamente premesso che la materia lavoristica esclude in assoluto la possibilità che si proceda a forme di localizzazione soggettiva: in altri termini, la volontà delle parti contraenti circa la legge regolatrice non può essere ricostruita sulla base di ipotesi o presunzioni, ma soltanto in ragione di elementi oggettivi concreti.

La scelta è esplicita, dunque, quando le parti abbiano chiaramente indicato a quale legge intendono sottoporre il contratto che le lega; in tutti gli altri casi, si avrà designazione implicita o tacita.

Il criterio di collegamento della scelta tacita della legge applicabile è di difficile applicazione: come è stato osservato, infatti, in questi casi, entrambe le parti danno per scontato che il contratto sia sottoposto ad una certa legge, ma omettono di menzionarla⁷⁸. Tale difficoltà è aggravata dal fatto che l'art. 3, par. 1, è redatto in modo diverso a seconda della lingua in cui il regolamento è stato tradotto: secondo la versione francese, ad esempio, l'elezione inespressa deve risultare *de "façon certaine"* (lo stesso dicasi per quella italiana, secondo la quale la scelta deve risultare *"chiaramente"*), *"with reasonable certainty"* in quella inglese e *"mit hinreichender Sicherheit"* nella variante tedesca. Queste disparità linguistiche sono fonte di dubbi sul grado di certezza richiesto perché la scelta della legge possa ritenersi operativa seppur tacita.

Secondo l'interpretazione offerta dalla relazione Giuliano-Lagarde, nel caso in cui la scelta non risulti espressamente, potrà desumersi dall'uso di un modulo recante un contratto-tipo sottoposto ad uno speciale regime giuridico per quanto non esplicitamente menzionato, dall'indicazione del foro⁷⁹, oppure

⁷⁸ Così A. BONOMI, *Conversion of The Rome Convention into an EC Instrument: Some Remarks on The Green paper of The EC Commission*, in *Yearbook of Private International Law*, V, 2003, p. 67.

⁷⁹ Tuttavia, sul punto, B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I*, cit., p. 61, non si sbilancia, limitandosi ad osservare che l'art. 3.1 non chiarisce se la scelta del foro possa effettivamente costituire elezione tacita della legge dello Stato in cui tale foro è ubicato. La prudenza trova giustificazione nel fatto che, con il Regolamento, scompare quella che nella Proposta della

ancora dall'esplicito rimando a determinati articoli di legge di un certo paese. La stessa relazione sottolinea l'esigenza di grande cautela nella valutazione delle circostanze, non essendo autorizzata alcuna presunzione in contrasto con l'effettiva intenzione dei contraenti.

La libertà lasciata alle parti è decisamente ampia: il par. 2 precisa, infatti, che esse possono convenire, in qualsiasi momento, di sottoporre il rapporto ad una legge diversa da quella che lo disciplinava in precedenza, senza che le modifiche intervenute posteriormente alla conclusione del contratto ne inficino la validità formale, né precludano i diritti dei terzi. Devono, dunque, ritenersi ammissibili anche gli accordi posteriori modificativi della legge scelta, esplicitamente o implicitamente, al momento della conclusione del contratto di impiego⁸⁰.

Ad ogni modo, la *ratio* dell'art. 8 (rappresentata dalla finalità di protezione del contraente debole), nonché la *vis atractiva* della *lex loci executionis* o *lex loci laboris* (confermata dalla centralità di tale criterio di collegamento nelle ipotesi di mancata scelta della legge applicabile), sembrerebbe suggerire la necessità di un accordo formale, dunque non implicito, sulla legge applicabile, nei casi in cui le parti vogliano 'delocalizzare' la fattispecie negoziale che le concerne in un momento successivo all'esecuzione del contratto. In tali casi, infatti, la modifica della scelta non può – come accade per i contratti commerciali – desumersi, semplicemente, da indici isolati, quali, ad esempio, la sottoscrizione di un contratto *standard*, la redazione del contratto di lavoro in una data lingua, o ancora il comportamento delle parti in seguito alla conclusione del contratto. Eventualmente, potrebbe ravvisarsi una scelta implicita quando la fattispecie presenti, in concorso, due o tre indici di questo genere.

Commissione era una ipotesi esplicitamente contemplata: l'art. 3.1, secondo periodo, prevedeva, infatti, che “se le parti hanno stabilito che competenti a conoscere delle controversie attuali o future riguardanti il contratto siano gli organi giurisdizionali di uno Stato membro, si suppone che esse abbiano anche inteso scegliere la legge di tale Stato membro”. Ad ogni modo, la previsione espressa della Proposta lascia una traccia nel Regolamento al considerando n. 12, che attribuisce alla clausola di elezione del foro il ruolo di “fattore di cui tenere conto nello stabilire se la scelta della legge risulta in modo chiaro”.

⁸⁰ A proposito di tali tipologie di accordi, si veda M. TOMASZEWSKI, *La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit*, in *Rev. critique*, 1972, p. 599 ss.

La dottrina si è inoltre domandata se le parti di un contratto di lavoro possano inserire delle “clausole di stabilizzazione”, per mettersi al riparo da indesiderate variazioni della legge da esse selezionata. Clausole di questo genere si caratterizzano per una differenza ontologica rispetto agli accordi modificativi, in quanto non individuano un ordinamento giuridico competente, ma operano una selezione materiale di alcune norme e/o usi⁸¹. In prospettiva internazionalprivatistica, sorge il dubbio se la norma di conflitto bilaterale consenta di ottenere un tale risultato: la dottrina sembra orientarsi in senso contrario. Il diritto internazionale privato prevede altre tecniche volte ad ovviare, nell’ambito del conflitto di leggi, agli stessi inconvenienti pratici per cui sono state ideate, in altri settori, le clausole di stabilizzazione: si pensi, ad esempio, alla possibilità per le parti contraenti, di selezionare una rosa di leggi applicabili – contenutisticamente molto affini tra loro – successivamente applicabili a cascata nel caso in cui vi siano state variazioni sostanziali nella prima legge selezionata. Sembra, pertanto, che il ricorso a strumenti di ‘cristallizzazione’ del diritto selezionato, debba ritenersi precluso.

È stata inoltre affrontata la questione delle c.d. “clausole di esclusione”: si tratta di previsioni in virtù delle quali le parti operano una scelta solitamente negativa, che tende, cioè, ad escludere certe leggi in favore di altre, indicando, ad esempio, come applicabili le leggi A e B, ma non, invece, le leggi C e D, pur oggettivamente collegate con la fattispecie concreta. In casi come questo, le parti prevedono, di fatto, l’applicabilità contemporanea di più leggi, nella loro integralità, al medesimo rapporto di lavoro, senza specificare i rispettivi ambiti di applicazione. In casi come questo, la dottrina⁸² ritiene infruttuosa la scelta, e declina a favore dell’applicazione dei criteri di collegamento previsti per l’individuazione della legge in mancanza di scelta. Deve, perciò, escludersi

⁸¹ Cfr. M. COALE, *Stabilization clauses in international petroleum transactions*, in *Denver journal of international law and policy*, 2002, p. 212 ss.; P. WOLFGANG, *Stabilization clauses in state contracts*, in *Rev. droit des affaires internationales*, 1988, p. 875 ss.

⁸² Cfr. F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 347; P. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Etude end droit international privé français*, coll. “Bibliothèque de droit privé”, t. 230, Paris, 1993, p. 62.

l'esistenza di un potere in capo all'autorità giurisdizionalmente competente di individuare *in concreto* la legge positivamente selezionata dalle parti.

Come la convenzione, anche il regolamento consente che la scelta della legge applicabile cada sia sul contratto nella sua interezza, sia soltanto su frammenti di esso, relativi ad alcuni aspetti, profili od elementi particolari (c.d. *dépeçage*). Ciò sembrerebbe condurre ad ammettere sia un frazionamento, per così dire, soggettivo, implicante la sottoposizione degli obblighi del datore e di quelli del lavoratore a leggi diverse, sia una separazione oggettiva, in base alla quale, ad esempio, la retribuzione del lavoratore potrebbe essere regolata ad una disciplina diversa da quella applicabile alla forma e/o alla causa del contratto.

A questo proposito, dottrina autorevole⁸³ rileva, anzitutto, una naturale necessità di coerenza: la scelta di assoggettare una parte del contratto ad una legge in particolare deve cadere su aspetti di esso che siano suscettibili di essere 'isolati' rispetto ad altri, senza che ciò dia luogo a risultati contraddittori. La relazione Giuliano-Lagarde specifica che nel caso in cui le leggi designate dalle parti non potessero combinarsi coerentemente, sarebbe impossibile tenere conto di tale scelta: si dovrebbe perciò procedere all'individuazione della legge applicabile come se i contraenti nulla avessero disposto.

Deve, inoltre, tenersi conto del caso in cui i contraenti abbiano sottoposto una parte del contratto ad una certa legge senza nulla precisare a proposito della parte restante. In tale ipotesi, non è possibile ritenere che la legge designata sia estensibile alla parte di contratto non disciplinata esplicitamente. Operando una scelta, pur se parziale, le parti hanno, infatti, mostrato di avere consapevolezza della questione della legge applicabile: se avessero voluto, avrebbero potuto affrontarla integralmente. Di conseguenza, la scelta parziale resta e produce effetti, mentre la parte di contratto per la

⁸³ Così, F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 544; F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Quad.dir.lav.rel.ind.*, 1998, p. 50; J. CARRASCOSA GONZALEZ, *El contrato internacional (fractionamiento versus unidad)*, 1°ed., Madrid, 1992; P. LAGARDE, *Le "dépeçage" dans le droit international privé des contrats*, in *RDIPP*, 1975, p. 649 ss.

quale non è stato specificato nulla viene sottoposta alla legge applicabile in mancanza di scelta.

A conferma di quanto sin qui affermato in materia di *dépeçage* – oltre al fatto che, come già visto, l’art. 8 rinvia senza specificazioni o limiti all’art. 3 (contemplando, in tal modo, anche la possibilità di frazionamento da quest’ultimo prevista) –, deve, inoltre, considerarsi che l’uso di tale strumento è implicitamente ammesso anche dallo stesso art. 8 al par. 1. Tale norma, non solo non contiene previsioni in senso contrario, ma – al fine di consentire alle parti di comprendere da quale/quali legge/leggi il contratto debba essere, di fatto, regolato (anche nel caso in cui la scelta sia stata effettuata) – utilizza la tecnica della comparazione tra la *lex contractus* (quella scelta *ex art. 3*) e le singole norme inderogabili del paese di esecuzione abituale del contratto (o – nell’ordine, e sussidiariamente – del paese nel quale si trova la sede che ha assunto il lavoratore, o del paese con cui risulti un collegamento più stretto). Tali norme inderogabili, o imperative (come meglio si vedrà più avanti), ove rilevate, andranno ad integrare la legge scelta dalle parti (e a sostituircene alcune disposizioni), realizzando, a tutti gli effetti, un’ipotesi di *dépeçage*.

Il generale riconoscimento della facoltà di scelta della legge applicabile sembra tenere coerentemente conto della circostanza che non tutti i lavoratori subordinati necessitano di forme di ‘compensazione legale’ della loro situazione di debolezza, poiché non sempre tale situazione viene a prodursi. Effettivamente, non tutti i contratti di lavoro devono considerarsi ‘protetti’, con la conseguenza che alcuni di essi non rientrano nel campo di applicazione delle norme di conflitto *ad hoc* sui lavoratori; tuttavia, è stato osservato⁸⁴ che in epoche di recessione, come anche quella presente, persino i lavoratori altamente specializzati, fisiologicamente disponenti di un elevato potere contrattuale, devono considerarsi ‘parte debole’ del rapporto lavorativo, essendo spesso dipendenti *in toto* dal proprio reddito. Di fatto, la generosa concessione fatta dal regolamento (ma anche dalla convenzione) alla volontà delle parti nella disciplina dei contratti internazionali genera spesso situazioni

⁸⁴ F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 342.

in cui la legge designata opera più a favore del datore di lavoro che del lavoratore dipendente⁸⁵.

L'esegesi degli artt. 3 e 8, par. 1, sin qui operata, ha consentito di individuare le problematiche che la scelta della legge applicabile è suscettibile di porre.

5. Mancato esercizio dell'*optio legis* e principio di prossimità

Il regolamento non si limita a consentire la libera scelta della legge applicabile, ma prevede anche un meccanismo a sé stante per le ipotesi in cui le parti non abbiano esercitato la propria autonomia, o l'esercizio di essa si sia rivelato difettoso. La regola generale vuole che, in mancanza di scelta, o in presenza di una scelta non valida, la legge applicabile sia individuata in base ai criteri di collegamento di cui all'art. 4: nel caso del contratto di lavoro la norma di riferimento è ancora l'art. 8.

L'art. 8, par. 2, prevede che “nella misura in cui la legge applicabile al contratto individuale di lavoro non sia stata scelta dalle parti, 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”.

L'impostazione della norma è conforme ad una consolidata tradizione propria sia dei paesi di *civil law*, che, come si anticipava di quelli di *common law*, sviluppatasi antecedentemente alla convenzione di Roma.

5.1 Il principio di prossimità

Il principio di prossimità privilegia la legge del paese con cui il contratto presenta il legame più stretto. Tal principio trova la sua origine nelle teorie americane, che convergono sull'opportunità di far variare la soluzione

⁸⁵ V. 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, New Instruments of Private International Law, Nouveaux instruments du droit international privé, Liber Fausto pocar*, Milano, 2009, p. 215 ss.

del conflitto di leggi in funzione del contenuto materiale delle regole di conflitto; tuttavia, il diritto internazionale privato continentale, dai tempi di Savigny, ha sempre proceduto sulla base di un metodo più squisitamente dogmatico, muovendosi, cioè, su grandi categorie giuridiche astratte. Infatti, la convenzione di Roma, così come il regolamento (seppur con alcune significative differenze), pongono un criterio generale di collegamento per la categoria dei contratti, accanto ad una serie di sotto-criteri cui fare riferimento a cascata, per esclusione o per alternativa. In seno a questa struttura, il primo strumento di limitazione della flessibilità è rappresentato proprio dall'ampia libertà lasciata alle parti dall'art. 3 (sia nella convenzione che nel regolamento): prevedendo che i contraenti possano stabilire la legge applicabile a tutto o a parte del contratto, tale norma garantisce dal rischio insito nella flessibilità della norma sulla determinazione oggettiva del diritto applicabile⁸⁶. A conferma della nostrana propensione per la rigidità della norma di conflitto, il regolamento ha, poi, introdotto una penetrante modifica all'art. 4, il quale fornisce (con riferimento a tutti quei contratti che non rientrino nelle ipotesi speciali previste dagli articoli successivi) i criteri di identificazione della legge applicabile in mancanza di scelta. La versione originaria di questa norma individuava nel riferimento al legame più stretto con un paese diverso da quello indicato dai criteri espliciti di cui ai paragrafi precedenti, il primo criterio di collegamento da applicare in mancanza di scelta. Nel passaggio da convenzione a regolamento, tale criterio è stato chiaramente 'declassato' a criterio residuale: se nell'art. 4 della convenzione era, tradizionalmente, al primo posto, nel regolamento si trova solo all'ultimo. Così facendo, il regolamento ha significativamente ridotto la flessibilità della regola di conflitto, allontanandosi ulteriormente dal modello americano.

Nel caso particolare del contratto di lavoro, tale criterio ha sempre svolto una funzione residuale; sia la Convenzione (art. 6, par. 3), che il regolamento (art. 8, par. 4), hanno individuato, con formulazione analoga, il

⁸⁶ F. POCAR, *La trasformazione della convenzione in regolamento: da normativa flessibile a normativa rigida?*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento "Roma I"*, Milano, 2007, p. 90.

criterio della legge del paese con cui il contratto presenta un legame più stretto, prevedendo che ad esso si faccia ricorso solo se, sulla base di una valutazione fattuale, “dall’insieme delle circostanze risulta che il contratto presenti un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi” precedenti (v. § ...). Se questo approccio è la regola nel diritto internazionale privato americano, nel nostro diritto internazionale privato, il ricorso al criterio del collegamento più stretto è, come detto, soltanto residuale. La flessibilità della norma di conflitto è, dunque, ammessa, ma si caratterizza per un margine di operatività molto più limitato rispetto a quello concesso dal sistema d’oltreoceano.

L’ipotesi del contratto di lavoro merita però un’ulteriore riflessione sulla questione flessibilità/rigidità. La finalità protettiva sottesa alla norma che individua i criteri di collegamento da applicarsi a tale fattispecie in mancanza di scelta giustifica il mantenimento del carattere residuale del criterio del legame più stretto: lo scopo alla base di questa scelta è, infatti, quello di garantire al massimo la prevedibilità della legge applicabile attraverso il ricorso a criteri di collegamento essenzialmente rigidi, che non lasciano troppo spazio all’interpretazione del giudice. In realtà, però, la rigidità delle regole di conflitto relative al contratto di lavoro è meno intensa di quella che caratterizza le ipotesi generali. Gli artt. 6, par. 1, della convenzione e 8, par. 1, del regolamento, contengono, infatti uno strumento aggiuntivo di flessibilità. Va, tuttavia, precisato che quella ammessa da tali disposizioni non è la flessibilità ordinaria (ed aleatoria) della versione originaria dell’art. 4, ma una flessibilità, per così dire, “buona”. Essa non determina la contemplazione della legge più strettamente collegata alla fattispecie *tout court* (prevista, peraltro, solo come *extrema ratio*), ma, secondo un altro tipo di logica, consente al giudice di integrare la legge scelta dalle parti con le norme imperative della legge applicabile in mancanza di scelta in base ai par. 2, 3 e 4 del medesimo articolo. Di fatto, si prevede una possibilità in più che la legge applicabile (più correttamente, parte di essa, trattandosi solo delle norme imperative) venga individuata sulla base del criterio del collegamento più stretto, rimettendo alla

discrezionalità del giudice la selezione della legge con cui, effettivamente, sussista tale legame.

Sulla base di queste riflessioni, alcuni autori sostengono che la disciplina del contratto di lavoro (insieme a quella del contratto concluso dal consumatore) sia quella più distante dalla tendenza generale e, di conseguenza, quella più prossima all'empirismo americano, pur se solo da un punto di vista tecnico e non per quanto attiene alle finalità.

Il meccanismo sin qui descritto ha per effetto quello di limitare la prevedibilità (seppur solo in parte), a vantaggio dell'applicazione di norme più favorevoli per la parte debole del rapporto: l'interesse alla protezione prevale su quello del contraente alla certezza del diritto.

Più in generale, alcuni autori⁸⁷ sostengono che la flessibilità delle soluzioni avrebbe il merito di favorire un'armonizzazione a livello globale, in quanto creerebbe precedenti giurisprudenziali che potrebbero essere seguiti in più paesi, mentre questo tipo di sviluppo è da escludersi in presenza di criteri rigidi. La scelta a favore di una normativa fondata su criteri rigidi sarebbe soddisfacente solo apparentemente per il mercato interno, sul quale produrrebbe piuttosto effetti negativi: infatti, la rigidità su cui è costruito il regolamento esclude *a priori* qualunque soluzione di compromesso fra sistemi di diritto civile e sistemi di *common law*. La dottrina sopra richiamata aveva annunciato che lo sbilanciamento a favore dei sistemi di diritto civile avrebbe potuto indurre i paesi di *common law* membri della Comunità (Irlanda e Regno Unito) a non accettare la nuova normativa, come è, del resto, loro consentito dal Trattato di Amsterdam. La previsione si è in parte realizzata⁸⁸: il considerando n. 45 del regolamento specifica, infatti, che – a differenza dell'Irlanda – il Regno Unito si è avvalso (per la prima volta) della facoltà di non aderire⁸⁹.

⁸⁷ F. POCAR, *op.ult.cit.*, p. 91.

⁸⁸ Fino al regolamento, né l'Irlanda né il Regno Unito si erano mai avvalsi della facoltà riconosciuta dal Trattato di Amsterdam di non aderire agli strumenti di comunitarizzazione del diritto internazionale privato in materia di cooperazione civile.

⁸⁹ Secondo F. POCAR, *op.ult.cit.*, p. 91, questa circostanza determina un annullamento del risultato raggiunto dalla convenzione di Roma (la regolamentazione comune all'interno della Comunità): da ciò deriverebbero una riduzione dell'*acquis communautaire* in questa materia,

5.2 Una declinazione ‘formale’ del principio di prossimità

Il criterio della c.d. *lex loci executionis* – sembra idoneo ad individuare la *lex contractus* in modo certo ed obiettivo; inoltre, la sua formulazione ha il pregio, non solo di non fare differenza a seconda che il lavoratore sia nazionale o straniero, ma tiene anche esplicitamente conto della possibilità che questi eserciti la libertà di circolazione riconosciuta dal Trattato (facendo la norma riferimento alla legge del “paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale”). Il secondo periodo del par. n. 2 specifica, infatti che “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”.

Nella formulazione del regolamento, tale frammento viene riproposto in versione più ampia rispetto all’analoga previsione contenuta nell’art. 6, par. 2, lett. a) della convenzione di Roma⁹⁰: precisando che il luogo di esecuzione abituale della prestazione resta formalmente il medesimo anche in caso di distacco temporaneo all’estero del lavoratore, il legislatore ha mostrato l’evidente volontà di allargare il novero delle ipotesi di applicazione della *lex loci executionis*, assicurandosi che il contratto sia sempre e comunque sottoposto alla stessa legge, anche nelle ipotesi di effettiva variazione temporanea del luogo di esecuzione. La finalità del legislatore è quella di identificare nella *lex loci executionis* un centro di gravità, attribuendole un vero e proprio ruolo di calamita.

La formulazione del par. n. 2 pone qualche problema interpretativo: secondo alcuni autori⁹¹, infatti, la lettura complessiva della disposizione originerebbe incertezze circa l’ambito di applicazione del criterio della *lex loci executionis*.

ed il venir meno della base per una disciplina comune anche nelle relazioni della Comunità con Paesi terzi.

⁹⁰ “In deroga all’art. 4 ed in mancanza di scelta a norma dell’art. 3, il contratto di lavoro è regolato: a) dalla legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente in un altro paese...”.

⁹¹ F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 355.

Ad esempio, potrebbe essere difficile individuare la legge applicabile nel caso in cui, in una prima fase, il lavoratore abbia abitualmente fornito la propria prestazione in un dato paese e, in una seconda fase dello svolgimento del contratto, l'abbia eseguita, sempre abitualmente, in un paese diverso da quello iniziale.

Il problema posto nel caso prospettato rende necessario aggiungere un ulteriore tassello al quadro sul par. 2 dell'art. 8: la specificazione relativa alla ipotesi di distacco temporaneo costituisce una deroga al principio generale, perché impone di continuare ad applicare la *lex loci executionis* anche se, per un certo periodo, il lavoratore non presta, fisicamente, la propria attività nel luogo ufficiale di esecuzione. Trattandosi di una deroga, essa va interpretata restrittivamente.

La presenza del lavoratore in un paese diverso da quello di abituale svolgimento dell'attività (come in esempio) può – tenuto conto delle circostanze specifiche e della concreta tipologia di attività lavorativa – verosimilmente protrarsi per un periodo significativo, andando al di là dei confini della temporaneità. In casi come questo, l'incertezza si supera tenendo conto del fatto che la deroga di cui al secondo periodo del par. n. 2 non può, evidentemente, ritenersi operativa: si dovrà, pertanto, riconoscere l'esistenza di un luogo di esecuzione dell'attività diverso ed autonomo rispetto a quello originario, con la conseguenza che la fattispecie sarà sottoposta ad una legge diversa da quella inizialmente applicata. In casi come questo, diventa determinante stabilire quale sia il confine tra distacco temporaneo e stabilizzazione in un luogo diverso da quello iniziale.

Più a monte, in fattispecie di questo tipo, non è chiaro se, per individuare la legge applicabile in virtù del criterio della *lex loci executionis*, si debba fare riferimento al paese in cui l'attività è svolta al momento della conclusione del contratto, al paese in cui l'azione giudiziaria è proposta, a quello in cui sorge la controversia, oppure, ancora, se l'ipotesi sfoci nel par. 3 dell'art. 8, che fornisce il criterio di collegamento cui riferirsi (quello del paese

che ha proceduto all'assunzione del lavoratore) nei casi in cui il par. n. 2 non consenta di operare la scelta della legge applicabile.

Secondo quanto disposto dal par. 3, “qualora la legge applicabile non possa essere determinata a norma del par. 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore”. Tale criterio di collegamento si trova in un rapporto di concorso successivo rispetto a quello del luogo di esecuzione abituale.

Ci si chiede in quali casi tale criterio trovi effettivamente applicazione.

Fra le categorie di lavoratori per i quali potrebbe risultare estremamente difficile individuare un luogo abituale di esecuzione della prestazione, rientrano, ad esempio, i giornalisti corrispondenti⁹², gli agenti di commercio, nonché i lavoratori del settore marittimo ed aereo, in relazione ai quali sarebbe ipotizzabile, almeno astrattamente, il ricorso a due ulteriori criteri di collegamento, quali, rispettivamente, quello del paese di bandiera della nave e quello di nazionalità dell'aeromobile⁹³.

5.3 Un bilancio provvisorio sulla portata dell'art. 8

L'art. 8 appare una norma di conflitto strutturalmente sbilanciata⁹⁴, che accoglie un misto di approcci diversi, fonte di perplessità sulla sua portata effettiva⁹⁵. Da un lato, infatti, lo spazio riconosciuto al principio di autonomia della volontà ai fini della determinazione della *lex contractus*, e dalle conseguenti incertezze circa le situazioni soggettive delle parti (soprattutto, del

⁹² In una sentenza relativamente recente (23 febbraio 2006, n. 4040, in RDIPP, 2007, p. 157), relativa al caso di un contratto di impiego concluso a New York tra una giornalista italiana ed una società statunitense, la Corte di Cassazione ha stabilito che deve applicarsi il diritto statunitense, in quanto diritto del paese nel quale si trova la sede che ha proceduto all'assunzione, anche per ciò che attiene alle prestazioni successive svolte in Italia a favore di una società italiana in forza di un rapporto di interposizione.

⁹³ Cfr. P. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de travail*, cit., p. 110 ss.; ID., *Le droit du travail international et le transport aérien*, in *Droit Social*, 1986, p. 709 ss; v. anche U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Bari, 2000, p. 170 ss.

⁹⁴ F. SEATZU, *op.ult.cit.*, p. 356.

⁹⁵ L'espressione è di A.V. DICEY & J.H.C. MORRIS, *Conflict of Laws*, 14° ed., London, 2006, p. 501.

lavoratore), ed il *favor* implicitamente, ma fattualmente, accordato alla parte negoziale più forte, sono notevolmente ampi. Dall'altro lato, v'è la nozione di prossimità, intorno alla quale sono costruiti i criteri di collegamento per l'individuazione della legge applicabile al contratto di lavoro in mancanza di scelta, i quali non sono in grado di fornire una soluzione univoca, ma, anzi, troppo variabile. A completare questo quadro, la *ratio* della norma, che pone come prioritaria l'esigenza di fornire in ogni caso una protezione il più possibile adeguata al lavoratore subordinato, in quanto parte debole del rapporto. Un'ipotetica competenza della legge del paese di registrazione dell'aeromobile o della bandiera, a seconda, ad esempio, che si tratti, rispettivamente, di individuare la legge regolatrice di un contratto individuale di lavoro marittimo o aereo, potrebbe produrre il non trascurabile vantaggio di ancorare la disciplina sostanziale di queste particolari fattispecie negoziali all'ordinamento giuridico del paese in cui l'attività lavorativa è effettivamente ed abitualmente prestata.

Il criterio del paese che ha proceduto all'assunzione del lavoratore è, tuttavia, solo apparentemente di pacifica applicazione, potendo esso risultare di difficile qualificazione e quindi anche impiego, in una serie non infrequente di situazioni pratiche. Si pensi, in particolare, al caso in cui un lavoratore subordinato di nazionalità italiana venga assunto dalla filiale russa di una società svedese a seguito di negoziazioni intercorse tra il lavoratore e le competenti rappresentanze sindacali italiane svoltesi nella sede sociale della filiale italiana del gruppo. In un'ipotesi come quella appena descritta viene da chiedersi se la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore debba considerarsi in Italia oppure in Russia. La sede può essere individuata in Italia solo se si rinuncia all'idea che la sede di cui si parla nell'art. 8, par. 3, deve in ogni caso identificarsi con la sede del datore di lavoro. A sostegno di questa interpretazione, autorevole dottrina⁹⁶ ha affermato (pur con riferimento all'art. 6 della convenzione di Roma) che il possesso di una rappresentanza italiana all'interno della filiale di una compagnia danese che è parte di uno stesso

⁹⁶ Cfr. A.V. DICEY & J.H.C. MORRIS, *Conflict of Laws*, cit., p. 1670.

gruppo sarebbe sufficiente ad identificare nell'Italia una sede del *business* della società danese con questi fini.

Tuttavia, ad avviso di altri autori⁹⁷, è legittimo dubitare dell'esattezza di tale ricostruzione, poiché si tratta di una lettura della norma che induce a localizzare il contratto di lavoro in maniera obiettivamente differente rispetto a quanto imposto dal criterio della *lex loci executionis*, nonostante il criterio della sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore verosimilmente costituisca invece (diversamente dal criterio di collegamento più stretto) un suo correttivo anziché una sua deroga.

Quanto al paragrafo 4 dell'art. 8, nonostante la disposizione non precisi nulla sulle modalità di individuazione del paese con cui la fattispecie potrebbe presentare il suddetto collegamento, è stato osservato⁹⁸ che a questi fini potrebbe avere rilievo la residenza abituale o il domicilio del lavoratore, la lingua o la forma del contratto e, eventualmente, la sede amministrativa del datore di lavoro.

L'unico vantaggio che il lavoratore potrebbe trarre dall'applicazione del criterio del collegamento più stretto potrebbe derivare da un'ipotetica mitigazione degli effetti, non sempre necessariamente positivi, prodotti da un'ortodossa applicazione del criterio della *lex loci executionis*, soprattutto con riguardo al fatto che nulla vieta al datore di lavoro di intervenire sulla legge applicabile al contratto, variando il luogo della prestazione principale in funzione della legge che vuole vedere applicata⁹⁹.

Ad ogni modo, l'attuazione di una strategia di questo genere sarebbe decisamente laboriosa per il datore di lavoro, restando, perciò, solo un'ipotesi: non è per nulla detto, infatti, che la variazione del luogo della prestazione principale sia concretamente così agevole e priva di conseguenze anche per il datore stesso, soprattutto se si tiene conto del fatto che, *a priori*, tale variazione

⁹⁷ F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 358.

⁹⁸ R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1990.

⁹⁹ V. M.E. ZABALO ESCUDERO, *Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo*, in *Pacis Artes, Obra homenaje al Professore Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, p. 1815 ss; v. anche S. KREBBER, *Conflict of laws employment in Europe*, in *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 2000, p. 501 ss.

non può intervenire mediante, ad esempio, la realizzazione di un distacco temporaneo del lavoratore, fattispecie che, per definizione, non comporta alcun cambiamento in termini di legge applicabile (salvi, ovviamente, i profili di imperatività, di cui si dirà più avanti).

Se la protezione da mosse strategiche del datore di lavoro è l'unico vantaggio – piuttosto astratto – che il lavoratore può trarre dalla valorizzazione del collegamento più stretto, il ruolo di tale criterio risulta abbastanza limitato.

Sembra più probabile che la potenziale operatività del criterio di cui all'art. 8, par. 4, (c.d. clausola d'eccezione) costituisca per il lavoratore più uno svantaggio che un beneficio: tenuto conto della scarsa chiarezza su quali siano gli elementi di riferimento atti a far scattare l'applicazione del criterio *de quo*, risulta complicato riuscire ad immaginare preventivamente quale potrebbe essere la legge applicabile in base ad esso. Nulla vieta che il giudice eventualmente adito rilevi la sussistenza di un collegamento più stretto con un paese diverso da quello di esecuzione della prestazione in base alla sua personale convinzione che questo o quell'elemento costituisca un fattore determinante ai fini della scelta della legge applicabile: l'eterogeneità di tali elementi, unita all'assenza di un *numerus clausus*, è fonte una variabilità potenziale che pone le parti del rapporto (in questa prospettiva, entrambe) in una situazione di incertezza latente.

Come anticipato, e sostenuto da autorevole dottrina¹⁰⁰, la clausola del collegamento più stretto sembrerebbe poter compensare le mancanze del sistema volto ad individuare la legge applicabile al contratto di lavoro, introducendo un elemento di flessibilità.

Tuttavia, sulla base delle considerazioni che precedono, secondo alcuni dovrebbe concludersi che il carattere 'flessibile' del criterio del collegamento

¹⁰⁰ M.V. POLAK, "Laborum dulce lenimen"?, *Jurisdiction and Choice of Law Aspects of Employment Contracts*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETMANS (Eds.), *Enforcement of International Contract in the European Union, Convergence and Divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp, Oxford, New York, 2004, pp. 326-328; P. VENTURI, *Alcune osservazioni sui contratti individuali di lavoro nella proposta di Regolamento "Roma I"*, in P. FRANZINA (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella recente proposta di Regolamento "Roma I"*, Padova, 2006, p. 79; L. FICARI, *Lavoro (legge applicabile al contratto di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1995, p. 3; T. SIMONS, *Jurisdiction and the law applicable to contracts in complex employment relationships*, in *Eur. L. Forum*, 2003, pp. I-166.

più stretto non possa ritenersi concretamente coerente con la logica di *favor* per il lavoratore cui è formalmente ispirato l'art. 8. È stato, infatti, osservato¹⁰¹ che a tale criterio di collegamento flessibile non potrebbe farsi ricorso per applicare la legge più favorevole al lavoratore. Infatti, anche se una soluzione di questo tenore sembrerebbe essere suggerita dall'interpretazione finalistica della norma *de qua*¹⁰², sarebbe contraria oltre che alla lettera dell'art. 8, par. 4, che significativamente ed inequivocabilmente richiede una valutazione dell'insieme delle circostanze, anche alla *vis attractiva* del criterio del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, la quale riguarda direttamente la quasi totalità dei contratti di lavoro (esclusi, ovviamente, quelli per cui risulti essere stata validamente effettuata dalle parti contraenti una diversa scelta di legge, implicita o esplicita).

In questa prospettiva, l'unico strumento di contenimento dei rischi insiti nel ricorso al criterio del collegamento più stretto è rappresentato dalla discrezionalità in base alla quale la Corte di giustizia potrà scegliere di fare un uso prudente ed il più possibile oggettivo dello stesso.

<p style="text-align: center;">Capitolo III I limiti all'operatività della <i>lex contractus</i> come correttivo all'apparente attenuazione del principio di protezione del contraente debole</p>

1. Un *dépeçage* forzato

La *lex contractus*, in qualunque modo sia individuata (per scelta o in mancanza di scelta), non ha, infatti, una sovranità assoluta sulle fattispecie di distacco (né, del resto, sui contratti internazionali di lavoro, per così dire, statici): in presenza di certe condizioni, tali ipotesi sono, infatti, soggette ad una forma di *dépeçage*, in un certo senso, imposto, che nel caso del distacco

¹⁰¹ F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 354.

¹⁰² Secondo quanto sostenuto da M.A. SABIRAU-PÉREZ, *Changes of the law applicable to an international contract of employment*, in *Int'l Labour Rev.*, 2000, p. 348.

assume connotati particolari. Come già in qualche modo anticipato nel rapidissimo cenno alle norme imperative, la notevole libertà riconosciuta dal combinato disposto degli artt. 3 e 8 viene significativamente controbilanciata e compensata da una serie di strumenti, che realizzano vere e proprie amputazioni della disciplina sin qui descritta, limitando, secondo tecniche diverse, l'applicabilità della legge scelta dalle parti.

La volontà delle parti, tesa ad indicare la legge regolatrice del contratto, non può, dunque, definirsi come una libertà completamente indipendente dagli ordinamenti giuridici cui le stesse appartengono, o in cui si trovano ad operare. Si tratta, piuttosto, di un potere d'autonomia conferito da una norma di conflitto, destinato (in principio) a subire tutti i condizionamenti e i limiti – posti a tutela di esigenze sociali o di interessi pubblicistici – tanto dagli ordinamenti nei quali tale potere si colloca, e da cui trae la propria legittimazione, quanto dagli ordinamenti all'interno dei quali devono esserne riconosciuti gli interessi internazionalprivatistici.

Affinché possano essere assunti, e legittimati, dall'ordinamento giuridico voluto dalle parti e dall'ordinamento giuridico comunitario (all'interno del quale la nuova norma di conflitto sull'autonomia della volontà trova la propria base giuridica) è, infatti, necessario¹⁰³ che gli interessi materiali su cui si fonda il contratto internazionale stipulato nel caso di specie vengano, per prima cosa, giudicati “meritevoli di tutela”¹⁰⁴. Tali interessi possono ritenersi “meritevoli” quando la scelta della legge applicabile, oltre a giustificarsi in funzione delle caratteristiche dell'operazione voluta, o della particolare efficienza economica del sistema normativo preso a riferimento, venga operata in *bona fide* e non *in fraudem legis*, ossia con l'intento di sottrarsi alle norme imperative altrimenti applicabili.

In secondo luogo, l'esercizio dell'autonomia può considerarsi meritevole quando non è utilizzato in modo unilaterale e distorto, come

¹⁰³ N. BOSCHIERO, *I limiti al principio di autonomia posti dalle norme generali del Regolamento Roma I*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 71.

¹⁰⁴ S.M. CARBONE, *L'autonomia privata*, cit., p. 199 ss.

possibile strumento di prevaricazione e di amplificazione del potere economico (nel caso del contratto di lavoro, ovviamente, di una sola di esse, cioè del datore) per ottenere vantaggi superiori a quelli conseguibili in una situazione di ideale equilibrio del mercato e di sostanziale parità di potere contrattuale delle parti. Il principio di uguaglianza, impone, infatti, una tutela differenziata della parte ritenuta contrattualmente debole¹⁰⁵.

In terzo luogo, il giudizio di meritevolezza è escluso ogni volta che la scelta di legge operata dalle parti produca risultati in concreto contrari ai principi dell'ordine pubblico del foro e/o incompatibili con la tutela di interessi fondamentali e pubblicistici, idonei a condizionare la disciplina del contratto internazionale indipendentemente da qualunque richiamo, operato dalle parti in forza di un criterio oggettivo di collegamento, ad una legge diversa.

L'esercizio dell'autonomia privata nella sua funzione internazionalprivatistica subisce, anche all'interno della nuova disciplina comunitaria di conflitto sui contratti – contratto di lavoro e peculiare fattispecie del distacco inclusi –, i tradizionali condizionamenti posti: a) dalle norme imperative c.d. semplici, ossia le norme inderogabili dalla volontà contrattuale; b) dalle NAN, identificate in quella particolare sottocategoria di norme, imperative che sono anche “conflittualmente derogatorie”¹⁰⁶, applicabili quale che sia la legge regolatrice del contratto; sia, infine, c) dalla riserva dell'ordine pubblico del foro.

A tali limiti corrispondono altrettante tecniche che vengono utilizzate per condizionare in vario modo gli effetti dell'autonomia privata nella sua portata internazionalprivatistica: esse sono contenute in una serie di norme “generali”, applicabili, cioè, a tutti i contratti sottoposti alla disciplina del regolamento Roma I.

¹⁰⁵ N. BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Sociologia del diritto*, 2005, p. 132 ss.

¹⁰⁶ Cfr. A. BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato. Considerazione sulla convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980, nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, Zürich, 1998, pp. 139 ss.

Lo scopo dell'analisi delle modifiche apportate da tale regolamento alla disciplina convenzionale previgente per quanto concerne i limiti al valido esercizio dell'autonomia privata, è quello di accertare se il diritto internazionale privato comunitario dei contratti abbia inteso rafforzare, o, piuttosto, ridimensionare, il tradizionale ruolo esercitato dall'autonomia internazionalprivatistica.

Tra le varie questioni sollevate nel *Libro verde* sulla comunitarizzazione della convenzione di Roma, figurava anche l'opportunità di chiarire il significato dell'espressione "norme imperative", figurante, di fatto, in più disposizioni, fra le quali l'art. 6, par. 1 (oggi art. 8). La necessità di far luce su questa nozione si giustificava per il fatto che essa ricomprendeva, sotto la medesima denominazione, "una realtà multiforme", rivestendo di volta in volta un significato diverso. Il legislatore comunitario ha efficacemente tenuto conto della segnalazione, provvedendo ad introdurre due espressioni distinte, cui corrispondono funzioni e tecniche regolative (almeno astrattamente) diverse.

1.1. Il metodo unilaterale come fondamento metodologico dei limiti

Come si è visto, il metodo bilaterale opera astrattamente la scelta della legge applicabile selezionando il criterio di collegamento sulla sola base dell'appartenenza della questione oggetto della controversia alla categoria chiamata in causa nella fattispecie. Vi sono, però, dei casi in cui l'applicazione di una regola in particolare appare necessaria indipendentemente dal collegamento stabilito dal sistema di conflitto per la categoria chiamata in causa: in questi casi, la norma – che si limita a prevedere l'ambito di applicazione spaziale di questa o quella norma dell'ordinamento del foro o di quello comunitario – deve essere dichiarata applicabile, anche se la categoria alla quale appartiene è collegata ad un altro ordinamento.

