



DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEL LAVORO  
EUROPEO  
(XXII CICLO)  
2007-2010

Università degli Studi di Catania

---

ELISA SACCÀ

**LA CIRCOLAZIONE DELLE IMPRESE NELL'UE  
MOBILITÀ DEL LAVORO E DIRITTI COLLETTIVI**

**FREE MOVEMENT OF ENTERPRISES IN THE EU  
MOBILITY OF WORK AND COLLECTIVE RIGHTS**

Tesi per il conseguimento del titolo di Dottore di Ricerca

Tutor

Chiar.mo Prof. Giancarlo Ricci

Coordinatore

Chiar.mo Prof. Sebastiano Bruno Caruso

---

Seminario Giuridico, Catania 2010

## **LA CIRCOLAZIONE DELLE IMPRESE NELL'UE. MOBILITÀ DEL LAVORO E DIRITTI COLLETTIVI**

### **Sommario**

Abstract.....	5 -
Premessa .....	8 -
PARTE PRIMA – LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DELLE IMPRESE E IL DIRITTO DEL LAVORO: PERCORSI D'INDAGINE.....	13 -
1. Ordinamento sovranazionale e ordinamento nazionale: il “diritto” alla circolazione e i diritti del lavoro .....	13 -
2. Il diritto del lavoro come “merce”: la concorrenza tra ordinamenti giuridici.....	26 -
3. Le teorie economiche, l'impresa frazionata e la mobilità transnazionale dei lavoratori .....	33 -
4. Globalizzazione economica, integrazione comunitaria e globalizzazione dei diritti .....	45 -
PARTE SECONDA – LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DELLE IMPRESE NEI TESTI FONDAMENTALI DELL'ORDINAMENTO DELL'UE E NEL DIRITTO COMUNITARIO DERIVATO .....	54 -
1. Le libertà di circolazione nei Trattati e la circolazione dell'impresa nel mercato interno.....	54 -
1.1 Le libertà di circolazione e i modelli di integrazione eurunitaria -	65 -
-	
1.1.1 Incidenza sul livello di integrazione comunitaria dei modelli di decisione della CGUE sulle libertà fondamentali .....	66 -
1.1.2 Modelli di decisione della Corte di Giustizia sulle libertà fondamentali e prospettive teoriche .....	70 -
1.1.3 Verso un modello di decisione unitario per tutte le libertà fondamentali? .....	77 -
1.2 La libertà di stabilimento .....	83 -
1.2.1 Lo stabilimento: cifra caratterizzante dell'ottica di “lungo periodo” .....	83 -
1.2.2 Delocalizzazione giuridica, stabilimento fittizio e uso (abuso) della libertà di prestazione di servizi.....	87 -

1.2.3 Equilibri ed equilibrismi tra diritto di stabilimento, normativa lavoristica applicabile e circolazione dei merci.....	- 96 -
1.2.4 Stabilimento e delocalizzazione produttiva intracomunitaria	- 100 -
-	
1.3. La libertà di prestazione dei servizi.....	- 109 -
1.3.1 La libertà di prestazione dei servizi: dalla “residualità” dei Trattati, alla “centralità” nel mercato interno .....	- 109 -
1.3.2 La libertà di prestazione dei servizi nel diritto vivente: il paradigma della non discriminazione .....	- 112 -
1.3.3 Segue...la dottrina degli ostacoli.....	- 117 -
1.4 Prestazioni di servizi labour intensive e libera circolazione dei lavoratori .....	- 125 -
1.4.1 Le conseguenze giuridiche della distinzione tra mobilità verso l'impiego e mobilità nell'impiego.....	- 128 -
1.4.2 Rush Portuguesa e la sottrazione del distacco alla mobilità del lavoro .....	- 132 -
1.5 Il confine mobile tra stabilimento e servizi .....	- 142 -
1.5.1 La ratio della distinzione.....	- 142 -
1.5.2 La potestà regolativa dell'host state nei servizi e nello stabilimento .....	- 144 -
1.5.3 Gli indici distintivi.....	- 149 -
1.6 L'efficacia orizzontale degli articoli 56 TFUE e 49 TFUE ....	- 154 -
1.7 La Corte di Giustizia e il “distacco”: la giurisprudenza precede la direttiva .....	- 163 -
1.7.1 La giurisprudenza sui contributi previdenziali.....	- 164 -
1.7.2 La giurisprudenza in materia di retribuzione .....	- 169 -
1.7.3 La legittimità ad invocare la tutela dal dumping sociale tra le esigenze imperative.....	- 172 -
1.7.4 La giurisprudenza sulla contrattazione collettiva .....	- 173 -
1.7.5 La giurisprudenza sul regime di autorizzazioni e sui controlli.....	- 174 -
2. La circolazione delle imprese nel diritto secondario.....	- 178 -
2. 1 La direttiva sul distacco .....	- 180 -
2.1.1 Osservazioni preliminari.....	- 180 -
2.1.2 Campo di applicazione e nozioni.....	- 181 -
2.1.3 Le finalità della direttiva e la nota stonata della base giuridica .....	- 192 -
2.1.4 La direttiva nel quadro delle fonti di diritto internazionale privato .....	- 198 -
2.1.6 L'apparato di tutele della direttiva.....	- 204 -
2.1.7 Le indicazioni esegetiche della Commissione.....	- 207 -

2.1.8 La Corte di Giustizia e la funzionalizzazione della direttiva al mercato interno .....	212 -
2.1.8.1 Interpretazione “minimalista” vs. parità di trattamento...-	216 -
2.1.8.2 La contrattazione collettiva.....-	219 -
2.1.8.3 Il limite dell’ordine pubblico tra ordine pubblico interno e ordine pubblico “dell’UE” .....	223 -
2.1.8.4 Autorizzazioni, controlli e tenuta dei documenti.....-	227 -
2.2 Dalla Bolkestein alla direttiva sui servizi nel mercato interno-	229 -
PARTE TERZA – IL CONFLITTO TRA DIRITTI COLLETTIVI E LIBERTÀ ECONOMICHE FONDAMENTALI .....	232 -
1. I diritti collettivi e le libertà economiche: interazioni e conflitti -	232 -
-	
2. La Corte di Giustizia “prende sul serio” i diritti fondamentali?.-	238 -
-	
3.Focus sul Caso Laval.....-	246 -
3.1 I fatti della causa .....	246 -
3.2 Il diritto fondamentale di intraprendere un’azione collettiva rientra nell’ambito di applicazione del Trattato? .....	251 -
3.3 Le reazioni “europee” alle decisioni Laval, Viking, Ruffert e Commissione contro Lussemburgo .....	253 -
3.4 Il modello di relazioni industriali svedesi nel mirino della Corte di Giustizia .....	258 -
3.5 La responsabilità risarcitoria dei sindacati per il danno “da sciopero” .....	263 -
Considerazioni conclusive.....-	271 -
Bibliografia .....	275 -
Documenti delle istituzioni dell’UE .....	286 -

## Abstract

La ricerca sviluppa un nuovo aspetto del complesso rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro, soffermandosi sui profili di collisione e sovrapposizione tra libertà di circolazione dell'impresa e diritto del lavoro. L'interesse per la materia è recentemente lievitato da quando il giudice dell'Unione Europea ha segnato il punto di equilibrio tra le libertà di circolazione vantate dalle imprese, da un lato, e le libertà e i diritti collettivi, di sciopero e di contrattazione, dall'altro.

L'idea di fondo dalla quale si muove è che esiste un filo concettuale invisibile che avvince le molteplici esteriorizzazioni del fenomeno della circolazione delle imprese nell'ordinamento dell'Unione. Detto legame può individuarsi nella volontà dell'impresa di sottrarsi ad un diritto del lavoro considerato "ingombrante" nonché nell'interesse a ridurre, in maniera determinante, i costi da sostenere per il fattore lavoro.

Tra le poliedriche e poliformi immagini della vicenda economica della circolazione delle imprese vengono considerate, in particolare, due macromanifestazioni: la delocalizzazione produttiva e la prestazione di servizi (cd.) *labour intensive*. L'ordinamento sovranazionale europeo ha concesso alle imprese di tutelare il loro "diritto" alla circolazione avvalendosi delle disposizioni relative alle libertà fondamentali - la libertà di prestazione dei servizi ex articolo 56 TFUE e la libertà di stabilimento ex articolo 49 TFUE. Entrambe le modalità di circolazione sono suscettibili di produrre effetti e, in certa misura, collidere con il diritto del lavoro, vuoi per la compressione delle tutele di alcuni lavoratori che, pur operando in un dato ordinamento nazionale, sono sottratti alla sua regolazione lavoristica (i distaccati), vuoi per gli effetti indiretti che la paventata mobilità può indurre negli ordinamenti interni, vuoi infine per i limiti e le restrizioni opposte all'esercizio dei diritti collettivi attivati per contrastare il progetto di circolazione.

Il lavoro si articola dunque in tre parti: la prima che prospetta i possibili percorsi d'indagine ed i presupposti teorici che costituiscono lo scenario nel quale la tematica della libera circolazione delle imprese va inserita, la seconda che indaga la natura delle libertà fondamentali e la loro attuazione giurisprudenziale, nonché l'apporto ricostruttivo del diritto derivato, e la terza avente ad oggetto le restrizioni opponibili al

diritto di sciopero, il più acro esito del conflitto tra libera circolazione delle imprese e diritto del lavoro. In particolare, il fulcro di questa sezione del lavoro è costituito dall'accertamento degli effetti indotti nel sistema giuridico svedese da uno dei casi giurisprudenziali più discutibili, il caso Laval, che può fondare timori di dumping sociale nel territorio europeo e di destabilizzazione dei modelli di relazioni industriali.

Il percorso, condotto attraverso il confronto con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, addivene alla conclusione della non indefettibilità degli esiti dell'attuale temperamento tra circolazione e diritto del lavoro e alla preconizzazione di una alternativa che valorizzi le tutele dei lavoratori e non si sostanzi in un pregiudizio per gli stessi.

### **Free movement of enterprises in the EU. Mobility of work and collective rights**

The thesis develops a new aspect of the relationship between economic freedoms and labour law. The central aim is to analyse the impact that the movement of enterprises produces in the labour law of the sending and receiving countries when enterprises decide to move within the European Union. A number of cases submitted to the Court of Justice of the European Union, have aroused interest in the subject. The most important issue in these cases was the power of a Trade Union to introduce collective action to contrast an enterprise's decision to move.

The fundamental idea behind the research is that each enterprise movement modality can be treated as a single unit because enterprises that decide to move will find, in all the cases considered, certain advantages in choosing this management policy, in terms of a reduction in labour costs and submission to labour legislation. I focus on two kinds of enterprise mobility: the delocalization of production and the provision of labour-intensive services. The freedom of movement of enterprises has been recognized by the Court of Justice of the EU by Articles 49 and 56 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

Both these situations may affect labour law and in some ways may contrast with labour rights. They may mean that a group of workers is not protected by the legislation of the State in which the enterprise supplies its activity, as happens in the case of posting; they can also indirectly affect a national labour system due to the threat of delocalization of production; and finally, they can involve limits and restrictions to the right to strike.