Le leggi di questo tipo sono state definite “leggi d’applicazione immediata”¹⁰⁷, o “leggi d’applicazione necessaria”¹⁰⁸: secondo autorevole dottrina¹⁰⁹, la seconda espressione è da preferire, in quanto manifesta più chiaramente il fatto che ognuna di queste regole è applicabile anche se l’ordine giuridico cui appartiene non è individuato dalla regola di conflitto, dal momento che lo Stato che l’ha emanata ritiene necessario che essa si applichi alle situazioni che hanno con esso un certo collegamento.

2. Il limite “qualificato”¹¹⁰ delle norme imperative c.d. semplici (art. 8, par. 1, secondo periodo)

Rafforzando e adattando al caso specifico dei contratti di lavoro la regola generale sancita dai par. 3 e 4 dell’art. 3, il par. 1 dell’art. 8 prevede che – in deroga alla previsione dell’art. 3, par. 1, in base alla quale si riconosce alle parti la libertà di scegliere la legge applicabile – nell’ambito della suddetta categoria di contratti, tale scelta “non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è premesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma dei par. 2, 3 e 4”.

In questo modo, sulla scorta del considerando n. 35 del regolamento¹¹¹, l’art. 8 introduce un limite sostanziale all’autonomia contrattuale delle parti nella scelta della legge regolatrice del rapporto, imponendo l’applicazione delle norme inderogabili della legge che sarebbe stata applicabile in mancanza di scelta. La tecnica internazionalprivatistica utilizzata in questo caso consiste nel rendere applicabili le norme liberamente scelte dalle parti in concorso

¹⁰⁷ Cfr. PH. FRANCESKAKIS, *Loi d’application immédiate et droit du travail*, RCDIP, 1974, p. 273 ss..

¹⁰⁸ Cfr. G. SPERDUTI, *Les lois d’applications nécessaire en tant que lois d’ordre public*, in RCDIP, 1977, p. 257.

¹⁰⁹ P. MAYER, *Droit international privé*, cit., p. 88.

¹¹⁰ S. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in DLM, 2008, p. 549.

¹¹¹ Secondo il quale “il lavoratore non dovrebbe essere privato della protezione accordategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente o alle quali si può derogare soltanto a beneficio del lavoratore medesimo”.

cumulativo¹¹² con le disposizioni imperative della legge applicabile in mancanza di scelta¹¹³.

Nella categoria delle norme inderogabili di cui all'art. 8, c.d. norme imperative semplici¹¹⁴, rientrano tutte quelle norme non derogabili dalle parti del rapporto¹¹⁵, secondo un meccanismo di inderogabilità *in pejus* che corrisponde al principio tipicamente operante negli ordinamenti nazionali del lavoro a tutela della posizione del lavoratore subordinato quale contraente debole¹¹⁶. Tale categoria di norme ha contorni ampi, e non richiede, perciò, un'intensa attività valutativa¹¹⁷ (a differenza delle norme di applicazione necessaria [NAN] di cui all'art. 9 del regolamento).

L'esplicito riferimento alle c.d. disposizioni inderogabili pone, innanzitutto, il problema della loro esatta individuazione *in concreto*. Tra queste disposizioni, devono sicuramente ricomprendersi¹¹⁸ quelle di diritto sostanziale sui salari minimi le quali, anche in considerazione della loro particolare finalità, difficilmente potrebbero non ritenersi inderogabili; rientrano in questo novero anche le norme in materia di modalità retributive, periodicità e avanzamenti di carriera.

¹¹² N. BOSCHIERO, *I limiti all'autonomia*, cit., p. 75.

¹¹³ Parte della dottrina (O. LANDO, *International situations and "situations involving a choice between different legal systems"*, in K. LIPSTEN (ed.), *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.*, London, 1978, p. 21; U. VILLANI, *I contratti di lavoro*, in T. TREVES (ed.), *Verso una disciplina comunitaria*, cit., p. 280 ss.) ha affermato, a tal proposito, che nell'ipotesi del contratto di lavoro (a maggior ragione in quella del distacco, essendo, in qualche modo, le norme del paese ospitante doppiamente imperative, il Regolamento attribuisce un rilievo internazionalprivatistico alle norme imperative semplici della legge applicabile in mancanza di scelta. La *lex contractus* avrebbe una mera funzione di completamento di quella altrimenti applicabile: subendo queste limitazioni, l'autonomia delle parti perderebbe il proprio carattere internazionalprivatistico, venendo a configurarsi come semplice autonomia negoziale. *Contra* T. TRAVES, *Norme imperative*, cit., p. 30; P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rom du 19 juin 1980*, in *Révue Critique*, 1991, p. 314; N. BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV aggiornamento, Milano, 2000, p. 822 ss..

¹¹⁴ Di seguito, "NIS".

¹¹⁵ Secondo quella che F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *QDLRI*, 1998, p. 53, definisce una "formula non particolarmente felice".

¹¹⁶ S. GIUBBONI, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, 2008, p. 9.

¹¹⁷ F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *QDLRI*, 1998, p. 53.

¹¹⁸ F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 348.

Secondo alcuni autori¹¹⁹, l'art. 8, par. 1, non chiarisce quali siano le condizioni di applicabilità delle norme inderogabili. La formulazione della norma, infatti non consentirebbe di comprendere se l'autorità giurisdizionalmente competente debba applicarle in ogni caso – così come l'espressione “non vale a privare il lavoratore della protezione assicuratagli” sembrerebbe lasciar intendere (dovendo, perciò, essere letta nel senso che il giudice deve, comunque, applicare tali norme) –, oppure se esse possano trovare spazio soltanto nel caso in cui risultino più garantiste per il lavoratore, così come il riferimento alla nozione di “protezione” lascia ragionevolmente ipotizzare. In questa prospettiva, sarà possibile assumere un orientamento più definito solo in seguito alle future pronunce della Corte di giustizia, la quale dovrà decidere se privilegiare la *ratio* protettrice della norma oppure le non meno rilevanti esigenze di certezza del diritto applicabile, cioè l'applicazione delle norme inderogabili in ogni caso.

Più netta la posizione di altri autori¹²⁰, i quali partono dal presupposto che le NIS applicabili nell'ambito di un contratto di lavoro, devono ritenersi distinte da quelle che entrano in gioco in presenza di contratti rientranti nel campo di applicazione dei generali artt. 3 e 4 non caratterizzandosi questi ultimi per la presenza di fattori di debolezza a carico di uno dei due contraenti. Se per i contratti ordinari le norme imperative semplici (artt. 3, par. 3 e 4) appartenenti alla legge che regolerebbe il contratto in mancanza di scelta vanno applicate *in toto*, in considerazione della natura di norma generale dell'art. 3 e della sua particolare *ratio*, diversamente, nel caso del contratto di lavoro, avente il precipuo scopo di favorire il lavoratore in quanto contraente debole, il par. 1 dell'art. 8 prende in considerazione le sole norme imperative (semplici) protettrici, limitando l'autonomia internazionalprivatistica soltanto quando la legge scelta dalle parti si riveli “meno protettiva” della legge che regolerebbe il contratto in mancanza di scelta¹²¹. La finalità del rilievo dato alle

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia*, cit., pp. 99-100.

¹²¹ Così le *Observations de l'Université libre de Bruxelles et de l'Université de Liège, département de droit international privé* (http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/universite_libre_bruxel

NIS dalla disposizione sul contratto di lavoro consiste, infatti, nel non privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme in questione.

Nell'ipotesi in cui i valori giuridici tutelati da queste norme protettive non vengano lesi, resteranno applicabili le diverse disposizioni contenute nella legge designata dai contraenti.

Il rapporto tra la legge scelta dalle parti e le norme inderogabili si prospetta come assai delicato e può porre questioni diverse. A questo proposito, è possibile individuare tre ipotesi fondamentali: *a)* la legge validamente scelta dalle parti riconosce al lavoratore una protezione qualitativamente superiore a quella garantita dalle norme inderogabili della *lex loci executionis* (cioè, dalle NIS della legge applicabile in mancanza di scelta); *b)* la legge validamente individuata dalle parti contraenti riconosce al lavoratore una protezione minore rispetto a quella cui questi avrebbe diritto secondo le norme inderogabili della legge astrattamente applicabile in mancanza di scelta; *c)* la legge validamente selezionata riconosce al lavoratore garanzie differenti da quelle previste dalle norme inderogabili della legge applicabile in mancanza di scelta.

La soluzione ai primi due casi è evidente, dovendo operare la scelta fra legge selezionata e norme inderogabili semplicemente in base al criterio del maggior *favor* per il lavoratore. L'ipotesi di cui al punto *c)* risulta, invece, più problematica: si pensi alle difficoltà che possono presentarsi nel caso in cui si debba confrontare, ad esempio, una norma inderogabile che riconosca la compensazione a seguito di un licenziamento illegittimo, con una norma della legge scelta dalle parti che preveda la reintegrazione del lavoratore. Parte della dottrina¹²² ritiene che quello della comparazione fra i contenuti sostanziali delle norme in questione sia l'unico strumento di selezione, e che la difficoltà applicativa appena prospettata rappresenti una conferma dell'inadeguatezza¹²³ delle soluzioni tecniche utilizzate dal legislatore comunitario per individuare la legge regolatrice del rapporto di lavoro.

les_fr.pdf).

¹²² F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 349-350.

¹²³ Tesi, peraltro, contestata da N. BOSCHIERO.

3. Il limite c.d. preventivo¹²⁴ della norme di applicazione necessaria (art. 9), ovvero, la “neutralità neutralizzata” della regola di conflitto

3.1. La “doppia imperatività” delle norme di applicazione necessaria

Recita l'art. 9, par. 1, del regolamento, che le norme di applicazione necessaria sono “disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale od 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”.

Le NAN non costituiscono una categoria unitaria ed omogenea: la terminologia utilizzata in dottrina e in giurisprudenza, ma anche nelle leggi e nelle convenzioni di diritto internazionale privato, relativamente a questa particolare categoria di norme è decisamente varia. Espressioni come “norme di applicazione necessaria”, “norme di applicazione immediata”, “norme super-imperative”, “norme auto-limitate”, “norme spazialmente condizionate”, “norme a collegamento speciale”, “norme di diritto internazionale privato materiale”, “norme imperative”, non sono, in realtà, sovrapponibili, né del tutto intercambiabili¹²⁵, in quanto colgono profili diversi di un fenomeno polimorfo e complesso. Da questa forte eterogeneità di denominazioni è possibile ricavare alcune fondamentali sotto-categorie.

A) Norme di applicazione necessaria interne o del foro competente

Si applicano in ragione del loro oggetto e dello scopo specifico cui mirano, sia alle situazioni e ai rapporti giuridici totalmente interni, sia a quelli che presentano qualche elemento di estraneità rispetto al foro; esse funzionano nonostante il richiamo alla legge straniera, come limite preventivo all'operare delle norme di conflitto del foro.

¹²⁴ Giubboni, Franzina

¹²⁵ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 244.

a) *Norme autolimitate o spazialmente condizionate*

Rappresentano, a loro volta, una sotto-categoria della sotto-categoria delle NAN del foro, dalle quali si distinguono in quanto provvedono esse stesse, direttamente, a definire il proprio ambito di applicazione. Di solito, sono le stesse regole materiali che valgono per fattispecie totalmente interne ad esigere di venire applicate anche a situazioni e rapporti transnazionali. Queste caratteristiche, consentono di affermare che il fenomeno delle NAN si colloca in una zona concettuale contigua sia alle norme di conflitto “sbilanciate” a favore della *lex fori*, sia a quelle dell’ordine pubblico, pur differendo da quest’ultimo per vari e significativi aspetti (v. § 1.3.3.1).

Queste due (sotto)categorie di norme esprimono l’esigenza che tutte le situazioni collegate con l’ordinamento giuridico interno del giudice adito siano assoggettate ad una disciplina uniforme che sono le stesse norme in questione a fornire: esse sono, dunque, funzionali a preservare l’armonia e la coerenza interna del sistema giuridico interno, ignorando, però, programmaticamente l’obiettivo dell’armonia e dell’uniformità internazionale delle soluzioni (che è, invece, frustrato, solo in via eccezionale dal limite dell’ordine pubblico).

Sia nel caso delle NAN del foro, che in quello peculiare delle norme autolimitate, spetta al giudice riconoscerle. Si tratta di un compito avente contenuto diverso da quello che gli è affidato ai fini dell’applicazione dell’eccezione di ordine pubblico, sebbene il giudice possieda, inevitabilmente, un analogo margine di discrezionalità anche nell’interpretazione delle NAN. Di fronte a norme di questo tipo egli deve focalizzare l’attenzione sull’ordinamento del foro e, in sostanza, su una specifica, singola, norma di tale ordinamento, senza operare raffronti con valori giuridici esterni; anzi, con riferimento alle norme autolimitate, il giudice deve solo interpretare quello che la norma dice a proposito del proprio ambito spaziale di applicazione.

B) *Norme di applicazione necessaria straniera, o dell'ordinamento richiamato dal diritto internazionale privato*

Tali norme possono esistere sia nell'ordinamento straniero su cui cade il richiamo operato dalla norma di conflitto, sia in un altro ordinamento, ugualmente straniero, col quale la fattispecie presenti una qualche connessione.

Oltre alle NAN nazionali (laddove per 'nazionali' si intendono le NAN degli Stati, che siano interne o straniere rispetto al foro), v'è poi un'altra sottocategoria.

C) *Norme di applicazione necessaria di origine comunitaria e internazionale*

Sono le norme che discendono da Trattati comunitari, atti delle istituzioni comunitarie, nonché da Convenzioni o soggetti internazionali.

3.2. Norme di applicazione necessaria e principio di sovranità

Per definizione, le NAN operano, secondo una metodologia di impianto unilateralista o "neo-statuista": esse bloccano *ex ante* l'operatività del sistema di conflitto, scavalcando la situazione di conflitto stessa. Si tratta di quelle norme che disciplinano imperativamente il caso concreto, indipendentemente dalla legge che regola il contratto, esigendo di essere applicate dal giudice prima ancora che questi possa determinare quale diritto straniero sarebbe applicabile in virtù della norma di conflitto¹²⁶.

Quella delle NAN è una tecnica particolarmente invasiva del potere di autonomia, pretendendo tali norme (comunemente ritenute derogatorie del tradizionale meccanismo internazionalprivatistico) di applicarsi anche se l'ordinamento giuridico al quale appartengono non è richiamato dalla norma di conflitto. Le norme di cui all'art. 3, par. 1, della direttiva sono costruite esattamente su questa logica: esse non hanno, infatti, nulla a che vedere con il

¹²⁶ F. MOSCONI, *Giurisdizione*, cit. p. 56 in nota.

sistema di conflitto, ma sono applicabili perché è la direttiva che lo prevede (il sistema di conflitto non fa alcuna precisazione sulla necessaria applicabilità delle norme del paese di distacco, anzi irrobustendo rispetto alla convenzione, il ruolo della legge del luogo di esecuzione abituale della prestazione).

A differenza del principio di protezione del contraente debole, l'articolazione del principio di sovranità ma, soprattutto, la sua evoluzione a seguito del passaggio al regolamento, conferma la tendenza del diritto internazionale privato continentale a distanziarsi dall'empirismo americano.

Le norme di applicazione necessaria (o norme di polizia) costituiscono espressione del principio di sovranità.

Infatti, in primo luogo, l'applicabilità di una legge di polizia non dipende dalla sua designazione da parte di una regola di conflitto bilaterale, ma unicamente dalla sua volontà di applicazione alla situazione litigiosa. La scelta per il metodo unilateralista¹²⁷ emerge chiaramente dall'art. 9, par. 1, del regolamento che, definisce norma di applicazione necessaria quella “disposizione imperativa il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei propri interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale od 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 secondo il presente regolamento”.

In secondo luogo, la volontà di prendere una distanza dalle teorie americane si manifesta anche nel passaggio al regolamento. Infatti, se la convenzione prevedeva senza restrizioni la possibilità di applicare le leggi di polizia del foro e, filtrata dall'apprezzamento del giudice, la possibilità di applicare anche leggi di polizia straniere, il regolamento restringe i confini di questa possibilità, limitando il riferimento alle leggi di polizia straniere alle leggi del luogo di esecuzione del contratto e solo nella misura in cui tali leggi rendano illecito l'adempimento del contratto. Ad ogni modo, l'allontanamento dalle teorie americane sembra poter trovare una mitigazione nel ruolo che la Corte di giustizia svolge verificando se le leggi di polizia dello Stato del foro

¹²⁷ Molto vicino alla teoria degli interessi governamentali.

costituiscano ostacoli ingiustificati alle libertà garantite dal Trattato: questa attività della Corte richiamerebbe il *test* americano dei *minimum contacts*, con la differenza, però, che, mentre il controllo costituzionale americano non appare così incisivo e penetrante, quello della Corte di giustizia potrebbe rivelarsi più stringente.

Il regolamento Roma I, a differenza delle convenzioni, va letto in combinato disposto con il regolamento Bruxelles I ed il regolamento Roma II (sulle obbligazioni extracontrattuali), con i quali crea un vero e proprio sistema organizzato di diritto internazionale privato comunitario, che trova la sua base nell'art. 65 del Trattato. L'appartenenza ad un insieme si ripercuoterà innanzitutto sull'interpretazione del regolamento: sarà, infatti, necessario che i concetti in esso contenuti vengano utilizzati sulla base di una lettura coerente con la definizione dei medesimi concetti data dagli altri due Regolamenti. Alcuni autori si chiedono se l'appartenenza ad un insieme comunitario di diritto internazionale privato non possa determinare un assemblamento, una messa in comune trasversale¹²⁸, delle regole generali contenute nei vari Regolamenti¹²⁹.

3.3. Distinzione tra norme imperative semplici e norme di applicazione necessaria

Le NAN devono essere rigorosamente tenute distinte dalle NIS: il considerando n. 37 del regolamento è chiaro in proposito (“considerazioni di pubblico interesse giustificano, in circostanze eccezionali, che i giudici degli Stati membri possano applicare deroghe basate sull'ordine pubblico e sulle norme di applicazione necessaria. Il concetto di ‘norme di applicazione necessaria’ dovrebbe essere distinto dall'espressione ‘disposizioni alle quali

¹²⁸ P. LAGARDE, *Introduction*, cit., p. 12.

¹²⁹ In occasione di un convegno tenutosi a Toulouse il 17 ottobre 2008 ci si è chiesti se la materia civile e commerciale non fosse divenuta lo zoccolo di un codice europeo di diritto internazionale privato. Ciò comporterebbe il ricorso a definizioni trasversali, ispirate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia o dai Regolamenti stessi (si pensi, ad esempio, alla nozione di contratto, di lavoratore, di distacco, di leggi di polizia, di ordine pubblico).

non è permesso derogare convenzionalmente' e dovrebbe intendersi in maniera più restrittiva").

Pur appartenendo tutte queste norme al medesimo *genus* – quello delle norme imperative –, le norme imperative che sono anche di applicazione necessaria costituiscono un sottogruppo, più ristretto, in quanto si caratterizzano per un grado di imperatività qualificata, tale da imporne, come visto, l'applicazione extraterritoriale quale che sia la legge regolatrice del contratto. Di fatto, non tutte le norme imperative sono anche di applicazione necessaria, ma tutte le NAN sono norme imperative.

La differenza¹³⁰ tra NIS e NAN tocca una pluralità di profili, il primo dei quali può essere, dunque, rintracciato nel fatto che le NIS devono considerarsi applicabili se appartenenti alla legge regolatrice del contratto (o alla legge che regolerebbe il contratto in mancanza di scelta) e non anche se appartenenti ad un diverso ordinamento che non sia in qualche modo richiamato dal sistema di conflitto, mentre alle NAN gli Stati riconoscono un'importanza tale da esigerne comunque l'applicazione in presenza di una connessione tra la situazione giuridica e il territorio, a prescindere dalla legge regolatrice del contratto e dal modo in cui essa è determinata.

Questa particolarità, consente di affermare che fra le due categorie di norme non v'è necessaria alternatività, nel senso che l'applicazione dell'una esclude l'applicazione dell'altra, ma che, anzi, esiste la possibilità di un concorso cumulativo, con particolare riferimento alla regolamentazione delle fattispecie negoziali protette¹³¹. Ciò significa che è astrattamente possibile che, *ex ante*, debbano applicarsi certe norme (di applicazione necessaria), e che,

¹³⁰ Sulla distinzione tra norme semplicemente imperative e NAN, cfr. M.K. NEUMAYER, *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé*, in *Rev. critique*, 1957, p. 579 ss.; T. TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria*, cit., p. 25 ss.; M. GIULIANO, P. LAGARDE, *Relazione sulla convenzione*, cit., p. 397.

¹³¹ M.A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, 2006; L. FICARI, *Norme imperative e trattamento di favore per il lavoratore: riflessi di una direttiva comunitaria*, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, vol. II, Roma, 1997, p. 235; G. PALAO MORENO, *Les normas del derecho internacional privado de origen comunitario en material de contrato individual de trabajo, ante los retos de la integración europea y de la globalización*, in *AEDIPr*, 2005, p. 309 ss. V. anche F. POCAR, I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2001, p. 173 ss.

una volta individuata la legge applicabile, si aggiungano le norme imperative operative *ex art. 8*, alternativamente e sussidiariamente, par. 2, 3, e 4.

Tali norme, infatti, si differenziano sia per la funzione economico-sociale, che per i presupposti applicativi.

Quanto alla funzione, se le NIS si limitano ad assicurare che al lavoratore vengano applicate le disposizioni attinenti al rapporto previste dalla legge che sarebbe stata applicabile in mancanza di scelta, le NAN hanno il più ampio scopo di garantire la protezione – altrimenti impossibile in un settore quale quello giuslavoristico, pure contraddistinto dall'esistenza di interessi comunitari e statali¹³² – di interessi pubblicistici che esulano da tale settore. Peraltro, le NAN non hanno matrice contrattuale, con la conseguenza che, in teoria, “resistono”, ad esempio, ad accordi collettivi di lavoro, persino nel caso in cui questi risultino caratterizzati da un maggior *favor* per il lavoratore subordinato.

Quanto ai presupposti di applicazione, le norme inderogabili *ex art. 8*, par. 1, entrano in gioco soltanto se effettivamente più favorevoli¹³³ al lavoratore e, dunque, se attinenti al sistema giuslavoristico, e possono concorrere alla disciplina di un contratto individuale di lavoro anche se non necessariamente applicabili. Le norme di cui all'art. 9 possono, invece, intervenire anche se estranee a tale sistema¹³⁴, in quanto necessariamente applicabili *a priori*, e devono operare – in linea di principio – sempre e

¹³² Cfr. F. GAMILLSHEG, *Rules of public order in private international labour law*, in *Recueil des Cours*, 1993, III, p. 285 ss; P. FRANCESKAKIS, *Lois d'application immediate et droit du travail*, in *Rev. critique*, 1974, p. 273 ss.; U. LIUKKUNEN, *The role of mandatory rules in international labour law: A comparative study in the conflict of laws*, Helsinki, 2004; A. MALINTOPPI, *NAN e norme di diritto internazionale private in materia di lavoro*, in *Riv. dir. int.*, 1962, p. 278 ss; più di recente, T. KEITHLEY, *Does the national labour relations act extend to Americans who are temporarily abroad?*, in *Columbia L. R.*, 2008, p. 216 ss.

¹³³ Perché le norme imperative semplici (allo stesso modo, come si vedrà più avanti, di quelle di applicazione necessaria) possano trovare applicazione, prevalendo sulla legge designata dal sistema di conflitto, occorre che esse garantiscano una protezione superiore a quelle delle norme con cui sono in competizione, e non una protezione semplicemente equivalente (Corte di giustizia, 23 novembre 1999, cause riunite 369/96 e 376/96, *Arblade*, in *Raccolta*, 1999, p. I-8453 ss, punti 34 e ss.).

¹³⁴ F. SEATZU, *La legge applicabile*, cit., p. 351. Per un'interpretazione restrittiva dell'art. 9 quale norma operante nel settore dei conflitti di leggi in materia di lavoro si veda, invece, S. KREBBER, *Conflict of laws in employment in Europe*, in *Comp. Labor. L. Policy J.*, 2000, p. 501 ss.

comunque, anche quando la *lex contractus* non sia il frutto di un'autonoma scelta delle parti (quando cioè, il contratto sia sottoposto alla legge applicabile in mancanza di scelta, caso in cui per le norme inderogabili il problema non si pone, non avendo esse bisogno di concorrere in quanto applicabili *a priori*).

Le NAN (i) sono norme che l'ordinamento nazionale riconosce a tutela dei valori fondamentali della persona e/o dello Stato, nei casi in cui il giudice nazionale sia chiamato a esercitare la propria giurisdizione; (ii) devono trovare necessariamente applicazione anche ai rapporti contrattuali che sono estranei al contesto nazionale, indipendentemente dalla legge applicabile agli stessi rapporti secondo le norme c.d. di conflitto; (iii) la radicalità della loro funzione comporta l'assoluta eccezionalità e specialità.

Quanto alla finalità, le NIS sono poste a tutela della effettività e funzionalità dell'equilibrio economico-sociale che il legislatore nazionale ha inteso realizzare al suo interno. Le NAN, invece, militano a tutela di valori fondanti che rispondono "*all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo*", che l'ordinamento interno non può non rispettare, senza stravolgere l'intero assetto ordinamentale, anche laddove sia chiamato a esercitare la propria giurisdizione in merito a rapporti privatistici che non sono in grado di incidere o influenzare quell'equilibrio economico-sociale che risponde all'ordine pubblico nazionale.

Secondo alcuni Autori¹³⁵, la qualificazione delle norme nazionali che disciplinano le materie indicate dall'art. 3, par. 1 e 10 della direttiva 96/71/CE come norme di applicazione necessaria secondo il disposto dell'art. 7 non mi sarebbe condivisibile. Tale dottrina ritiene che, da un punto di vista tecnico, le NAN sono norme unilaterali che ogni Stato si impone autonomamente di osservare esercitando la sua giurisdizione, mentre le disposizioni della direttiva 96/71/CE risponderebbero a un carattere bilaterale, perché vincolano sia lo Stato ospitante che lo Stato di origine a garantire ai lavoratori distaccati i medesimi diritti maturati nel periodo di distacco, senza che possa rilevare quale giurisdizione il lavoratore abbia ritenuto adire per la tutela di tali diritti.

¹³⁵ M. Pallini, 2009.

Secondo la stessa dottrina, una tale interpretazione della direttiva 96/71/CE risulta inaccettabile anche sul piano sistematico, perché finirebbe per attribuire al diritto comunitario secondario una potestà normativa in materia sociale che stravolge la ripartizione di competenze tra Unione Europea e Stati membri dettata dal Trattato. *Critica.*

4. I problemi posti dalla necessaria applicazione delle norme imperative in materia di tutela del lavoro e dal loro rapporto con le libertà economiche fondamentali garantite dal Trattato: un sistema di conflitto a fonti ‘miste’

Le questioni inerenti la categoria delle norme imperative riguardano, in particolare, l’evoluzione del loro contenuto e del loro rapporto con le libertà comunitarie nella prima ondata giurisprudenziale (4.1.) nonché la direttiva 96/71/Ce e il coordinamento dell’art. 3.1 con il regolamento Roma I (4.2.) e il sistema di “legittimazione” dell’applicazione delle norme dello Stato ospitante (4.3.) come prodotti di tale evoluzione.

4.1. Il rapporto delle NAN *ex art. 3.1* con le libertà comunitarie nel ‘primo ciclo’ della giurisprudenza della Corte di giustizia: l’elaborazione di una logica ‘conciliativa’ (dalle sentenze *van Binsbergen* alla direttiva 96/71/Ce, passando per *Rush Portuguesa*)

4.1.1. La legittimazione di interventi nazionali ostativi delle libertà di circolazione fondati su esigenze imperative *ulteriori* rispetto a quelle ammesse dal Trattato

Nel corso degli ultimi quindici anni, l’operatività delle norme di natura imperativa poste a tutela del lavoro nell’ambito dell’ordinamento comunitario

è stata oggetto di un'attenzione crescente da parte della Corte di giustizia. In particolare, di fronte all'accusa, più volte sollevata dagli operatori economici degli Stati membri, secondo la quale le normative nazionali di tutela del lavoro – pur se applicate indistintamente a tutti i soggetti economici operanti sul territorio di questi ultimi (e, dunque, prive di finalità direttamente discriminatorie) – costituirebbero ostacoli (indiretti) frapposti alle libertà economiche sancite dal Trattato, la Corte ha finito per riconoscere esplicitamente che quelle normative di tutela sono espressione di fondamentali interessi sociali degli Stati membri, con cui tali libertà devono fare i conti.

Tuttavia, la Corte è giunta a questa conclusione non subito, ma a seguito di un lungo, seppur lineare, processo evolutivo iniziato negli anni Settanta con una serie di sentenze riguardanti la legittimità e la compatibilità con il Trattato delle limitazioni che i vari Stati membri, con le loro discipline interne poste a tutela di vari interessi, apponevano alla libertà di circolazione dei beni.

Fino all'inizio degli anni Novanta, nella valutazione delle misure adottate dagli Stati nei confronti delle imprese erogatrici di servizi, la Corte di giustizia ha mostrato una tendenza ad applicare il criterio antidiscriminatorio, assicurando a tali imprese ampi margini di esercizio delle proprie prerogative; tale circostanza testimonia come il processo di integrazione del mercato interno dei servizi si sia sviluppato più lentamente rispetto a quello delle merci.

La lettera dell'art. 59 del Trattato non sembra limitare in modo alcuno la possibilità per gli Stati di estendere la normativa lavoristica interna ai lavoratori stranieri distaccati sul proprio territorio, venendo con ciò a qualificarsi come mera fonte di garanzia di parità di trattamento¹³⁶ tra imprese straniere ed imprese nazionali.

Per questa ragione, finché la Corte ha applicato il suddetto criterio, sviluppato nella sentenza *van Binsbergen*¹³⁷, il mercato interno dei servizi non è stato percepito come un pericolo per i mercati del lavoro nazionali: una

¹³⁶ S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, p. 87.

¹³⁷ 3 dicembre 1974, C-33/74, in *Racc.*, 1974, p. 1299.

lettura ‘assoluta’ del principio di parità di trattamento di cui all’art. 59, allontana la possibilità che si producano fenomeni di *dumping sociale* e protegge le imprese nazionali dalla concorrenza giocata sul più basso costo del lavoro delle imprese straniere erogatrici del servizio.

Tuttavia, già nella sentenza *van Binsbergen* la Corte voluto precisare che nel novero delle discriminazioni vietate ai sensi dell’art. 59 dovessero comprendersi non solo quelle basate sulla nazionalità dell’impresa di servizi, ma anche quelle dovute al luogo di residenza.

Se, da un lato, tale affermazione appare “tautologica”¹³⁸ (distinguendosi la prestazione di un servizio transnazionale proprio per l’assenza di una stabile presenza dell’impresa che lo eroga nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di origine), dall’altro lato, essa si rivela significativa poiché identifica la più grave forma di violazione della libertà in parola, tale da negarne la stessa essenza, e permette di identificare un primo, embrionale, “nucleo” di norme lavoristiche che si pongono inevitabilmente in contrasto con l’art. 59 TCe.

Già il semplice ricorso al criterio non discriminatorio è, dunque, in grado di attrarre nell’orbita del mercato dei servizi alcuni aspetti delle normative lavoristiche interne: si pensi a quelle norme che impongono alle Agenzie di lavoro temporaneo di avere una sede nel territorio dello Stato dove è prestato il servizio, o a quelle che prescrivono indirettamente l’obbligo di stabilimento come condizione per accedere a determinati vantaggi o benefici.

Pur toccando aspetti relativamente marginali, lontani dal produrre effetti significativi in termini di *dumping sociale*, le prescrizioni di queste norme realizzano una violazione diretta del divieto di non discriminazione e le uniche ragioni che ne possono giustificare l’applicazione sono quelle tassativamente indicate dagli artt. 30, 39.3, 46.1 e 58.1, lett. *b*) del Trattato e soggette ad un’interpretazione restrittiva – ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica –, con la conseguenza che non possono sfuggire al sindacato della Corte di giustizia.

¹³⁸ S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *op.ult.cit.*, p. 88.

Nel tempo, la Corte ha progressivamente accantonato il criterio antidiscriminatorio, per elaborare principi i cui effetti hanno avuto una portata più incisiva e penetrante sul mercato dei servizi.

Partendo dalle storiche sentenze *Dassonville* e *Cassis de Dijon*¹³⁹, e passando per molte altre pronunce, fra le quali quelle sui casi *Torfaen*¹⁴⁰, *Stoke-on-Trend*¹⁴¹, *Keck e Mithouard*¹⁴² e *Semeraro Casa Uno*¹⁴³ – la Corte ha esteso il suo sindacato alle “misure indistintamente applicabili” potenzialmente costitutive di ostacoli al il libero scambio delle merci, ed ha riconosciuto che, al di là delle cause giustificative esplicitamente riconosciute dal Trattato, vi sono ragioni imperative ulteriori che possono legittimare la frapposizione di ostacoli alla libera circolazione delle merci, a condizione che tali interventi rispettino un criterio di ragionevolezza (che nell’evoluzione della giurisprudenza della Corte è andato poi configurandosi come un vero e proprio *test* di proporzionalità).

La Corte, dopo aver fatto originariamente riferimento, fra le altre, ad esigenze di carattere fiscale, o riguardanti la protezione della salute pubblica, la lealtà dei negozi commerciali e la difesa dei consumatori, e poi ancora varie altre, pur senza arrivare all’enunciazione di un elenco tassativo di tali esigenze imperative, è giunta alla fine ad includere, in particolare, le “scelte politico-economiche [rispondenti] a peculiarità socio-culturali nazionali o regionali, la cui valutazione spetta, nella fase attuale del diritto comunitario, agli Stati membri”¹⁴⁴. Questa formula è stata poi ripresa letteralmente per giustificare la compatibilità con il Trattato (sempre a condizione del superamento del *test* di proporzionalità) di alcune normative nazionali di tutela del lavoro, in due note sentenze emesse nei casi *Conforama* e *Marchandise*¹⁴⁵, relativi al divieto di lavoro domenicale in alcune attività fissato dalle normative nazionali.

¹³⁹ Rispettivamente, 11 luglio 1974, C-8/74 e 20 febbraio 1979, C-120/78.

¹⁴⁰ 23 novembre 1989, C-145/88.

¹⁴¹ 16 dicembre 1992, C-169/91.

¹⁴² 24 novembre 1993, cause riunite C-267/91 e 268/91.

¹⁴³ 20 giugno 1996, cause riunite C-418/93 e varie altre.

¹⁴⁴ Sentenza relativa al caso *Torfaen*, punto 14.

¹⁴⁵ 28 febbraio 1991, rispettivamente, C-312/89, punto 11, e C-332/89, punto 12.

4.1.2. Il *test* di proporzionalità come versione ‘matura’ del giudizio di ragionevolezza

Intorno alla metà degli anni Novanta, la Corte ha esteso le suddette considerazioni anche alle problematiche poste dalle libertà di circolazione dei lavoratori e dei servizi. In una serie di pronunce di quel periodo – si pensi, in particolare, a quelle relative ai casi *Gebhard*¹⁴⁶ e *Bosman*¹⁴⁷ – la Corte, utilizzando i concetti elaborati in merito alle libertà di circolazione delle merci, ha formulato una serie di principi ‘polivalenti’, funzionali alla valutazione della compatibilità con il Trattato, delle legislazioni nazionali che, nel perseguire finalità di interesse nazionale, apponessero limiti di vario tipo ad una delle libertà economiche.

In particolare, oltre ad rendere più specifico il proprio linguaggio, identificando l’insieme delle ragioni giustificative dei limiti posti alle libertà economiche nella definizione unitaria di “motivi imperiosi di interesse pubblico”, la Corte ha affinato anche la propria elaborazione relativa al giudizio di ragionevolezza, giungendo a concepire un vero e proprio *test* di proporzionalità.

Questo strumento di accertamento della legittimità degli eventuali ostacoli posti dalle legislazioni nazionali rispetto all’esercizio delle libertà economiche comunitarie si articola in fasi e deve svolgersi secondo un ordine particolare: dopo aver accertato che il provvedimento assunto dallo Stato nazionale costituente un ostacolo persegue uno scopo legittimo perché giustificato da motivi imperiosi di interesse generale, occorre controllare che l’applicazione del provvedimento nazionale sia effettivamente atta a garantire il raggiungimento dello scopo che essa persegue e non vada oltre quanto necessario al raggiungimento di tale scopo.

La Corte ha sintetizzato il risultato della propria riflessione nella sentenza relativa al caso *Gebhard*,¹⁴⁸ affermando che “i provvedimenti

¹⁴⁶ 30 novembre 1995, C- 5/94 (ma v. anche *Alpine*, 10 maggio 1995, C-384/93)

¹⁴⁷ 15 dicembre 1995, C-415/93 (punto 104), ma v. anche *Kraus*, 31 marzo 1993, C-19/92, in cui era in gioco la libertà di circolazione delle persone e quella di stabilimento.

¹⁴⁸ 30 novembre 1995, C-55/94.

nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo¹⁴⁹, ¹⁵⁰.

4.1.3. L'estensione dell'elaborazione della Corte: verso l'“assorbimento” delle normative lavoristiche nazionali nell'ambito del mercato interno dei servizi

La posizione generale assunta dalla Corte nella sentenza *Gebhard* ha trovato, in seguito, applicazione in materia di libertà di prestazione dei servizi, nella sentenza¹⁵¹ relativa al caso *Reisebüro Brode*¹⁵² (ed in altre pronunce sostanzialmente uniformi¹⁵³).

Pur non trattando della materia lavoristica, tale pronuncia aggiunge un ulteriore tassello alla costruzione degli equilibri tra le esigenze di tutela del lavoratore in quanto contraente debole e il libero e pieno esercizio delle libertà comunitarie da parte delle imprese, affermando che la libera prestazione di servizi può essere limitata solo da norme giustificate dall'interesse generale,

¹⁴⁹ Punto 37 della sentenza.

¹⁵⁰ Questa affermazione è stata ripresa e confermata più volte nel corso degli ultimi anni in relazione a vicende in cui erano interessate le diverse libertà economiche del Trattato. Si vedano in particolare le sentenze relative ai casi: *Centros*, 9 marzo 1999, C-212/97 (punto 34); *Haim*, 4 luglio 2000, C-424/97 (punto 57); *Mac Queen*, 1° febbraio 2001, C-108/96 (punto 26); *Payroll Data Services*, 17 ottobre 2002, C-79/01 (punto 28).

¹⁵¹ La quale, a sua volta, richiamava e consolidava quanto dalla Corte progressivamente elaborato in una serie di sentenze precedenti. Si veda, in particolare, *Van Wesemael* (18 gennaio 1979, C-110 e 111/78, punto 28 ss.); *Commissione c/ Repubblica Federale di Germania* (4 dicembre 1986, C-205/84, punto 27); *Commissione c/ Repubblica francese* (C-154/89, punti 12, 14 e 15), *Commissione c/ Repubblica italiana* (C-180/89, punti 15, 17 e 18), *Commissione c/ Repubblica ellenica* (C-198/89, punti 16, 18 e 19), tutte del 26 febbraio 1991; successivamente, in modo decisamente e definitivamente più articolato, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* (C-288/89, punti 12, 13 e 15) e *Säger* (C-76/90, punti 12, 13 e 15), entrambe del 25 luglio 1991; *Schindler* (24 marzo 1994, C-275/1992).

¹⁵² 12 dicembre 1996, C-3/95.

¹⁵³ Si vedano, in particolare, le sentenze relative ai casi *Parodi* (9 luglio 1997, C-222/95, punto 21), *Corsten* (3 ottobre 2000, C-58/98, punto 39), *Analir* (20 febbraio 2001, C-205/99, punti 21 e 25), *Commissione c/ Repubblica italiana* (15 gennaio 2002, C-439/99, punto 23), *Commissione c/ Repubblica italiana*, 13 febbraio 2003, C-131/01, punti 26 e 28.

“qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito”¹⁵⁴.

Successivamente, questa struttura argomentativa ha trovato sviluppo anche relativamente normative nazionali di tutela del lavoro.

Le prime due sentenze in cui la Corte ha dovuto affrontare il problema della legittimità di normative interne di tutela del lavoro limitative della libera prestazione di servizi in ambito comunitario sono state quelle relative ai casi *Webb* e *Seco*¹⁵⁵.

Nel caso *Webb*, sulla scia della sentenza *Reisebüro Brode*, la Corte concentra chiaramente l'attenzione sulla presenza, nello Stato membro di insediamento dell'operatore economico, di normative di tutela corrispondenti a quelle imposte dallo Stato in cui quest'ultimo svolge temporaneamente la propria prestazione di servizi. I giudici di Lussemburgo affermano che “l'art. 60.3 del Trattato ha anzitutto lo scopo di rendere possibile al prestatore di servizi l'esercizio della propria attività nello Stato membro destinatario della prestazione, senza alcuna discriminazione nei confronti dei cittadini di tale Stato. esso non implica tuttavia che qualsiasi disciplina nazionale che si applichi ai cittadini di tale Stato e si riferisca normalmente ad un'attività permanente delle imprese stabilite in tale Stato possa essere integralmente applicata anche ad attività di carattere temporaneo esercitate da imprese aventi sede in altri Stati membri”¹⁵⁶. Viene, inoltre, specificato, che, “tenuto conto delle speciali caratteristiche di talune prestazioni di servizi, non si possono considerare incompatibili col Trattato talune condizioni specifiche, eventualmente imposte al prestatore di servizi, che siano giustificate dall'applicazione di norme relative a questo tipo di attività. Tuttavia, la libera prestazione di servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal Trattato, può venire limitata solamente da norme giustificate dal pubblico interesse e obbligatorie nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitino la propria attività sul territorio di tale Stato, nella misura in cui

¹⁵⁴ Punto 28.