The research is divided into three parts: the first describes the scenario in which freedom of movement for enterprises should be inserted; the second evaluates the nature of the “right” to move, taking into account the case law of the Court of Justice regarding the fundamental freedoms and regulations provided by EU directives; and the third focuses on the restrictions to the right to strike, the most strident aspect of the conflict between the free movement of enterprises and labour law. Specifically, the fulcrum of the analysis is the study of the effects produced by one of the most discussed cases brought before the CJEU, the Laval Case, on the Swedish legal system. It seems that this case can concretely contribute to fears of social dumping and the destabilization of models of industrial relations.

A comparison with the fundamental principles of the European Union has led to the conclusion that the results of the current balance between free movement of enterprises and labour law are not inevitable, and an alternative approach is thus suggested to enhance worker protection so as to overcome the current approach, which is detrimental to the workforce.

## Premessa

Nel presentare una ricerca di diritto del lavoro è opportuno accennare brevemente alle ragioni a fondamento della scelta di indossare la lente della “*circolazione dell’impresa nel mercato interno*” per osservare le tutele dei lavoratori europei.

L’idea di fondo dalla quale muove il presente lavoro è che esiste un filo concettuale invisibile che avvince le molteplici esteriorizzazioni del fenomeno della circolazione delle imprese nell’ordinamento dell’Unione. Detto legame può individuarsi nella volontà dell’impresa di sottrarsi ad un diritto del lavoro considerato “ingombrante” nonché nell’interesse a ridurre, in maniera determinante, i costi da sostenere per il fattore lavoro.

Tra queste poliedriche e poliformi immagini della vicenda economica della circolazione delle imprese verranno considerate in particolare due macromanifestazioni: la delocalizzazione produttiva e la prestazione di servizi (cd.) *labour intensive*.

La delocalizzazione produttiva si atteggia quale spostamento degli stabilimenti di produzione dell’impresa rete all’estero, con conseguente indebolimento del tessuto produttivo del paese di provenienza. Si tratta di una attività finalizzata alla riduzione del costo del lavoro nella produzione di beni successivamente riacquistati dall’impresa madre perché destinati al mercato dal quale si è partiti. La sua premessa è una tutela “forte” della libertà di circolazione delle merci, incentrata sul mutuo riconoscimento.

La prestazione di servizi *labour intensive* concerne, invece, quella particolare categoria di attività in cui è prevalente il fattore lavoro rispetto alle strutture e alla strumentazione e il cui esercizio implica una mobilità transnazionale dei lavoratori.

Entrambi i casi rivelano la sussistenza di uno spostamento “materiale” dell’impresa: nella delocalizzazione produttiva tale spostamento si manifesta in maniera palese, nella prestazione di servizi *labour intensive* è, all’opposto, occulto, poiché integrato dallo spostamento del servizio e, conseguentemente, dei lavoratori deputati a prestarlo. Ciò si spiega in ragione della sostanziale coincidenza tra l’impresa e la prestazione di



servizi stessa: in relazione alla particolare categoria di servizi descritti, infatti, l'attività d'impresa si concretizza nella mera organizzazione e direzione delle prestazioni lavorative.

Esiste poi una ipotesi intermedia di cui occorre tener conto in cui si configura un duplice spostamento: il primo, meramente fittizio, della sede dell'impresa, finalizzato ad ottenere la localizzazione giuridica ritenuta più vantaggiosa, e l'altro, "materiale", dei lavoratori.

Il primo spostamento è dettato dall'esigenza di porre le premesse per il conseguimento del fine di ridurre i costi: infatti, la convenienza di una operazione circolatoria nella sua versione di circolazione del servizio sussiste soltanto ove, al di fuori del paese di stabilimento, questo possa essere prestato alle medesime condizioni prescritte al suo interno. Il che equivale a dire che il costo del servizio dovrà essere fissato *una tantum* dalle norme del paese di stabilimento e circolerà su tutto il territorio comunitario alle medesime condizioni.

Orbene, le macromanifestazioni della circolazione dell'impresa sono suscettibili di produrre effetti e, in certa misura, collidere con il diritto del lavoro, vuoi per la compressione delle tutele di alcuni lavoratori che, pur operando in un dato ordinamento nazionale, sono sottratti alla sua regolazione lavoristica (i distaccati), vuoi per gli effetti indiretti che la paventata mobilità può indurre negli ordinamenti interni, vuoi infine per i limiti e le restrizioni opposte all'esercizio dei diritti collettivi attivati per contrastare il progetto di circolazione.

L'interesse per la materia, infine, si è recentemente accresciuto da quando il giudice dell'Unione Europea ha segnato il punto di equilibrio tra le libertà di circolazione vantate dalle imprese, da un lato, e le libertà e i diritti collettivi, di sciopero e di contrattazione, dall'altro. La verifica di queste controversie chiarisce il rinnovato interesse che riveste per gli studiosi di diritto del lavoro lo scandagliamento dei nodi teorici attinenti al rapporto tra libertà di circolazione dell'impresa e diritto del lavoro.

Si tratta, peraltro, di una analisi non confinata ad un ambito di interesse strettamente scientifico ma che si pone all'ordine del giorno del

dibattito interno ai sindacati<sup>1</sup> nazionali ed europei e la cui soluzione costituisce fattore determinante delle stesse scelte di voto dei cittadini comunitari<sup>2</sup>.

La questione della circolazione delle imprese dunque, pur non essendo problematica direttamente lavoristica, lo è in termini negativi attesa l'inevitabile frizione con le tutele previste dagli ordinamenti del lavoro.

---

<sup>1</sup> La Confederazione Europea dei Sindacati (CES), infatti, in occasione delle elezioni del Parlamento Europeo del giugno 2009 ha lanciato un appello al voto offrendo il sostegno dei sindacati soltanto a quei partiti che si facessero portatori del manifesto da essi redatto, il cui spunto iniziale è proprio dato dal portato dei *decisa* della CGUE. Il primo punto del manifesto citato specifica che - a parere della CES - ogni programma politico dovrebbe farsi carico nelle sedi istituzionali di predisporre "Azioni per rafforzare i diritti sindacali e dei lavoratori adottando un Protocollo sul progresso sociale ed una revisione della direttiva sul distacco dei lavoratori, al fine di correggere le recenti sentenze della CGE (Laval, Viking, Rüffert, Luxemburg). Queste azioni sono necessarie per ripristinare i nostri diritti fondamentali sulla libera circolazione della manodopera e dei servizi. I candidati che rifiutano questo, non meritano alcun sostegno da parte dei sindacati." Il manifesto della CES può essere consultato al sito internet <http://www.fpcgil.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/10734>.

Il Parlamento Europeo, in realtà, aveva, già in precedenza, manifestato la propria sensibilità nei confronti della tematica in oggetto con l'adozione della Risoluzione del 22 ottobre 2008 sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea (2008/2085(INI)), consultabile al sito del Parlamento Europeo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0513+0+DOC+XML+V0//IT> in cui il Parlamento "sottolinea che la libertà di fornire servizi non è in contrasto né è di rango superiore rispetto al diritto fondamentale delle parti sociali di promuovere il dialogo sociale, in particolare visto che si tratta di un diritto costituzionale sancito in vari Stati membri" e ciò vale anche per il "diritto dei sindacati di intraprendere azioni di lotta".

<sup>2</sup> PALLINI, M., *La direttiva Bolkestein non ha peccati se non... l'ignavia*, in *Biblioteca della libertà*, n. 186, 2007, p. 108 afferma in riferimento alle percezioni dei cittadini sul rapporto tra libertà economiche e questioni sociali che "Non ci si può stupire se si verificano crisi di rigetto - come il voto contrario francese e olandese al Trattato costituzionale europeo o le manifestazioni sindacali avverso l'idraulico polacco - se l'unione Europea si astiene dal dar conto della natura strumentale della liberalizzazione dei mercati rispetto al fine ultimo di realizzare un nuovo sistema di benessere e protezione sociale dai contorni quantomeno tratteggiati e - conseguentemente - dal farsi carico di governare le criticità sociali che la transizione dal vecchio al nuovo inevitabilmente genera." Ma in senso analogo vedi anche CONSIGLIO, N., *Sull'abuso della libertà di circolazione delle imprese e sulla competenza della corte di giustizia CE in materia sindacale in Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10, 2007, p. 971

L'ordinamento sovranazionale europeo, infatti, ha riconosciuto alle imprese il "diritto" alla circolazione, concedendo loro di avvalersi delle libertà fondamentali tutelate nei trattati - la libertà di prestazione dei servizi ex articolo 56 TFUE e la libertà di stabilimento ex articolo 49 TFUE - forzando, talvolta, il contenuto delle disposizioni.

La Corte di Giustizia, poi, si è resa l'interprete principale delle istanze di mobilità delle imprese contribuendo con la propria giurisprudenza al rinvigorismento del corrispondente diritto e rendendo sempre più "appetibile" per gli imprenditori comunitari l'elaborazione di progetti di mobilità.

La stratificazione dell'attività ermeneutica del giudice sovranazionale ha creato, di fatto, uno specifico statuto giuridico per l'impresa in mobilità intracomunitaria. In questo scenario si è rivelata fondamentale quella dottrina favorevole all'abbattimento delle barriere all'interno del mercato unico che ha concesso alle imprese disposte alla circolazione di fruire di vantaggi che all'impresa interna sono interdetti.

La circolazione delle imprese è in questo lavoro osservata per il disegno economico che la contraddistingue e che sostanzialmente riflette un'operazione di esternalizzazione internazionale: dapprima la delocalizzazione all'estero, poi la riacquisizione del bene da parte dell'impresa, o attraverso la vendita di prodotti "*low cost*" o attraverso l'esportazione di prestazioni di servizi a costo inferiore. La deterritorializzazione e la dematerializzazione dell'impresa divengono quindi le premesse da cui partire nell'esaminare la circolazione delle imprese.

Il lavoro si articola in tre parti: la prima prospetta i possibili percorsi d'indagine ed i presupposti teorici che costituiscono lo sfondo nel quale la tematica della libera circolazione delle imprese va inserita, la seconda indaga natura delle libertà fondamentali e loro attuazione giurisprudenziale nonché l'apporto ricostruttivo del diritto derivato e la terza avente ad oggetto le restrizioni opponibili al diritto di sciopero, il più acuto esito del conflitto tra libera circolazione delle imprese e diritto del lavoro.

L'obiettivo primario che si è prefissato è l'esatta individuazione dei profili di collisione e sovrapposizione tra libertà economica dell'impresa