¹⁵⁵ Rispettivamente, 17 dicembre 1981, C- 279/80, e 3 febbraio 1982, C- 62/81 e C-63/81.

¹⁵⁶ Punto 16.

tale interesse non risulti garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito¹⁵⁷.

In sostanza, nella sentenza *Webb*, è stato osservato che l'applicazione integrale della normativa interna alle imprese straniere temporaneamente presenti sul territorio nazionale non è compatibile con l'art. 59; la Corte ha basato tale affermazione sull'assunto secondo cui, in una logica di uguaglianza sostanziale, il trattamento eguale di imprese in condizioni diseguali sia di per sé da considerarsi discriminatorio.

Tale posizione è stata oggetto di un ulteriore approfondimento nel successivo caso *Seco*: la Corte ha stabilito che il "diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro conclusi tra lavoratori e datori di lavoro, per quanto concerne le retribuzioni minime, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche di carattere temporaneo, nel loro territorio, quale che sia il paese in cui è stabilito il datore di lavoro; del pari, il diritto comunitario non vieta agli Stati membri di imporre il rispetto di queste norme con mezzi adeguati. Non si può, tuttavia, definire mezzo adeguato una normativa o una prassi che impongano in modo generale un onere previdenziale, restrittivo della libera prestazione dei servizi, a tutti i prestatori stabiliti in un altro Stato membro e che occupano lavoratori cittadini di paesi terzi, indipendentemente dal fatto che essi abbiano o meno rispettato la normativa in materia di retribuzione sociale minima dello Stato membro in cui la prestazione viene effettuata, giacché un siffatto provvedimento generale non è, per natura, idoneo a far rispettare questa normativa né ad arrecare vantaggio, in un modo qualunque, alla mano d'opera di cui si tratta"¹⁵⁸.

I passaggi testé citati appaiono molto significativi: da un lato, essi denotano un'importante considerazione delle normative di tutela del lavoro legali e contrattuali come espressione di interessi pubblici che legittimano l'apposizione di limitazioni alla libertà di prestazione dei servizi; dall'altro lato, tali passaggi sottolineano come sia necessario controllare se gli operatori

¹⁵⁷ Punto 17.

¹⁵⁸ Punto 14.

esterni destinatari di tali normative vincolanti non siano già soggetti ad analoghi vincoli nel loro paese d'origine, e se i lavoratori destinatari della tutela godano di effettivi vantaggi. Gli autori¹⁵⁹ attribuiscono particolare rilievo a quest'ultima precisazione, poiché con essa la Corte ha posto un preciso limite circa la funzione che deve essere concretamente assolta dall'estensione di una normativa lavoristica agli operatori esterni che esercitano in uno Stato membro la loro libertà di prestazione dei servizi: le normative lavoristiche interne devono portare vantaggi ai lavoratori e non avere una indiscriminata funzione anticoncorrenziale.

Ad ogni modo, è la sentenza relativa al caso *Commissione c/ Germania*¹⁶⁰ ad affermare chiaramente il principio per il quale anche le “misure indistintamente applicabili” alle imprese nazionali ed alle imprese straniere rappresentano una violazione della libertà di prestare servizi nel momento in cui si traducono in costi aggiuntivi per le seconde rispetto alle prime.

La Corte ha approfittato delle pronunce emanate in seguito¹⁶¹ per specificare che se l'impresa svolge legittimamente nel proprio Stato l'attività che intende fornire in uno Stato straniero, non è possibile imporle il rispetto di ulteriori condizioni, “che renderebbero troppo costosa e non proficua l'attività stessa”.

Come rilevato dalla dottrina¹⁶², il *fil rouge* seguito in queste prime fasi dalla Corte di giustizia rivela la pervasività del principio del mutuo riconoscimento, adottato per la prima volta nel noto caso *Cassis de Dijon*: anche in relazione ai profili inerenti la costruzione del rapporto tra diritti sociali e libertà comunitarie, l'integrazione del mercato interno tende ad imporre il divieto di duplicare i vincoli amministrativi e burocratici per svolgere attività economiche.

¹⁵⁹ U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009, p. 41.

¹⁶⁰ 4 dicembre 1986, C-205/84, in *Racc.*, 1986, p. 3755.

¹⁶¹ Cfr., tra le altre, la sentenza relativa al caso *Gouda*, C-288/89, punti 12-13.

¹⁶² S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *op. cit.*, p. 90.

La Corte si auto-attribuisce, dunque, il potere di sindacare il regime di controlli e di vincoli amministrativi eventualmente disposto da uno Stato per accertare, preventivamente o *ex post*, le condizioni di impiego dei lavoratori inviati sul proprio territorio per svolgere prestazioni temporanee di lavoro, se agli stessi o analoghi vincoli l'impresa da cui dipendono è sottoposta nello Stato di appartenenza.

4.1.4. Il riconoscimento dell'opportunità di prendere in considerazione la questione delle condizioni di lavoro

Nella sentenza *Rush Portuguesa*¹⁶³, per la prima volta viene affrontato esplicitamente il problema delle condizioni di lavoro da riconoscere ai dipendenti di imprese che eseguono prestazioni di servizi transnazionali.

Nell'inciso con il quale si chiude la sentenza, teso a rassicurare il governo francese rispetto ai rischi di *dumping sociale* derivanti dalla incondizionata apertura del mercato nazionale dei servizi alle imprese straniere, la Corte afferma che “il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati dalle parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta neanche d'imporre l'osservanza di queste norme con i mezzi adeguati”.

L'inciso “indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro” induce a ritenere che, fedele alla lettera dell'art. 59 TCe, la Corte abbia ritenuto applicabili tutte le norme dello Stato ospitante che non si traducano in una discriminazione; da questo punto di vista, il passaggio testé citato non aggiunge nulla di nuovo, dato che la sottrazione delle normative lavoristiche nazionali alle regole del mercato interno dei servizi non era mai stata fino ad allora messa in dubbio dai giudici di Lussemburgo.

In sostanza, in *Rush Portuguesa* la Corte sembra ammettere la piena legittimità della compressione operata dalle normative interne di tutela del

¹⁶³ 27 marzo 1990, C- 113/89.

lavoro sulla libertà di circolazione dei servizi; per questa ragione, alcuni autori hanno ritenuto le affermazioni della Corte assertrici di una “*blanket permission*”¹⁶⁴, di un “potere assoluto”¹⁶⁵ riconosciuto agli “Stati di estendere le tutele del lavoro”, aprendo la prospettiva di un caos normativo.

Nella sentenza *Rush Portuguesa* i giudici di Lussemburgo avevano chiaramente attratto la mobilità dei lavoratori temporaneamente distaccati nell’ambito di una prestazione di servizi (nella specie, l’esecuzione di un appalto transnazionale) nell’orbita regolativa dell’art. 49 TCE, staccandola da quella – cui sino ad allora si era sempre guardato – dell’art. 39 del medesimo Trattato. La Corte aveva così chiarito che – in tali fattispecie – si sarebbero dovuti tenere in considerazione i principi elaborati nella interpretazione dell’art. 49 Tce, quali appunto di lì a poco affinati con passaggio dal divieto delle (sole) misure di carattere (pur indirettamente) discriminatorio in ragione della nazionalità, al divieto di qualunque ostacolo, indistintamente applicabile e perciò anche non discriminatorio, che non fosse giustificabile in ragione di esigenze imperative nel rispetto del criterio di proporzionalità. Il principio di piena parità di trattamento dei lavoratori in base alla legislazione del paese ospitante ai sensi dell’art. 39 TCE non avrebbe più potuto costituire il referente normativo utile ai fini della regolazione di tali forme di mobilità temporanea e indiretta della manodopera nel mercato interno.

In un assai controverso passaggio della pronuncia la Corte, nel dichiarare l’illegittimità dell’obbligo di previa autorizzazione imposto nella specie dalla Francia, si era peraltro anche premurata di rassicurare gli Stati membri destinatari dei servizi sulla possibilità di continuare ad applicare i propri (più elevati) standard di protezione del lavoro, tanto se imposti dalla legge, quanto se previsti dai contratti collettivi. La Corte riconosceva perciò – sia pure ambigualmente – la legittimità della esigenza di preservare in capo agli Stati membri uno spazio di “sovranità sociale” nella determinazione delle

¹⁶⁴ P. DAVIES, *The posted workers directive and the EC treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, pp. 301 e 309.

¹⁶⁵ G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n°71 del 1996*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, pp. 478 e 479.

condizioni di lavoro da applicare anche ai lavoratori che fossero solo temporaneamente distaccati nel proprio territorio per la esecuzione di un servizio, sia pure compatibilmente con i principi posti dall'art. 49 TCE.

Si tratta di un passaggio molto significativo: seppur in maniera ancora embrionale e solo implicita, la Corte di giustizia vi riconosce che la difesa del *dumping* sociale – che nel modello storico aveva costituito la prima *ratio* della politica sociale di armonizzazione “nel progresso”, ormai irrimediabilmente in crisi – diviene, nel nuovo contesto, una potenziale ragione di giustificazione della norma protettiva nazionale nel caso in cui la sua legittimità venga messa in discussione *sub specie* di ostacolo alla libertà di prestazione intracomunitaria di un servizio. La prospettiva comunitaria vi è *in nuce* completamente capovolta: la difesa dai rischi di *dumping* sociale non costituisce più l'innescò di un processo di armonizzazione verso l'alto degli standard di protezione, essendo la generalizzazione dei livelli di tutela più garantistici ormai impensabile nell'Europa allargata¹⁶⁶, ma presenta piuttosto una ragione di giustificazione della legittimità della misura nazionale di maggior favore per il lavoratore distaccato, sia pure sotto il vincolo del controllo di adeguatezza/proporzionalità ai sensi dell'art. 49 TCE¹⁶⁷.

È una svolta concettuale gravida di tensioni e – forse – di irriducibili elementi di contraddizione¹⁶⁸: la giustificazione fondata sulla difesa dal *dumping* sociale mira, infatti, necessariamente a proteggere il sistema normativo e il mercato del lavoro nazionale contro l'ingresso dei più bassi *standard* di tutela del paese di origine del prestatore del servizio, con tutto il loro potenziale carico deregolativo e destrutturante dell'autonomia normativa dello Stato membro ospitante. Sennonché, l'intero impianto della direttiva 96/71/CE, faticosamente

¹⁶⁶ Già nell'Europa allargata a Spagna e Portogallo, cui si riferiva il caso *Rush Portuguesa*, e a fortiori oggi, nell'Unione europea a ventisette.

¹⁶⁷ Cfr. C. BARNARD, *Employment Rights, Free Movement Under the EC and the Services Directive*, Europa Institute, Mitchell Working Papers Series, n. 5/2008, spec. pp. 6-7.

¹⁶⁸ Li mette in rilievo, con la consueta lucidità, G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2008, p. 237 ss, sul punto, pp. 270-272. Ma v. già in precedenza la classica analisi di P. DAVIES, *Posted Workers Directive: single market or protection of National labour law systems?*, in *Common market law review*, 1997, p. 571 ss.

costruita sullo scivolo crinale di bilanciamento indicato da *Rush Portuguesa*, è centrata sulla protezione sociale del lavoratore temporaneamente distaccato, mettendo in secondo piano – rispetto a ciò – la funzione di determinazione di eque condizioni di concorrenza nel mercato comune.

Far transitare questa funzione attraverso la protezione dei lavoratori stranieri distaccati¹⁶⁹ determina, però, inevitabili tensioni con fine di scongiurare il *dumping* sociale a difesa delle condizioni economiche e normative applicate ai lavoratori nazionali: le numerose controversie originate dall'implementazione della direttiva del 1996 dimostrano che gli interessi dei primi (a sfruttare il vantaggio competitivo derivante dal minor costo del lavoro del paese d'origine per reperire temporanee occasioni di impiego nel paese di esecuzione della prestazione del servizio) sono spesso in contrasto con quelle dei secondi. Non sorprende allora che la disciplina in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione intracomunitaria di servizi sia diventato il banco di prova – simbolico e pratico – della capacità di tenuta dei sistemi di diritto del lavoro degli Stati membri (i.e., delle legittime differenze dei modelli sociali nazionali) di fronte alla pervasiva applicazione del divieto di ostacoli non discriminatori al prestatore comunitario di servizi, col potenziale deregolativo ad esso sotteso¹⁷⁰.

4.1.5. Lo spostamento del fulcro del giudizio dalla valutazione dell'esistenza dell'ostacolo alla considerazione delle giustificazioni addotte dallo Stato per mantenerlo: la chiusura del cerchio

La sentenza *Säger*¹⁷¹ si inserisce nell'elaborazione della Corte di giustizia sin qui enucleata come suo punto d'arrivo. Con questa pronuncia

¹⁶⁹ V. anche le acuminata osservazioni di N. REICH, *Free movement vs. social rights in enlarged Union – the Laval and Viking case before the ECJ*, in *German Law Journal*, 2008, n. 2, pp. 125 ss, sul punto pp 139 e 141.

¹⁷⁰ V., tra i tanti. E limitandoci qui alla dottrina italiana, oltre agli autori citati nelle note precedenti, M.V. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, Int. N. 55/2007; F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell’Unione europea*, Bologna, 2008.

¹⁷¹ 25 luglio 1991, C-76/90, in *Racc.*, 1991, I, p. 4221.

viene meno ogni riferimento sia ai trattamenti discriminatori che ai costi connessi alla duplicazione degli oneri amministrativi.

La formula utilizzata dalla Corte in questa occasione è decisamente ampia: essa contempla tutta la normativa lavoristica che uno Stato intenda applicare ai lavoratori stranieri presenti sul proprio territorio per svolgere una prestazione di servizio, venendo conseguentemente a rilevare, ai sensi dell'art. 59, qualsiasi norma che aumenti i costi d'esportazione del servizio e si traduca in un impedimento o semplicemente in un disincentivo ad erogarlo: una normativa che garantisca ai lavoratori stranieri *standard* di tutela superiori rispetto a quelli previsti dalla normativa del loro paese d'origine produce evidentemente tali effetti.

Nella sentenza si legge che l'art. 59 prescrive “non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi”¹⁷².

A partire da questo momento, il mercato dei servizi comunitario diventa il terreno sul quale le prospettive di *dumping* sociale si materializzano al massimo grado¹⁷³.

È proprio la presa di coscienza di questo rischio che spinge la Corte ad individuare, nella stessa sentenza *Säger*, il fattore di compensazione del peso riconosciuto alla libertà di prestazione di servizi, la quale “può essere limitata solo da norme giustificate da imperative ragioni di interesse pubblico”, tra le quali, sin dalla sentenza *Webb*¹⁷⁴, si riconosce che rientri l'esigenza di “tutelare i lavoratori”.

¹⁷² In merito alla c.d. formula *Säger* ed alla sua importanza come momento di svolta nella giurisprudenza della Corte in materia di servizi, cfr., fra gli altri, BARNARD, *The Substantive Law*, p. 350 ss. [verifica altro riferimento in Giubboni-Orlandini](#).

¹⁷³ S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *op.cit.*, p. 91.

¹⁷⁴ Punto 19.

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia ha, dunque, per effetto quello di interrompere l'aprioristica sottrazione delle normative lavoristiche nazionali alle regole del mercato interno dei servizi, senza per questo subordinarle a tali regole: occorre, piuttosto di valutarne la "tenuta" in quanto deroga giustificata all'applicazione delle norme del Trattato Ce, ciò implicando l'onere per lo Stato ospitante di dimostrare che l'applicazione della propria normativa interna permette effettivamente di perseguire un dato interesse dei lavoratori stranieri e che le misure adottate sono proporzionate al fine perseguito.

Applicando la c.d. "formula" *Säger* ai casi *Vander Elst*¹⁷⁵ e *Guoit*¹⁷⁶, la Corte provvederà a chiarire il significato dell'inciso contenuto nella sentenza *Rush Portuguesa*, affermando che l'art. 59 deve essere interpretato come divieto di applicazione di qualsiasi norma capace di ostacolare l'accesso al mercato di uno Stato membro e che, per tale motivo, anche la disciplina dei rapporti di lavoro deve essere vagliata alla luce del principio di proporzionalità per valutarne la "giustificabilità" quale eccezione alle regole del Trattato.

In particolare, nel caso *Vander Elst* la Corte ha precisato che l'inciso contenuto in *Rush* deve essere inquadrata all'interno dei 'tradizionali' principi generali, affermando che "l'art. 59 del Trattato prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare maggiormente le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi". I giudici di Lussemburgo specificano, inoltre, che "la libera prestazione di servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate dall'interesse generale e vevoli per tutte le persone e le imprese che esercitino un'attività nel territorio dello

¹⁷⁵ 9 agosto 1994, C-43/93.

¹⁷⁶ 28 marzo 1996, C-272/94.

Stato destinatario, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito¹⁷⁷.

Tra il 1999 e il 2002, la Corte ha effettuato alcune ulteriori messe a punto con le sentenze relative ai casi *Arblade*¹⁷⁸, *Mazzoleni*¹⁷⁹, *Finalarte*¹⁸⁰ e *Portugaia Construções*¹⁸¹, nelle quali, in particolare, è giunta definitivamente ad estendere il ragionamento (inizialmente riferito solo alla materia retributiva) all'insieme delle tutele del lavoro. In tali sentenze, la Corte non ha potuto tenere conto della direttiva comunitaria 96/71/Ce elaborata in quegli anni ed ha continuato a giudicare alla luce della sola normativa del Trattato: ad ogni modo, la cadenza temporale di tutte queste pronunce non è priva di significato, perché esse si incrociano con la predisposizione delle due proposte di direttiva sul distacco dei lavoratori del 1991 e del 1993.

4.1.6. I punti fermi raggiunti a seguito della prima ondata giurisprudenziale

Le decisioni della Corte di giustizia pronunciate tra il 1974 e il 2002 hanno consentito di individuare dei punti fermi sul rapporto tra libertà economiche comunitarie e tutela del lavoratore distaccato.

In primo luogo, l'art. 59 (oggi 49) del Trattato "prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, qualora sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi".

¹⁷⁷ La Corte ha utilizzato espressioni uguali nella pronuncia relativa al caso *Guiot* (28 marzo 1996, C-272/94, punti 10, 11 e 12).

¹⁷⁸ 23 novembre 1999, C-369/96.

¹⁷⁹ 15 marzo 2001, C-165/98.

¹⁸⁰ 25 ottobre 2001, C-49, 50, 52, 54, 68 e 71/98.

¹⁸¹ 24 gennaio 2002, C-164/99.

Secondariamente, la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale del Trattato, può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative di interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante”, le quali, a loro volta, “possono, altresì, garantirne l'osservanza”, e che tra tali ragioni rientra certamente “la tutela dei lavoratori” (considerata in quanto tale e nella sua interezza scopo legittimo compatibile con il Trattato).

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

A tal fine, occorre verificare se “l'applicazione delle normative nazionali di uno Stato membro ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri [sia] idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento”. Con specifico riferimento alla normativa di tutela del lavoro, ciò significa che occorre verificare se la normativa lavoristica “sia necessaria e proporzionata per la tutela dei lavoratori interessati”; il che significa, più precisamente, verificare se l'interesse protetto dalla normativa di tutela non sia già “tutelato dalle norme cui il prestatore [di servizi] è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito” (nel senso che i lavoratori “godano della stessa tutela sostanzialmente analoga, in forza degli obblighi cui il datore di lavoro già è soggetto nel suo Stato membro di stabilimento”) e – evidentemente in caso negativo – se “detta normativa comporti, per i lavoratori interessati, un vantaggio reale che contribuisce in maniera significativa alla loro tutela sociale”, e quindi ancora se “lo stesso risultato non possa essere conseguito mediante regole meno restrittive”.

4.2. La direttiva 96/71/Ce come rimedio all'insufficiente certezza giuridica del *test* di proporzionalità: “*Fenomenali poteri cosmici, in un minuscolo spazio vitale*”?

Nonostante si fosse raggiunta una sorta di equilibrio, la scelta di rimettere integralmente al *test* di proporzionalità svolto dalla Corte il compito di definire caso per caso la sorte della normativa lavoristica applicabile ai lavoratori distaccati, senza che vi fosse una base normativa certa di riferimento, appariva foriera di una significativa imprevedibilità, ponendo conseguentemente un problema di certezza circa le regole da rispettare nell'ambito del mercato interno da parte di imprese e Stati membri.

Per questa ragione, la Commissione, basandosi sugli artt. 57 (ora 47) e 55 (ora 66) del Trattato, ha proposto l'adozione di una direttiva relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, al fine di “facilitare la libera circolazione dei servizi attraverso il coordinamento delle legislazioni nazionali in materia di condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori stranieri temporaneamente distaccati sul territorio di un altro Stato membro”.

La direttiva adottata, la 96/71/Ce, trova il suo fulcro nell'art. 3.1, che indica, come precisato dal considerando n. 13, “un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima cui devono attenersi nel paese ospite il datore di lavoro che distacca dipendenti a svolgere un lavoro a carattere temporaneo nel territorio di uno Stato membro dove vengono prestati i servizi”.

Tuttavia, diversamente da quanto atteso, la direttiva non specifica veramente l'inciso della sentenza *Rush*, in quanto non si preoccupa di definire i limiti all'applicazione dei regimi nazionali di tutela lavoristica ai lavoratori distaccati.

Ciò che colpisce nella formulazione dell'art. 3.1, è che esso non stabilisce – come ci si poteva legittimamente attendere, data l'esigenza di

“positivizzare”¹⁸² il *test* di proporzionalità – cosa gli Stati importatori di servizi “possono” fare, ma cosa essi “debbono” fare.

Il considerando n. 5 della direttiva cerca di giustificare questa formulazione specificando che “le misure che garantiscono il rispetto dei diritti dei lavoratori [...]” sono richieste dallo “sviluppo della prestazione transnazionale”. Tuttavia, nel corso dell’evoluzione giurisprudenziale un simile argomento, peraltro molto labile, è stato avanzato non per fondare un obbligo degli Stati di garantire determinate tutele sociali ma, piuttosto, in una logica del tutto opposta, per legittimare una deroga alle norme che garantiscono la libertà di prestazione dei servizi.

Non si capisce in base a quale logica le norme del Trattato che riconoscono la libertà di prestazione dei servizi possano essere poste a fondamento di un obbligo di limitazione (tramite l’imposizione dell’applicazione della normativa lavoristica nazionale dello Stato ospitante) di questa stessa libertà.

Inoltre, si dubita della reale portata precettiva di una norma che impone agli Stati importatori di servizi ciò che già tendono a fare, invece di chiarire agli stessi cosa non possono fare senza violare l’art. 59 del Trattato.

Come è stato rilevato¹⁸³, occorre domandarsi chi sia il reale beneficiario di una normativa come quella contenuta nella direttiva 96/71/Ce.

Sulla base di queste considerazioni, alcuni autori¹⁸⁴ hanno evocato la possibilità che la direttiva potesse essere censurata dalla Corte di giustizia per contrarietà all’art. 59 del Trattato, previsione che, tuttavia, non ha avuto riscontro concreto.

Al di là di quella che è la formulazione L’art. 3.1 della direttiva prescrive agli Stati membri di applicare ai lavoratori distaccati sul loro

¹⁸² S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., p. 107.

¹⁸³ F. BANO, *La retribuzione minima garantita ai lavoratori distaccati nell’ambito di una prestazione di servizi*, in *Orientamenti di giurisprudenza del lavoro*, 2001, p. 12.

¹⁸⁴ M.A. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l’Union européenne*, in *Journal du droit international*, 1996, p. 891 ; P. DAVIES, *Posted workers : Single market or protection of national labour system ?*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 596 ; più recentemente, R.C.A. WHITE, *Workers, Establishment and Services in the European Union*, Oxford, 2004, p. 41.

territorio le disposizioni relative ad un nucleo di materie la cui applicazione è finalizzata a garantire al lavoratore distaccato la tutela minima. Si tratta di tutte le materie che costituiscono l'area di competenza comunitaria in materia sociale (ad eccezione delle "tariffe minime salariali", essendo la materia retributiva espressamente esclusa dalle competenze comunitarie *ex art. 137.5 del Trattato*): periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, durata minima delle ferie retribuite, condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, salute e sicurezza sul lavoro, tutela della gravidanza, dei bambini e dei giovani, parità di trattamento tra uomo e donna.

La direttiva, inoltre, specifica all'art. 3.7 che se la normativa dello Stato d'origine garantisce un trattamento più favorevole per il lavoratore rispetto a quello disposto dalla normativa dello Stato ospitante, la prima prevale sulla seconda.

La previsione della direttiva, così sintetizzata, appare limpida e lineare: si applicano le norme dello Stato ospitante, ma il lavoratore mantiene le tutele superiori garantite da quelle dello Stato d'origine. Come detto, si impone agli Stati ciò che hanno interesse a fare (applicare la propria normativa lavoristica) e si consente loro di fare ciò che è loro interesse non fare (derogare – *in melius* – agli obblighi posti dalla direttiva, cosa che equivarrebbe a non applicare la propria normativa lavoristica ma quella dello Stato d'origine).

La Corte di giustizia, ponendosi in un'ottica adeguatrice, ha da subito chiesto agli Stati ospitanti di effettuare una valutazione "preventiva" della normativa dello Stato d'origine, attività che costituisce l'essenza del c.d. *test* di compatibilità comunitaria.

4.2.1. Natura degli interessi difesi dalle NAN ed art. 3.1 della direttiva

Il rapporto tra le norme imperative e quelle di applicazione necessaria ha significativamente attirato l'attenzione della dottrina, in particolare per quanto concerne la possibilità di interpretare la nozione di norme imperative

utilizzata dagli artt. 3 e 6 del regolamento ma, soprattutto, per quanto qui interessa, dall'art. 8, come rientrante nel novero delle NAN, con la conseguenza di poter invocare l'applicabilità di tali ultime norme anche ai sensi delle prime.

In quest'ottica, nelle more della redazione del regolamento è stata sollecitata una precisazione sul significato dell'espressione "norme imperative", proprio al fine di chiarire la delicata questione dei rapporti (di interazione reciproca o di esclusione) intercorrenti tra le varie norme, e poterne delimitarne in modo rigoroso i rispettivi ambiti di applicazione: la convenzione di Roma utilizzava, infatti, il medesimo sintagma sia nel caso dell'art. 6, par. 1, che in quello dell'art. 7.

Tuttavia, la comprensibile volontà di chiarimento ha determinato il sorgere di nuovi interrogativi, soprattutto nell'ottica del coordinamento del regolamento con l'art. 3, par. 1 della direttiva 96/71/CE.

Da un lato, l'art. 3, par.1 costituisce una norma unilaterale, in quanto specifica che al lavoratore distaccato devono applicarsi le disposizioni del paese di distacco relative al nucleo di materie di cui si è detto più sopra.

Senza pretendere di introdurre garanzie di contenuto internazionalmente uniforme a favore del lavoratore distaccato, è andata ad integrare l'allora art. 7 (ora, art. 9) proponendo il suddetto nucleo norme come di "internazionalmente imperativo" e, quindi, necessariamente applicabile.

Dall'altro lato, però, la nuova formulazione dell'art. 9 propone, una definizione più restrittiva di quella precedente, identificando come "norme di applicazione necessaria" – da distinguersi rispetto a quelle imperative dell'art. 8, par. 1 – le norme che tutelano interessi pubblici quali l'organizzazione politica, sociale ed economica di un dato paese.

Si è, dunque, posto il problema di capire se e in quale misura norme imperative poste a tutela di interessi privati, quali quelle individuate dall'art. 3, par. 1, della direttiva debbano o meno considerarsi comprese nella nozione dell'art. 9.

Secondo la dottrina^{185, 186} tedesca, la categoria delle NAN deve essere considerata come riferita *unicamente* a norme che si prefiggono la tutela di interessi pubblici di questo genere, dovendosi, pertanto, optare per un'interpretazione stretta di tale nozione. Di conseguenza, tutte le altre norme imperative – in particolare quelle che perseguono solo indirettamente interessi di natura pubblicistica, avendo come scopo diretto la protezione di interessi privati di certe categorie di individui (come nel caso del lavoratore) – resterebbero escluse dalla categoria¹⁸⁷.

Un secondo filone dottrinale¹⁸⁸, peraltro prevalente, contesta quest'argomentazione, sostenendo che l'esclusione *a priori* di tutte le norme protettive dalla categoria delle *lois de police* sia troppo “severa” ed “inaccettabile”, ed ammettendo pacificamente la riconducibilità entro la categoria delle NAN anche di disposizioni che mirano a proteggere interessi privati, qualificate appunto come *lois de police protectrices*. Questa tesi risulta ampiamente avvalorata da una serie di pronunce giurisprudenziali sul punto: si

¹⁸⁵ P. FRANCESKAKIS, *Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapport avec les règles de conflits de lois*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, 1996, p. 1 ss.; P. MANKOWSKI, *Art. 34 EGBGB erfaßt § 138 BGB nicht!*, in *Recht int. Wirtschaft*, 1996, p. 8 ss..

¹⁸⁶ Ma anche secondo la giurisprudenza: nel 1992 (29 ottobre, in *IPRax*, 1994, p. 123), il *Bundesarbeitsgericht* ha escluso la possibilità di ricorrere all'art. 34, par. 2 EGBGB (che riprende l'art. 7, par. della convenzione di Roma) per rendere applicabili le norme di protezione dei lavoratori (nel caso di specie, è stato negato che il § 613a BGB, che tutela o diritti dei dipendenti nel caso di cessione di un'impresa carattere internazionalmente imperativo); nel 2005, il *Bundesgerichtshof* ha emanato una sentenza (13 dicembre – XI ZR 82/05, in *IPRax*, 2006, p. 272) nella quale ha affermato che le norme protettrici di certe categorie di individui, in particolare i contraenti deboli, non rientrano nella nozione di norme di applicazione necessaria pur quando promuovono in modo riflesso interessi della collettività.

¹⁸⁷ U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *op.cit.*, punto 8.4.1, p. 33 ss.

¹⁸⁸ P. MAYER, *La protection de la partie faible en droit international privé*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaison franco-belge*, Paris, 1996, p. 522 ss.; A. NUYTS, *L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)*, in *Rev. critique*, 1999, p. 40 ss. Per la dottrina italiana, F. POCAR, *La protection de la partie faible*, cit., p. 392 ss.; U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2002, p. 175 ss.; A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 172 ss.; N. BOSCHIERO, *Verso il rinnovamento e la trasformazione della convenzione di Roma: problemi generali*, in P. PICONE (ed.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 386 ss., e *Norme inderogabili*, cit., p. 111; A. BONOMI, *Le NAN*, in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 173 ss.

pensi alle sentenze rese nei casi *Arblade*¹⁸⁹, *Mazzoleni*, *Ingmar* e, più recentemente, *Mostaza Claro*¹⁹⁰. La Corte di giustizia ha espressamente ammesso che fra le ragioni imperative di interesse generale da essa già riconosciute è ricompresa anche la protezione di soggetti privati rispetto ai quali venga in rilievo una condizione contrattuale di debolezza, come ad esempio i lavoratori (così come i consumatori, o gli agenti commerciali). In linea generale, la Corte si rifiuta¹⁹¹ di distinguere gli imperativi di protezione della parte debole da quelli (più generali) di protezione degli interessi propri dell'ordinamento comunitario, prediligendo, quindi, una lettura ampia della categoria¹⁹² (e lasciando, di conseguenza, piena libertà agli Stati nella determinazione del contenuto – e quindi, della natura – degli interessi tutelati dalle norme di applicazione necessaria). La scelta potrebbe giustificarsi per il fatto che la protezione del contraente debole è, in una prospettiva più ampia, connessa al rispetto del generale principio di uguaglianza: l'obiettivo della non discriminazione è uno dei pilastri fondanti l'ordinamento comunitario e, di riflesso, gli ordinamenti dei singoli Stati nazionali che ne fanno parte, con la conseguenza che la protezione del contraente debole è, in sostanza, assicurata per garantire – peraltro, in modo diretto – l'effettività del principio di uguaglianza.

In sintesi, il quadro che si presenta all'interprete si caratterizza per una certa contraddittorietà: da un lato, una giurisprudenza comunitaria ormai

¹⁸⁹ In questo caso, la Corte di giustizia ha utilizzato la nozione di *lois de police* con riferimento a norme nazionali di protezione dei lavoratori.

¹⁹⁰ Corte di giustizia, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium*, in *Rev. Arbitrage*, 2007, p. 199, nota L. IDOT.

¹⁹¹ Sulle tre decisioni menzionate, e sull'interpretazione data dalla Corte della nozione di disposizioni imperative, cfr. E. PATAUT, *Lois de police et ordre juridique communautaire*, in A. FUCHS, H. MUIR-WATT, E. PATAUT (SOUS LA DIRECTION DE), *Le conflit de lois et le système juridique communautaire*, Paris, 2004, p. 141; N. BOSCHIERO, *Norme inderogabili, "disposizioni imperative del diritto comunitario" e "leggi di polizia" nella proposta di regolamento "Roma I"*, in *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento "Roma I"*, in *Quaderni della fondazione italiana per il Notariato*, Milano, 2007, p. 11 ss; A. BONOMI, *The Role of Internationally Mandatory Rules in an European Private Law System*, in *Revista de Drept international Privat si Drept Comparat*, 2006, p. 165 ss.

¹⁹² È vero che questo orientamento riguarda principalmente, pur se non esclusivamente, norme di origine comunitaria, ma è difficile sostenere che per le norme imperative degli Stati membri debba valere un'interpretazione completamente opposta.

consolidata opta per un'interpretazione ampia della nozione, mentre dall'altro, la lettera dell'art. 9 del regolamento sembra volerne circoscrivere i confini. Sarà interessante vedere in che modo la Corte di giustizia applicherà il regolamento in futuro, sembrando lecito domandarsi se essa prenderà effettivamente atto del restringimento operato dall'art. 9 – scelta che, peraltro, determinerebbe significative difficoltà interpretative rispetto ai contenuti e alle finalità della direttiva sul distacco –, oppure se vorrà cogliere in tale restringimento una conferma del carattere doppiamente imperativo di certe norme, sfruttando la differenziazione terminologica operata dal legislatore comunitario per attribuire un rilievo ancora maggiore alla finalità protettiva che le anima.

Come si è detto, il dibattito sull'estensibilità della qualità di norma di applicazione necessaria alle norme imperative semplici caratterizzate da finalità protettive di interessi privati trova uno degli esempi più significativi proprio nell'ipotesi del distacco del lavoratore: è, infatti, discussa l'attribuzione della qualità di NAN alle disposizioni protettive previste dal diritto interno dello Stato ospitante.

Il considerando n. 34 della direttiva n. 96/71/CE sembrerebbe fornire una soluzione positiva, riferendosi alle disposizioni del paese di distacco in termini di NAN (“la norma sul contratto individuale di lavoro” – l'art. 8, par. 1, del regolamento – “non dovrebbe pregiudicare l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del paese di distacco”). Per tale ragione, alcuni autori sostengono che le norme imperative applicabili al lavoratore distaccato in forza dell'art. 3, par. 1, della direttiva 96/71/CE possano essere pertinentemente definite come norme interne che divengono di applicazione necessaria “per investitura comunitaria”¹⁹³.

Parte della dottrina mette in dubbio il riconoscimento del suddetto *status* anche alle norme imperative protettive applicabili al caso particolare del lavoratore distaccato. Secondo alcuni autori¹⁹⁴, infatti, l'attribuzione di tale

¹⁹³ Si veda a tal proposito, la illuminante ricostruzione proposta da A. BONOMI, *Le norme imperative*, cit., p. 127 ss.

¹⁹⁴ D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, cit., p. 567.

qualifica, più che esprimere una qualità intrinseca delle norme e delle leggi in questione, sarebbe semplicemente sintomatica dell'inadeguatezza del criterio di collegamento dell'autonomia internazionalprivatistica rispetto agli obiettivi che si propongono di raggiungere le politiche di protezione del contraente debole. In questa logica, l'etichetta di *lois de police*¹⁹⁵ dovrebbe ritenersi adatta solo a quelle norme internazionalmente imperative che tutelano interessi di chiara matrice pubblicistica, come la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale ed economica dello Stato, con la conseguenza che le norme di cui all'art. 3, par. 1, della direttiva non dovrebbero considerarsi come NAN.

Diversamente, altri autori¹⁹⁶ negano che l'attribuzione della qualità di NAN anche alle norme protettive dell'interesse – privato – della tutela del lavoratore distaccato abbia una finalità meramente correttiva, ritenendo che tale qualifica spetti loro legittimamente: detti autori ritengono, infatti, possibile che anche questo tipo di norme protettive sia strutturalmente funzionale a realizzare, pur se in modo meno diretto (in una sorta di “tutela riflessa”¹⁹⁷), finalità pubblicistiche relative all'organizzazione economica dello Stato.

Ammissa la ricomprensione delle norme poste a tutela di interessi privati – e, dunque, anche della protezione del lavoratore distaccato – nella categoria delle NAN, occorre domandarsi, alla luce della giurisprudenza del periodo 1974-2002, in che modo tali norme operino concretamente.

4.3. Da norme di “applicazione” a norme di “applicabilità” necessaria: l'ossimorico risultato del c.d. *double burden test* come limite ai limiti

4.3.1. I meccanismi generali di funzionamento delle norme di applicazione necessaria e le

¹⁹⁵ Questa, peraltro, la rubrica della medesima norma nella Proposta di Regolamento.

¹⁹⁶ N. BOSCHIERO, *I limiti all'autonomia*, cit., p. 86 ss.; P. MAYER, *La partie faible en droit privé*, cit., p. 522.

¹⁹⁷ A. BONOMI, *Le norme di applicazione necessaria*, cit., p. 182.

particolari norme dell'art. 3, par. 1 della direttiva

Chiariti i termini di fondo della distinzione tra NIS e NAN, ed ammessa la qualità di NAN anche per le norme poste a tutela di interessi privati caratterizzate da finalità protettive come quelle richiamate dall'art. 3, par. 1, della direttiva sul distacco, appare necessario comprendere quale sia il meccanismo in base al quale tali norme funzionano.

Secondo il DIP, le norme appartenenti a tale categoria sono astrattamente suscettibili di operare secondo diverse modalità¹⁹⁸.

Da un lato, possono sottrarre preventivamente ogni rilievo alle regole di conflitto altrimenti applicabili: in questo caso, la regolamentazione materiale della fattispecie dovrà trarsi direttamente dalle norme internazionalmente imperative del foro, senza che residui alcun ruolo per quelle di conflitto. Dall'altro lato, le NAN possono funzionare al solo scopo di assicurare il conseguimento di una soglia minima di regolamentazione e, dunque, di tutela¹⁹⁹, senza con ciò escludere che fattispecie rientranti nella propria sfera di efficacia siano rette da una legge straniera, richiamata dalle pertinenti regole di conflitto²⁰⁰.

Al fine di stabilire se venga in rilievo l'uno o l'altro dei due schemi di funzionamento prospettati, occorre verificare se la disciplina imperativa di cui si discute pretenda di realizzare un determinato equilibrio fra le diverse *policies* che interessano la fattispecie (caso in cui l'applicazione di una legge straniera altererebbe comunque il quadro regolatorio voluto dalla norma stessa), o se, piuttosto, essa miri semplicemente a salvaguardare un certo valore materiale (obiettivo, questo, che non verrebbe frustrato, ad esempio, dall'applicazione di una legge straniera più protettiva di quella di partenza,

¹⁹⁸ TREVES, *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967, pp. 53-59; *Id. Art. 17. Commentario breve*, p. 87.

¹⁹⁹ BERTOLI, 2005, p. 364 ss. e 460 ss..

²⁰⁰ Secondo le ricostruzioni più tradizionali (cfr. MALINTOPPI, 1987, p. 354), invece, le norme di applicazione necessaria funzionerebbero sistematicamente come limite preventivo alle regole di conflitto.

essendo, anzi, la legge più protettiva in grado di contribuire significativamente al raggiungimento degli scopi di tutela prefigurati nella fattispecie).

L'opera dell'interprete che debba decidere quali norme applicare è, certamente, facilitata quando siano le stesse norme ad attribuirsi lo *status* di norme imperative, come accade per le norme nazionali e per i contratti collettivi di lavoro cui si riferisce l'art. 3, par. 1, della direttiva 96/71/CE: tali norme operano in base alla seconda delle due modalità individuate, poiché mirano a salvaguardare lo specifico valore materiale della tutela minima (senza ostare all'applicazione della legge che si dimostri più favorevole rispetto a quella designata in quanto prevede un livello di tutela più elevato [art. 3, par. 7]). Proprio in ragione della loro funzione, le norme imperative di tipo protettivo non possono applicarsi immediatamente ed incondizionatamente ad ogni situazione ricompresa nel loro ambito di operatività, ma possono ritenersi idonee a paralizzare il rinvio al diritto straniero solo quando quest'ultimo presenti contenuti incompatibili con gli obiettivi da esse perseguiti, solo, cioè, quando dall'applicazione del diritto straniero dovesse risultare un livello di tutela inferiore a quello minimo.