e tutele. Numerose sono infatti le problematiche giuridiche propriamente lavoristiche che discendono dal riconoscimento comunitario della libertà di circolazione alle imprese. Paradigmatiche, le questioni in merito alla possibilità di ravvisare nel sistema giuridico europeo taluni riferimenti normativi utili a fondare il potere dei lavoratori di esercitare una forma di controllo sociale su gli spostamenti delle imprese contraddistinti da una finalità elusiva di sottrarsi alla normativa lavoristica applicabile; le questioni attinenti alla determinazione dello Stato che possa legittimamente avanzare potestà regolativa sulle situazioni di distacco transnazionale e sul livello di tutela da assicurare ai lavoratori in mobilità, e quelle relative ai margini di esercizio dei diritti collettivi a fronte di tale mobilità. È evidente che l'indagine non può in alcun modo prescindere dall'esame della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle libertà fondamentali, con l'intento di verificarne l'univocità di lettura, nonché dalla valutazione dell'esegesi, discutibilmente proposta dalla stessa Corte, dello strumento di diritto comunitario derivato destinato a proteggere i lavoratori coinvolti nella circolazione dell'impresa, ossia la direttiva sul distacco<sup>3</sup>. Infine, l'attenzione è concentrata sul bilanciamento di interessi tra diritti collettivi e libertà di circolazione delle imprese con particolare riguardo al metodo di scrutinio adottato dalla Corte. In particolare, il fulcro del lavoro è costituito dall'accertamento degli effetti prodotti sul piano nazionale da uno dei casi giuridici che maggiormente hanno fatto discutere, il caso *Laval*.

Il percorso che si intraprende vuole in conclusione confrontarsi con i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario con lo scopo di verificare l'effettiva indefettibilità degli esiti dell'attuale equilibrio tra circolazione e diritto del lavoro e che si sostanzia in un pregiudizio per le tutele dei lavoratori.

---

<sup>3</sup> Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. Gazzetta ufficiale n. L 018 del 21/01/1997 pag. 0001 - 0006

## **PARTE PRIMA – LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DELLE IMPRESE E IL DIRITTO DEL LAVORO: PERCORSI D'INDAGINE**

SOMMARIO: 1. Ordinamento sovranazionale e ordinamento nazionale: il “diritto” alla libera circolazione e i diritti del lavoro -2. - Il diritto del lavoro come “merce”: la concorrenza tra ordinamenti giuridici -3.- Le teorie economiche, l'impresa frazionata e la mobilità transnazionale dei lavoratori - 4 - Globalizzazione economica, integrazione comunitaria e globalizzazione dei diritti

### *1. Ordinamento sovranazionale e ordinamento nazionale: il “diritto” alla circolazione e i diritti del lavoro*

Il mero riconoscimento di un diritto alla circolazione delle imprese non sarebbe stato *ex se* sufficiente ad incidere sui diritti dei lavoratori europei: vi sono, infatti, delle indispensabili premesse teoriche e giuridiche di cui occorre dar conto per spiegare l'impatto della circolazione dell'impresa sui diritti del lavoro nazionali. Detti presupposti sono individuati e analizzati in questa prima parte benché se ne tenga conto nell'intera evoluzione dell'elaborato.

Va in primo luogo segnalata la supremazia della fonte in cui trovano tutela le libertà di circolazione, laddove, invece, non si è spostata sul piano sovranazionale la tutela del lavoro, ma anche la mancata preparazione politica di un progetto costituzionale quale l'ultimo allargamento, il terreno per innescare dei meccanismi di competizione regolativa tra ordinamenti. Le presenti considerazioni vanno poi inserite in uno scenario teorico in cui sono mutati i rapporti tra economia e diritto, e la stessa idea di impresa.

Premesso che ha senso occuparsi di diritto alla circolazione dell'impresa – e dunque si giustifica un interesse della dottrina lavorista – in quanto si accerti che i principi reggenti la materia siano dotati di una forza tale da renderli capaci di contrapporsi ai diritti tradizionalmente

riconosciuti ai lavoratori, ne va pertanto reciprocamente ponderato il “peso”.

Il punto cruciale che ci si accinge ad affrontare è dunque la valutazione dei margini di un conflitto tra libertà economiche e diritti dei lavoratori nell'ordinamento dell'Unione Europea.

Volgendo lo sguardo al nostro ordinamento nazionale, ci si avvede che il conflitto tra ragioni del lavoro e ragioni economiche ha trovato una espressa soluzione nella Carta Costituzionale, che, pur tutelando la libertà di iniziativa economica, vieta che questa libertà possa svolgersi “*in contrasto con l'utilità sociale o recar danno a libertà, sicurezza e dignità dei lavoratori*”.

Nell'impianto costituzionale la libertà di iniziativa economica non è concepita come diritto insuscettibile di bilanciamento ma all'opposto, lo stesso articolo che la prevede, la comprime. L'articolo 41, al suo secondo comma, infatti, ne enuncia immediatamente i limiti: l'utilità sociale, la libertà, la sicurezza e la dignità dei lavoratori<sup>4</sup>. La norma propone un chiaro assetto di interessi: le scelte datoriali sono legittime fino a che non contrastino con valori generali e personalistici.

Non si tratta, dunque, di non riconoscere al datore di lavoro il potere di assumere determinazioni in ordine alla località in cui debba svolgersi l'attività produttiva, quanto piuttosto di sottoporre a controllo tali scelte, in guisa da renderle conformi all'esigenze collettive – quali potrebbero essere quelle relative allo sviluppo di un certo territorio – e individuali – quali potrebbero essere quelle di una migliore retribuzione o della conservazione del posto – o infine collettive. L'esercizio delle azioni collettive andrebbero anch'esse ricondotte a quella “libertà”, di cui l'articolo 41 impone il rispetto.

Anzi, v'è di più, sul piano nazionale all'autonomia dei lavoratori viene riconosciuta una importante funzione sociale, quella di poter creare un nuovo assetto di poteri nell'impresa e rendere perciò l'impresa più democratica; dunque, in conclusione, i diritti collettivi e i diritti delle imprese non sono pari ordinati ma si sancisce la superiorità dei primi.

---

<sup>4</sup> Sul bilanciamento di interessi costituzionali tra diritti sociali e diritti economici si veda l'accurata analisi di ANDREONI, A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006.

È giunto il momento di volgere lo sguardo all'ordinamento dell'UE, nel quale le premesse di questo bilanciamento si presentano diverse per l'interazione di diversi fattori, decisivi per la soluzione di tale conflitto.

Possiamo sin d'ora elencarne almeno quattro:

1. L'assenza di una Costituzione
2. L'esistenza nei trattati di libertà di circolazione pressoché incondizionate;
3. L'assenza di *self-restraint* della Corte di Giustizia;
4. Un rapporto tra ordinamenti che pone sempre in una condizione di inferiorità il diritto nazionale degli stati rispetto al diritto comunitario.

1. Affermare all'indomani dell'adozione del Trattato di Lisbona che manchi una Costituzione potrebbe apparire un'eresia. L'entrata in vigore del Trattato ha, infatti, finalmente portato con sé il riconoscimento della più ampia efficacia alla Carta di Nizza<sup>5</sup>, benché essa in verità riusciva ad esplicare il suo ruolo di Carta dei diritti dell'Unione<sup>6</sup> anche in assenza di un riconoscimento formale; ciò potrebbe svolgere un innegabile impatto nel bilanciamento tra libertà economiche e diritti dei lavoratori, che non si intende disconoscere.

L'espressione va piuttosto intesa come mancanza di un compromesso storico sui valori che renda chiara la gerarchia prescelta.

Ciò è ben messo in luce dal percorso argomentativo seguito dalla Corte di Giustizia nei casi *Laval*<sup>7</sup> e *Viking*<sup>8</sup>, in cui il rinvio alla Carta non stato

---

<sup>5</sup> Sulla quale si veda CARUSO, B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT - 81/2010, o anche per l'effetto del complessivo mutamento istituzionale ALAIMO, A., CARUSO, B., *Dalla politica ai diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT - 82/2010

<sup>6</sup> CARUSO, B., MILITELLO, M., *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, III, 2009, p. 147

<sup>7</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet e altri*, in *Racc.* 2007, pag. I-11767)

<sup>8</sup> Sentenza *Viking*, Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, in *Racc.* 2007, pag. I-10779

sufficiente a fondare una decisione favorevole ai lavoratori, al punto di permettere alla Corte di sviluppare un ragionamento giuridico in cui si agisce *tanquam non esset*, come se la Carta non ci fosse<sup>9</sup>. Valgano per ora solo queste brevi considerazioni di inquadramento, rinviando per l'approfondita analisi del bilanciamento all'esame delle pronunce contenuta in parte terza.

Nel dettaglio, i diritti sociali fondamentali hanno acquisito visibilità sul piano comunitario solo recentemente<sup>10</sup> e per i diritti collettivi permane l'esclusione dall'elenco delle competenze comunitarie, ai sensi dell'articolo 137 c. 5 TCE. La tutela è dunque rimessa all'ordinamento nazionale secondo le caratteristiche dei singoli sistemi di relazioni industriali.

La negazione di un potere di intervento diretto da parte del legislatore comunitario non priva l'Unione del potere di incidere su di essi in termini di integrazione negativa, ossia ove essi vengano a rilevanza quale limite ad una libertà di carattere comunitario.

Questa accezione dell'esclusione di competenze ha per i diritti sociali collettivi effetti unicamente sfavorevoli, dal momento che essi sono chiamati a confrontarsi con diritti tutelati sul piano comunitario senza poter essere a loro volta oggetto di tutela.

2. Nell'assenza di una chiara prospettiva assiologica di sistema, vi è invece un riconoscimento quanto mai ampio delle libertà di circolazione,

---

<sup>9</sup> Cfr. LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero ai tempi della libera circolazione*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2, 2009

<sup>10</sup> In effetti la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha affermato la propria competenza a decidere sui diritti fondamentali dei cittadini comunitari già nel 1969 con il *leading case Stauder*, ma l'Unione Europea è rimasta per lungo tempo priva di un catalogo di diritti. Questo gap è stato parzialmente colmato dall'adozione della Carta dei Diritti Fondamentali, proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000 e recentemente riproclamata nel dicembre 2007. La Carta, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona avvenuta il primo dicembre 2009, costituisce documento giuridicamente vincolante; eppure anche in precedenza, in un contesto di assenza di una formale efficacia giuridica vincolante, essa era già suscettibile di produrre taluni effetti giuridici. Su questo aspetto si veda il saggio di B. CARUSO e M. MILITELLO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, fasc. 2, pp.147 e ss.



che ben si addice ad un'istituzione nata con la volontà di fondare un mercato unico.

I testi fondamentali di questo ordinamento, i Trattati, erano originariamente modellati per gli operatori economici, i successivi mutamenti istituzionali hanno sottratto terreno a questa configurazione economicista, senza mai giungere ad un radicale sovvertimento della sua costruzione. Vi è stato un affiancamento di altre funzioni che oggi, a seguito di Lisbona, possono dirsi pariordinate<sup>11</sup>, quali il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini comunitari, ma esse sono in ogni caso più giovani rispetto alle consolidate libertà di circolazione.

Nello specifico, l'ordinamento sopranazionale tutela in maniera piuttosto decisa le libertà di circolazione dei fattori della produzione e dell'impresa, nella sua veste di organizzazione di diversi fattori produttivi. Tali libertà trovano fonte nei trattati e sono rafforzate dalla costante attività interpretativa della Corte di Giustizia<sup>12</sup>.

A fondamento di questa prospettiva di favore, il fatto che la liberalizzazione degli scambi costituisce un fondamentale tassello per la creazione del mercato interno<sup>13</sup>. Inoltre, essa è il riflesso della particolare prospettiva teorica che ha fatto da sfondo alla nascita della Comunità Europea: la teoria funzionalista<sup>14</sup>, giusta la quale al miglioramento del mercato interno sarebbe seguito un sincronico incremento della coesione sul territorio comunitario e, in una prospettiva di lungo periodo, una solida base per l'integrazione di carattere politico e culturale.