Se, da un lato, è il carattere protettivo delle finalità perseguite a conferire alle disposizioni richiamate dall'art. 3, par. 1, della direttiva dignità di NAN, è questa stessa prerogativa a determinare il relativo meccanismo di funzionamento. La possibilità, lasciata aperta dal suddetto par. 7, di applicare norme più favorevoli di quelle richiamate al par. 1 della stessa disposizione, legittima e, nel contempo, presuppone/impone la necessità di svolgere una comparazione tra le diverse norme votate ad applicarsi.

Per stabilire se vi siano norme più favorevoli (e decidere, dunque, se le NAN del paese di distacco debbano effettivamente prevalere sulle norme della *lex contractus*, sia essa quella del foro competente, oppure la diversa legge designata in base al sistema di conflitto) è necessario, infatti, mettere a confronto i contenuti materiali delle norme degli ordinamenti implicati e valutare quale di esse sia più garantista. Peraltro, non deve dimenticarsi che la precedente versione dell'art. 9 (l'art. 7) vincolava esplicitamente l'operatività

delle norme *de quibus* alla valutazione della loro natura, del loro oggetto e – elemento particolarmente interessante in questa sede – delle conseguenze della loro applicazione o non applicazione (par. 1, ultima frase), lasciando di fatto intendere che tali norme non potessero applicarsi direttamente, ma che fosse necessario svolgere una ponderazione preventiva.

Se dall'applicazione delle norme del Paese di distacco deriva una tutela uguale o inferiore a quella garantita dalle (o da una delle) altre *lois en présence*, l'applicazione forzata delle prime rappresenta un ostacolo ingiustificato all'esercizio della libertà comunitaria di prestazione di servizi. Per questa ragione, la comparazione fra i contenuti materiali delle leggi aventi vocazione ad essere applicate viene a realizzare un vero e proprio controllo di compatibilità comunitaria (cita Romani)²⁰¹,²⁰². Per poter trovare applicazione, tali norme devono, infatti, passare attraverso una sorta di filtro preventivo, il c.d. giudizio di giustificabilità, o *double burden test*, che viene svolto dalla Corte di giustizia.

4.3.2. Contrasto fra ordinamenti?

Da un punto di vista ordinamentale, non si rischia un vero e proprio contrasto fra l'ordinamento comunitario e quello internazionale, ma si va, piuttosto, incontro, alla necessità di un coordinamento fra i due. Il controllo comunitario operato dalla Corte non va ad intaccare direttamente il sistema di diritto internazionale privato: non è, infatti, il meccanismo di funzionamento delle norme di conflitto in sé considerato a costituire un ostacolo alle libertà

²⁰¹ Nella sentenza relativa al caso *Arblade* (23 novembre 1999, in cause riunite C-369/96 e C-376/96), pur non utilizzando esplicitamente la nozione di NAN, i giudici di Lussemburgo hanno affermato la necessità di verificare la compatibilità di tale pretesa con le disposizioni del Trattato, pena la violazione dei principi di preminenza e di applicazione uniforme del diritto comunitario. Nello stesso senso, le sentenze 3 febbraio 1982, in cause riunite 62 e 63/81, *Seco*, in *Raccolta*, 1982, p. 223 ss.; 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa Lda*, in *Raccolta*, 1990, p. I-1417 ss.; 28 marzo 1996, C-272/94, *Guiot*, in *Raccolta*, 1996, p. I-1905 ss.; 15 marzo 2001, C-165/98, *André Mazzoleni*, in *Raccolta*, 2001, p. I-2189 ss. V. anche le sentenze 25 ottobre 2001, C-49/98, C-50/98 e da C-68/98 a 71/98, *Finalarte*, in *Raccolta*, 2001, p. I-7831 ss.; 24 gennaio 2002, C-164/99, *Portugaia Construções L*, in *Raccolta*, 2002, p. I-787 ss.

²⁰² La necessità di tale controllo conduce, di fatto, a sfatare in via generale il mito della norma applicabile in modo assolutamente incondizionato.

comunitarie²⁰³, ma l'effetto esplicito da tale meccanismo, in altri termini, il contenuto materiale della legge concretamente richiamata. Il diritto comunitario accetta il sistema di conflitto, lo "lascia funzionare", introducendo, però, un correttivo²⁰⁴ ove il gioco della regola di conflitto determini un risultato contrastante con le libertà comunitarie²⁰⁵.

Le libertà comunitarie, in tale ottica, funzionano, come una sorta di "contro-limite": nel caso del distacco, esse entrano, infatti, a far parte dei principi fondamentali dello Stato di origine, agendo secondo un meccanismo assimilabile a quello dell'eccezione di ordine pubblico²⁰⁶, o – a loro volta – proprio a quello delle norme di applicazione necessaria operanti secondo il principio della comparazione o della fungibilità, imponendo la disapplicazione delle disposizioni di una legge ritenute incompatibili con il diritto comunitario.

²⁰³ C. KHOLER, *La Cour de justice des Communauté Européennes et le droit international privé*, in *Travail commercial français* (1994) p. 76 ss.; BENEDETTELLI, *Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 595; L. IDOT, *L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé*, in *Petites affiches*, 2002, p. 31 ss.

²⁰⁴ KOHLER, *La Cour de justice de Communautés Européennes et le droit international privé*, communication au Comité français de droit international privé, séance du 25 mars 1994, *Travaux du comité français de droit international privé (1993-1995)*, 1996, p. 77 ss. Citazione OK

²⁰⁵ Ad ogni modo, resta vero che, anche se il controllo non investe direttamente il contenuto della norma di conflitto, imponendo la disapplicazione delle disposizioni di una legge dagli effetti restrittivi si determina, comunque, una deviazione (per non parlare di parziale paralizzazione) del sistema di DIP (cfr. SAGGIO, *Diritto internazionale privato e diritto uniforme nel sistema comunitario*, in *La riforma del diritto internazionale privato*, Atti del convegno, Roma, 11-12 aprile 1996, Napoli, 1997, p. 217.), fino a comportare l'applicazione di una legge nazionale diversa da quella originariamente individuata dalla regola di conflitto. Non è, dunque, del tutto corretto affermare che le norme di DIP siano sottratte al controllo della Corte: da un punto astratto, infatti, ove la struttura della norma di conflitto implicasse sistematicamente un (ingiustificato) effetto restrittivo sulle libertà comunitarie, indipendentemente dal contenuto della legge richiamata, i principi sviluppati dalla Corte ne imporrebbero la disapplicazione.

²⁰⁶ Secondo M.V. BENEDETTELLI (*Libertà comunitarie di circolazione e diritto internazionale privato delle società*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2001, p. 600 ss.), il diritto comunitario entra in gioco solo quale limite esterno all'applicazione della *lex causae* o *lex contractus*, "a mo' di ordine pubblico" (un ordine pubblico di tipo particolare, che condiziona l'efficacia non solo del diritto straniero ma anche del diritto interno): le libertà comunitarie, impedendo che disposizioni straniere, ostacolo la libera circolazione, siano automaticamente applicate nel foro (ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Cedam, 2002, pp. 274).

4.3.3. Lo svolgimento del *test* di compatibilità: uno strumento di “comunitarizzazione indiretta”

Il *test* di compatibilità comunitaria contribuisce alla creazione di quello che alcuni autori²⁰⁷ chiamano “diritto internazionale privato comunitario indiretto” (che va ad aggiungersi a quello “diretto”, di cui si è già detto) e ritengono prodotto dal confronto obbligatorio tra i risultati dell’applicazione delle regole del diritto internazionale privato e i principi fondamentali del diritto comunitario.

Da un punto di vista operativo, il *test* di compatibilità comunitaria (o giudizio di giustificabilità, o *double burden test*), si articola in due fasi: le norme devono superare (a) un sotto-*test* di comparazione e (b) un sotto-*test* di proporzionalità.

a) Il *test* di comparazione consiste nell’operare un confronto tra i contenuti delle norme imperative dello Stato di distacco e quelli della *lex contractus*. Perché si ammetta l’applicazione di queste ultime, è necessario che il vantaggio reale ricercato con il *test* di proporzionalità non sia già garantito dalla legge scelta dalle parti o da quella applicabile in mancanza di scelta. Per stabilire ciò, occorre partire dal presupposto del mutuo riconoscimento tra i due ordinamenti e verificare con un *test* di equivalenza quale sia il livello di protezione dell’interesse in questione previsto dalle leggi aventi vocazione ad essere applicate²⁰⁸. Se la *lex contractus* contiene una protezione del lavoratore distaccato identica o comunque simile (più esattamente, “sostanzialmente comparabile”²⁰⁹) rispetto a quella garantita dalle norme imperative dello Stato di distacco, l’imposizione dell’ostacolo (l’applicazione di tali norme) alla circolazione del servizio, si rivela ingiustificata. In questa prospettiva, sullo Stato ospitante grava, perciò, un onere probatorio – finalizzato a giustificare il ricorso alla normativa nazionale. La comparazione è applicabile a qualsiasi istituto lavoristico e può astrattamente essere effettuata sia per punti specifici

²⁰⁷ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *La portée du test de compatibilité*, cit., p. 477.

²⁰⁸ Corte giust., *Commissione c/ Germania*, 2005, esige un confronto preventivo.

²⁰⁹ Corte giust., *Mazzoleni*, 2001.

che complessivamente: la Corte di giustizia ha, tuttavia, mostrato di propendere per la seconda tecnica (c.d. comparazione globale), precisando che l'equivalenza fra l'effetto concreto dell'applicazione delle norme imperative dello Stato di distacco e di quelle della *lex contractus* deve essere stabilita "nel suo complesso, con riguardo alla retribuzione, al fisco e agli oneri previdenziali"²¹⁰. Il quadro normativo applicabile alla fattispecie concreta non si ottiene, dunque, dall'applicazione selettiva delle singole disposizioni più favorevoli di ciascuna delle leggi in gioco. Il *test* di compatibilità comunitaria non è, infatti, strutturato, in modo tale da garantire il risultato materiale della massima protezione del lavoratore. Scopo del *test* è semplicemente quello di verificare se il risultato di protezione ricercato da un dato Stato tramite le proprie norme di applicazione necessaria possa essere ugualmente garantito dall'applicazione complessiva della legge di un altro Stato: una risposta positiva a tale quesito imporrà la disapplicazione delle norme di applicazione necessaria dello Stato di distacco, essendo possibile raggiungere un risultato complessivo equivalente senza, però, porre ostacoli non necessari alle libertà comunitarie. Il *burden test* opera, in sostanza, secondo una fragile logica di compromesso²¹¹: la rinuncia alla potenzialità del grado massimo di tutela in favore dell'esercizio senza ostacoli della libertà comunitaria di circolazione dei servizi, viene pagata con l'assicurazione di un livello di tutela minima.

La fase della comparazione serve a valutare se l'applicazione delle norme dello Stato ospitante costituisca un effettivo interesse di pubblica rilevanza meritevole di tutela. che la tutela dei lavoratori sia considerata un "interesse meritevole di tutela" per la Corte di giustizia si è detto essere pacifico. Resta da chiarire se tale interesse possa essere non solo quello dei lavoratori stranieri distaccati, ma anche quello dei lavoratori del paese ospitante. La Corte ha in merito ricordato che l'esigenza di proteggere il mercato di lavoro nazionale dalla

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ M. BONNECHÈRE, *Pour une mobilisation des ressources du droit européen en faveur des droits sociaux*, in *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, E. Dokès (sous la direction de), Paris, 2007.

concorrenza dei lavoratori stranieri, al fine di qualsiasi obiettivo di natura economica, non può giustificare restrizioni alla libera prestazione dei servizi²¹². La precisazione per la quale si deve considerare esclusivamente il beneficio che dall' "ostacolo" possono trarre i lavoratori stranieri è di indubbia importanza perché svela un aspetto per certi versi paradossale dell'intera disciplina comunitaria in esame. È evidente che l'interesse principale degli Stati ospitanti è esattamente quello di difendere il proprio mercato del lavoro e le proprie imprese dei servizi. Tale interesse diventa però "inconfessabile" perché non conciliabile con i principi sui quali il mercato interno si fonda, e per tale ragione deve essere perseguito invocando l'interesse dei lavoratori stranieri, che in realtà è tutelato solo incidentalmente dalle legislazioni nazionali. Il risultato è che si attribuisce allo Stato ospitante una funzione davvero singolare, quella di tutelare i lavoratori di uno Stato straniero, che dovrebbe spettare al loro Stato d'appartenenza²¹³.

È vero, comunque, che la distinzione tra scopi "protezionistici" e scopi "altruistici" (se così vogliamo chiamare quelli che hanno a che fare con gli interessi dei lavoratori stranieri) perde di drammaticità in virtù di un ulteriore principio adottato dalla Corte, per il quale l'intenzione del legislatore non può considerarsi determinante per accertare l'esistenza di una causa di giustificazione, dovendosi guardare all'obiettiva sussistenza di "un vantaggio reale che contribuisce in maniera significativa" alla tutela dei lavoratori distaccato. Perché la norma nazionale possa ritenersi orientata a perseguire un "vantaggio reale" per i lavoratori, l'interesse che si intende tutelare attraverso la sua applicazione non deve essere più garantito dalla normativa del paese d'origine. La presenza in quest'ultimo di una protezione identica

²¹² *Finalarte*, cause riunite C-49 e 50, 52-54 e 68-71/98.

²¹³ Si chiede a ragione P. DAVIES, *The posted workers directive and the Ec treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, p. 302: "Non dovrebbe spettare allo Stato d'origine imporre ai 'suoi' datori l'obbligo di rispettare gli standard dello Stato ospitante, se la ragione di tale regola è la protezione dei lavoratori dello Stato d'origine?".

o “sostanzialmente simile” per il lavoratore distaccato priva di giustificazione l'imposizione di un ostacolo alla circolazione del servizio²¹⁴.

È questo il profilo più impegnativo dell'onere probatorio gravante sullo Stato ospitante, finalizzato a giustificare la normativa nazionale, perché presuppone la conoscenza della legislazione straniera ed impone una non semplice operazione di comparazione dell'“impatto sociale” che questa ha rispetto a quella interna. Come anche sottolineato dalla Commissione²¹⁵, “la necessità di operare un confronto tra le legislazioni di diversi Stati rappresenta un'altra fonte di difficoltà. In alcuni settori i servizi competenti non possono limitarsi a controllare l'osservanza delle disposizioni del diritto del lavoro interno, ma devono inoltre verificare in primo luogo se il datore di lavoro non rispetta una legge equivalente nel paese in cui ha sede l'impresa. Il confronto tra leggi comporta non solo la conoscenza delle legislazioni di altri Stati membri, ma anche la capacità di valutare se equivalgono al diritto interno applicabile nel paese ospitante”.

b) Se dalla fase di comparazione emerge che solo la legge dello Stato ospitante garantisce la tutela minima, le norme imperative che la costituiscono vengono sottoposte ad un secondo controllo, quello di

²¹⁴ L'importanza di questa affermazione è sottolineata da R. GEISEN, *Posting: Social protection of workers vs. fundamental freedoms?*, in *Common Market Law Review*, 2003 p. 157.

²¹⁵ Comunicazione su “L'applicazione della direttiva 96/71/Ce negli Stati membri”, Com(2003) 458, del 25 luglio 2003, p. 15.

proporzionalità²¹⁶, col quale si valuta la coerenza tra lo scopo²¹⁷ da esse perseguito, e gli strumenti adottati per conseguirlo. In concreto, occorre chiedersi se l'obiettivo delle norme di applicazione necessaria chiamate in causa nella fattispecie concreta rappresenti un'esigenza imperativa (una certo aspetto della tutela del lavoratore) idonea a giustificare una misura restrittiva delle libertà comunitarie, in quanto espressione di valori superiori rispetto a quelli attinenti all'integrazione economica. È necessario che le suddette norme siano orientate a perseguire un vantaggio, o beneficio sociale, *reale*²¹⁸ per il lavoratore, che contribuisca in maniera significativa alla definizione della tutela sociale di quest'ultimo. La fase del controllo di proporzionalità prevede l'onere per lo Stato ospitante di dimostrare che non esistono misure in grado di raggiungere lo stesso fine in maniera meno lesiva della libertà di prestare il servizio, vale a dire con meno costi aggiuntivi per l'impresa straniera.

Un simile criterio di valutazione ha trovato ampia applicazione con riferimento alle misure di controllo adottate dagli Stati per accertare le condizioni di impiego e di lavoro dei lavoratori distaccati.

Il giudizio di proporzionalità si configura in modo diverso a seconda che sia applicato a misure di carattere "procedurale" o

²¹⁶ Un aspetto particolare dell'applicazione del test di proporzionalità concerne le leggi di Stati terzi, con riferimento alle quali il principio della comparazione dovrebbe ritenersi operante in maniera analoga a quanto si verifica con riferimento alle leggi degli Stati membri. Si pensi, ad esempio, alla legge di uno Stato terzo che garantisca un livello di protezione equivalente (o superiore) a quello offerto dalle norme di applicazione necessaria "a géométrie variable"²¹⁷. In sintesi si sostiene che le norme di applicazione necessaria opererebbero in maniera cieca in relazione alle leggi di Stati terzi e, secondo il principio della comparazione in relazione alle leggi degli Stati membri. Questa tesi trova i presupposti in una concezione teorica delle norme di applicazione necessaria, ovvero quella secondo cui esse dovrebbero sempre e comunque applicarsi, a prescindere dal contenuto della legge applicabile, e argomento principale nella nota sentenza *Ingmar*.

²¹⁷ La Corte di giustizia ha precisato che "se è vero che l'intento del legislatore quale risulta dai dibattiti politici che precedono l'adozione di una legge o dall'esposizione delle sue motivazioni può costituire indizio quanto al fine perseguito dalla detta legge, tale intento non può essere determinante" (sentenze 25 ottobre 2001, cause riunite C-49/98, da C-50/98 a C-54/98 e da 68/98 a C- 71/98, *Finalarte*, in *Raccolta*, 2001, p. I-7831 ss., punto 40; 24 gennaio 2002, causa C- 164/99, *Portugaia Construções L.*, cit.. p. 27. Critico al riguardo V. HEUZÉ, *La réception du droit communautaire dans le droit de Etats membres et le droit des contrats*, in BERGÉ, NIBOYET (sous la direction de), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres*, Bruxelles, 2003, p. 128 ss., spec. p. 140, in nota 30).

²¹⁸ Corte giust., *Finalarte*, 2001.

“sostanziale”, ovvero relative alle condizioni di lavoro fissate dalla legge e dai contratti collettivi dello Stato ospitante.

È il principio di proporzionalità che obbliga lo Stato ospitante a tenere conto della durata del distacco e della sua continuità, prima di imporre alle imprese straniere il rispetto dei minimi retributivi previsti sul proprio territorio. Ciò perché, nel caso in cui si tratti di distacchi di lavoratori residenti in zone frontaliere, effettuati per brevi periodi, intervallati da periodi di lavoro nel paese d’origine, l’applicazione della normativa vigente nel paese del distacco può comportare oneri amministrativi e costi aggiuntivi sproporzionati rispetto al fine di tutela sociale perseguito. Ad ogni modo, il fatto che il criterio di “comparazione” adottato nella sentenza *Mazzoleni* riguardi lavoratori transfrontalieri non esclude la sua valenza generale e la sua applicabilità ad altre situazioni²¹⁹.

La Corte opera una distinzione tra distacchi di breve durata e di lungo periodo, riconoscendo che esistono diverse forme di “temporaneità” dell’attività prestata ai sensi dell’art. 59 che meritano un diverso regime circa le misure capaci di ostacolarne l’esercizio. Il principio è di estrema importanza perché introduce un ulteriore elemento di valutazione nel giudizio di giustificazione delle misure adottate dal paese ospitante, complicando l’onere probatorio di quest’ultimo e prospettando l’adozione di un principio di “gradualità” delle tutele sociali dei lavoratori distaccati in funzione della durata e modalità del distacco. Un principio che appare speculare a quello adottato dalla Corte in relazione agli artt. 39 e 18 TCE e positivizzato dalla direttiva 2004/38: sia per derogare ai vincoli posti dall’art. 59 che per attuare i principi deducibili dagli artt. 39 e 18, il riconoscimento di un più o meno ampio grado di tutela sociale allo “straniero” finisce per dipendere dalla durata della sua presenza sul territorio di uno Stato membro

²¹⁹ Cfr. P. RODIÈRE, *Coordination des droits nationaux loi applicable, compétence juridictionnelle*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2003, p. 544.

4.3.4 La verticalità del controllo operato attraverso il *test* di compatibilità

Quello realizzato con il *test* di compatibilità non è un controllo orizzontale perché non consente di scegliere fra la legge del paese d'origine e la legge del mercato o la legge del paese ospitante designata dal gioco ordinario di una regola di conflitto; il *test* di compatibilità opera, piuttosto, un controllo verticale, materiale, sulla conformità della norma nazionale (qualunque sia la sua fonte, essendo la disposizione nazionale suscettibile di trovare la propria fonte in una regola comunitaria, quale ad esempio la regola nazionale di trasposizione di una direttiva comunitaria) rispetto ai principi del diritto comunitario. Nell'espletamento del giudizio di valutazione, infatti, gli *standard* di tutela previsti nelle direttive in materia di lavoro non rilevano²²⁰: il criterio su cui si fonda il *test* di compatibilità nell'ipotesi del distacco essendo quello della tutela minima.

Come si è visto, sullo Stato di distacco grava l'onere di dimostrare che le norme imperative di cui pretende l'applicazione sono oggettivamente necessarie alla realizzazione dell'obiettivo perseguito, e che non esistono misure in grado di realizzare tale obiettivo in maniera meno lesiva della libertà di prestare il servizio (cioè, con meno costi aggiuntivi per l'impresa straniera)²²¹. Si tratta di un onere molto impegnativo, perché presuppone la conoscenza della legislazione straniera ed impone una non semplice operazione di comparazione dell'impatto sociale che questa ha, rispetto a quella interna²²².

Quanto all'oggetto della comparazione, esso sembra doversi identificare con qualsiasi istituto lavoristico, ciò aggravando

²²⁰ L'irrelevanza degli *standard* fissati nelle direttive per definire le "ragioni imperative di interesse generale" è sostenuta dalla dottrina dominante; cfr. tra gli altri, M. DOUGAN, *Minimum harmonization and the internal market*, in *Common market law review*, 2003, p. 878.

²²¹ S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, p. 101.

²²² Corte di giust., *Arblade*, 1999; Corte di giustizia, *Mazzoleni e ISA*, 2001.

significativamente l'onere di valutazione preventiva dell'“impatto sociale” della normativa straniera in capo agli Stati ospitanti.

Le norme relative alle materie elencate dall'art. 3, par. 1, della direttiva sono, dunque, sottoposte al giudizio di giustificabilità, non potendo, perciò, trovare applicazione *ex ante*²²³, senza, cioè, che sia stata effettuata una comparazione con le norme della *lex contractus*²²⁴.

In sostanza, può affermarsi che le norme *ex art. 3, par. 1, della direttiva* funzionano secondo il meccanismo delle norme imperative semplici *ex art. 8, par. 1*, pur non essendo contemplate dal sistema di conflitto, con la differenza che il loro contenuto viene ad assumere la stessa intensità di quello delle NAN classiche poste a tutela di interessi pubblici. Si tratta, infatti, di norme imperative dotate, in un certo senso, di una maggiore intensità: esse mirano a proteggere un lavoratore che potrebbe definirsi doppiamente debole, in quanto esposto agli *escamotages* normativi che, in presenza di un distacco, il datore di lavoro è più tentato di architettare. Ciò consente di giustificare l'applicazione prioritaria di tali norme, a condizione che superino il *test* di giustificabilità: questa ultima condizione le rende, sotto tale profilo, assimilabili al modo di operare dell'eccezione di ordine pubblico.

²²³ P. VENTURI, *Art. 8*, cit., p. 786, parla, infatti, di “possibili” norme imperative e/o di applicazione necessaria.

²²⁴ P. VENTURI, *Art. 8 (Contratti individuali di lavoro)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2008, p. 778, afferma di non comprendere per quale ragione, al considerando n. 34, il legislatore comunitario, oltre alle NAN, non abbia richiamato anche le norme imperative *ex art. 8, par. 1* (NIS). A tal proposito, si ritiene che tale scelta si giustifichi per una volontà di coerenza con la direttiva, la quale, infatti, prevede che abbiano vocazione ad essere necessariamente applicate solo le norme del paese di distacco relative alle materie elencate all'art. 3, par. 1. Peraltro, le NIS del paese di distacco, cioè le norme imperative non inerenti tali materie, possono astrattamente trovare applicazione *ex art. 8, par. 4* del Regolamento, se più favorevoli di quelle designate dal sistema di conflitto. Tuttavia, è anche vero che esse risentono, comunque, dell'indefinitezza (e, dunque, dell'incertezza) del criterio di collegamento su cui si fonda tale norma, rischiando, di fatto, di non venire applicate. In questa prospettiva, forse, sarebbe stato opportuno rafforzare anche il ruolo delle NIS del paese di distacco non riguardanti le materie dell'art. 3, par. 1 della direttiva (anche se ciò avrebbe significato comprimere ulteriormente la libertà di scelta *ex artt. 3 e 8, par. 1, del regolamento*).

È sulla scia di queste riflessioni che alcuni autori²²⁵ hanno avanzato la teoria secondo la quale le norme imperative c.d. protettrici costituirebbero una sorta di “terza categoria” accanto a quelle delle norme imperative semplici e delle NAN.

Si tratterebbe, nel caso di specie, di norme non meramente cogenti a livello del diritto interno, ma – in virtù della loro finalità e, in molti casi, di espressa previsione legislativa – anche parzialmente imperative (o “semi-necessarie”²²⁶) sul piano del diritto internazionale privato. Il loro tratto distintivo consisterebbe nel fatto: a) di porsi come ulteriore limite solo in presenza di un esercizio di autonomia internazionalprivatistica delle parti (e non, viceversa, quando la *lex contractus* venga determinata in modo oggettivo – considerazione, che, ad avviso di chi scrive, non sarebbe valida per il caso del distacco, potendo le norme *ex art. 3, par. 1*, della direttiva imporsi anche sulle norme oggettivamente applicabili in mancanza di scelta sulla base del sistema di conflitto, ove più protettive), e b) di porre limiti alla capacità delle parti “*to reduce the level of protection provided for by the relevant legal system*”.

A complicare il già confuso quadro terminologico hanno contribuito le diverse classificazioni proposte in dottrina per distinguere il vario modo di operare delle norme imperative negli articoli della convenzione e, oggi, del regolamento. Secondo una prima ripartizione²²⁷, esse andrebbero distinte tra

²²⁵ MAX PLANK INSTITUTE FOR FOREIGN AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization*, in *RabelsZ*, 2004, p. 55. Questo tipo di norme è stato definito variamente: *half-conflicts-mandatory rules* (P. KAYE, *The New Private International Law of Contracts of The European Community*, Dartmouth Aldershot-Brookfield-Honk-Hong-Singapore-Sidney, 1991, pp. 242 ss.), come *contract-mandatory rules of 1st degree* (M. WOJEWODA, *Mandatory Rules in Private International Law, With Special Reference to the Mandatory System under the Rome Convention on the Law Applicable to Contractual obligations*, in *Maastricht J.*, 2000, p. 190) o, ancora, come *relatively mandatory rules* (M. LEHMANN, *Liberating the Individual From Battles Between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws*, in *Vand. J. Transnat'l L.*, 2008, p. 420 ss.)

²²⁶ L. RADICATI DI BROZOLO, *Mondialisation, juridiction, arbitrage- vers des règles d'application sémi-nécessaire ?*, in *Revue critique de droit international privé*, 2003, p. 2 ss.

²²⁷ Cfr. U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, *Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and Its Modernisation Com (2002) 654 Final*, in http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_i/doc/university_hamburg_en.

internally or general mandatory provisions (quelle dell'art. 3, par. 3), *protective mandatory provisions* (insieme ad altre, quelle dell'art. 6, par. 1) e *internationally mandatory provisions* (quelle dell'art. 7, par. 1). Secondo altri²²⁸, le norme imperative andrebbero divise in due macro-categorie, *contracts-mandatory* e *conflicts-mandatory*, e ulteriormente ripartite all'interno di quest'ultima categoria in tre sotto-gruppi, *half-conflicts-mandatory* (artt. 2, par. 3, 5, par. 2 e 6, par. 1), *fully-conflicts-mandatory* (art. 7, par. 1 e 2) e *conflicts-mandatory-plus* (art. 9, par. 6).

V'è anche chi ritiene che queste classificazioni siano solo inutili esagerazioni²²⁹, non esistendo una terza categoria di norme imperative "altre" rispetto a quelle semplici e a quelle di applicazione necessaria: secondo quest'orientamento, le norme imperative che si vorrebbero qualificare come intermedie non sarebbero altro che norme imperative semplici che operano in modo diverso da quello tradizionalmente loro proprio.

A parere di chi scrive, l'individuazione di una categoria a parte per le NAN protettive non rappresenta un'ipotesi del tutto impropria. La parziale imperatività si potrebbe individuare nel fatto che se, da un lato, tali norme sono sottoposte al giudizio di giustificabilità, dovendo rinunciare ad essere applicate incondizionatamente, dall'altro lato, esse mantengono una loro priorità intrinseca: la necessità tipica della categoria cui il legislatore vuole formalmente farle appartenere trova, infatti, comunque modo di manifestarsi nel fatto che esse, nell'ambito dello stesso giudizio di giustificabilità, costituiscono un termine di paragone imprescindibile, più correttamente, *il* termine di paragone, del quale occorre tenere obbligatoriamente conto dovendo stabilire quale sia la legge effettivamente applicabile.

La natura del giudizio di giustificabilità (così come il solo fatto che sia stato previsto) ammette implicitamente una sorta di parità gerarchica – gli

pdf.

²²⁸ M. WOJEWODA, *op.ult.cit.*, p. 196 ss.

²²⁹ N. BOSCHIERO, *I limiti al principio di autonomia*, cit., p. 79.

autori²³⁰ parlano di “mutuo riconoscimento” – fra le libertà comunitarie e l’interesse alla tutela del lavoratore.

Infatti, in primo luogo, sebbene il meccanismo delle norme di applicazione necessaria costituisca formalmente un’eccezione, il fatto che il *test* di giustificabilità debba essere svolto sistematicamente, smorza tale eccezionalità, poiché, sistematicamente, si conferisce alle norme di applica(bilità)zione necessaria la possibilità di essere operative.

In secondo luogo, pur essendo vero che si parla di “compatibilità comunitaria” e che, quindi, la prospettiva prevalente da cui la problematica sembra dover essere osservata è quella dell’eliminazione degli ostacoli alle libertà di circolazione, tuttavia, la cedevolezza potenziale è, di fatto, ‘biunivoca’/reciproca: infatti, se il livello di tutela può essere garantito (in modo equivalente –, o superiore) anche dalle norme della *lex contractus*, le norme di applicazione necessaria lasciano spazio alle prime, senza ostacolare l’esercizio delle libertà comunitarie; se, invece, la *lex contractus* prevede un livello di tutela inferiore rispetto, saranno, allora, le libertà comunitarie a cedere di fronte a quelle norme – dello Stato di distacco – che sono, invece, in grado di assicurarle. Solo nel secondo caso le norme del Paese di distacco diventano *necessariamente* applicabili, essendole normalmente solo in potenza: per questa ragione appare, dunque, più corretto parlare di norme di applicabilità – e non di applicazione – necessaria. Alcuni autori²³¹ hanno affermato, in questo senso, che il riconoscimento, da parte della Corte, della necessità e della garanzia di un bilanciamento delle tutele nazionali del lavoro con le libertà economiche comunitarie – indipendentemente dal fatto che esso tenda ancora a configurarsi come un giudizio di compatibilità attuato mediante il *test* di proporzionalità – implica altresì il riconoscimento della piena equivalenza tra obiettivi economici ed obiettivi e valori sociali del Trattato.

Questa cedevolezza potenziale biunivoca consente di escludere che il *test* di compatibilità determini, come da alcuni sostenuto²³², uno snaturamento degli interessi nazionali, realizzato dal diritto comunitario attraverso un

²³⁰ ROMANI, op.cit., p. 223.

²³¹ U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009, p. 121.

“meccanismo di appropriazione”: è vero che lo svolgimento del *test* priva le norme di applicazione necessaria dell’originaria operatività immediata ed indiscussa, ma è altrettanto vero che se l’interesse nazionale alla protezione del lavoratore può essere realizzato in modo equivalente (se non, e a maggior ragione, superiore) dalla legge di un altro Stato, questo interesse, pur se indirettamente, viene, comunque, realizzato.

Il vero limite del sistema deve, a parere di chi scrive, essere ravvisato nella circostanza che il controllo di compatibilità viene svolto dal giudice comunitario, il quale si investe²³³ del potere di imporre la propria concezione di equilibrio fra gli interessi implicati, pur essendo ‘parte in causa’. Tuttavia, nella prospettiva della costruzione di un ordine giuridico integrato, ciò appare inevitabile: peraltro, gli Stati membri hanno interesse all’integrazione, la quale comporta la necessaria rinuncia ad alcune prerogative della sovranità statale.

4.3.5. Il test di compatibilità comunitaria come articolazione atipica del principio di sovranità e come versione sostanzializzata del principio di prossimità

Dal punto di vista del diritto internazionale privato, la scelta di imporre lo svolgimento di un *test* di ‘applicabilità’, implicante il ricorso alla tecnica della comparazione, assume un ruolo centrale, in quanto costituisce una versione ‘adattata’ sia del principio di sovranità che di quello di prossimità.

Sotto un primo profilo, il filtro dell’onere gravante sullo Stato ospitante di dimostrare che le proprie norme – internazionalmente imperative in virtù della direttiva – presentano i requisiti richiesti per poter essere applicate, va ad incidere sulla modalità di funzionamento classica delle norme di applicazione necessaria, eliminando ogni automatismo e negando, con ciò, ogni

²³² Secondo PULJAK, *Le droit international privé*, op. cit. ???, pag. 368, la subordinazione dell’interesse nazionale a quello comunitario rischierebbe di far perdere al primo la propria sostanza. Evidentemente, tale timore non appare condivisibile se si accoglie la tesi della cedevolezza potenziale biunivoca, che pone come proprio presupposto una parità fattuale fra gli interessi in gioco.

²³³ M. BONNECHÈRE, *Pour une mobilisation des ressources*, op. cit., p. 419.

riconoscimento incondizionato di sovranità all'ordinamento cui appartengono le norme *de quibus*.

Secondo un altro profilo, come mostrato dalle modalità di espletamento del *test* di compatibilità, la combinazione della direttiva 96/71/Ce con le indicazioni giurisprudenziali opera principalmente sul piano delle finalità materiali²³⁴, realizzando una “sostanzializzazione” del principio internazionalprivatistico di prossimità. La ricerca della normativa che effettivamente assicura la tutela minima, è espressione di un principio di prossimità sostanziale, da intendersi come vicinanza in termini di tutela: se l'obiettivo ricercato è quello della tutela minima, che si applichi la normativa dello Stato ospitante o quella dello Stato d'origine (o, comunque, quella prevista dalla *lex contractus*), il risultato contenutistico sarà evidentemente lo stesso.

Del principio di prossimità viene, in questo contesto, valorizzata la matrice americana: le teorie che l'hanno forgiato convergono sull'opportunità di far variare la soluzione del conflitto di leggi in funzione del contenuto materiale delle regole di conflitto: se la soluzione data da queste regole è la stessa, allora si ha un falso conflitto, con la conseguenza che non v'è, dunque, bisogno di fare appello a una regola di conflitto perché, comunque, ciascuna di quelle disponibili conduce alla medesima soluzione. Per sapere se c'è veramente conflitto, occorre, piuttosto, analizzare, secondo il metodo empirico, la soluzione data alla singola controversia dalle leggi in competizione, in una logica *bottom up*, e, se si rileva un vero conflitto, si cercherà, secondo le scuole, la legge del paese con il quale la situazione presenta il legame più stretto, quella che ha maggior interesse ad essere applicata, o semplicemente la *better rule*: nel caso del distacco, si tratterà della legge che garantisce la tutela minima, dando priorità a quella dello Stato

²³⁴ Tale previsione rintraccia un antecedente esplicito nella Proposta di regolamento del 1972: all'art. 5, infatti, il legislatore aveva ritenuto opportuna la possibilità di fare salva una serie di regole vigenti nel luogo in cui il lavoratore si trovava ad operare concretamente. Peraltro, è interessante notare come, in quel caso, fosse direttamente la norma di conflitto a dare rilievo al *locus executionis* effettivo. Diversamente, sia la convenzione che il regolamento del 2008 hanno voluto privilegiare la considerazione dell'abitudine: l'effettività del *locus executionis* viene valorizzata solo dalla direttiva.

d'origine (o, comunque, a quella della *lex contractus*) nel caso in cui quella dello Stato ospitante garantisca una tutela superiore o, comunque, sostanzialmente comparabile. La disciplina della fattispecie dovrà perciò essere ricercata nella legge che, caso per caso – in completa sintonia con le istanze del sistema di *common law* –, risulterà, di fatto, più consono applicare, in funzione dei criteri sopra indicati.

Da un punto di vista metodologico, tutto ciò comporta che la formale unilateralità dell'art. 9. e, di riflesso, la strutturale bilateralità della regola di conflitto *ex art. 8, par. 1*, vengono ad essere corrette dall'uso della tecnica della comparazione, divenendo, di fatto, uno strumento proprio non più dei metodi, rispettivamente, bilaterale ed unilaterale, bensì di quello delle considerazioni materiali²³⁵.

Tale metodo consiste nel modificare, se così può dirsi, il funzionamento tradizionale delle norme di conflitto, facendo in modo che i risultati ottenuti attraverso il loro rinvio ad un diritto straniero siano rilevanti e, in particolare, che vadano preferiti quelli più favorevoli ad un obiettivo o risultato prestabilito dalla norma di conflitto²³⁶. Tale metodo è orientato a valutare, per la regolamentazione delle singole fattispecie, gli interessi in causa in vista di considerazioni e finalità di indole concreta, materiale appunto, in modo che risulti applicabile quel diritto che assicura il risultato preferito dal legislatore²³⁷.

In alcuni casi, questo metodo di conflitto opera attraverso il funzionamento di regole di conflitto alternative, cioè contemplanti un

²³⁵ A tal proposito, P. VENTURI, *Art. 8, cit.*, pp. 772-773, sostiene che il ricorso a tale metodo sarebbe opportuno anche più in generale, in quanto esso risulta maggiormente adatto di quello bilaterale a strutturare una norma di conflitto che, come nel caso dell'art. 8, sia funzionalmente chiamata a tutelare uno specifico interesse materiale. Egli rileva come, invece, il regolamento sia principalmente impostato sulla logica della c.d. localizzazione spaziale, che fonda la tutela del lavoratore sulla presunzione che l'individuazione del centro di gravità effettivo del rapporto sia elemento di per sé sufficiente a consentire un riequilibrio nella originaria disparità di forza tra datore di lavoro e lavoratore.

²³⁶ Cfr. C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Perugia, 2005, p. 58.

²³⁷ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Torino, 2007, p. 144.

concorso alternativo di criteri di collegamento²³⁸. In altri casi, le norme di conflitto elaborate sulla base del metodo in esame, sono caratterizzate da un criterio di collegamento principale e uno o più criteri di collegamento sussidiari “materialmente condizionati”, la cui operatività è cioè condizionata al mancato raggiungimento del risultato favorito (che è nell’individuazione) da parte del criterio che precede nell’ordine. In altri casi ancora, le norme di conflitto attribuiscono alle parti il potere di scelta della legge applicabile al fine di favorire risultati ad esse più favorevoli, sia tra più leggi poste sullo stesso piano, sia tra una legge richiamata a titolo principale o oggettivo o un’altra legge richiamata in subordine²³⁹.

In tutti e tre i casi, il risultato cui si aspira è quello di applicare, per la regolamentazione della fattispecie, la legge più favorevole alla produzione di uno specifico effetto di carattere materiale, che può essere dato dalla valida costituzione della situazione giuridica in causa (ad esempio, del contratto concluso), oppure dalla particolare protezione e tutela, sul piano materiale, di una delle parti del rapporto (il favore assegnato dal legislatore ad una situazione giuridica può consistere in un’alternativa sì/no, nel senso che il suo prodursi *sic et simpliciter* va preferito al suo non prodursi, oppure in una valutazione più ampia degli effetti favorevoli prevista dalla legge applicata in concreto nel suo complesso, ad esempio quando si tratta di proteggere la parte più debole, come i lavoratori e i consumatori).

Tale principio va, evidentemente, letto attraverso la lente della particolare ipotesi del distacco: il “risultato più favorevole” dovrà, infatti, identificarsi nell’applicazione della legge che garantisce la tutela minima, preferendo quella dello Stato d’origine o, comunque, della *lex contractus*, a quella dello Stato ospitante, sia che la legge di quest’ultimo assicuri la stessa (sostanzialmente comparabile) tutela minima, sia che ne garantisca una più elevata.

²³⁸ Ad es., nella legge italiana di diritto internazionale privato 31 maggio 1995, n. 218, le norme sulla forma degli atti e quelle sulla costituzione della filiazione.

²³⁹ Ad es., nella l. n. 218/1995, l’art. 62, 1° comma (responsabilità per fatto illecito), e l’art. 63 (responsabilità per danno da prodotto).