---

<sup>11</sup> ALAIMO, A., CARUSO, B., *Dalla politica ai diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 82/2010, *op. cit.*

<sup>12</sup> In particolare, ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?* in *Services and Free Movement in EU Law*, ANDENAS, M. E ROTH, W (a cura di), Oxford University Press, 2004, ravvede la principale ragione per cui si è avuto il mutamento di giurisprudenza sulla libera prestazione dei servizi con superamento del principio di non discriminazione nell'abbandono del "restraint" giudiziale in materia di efficacia diretta, p. 4

<sup>13</sup> Il progetto di completamento del mercato interno risale al libro bianco di Jacques Delors, cfr. il Libro bianco della Commissione sul completamento del mercato interno del 14 giugno 1985 COM (85) 310.

<sup>14</sup> Per delineare i contorni delle possibili opzioni teoriche in materia di integrazione europea sia consentito rinviare a LO FARO, A., *Integrazione Europea in Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, BAYLOS GRAU, A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S. (a cura di), Bologna, 1996, pp. 53 e ss.

A tutt'oggi, dunque, obiettivo primario dell'Unione permane il mantenimento di un ambiente concorrenziale, da attuare mediante la rimozione di ogni tipologia di provvedimenti o atti che possano costituire ostacolo alla libertà di concorrenza.

3. La Corte di Giustizia ha preso molto sul serio la propria funzione di custode dei trattati, di fatto, proponendo una certa idea di integrazione mediante i modelli di decisione sulle libertà fondamentali, sulla quale si avrà modo di soffermarsi a riflettere. Ha, così, imposto agli stati membri la rimozione di tutte le barriere all'ingresso al mercato, siano esse discriminatorie o no. La dottrina degli ostacoli ha sacrificato le normative nazionali sull'altare del rafforzamento del mercato interno e, in tal senso, spesso non si è mossa con cautela e non ha mostrato osservanza per il rispetto della sfera di discrezionalità che dovrebbe spettare agli Stati membri. Non soltanto dunque il silenzio sulla gerarchia di valori ma una critica che attiene piuttosto all'ampiezza e alle modalità di esercizio della giurisdizione<sup>15</sup>.

La Corte avoca a sé il potere di bilanciare ragioni economiche e del lavoro; un bilanciamento che è suscettibile di rimettere in discussione i risultati cui si era pervenuti sul piano nazionale<sup>16</sup>. In passato, l'alterazione del bilanciamento cui oggi assistiamo in relazione alla tematica dei servizi e dello stabilimento si era già manifestato nei casi relativi alla circolazione delle merci<sup>17</sup>, ma in maniera molto meno netta, dal momento che la Corte si era astenuta dall'affermare l'efficacia orizzontale della disposizione.

4. Ad ogni modo, l'elemento di maggiore interesse e che verrà riservato interamente all'esame in questa sede è il rapporto che l'ordinamento dell'UE istaura con le fonti nazionali.

---

<sup>15</sup> In tal senso espressamente BERCUSSON, B., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, *ERA Forum*, vol. 10, n. 1, 2009, p. 102

<sup>16</sup> In tal senso, cfr. GOTTARDI, D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, relazione presentata alle Giornate di studio Aidlass, Parma, 4 – 5 giugno 2010, attualmente consultabile on line su [www.aidlass.org/attivita/2010/gottardi%20relazione%20aidlass.doc](http://www.aidlass.org/attivita/2010/gottardi%20relazione%20aidlass.doc), p. 52, BALLESTRERO, M.V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT - 55/2007, attualmente consultabile on line su [http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/ballestrero\\_n54-2007int.pdf](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/ballestrero_n54-2007int.pdf), p. 18

<sup>17</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 luglio 1974, C – 8/74, *Benoit et Gustave Dassonville*, pubblicata in *Racc.* 1974, pp. 837 e ss.

Questo è probabilmente uno dei profili più rilevanti nella decisione dei casi che si sono in precedenza citati. Il conflitto sorto tra diritti sindacali e libertà di iniziativa economica trova la sua spiegazione nell'intreccio di rapporti tra i due ordinamenti – nazionale e sovranazionale – che in virtù del principio di primato del diritto comunitario<sup>18</sup> sul diritto nazionale e in ragione del riconoscimento nei trattati - il gradino più alto del sistema delle fonti comunitarie - della libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento, importa la superiorità di tali principi sui diritti fondamentali dei lavoratori, riconosciuti dalla Costituzione.

D'un canto l'ordinamento sovranazionale europeo è in grado di produrre diritto con efficacia vincolante per i cittadini degli Stati membri, senza alcuna interposizione di normative statali di ricezione, dall'altro, anche in assenza di legislazione secondaria, il semplice riconoscimento nei trattati di un diritto alla circolazione dell'impresa di derivazione comunitaria potrebbe essere immediatamente vincolante per tutti i cittadini dell'Unione ove si affermi l'efficacia diretta ed orizzontale della disposizione a suo fondamento.