4.3.6. I casi *Viking* e *Laval* come esempi di un'applicazione (“incongrua”) del *test* di proporzionalità all'azione collettiva per fini contrattuali

Nel ragionamento seguito dai giudici comunitari in relazione ai casi *Laval* e *Viking*, viene effettuata una equiparazione tra diritti assicurati ai lavoratori dalle discipline di tutela del lavoro comunitarie e nazionali e diritti (sociali) fondamentali, entrambi sottoposti, in modo esattamente corrispondente, ad un giudizio di ‘compatibilità’ con le libertà di circolazione comunitarie, nonché ad un *test* di proporzionalità volto a definire il punto in cui gli uni e le altre devono trovare, tra rispettivi sviluppi e restrizioni, il giusto equilibrio. Nelle sentenze *Albany*, *Viking* e *Laval*, la giurisprudenza della Corte in materia di riconoscimento della tutela del lavoro come motivo imperativo di interesse generale ha trovato il suo momento apicale.

Il problema è che proprio le sentenze *Viking* e *Laval*, traendo diretta ispirazione dall'importante precedente pronuncia *Schmidberger*, in materia di diritti fondamentali civili della persona, hanno ‘lanciato’ la tecnica del bilanciamento, al di là delle discipline di tutela del lavoro, fino ad includere i diritti sociali fondamentali e, specificatamente, il diritto di effettuare azioni collettive a sostegno di interessi del lavoro. La Corte, dopo aver ammesso che il diritto di sciopero per fini contrattuali può apportare legittimamente restrizioni alle libertà di circolazione, ha affermato altresì la necessità di ‘compatibilizzarne’ l'esercizio con quelle libertà, sempre sulla base del *test* di proporzionalità.

Sulla questione generale del bilanciamento dei diritti fondamentali della persona, compresi quelli sociali, con le libertà economiche sono già stati versati fiumi di inchiostro da illustri studiosi di diritto costituzionale e comunitario.

Il problema nodale è rappresentato dal fatto che la Corte effettua una piena equiparazione del diritto di sciopero, riconosciuto come diritto sociale fondamentale, da un lato, con qualsivoglia diritto sociale sancito da norme ordinarie di tutela del lavoro e dall'altro lato, con gli altri diritti fondamentali

della persona, quasi che esso non si differenzi da essi per la sua intrinseca natura.

Sotto il primo profilo va notato che la prime equiparazione appare impropria e forzata, nella misura in cui il diritto di sciopero, specialmente nei suoi profili funzionali alla libertà di contrattare le condizioni di lavoro e di occupazione, a loro volta contenute in piattaforme rivendicative definite sul piano organizzativo, è costruito nella cultura giuridica dominante e nelle varie Corti internazionali dei diritti fondamentali cui la stessa Corte di giustizia ha fatto riferimento come un diritto sociale fondamentale della persona che, in quanto tale, corrisponde a valori di tutela superiori a quelli sottesi ai diritti derivanti dalle discipline di tutela del lavoro che si potrebbero definire, appunto, 'ordinarie'. E ciò è vero, cosa che non sembra contestabile, appare a dir poco sorprendente che la tematica dei limiti all'esercizio del diritto di sciopero possa essere trattata con le medesime categorie con le quali si misurano le restrizioni apportate alle libertà di circolazione da una legislazione nazionale di tutela del lavoro, ad esempio in materia di pause o di indennità di mensa. Ciò premesso, va poi sottolineato che il diritto di sciopero, in quanto diritto sociale fondamentale, gode, insieme con gli altri diritti fondamentali della persona, di una posizione 'privilegiata' negli ordinamenti degli Stati membri, essendo tutti frequentemente contemplati nelle varie Carte costituzionali. E, tuttavia, nell'ambito dell'ordinamento comunitario, proprio in ragione delle sue ragioni economicistiche, alle libertà economiche si è riconosciuto sin dai primordi, la natura di diritti soggettivi di rilevanza fondamentale; natura che esse non hanno certo perso per effetto della progressiva inclusione nell'ambito dell'ordinamento comunitario, per il momento avvenuto proprio grazie alla giurisprudenza evolutiva della Corte di giustizia, dei diritti fondamentali, anche sociali della, persona. Di qui la posizione espressa dalla Corte nella citata sentenza *Schmidberger*, in cui essa ha considerato sostanzialmente equivalenti diritti fondamentali della persona e libertà economiche fondamentali, sancendo, in caso di conflitto, la necessità di

un bilanciamento, da effettuare per il tramite del ‘solito’ *test* di proporzionalità. Tale posizione è stata poi estesa al diritto (sociale) di sciopero.

Tuttavia, i giudici comunitari hanno del tutto ignorato che, a differenza degli altri diritti fondamentali (ivi compresi quelli sociali), il diritto di sciopero (specialmente nella sua correlazione con le libertà sociali fondamentali di organizzazione sindacale e contrattazione collettiva) assolve, in molti Stati membri, ad una del tutto peculiare ed essenziale funzione di equilibrio democratico. È quanto accade in particolare nel nostro ordinamento costituzionale. Ciò non vuol dire che nel nostro ordinamento non è prevista l'apposizione di limitazioni all'esercizio del diritto di sciopero, ma solo che da un lato, nell'ordinamento italiano allo sciopero è stata comunque riconosciuta una posizione preminente rispetto alla libertà di iniziativa economica e, dall'altro lato, che il punto di equilibrio tra il diritto di sciopero (insieme con le libertà fondamentali di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva) e la libertà di iniziativa – definito, tenuto conto di tale preminenza del primo sulla seconda, anche attraverso l'interpretazione della Corte costituzionale – costituisce elemento costitutivo e, dunque, essenziale del nostro ordinamento costituzionale, in quanto con esso viene determinato, in realtà, il punto di equilibrio tra i contrapposti poteri economici, sociali e politici in un Paese ad economia sociale di mercato come il nostro.

4.3.7 Sciopero per fini contrattuali, libertà di organizzazione sindacale e contrattazione collettiva

Le sentenze *Viking* e *Laval* sollevano altri due problemi: da un lato, la questione del rapporto tra sciopero per fini contrattuali e libertà di contrattazione collettiva, dall'altro, il problema del rapporto tra aspetti strutturali e aspetti funzionali dello sciopero.

Quanto alla prima questione, dopo aver affermato la propria competenza a giudicare del conflitto sciopero/libertà di circolazione dei servizi sulla base del rigetto dell'eccezione dell'art. 137.5 e del riconoscimento del diritto di sciopero come diritto fondamentale facente parte dei principi generali

del diritto comunitario), ha escluso che la soluzione adottata nel caso *Albany* in relazione al confronto tra libertà di contrattazione collettiva e libertà di concorrenza – secondo la quale gli accordi non rientrano – nell’ambito di applicazione dell’art. 85.1 (ora 81.1, con TU e TFUE ___) del Trattato – potesse essere estesa anche alle libertà di circolazione “non si può ritenere che all’esercizio stesso della libertà sindacale e del diritto di intraprendere un’azione collettiva sia inevitabilmente connessa una certa lesione di tali libertà fondamentali”.

Questo passaggio della sentenza, solo apparentemente ineccepibile da un punto di vista logico-formale, sembra innanzitutto inteso a coprire di astratto tecnicismo un’opzione fortemente ideologica: un frazionamento strumentale della libertà di iniziativa economica nella pluralità di forme riconosciute nel Trattato, che invece è universalmente riconoscibile come unitaria nella sua formazione capitalistica classica, al fine di selezionare trattamenti giuridici differenziali in relazione all’incidenza su di essa del conflitto sociale.

Accanto a questo risvolto ideologico, la lettura della Corte appare poi criticabile da un punto di vista storico: lo sciopero, nell’esperienza ricavabile dalla storia delle società industrializzate, è una forma di lotta che, specialmente nel suo collegamento funzionale alla possibilità di contrattare le condizioni di lavoro autonomamente definite, è di per sé intrinsecamente volto a contrastare l’iniziativa economica privata, qualunque sia la concreta manifestazione di quest’ultima. Differenziare tra i vari profili di essa è, dunque, una vera e propria forzatura concettuale.

Infine, anche da un punto di vista logico-formale la posizione della Corte appare contestabile: in opposizione alle affermazioni categoriche della sentenza *Albany*, può notarsi che, ferma restando l’ordinaria natura anticoncorrenziale della contrattazione collettiva, in realtà esistono casi in cui essa non ha un impatto contrario alla libertà di concorrenza di un’impresa (si pensi ad una contrattazione che asseconda un insediamento locale garantendo temporanei vantaggi in relazione ai trattamenti economico-normativi dei

lavoratori occupati) o che addirittura la agevolano (fissando ad esempio riduzioni dei trattamenti economico-normativi in ragione di una crisi). Anche se è vero, in generale che pure in questi casi la contrattazione corrisponde comunque a strategie sindacali di difesa degli interessi dei lavoratori nei confronti dell'iniziativa economica privata del capitale.

Se ciò è vero, si dovrebbe piuttosto ritenere che il diritto di sciopero, specialmente se esaminato nei suoi profili funzionali alla libertà di contrattare le condizioni di lavoro e di occupazione, presenta sempre una peculiarità ineliminabile, che costituisce parte integrante del suo stesso DNA: esso consiste in un comportamento collettivo e individuale che è sempre e necessariamente destinato a confrontarsi con la libertà di iniziativa economica, in una qualsivoglia delle varie forme che di volta in volta possono rilevare nel caso concreto.

In realtà, come già accennato in precedenza, questo passaggio, di particolare criticità nel ragionamento della Corte, è da mettere in collegamento con un'altra affermazione effettuata in modo quasi incidentale nelle sentenze *Laval e Rüffert*.

Tornando per un momento a riflettere sul caso *Albany*, deve notarsi che, in quell'occasione, il problema delle limitazioni alla (libertà di) concorrenza sancita dal Trattato era stato esaminato dalla Corte sotto il profilo del forzoso assoggettamento degli operatori economici stranieri alle regole previdenziali dettate da un contratto collettivo nazionale esteso *erga omnes* con provvedimento statale: regole, insomma, alle quali detti operatori venivano assoggettati anche contro la loro volontà. ed è rispetto a questo tipo di regole contrattuali estese *ex autoritate legis*, dunque, che la Corte aveva elaborato la costruzione dell'immunità.

Viceversa, dovevano ritenersi estranee a questo ragionamento le regole convenzionali alle quali un operatore economico si assoggetta spontaneamente in piena autonomia e libertà (ad esempio, stipulando o aderendo ad un contratto collettivo). Ciò in quanto, in caso contrario, si sarebbe arrivati al paradosso di sostenere che in violazione dell'elementare e generale principio

pacta sunt servanda, tale soggetto, dopo aver concluso in modo libero e volontario un accordo di natura privatistica, potrebbe poi contestarne la legittimità per violazione della propria libertà di concorrenza.

Ebbene, ciò è stato ora riconosciuto esplicitamente dalla stessa Corte nelle successive sentenze *Laval* e *Rüffert*, in cui essa ha formalmente fatto salva la possibilità per le imprese di “sottoscrivere volontariamente... un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole”.

Se ciò è vero, a voler trarre rigorosamente le conseguenze dall’analisi appena svolta, la Corte avrebbe dovuto riconoscere che la libertà di iniziativa economica, in tutte le sue varie manifestazioni tutelate dal Trattato, non può mai essere considerata lesa da accordi collettivi che singoli operatori economici abbiano stipulato volontariamente o cui abbiano spontaneamente aderito.

Diversamente, nei casi *Laval* e *Viking*, in cui l’obiettivo dei sindacati era, appunto, di pervenire alla volontaria stipulazione di un contratto collettivo da parte delle imprese coinvolte nel conflitto, la Corte di Giustizia è giunta a considerare l’azione sindacale finalizzata a tale obiettivo come potenzialmente illegittima, e come tale sottoponibile al vaglio del giudice nazionale sulla base del principio di proporzionalità. Un esame giudiziario tra l’altro, nel cui ambito, come precisato nel caso *Viking*, è compresa la valutazione del “se l’azione collettiva in esame nella causa principale vada al di là di ciò che è necessario per conseguire l’obiettivo perseguito” e, specificamente, se il sindacato “non disponesse di altri mezzi, non restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo... e dall’altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l’azione in questione”.

Si è condivisibilmente osservato che questa lettura si fonda su una concezione dello sciopero come “arma legittima solo quando sia strettamente necessaria”; altri ancora, più duramente, hanno sostenuto che queste ultime affermazioni della Corte implicano una concezione dello sciopero come *extrema ratio*. Ed in effetti, la lettura della Corte solleva senz’altro di per sé

gravi perplessità, che sono destinate a rafforzarsi ove si consideri che la logica dell'*extrema ratio* deriva comunque dall'applicazione del test di proporzionalità al diritto di sciopero valutato nei suoi profili funzionali (cioè le sue finalità contrattuali): ed è proprio tale assoggettamento a controllo, in sé considerato, l'aspetto che più sconcerta, se rapportato ad un sistema giuridico in cui le relazioni sindacali sono ispirate da logiche volontaristiche.

Il collegamento tra azione collettiva e contrattazione collettiva si ritrova effettuato con chiarezza ancora nella sentenza Viking. Premesso che gli articoli sulla libera circolazione non disciplinano soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si applicano anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, quali quelle previste dai contratti collettivi, la Corte afferma poi che l'organizzazione di azioni collettive da parte dei sindacati dei lavoratori (che pure non sono soggetti di diritto pubblico) rientra nell'ambito della loro autonomia giuridica, e che tali azioni sono inscindibilmente connesse al contratto collettivo del quale si cerca di ottenere la sottoscrizione. Di qui la sottoposizione dell'azione collettiva alla valutazione di compatibilità comunitaria con la libertà di stabilimento. Analoga argomentazione si rinviene nella sentenza Laval, dove peraltro la Corte identifica sostanzialmente nei minimi di trattamento determinabili ai sensi dell'art. 3.1. della direttiva n. 96/71/CE il diretto parametro di riferimento per il giudizio di proporzionalità.

Come si intuisce, questa asserzione contenuta nelle due sentenze della Corte contiene un duplice passaggio. Il primo consiste nella sostanziale equiparazione tra regola (contrattuale o di altra fonte) a contenuto limitativo, e comportamento o azione avente il medesimo effetto. Un aspetto, questo, su cui la Corte non si sofferma particolarmente, ma che appare già di per sé controverso.

Il secondo è ancora più netto e forte: mentre un accordo collettivo che stabilisce determinate condizioni di lavoro e di occupazione, ove volontariamente concluso, è sempre legittimo e conforme alle norme del Trattato sulla libera circolazione, non altrettanto potrebbe dirsi di un'azione

collettiva volta ad indurre un'impresa a stipulare un accordo collettivo avente quello stesso contenuto, la quale è comunque esposta al rischio di entrare in rotta di collisione con quelle norme.

Dal punto di vista della politica del diritto, il ragionamento della Corte svela un ulteriore apriorismo ideologico, consistente in una concezione secondo la quale lo sciopero altera la volontarietà delle relazioni contrattuali tra le parti sindacali, aprendo al strada ad una valutazione della compatibilità stessa delle rivendicazioni contrattuali con le libertà economiche del Trattato.

Si tratta di una concezione che denota una insensibilità culturale nei confronti delle teorie elaborate dalla migliore dottrina gius-sindacale europea nei paesi occidentali a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, nessuna delle quali ha mai ipotizzato che, in un ordinamento democratico, lo sciopero per fini contrattuali possa essere considerato come una forma di pressione la cui legittimità va misurata in ragione della 'compatibilità' delle rivendicazioni di miglioramento delle condizioni di lavoro con l'esercizio della libertà di iniziativa economica. Alle argomentazioni dei giudici comunitari è sotteso il convincimento che le imprese non devono essere destinatarie di fastidiose azioni collettive volte ad ottenere risultati contrattuali che risultino eccessivamente limitativi delle libertà economiche fondamentali del Trattato. ciò indipendentemente dalla considerazione se agli stessi operatori economici sia riconosciuta la c.d. parità delle armi nell'ambito del conflitto collettivo.

L'apprezzamento che pure la Corte effettua nei confronti della legittima aspettativa dei lavoratori di tutelare e/o migliorare le proprie condizioni di lavoro finisce per rivelarsi mera espressione di una visione paternalistica delle relazioni economico-contrattuali, intesa di fatto a negare la perenne immanenza del conflitto tra capitale e lavoro tanto nei mercati nazionali quanto in quello comunitario e, dunque, al di là delle affermazioni di rito, sostanzialmente ostile al conflitto sociale per un'equa redistribuzione della ricchezza.

V'è da chiedersi che sorta di democrazia sindacale ed economica viene in tal modo costruita nell'ordinamento comunitario se, secondo le sue regole,

deve ritenersi che il principio volontaristico possa essere messo in crisi dall'esercizio del diritto di sciopero per fini contrattuali e che quest'ultimo possa essere sottoposto, di conseguenza, ad un penetrante controllo istituzionale in merito ai suoi contenuti rivendicativi? Davvero si può pensare che nella dimensione europea, l'irruenza delle forze del capitalismo possa tradursi nella spontanea accettazione di proposte contrattuali 'cortesemente' avanzate dai sindacati, a loro volta resi quasi imbelli dal rischio di azioni giudiziarie dirette a chiedere loro i danni per azioni collettive ritenute dannose alla luce dei principi elaborati dalla Corte di giustizia?

V'è poi da chiedersi se la libertà di organizzazione sindacale e di contrattazione collettiva possa sottostare ad un controllo relativo ai contenuti dell'azione rivendicativa da parte della Corte.

Al di là dei fini politico-ideologici delle questioni, deve notarsi come questo ulteriore aspetto problematico emergente dalle due sentenze della Corte riporta comunque alla previsione dell'art. 137.5 del Trattato. poiché la norma del Trattato riguarda anche il diritto di associazione, poiché quest'ultimo include la possibilità di elaborare autonomamente e in piena libertà le politiche rivendicative in materia di contrattazione e poiché in ultima analisi, proprio per questi motivi, un controllo relativo ai contenuti dell'azione rivendicativa implica una indiretta regolazione limitativa dello stesso diritto di associazione, avrebbe dovuto valere anche sul punto quanto sopra detto in relazione al diritto di sciopero. Anche per questo aspetto le opzioni interpretative della Corte appaiono prevaricatrici ed invadenti della volontà degli Stati membri.

È stato, inoltre, rilevato come i casi *Laval* e *Viking* si manifestino differenti sotto un profilo soggettivo. Nel primo caso, l'azione collettiva proclamata dai lavoratori svedesi contro l'impresa lettone si presenta formalmente rivolta a difendere gli interessi dei lavoratori lettoni distaccati sul territorio svedese, ma sostanzialmente è mirata a tutelare le condizioni di lavoro e l'occupazione dei lavoratori svedesi, messe in pericolo dal *dumping* sociale operato dall'impresa lettone.

Nel secondo caso, invece, l'azione messa in campo dai sindacati finlandesi, nonché dal sindacato internazionale dei trasporti, è rivolta direttamente contro l'impresa finlandese per difendere condizioni di lavoro e occupazione dei lavoratori finlandesi imbarcati sulla nave Rosella. Orbene, secondo un Autore²⁴⁰ tale differenza avrebbe inciso sulle decisioni della Corte, nel senso che in esse si potrebbero rinvenire alcune differenti sfumature in ordine alla legittimità dell'azione collettiva secondo il diritto comunitario. Secondo Carabelli questa lettura delle sentenze appare esaltare eccessivamente il profilo letterale, talaltra deduce da esse posizioni della Corte non espresse. Nell'incertezza del dato, vale solo la pena di segnalare come, ai fini del discorso più generale sviluppato in questa sede vi sia comunque piena convergenza con l'autore sul fatto che "in entrambi i casi la legittimità dello sciopero è fatta dipendere dal giudizio in merito alla legittimità dell'obiettivo di 'tutela dei lavoratori' posto a base dell'azione stessa" e che, in presenza di uno sciopero per fini contrattuali, la valutazione se il contratto collettivo ambito sia idoneo o meno ad intralciare la libertà di stabilimento o di prestazione di servizi (ed eventualmente in che misura) dovrebbe avvenire prescindendo "da chi, attraverso il conflitto, [mira a indurre] l'impresa a firmarlo".

4.4. La necessaria applicabilità delle norme imperative del paese di distacco e il freno posto dall'art. 9, par. 2 e 3: una coniugazione potenzialmente problematica

Come si è visto, il regolamento Roma I opera una contrazione dei confini della particolare tecnica di condizionamento dell'autonomia internazionalprivatistica rappresentata dalle NAN. Da un lato, propone una definizione di tali norme più restrittiva di quella della convezione, ponendo l'accento esclusivamente sul criterio formale dell'organizzazione dello Stato e della protezione di interessi collettivi di tipo pubblicistico (art. 9, par. 1); si è

²⁴⁰ Orlandini.

sin qui chiarito in che senso tale restringimento debba essere interpretato. Dall'altro lato, la nuova formulazione della disposizione sembra anche voler circoscrivere drasticamente il rilievo applicativo di questa particolare categoria di norme (par. 2 e 3).

L'art. 7 della convenzione di Roma prevedeva che pur essendo applicabile la legge di un paese determinato, potessero reclamare la propria applicabilità non solo le norme imperative "del paese del giudice", ma anche le norme imperative "di un altro paese con il quale la situazione" presentasse "uno stretto legame", se e nella misura in cui secondo il diritto, rispettivamente, di quest'ultimo paese o del paese più strettamente collegato alla situazione, tali norme fossero ritenute applicabili a prescindere dalla legge regolatrice del contratto.

Nel passaggio al regolamento la norma è stata significativamente ristrutturata. Oltre ad essere più specifica e restrittiva dal punto di vista definitorio, la formulazione attuale è limitativa anche per quanto attiene alla provenienza delle norme potenzialmente applicabili: se all'operatività di quelle del foro non è posto alcun ostacolo (par. 2), per contro, il par. 3 confina l'applicabilità delle NAN del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti all'ipotesi in cui sulla base di tali norme l'adempimento del contratto risulti illecito²⁴¹.

È interessante, in questa prospettiva, verificare in che termini la modifica apportata dal regolamento in materia di NAN sia suscettibile di influire sulla definizione della disciplina applicabile al lavoratore distaccato e, soprattutto, se ciò ponga dei problemi di coerenza rispetto ai contenuti della direttiva 96/71/CE.

I paragrafi 2 e 3 dell'art. 9 del Regolamento Roma I sono suscettibili di porre ciascuno una questione.

²⁴¹ La nuova norma ricalca una regola elaborata dalla dottrina inglese, utilizzata in una nota sentenza della *Court of Appeal* (26 marzo, 1920, *Ralli Bros v. Compañia Naviera Sota y Aznar* [1920] 1 K.B. 287): in base a tale regola, il contratto, pur essendo valido secondo la legge che lo regola, è inefficace qualora esso comporti l'esecuzione di prestazioni considerate illecite dalla legge dello Stato straniero in cui devono essere adempiute.

Il par. 2, fa riferimento esplicito soltanto alle NAN del foro: è legittimo chiedersi se esso intenda circoscrivere l'operatività delle norme di applicazione necessaria a quelle dell'ordinamento del giudice adito, oppure se voglia ricomprendere nel proprio novero anche le norme dell'ordinamento comunitario e, dunque, anche le NAN (*ex art. 3, par. 1, della direttiva*) del paese di distacco, ove questo non sia lo stesso del foro. Parte della dottrina²⁴² accoglie questa seconda ipotesi, affermando che tale paragrafo deve ritenersi integrato dal considerando n. 34 della direttiva 96/71/CE, il quale fa salva l'operatività delle NAN dello Stato del foro tenendo proprio conto del fatto che quest'ultimo, in base alla normativa sulla competenza giurisdizionale (art. 6 della direttiva e artt. 18 e ss. del regolamento n. 44/2001), potrebbe non coincidere con quello di distacco”.

Nel caso in cui non dovesse ammettersi questa lettura – come potrebbe, effettivamente, lasciare intendere il fatto che non è il par. 2 a fare espresso riferimento alle NAN straniere, bensì il par. 3 –, anche quest'ultimo sarebbe, a sua volta, suscettibile di porre un problema.

La convenzione lasciava ampio spazio alle NAN diverse da quelle del foro (e, dunque, straniere), ritenendole applicabili alla sola condizione che appartenessero ad uno Stato con cui sussistesse uno stretto legame (e che, ovviamente, fossero più protettive); diversamente, il regolamento prevede esso stesso all'individuazione di un unico caso di “stretto legame”, stabilendo che le sole norme imperative diverse da quelle del foro potenzialmente applicabili sono quelle della *lex loci executionis*, e che lo sono soltanto se in base ad esse l'adempimento del contratto risulta illecito²⁴³.

La regola generale vuole, sinteticamente, che le NAN normalmente applicabili siano solo quelle del foro, e che le NAN diverse da quelle del foro

²⁴² P. VENTURI, *Art. 8*, cit. p. 787.

²⁴³ Come nella vecchia formulazione, anche in questo caso l'applicabilità dipende dalla particolare intensità valutativa di tali norme, cioè, dal loro oggetto, dal loro scopo e dalle conseguenze che deriverebbero dalla loro applicazione o non applicazione.

(e, ovviamente, da quelle della *lex contractus*²⁴⁴) operino, di fatto, solo in un caso specifico, quindi, eccezionalmente.

La dottrina²⁴⁵ ritiene che la restrittività delle condizioni imposte dalla nuova norma costituisca “un evidente passo indietro”, e sostiene, in sostanza, che l’operatività delle NAN sia stata ingiustamente sacrificata. L’applicazione di tali norme, infatti, vuole raggiungere alcuni fondamentali obiettivi quali quello della cooperazione tra Stati al fine di perseguire interessi condivisi, quello di evitare ad una delle parti un “conflitto di doveri”, e, soprattutto, quello di assicurare l’uniformità internazionale delle decisioni. In questa prospettiva, non si spiega per quale ragione si debba escludere *a priori* la possibilità di dare effetto anche ad una norma imperativa straniera che imponga un determinato comportamento positivo o che garantisca ad una delle parti un certo rimedio, se ciò può evitare, ad esempio, fenomeni di *forum shopping*.

Rispetto alla particolare fattispecie del distacco, la dottrina²⁴⁶ sembra voler intendere il par. 3 dell’art. 9 nel senso che, nel caso in cui sia stato realizzato un distacco in uno Stato che risulti “terzo” – rispetto al giudice adito e alla *lex contractus* –, le disposizioni imperative di tale Stato possono venire in rilievo solo quando sanciscano la nullità del rapporto.

Una prima questione deve rintracciarsi nella necessità di stabilire da quale giudice possano essere applicate le NAN di cui all’art. 3, par. 1, della direttiva.

Nel caso del distacco, finché il giudice adito è quello del paese ospitante, non sorgono particolari problemi, essendovi identità tra norme del foro e norme del paese di distacco: il giudice non farà altro che applicare legittimamente (ove più protettive) le norme imperative del proprio ordinamento (relative alle materie indicate dall’art. 3, par. 1 della direttiva).

²⁴⁴ Se tale legge risultasse essere la più protettiva, evidentemente, il problema dell’applicazione delle NAN di altri Stati nemmeno si porrebbe.

²⁴⁵ A. BONOMI, *Le norme di applicazione necessaria*, cit. p. 186.

²⁴⁶ P. FRANZINA, *op.ult.cit.*, p. 117, in nota, n. 53.

La questione diventa, però, più complicata nel momento in cui la cognizione delle pretese spettanti al lavoratore distaccato sia devoluta ad un giudice diverso da quello del paese di distacco: il rischio concreto è, infatti, che venga a crearsi un vuoto di tutela, a tutto svantaggio di questa particolare categoria di lavoratori.

Secondo alcuni Autori²⁴⁷, infatti, il combinato disposto dell'art. 9, par. 2 e 3 e dell'art. 3, par. 1, della direttiva produrrebbe l'effetto di consentire l'operatività della garanzia accordata al lavoratore distaccato solo nello Stato di distacco. L'art. 3, par. 1, della direttiva costituisce, infatti, una norma unilaterale, che attribuisce unicamente a tale giudice il compito di assicurare al lavoratore distaccato sul proprio territorio l'applicazione delle proprie norme protettive. Arrestarsi a questo punto del ragionamento significherebbe ammettere che l'applicazione delle NAN del paese di distacco dipende esclusivamente da quale sia il giudice adito. La dottrina propone, perciò, di "bilateralizzare" l'art. 3, par. 1, ammettendo che i giudici di tutti gli Stati membri (e non solo quello dello Stato ospitante) possano applicare, ove più favorevoli, le NAN del paese di distacco, a prescindere dal fatto che tale paese sia quello del giudice adito, oppure un paese diverso. Altri Autori²⁴⁸, più semplicemente, superano in modo diretto la questione, dando per scontata la lettura della norma in chiave bilaterale.

Ad ogni modo, anche ove si ammettesse pacificamente la possibilità che ad applicare le NAN dello Stato di distacco sia anche il giudice di un altro Stato, il particolare caso del lavoratore distaccato solleva un altro problema, rappresentato dal fatto che il riconoscimento dell'applicabilità delle sole norme in base alle quali il contratto sarebbe illecito non è l'unico limite posto dalla norma. Il par. 3 consente, infatti, che siano operative le sole NAN "del paese in cui gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti". Se per tutte le altre tipologie contrattuali rientranti nel campo di applicazione del regolamento questa precisazione non sembra porre particolari

²⁴⁷ P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco*, cit., p. 117 ss.

²⁴⁸ S. KNÖFEL, *EC legislation on conflict of laws: interaction and incompatibilities between conflict rules*, in *ICLQ*, 1998, p. 439 ss.

difficoltà di interpretazione (che, pur se esistenti, non verrebbero affrontate in questa sede), nel caso del distacco, come si è già ampiamente avuto modo di affermare, la nozione di *locus executionis* presenta confini particolari, rispondendo ad un criterio più formale che effettivo: l'art. 8, par. 2, del regolamento, infatti, prevede che quando il luogo di esecuzione non possa essere precisamente individuato, debba identificarsi con lo Stato “a partire dal quale il lavoratore (...) svolge abitualmente il suo lavoro”. Il legislatore comunitario ha, peraltro, voluto ribadire questo concetto, specificando all'ultima frase del par. 2, che “il paese in cui il lavoro è svolto abitualmente non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo”. In questa logica, a onore della coerenza, se il legislatore dà una certa interpretazione della nozione di “paese di esecuzione” in sede di definizione della legge applicabile, non si vede per quale ragione tale interpretazione non dovrebbe mantenersi anche nella lettura del par. 3 dell'art. 9, contenendo esso un riferimento al medesimo concetto.

In base a questa ricostruzione, dunque, il lavoratore distaccato potrebbe (soddisfatte le condizioni del par. 3 dell'art. 9) beneficiare delle NAN del paese d'origine, ma, sostanzialmente, mai di quelle del paese di distacco.

Questa interpretazione della norma potrebbe benissimo essere sconfessata dalla Corte di giustizia ma, ove fosse accolta, determinerebbe un significativo indebolimento della direttiva 96/71/CE.

Tale conseguenza non sembra, peraltro, di improbabile verifica: nessuno degli articoli del regolamento dispone, infatti, la prevalenza delle NAN *ex art. 3, par. 1*, della direttiva su qualunque altra norma che abbia vocazione ad essere applicata. Nonostante abbia mostrato di essere animato da una logica di specificazione, il legislatore comunitario ha, infatti, scelto di non inserire nel tessuto semantico degli artt. 8 e 9 alcun cenno in proposito. Come è stato affermato²⁴⁹, non si comprende per quale ragione non si sia voluto esplicitare il richiamo alla direttiva in modo più diretto, essendo, peraltro, la

²⁴⁹ P. VENTURI, *Art. 8 (Contratti individuali di lavoro)*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2009, pp. 777-778.

fattispecie del distacco quella sulla quale l'applicabilità del regolamento può trovare maggior terreno di confronto²⁵⁰.

La fonte delle questioni poste dai par. 2 e 3 dell'art. 9 risiede nel fatto che nel regolamento, il problema del coordinamento viene affrontato esclusivamente dal considerando n. 34, che fa salva l'applicabilità delle norme di applicazione necessaria contenute nella direttiva 96/71/CE.

La possibilità di garantire la presa in considerazione delle NAN del paese di distacco a prescindere dalle restrizioni *ex art. 9*, par. 2 e 3, viene, a questo punto, a dipendere dalla natura, vincolante o meno, dello strumento del "considerando". L'Accordo interistituzionale del 22 dicembre 1998 sulle linee direttrici comuni relative alla qualità redazionale della legislazione comunitaria si limita a precisare in proposito che "i 'considerando' hanno come scopo quello di motivare in modo conciso le disposizioni essenziali del dispositivo, senza riprodurre o parafrasarne la formulazione", in ossequio all'obbligo di motivazione stabilito dall'art. 253 TCE. In altri termini, la finalità del preambolo sarebbe solo quella di informare, spiegare e/o giustificare, non assumendo, perciò, i suoi contenuti alcuna forza vincolante. Ciò vale, a maggior ragione, per il regolamento Roma I: la circostanza che esso succeda alla convenzione costituisce, infatti, una ragione ulteriore perché le modifiche apportate al testo originario vengano spiegate e giustificate "con particolare cura"²⁵¹.

Tuttavia, oggettivamente, l'Accordo del 1998 lascia ai redattori una libertà significativa: nella redazione dello stesso regolamento Roma I, ad esempio, sono stati introdotti dei "considerando" che, di fatto, oltrepassano nettamente la semplice giustificazione del dispositivo cui si riferiscono, contenendo enunciati a vocazione sostanzialmente vincolante.

²⁵⁰ Una parte dei commenti al Libro verde (in particolare, v. le proposte del Gruppo europeo di diritto internazionale privato nelle diverse sessioni di lavoro tenutesi tra il 2000 e il 2003 – <http://drt.ucl.ac.be/gedip/documents/gedisp-documents>) aveva caldeggiato l'inserimento di una clausola che salvaguardasse espressamente l'applicabilità della direttiva 96/71/CE.

²⁵¹ Secondo quanto disposto dalla *Guida pratica comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione all'attenzione delle persone che contribuiscono alla redazione dei testi legislativi nell'ambito delle istituzioni comunitarie* del 16 marzo 2000 (§ 10.6 e § 10.4).

Il tenore del considerando n. 34 induce a ricomprendere quest'ultimo nella categoria dei "considerando" ultramotivazionali o normativi; esso, infatti, non si pone nell'ottica di spiegare la *ratio* di questo o quell'articolo del regolamento, ma stabilisce in modo molto semplice che al lavoratore distaccato devono applicarsi le NAN del paese di distacco. Vero è, però, che il legislatore coniuga il verbo "dovere" al modo condizionale, ma, in una logica di *favor* per il lavoratore, tale peculiarità redazionale non sembra celare una qualche refrattarietà a prendere posizioni nette sull'applicazione delle suddette norme, apparendo, piuttosto, orientata ad evitare di cristallizzare il rinvio ad esse per lasciare spazio alle norme eventualmente più favorevoli. Tale lettura risulterebbe, infatti coerente con la giurisprudenza comunitaria in tema di giudizio di giustificabilità, la quale chiarisce, non solo che le norme applicabili di volta in volta non sono necessariamente quelle del paese di distacco, bensì quelle più favorevoli al lavoratore, qualunque esse siano, ma anche che, comunque, l'operatività di tali norme deve coniugarsi in modo equilibrato con le libertà comunitarie. Per valutare l'incisività del considerando n. 34, è, perciò, opportuno domandarsi se i "considerando", per così dire, "ultramotivazionali" possano realmente essere ritenuti vere e proprie norme a portata prescrittiva. Una lettura incrociata dei testi comunitari sul punto sembrerebbe fornire risposta negativa: la stessa *Guida pratica di redazione*²⁵² afferma, peraltro chiaramente, che le motivazioni contenute nei "considerando", non hanno carattere normativo, e sono formulate in un linguaggio non imperativo che non deve poter essere confuso con quello del dispositivo della norma che il considerando ha la funzione di spiegare.

Tuttavia, è stato riconosciuta²⁵³ la possibilità di dimostrare il carattere potenzialmente normativo del preambolo. La forza obbligatoria di un testo non può essere scartata *a priori*: gli studi dedicati agli strumenti comunitari,

²⁵² (V. nota che precede) § 10.1.

²⁵³ S. LEMAIRE, *Interrogations sur la portée juridique de préambule du règlement Rome I*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2157 ss., spec. p. 2159, richiamata da N. BOSCHIERO, *I limiti al principio d'autonomia*, cit., p. 89.

internazionali o anche interni di *soft law*²⁵⁴ hanno rilevato che gli enunciati volti a modellare un comportamento (nel caso del considerando n. 34, quello del giudice eventualmente chiamato a dirimere una controversia relativa ad un'ipotesi di distacco), anche se sprovvisti, per definizione, di carattere prescrittivo, possono acquisirlo con l'uso. Secondo la dottrina sopra richiamata, un testo può "accedere alla forza obbligatoria" attraverso più vie, la più "incontestabile" delle quali sembra essere quella giurisdizionale, che si espleta nella consacrazione da parte di un giudice del carattere prescrittivo dell'enunciato; questa opera c.d. di "densificazione" è tanto più efficace quanto l'autorità di giurisdizione che interviene è essa stessa incontestabile nell'ordine giuridico di riferimento²⁵⁵.

In ipotesi transnazionali per definizione, come quella del distacco, tale ruolo spetterà alla Corte di giustizia, la quale ha, peraltro già affermato la necessaria operatività della direttiva 96/71/CE. Sarà interessante vedere in che modo essa darà attuazione alle nuove formulazioni del regolamento: nonostante, in alcune occasioni abbia negato il carattere normativo dei "considerando", generalmente la Corte tende a privilegiare l'interpretazione teleologica dei testi che hanno vocazione ad essere applicati, con la conseguenza che l'apparente incompatibilità tra la natura formale dello strumento "considerando" e la portata normativa di certi suoi contenuti, può, di fatto, essere agevolmente superata.

Ad ogni modo, ad avviso di chi scrive, anche laddove non si volesse riconoscere forza vincolante allo strumento del "considerando", non è detto che la carenza specificativa del regolamento circa l'estensione dell'applicabilità della direttiva 96/71/CE, abbia una valenza necessariamente

²⁵⁴ Cfr. C. THIBIERGE, *Rapport de synthèse*, in *Le droit souple*, colloque de l'Association Capitant, journée nationale du 27 mars 2008, Paris, 2009.

²⁵⁵ Tuttavia, S. LEMAIRE, *op.ult.cit.*, p. 2160, manifesta condivisibili perplessità circa la legittimità del riconoscimento di un carattere normativo al preambolo del regolamento, potendo tale estensione costituire uno strumento per aggirare il processo legislativo comunitario: il rischio è, infatti, quello di attribuire efficacia vincolante ad elementi che non hanno ottenuto un'adesione politica sufficiente a farli figurare negli articoli del regolamento stesso. Ad ogni modo, tenuto conto del particolare meccanismo di applicazione della direttiva 96/71/CE, e delle finalità ad esso sottese, la ricostruzione della disciplina del distacco non dovrebbe dare adito a simili questioni.

negativa: è, infatti, ipotizzabile che il legislatore abbia solo voluto evitare di vincolare in modo troppo intenso le parti all'applicazione delle NAN *ex art. 3, par. 1*, consapevole del fatto che, come si è detto poc' anzi, esse operano solo se più favorevoli e se la loro applicazione non costituisce un ostacolo all'esercizio delle libertà comunitarie.

Sulla base di tutte le considerazioni sin qui svolte, sembrerebbe legittimo dedurre che con il regolamento Roma I l'operatività della direttiva 96/71/CE non abbia subito una contrazione così massiccia: ad ogni modo, sarà solo la futura interpretazione della Corte di giustizia a fornire elementi di riscontro in questo senso.

Le riflessioni sin qui proposte impongono, a questo punto, di individuare il confine tra il contenuto effettivo delle norme imperative di applicazione necessaria, cui è sottoposto il lavoratore distaccato, e la nozione di ordine pubblico.

5. Il limite “successivo” dell'ordine pubblico

L'art. 21 del regolamento, allo stesso modo dell'art. 16 della convenzione, e senza alcuna variazione in termini di definizione consente di bloccare l'operatività della legge straniera altrimenti applicabile alla fattispecie allorché i suoi effetti si rivelino incompatibili con l'ordine pubblico del foro.

Al pari delle metodologie e tecniche proprie delle norme imperative semplici, questo limite ha il pregio di lasciar sussistere il potere di autonomia internazionalprivatistica delle parti, mettendone, tuttavia, in causa il risultato, quando gli effetti di questo potere si rivelino *in concreto* contrari ai principi ritenuti fondamentali dall'ordinamento del foro. Secondo parte della dottrina²⁵⁶, nella nozione di “ordinamento del foro” devono ritenersi inclusi anche l'ordinamento comunitario o da quello internazionale.

²⁵⁶ N. BOSCHIERO, *op.ult.cit.*, cit., p. 128.

È pacifico che in Italia, così come negli altri Stati membri, la protezione del lavoratore si incarna in principi concepiti come fondamentali che, in quanto tali, hanno il potere di interferire col normale funzionamento delle regole di conflitto²⁵⁷. Questi principi sono ancorati a valori che, oltre a caratterizzare gli ordinamenti nazionali presi singolarmente, riflettono anche valori essenziali della Comunità intesa nel suo insieme²⁵⁸, come, ad esempio, quelli sottesi alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 15, par. 2; artt. 27 ss.) e della Carta sociale europea dedicate al lavoro e al lavoratore.

Tra gli Stati membri v'è una fiducia reciproca, testimoniata dall'accettazione della possibilità che le norme di conflitto richiama leggi straniere, potenzialmente fondate su valori giuridici diversi da quelli del foro, nonché dal *favor* di principio verso il riconoscimento e la libera circolazione delle decisioni. Ad ogni modo, però, la finalità di garantire la pacifica coabitazione di sistemi giuridici nazionali caratterizzati da valori giuridici verosimilmente differenti comporta anche la necessità di un'interpretazione molto stretta del limite dell'ordine pubblico che, coerentemente con l'adagio *exceptio est strictissime interpretationis*²⁵⁹, va inteso come “valvola di sicurezza”²⁶⁰, da utilizzare solo come *extrema ratio*.

Il corollario che discende da tale concezione è rappresentato dalla tesi ampiamente diffusa in dottrina secondo la quale la funzione dell'ordine pubblico è unicamente quella della difesa di valori fondamentali dell'ordinamento giuridico. Per questa ragione, l'ordine pubblico si pone come limite di natura essenzialmente negativa: la *lex contractus* non si applica (l'applicazione è “esclusa”) quando risulta manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro.

²⁵⁷ Cfr. C. DI TURI, *Globalizzazione dell'economia e diritti fondamentali in materia di lavoro*, in *RDInt*, 2000, p. 113 ss.

²⁵⁸ S. POILLOT PERRUZZETTO, *European Public Policy and other restrictions on the normal operation of choice-of law and choice-of jurisdiction rules*, in *Enforcement of international contracts*, 2004, p. 343 ss.

²⁵⁹ P.-Y. GAUTIER, *La contrariété à l'ordre public d'une décision étrangère, échec à sa reconnaissance ou son exequatur*, in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, pp. 435 ss.

²⁶⁰ N. BOSCHIERO, *op.ult.cit.*, p. 128.

Come si è detto, lo strumento dell'ordine pubblico costituisce un limite ultimo ed eccezionale, posto a difesa dei valori essenziali nei quali si esprime l'eticità dell'ordinamento giuridico del foro²⁶¹, e richiede di essere utilizzato con particolare circospezione: la norma, infatti, limita il ricorso all'ordine pubblico ai casi in cui gli effetti della *lex contractus* sono “manifestamente” incompatibili con esso.

Le difficoltà di applicazione di questo strumento attengono in particolare alla precisa identificazione del contenuto che tale nozione può rivestire in campo sociale²⁶². Tali difficoltà diventano ancora più significative se si tiene conto che, secondo un orientamento di dottrina e giurisprudenza che gode di largo seguito, la contrarietà all'ordine pubblico non si può rilevare per il solo fatto che la legge straniera predisponga, in relazione a determinati valori, forme di tutela differenti da quelle rinvenibili nella *lex fori* (nella legge, cioè, dell'ordinamento cui appartiene il giudice adito)²⁶³.

Nel particolare caso del lavoratore dipendente impiegato nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, il meccanismo dell'ordine pubblico ha la funzione di assicurare una protezione diversa e ulteriore rispetto a quella realizzata dalla *lex contractus*, ma può scattare solo in ipotesi estreme, quando l'applicazione della legge straniera non sia in grado di assicurare, nel caso di specie, neppure quel minimo di tutela cui l'ordinamento del foro non è disposto a rinunciare²⁶⁴.

Si tratta, peraltro, di un'eventualità difficile a verificarsi, soprattutto quando, in uno Stato membro, l'ordine pubblico venga invocato per escludere o limitare l'applicazione della legge di un altro Stato membro.

²⁶¹ Cfr. S. GIUBBONI, *Norme imperative*, cit., p. 551.

²⁶² A. BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, in RCADI, 1993-II (t. 239), p. 9 ss.

²⁶³ Su questo aspetto, v. nella giurisprudenza italiana, Corte di cassazione, 11 novembre 2000, n. 14662, in *GC*, 2001, I, p. 2179 e, Corte di cassazione, 7 dicembre 2005, n. 26976, in *RDIPP*, 2006, p. 1053,

²⁶⁴ Per un'applicazione, v. Corte di cassazione, 11 novembre 2002, n. 15822, in *RDIPP*, 2003, p. 978.

L'evizione della legge straniera individuata dalle norme di conflitto va operata con prudenza²⁶⁵. Da un lato, l'ordine pubblico c.d. sociale dei singoli Stati membri attinge, infatti, – come si è accennato – a valori ormai in larga parte comuni: invocarlo significherebbe mettere in discussione la conformità della legge straniera astrattamente applicabile rispetto all'ordine pubblico nel quale, in linea di principio, dovrebbe potersi rispecchiare ogni ordinamento nazionale. Dall'altro lato, un ricorso troppo esteso alla eccezione di ordine pubblico, comporterebbe un'indebita compressione dell'effetto utile delle norme uniformi sul conflitto di leggi e un'alterazione dell'equilibrio stabilito dal diritto comunitario, attraverso le sue norme materiali di conflitto, fra i diversi valori sottesi al fenomeno del distacco.

Parte della dottrina²⁶⁶ ha sollevato delle perplessità circa l'art. 21, limitandosi esso a consentire il blocco dell'operatività della *lex contractus*, senza indicare come procedere nel caso in cui l'incompatibilità si presenti concretamente. Secondo alcuni, lo Stato dovrebbe optare per le soluzioni suggerite dalle proprie norme di diritto internazionale privato, mentre secondo altri, i paesi della Comunità dovrebbero applicare la legge che viene eventualmente richiamata in via sussidiaria o alternativa dalla disposizione del regolamento che ha individuato la *lex contractus* poi dimostratasi inapplicabile o, in mancanza, la *lex fori*. La Corte di cassazione italiana²⁶⁷ ha mostrato di propendere per prima tesi, in quanto l'art. 21 “esclude che nell'ipotesi ivi prevista le regole fissate dalla medesima possano trovare applicazione”, non rilevando, quindi “il contenuto meramente negativo della clausola dell'ordine pubblico stabilita dalla suddetta disposizione, perché questa, escludendo l'applicazione della disciplina dettata da tale testo normativo per l'identificazione della legge che deve regolare il contratto, impone necessariamente di fare riferimento, a tal fine, ad un'altra fonte di diritto, che

²⁶⁵ Cfr. P. FRANZINA, *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lavoro e diritto*, 2008, pp. 120-121.

²⁶⁶ Cfr. R. CLERICI, *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e convenzione di Roma*, in *RDIPP*, 2003, p. 829; G. BIAGIONI, *Le conseguenze dell'incompatibilità delle legge straniera all'ordine pubblico nella convenzione di Roma*, in *RDInt*, 2003, p. 1083.

²⁶⁷ 4 maggio 2007, n. 10215, in *RDIPP*, 2008, pp. 218-291.

può essere rinvenuta solo nel principio dettato dall'art. 16 della legge italiana di diritto internazionale privato n. 218/1995".

Diversamente, parte della dottrina²⁶⁸ opta per la seconda soluzione, ritenendo che sia la sola a consentire un'interpretazione autonoma del regolamento, favorendo l'uniformità di soluzioni nel territorio comunitario.

5.3. L'apparente assimilabilità del meccanismo delle norme di applicazione necessaria a quello dell'ordine pubblico: il carattere 'borderline' delle eccezioni al meccanismo di conflitto

La natura e le modalità di funzionamento dell'eccezione di ordine pubblico definiscono la sua distanza rispetto al limite generale delle NAN: la distinzione è coerente con la tradizionale concezione restrittiva dell'ordine pubblico.

Innanzitutto, da un punto di vista meramente testuale, il regolamento affida la disciplina dei due limiti a due norme separate (artt. 9 e 21).

La differenza si evince anche dalla logica di funzionamento. Le NAN hanno natura positiva: esse delimitano l'ambito di applicazione della *lex contractus*, ma per giustificare l'applicazione di talune norme interne cui l'ordinamento non consente di derogare per contratto, o di altre norme che in ragione del loro carattere di assoluta inderogabilità non tollerano di essere derogate mediante il richiamo del diritto straniero. Le NAN sono, cioè, suscettibili di produrre un ampliamento della sfera di efficacia della *lex fori* ogni qualvolta l'ordinamento del foro ritenga che una determinata situazione debba essere imperativamente disciplinata da norme giuridiche che, essendo dirette a tutelare un interesse politico, morale ed economico dello Stato, non consentono di essere derogate mediante il richiamo di un diritto straniero.

²⁶⁸ B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, p. 124; G. BIAGIONI, *L'ordine pubblico e le NAN nella proposta di regolamento "Roma I"*, in P. FRANZINA, *La legge applicabile*, cit., p. 99, nota n. 10, v. anche i par. 3 e 5.

Anche i profili metodologici sottolineano la diversità intrinseca tra i due limiti. In primo luogo, le NAN sono costruite sulla base di un metodo unilateralista, trattandosi di specifiche disposizioni materiali dotate di regole di applicabilità che definiscono direttamente il proprio campo di applicazione a livello internazionale, mentre la clausola dell'ordine pubblico "d'evizione" opera secondo il metodo bilaterale classico²⁶⁹. In secondo luogo, le NAN orientano *a priori* le soluzioni accoglibili attraverso il richiamo del diritto straniero, mentre l'ordine pubblico opera come limite successivo, la compatibilità con i principi fondamentali del foro venendo considerata solo dopo che la legge applicabile è stata designata.

Tuttavia, queste significative distinzioni metodologiche vanno perdendo rilievo per effetto della fondamentale opera interpretativa della Corte di giustizia, che ha provveduto ad uno smantellamento progressivo di alcuni pilastri portanti della teoria che tiene i due limiti rigorosamente distinti.

Da un lato, la Corte ha messo in discussione l'intangibilità del principio in virtù del quale le NAN (se considerate dal punto di vista dell'ordinamento di appartenenza) escludono il normale gioco del sistema di conflitto di diritto internazionale privato teso a delimitare l'operatività del diritto interno. Nella sentenza *Ingmar*, infatti è stato attribuito un carattere di imperatività "rafforzata" ad alcune regole materiali della direttiva comunitaria sugli agenti di commercio semplicemente in ragione del carattere protettivo della normativa, del suo collegamento con gli obiettivi del Trattato Ce e della presenza di un collegamento spaziale di prossimità con l'ordinamento comunitario; in questo modo, si è creato uno spazio di applicazione necessaria pur mantenendo, e anzi, sfruttando, il metodo di conflitto, senza cioè che l'uno escludesse le altre.

Dall'altro lato, i giudici di Lussemburgo hanno sfatato il mito delle NAN come limite preventivo al funzionamento del meccanismo conflittuale

²⁶⁹ P. KINSCH, *La "sauvegarde de certaines politiques législatives", cas d'intervention de l'ordre public international?*, in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, cit., p. 449; P. MAYER, *L'étendue du contrôle par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police*, in *Mélanges, Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 460.

internazionalprivatistico nella sua attività di rinvio al diritto straniero. Come si è visto, la Corte ha, infatti, subordinato l'operatività di tali norme al tradizionale giudizio di giustificabilità, imponendo al giudice di effettuare la comparazione tra le norme astrattamente applicabili (secondo il gioco del sistema di conflitto) nella prospettiva di dichiarare applicabili le norme in grado di garantire il rispetto del livello minimo di protezione. Di fronte a questa forma rinnovata di applicazione necessaria, si è pacificamente ammessa la rilevanza l'eventuale applicazione di disposizioni straniere che garantiscano una disciplina di livello superiore agli *standard* minimi di tutela previsti dalle norme nazionali di applicazione necessaria. Lo stesso meccanismo, del resto, è posto alla base dell'operatività delle NAN di derivazione comunitaria contenute, ad esempio, nelle direttive dell'ultima generazione in materia di protezione dei consumatori, così come dell'operatività del principio dello Stato d'origine, inglobato nella c.d. "clausola mercato interno", contenuta in numerose direttive comunitarie: trova in ciò conferma quella teoria²⁷⁰ per la quale le norme imperative applicabili al lavoratore distaccato diverrebbero di applicazione necessaria per investitura comunitaria.

Di fatto, dunque, la maggior parte delle NAN – degli Stati membri, o di derivazione comunitaria – non funziona affatto come limite preventivo. Dipendendo dall'esito del *test* di giustificabilità, la loro applicazione da necessaria diventa eventuale: le NAN non riescono più a scavalcare il sistema di conflitto, finendo per perdere il duello con il diritto internazionale privato.

Ciò comporta una sostanziale parificazione del meccanismo operativo delle NAN rispetto a quello d'ordine pubblico d'evizione: la legge straniera già individuata come applicabile alla fattispecie in virtù del sistema di conflitto può essere scartata solo nel caso in cui i suoi contenuti concreti si dimostrino inconciliabili con gli obiettivi perseguiti dalle NAN. Quello che si sta verificando è un progressivo sgretolamento²⁷¹ del confine tra la categoria delle NAN e quella dell'ordine pubblico.

²⁷⁰ V. A. BONOMI.

²⁷¹ N. BOSCHIERO, *I limiti al principio di autonomia*, cit., p. 131.

Inoltre, alla sostanziale affinità metodologica si aggiunge una comunanza di contenuti, tanto che alcuni autori parlano di una vera e propria parentela²⁷² tra i valori fondamentali protetti dai due metodi di evizione della legge straniera. In effetti, nonostante la formale distinzione sul piano internazionale, questi due strumenti risultano uniti dal diritto privato dei singoli Stati membri, venendo ricompresi nell'ampia categoria dell'ordine pubblico interno²⁷³. La dottrina francese²⁷⁴, ad esempio, pur distinguendo le due categorie dell'*ordre public de protection* e dell'*ordre public de direction* (cui corrispondono le c.d. *lois de police*), le riconduce all'unico comune denominatore della nozione di ordine pubblico.

Effettivamente, molte delle NAN si caratterizzano per una connotazione pubblicistica: a conferma di quanto sin qui affermato, autorevole dottrina²⁷⁵ ritiene in proposito che la labile, se pur tradizionale, bipartizione tra diritto pubblico e diritto privato, in pratica non è di per sé determinane ai fini del diritto internazionale privato. La Risoluzione adottata dall'*Institut de droit international* nella sessione di Wiesbaden del 1975²⁷⁶ ha affermato a tal proposito che il carattere di diritto pubblico attribuito ad una disposizione della legge straniera non ne inficia l'applicabilità.

Un'ulteriore conferma della progressiva erosione del *discrimen* tra NAN e ordine pubblico è data dallo stesso diritto comunitario. Già la Relazione Giuliano-Lagarde aveva esplicitamente riscontrato l'inglobamento dell'ordine pubblico comunitario in quello del foro, essendo il primo parte integrante dell'ordine pubblico degli Stati membri della Comunità europea. Tuttavia, solo alla fine degli anni Novanta²⁷⁷ la Corte di giustizia ha consacrato ufficialmente questo principio: essa ha comunitarizzato il limite dell'ordine pubblico, imponendo al giudice nazionale competente di allargare le maglie del proprio limite nazionale e di ritenere, conseguentemente, contraria

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ A. BUCHER, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, 1993-II, t. 239, p. 39 ss.

²⁷⁴ P. MAYER, *L'étendue du contrôle par le juge étatique*, cit., p. 146.

²⁷⁵ Cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 246, in nota n. 18.

²⁷⁶ In *Annuaire*, vol. 56, 1975, p. 551.

²⁷⁷ Causa C-126/97, 1° giugno 1999, *Eco Swiss c. Benetton*, in *Racc.*, 1999, p. I-3055 ss.

all'ordine pubblico del foro anche la norma in contrasto con il diritto comunitario. In tal modo i giudici hanno riconosciuto l'idoneità dell'ordinamento comunitario ad esprimere esso stesso principi fondamentali di ordine pubblico che, in quanto tali, prevalgono anche sul sistema di diritto privato internazionale degli ordinamenti degli Stati membri e devono essere applicati dal giudice nazionale. Nella categoria dell'ordine pubblico comunitario rientrano i principi generali del diritto comunitario di carattere costituzionale enunciati negli anni dalla Corte (rappresentati dai principi comuni agli Stati membri e da quelli ispiratori del Trattato), le norme poste a garanzia dell'ordine pubblico economico della Comunità (gli artt. 81 e 82 TCE sulla concorrenza), i diritti fondamentali della persona umana, nonché, le libertà comunitarie previste dal Trattato.

È, dunque, evidente che la nozione tradizionale di ordine pubblico degli Stati membri ha subito delle profonde modifiche. La dottrina²⁷⁸ tiene comunque a precisare che l'infiltrazione delle istanze comunitarie nella culla dell'ordine pubblico del foro non ha determinato un'espansione di tale nozione. Secondo questa tesi, infatti, l'ordine pubblico comunitario svolgerebbe un ruolo autonomo rispetto a quello nazionale, non aggiungendosi, cioè, ad esso, ma limitandosi ad intervenire a sua integrazione (o in sua sostituzione), solo ove necessario. Rispetto all'ordine pubblico nazionale, quello comunitario può, infatti, esercitare una funzione correttiva; può limitarne l'impatto (essendo in grado di prevalere su di esso) rispetto alle leggi degli altri Stati membri; può imporre il rispetto di valori fondamentali del diritto comunitario anche quando gli Stati membri sembrano essere più tolleranti; oppure, ancora, può sostituirsi all'ordine pubblico nazionale escludendo, nel caso di specie, la clausola di salvaguardia nazionale nel caso in cui gli Stati lo invocino in modo contrastante con gli obiettivi finali del processo di integrazione comunitaria²⁷⁹.

²⁷⁸ Cfr. M. FALLON, *Le conflit de lois et de jurisprudence dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, in *Recueil des Cours*, 1995, t. 253, p. 9 ss, spec. p. 257 ss.

²⁷⁹ Sul diverso modo di operare dell'ordine pubblico comunitario nei rapporti con gli Stati terzi e con gli Stati membri, e sulla funzione correttiva delimitativa del limite interno proprio

Poiché, secondo quanto appena affermato, il limite dell'ordine pubblico comunitario deve considerarsi distinto da quello nazionale dei singoli Stati membri, sarebbe stato più logico che, nella conversione della convenzione in regolamento, la norma ad esso relativa distinguesse chiaramente i due tipi di ordine pubblico²⁸⁰. Secondo alcuni autori²⁸¹ il legislatore comunitario ha avrebbe preferito non inserire tale precisazione, privilegiando un'ottica squisitamente monistica; la scelta potrebbe imputarsi alla volontà di non dare adito all'idea che, trattandosi di due tipologie diverse di ordine pubblico, potesse esservi anche una differenza in termini di intensità. Anche la disposizione sulle NAN si limita a menzionare quelle del foro, omettendo di dare conto di quelle di derivazione comunitaria. Il riferimento all'ordine pubblico e alle NAN del foro dovrà, perciò, ritenersi comprensivo anche della versione comunitaria di tali limiti.

Ad ogni modo, quello che conta è la vocazione sostanzialmente positiva dell'ordine pubblico: il risultato voluto dal legislatore comunitario è, infatti, rappresentato dal rispetto di determinati valori giuridici fondamentali. Tale risultato è stato perseguito mediante tecniche internazionalprivatistiche diverse, ritenute tra loro fungibili: secondo la Corte di giustizia, la stessa norma di diritto comunitario può operare sia come norma di applicazione necessaria, sia come espressione di un principio di ordine pubblico comunitario. I due meccanismi si pongono, perciò, come alternativi. La scelta tra l'uno e l'altro nell'ipotesi concreta è dettata semplicemente dal caso, dipendendo dalla convenienza e/o dal tipo di valori in gioco, perciò non è determinante: entrambi gli strumenti sono considerati vettori equivalenti della costruzione europea²⁸². Se le NAN vengono intese come possibili espressioni

degli Stati membri cfr. S. POLIOT-PERRUZZETTO, *Ordre public et lois de police*, cit., p. 65 ss., spec. p. 72 ss.; P. BERTOLI, *Corte*, cit., p. 489 ss.; J. BASEDOW, *Recherces sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, cit., pp. 56 ss e 72 ss.; N. BOSCHIERO, *L'ordine pubblico processuale*, cit., p. 182 ss.

²⁸⁰ In questo senso, la proposta dell'HAMBOURG GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, in *RebelsZ*, 2003, p. 1 ss.

²⁸¹ N. Boschiero, *I limiti all'autonomia*, cit., p. 135.

²⁸² Cfr. S. POILOT-PERRUZZETTO, *Ordre public et lois de police*, cit. p. 89 ss.; P. BERTOLI, *Corte*, cit., p. 489.

di principi generali di ordine pubblico, ciò significa che i principi di ordine pubblico comprendono anche quelli espressi dalle NAN comunitaria e da esse tutelati in sede di scelta della legge applicabile²⁸³, con la conseguenza che l'eccezione di cui all'art. 21 del regolamento può essere utilizzata anche per correggere i risultati derivanti dall'applicazione di norme straniere in contrasto con i principi ritenuti fondamentali dell'ordinamento comunitario.

Dunque, la sostanziale sovrapposibilità dei meccanismi di funzionamento dell'ordine pubblico e delle NAN trova conferma anche nel rapporto che i due limiti hanno nella loro versione comunitaria degli stessi.

Questo stesso ragionamento è stato applicato in dottrina anche alle norme contenute nelle direttive comunitarie che, pur lasciando operare il sistema delle norme di conflitto degli Stati membri, ne condizionano l'operatività imponendo il rispetto di determinati *standard* posti dal diritto materiale comunitario in presenza di un collegamento con l'Unione europea come nel caso delle direttive sulla protezione dei consumatori e delle direttive sugli agenti commerciali indipendenti. Si tratterebbe in tal caso di un esempio di ordine pubblico comunitario positivo²⁸⁴. È stato sostenuto, a tal proposito, che in considerazione della non diretta applicabilità di tale normativa negli ordinamenti giuridici nazionali, le norme della direttiva devono essere considerate dai giudici degli Stati membri come manifestazione di ordine pubblico internazionale di prossimità²⁸⁵.

Nonostante quanto sin qui affermato, resta il fatto che il regolamento ha, comunque, mantenuto distinti i due limiti prevedendo come unico tratto comune esplicito quello dell'interpretazione restrittiva di cui al considerando n. 40. il coordinamento tra i due limiti non pare sollevare difficoltà particolari. Per quanto riguarda le NAN del foro, una volta che il giudice abbia deciso di

²⁸³ J. BASEDOW, *Recherches sur la formation de l'ordre public européen et lois de police*, cit. p. 56 ss.; N. BOSCHIERO, *L'ordine pubblico processuale*, cit., p. 182 ss.

²⁸⁴ Cfr. J. BASEDOW, *op.ult.cit.*, p. 58 ss.; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La Communautarisation du droit international privé des contrats: remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats*, in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet Tallon*, cit., p. 796 ss.

²⁸⁵ P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Lois de police et ordre public international en matière contractuelle: problèmes d'interprétation des articles 7 et 16 de la convention du 19 juin 1980*, in *Actes du colloque ERA-Université Paris-Sud (Paris XI)*, 22-23 novembre 2001, in *Petites affiches*, 2002, p. 4 ss.; J. BASEDOW, *op.ult.cit.*, p. 60 ss.

escludere l'applicabilità del diritto straniero in ragione dell'operare di una norma appartenente a questa categoria, il meccanismo dell'ordine pubblico non ha motivo di scattare, poiché la funzione di filtro è già stata esercitata. Quanto alle NAN straniere, le modalità di coordinamento vengono definite dall'art. 9, par. 3. Al giudice viene riconosciuta un'ampia discrezionalità circa la decisione sull'applicazione di tali norme (potendo egli prendere in considerazione la natura, le finalità e le conseguenze derivanti da tale applicazione): questa circostanza testimonia l'affinità del meccanismo di funzionamento delle NAN rispetto a quello della clausola di eccezione dell'ordine pubblico. Inoltre, nel caso in cui le NAN determinassero una soluzione contraria all'ordine pubblico del foro, il giudice inizierà proprio adducendo tale contrarietà per escluderne l'applicazione.

È come se le NAN e l'ordine pubblico fossero due facce diverse della stessa medaglia.

Gli Stati membri in origine non si sono allarmati dell'incertezza di questi criteri nel determinare la legge applicabile ai rapporti di lavoro transnazionali perché i giudici nazionali hanno ritenuto che le norme di diritto del lavoro, in ragione della loro imperatività generalizzata e inderogabilità, non potessero che continuare ad essere ricomprese tra quelle norme che - o quali disposizioni di applicazione necessaria ai sensi dell'art. 7 della Convenzione o quali disposizioni di ordine pubblico ai sensi dell'art. 16 - dovessero essere applicate a tutte le prestazioni di lavoro svolte, seppur temporaneamente, nel territorio dello Stato, salvo che la legge straniera applicabile secondo i criteri di collegamento non fosse più favorevole. Tale lettura della Convenzione di Roma, fondata su di una "vocazione annessionistica"²⁸⁶ del diritto internazionale privato al diritto del lavoro nazionale era tecnicamente errata²⁸⁷. Che tale lettura fosse sino agli anni '90 assai diffusa tra i Paesi membri e quasi indiscussa, però, è confermato dalla circostanza che in nessuno dei casi decisi relative a fattispecie anteriori alla scadenza del termine di recepimento della

²⁸⁶ A. Lo Faro 2005, p. 452.

²⁸⁷ S. Giubboni, G. Orlandini, p. 125.

direttiva 96/71, né la Corte né gli avvocati generali né le parti abbiano mai sollevato il problema che impone il rispetto della legge nazionale dello Stato ospitante a lavoratori ivi distaccati temporaneamente, che venivano abitualmente impiegati invece nel paese da cui erano distaccati, prima ancora di porsi in contrasto con l'art. 59 Tce, fosse in contrasto con i criteri di selezione della legge applicabile al rapporto di lavoro transnazionale dettati dall'art. 6 della Convenzione di Roma.

Successivamente, però, è andata affermandosi una interpretazione più rigorosa della portata delle norme di applicazione necessaria della Convenzione di Roma. È stato condivisibilmente rilevato come tali norme anche in materia lavoristica non sono a tutela dell'ordine pubblico interno, ma dell'ordine pubblico internazionale cui lo Stato nazionale intende aderire. Pertanto non tutto il diritto del lavoro nazionale può definirsi di applicazione necessaria, ma esclusivamente quei principi e valori fondanti dello Stato nazionale che si reputano patrimonio giuridico irrinunciabile della persona umana, ad esempio la giustificazione causale del licenziamento, ma non la tutela reale del posto di lavoro³⁸. Alla luce di questo corretto e più rigoroso orientamento individuare nelle previsioni della direttiva 96/71/CE le materie e i criteri per individuare le norme di applicazione necessaria di diritto internazionale privato diviene dirimente, perché condiziona l'estensione dell'applicazione del diritto del lavoro dello Stato ospitante alla rispondenza non già all'ordine pubblico "nazionale" (seppur non meramente nominalistica ma valutata secondo criteri oggettivi condivisi e comuni), bensì alla sua strumentalità alla tutela dell'ordine pubblico internazionale.

Emerge con tutta evidenza l'inadeguatezza e la problematicità di sindacare il ricorso da parte degli Stati membri al potere di cui all'art. 3 par. 10 della direttiva 96/71/CE utilizzando questo criterio di diritto internazionale. Di fatto, come dimostra la recente giurisprudenza della Corte di giustizia, in tal modo l'estensione dell'applicazione del diritto del lavoro nazionale a materie diverse da quelle di cui al par. 1 rischia di essere totalmente preclusa, giacché non può dubitarsi che la tutela minima offerta dal diritto comunitario, dalla

direttiva 96/71/CE e dalle altre fonti di diritto derivato, costituisca di per sé presidio esclusivo e autosufficiente a garanzia della coesistenza tra gli Stati membri e dell'ordine internazionale su cui si fonda l'Unione europea.

5.2 Il confine sottile fra NAN e ordine pubblico: la “soluzione di continuità” della giurisprudenza, come punto di arrivo di una ‘limatura’ progressiva

Sin dal primo momento dell'adozione, sono state date due diverse interpretazioni della direttiva e, più specificamente, della portata dell'art. 3.10.

Secondo un primo orientamento (elaborato dalla dottrina²⁸⁸ dei Paesi continentali importatori di manodopera con elevati di protezione del lavoro), la direttiva detta un nocciolo duro di norme protettive, disciplinate dall'ordinamento dello Stato ospitante e/o dalla contrattazione collettiva con efficacia *erga omnes* dovrebbero essere inderogabilmente applicate anche ai lavoratori distaccati da imprese stabilite in altri Stati membri. Secondo l'art. 3.10, il novero delle norme protettive (legali e contrattuali) potrebbe, tuttavia, essere ampliato dallo Stato ospitante al fine di rispondere a necessità di “ordine pubblico”.

Poiché, però, tale orientamento si riferisce alla nozione di ordine pubblico *nazionale* o *interno*, la facoltà di determinare le previsioni del diritto del lavoro nazionale poste a tutela dell'ordine pubblico sarebbe completamente rimessa alla discrezionalità di ogni Stato membro, in una esclusiva logica di coerenza interna a ciascun ordinamento. La scelta dell'ordine pubblico nazionale come criterio di lettura dell'art. 3.10 produrrebbe la paradossale conseguenza di aprire potenzialmente la porta a tutto il diritto del lavoro e a tutta la contrattazione collettiva nazionale del settore di riferimento, alla ‘sola’ condizione che le medesime disposizioni abbiano carattere di inderogabilità e di indisponibilità anche per le imprese nazionali dello Stato ospitante.

In base ad una seconda lettura (di matrice essenzialmente anglosassone), la direttiva andrebbe letta in un'ottica più restrittiva. L'art. 3.10 farebbe, infatti,

²⁸⁸ Davies P., 1997, p. 590; Orlandini G., 1999, p. 465 ss.

riferimento non alla nozione interna di ordine pubblico, ma ad una concezione “sovrnazionale”, più precisamente, “comunitaria”.

In tale prospettiva, la determinazione dei contenuti dell’ordine pubblico sarebbe sottratta alla determinazione unilaterale, discrezionale e diversificata di derivazione nazionale. Anche nel caso in cui una disposizione del diritto nazionale presentasse i caratteri dell’ordine pubblico, “la sua applicazione ai lavoratori distaccati dovrebbe, comunque, assicurare la parità di trattamento tra imprese nazionali e imprese straniere, non solo dal punto di vista sostanziale, ma anche formale, impedendo l’imposizione di norme che, concretamente, perseguono solo finalità protezionistiche del mercato nazionale”²⁸⁹.

Come si è visto più sopra, la Corte di giustizia ha fatto progressivamente propria questa seconda interpretazione.

Sebbene sia indubbia la volontà della Corte di porre dei limiti alla sovranità normativa degli Stati membri ospitanti nella determinazione degli ambiti di applicazione del loro diritto del lavoro ai lavoratori distaccati nel loro territorio, tuttavia, come si è anticipato una ricostruzione in questi termini induce a ritenere che vi sia sovrapposibilità fra le nozioni di NAN e di ordine pubblico.

Con le note sentenze relative ai casi *Laval*, *Rüffert* e *Commissione c/ Granducato di Lussemburgo*, la Corte di giustizia, pur confermando l’orientamento precedentemente espresso, lo ha riproposto in termini così radicali da determinare una “soluzione di continuità”.

Nelle suddette pronunce, la Corte propone una versione estremizzata della nozione di “disposizioni di ordine pubblico” contenuta nell’art. 3.10 della direttiva, affermando che norme nazionali rispondenti a tale natura sono ravvisabili soltanto in ipotesi assolutamente eccezionali.

In questa logica, le materie indicate tassativamente dall’art. 3.1 della direttiva non rappresentano più il “nucleo minimo” della disciplina lavoristica nazionale dello Stato ospitante applicabile sia ai lavoratori nazionali che a

²⁸⁹ Pallini M., 2009, p. 195.

quelli stranieri, bensì il “limite massimo”, praticamente imm modificabile in senso estensivo sia dal legislatore nazionale che dalla contrattazione collettiva.

5.2.1 La direttiva come perimetro di confine dell’azione delle organizzazioni sindacali: il risultato della scrematura iniziale

La base da cui il giudice comunitario ha preso spunto è rappresentata dagli effetti di compressione sia delle azioni conflittuali esercitabili dalle organizzazioni sindacali, sia delle misure (legislative o amministrative) di promozione dell’ambito di applicazione degli accordi collettivi da queste stipulati.

Nella sentenza 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, la Corte apre l’*iter* argomentativo affermando che “il diritto di intraprendere un’azione collettiva, che abbia come scopo la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un’eventuale pratica di *dumping* sociale, può costituire una ragione imperativa di interesse generale (...) tale da giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato”. Tuttavia, la Corte, nella pratica, pur applicando tale principio, ne trae conseguenze che, nel caso di specie, la portano a escludere il carattere di ordine pubblico della legge (la c.d. “*lex Britannia*”) che consente alle organizzazioni sindacali di porre in essere azioni di sciopero volte ad imporre ai datori di lavoro stranieri il rispetto di contratti collettivi nazionali.

Nonostante l’entità del differenziale retributivo tra i trattamenti garantiti dallo Stato di distacco e quello di origine, la Corte non ha in alcun modo verificato se la disciplina svedese del diritto di sciopero potesse coerentemente e proporzionalmente rispondere a una finalità *antidumping*, finalizzata alla conservazione di quel particolare sistema nazionale, che, tradizionalmente, ha preferito non adottare meccanismi di determinazione *ex lege* garanzia della retribuzione sufficiente, affidando, invece, tale compito alla dinamica delle relazioni industriali, promuovendo e sostenendo le funzioni di rappresentanza

delle organizzazioni sindacali ed i loro poteri di contrapposizione sul piano negoziale.

La Corte ha deciso basandosi esclusivamente sull'assunto per cui, in virtù del coordinamento realizzato dalla 96/71/CE, l'impresa che distacchi parte dei propri lavoratori in un altro Stato rispetto a quello in cui è stabilita è tenuta al rispetto solo di un nucleo di norme imperative di protezione minima dello Stato ospitante.

Nell'articolare il proprio percorso argomentativo, i giudici di Lussemburgo hanno effettuato solo una, fondamentale, verifica: applicando al caso di specie la logica pura della direttiva, si sono limitati ad accertare che la *lex Britannia* non costituisce l'unico strumento atto a garantire la protezione minima in materia di retribuzione. In altri termini, tale legge non costituisce uno strumento indispensabile per legittimare l'esercizio dell'azione collettiva finalizzata ad impedire pratiche *antidumping* finalizzate ad incidere sul trattamento retributivo; la medesima azione di autotutela, può, infatti, essere esercitata anche se le imprese nazionali che ne sono destinatarie non aderiscono a quella contrattazione collettiva nazionale. *Precisare passaggio.*

5.2.2 La direttiva come perimetro di confine della sovranità del legislatore nazionale nella selezione delle norme interne poste a tutela dell'ordine pubblico: il “no” della Corte all'imposizione di un “onere ingiustificato”

Nel fornire la soluzione relativa al caso Rüffert, la Corte chiarisce che lo Stato ospitante non può “*subordinare l'effettuazione 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 di protezione minima. Infatti, per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, comma 1, lett. a)-g), la Direttiva prevede esplicitamente il livello 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*” (punto 33).

In questo caso, è la legge della bassa Sassonia a passare sotto la lente della Corte di giustizia. Essa prevede l'obbligo per gli appaltatori e subappaltatori di opere pubbliche di applicare ai propri lavoratori i minimi retributivi previsti dal contratto collettivo del settore edilizio.

Non si discute sul fatto che detta legge sia chiaramente finalizzata a garantire ai lavoratori utilizzati nell'esecuzione degli appalti pubblici condizioni salariali accettabili e che, in questa prospettiva, voglia promuovere l'estensione dell'ambito di applicazione della stessa contrattazione collettiva anche nel settore privato (soprattutto tenendo conto che, nella maggior parte, dei casi le imprese edili effettuano indifferentemente e contemporaneamente appalti pubblici e privati).

Tuttavia, le retribuzioni minime da essa fissate non sono imposte per via legislativa su tutto il territorio nazionale e a tutti i lavori edili (in favore di committenti pubblici e privati), con la conseguenza che l'applicazione di tale legge ai lavoratori distaccati sul territorio nazionale non può ritenersi giustificata dall'obiettivo di tutela dei lavoratori.

Il giudice comunitario ha, perciò, ritenuto l'imposizione dell'applicazione di tale legge alle imprese straniere non come una forma di tutela, ma come un onere ingiustificato. Tale considerazione è stata giudicata di per sé sufficiente a precludere non solo la loro qualificazione come "tariffe minime salariali" a norma dell'art. 3.1 della direttiva, ma anche come "disposizioni di ordine pubblico" a norma del paragrafo 10 del medesimo articolo.

5.2.3 L'ordine pubblico come contenitore virtuale di norme di applicazione necessaria

Nell'ultima delle recenti pronunce, la Corte si mostra ancora più radicale affermando il carattere di assoluta eccezionalità dell'applicazione ai lavoratori distaccati da imprese straniere di disposizioni del diritto nazionale del lavoro dello Stato ospitante inerenti materie non espressamente previste dall'art. 3.1 della direttiva.

In tal modo, la Corte limita drasticamente lo spazio operativo riconosciuto all'ordine pubblico, contribuendo indirettamente a darne una definizione: sulla base del criterio di eccezionalità, elaborato dai giudici comunitari, le disposizioni di ordine pubblico possono essere considerate come norme di applicazione necessaria, ma 'eccezionale', in quanto riguardanti materie che non rientrano nella limpida ed esaustiva previsione dell'art. 3.1 della direttiva.

Nello svolgere le proprie argomentazioni, la Corte mostra di aver fatto propria una nozione estremamente restrittiva di ordine pubblico, che trova la propria fonte nella dichiarazione n. 10 adottata nei verbali del consiglio Ue al momento dell'adozione della direttiva e che consente di definire la frontiera concreta che divide il concetto di ordine pubblico da quello di norma di applicazione necessaria.

La suddetta dichiarazione prevede che *“con il termine ‘disposizioni di ordine pubblico’ devono intendersi comprese le disposizioni vincolanti cui non si può derogare e che, per la loro natura ed il loro obiettivo, rispondono alle esigenze imperative dell’interesse pubblico. Dette disposizioni possono comprendere, in particolare, il divieto del lavoro forzato o il coinvolgimento di autorità pubbliche nella sorveglianza del rispetto della legislazione concernente le condizioni di lavoro”*.

L'interpretazione proposta, proprio perché estremamente restrittiva, appare molto vicina alla nozione di ordine pubblico *internazionale*, in base alla quale la norma nazionale può ritenersi di “applicazione necessaria”, in deroga ai criteri di selezione della legge applicabile, soltanto qualora sia posta a custodia di valori fondamentali diffusamente riconosciuti dalla comunità internazionale.

Nell'enucleare le proprie argomentazioni rispetto alle censure avanzate dalla Commissione, la Corte ha principalmente condensato l'attenzione intorno all'ampia nozione di ordine pubblico adottata dal legislatore lussemburghese, ponendosi nell'ottica di valutare la legittimità di una scelta che lo Stato

convenuto ha ritenuto di poter giustificare sul fondamento del par. 10 dell'art. 3 della direttiva.

Se, da una parte, il legislatore lussemburghese si è difeso (senza, tuttavia, presentare elementi concreti significativi a sostegno della propria tesi) sostenendo che il par. 10 non ha valore vincolante, e che l'attribuzione del carattere di imperatività da esso consentita dipende dall'esclusivo (ed arbitrario) 'avviso dello Stato ospitante', la Corte, per converso, lo ha condannato, giudicando superflui gli obblighi relativi alle materie esuberanti il nucleo minimo *ex par. 1*, in quanto non volti a tutelare un interesse generale (e dichiarando incompatibili con la libertà *ex artt. 59 e 50 CE* anche le norme che obbligavano l'impresa straniera a rendere accessibili all'ispettorato del lavoro, prima dell'inizio dei lavori, su semplice richiesta e nel più breve tempo possibile, le informazioni essenziali e indispensabili per un controllo, nonché quelle che imponevano di conservare i documenti ad esso necessari presso un mandatario *ad hoc* residente in Lussemburgo).

Attraverso alcuni richiami alle sue precedenti decisioni in proposito, il giudice comunitario ha colto l'occasione per chiarire la portata del paragrafo *de quo* e delimitare il margine di discrezionalità da esso riconosciuto agli Stati membri, giungendo alla conclusione che la legittimità dell'ampliamento *ex par. 10* della sfera dell'ordine pubblico da parte dello Stato membro ospitante è subordinata al rispetto della libera circolazione dei servizi.

Essa ha ammesso pacificamente la possibilità di affiancare altre disposizioni a quelle 'geneticamente' imperative *ex par. 1*, ma si è soffermata a lungo sui criteri in base ai quali stabilire se le disposizioni (eventualmente) aggiuntive possano essere ricomprese in questa categoria.

La definizione che compare tra le osservazioni preliminari del giudice comunitario – sono norme imperative di applicazione necessaria le “*disposizioni la cui osservanza è stata reputata cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporne il rispetto a chiunque si trovi nel territorio nazionale di tale Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato*

sul suo territorio”, sentenza 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e C-376/96, *Arblade e a.*, punto 30 – rinvia immediatamente all’idea che la veste di imperatività sia destinata ad essere assegnata solo in casi circoscritti e controllati. *“L’eccezione attinente all’ordine pubblico”*, prosegue infatti la Corte, *“costituisce una deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi, da intendersi in modo restrittivo e la cui portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri”* (sentenza 31 gennaio 2006, causa C-503/03, Commissione/Spagna, punto 45).

Nell’accogliere il ricorso, applicando all’ipotesi del distacco l’orientamento manifestato nelle pronunce in cui ha esaminato il concetto di ordine pubblico, oltre ad allinearsi alla lettura elaborata in proposito dalla Commissione nelle COM (2003) 458 e (2002) 654.

Dal gioco di richiami, diretti²⁹⁰ e non²⁹¹, tra le due istituzioni, si evince che gli Stati membri non sono liberi di imporre tutte le disposizioni obbligatorie del loro diritto del lavoro ai fornitori di servizi stabiliti in un altro Stato membro. Poiché l’esercizio della libertà di circolazione dei servizi realizza situazioni che oltrepassano i confini nazionali, è strutturalmente impossibile fare riferimento all’ordine pubblico interno a ciascuno Stato, dovendosi, invece, considerare la più “stringente” nozione di “ordine pubblico internazionale”, fondata sull’individuazione di una soglia di protezione minima comune a tutti gli Stati membri (il nocciolo di tutele individuato dall’art. 3.1).

Si verifica in questo modo una sorta di dequalificazione – e, di conseguenza, di fungibilità – delle imperatività nazionali: ciò significa che non si deve ragionare in termini di maggiore o minore tutela del lavoratore, poiché tale tutela è omogenea in quanto comunitaria.

Il concetto di ordine pubblico internazionale potrebbe apparire più ampio di quello di ordine pubblico interno, ma è proprio in ragione di questa sua vocazione trasversale ed omnicomprensiva che non può realisticamente tenere

²⁹⁰ Il riferimento è alle citazioni della Commissione relative alla giurisprudenza della Corte.

²⁹¹ Nel testo della sentenza non è possibile rinvenire alcun riferimento diretto a tali comunicazioni; è, tuttavia, tautologico affermare che la Commissione ha fondato su analoghi argomenti i motivi del ricorso. Accogliendoli, la Corte mostra di condividere anche il contenuto delle comunicazioni, che si rivelano dunque prezioso ausilio per cogliere le ragioni e la portata della decisione.

conto di tutte le peculiarità nazionali. In quanto ‘sintesi’ degli ordini pubblici interni, l’ordine pubblico internazionale diventa qualcosa di Altro da essi, e non può, dunque, ricomprenderli tutti, ma deve necessariamente sacrificarne alcune componenti: la stessa Corte richiama, in questo senso, la nota sentenza relativa al caso *Laval*, nella quale è stata affermata, sulla base del ‘considerando’ n. 13 della direttiva, la necessità di un coordinamento tra gli Stati membri, al fine di definire un nucleo di norme imperative di protezione minima.

La non sovrapposibilità delle nozioni di ordine pubblico interno e ordine pubblico nazionale.

È in questo senso che la COM (2002) 654 parla di “non sovrapposibilità” della nozione di ordine pubblico *ex art.* 3.10 della direttiva con quella di ordine pubblico interno: il riferimento al concetto di ordine pubblico internazionale esclude, sia che la normativa lavoristica di ciascuno stato vi rientri integralmente per il solo fatto di essere considerata imperativa ed inderogabile per il diritto interno, sia che possa invocarsi il generico principio del *favor* per estendere l’intero sistema del diritto del lavoro nazionale ai lavoratori stranieri.

La stessa Commissione ha indicato quale strumento interpretativo la dichiarazione del Consiglio n. 10, in base alla quale “*la direttiva fissa un catalogo di norme, enumerate all’art. 3 e applicabili ai lavoratori distaccati, al quale gli Stati membri possono aggiungere unicamente disposizioni di ordine pubblico legate al contesto internazionale*”.

Il legislatore lussemburghese aveva definito vincolante ed inderogabile, sia per le imprese nazionali che per le imprese straniere, la disciplina nazionale di adeguamento automatico della retribuzione al costo della vita, dei contratti di lavoro a tempo parziale ed a tempo determinato, nonché tutte le disposizioni degli accordi collettivi di lavoro, provvedendo a qualificarla espressamente come di ordine pubblico. Nel sancire l’incompatibilità di tali previsioni con il diritto comunitario, la Corte pare fondare le proprie motivazioni proprio sulla nozione restrittiva di ordine pubblico.

Sebbene il Granducato di Lussemburgo abbia articolato la propria difesa intorno alla inderogabilità e all'applicazione indistinta di queste previsioni del diritto del lavoro nazionale, sottolineando come queste fossero finalizzate “*a garantire la pace sociale*” nel paese, la Corte ha ritenuto insufficiente tale qualificazione, specificando che lo Stato membro ospitante che pretende sia applicata la propria legge nazionale, ha l'onere probatorio di dimostrare “*la necessità e la proporzionalità delle misure adottate*”.

In difetto di tale prova, il punto di equilibrio tra l'interesse nazionale alla preservazione del proprio sistema sociale e l'interesse comunitario alla libera circolazione non potrebbe che essere segnato dalla limitazione dell'applicazione del diritto nazionale dello Stato ospitante soltanto per la materie espressamente previste dall'art. 3.1 della direttiva.

Le difficoltà interpretative e applicative dei par. 1 e 10, sono essenzialmente imputabili al sottile paradosso che li contraddistingue: come anticipato, a differenza delle previsioni che hanno preceduto l'adozione della direttiva sul distacco, queste due norme realizzano, di fatto, un sistema che non si preoccupa di individuare ‘cosa gli Stati membri importatori di servizi possano fare senza violare l'art. 59 CE, ma cosa essi *debbano* fare per tutelare i lavoratori stranieri distaccati sul loro territorio’²⁹²: invece di articolare la disciplina su un generale divieto di ostacolo alla libera circolazione dei servizi, il legislatore comunitario l'ha costruita, in sostanza, sulle possibilità di deroga

293

²⁹² S. GIUBBONI – G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 105 e ss.

²⁹³ A conforto di questa lettura, deve anche tenersi conto del fatto che tra gli scopi della direttiva 96/71/CE v'è quello di integrare l'art. 7 della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali del 1980. Tale disposizione consente di dare efficacia alle norme imperative dell'ordinamento di uno Stato – diverso rispetto a quello in cui è sorto il rapporto – col quale la situazione presenti uno stretto legame, indipendentemente dalla legge applicabile a tale rapporto (nell'ipotesi del distacco, il riferimento è alle norme imperative dello Stato ospitante). L'elenco tassativo previsto all'art. 3.1 della direttiva ha la fondamentale funzione di restringere la portata dell'art. 7 della Convenzione: sarebbe perciò incoerente (oltre che inutile, sotto il profilo applicativo) che all'interno del medesimo strumento legislativo, prima (par. 1), si limitasse rigidamente il novero delle materie regolate da disciplina imperativa, per poi (par. 10) aprire in modo incondizionato le possibilità di deroga.

Tale incongruenza è, tuttavia, compensata dall'interpretazione adeguatrice della Corte di giustizia: riconoscendo che la normativa lussemburghese ha “*oltrepassato*” la nozione di ordine pubblico *ex art. 3.1*, la pronuncia in analisi si inserisce, infatti, in un filone giurisprudenziale costante²⁹⁴, caratterizzato dal ‘penetrante sindacato’²⁹⁵ messo in atto dalla Corte ogni volta che è chiamata ad accertare l’effettiva imperatività delle norme sottoposte al suo vaglio.

Tale onere probatorio deve essere assolto dallo Stato membro in astratto a prescindere da qualsiasi valutazione comparativa in termini di equivalenza sostanziale con la regolazione del medesimo istituto adottata dagli altri Stati membri.

L’elemento più significativo della sentenza è rappresentato dalla precisazione che la rispondenza a finalità di ordine pubblico è *a priori* esclusa nei casi in cui la disposizione nazionale verta su materie che sono già oggetto di una normativa comunitaria – quali appunto i contratti a termine ed i contratti a tempo parziale disciplinati rispettivamente dalle direttive 97/81 e 99/70 – e per le quali appunto le garanzie minime indispensabili sono già segnate, sia per lo Stato ospitante sia per gli altri Stati membri dal diritto comunitario secondario.

La decisione della Corte contiene, però, anche un paradosso, in quanto si pone, in sostanza, nell’ottica di precludere agli Stati membri la possibilità di mantenere o di adottare misure di maggior favore nei confronti dei lavoratori rispetto agli standard minimi indicati dalle direttive. Il risultato pratico di una tale impostazione, sarebbe infatti quello di consentire di imporre alle sole imprese nazionali (e non anche a quelle straniere) il rispetto delle misure di maggior favore disposte dalla legge nazionale di recepimento in seno allo Stato ospitante.

²⁹⁴ Come rileva R. CLERICI (*Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma 1980*, in RDIPP, n. 3-4/2003, pp. 809 e ss.), tale tendenza si differenzia, ad esempio, da quella italiana ad applicare il principio di *favor* (comportante la pressoché automatica applicazione della normativa interna, Cass. n. 9435/1993), e a mostrare un’indubbia resistenza a riconoscere efficacia al diritto straniero del lavoro (Cass. n. 15882/2003).

²⁹⁵ S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *op. ult. cit.*

5.2.4 Riflessioni sulla scelta del criterio dell'ordine pubblico internazionale

La scelta per il criterio di valutazione dell'ordine pubblico internazionale appare sostenibile soltanto ove se ne legittimi l'applicazione a rapporti di lavoro estranei all'ordinamento nazionale, o perché si sono svolti integralmente all'estero o perché si sono svolti nello Stato ospitante per un tempo così ridotto da non poterne affliggere la tenuta interna. Se, ad esempio, si analizza la giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana più recente, si vedrà come l'individuazione delle norme lavoristiche di applicazione necessaria facendo ricorso alla loro rispondenza all'ordine pubblico internazionale è operata sempre in fattispecie in cui il rapporto di lavoro è sorto e si è integralmente svolto all'estero. Occorre fare i conti con esigenze di regolazione ben diverse quando invece ci si interroga su quale sia l'ordine pubblico che può legittimare l'applicazione a un rapporto di lavoro in cui le prestazioni del lavoratore, sebbene abitualmente impiegato in un diverso Stato di stabilimento, nel contesto di un mercato unico senza barriere d'ingresso possano effettuarsi per un considerevole lasso temporale in un diverso Stato ospitante, possano ivi reiterarsi per innumerevoli volte. Solo in relazione a dati giuridici formali può ritenersi, come affermano la Commissione e la Corte, che un lavoratore straniero impiegato in tal modo possa ritenersi "estraneo" al mercato del lavoro nazionale dello Stato ospitante; in realtà non solo ne è sostanzialmente parte, ma anzi ne è parte rilevante perché capace di condizionarne dall'interno le regole di funzionamento. Non si debbono dimenticare le ragioni per cui tradizionalmente il diritto del lavoro è andato caratterizzandosi nei Paesi europei occidentali come una regolazione necessariamente imperativa e inderogabile: questi caratteri non rispondono solo allo scopo di proteggere il singolo lavoratore quale contraente debole dalla sua inferiore forza contrattuale, ma anche allo scopo di assicurare e preservare la funzionalità di un ordine sociale che ove esposto alla possibilità di deroga dei diritti su cui si fonda da parte di alcuni attori dello stesso mercato

non può resistere inalterato, ma è destinato ad un effetto al ribasso.

È allora evidente che la sola lista di materie indicate all'art. 3 par. 1 della direttiva è troppo ridotta per assolvere di per sé a questa funzione di preservazione dell'“ordine sociale” che ogni Stato membro ha inteso edificare, né può supplire una integrazione delle discipline rispondenti all'ordine pubblico internazionale, secondo l'interpretazione del par. 10 proposta dalla Commissione e alla quale ha ora aderito anche la Corte di giustizia. Vi è il rischio che attraverso l'appello al divieto di discriminazioni “al rovescio”⁴⁰ anche le imprese stabilite in uno Stato membro - motivatamente lamentando di esser discriminate e poste in una posizione sfavorevole rispetto alle imprese che, pur stabilite in altri Stati membri, sono loro dirette concorrenti in quel mercato nazionale - possano sottrarsi all'applicazione delle disposizioni del diritto del lavoro nazionale non ricomprese nell'enumerazione di cui all'art. 3 par. 1 della direttiva. Ma anche qualora la circostanza che un'impresa goda del diritto di stabilimento o della libertà di circolazione potesse giustificare sul piano giuridico un tale differenziazione di trattamento, la pressione che concretamente eserciterebbe sugli Stati membri il pericolo che le imprese nazionali, per difendersi dalla concorrenza di quelle seconde decidano di stabilirsi in un diverso Stato, come dimostra il caso *Viking*, spingerebbe progressivamente tutti gli Stati membri a determinare il grado di protezione sociale assicurato al loro interno esattamente in misura corrispondente alla soglia minima di protezione sociale segnata dal diritto comunitario.

Al contrario la direttiva 96/71 introduce una disciplina speciale, che non è integrativa, bensì derogatoria rispetto ai criteri di selezione della legge applicabile ai rapporti di lavoro dettati dalla Convenzione di Roma. Sono selezionati gli istituti del rapporto di lavoro dei lavoratori distaccati che debbono essere obbligatoriamente disciplinati dallo Stato ospitante al fine di realizzare un equilibrio socialmente accettabile tra le esigenze di protezione del mercato del lavoro dello Stato ospitante e quelle di libertà di circolazione delle imprese di servizi stabilite in diversi Stati membri. L'equilibrio si realizza attraverso il concorso, per un verso, della tassatività dell'applicazione ai

posted workers della legge dello Stato ospitante solo per gli istituti espressamente previsti dall'art. 3 par. 1 della direttiva 96/71, per altro verso, della facoltà di estensione dell'applicabilità ad altre della legge dello Stato ospitante ad altri istituti solo per motivi rispondenti al suo ordine pubblico "interno". Questo carattere della norma nazionale – come chiarito - deve esser valutato in coerenza con il contesto regolativo e socio-economico del singolo Stato, ma secondo criteri comuni a tutti gli Stati membri.

Qualora questi criteri di selezione della legge applicabile dettati dalla direttiva 96/71 dovessero risultare in contrasto con quelli previsti dalla Convenzione di Roma e dal Regolamento n. 583/2008 non potrebbero che prevalere i primi. L'art. 20 della Convenzione, richiamato non a caso anche nei *considerando* della direttiva 96/71, prevede infatti che, in caso di conflitto tra i criteri dettati dalla Convenzione e da atti della Unione europea, siano questi ultimi a dover trovare applicazione.

La qualificazione delle "disposizioni di ordine pubblico" di cui all'art. 3 par. 10 della direttiva 96/71 come misure rispondenti alle norme di applicazione necessaria di diritto internazionale proposta dalla Commissione e ora sostenuta dalla Corte di giustizia non mi pare sostenuta da nessun sicuro appiglio né testuale né sistematico. Il tornare ad attribuire rilevanza alla tutela dell'ordine pubblico "interno", secondo l'interpretazione della direttiva 96/71 qui proposta, invece, non solo si pone in un effettivo rapporto di continuità con la precedente giurisprudenza comunitaria elaborata sulla base dell'art. 59 TFUE, ma oltretutto tenta di disegnare un sistema più rispettoso delle competenze statuali e comunitarie dettate dal Trattato dell'Unione europea. Per un verso, preclude agli Stati membri di utilizzare strumentalmente la mera qualificazione di una norma nazionale come "disposizione di ordine pubblico" al solo fine di proteggere il proprio mercato nazionale, consentendo alla Corte di giustizia di sindacare l'effettività e coerenza di una tale qualificazione delle norme nazionali, per altro verso, evita che si finisca per circoscrivere la sovranità normativa esercitabile dagli Stati membri nella regolazione del mercato del lavoro e del sistema di relazioni industriali alle sole materie indicate all'art. 3

par. 1 della direttiva.

5.2.5 Un limite “anomalo”

Alcuni autori²⁹⁶ hanno definito “anomalo” il limite dell’ordine pubblico così come concepito dalla Direttiva 96/71/CE.

La nozione di ordine pubblico ha acquisito una rilevanza determinante ai fini della possibilità, per gli Stati membri, di estendere ai lavoratori distaccati sul loro territorio un insieme di tutele del lavoro il più possibile equivalenti a quelle applicate dalle imprese locali ai propri dipendenti. Ciò al fine di evitare fenomeni di *dumping* sociale ed attuare un giusto riequilibrio, una sana equiparazione dei trattamenti dei lavoratori operanti in ambito comunitario.

Nel costruire la nozione di “motivi imperativi di interesse generale”, la Corte ha ricondotto dall’origine entro tale nozione la tutela dei lavoratori quale causa giustificativa dotata di una propria specifica autonomia.

Proprio per questa ragione è da escludere che in radice che vi sia la necessità di ricondurre la tutela del lavoro ad altre ragioni giustificative tipizzate dal Trattato (artt. 30, 39.3, 46.1, 58 lett. *b*) in cui si richiamano, con riferimento alle varie libertà economiche, l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica) al fine di ammettere limitazioni (non discriminatorie) alla libertà di circolazione dei servizi: la tutela del lavoro, in altre parole, è stata dalla Corte costruita come ragione giustificativa idonea di per sé, a condizionare direttamente la libertà di circolazione, senza necessità che essa goda altresì di ulteriori connotazioni (ad es. sia riconducibile a ragioni di pubblica sicurezza o di ordine pubblico).

Una piena conferma di questa lettura si rinviene in una recente pronuncia emessa in relazione al noto caso *Schmidberger*²⁹⁷; in tale sentenza la Corte puntualizza che “la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato; tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all’art. 36 (ora art. 30) del Trattato stesso oppure per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti

²⁹⁶ Carabelli U., Europa dei mercati e conflitto sociale, Cacucci, 2009, p. 132.

²⁹⁷ C-112/00 del 12.6.2003.

ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78 Rewe-Zentral, detta ‘*Cassis de Dijon*’.

Un’ulteriore conferma di questa netta separazione concettuale si può ricavare ora dalla Direttiva sulla libera circolazione dei servizi 2006/123/CE, del 12 dicembre 2006, nella quale, al Considerando n. 40, si afferma che “la nozione di ‘motivi imperativi di interesse generale’ cui fanno riferimento alcune disposizioni della presente direttiva è stata progressivamente elaborata dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli artt. 43 e 49 del Trattato, e potrebbe continuare ad evolvere. La nozione, come riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, copre almeno i seguenti motivi: l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli artt. 46 e 55 del Trattato, il mantenimento dell’ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori ...”. All’art. 4, n. 8 della stessa direttiva stabilisce che “ai fini della presente direttiva si intende per... ‘motivi imperativi di interesse generale’ ... motivi riconosciuti come tali dalla Corte di giustizia, tra i quali: l’ordine pubblico, la sicurezza pubblica... la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, ...”.

Ciò premesso, è possibile rilevare un vero e proprio paradosso che caratterizza questa disposizione alla quale formalmente è affidata la funzione di legittimare in modo fortemente condizionato l’adozione, da parte degli Stati membri, di provvedimenti estensivi di tutele interne del lavoro ai lavoratori distaccati.

Tale paradosso consiste nel fatto che, in assenza dell’art. 3.10, l’estensione ai lavoratori distaccati delle disposizioni interne legislative, amministrative o contrattuali di tutela del lavoro relative a materie ulteriori rispetto a quelle del ‘nucleo duro’, sarebbe stata possibile per i legislatori nazionali (sulla base, appunto, del principio di derivazione giurisprudenziale secondo cui la tutela del lavoro costituisce di per sé una ragione imperativa di interesse generale) previa diretta sottoposizione di quelle disposizioni al test di proporzionalità, quale elaborato dalla giurisprudenza della Corte.

La previsione del limite dell'ordine pubblico ha, invece, imposto una valutazione fondata su parametri assai più restrittivi, dato che una normativa nazionale di tutela del lavoro, al fine di essere idonea a restringere la libertà di circolazione dei servizi, dovrà rivelarsi anche ispirata, appunto, da interessi di ordine pubblico. A tale preliminare valutazione, dovrebbe poi far seguito anche il *test* di proporzionalità, dato che l'estensione di disposizioni di ordine pubblico può avvenire, ai sensi dell'art. 3.10 prima parte, "nel rispetto del Trattato" (sono inclusi dunque eventuali ulteriori limiti derivabili dalla pluriennale giurisprudenza sulle libertà di circolazione di cui sopra si è detto, tra cui, ad esempio, il godimento, da parte dei lavoratori distaccati della stessa, o di analoga, tutela sancita dalla normativa interna).

Nel percorso logico seguito già nelle sentenze relative ai casi *Laval e Rüffert*, ma soprattutto nella pronuncia sul caso *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, ha confermato questa lettura restrittiva, rendendo ancor più evidenti le preoccupazioni manifestate da molti nei confronti di questa 'rigidità' applicativa. D'altronde, già la Commissione, in una propria comunicazione del 2003, aveva sostenuto che gli "Stati membri possono aggiungere unicamente disposizioni di ordine pubblico legate al contesto internazionale"²⁹⁸.

Delle ragioni effettive dell'operazione effettuata nel 1996 dal legislatore comunitario non si è stati in grado di trovare traccia, pur potendosi ipotizzare (sulla base della lettura dei documenti ufficiali del tempo) che essa sia dipesa dall'intento di contenere la spinta dirompente che la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di tutele del lavoro sembrava in procinto di esercitare nei confronti della libertà di prestazione dei servizi: la discussione finale della Direttiva è infatti avvenuta subito a ridosso della sentenza *Rush Portuguesa*, prima che con le sentenze successive la Corte giungesse – come si è visto – a rifinire le sue posizioni in modo più armonico con quelle generali che essa

²⁹⁸ V. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni su "L'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri", 25 luglio 2003, COM (2003) 458 definitivo.

stava elaborando in relazione alle normative non lavoristiche limitative della libera circolazione dei servizi.

Al di là delle sue origini, ciò che appare più rilevante è il fatto che la scelta effettuata dal legislatore comunitario con l'approvazione dell'art. 3.10, espone la stessa direttiva ad un grave contrasto con il Trattato (oltre a creare problemi non irrilevanti per i sistemi che hanno dato, nelle loro legislazioni attuative della direttiva, interpretazioni ampie, proprio come l'Italia).

Ed infatti, le posizioni maturate dalla Corte in termini di bilanciamento tra tutele del lavoro e libertà di circolazione, in particolare quella di servizi, rappresentano il punto di equilibrio che la stessa Corte, nella sua funzione di interprete del Trattato, ha ritenuto equo tracciare tra obiettivi e valori economici e sociali e, dunque, tra i principi di libertà di iniziativa economica e di tutela del lavoro, nella loro concreta attuazione nelle norme che disciplinano le libertà economiche di circolazione ed in quelle comunitarie (e nazionali) che riconoscono e garantiscono diritti sociali ai lavoratori²⁹⁹.

Per il vero, le sentenze citate (*Wolf* C-60/03 e *Commissione c/ Germania* C-244/04) per quanto relative alla direttiva 96/71/CE, non hanno trattato della tematica dell'ordine pubblico di cui all'art. 3.10 di essa, quanto piuttosto della necessità di commisurare al principio di proporzionalità anche le normative legittimamente estese da uno Stato membro ai sensi dell'art. 3.1 e 5 della direttiva medesima).

La previsione dell'art. 3.10, secondo cui l'estensione di tutele del lavoro aggiuntive ai lavoratori distaccati può avvenire solo se le disposizioni in questione corrispondono anche ad interessi di ordine pubblico, rappresenta pertanto uno spostamento (più correttamente, di uno sbilanciamento) in favore della libertà di circolazione dei servizi di quel punto di equilibrio, individuato dalla Corte, nella sua opera di bilanciamento, come elemento costitutivo ed

²⁹⁹ Pallini, 2009, ritiene di rinvenire una contraddizione tra le posizioni rigide assunte nei casi *Laval*, *Rüffert* e *Lussemburgo* nell'interpretazione del concetto di ordine pubblico e quelle più flessibili adottate dalla Corte in alcune decisioni relative ai primi casi in cui trovava diretta applicazione il disposto della direttiva 96/71/CE", decisioni nelle quali "la nozione di ordine pubblico della direttiva 96/71/CE finiva per coincidere perfettamente con quella di ragioni imperative di interesse generale".

essenziale del Trattato, ad opera di una disposizione contenuta in una fonte secondaria quale è una direttiva.

In quanto tale, detto spostamento, o meglio, la disposizione che lo prevede, costituisce una violazione del Trattato medesimo.

Nella sentenza *Laval* la Corte ha affermato che deve escludersi che l'estensione ai lavoratori distaccati di condizioni di lavoro e di occupazione relative a materie ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 3.1 possa avvenire al di fuori della previsione dell'art. 3.10 per il tramite di "clausole...del contratto collettivo... determinate dalla trattativa fra le parti sociali, che non sono soggetti di diritto pubblico e che non possono avvalersi di tale disposizione per invocare ragioni di ordine pubblico al fine di dimostrare la conformità al diritto comunitario di un'azione collettiva" volta alla definizione contrattuale di questo tipo di clausole.

Questa affermazione, per quanto ancora parzialmente connessa al tema dell'ordine pubblico, introduce un profilo tecnicamente nuovo e soprattutto assai poco familiare per un interprete come quello italiano, avvezzo a fare i conti con un ragionamento giuridico e con una realtà normativa del tutto diversi. Non intendo far riferimento, ovviamente, al mancato riconoscimento delle parti sociali come soggetti che possono rivendicare la natura di ordine pubblico alle previsioni dei contratti collettivi da essi stessi conclusi (opinione con la quale si può, in fin dei conti, pure concordare, salvo poi chiedersi se essa non entri in qualche contraddizione con il riconoscimento, che nella stessa sentenza viene effettuato, secondo cui anche "le normative di natura non pubblica dirette a disciplinare collettivamente le prestazioni di servizi", come tali espressioni di mera autonomia privata, possono entrare in rotta di collisione con l'art. 59, quanto piuttosto al fatto che lo sciopero per fini contrattuali, in ragione del risultato negoziale che ne potrebbe scaturire, possa essere soggetto ad un qualche vincolo che la normativa comunitaria impone ai legislatori nazionali (Nadalet, 2008).

Qui non è, dunque, in questione il significato da attribuire all'espressione 'ordine pubblico' (visto che della clausola dell'ordine pubblico

non possono giovarsi), bensì, più a monte, il fatto che dall'art. 3.10 – sicuramente volto a delimitare l'intervento dello Stato nella fissazione autoritativa di condizioni di lavoro e di occupazione relative a materie ulteriori rispetto a quelle di cui all'art. 3.1 – la Corte fa derivare l'illegittimità dell'azione collettiva finalizzata alla definizione contrattuale di condizioni di questo tipo. Si tratta, come appare evidente, di una vera e propria forzatura interpretativa, non essendoci alcuna consequenzialità logica necessaria tra il vincolo fissato normalmente dalla disposizione della Direttiva (obiettivo rivolto ai legislatori nazionali) e quello, ulteriore, che da essa fanno discendere i giudici comunitari, in spregio tanto al diritto di sciopero, quanto alla libertà sindacale e contrattuale.

Il senso di disagio che si può provare rispetto a questa rivelazione riemerge con altrettanta, se non maggiore, forza rispetto a due ulteriori opzioni interpretative della Corte relative ad altre disposizioni della Direttiva 96/71/CE (sempre ricavabili dalla sentenza Laval) tra loro strettamente connesse.

Il riferimento è, in primo luogo, alla posizione (secondo cui l'obbligo retributivo che, ai sensi della Direttiva, gli stati membri possono imporre ai prestatori di servizi transnazionali che distacchino lavoratori su quel territorio “riguarda solo i minimi salariali” determinati secondo le modalità fissate dagli artt. 3.1. e 3.8 della Direttiva). Ne consegue, secondo la Corte, che non è neppure consentito agli stessi Stati di imporre “alle imprese stabilite in altri Stati membri... una trattativa caso per caso, sul luogo di lavoro... affinché... possano conoscere la retribuzione che dovranno pagare ai loro dipendenti distaccati”, dal momento che “retribuzioni come quelle che, nel presente caso, pretendono di imporre le organizzazioni sindacali convenute... non sono retribuzioni minime e non sono... determinate secondo le modalità previste in proposito dall'art. 3, nn. 1 e 8”.

In secondo luogo alla posizione della Corte, secondo cui l'art. 3.7 della Direttiva 96/71/CE, il quale fa salve le condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli rispetto a quelle previste dall'art. 3.1, deve leggersi nel senso che i lavoratori distaccati hanno diritto a conservare – per quanto riguarda le

materie indicate dal tale disposizione – le condizioni più favorevoli previste dalla legge o dai contratti collettivi nello Stato membro di origine, mentre non può essere interpretato nel senso che permetterebbe allo Stato membro ospitante di imporre condizioni di lavoro e di occupazione che vanno al di là delle norme imperative di protezione minima di cui all’art. 3.1, poiché ciò “priverebbe di effetto utile la stessa Direttiva”³⁰⁰.

Orbene, in realtà, entrambe le affermazioni della Corte potrebbero essere, ancora una volta, abbastanza serenamente accolte qualora fossero state riferite solo a provvedimenti regolativi autoritativamente imposti dagli Stati membri. Ed infatti, gli artt. 3.1 e 3.7 della Direttiva 96/71/CE, letti in combinato disposto tra loro, sono senza dubbio interpretabili come volti a garantire un intervento statale che imponga ai prestatori di servizi transnazionali di applicare ai lavoratori distaccati solo ed esclusivamente le condizioni di lavoro e di occupazione minime equivalenti a quelle applicate ai lavoratori autoctoni nelle specifiche materie di cui all’art. 3.1, fatte salve quelle condizioni di maggior favore già applicate a quei lavoratori sulla base della normativa interna del Paese di origine del loro datore di lavoro.

In questa prospettiva, si riesce perfino a comprendere (non proprio a condividere) l’applicazione di siffatto principio nella sentenza relativa al caso Rüffert, nel quale la Corte si è trovata a valutare la conformità con la Direttiva 96/71/CE della legge del Land della Bassa Sassonia, che obbligava tutti gli appaltatori e subappaltatori della pubblica amministrazione ad applicare (almeno) la tariffa salariale prevista dal contratto collettivo applicabile *in loco*, nel caso di specie rivelatasi “superiore alla tariffa minima salariale applicabile in forza dell’AEntG” (la legge nazionale attuativa della Direttiva sul distacco), punto 40 della sentenza. Quantunque non si fosse formalmente in presenza di una generale imposizione *ex lege* di tali condizioni retributive, è indubbio che la legge del Land tedesco – riconducibile nell’alveo delle normative di carattere promozionale della contrattazione collettiva – avesse un connotato di ‘vincolatività’ che la rendeva sospetta, sulla base della rigida interpretazione

³⁰⁰ La centralità di questi due profili è sottolineata anche da Giubboni 2008.

della Corte alla Direttiva sul distacco, di essere in contrasto con quest'ultima (anche se a ben leggere la pronuncia della Corte, ci si accorge che il motivo principale della dichiarazione di contrasto della legge del Land della Bassa Sassonia con la Direttiva 96/71/CE è costituito dalla non riconducibilità del contratto collettivo del settore edile alle figure di cui all'art. 3.8, nonché dalla differenza di trattamento tra settore pubblico e settore privato che detta legge introduceva in materiale di appalti).

Ed invece ciò che lascia davvero interdetti è il fatto che l'interpretazione enunciata viene estesa dalla Corte, nella sentenza del caso Laval, anche all'azione collettiva finalizzata alla definizione volontaristica di un certo risultato contrattuale, che prescinda, cioè, dall'intervento autoritativo dello Stato ed avvenga esclusivamente sulla base di rapporti di forza tra le parti.

In particolare, l'art. 3.1 della Direttiva viene letto dalla Corte nel senso che lo Stato non può 'lasciare' ai sindacati ed alla contrattazione collettiva la fissazione, volta a volta, delle specifiche condizioni da applicare ai lavoratori distaccati, in quanto tali condizioni contrattuali da un lato non sarebbero quelle previste attraverso le procedure di cui agli artt. 3.1 e 3.8 e, dall'altro lato, non sarebbero condizioni contrattuali minime, bensì di contenuto migliorativo. Tali condizioni migliorative, poi, non sarebbero neppure ammesse dall'art. 3.7 della Direttiva, il quale consente esclusivamente la salvaguardia delle condizioni di miglior favore godute dai lavoratori distaccati nel loro Paese di origine.

Orbene, va anzitutto notato come la posizione della Corte sia fondata su una lettura erronea dell'art. 3.1 della Direttiva: tale norma, secondo l'organo giudicante, fisserebbe un obbligo a carico degli Stati membri, di dettare regole per le condizioni minime di lavoro ivi richiamate. In realtà, stando alla formulazione letterale della disposizione, l'obbligo ricadente in capo allo Stato ospitante sembra essere esclusivamente quello di rendere applicabili ai lavoratori distaccati quelle condizioni che siano previste da "disposizioni di legge, regolamentari o amministrative ovvero, nel settore delle costruzioni, "da contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale". Di modo che,

qualora in uno Stato membro non esistano norme di tal fatta, non per questo lo Stato sarebbe vincolato ad emanare regole *ad hoc* al fine di apprestare quelle tutele minimali: la mancata emanazione di tali regole non creerà, d'altronde, nessuna discriminazione tra operatori interni ed esterni.

Ove si prenda atto di questa precisazione, invero difficilmente contestabile, non possono che criticarsi gli ulteriori sviluppi del discorso della Corte.

Una volta presunto un tale obbligo, essa si spinge, infatti, ad affermare che, in materia di minimi retributivi, lo Stato svedese avrebbe (male) assolto ad esso affidandone la definizione alla contrattazione collettiva e, più precisamente, ad una contrattazione da svolgersi caso per caso. Questo appare, a ben vedere, oltre che come un vero e proprio travisamento del disposto dell'art. 3.1 della direttiva come una forzatura della realtà giuridica svedese. Il cui sistema si fonda solo ed esclusivamente sulla libera e volontaria contrattazione tra le parti interessate.

D'altro canto, non risulta che nel sistema giuridico svedese sia previsto nessun obbligo legale di concludere il contratto; il che, a rigor di termini, sarebbe stato invece necessario per la costruzione di quella sorta di 'mandato' legale alla definizione dei minimi individuato dalla Corte.

Ciò detto, va poi ancora osservato come l'adozione da parte della Corte della (pur condivisibile) interpretazione secondo cui l'art. 3.7 (in combinato disposto con l'art. 3.1) va inteso nel senso che è assicurata ai lavoratori distaccati la conservazione dei trattamenti di miglior favore goduti nei loro Paesi di origine (ivi compresi quelli di fonte contrattuale) in relazione alle materie di cui all'art. 3.1, non esclude assolutamente, di per sé, la legittimità di un'azione collettiva finalizzata a supportare una contrattazione sulle stesse materie attivata dai sindacati nel paese di distacco e ciò finanche nel caso in cui tale contrattazione fosse volta ad ottenere miglioramenti rispetto a *standard* minimi formalmente previsti in attuazione degli artt. 3.1 e 3.8 (situazione, questa, che, come si è detto, non è riscontrabile nel caso di specie).

Infine, un ulteriore e generale motivo di perplessità deriva, ancora una volta, dalla specificità del caso Laval, nel quale, come si è detto, viene in risalto un sistema giuridico come quello svedese, in cui è assente una legislazione ed una contrattazione sui minimi salariali, ed in cui alla determinazione delle retribuzioni provvedono direttamente le parti in sede aziendale, nell'esercizio di una libera attività negoziale.

Orbene, ritenere come fa la Corte che un'azione collettiva finalizzata a supportare una contrattazione salariale *ad hoc* sia da ritenere non ammessa dalla direttiva n. 96/71/CE, in quanto non è una contrattazione sui minimi, è anzitutto di per sé criticabile poiché, proprio alla luce delle suddette caratteristiche del sistema svedese, per i lavoratori distaccati i minimi salariali avrebbero coinciso evidentemente con le condizioni retributive previste dal contratto aziendale. Per altro verso, quella posizione della Corte attesta una totale incapacità di comprendere il significato dei sistemi di relazioni sindacali e contrattuali a base volontaristica, dove sono le parti stesse che decidono liberamente i livelli di contrattazione cui affidare la determinazione delle condizioni di lavoro.

Qui preme piuttosto segnalare come le affermazioni della Corte, nella loro portata estensiva, oltre a contrastare, come detto, con le previsioni della direttiva, finiscano in realtà per negare la stessa autonomia collettiva³⁰¹, impedendo tanto l'azione sindacale di sostegno ad una diretta determinazione delle condizioni salariali tra sindacati e datori di lavoro, quanto, più in generale, l'azione di parte sindacale volta ad ottenere condizioni contrattuali di miglior favore per i lavoratori rispetto ai minimi di trattamento eventualmente fissati ai sensi degli artt. 3.1 e 3.8.

Secondo alcuni Autori³⁰², dalla sentenza Laval non emergerebbe, in linea di principio, una preclusione verso un'azione collettiva finalizzata ad imporre all'impresa straniera di servizi il rispetto dei minimi retributivi fissati dal contratto nazionale (minimi inesistenti nel settore edile svedese)". Questa interpretazione della sentenza, per quanto interessante, appare problematica,

³⁰¹ Orlandini, 2009, pp. 245 ss.

³⁰² Orlandini, 2008, p. 248.

dal momento che la Corte ha fatto riferimento all'incertezza negoziale cui sarebbe esposta l'impresa straniera e, – poiché il presupposto è, evidentemente, in assenza di una contrattazione ad efficacia generale, la libertà contrattuale dell'impresa stessa nella definizione delle retribuzioni – tale incertezza sembrerebbe non venir meno per la semplice riduzione delle richieste sindacali alla estensione di minimi fissati dalla contrattazione stessa a livello nazionale. Sul punto, comunque, sarà interessante verificare gli ulteriori sviluppi della giurisprudenza della Corte.)

Quest'analisi, collegata con le osservazioni sviluppate in apertura di questo paragrafo in merito alle limitazioni della contrattazione collettiva che la Corte fa derivare dalla sua rigida interpretazione dell'art. 3.10, inducono ad un'ulteriore considerazione. L'esclusione della (piena ed automatica) legittimità di azioni collettive finalizzate ad ottenere la sottoscrizione di un contratto collettivo le cui clausole disciplinino condizioni di lavoro tanto aggiuntive quanto migliorative rispetto a quelle fissate degli Stati membri per le materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva (come chiaramente e riassuntivamente affermato nella sentenza Laval ha, di fatto, l'effetto di immobilizzare i trattamenti dei lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi ai trattamenti minimi di cui alla predetta disposizione, così impedendo, da un lato, una crescita dei loro salari e delle loro condizioni di lavoro e, dall'altro, gli sforzi sindacali di sviluppare politiche contrattuali anti-*dumping*³⁰³.

³⁰³ Cfr in specie Giubboni 2008, p. 24 e Id. 2009, p. 14. da questo punto di vista la posizione della Corte appare in contrasto anche con l'obiettivo del miglioramento delle condizioni di lavoro assicurato dall'art. 136 TCE.

Ha osservato, inoltre, Veneziani 2008, p. 305, che il fine di una libera contrattazione collettiva è anche quello di determinare condizioni di lavoro "sane, sicure e dignitose", secondo quanto stabilito dall'art. 31.1 della Carta di Nizza. Sul punto v. anche Ales, 2008, p. 6 ss, spec. 9 ss; Lo Faro, 2008b, 2 ss. Comunque, sulle pericolose implicazioni che questa posizione della Corte può avere nell'ambito dei Paesi membri, per la differenza di trattamento cui si potrebbero trovare esposti prestatori di servizi interni rispetto a quelli provenienti da altri Stati membri, v. Carabelli 2008, pp. 165-166

Conclusioni

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

Nelle celebri sentenze Viking e Laval la Corte di giustizia era stata come noto sollecitata per la prima volta a dare risposte esplicite e dirette su uno dei gangli più delicati del funzionamento del mercato interno nell'Unione allargata, qual è quello costituito dal rapporto tra diritti di azione e di contrattazione collettiva, riconosciuti dagli ordinamenti costituzionali nazionali, e spazi di libertà assicurati all'impresa transnazionale dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE8. La prima controversia nasceva dalla decisione d'una compagnia finlandese di navigazione di cambiare bandiera ad una delle navi addette al servizio nella tratta tra Helsinki e Tallin, con la conseguente graduale sostituzione dell'equipaggio (e naturalmente del correlato trattamento economico e

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

La seconda controversia sollevava una questione simile, ma riferita, stavolta, alla asserita efficacia orizzontale della libertà di prestazione dei servizi ex art. 49, oltre che significativamente complicata dal fatto che alla fattispecie oggetto del rinvio pregiudiziale risultava applicabile, accanto alla norma del Trattato, anche la direttiva 96/71. L’azione di lotta – nella forma dello sciopero (anche di solidarietà) e del blocco – era stata infatti in questo caso intrapresa dal sindacato svedese contro una società lettone che, aggiudicatasi un appalto pubblico per la costruzione d’una scuola nei sobborghi di Stoccolma attraverso una sua filiale stabilita in Svezia, aveva poi distaccato direttamente dalla casa madre le maestranze necessarie per l’esecuzione dei lavori, avvalendosi della facoltà riconosciuta dall’art. 1 della direttiva del 1996. La società, che

applicava ai propri dipendenti in distacco il trattamento previsto dal contratto collettivo concordato col sindacato lettone, si era rifiutata di aderire al contratto di categoria svedese che avrebbe poi consentito, con garanzia di pace sindacale, di negoziare a livello aziendale il trattamento retributivo – di gran lunga superiore a quello in essere – da applicare concretamente nel cantiere ai lavoratori ivi distaccati. Questo rifiuto aveva determinato una dura risposta sindacale, risoltasi in buona sostanza in un blocco di tutte le attività della filiale svedese della Laval e nel conseguente fallimento della stessa. Di qui l'azione risarcitoria della società davanti al giudice svedese.

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

La Corte ha come noto fornito risposte improntate ad un arcigno dogmatismo liberale, molto lontano dalla sensibilità dimostrata nei confronti della manifestazioni della autonomia collettiva, sia pure in un distinto ambito normativo, nella altrettanto famosa sentenza Albany, alla quale non a caso avevano fatto ampio richiamo le difese spiegate in giudizio dalle organizzazioni sindacali interessate. Si scorge in esse una netta tendenza alla assolutizzazione della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, che si manifesta in primo luogo dalla scarna argomentazione con la quale la Corte di

giustizia attribuisce alle due libertà di mercato una diretta efficacia orizzontale nei rapporti tra soggetti privati e, quindi, una notevolissima capacità di compressione della sfera di libertà (di autotutela e autonomia collettiva) delle organizzazioni sindacali.

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

Applicando in maniera rigorosa lo scrutinio di adeguatezza e proporzionalità cui è ordinariamente sottoposta la valutazione di legittimità degli ostacoli posti all'esercizio delle libertà economiche comunitarie, la Corte, infatti, come è stato ben osservato, "va oltre l'accertamento di eventuali limiti 'esterni' al conflitto ed entra nel merito delle rivendicazioni sindacali. Lo si ricava con particolare chiarezza dalle indicazioni che la Corte dà nella sentenza Viking al giudice del rinvio pregiudiziale affinché questo verifichi il concreto rispetto nella fattispecie del vincolo di adeguatezza/proporzionalità che si impone allo sciopero con il quale si contrasti l'esercizio di una libertà comunitaria, quale quella di stabilimento garantita dal Trattato. Sotto tale profilo, si richiede in primo luogo al giudice nazionale di verificare se gli obiettivi perseguiti dal

sindacato mediante l'azione collettiva intrapresa riguardino effettivamente “la tutela dei lavoratori”, ipotesi da escludere – precisa la Corte – ove “fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati”. Ed ancora si chiede al giudice del rinvio, ai fini dell'applicazione del test di proporzionalità (ovvero al fine di verificare se l'azione collettiva in esame vada al di là di quanto è necessario per conseguire l'obiettivo perseguito), se il sindacato, da un lato, “non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione”. Ma l'idea che l'esercizio dello sciopero, o comunque il ricorso al conflitto collettivo, costituisca rimedio estremo e residuale, da esperire appunto in via di ultima ratio, ricorre chiaramente anche nella sentenza Laval, dove i vincoli alla libertà del sindacato – sempre in termini di valutazione del merito e degli obiettivi delle strategie rivendicative attuate – risultano ulteriormente aggravati dagli specifici limiti imposti dalla direttiva 96/71/CE all'applicazione della disciplina contrattuale collettiva in favore dei lavoratori temporaneamente distaccati nello Stato membro ospitante.

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

pronunzie della Corte.

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

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

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

Nella sentenza Rüffert, il disfavore verso meccanismi di sostegno dell'applicazione del contratto collettivo, diversi da quelli strettamente tipizzati dalla direttiva, arriva a mettere in discussione – attraverso un percorso interpretativo viziato da forti elementi di contraddizione e da vere e proprie

fallacie logiche – forme di tutela che appartengono a pieno titolo allo strumentario classico del diritto del lavoro e che sono strettamente connesse alla missione fondativa sul quale esso si è costruito come limite invalicabile alla mercificazione del lavoro umano. In essa la Corte ha perentoriamente statuito la contrarietà di un provvedimento legislativo, emanato dall'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti di lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati nella esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto pubblico, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo di esecuzione dei lavori in questione.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Bulletin of Comparative Labour Relations*, 69, 2009. AA.VV., *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008.

AGO R., *Teoria del diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1934.

AHLBERG K. – BRUUN N. – MALMBERG J., *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, *Transfer*, 2006, p.155 ss. ACAS - Advisory, Conciliation and Arbitration Service, *Report on any inquiry into the circumstances surrounding the Lindsey Oil refinery dispute*, 16 february 09, fonte: <http://www.acas.org.uk/CHttpHandler.ashx?id=1019&p=0>

ALPA G. - BESSONE M., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile in materia di obbligazioni. Aspetti civilistici*, in *Giur. it.*, IV, 1983. AA.VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento "Roma I"*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007.

ALLAMPRESE A., *Distacco di impresa estera e libertà di circolazione*, LG, 1999.

ANGELINI F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali*. CEDAM, 2007.

ANSAY T., *Legal Problems of Migrant Workers*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 156, 1977, pp. 1-77.

- AUDIT M. – MUIR-WATT H. – PATAUT E. (sous la direction scientifique), *Conflits de lois et regulation économique*, L.G.D.J., Paris, 2008.
- BAYLOS GRAU A. - CARUSO B. - D'ANTONA M. – SCIARRA S. (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna, 1996.
- BALANDI G.G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *I contratti di lavoro internazionali*, QDLRI, 1998.
- BALANDI G.G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Studi in onore di Giuseppe Federico Mancini*), p. 35.
- BALLESTRERO M.V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. INT. 55/2008.
- BALLESTRERO M.V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, LD, 2008.
- BALLARINO T., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali entra in vigore*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 1991.
- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1999;
- BALLARINO T., *Dalla Convenzione di Roma al regolamento Roma I*, *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2009, p. 40 ss.
- BANO F., *La circolazione comunitaria dei servizi labour intensive*, LD, 1, 2008.
- BANO F., *L'Europa sociale nel trattato costituzionale*, RGL, 2005, p. 821 ss.
- BANO F., *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- BARBERA M. (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di*

coordinamento delle politiche sociali, Giuffrè, Milano, 2006.

BARBERA M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia, 2000.

BARNARD C., *Labour market integration: lessons form the European Union*, in CRAIG J.D.R. – LYNK S.M., *Globalization and the future of labour law*, CUP, Cambridge, 2006.

BARNARD C., *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 2nd ed., Woods, Oxford, 2007.

BARNARD C., *Social policy revisited in the light of Constitutional Debate*, BARNARD C. (ed.), *The fundamental of EU law revisited*, OUP, New York-Oxford, 2007.

BARNARD C. – DEAKIN S., *In search of coherence: social policy, the single market and fundamental rights*, IRJ, 2000.

BARATTA R., *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1991.

BARIATTI S., *Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali delle norme materiali del Trattato Ce sul diritto internazionale privato e comunitario*, RDIPP, 3-4, 2003.

BASEDOW J., *Conflict of Laws and the Harmonization of Substantive Private Law in the European Union*, in ANDENAS M. (a cura di), *Private Law Beyond the National Systems. Liber Amicorum Guido Alpa*, BICL, London, 2007.

BASEDOW J., *The communitarization of the conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, *Comm. Mark. Law Review*, 2000, p. 687 ss.

BASENGHI F., *Il trasferimento del lavoratore all'estero*, CEDAM, 1988.

BERTOLI P., *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Giuffrè, Milano, 2005.

- BERCUSSON B., *Globalizing Labour Law: Transnational Private Regulation and Countervailing Actors in European Labour Law*, TEUBNER G. (ed.), *Global Law Without a State*, Ashgate, Dartmouth, 1997.
- BERCUSSON B., *Regulatory Competition in the EU System: Labour*, ESTY D.C.–GERARDIN D. (ed.), *Regulatory Competition and Economic Integration: Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Pressm 2001.
- BERCUSSON B. – BRUUN N., *Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU*, in NIELSEN R. – TREUNERS S. (ed.), *The New EU Public Procurement directives*, Djof Publishing, Copenhagen, 2005.
- BERTOLI P., *The Court of Justice, European Integration and Private International Law*, *Yearbook of Private International Law*, VIII, 2006.
- BERTOLI P., *Il ruolo della Corte di Giustizia e l'interpretazione del futuro regolamento "Roma I"*, RDIPP, 4, 2006.
- BERTOLI P., *"Territorialità" della piattaforma continentale e competenza in materiali di attività lavorativa prestata in più Stati*, *Int'l Lis: supplemento di documentazione e discussione sul diritto giudiziario transnazionale*, 3-4, 2003, p. 123-127.
- BIAGI M., *Il lavoro in appalto nella CEE, commento a Rush Portuguesa*, in DPL, n° 30/1990, p. 1965.
- BIAGI M., *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e sui permessi parentali*, DRI, n° 3/1996, p. 3.
- BIAGI M., *The posted workers Eu directive: from social dumping to social protectionism*, BCLR, 1998, p. 173 ss. BIRK R., *Diritto de lavoro e imprese multinazionali*, RIDL, 1982.
- BIAGIONI G. (2003), *Le conseguenze dell'incompatibilità della legge straniera all'ordine pubblico nella Convenzione di Roma*, in RDI, n. 4.

- BIAGIONI G. (2006), *L'ordine pubblico e le norme di applicazione necessaria nella proposta di regolamento "Roma I"*, in *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I"*, (a cura di) Franzina P., Padova, CEDAM.
- BIANCA M. – GIARDINA A., (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Commentario*, (FICARI MASI L., *sub art. 6*), NLCC, 1995.
- BLANPAIN R. (2006) (a cura di), *Freedom of services in the European Union: labour and social security law. The Bolkestein initiative*, The Hague, Kluwer Law International.
- BOGGIANO A., *International Standard Contracts. A Comparative Study*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 170, 1981, pp. 9-113.
- BONARDI O., *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, FrancoAngeli, Milano, 2001.
- BONOMI A., *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore*, *Banca borsa e titoli di credito*, 1, 1992.
- BONOMI A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1998.
- BONOMI A. – BUCHER A., *Droit international privé*, Bale, Helbing & Lichtenhahn, 2006.
- BONOMI, A., *Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts*, *Yearbook of Private International Law*, 10, 2008, p. 285 ss.
- BORELLI S., *Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?*, LD, IV, 2001, p. 628 ss. BORELLI S., *Libera circolazione dei lavoratori subordinati*, *Dig. Disc. Priv., sez.comm. Aggiornam.*, 2, Utet, Torino, 2002.

- BORELLI S., *Il campo di applicazione soggettivo della normativa comunitaria di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale*, RDSS, 3, 2005.
- BORELLI S., *Principi di non discriminazione e frammentazione del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2007.
- BORELLI S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, LD, I, 2008, p. 125 ss.
- BORZAGA M., *Prestito transnazionale di lavoratori fra società collegate e criteri di individuazione del foro competente: nota a Corte di giustizia 10 aprile 2003, Causa C-437/00. Int'l Lis: supplemento di documentazione e discussione sul diritto giudiziario transnazionale*, 2005, n. 2, p. 66-71.
- BOSCHIERO N., *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, EdD, IV, 2001.
- BOSCHIERO N., *Verso il rinnovamento e la trasformazione della Convenzione di Roma: problemi generali*, PICONE P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004
- BOSCHIERO N. (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria delle legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Giappichelli, Torino, 2009.
- BOSKOVICH O., *La protection de la partie faible dans le règlement Rome I*, in *Recueil Dalloz*, 2008.
- BRILMAYER L. (1995), *The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 252. (da procurarsi, prob. IUE)
- BRINO V. (2008), *Gli equilibri della Corte di Giustizia: il caso Rüffert*, in *RIDL*, n. 3/2008, pp. 481-486.
- BRILMAYER L. (1995), *The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 252.

- BROGGINI G., *Il diritto internazionale privato e i rapporti di lavoro*, *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1, 2004.
- BRUNO S., *Il principio di giustificazione necessaria del licenziamento come principio di ordine pubblico*, nota a 9 maggio 2007, n. 10549, *RGDL*, 4, 2007.
- BRUUN N., *The new legal framework for equality in the European Union*, NEAL A.C. (ed.), *The changing face of European Labour Law and Social Policy*, Kluwer Law International, The Hague, 2004.
- BUCHER A., *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 239, 1993, pp. 9-116.
- CAFAGGI F. (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- CAFAGGI F. – IAMICELI P., *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- CAFAGGI F. - MUIR WATT H., *Making European Private Law. Governance Design*, Edward Elgar, 2008.
- CARABELLI U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritto sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazioni dei servizi nella CE*, *WP C.S.D.L.E*, 49, 2006.
- CARABELLI U., *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, *GDLRI*, 2008.
- CARBONE S.M., *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- CARBONE S.M., *L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali e i suoi limiti*, *RIDPP*, 2007, p. 910 ss.

- CAMDESSUS M., *Organisations internationales et mondialisation (conférence)*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 294, 2002, pp. 9-38.
- CARINCI M.T. – CESTER C. (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda. Titoli III e IV, Artt. 20-32*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, II, 2004.
- CARUSO B. – SCIARRA S. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, Torino, 2009.
- CASCALES S., *L'émergence d'un concept communautaire de loi de police: analyse de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in SNYDER F. (dir.), *Comment protéger les interest du citoyen dans l'Union européenne d'aujourd'hui ? / Protecting the interestes of the citizen in today's european union*, *Première rencontre internationale des jeunes chercheurs (RIJC) / First international workshop of young scholar (WISH)*, Bruylan, Bruxelles, 2003.
- CAVALIER G. – UPEX R., *The concept employment contract in European Union Private Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, 55, 2006, p. 587 ss.
- CESTER C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, Giornate di studio A.I.D.LA.S.S. "Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti", Modena 18-19 aprile 2008.
- CIMATTI I., *Brevi considerazioni sulla nozione di datore di lavoro nella legislazione comunitaria*, GM, 1999, p. 288.
- CINELLI M., *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, LG, 2007, p. 124 ss.
- CLERICI R., *Rapporti di lavoro, ordine pubblico e Convenzione di Roma del 1980*, RDIPP, 3-4, 2003.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde sulla trasformazione in strumento*

comunitario della Convenzione di Roma del 1980 applicabile alle obbligazioni contrattuali e sul rinnovamento della medesima, 14.1.2003.

CORRAO M.E., *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, LD, 3, 2005.

CORRAO M.E., *I rapporti di lavoro nella Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, RDIPP, 1, 1984, p. 79 ss.

CORRAO M.E., *“Decodificazione” del diritto privato e codificazione del diritto internazionale privato*, *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Cedam, Padova, 1995, p. 311 ss.

CORRAO M.E., *Profili internazional-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, LD, 3, 2005.

COURSIER P. – MUIR-WATT H. (1995), *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Etude en droit international privé français*, in RCDIP, n. 1.

CUZZOCREA L. – GIANBIANCO C.- BOSSO D. – FIORENZA A., *I manuali dell'impresa internazionale. I lavoratori italiani all'estero e stranieri in Italia*, ESI, Napoli, 2003.

CUZZOCREA L. – ROCCHI R., *Distacco di lavoratori nella Ue: aspetti previdenziali e procedure*, Glav, 2005.

D'AVOUT L., *Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I*, in Recueil Dalloz, 2008.

DAUBLER W., *Instruments of EC Labour Law, European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

DAUGAREILH I., *La contrattazione collettiva internazionale*, LD, 4, 2005.
DAVIES P., *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law System ?*, CMLR, 1997, p. 571 ss.

DAVIES P., *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, ILJ, 2002, p. 298 ss.

- DAVIES A., *One step forward, two steps back?, The Viking and Laval cases in the ECJ*, ILJ, 2008.
- DE CESARI P., *Diritto internazionale privato e processuale comunitario. Atti in vigore e in formazione nello spazio di liberta', sicurezza e giustizia*, Giappicchelli, Torino, 2005.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES P., *La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformation européenne du droit des contrats*, in *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005.
- DÉPREZ J. (1995), *Rattachements rigide set pouvoirs d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail*, in *Droit social*.
- DOKÈS, *L'Europe « anti-sociale »*, in *Revue de droit du travail*, 2009.
- DOKÈS E., *Au coeur des combats juridiques*, Dalloz, 2007.
- DOUGAN M., *Minimum harmonisation after Tobacco Advertising and Laval un Partneri*, in Bulterman, Hancher, Mc Donner, A & Svenser, *Views of European Law from the mountain: Liber Amicorum Piet Jan Slot*, The Hague, kluwer law International, 2009.
- DOUGAN M., *Minimum harmonisation and the internal market*, in *Common market law review*, 2003.
- DORSSEMONT F., JASPERS T., VAN HOEK A. (2008), *Cross-border Collective Actions in Europe: A legal Challenge. A study of the legal Aspects of Transnational Collective Actions from a Labour Law and Private International Law Perspective*, Intersentia.
- NOZZI B., *Il lavoro con profili di internazionalità*, in CESTER C. (cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in CARINCI F. (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, II, 2007.
- DE LUCA TAMAJO R., *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro*,

somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro, ADL, 2005.

DE MATTEIS A. – GIUBBONI S., *Rapporti di lavoro con elementi di internazionalità e sicurezza sociale*, in *I contratti di lavoro internazionali*, QDLRI, 1998.

DE VOS M. (ed.), *European Union internal market and labour law : friends or foes?*, Intersentia, Antwerpen, 2009.

DI FILIPPO M., *Art. 6 Convenzione di Roma 19 giugno 1980*, GRANDI M. –PERA G., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2008.

DI FILIPPO M., *La legge applicabile al contratto di lavoro subordinato tra la Convenzione di Roma e la proposta di regolamento c.d. Roma I*, B.

DICEY A.V.– MORRIS J.H.C.– COLLINS L., *The conflict of laws*, Sweet&Maxwell, London, 2006.

DOKES E. (sous la direction de), *Au Coeur des combats juridiques. Pensées et témoignages de jurists engages*, Actes du colloque “Pratique du droit, pensée du droit et engagement social” –Dijon, 11-12 mai 2006, Dalloz, Paris, 2007.

DORSSEMONT F. – JASPERS A. – VAN HOEK A., *Cross-Border Collective Actions in Europe: A Legal Challenge*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007.

DRIGUEZ L., *Droit social et droit de la concurrence*, FEC/Bruylant, 2006.

FALLON M., *Les conflit de lois et de juridictions dans un espace économique intégré*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 253, 1995, pp. 9-282.

FALLON M., *Le projets européens en matière de conflit de lois: une mise en contexte*, *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 4, 2006.

FALLON M., *Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes*, *Revue critique de droit international privé*, 2008, p.

781 ss.

FALLON M., *Libertés communautaires et règles de conflit de lois*.

FALLON M., *Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes*, *Revue critique de droit international privé*, 2008, p. 781 ss.

FARANDA T., *Previdenza sociale e lavoro estero*, *Comunicazioni e studi*, Milano, Voll. XVII-XVIII, 1985.

FARANDA T., *Il regime previdenziali dei lavoratori italiani nei Paesi extracomunitari: la legge 398/87 e la Convenzione del Consiglio d'Europa*, *RDIPP*, 2, 1990, p. 329 ss.

FAWCETT I. – CARRUTHERS J., *Private International Law*, Oxford University Press, 2008.

FORLATI PICCHIO L., *Lavoro (d.i.pr.)*, *Digesto IV*, Sez. Comm., VIII, 1992.

FOTINOPOULOU BASURKO O., *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional (Estudio del Convenio de 19 junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales)*, Thomson Aranzadi, Navarra, Espana, 2006.

FRANZINA P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, *LD*, 1, 2008.

FRANZINA P. (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento "Roma I"*, Cedam, Padova, 2006.

FRANZINA P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, *LD*, 1, 2008.

FRANZINA P., *Norme di conflitto comunitarie in materia di contratti con consumatori e corretto funzionamento del mercato interno*, *RDI*, 1, 2009, p. 122 ss.

- FUCHS A.-MUIR WATT H. – PATAUT E. (sous la direction de), *Le conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004.
- FUCHS A. – MUIR WATT H. – PATAUT E., *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Paris, 2004.
- GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, CI, 3, 2002.
- GALGANO F., *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, CI, 2, 2006.
- GALGANO F., *L'equità degli arbitri*, RTDPC, 2, 1991.
- GAMILLSCHEG F., *L'autonomia della volontà nel diritto internazionale del lavoro*, *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Giuffrè, Milano, 1984.
- GAMILLSCHEG F., *Rules of public order in private international labour law*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 181, 1983, p. 285-347.
- GAMILLSCHEG F., *Les principes du droit du travail international*, *Revue critique de droit international privé*, 1961, p. 265- 290 ; 477-498 ; 675-699.
- GAMILLSCHEG F., *Labour contracts*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, III, 28.
- GAMILLSCHEG F., *Ordine pubblico e diritti fondamentali*, *Le droit international a l'heure de sa codification*, *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, 4, Giuffrè', Milano, 1987, pp. 89 ss.
- GAMILLSCHEG F. – FRANZEN M., *Conflicts of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations*, BLANPAIN R., (ed.), *Comparative labour law and industrial relations in industrialized market economies*, Kluwer Law International , The Hague, 2004, p. 213 ss.
- GIESEN R., *Posting : social protection of workers vs. Fundamental freedoms ?*, *Comm. Mark. Law Rev.*, 40, 2003, pp. 143-158.

GIUBBONI S. – ORLANDINI G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea: principi e tendenze*, Il Mulino, Bologna, 2007.

GIUBBONI S., *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, RDSE, 2, 2009, p. 293 ss.

GIUBBONI S., *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ce*, RDSE, 1, 2008, p. 18 ss.

GIUBBONI S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio delle libertà comunitarie*, DLM, 3, 2008.

GIUBBONI S., *Libera circolazione delle persone e solidarietà europea*, LD, 4, 2006, p. 611 s.

GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003.

GIUBBONI S. – ORLANDINI G. (2007), *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2007.

GIULIANO M. - LAGARDE P., *Relazione alla Convenzione*, in PALERMO G. (a cura), *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Collana Studi del CNN, Milano, 1983.

GIULIANO M., *Origini della Convenzione*, in *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, SCUOLA DI NOTARIATO ANSELMINI (a cura di), Atti del convegno di studi tenutosi a Roma nei giorni 21-22 gennaio 1983, Milano, 1983.

GULOTTA C., *Circolazione dei lavoratori di paesi terzi alle dipendenze di imprenditori comunitari e libera prestazione di servizi*, in (a cura di) B. NASCIMBENE B., *La libera circolazione dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1998.

HEUZE V., *De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen*, in *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005.

IDOT L., *L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé*,

Petites Affiches, 2002.

HARTLEY T., *Mandatory rules in international contracts: the Common Law approach*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 266, 1998, pp. 337-426.

HARTLEY T., *The Modern Approach to Private International Law. International Litigation and Transactions from to Common-Law Perspective. General Course on Private International Law*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 319, 2006, pp. 9-234.

LAGARDE P., *I limiti obiettivi della Convenzione di Roma (conflitti di legge, primato del diritto comunitario, rapporti con le altre convenzioni)*, *RDIPP*, 1, 1993.

LAGARDE P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 196, 1986, p. 9 ss.

LAGARDE P. – TENENBAUM A., *De la Convention de Rome au règlement Rome I*, *Revue critique droit international privé*, 2008, p. 779.

LAMBERTUCCI P. – RONDINONE N., *Disposizioni in materia di gruppi di imprese e trasferimento d'azienda*, in GRAGNOLI E. – PERULLI A., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004.

LANDO O., *The conflict of Laws of Contracts. General Principles (General Course on Private International Law)*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 189, 1985, pp. 225-247.

LEANDRO A., *Contratti di lavoro: la volonta' delle parti trova il limite delle norme imperative*, *Guida al Diritto – Diritto Comunitario e internazionale*, *Il Sole 24 Ore*, 5, 2008.

LIAKOPOULOS D. – ROMANI M., *Il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee. Tra integrazione comunitaria ed efficacia del diritto*

internazionale privato e processuale, CEDAM, 2009.

- LIUKKUNEN U., *The role of mandatory rules in international labour law: a comparative study in the conflict of laws*, Talentum, Helsinki, 2004.
- MAGNANI M., *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in *I contratti di lavoro internazionali*, QDLRI, 1998.
- LO FARO A., *“Turisti e vagabondi”*: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell’impresa senza confini, LD, 3, 2005.
- LO FARO A. – ANDRONICO A., *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali*.
Strumenti complementari o grammatiche differenti?, GDLRI, 108, 2005.
- LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, LD, 1, 2008.
- LUNARDON F., *Il rapporto di lavoro nei gruppi di impresa*, in CESTER C. (cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in CARINCI F. (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, II, 2007.
- LYON-CAEN A. – SCIARRA S., *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *I contratti di lavoro internazionali*, QDLRI, 1998.
- MAGNANI M., *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, MGL, 2004.
- MALINTOPPI A., *Lavoro (D.i.pr.)*, EdD, XXIII, 1973.
- LYON CAEN A.-PERULLI A.(a cura di), *Liberalizzazione degli scambi, integrazione dei mercati e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2005.
- LYON CAEN G., *Le droit du travail. Un technique reversible*, Dalloz, Paris, 1995.
- IORIO FIORELLI G., *La legge applicabile al contratto di concessione di vendita dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento “Roma I”*, RDIPP, 4, 2007.

- KAHN-FREUND O., *General Problems of Private International Law, Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 143, 1974, pp. 139-474.
- JANOULOFF I., *Législation internationale du travail, Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 51, 1935, pp. 483-578.
- JAULT-SESEKE F., *Le déterminations des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales, Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 455 ss.
- JAYME E., *The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, in SARCEVIC P. (a cura di), *International Contracts and Conflicts of Laws. A Collection of Essays*, London-Dordrecht-Boston, 1990.
- JAYME E., *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé, Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law* 177, 1982, pp. 9-102.
- JAYME E., *Indentité culturelle et integrations: le droit privé postmoderne. Cours general de droit international privé, Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law* , 251, 1995, pp. 9-268.
- JAYME E., *Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation (conference), Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 282, 2000, pp. 9-82.
- JAYME E. – KOHLER C. (1995), *L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome*, in RCDIP, n. 1.
- JOSSELIN-GALL M., *La place de l'Etat dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales*, in Mélanges Paul Lagarde, Dalloz, 2005.
- JUNKER A., *Arbeitsverträge*, FERRARI F.- LIEBLE S. (eds), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena 2007, p. 111ss.

- KOHLER J., *Interrogations sur le source du droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam*, *Rev. Crit. Droit. Int. Pr.*, 1999,
- KOLEHMAINEN E., *The directive concerning the posting of workers: synchronizations of the functions of national legal system*, *CLLPJ*, 1998-1999, p. 71 ss. KREBBER S., *Conflict of laws in employment in Europe*, *CLL&PJ*, 501, 2000. LAGARDE P., *Contrat individuel de travail*, *Rev. crit. droit. int. privé*, 1991, p. 319 ss.
- LOPEZ-PEGNA O., *Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento "Roma I"*, *RDI*, 3, 2006.
- MAGNO P., *La tutela del lavoro nel diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2000, p. 156 ss.
- MALATESTA A., *Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?*, *RDIPP*, 2, 2007.
- MALMBERG T.- SIGEMAN T., *Industrial actions and EU economic freedoms: the autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice*, *CMLR*, 45, 2008, p. 1146 ss.
- MANCINO R., *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi*, *NLCC*, 2000.
- MARESCA A., *Art. 31*, in PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004.
- MARETTI S., *La legislazione previdenziale applicabile ai lavoratori temporanei distaccati all'estero*, *MGL*, 2000, p. 538 ss.
- MARETTI S., *Il recepimento della direttiva Cee sul distacco dei lavoratori*, *MGL*, 2000, p. 1148 ss.
- MARETTI S., *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di*

servizi, MGL, 2000, p. 223 ss.

MARETTI S., *L'incorporazione del diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2003.

MALINTOPPI A., *Les rapports de travail en droit international privé*, 205, 1987, pp. 331-394.

MANKOWSKI P., *Employment Contracts under Art. 8 of the Rome I Regulation*, Verona, 19.03.09, dattiloscritto.

MARKESINIS B. – FEDTKE J., *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2006.

MARRELLA F.– GALGANO F., *Diritto del commercio internazionale*, Cedam, Padova, 2007.

MARRELLA F., *Autonomia privata e contratti internazionali*, SICCHIERO G. (a cura di), *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Cedam, Padova, 2005.

MARRELLA F., *Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento "Roma I"*, in FRANZINA P. (a cura di), *La legge applicabile ai contratti nella recente proposta di regolamento "Roma I"*, Cedam, Padova, 2006, p. 33 ss.

MAUPAIN F., *L'OIT, la justice sociale et la mondialisation*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 278, 1999, pp. 201-396.

MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht Comments on the European Commission' s proposal for a regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/comments_romei_proposal.pdf, (*RabelsZ*, 2004, p. 1 seg..)

- MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, *Comments on the Green Paper on the law applicable to contractual obligations (Rome I)*, <http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/commentsgreenpaper.pdf>
- MENGOZZI P., *Un importante contributo alla riproposizione dell'unità scientifica del diritto interno in materia internazionale*, RTDPC, 1978, p. 1714 ss..
- MENGOZZI P., *Norme di applicazione necessaria e progetto di convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, ArchGiur, 1979, p. 30 ss.
- MENGOZZI P., *Disposizioni preliminari*, RESCIGNO P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Utet, Torino, 1992.
- MENGOZZI P., *Private International Law and the WTO*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 292, 2001, pp. 249-386.
- MOREAU M.A., *L'internationalisation de l'emploi et de les delocalisations en Europe: perspectives juridiques*, EUI Working Paper LAW, No. 2005/09.
- MOREAU M.A. – TRUDEAU G., *Les normes de droit du travail confrontées à l'évolution de l'économie: de nouveaux enjeux pour l'espace régional, Un siècle d'étude du droit internaional, Choix d'articles pours au Clunet (1874-2000)*, LexisNexis, Litec, 2006.
- MAVRIDIS P., *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne*, Bruylant, Atene-Bruxelles, 2003.
- MORELLI G., *Elementi di diritto internazionale private*, ESI, Napoli, 1986.
- MORRIS J.H.C. – MCCLEAN D.- BEEVERS K., *The Conflict of Laws*, Sweet&Maxwell, London, 2007. MORSE C.G.J., *Consumer contracts, employment contracts and the Rome Convention*, *International and Comparative Law Quarterly*, 42, 1992.
- MORSE R., *Choice of law, territoriality and national law: the case of employment, Vers de nouveaux equilibres entre ordres juridiques*, Liber Amicorum Hélène

Gaudamet-Tallon, Dalloz, Paris, 2008.

MOSCONI F., *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *QDLRI*, n° 20/1998 p. 29.

MOSCONI F., *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *I contratti di lavoro internazionali*, *QDLRI*, 1998.

MOSCONI F., *La giurisdizione in materia di lavoro nel regolamento (Ce) n. 44/2001*, *RDIPP*, 1, 2003.

MOSCONI F., *Excpetions to the Operation of Choice of Law Rules*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 217, 1989, pp. 9-214. *MUIR*

MOSCONI F. – CAMPIGLIO G., *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Vol. 1, Utet, Torino, 2007.

MUIR-WATT H., *Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2005 (une vraie richesse, n'étant pas en commerce).

MUIR-WATT H., *European integration, legal diversity and the conflict of law*, in *Edinburgh Law Review*, n. 9, 2005.

MUIR-WATT H., *Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois en droit privé*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005.

NADALET S., *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: articolazioni possibili. Qualche proposta scomoda in tema di "globalizzazione"*, *LD*, 1, 2002.

NADALET S., *Imprese trasnazionali e diritto del lavoro*, *LD*, 3, 2005. NADALET S., *Le dinamiche delle fonti nella globalizzazione: ipotesi per un diritto del lavoro transnazionale*, *LD*, 4, 2005.

NADALET S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, *LD*, 1, 2008.

NICOLUSSI A., *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, EDP, 1, 2006.

NOGLER L., *Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile*, GDLRI, 118, 2008.

NOGLER L., *Sulla previsione contrattuale della sospensione del rapporto con prestito del lavoratore ad altra impresa collegata*, nota a Cass. 8 ottobre 1991, n° 10556, RIDL, 1992, II, p. 936.

NOVITZ T., *Labour Rights as Human Rights : Implications for Employers' Free Movement in an Enlarged European Union*, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 9, 2007, p. 357 ss.

OCCHINO A., *Contratti collettivi internazionali e contratti collettivi comunitari*, in *I contratti di lavoro internazionali*, QDLRI, 1998.

ORLANDINI G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, WP C.S.D.L.E., 66, 2008, ora in *Giorn. Dir. lav. Rel. Ind.*, 2, 2008, p. 237 ss.

ORLANDINI G., *Ordine pubblico e dumping sociale nel mercato interno dei servizi*, *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2008, pp. 663 ss.

ORLANDINI G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 239 ss..

ORLANDINI G., *Trade union rights and market freedoms: the European Court of Justice sets out the rules*, *Comp.Lab. L.&Pol'y J.*, 29, 2007, p. 573 ss.

ORLANDINI G., *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 45-2006.

ORLANDINI G., *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera*

prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n°71 del 1996, in ADL, 2,1999, p. 465.

PANEBIANCO M., *Lavoro (diritto internazionale privato)*, EGT, XIX, 1990.

PATAUT E., *Lois de police et ordre juridique communautaire*, FUCHS A.-MUIR WATT H. –

PATAUT E., *Commentaire de l'arrêt Mazzoleni*, in *Revue critique de droit international privé*, jul.-sep. 2001.

PATAUT E., ROBIN-OLIVIER S., *Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval)*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 2008 (et in *Revue de droit du travail*, 2008).

PEDRAZZOLI M., *Per un diritto del lavoro plurale (omaggio a Robert Reich)*, GDLRI, 120, 2008.

PENNINGS F., *Introduction to European Social Security Law*, Fourth Edition, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, 2003.

PERULLI A., *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, RIDL, 4, 2007.

PICONE P. (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2004.

PLENDER R. - WILDERSPIN M., *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, London, 2001.

POCAR F., *Obbligazioni: dal dicembre 2009 al via le regole comuni sui contratti*, *Guida al Diritto – Diritto Comunitario e internazionale*, Il Sole 24 Ore, 5, 2008.

POCAR F., *Norme di applicazione necessaria e conflitti di leggi in tema di rapporti di lavoro*, in *Riv. dir. int.priv. proc.*, 1967.

POCAR F., *La legge applicabile ai rapporti di lavoro secondo il diritto italiano*, in *Riv.dir.int.priv.proc.*, 1972, p. 727 ss..

POCAR F., *La legge applicabile ai rapporti di lavoro tra stranieri in Italia*, *Rassegna di diritto pubblico*, 1972.

POCAR F., *Labour Relations in Italian Private International Law. National Reports to the XI International Congress of Comparative Law*, 1982.

POCAR F., *Protezione del lavoratore e legge applicabile al rapporto di lavoro*, in *Riv. it.dir.lav.*, II, 1982.

POCAR F., *La protection de la partie faible en droit international privé*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 188, 1984.

POCAR F., *Protection of weaker parties in the Rome Convention and the Rome I Proposal*.

POCAR F. – VIARENGO I., *Diritto comunitario del lavoro*, Cedam, Padova, 2001.

POCAR F., *L'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1991.

POCAR F., *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European conflict of law revolution" ?*, *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 4, 2000, p. 973 ss.

POILLOT PERUZZETTO S., *European Public Policy and other Restrictions on the Normal Operation of the Choice-of-law and Choice-of-jurisdiction Rules*, MEEUSEN J.- PERTEGAS M. – STRAETMANS G., *Enforcement of International contracts in the European Union*, Intersentia, Antwerpen, 2004.

POLAK M.V., *Laborum dulce lenimen ? Jurisdiction and choice-of-law aspects of employment contracts*, MEEUSEN J.- PERTEGAS M. – STRAETMANS G., *Enforcement of International contracts in the European Union*, Intersentia, Antwerpen, 2004.

- REALE A., *Rapporto di lavoro con elementi di internazionalità: quid iuris?*, in *Diritto e Libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino, 2008.
- ROCCELLA M., *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, 1997, p. 29 e seg.
- ROCCELLA M., *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Giuffrè, 1998, p.25 e seg.
- ROCCELLA M., *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, RGL, I, p. 287 ss.
- ROCCELLA M. – TREU T., *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, Padova, 2007.
- RODIERE P., *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J., Paris, 2008.
- ROSANO M., *Ancora sulla rilevanza del collegamento societario al fine dell'imputabilità del rapporto di lavoro*, RIDL, 3, 2007.
- ROSANO M., *La tutela del lavoratore nell'insolvenza transnazionale*, RGDL, 1/2, 2008, p. 275 ss..
- ROSSI L.S., *L'incidenza dei principi del diritto comunitario sul diritto internazionale privato: dalla "comunitarizzazione" alla "costituzionalizzazione"*, RDIPP, 1, 2004.
- RUSSO M., *Rapporti di lavoro all'estero e legge applicabile in caso di licenziamento*, RCDL, 3, 2007, p. 898 ss.
- ROBIN-OLIVIER S., *Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale: le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le cout du travail*, in *Revue de Droit du Travail*, jul.-sep. 2008.

- RODIÈRE P., *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008.
- RODIÈRE P., *Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle*, in *Revue trimestrielle de Droit Européen*, 2003.
- RODIÈRE P., *Le domaine spatial du droit social communautaire*, in Rodière P., *Travaux du comité français de droit international privé*, 1990/1992.
- SINAY-CYTERMANN A., *La protection de la partie faible en droit international privé. Les exemples du salarié et du consommateur*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005.
- SABIRAU-PEREZ M.A., *Changes of the law applicable to an international contract of employment*, *International Labour Review*, Vol. 139, 3, 2000.
- SACERDOTI G. – FRIGO M., *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Giuffrè, Milano, 1994.
- SALERNO F. – FRANZINA P. (commentario a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (« Roma I »)*, NLCC, 3/4, 2009.
- SBORDONE F., *La scelta della legge applicabile al contratto*, ESI, 2003.
- SCARPONI S. (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2000.
- SCIARRA S., *Market freedom and fundamental social rights*, HEPPLÉ B. (ed.), *Social and labour rights in a global context*, CUP, Cambridge, 2002, p. 95 ss.
- SCIARRA S., *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, GDLRI, 2006.
- SCIARRA S., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversa costituzionalizzazione*, GAROFALO D. – RICCI M. (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2006.

- SCIARRA S. (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano: profili di diritto interno e comunitario*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- SCIARRA S., *Trusting judges to deliver changes: Italy, the EU and labour law*, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 9, 2007, p. 441 ss.
- SCIARRA S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, LD, 2008, p. 245 ss.
- SCIARRA S., *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, GDLRI, 109, 2006.
- SCOGNAMIGLIO G., *Art. 31: Gruppi di impresa*, DE LUCA TAMAJO R. – SANTORO
- PASSARELLI G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Cedam, Padova, 2007.
- SEATZU F., *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali ? Considerazioni in margine ad una recente proposta del “Gruppo europeo id diritto internazionale privato”*, *Jus*, 2001, p. 37 ss.
- SINAY-CYTERMANN A., *La protection de la partie faible en droit international privé. Les exemples du salarié et du consommateur, Le droit international privé: esprit ed méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 737 ss.
- STRUYCKEN A.V.M., *Co-ordination and co-operation in respectful disagreement. General Course on Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009.
- TIMELLINI C., *E’ principio di ordine pubblico il divieto di licenziamento ingiustificato, non il regime di stabilità reale*, RIDL, II, 2008, pp. 335 ss.
- TOSI P. – LUNARDON F., *Introduzione al diritto del lavoro. 2 – L’ordinamento europeo*, Laterza, Roma – Bari, 2005.

- TRAVERSA E., *Libera prestazione di servizi e distacco dei lavoratori nell'Unione europea*, in
- CARINCI F. - PIZZOFRERATO A.(diretto da), *Trattato sul diritto del lavoro europeo*, Kluwer, 2009.
- TREVES T. (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, Cedam, 1983.
- TULLINI P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, Giornate di studio A.I.D.LA.S.S. “*Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*”, Modena 18-19 aprile 2008.
- UBERTAZZI B., *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2008.
- VALLEBONA A., *Lavoro nelle società collegate*, EGT, vol. XXIX, 1993.
- VALTICOS N., *Un système de controle international: la mise en oeuvre des conventions internationales du travail*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 123, 1968, pp. 311-408.
- VALTICOS N., *Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale*, *Recueil Des Cours Collected Courses of The Hague Academy of International law*, 144, 1975, pp. 77-138.
- VAN EECKHOUT V., *Promoting human rights within the Union: The role of european private international law*, *ELJ*, 14, 1, 2008.
- VAN EECKHOUT V., *The Rome Convention on the law applicable to contractual obligations and labour law (1980)*, BLANPAIN R. (ed.), *Freedom of service in the European Union, Labour and social Security Law: The Bolkenstein Initiative*, Kluwer Law International, The Netherland, 2006.
- VENTURINI G.-BARIATTI S.(a cura di), *Liber Fausto Pocar. Nuovi strumenti del diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2009.

- VIARENGO I., *La legge applicabile al lavoratore distaccato in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi*, in NASCIMBENE B. (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1998.
- VIGNEAU C., *Economic freedom v. fundamental social rights, (introduction) in Labour law and social Europe : selected writings of Brian Bercusson*, ETUI, 2009.
- VIGNEAU C., *Le droit à l'action collective à l'épreuve des libertés économiques du Traité : la hiérarchisation des droits « fondamentaux » dans l'ordre juridique communautaire*, in *La semaine juridique*, Ed. gén., n. 13, 26 mars 2008).
- VILLANI U., *L'azione comunitaria in materia di diritto internazionale privato*, RDE, 1981.
- VILLANI U., *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, Bari, 2000.
- VIMERCATI A. (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertá economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci, Bari, 2009.
- WATT H., *Aspects Econmiques du droit international privé, Recueil Des Cours. Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, 307, 2004. pp. 25-384.
- WHATSON P., *Social Security Law of the European Communities*, Mansell Publishing, London, 1980.