La preminente collocazione all'interno del sistema delle fonti del diritto comunitario potrebbe per questa ragione scalzare i diritti sanciti nelle Costituzioni nazionali<sup>19</sup>. Dunque, il semplice fatto che queste libertà

---

<sup>18</sup> Il principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale è stato affermato per la prima volta dalla Corte di Giustizia nel 1964 con la sentenza *Costa c. ENEL* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa c. l'E.N.E.L.*, in *Racc.* 1964, p. 1129). Tale principio rappresenta uno dei due pilastri su cui poggia la teoria del rapporto tra ordinamento giuridico comunitario ed ordinamenti giuridici degli stati membri; l'altro pilastro è, invece, l'applicabilità diretta, affermata per la prima volta con la sentenza *Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos e Amministrazione Olandese delle Imposte* in *Racc.*, 1963, p. 3). L'interazione tra questi due principi ha permesso di garantire al diritto comunitario l'assoluta prevalenza sul diritto degli Stati membri, sia antecedente che successivo e di affermarne la "giustiziabilità".

<sup>19</sup> Su questo punto è opportuna, però, una precisazione; infatti, ad una interpretazione del rapporto tra ordinamenti degli stati nazionali ed ordinamento comunitario fornita dal supremo organo giurisdizionale comunitario, che potremmo definire strettamente monista e con supremazia assoluta del diritto comunitario sul diritto nazionale, se ne contrappone un'altra di cui si fa portatrice la nostra Corte Costituzionale in Corte cost. n. 168/1991, in *Foro It.*, 1992, I, col. 660 e segg. la quale, pur ammettendo il primato del diritto comunitario, pone il limite del rispetto dei principi supremi dell'ordinamento nazionale. La teoria dei contro limiti è ritornata attuale in ragione degli ultimi sviluppi della giurisprudenza comunitaria,

trovino la propria fonte nei trattati si rivela in sé pericoloso per i diritti sociali. Dalla giurisprudenza più recente, peraltro, sembra trapelare che tali libertà attribuiscono diritti ai singoli immediatamente azionabili non soltanto nei confronti del proprio stato membro ma anche nei confronti di altri privati.

E' questo che rende i diritti sociali in una posizione di dichiarata inferiorità. Essi non sono infatti direttamente azionabili davanti alla Corte di Giustizia perché esclusi dalle competenze comunitarie ma possono essere contrapposti ai diritti, questi sì azionabili davanti al giudice comunitario, dei datori di lavoro.

E' questa una possibile chiave di lettura dei casi *Viking*<sup>20</sup> e *Laval*<sup>21</sup>: la Corte di Giustizia ha infatti ritenuto che taluni fondamentali articoli del Trattato, tra cui si contemplano l'articolo 49 TCE (ora 56 TFUE) e 43 TCE (ora 49 TFUE) possano essere invocati in giudizio dalle imprese a fondamento della loro volontà di liberarsi dai vincoli che potessero comprimere la loro libertà di muoversi all'interno del mercato interno, siano essi apposti a mezzo di normative statali di protezione dei lavoratori, siano essi apposti mediante azioni collettive poste in essere dai lavoratori.

Portando il ragionamento alle estreme conseguenze esso dimostra che mentre le imprese si vedono riconosciuto un vero e proprio "diritto" alla libera circolazione, invocabile non soltanto nei confronti del proprio Stato ai fini del risarcimento del danno, ma anche nei confronti di singoli cittadini o associazioni di cittadini, ai lavoratori e agli Stati non spetta che di difendersi cercando di giustificare il proprio comportamento davanti alla Corte. I diritti fondamentali di sciopero e contrattazione collettiva, ma anche la stessa sovranità lavoristica degli stati, degradano così da oggetto diretto di tutela, a mere restrizioni od ostacoli alle libertà

---

ma si veda in seguito il paragrafo 1 della parte terza. Per una interessante ricostruzione del dibattito tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia si v. D'ANTONA, M., *Sistema giuridico comunitario* in *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, a cura di BAYLOS GRAU, A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., Bologna, 1996, p. 27 e ss.

<sup>20</sup> Sentenza *Viking*, (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*), cit.

<sup>21</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

fondamentali tutelate nei trattati. All'impresa in mobilità è, dunque, concesso di tutelare il proprio diritto alla libera circolazione non soltanto contro provvedimenti restrittivi ma anche a fronte di mere azioni.

Così tratteggiato lo scenario di riferimento del riconoscimento della suprema libertà di circolazione per l'impresa – e ancor prima per i suoi fattori della produzione – è facile intuire come tale libertà appaia non tanto come una libertà pariordinata rispetto ad altre, ma piuttosto un diritto di natura paracostituzionale in un ordinamento dotato di un'efficacia estremamente forte e tendenzialmente universale<sup>22</sup>.

L'argomento potrebbe comprendersi meglio allineandosi a quelle teorie, forse dalle tinte troppo scure, sull'integrazione comunitaria che affermano la sussistenza di una "asimmetria"<sup>23</sup> nell'integrazione comunitaria che impedirebbe, all'Unione Europea oggi e alla Comunità Economica Europea ieri, di essere una economia di mercato di tipo sociale. Dette teorie fondano la propria sfiducia sulle capacità

---

<sup>22</sup> Giova a tal proposito menzionare le amare considerazioni dell'Avvocato Generale Mengozzi nelle Conclusioni presentate il 23 maggio 2005 causa C-431/05, che in merito al conflittuale rapporto tra diritti sociali collettivi e libertà di prestazione dei servizi manifestatosi nel caso *Laval* afferma che non sarebbe possibile immaginare di sottrarre al bilanciamento tra il diritto di sciopero e di negoziazione collettiva ed il diritto dell'impresa di circolare liberamente perché "fissare una gerarchia tra regole o principi di diritto primario... non è accettabile allo stato attuale del diritto comunitario".

Di diverso avviso i deputati al Parlamento Europeo che nella risoluzione del 22 ottobre 2008 "Sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea" (2008/2085(INI)) hanno affermato a gran voce che "i diritti sociali fondamentali non sono subordinati ai diritti economici in una gerarchia di libertà fondamentali".

La Corte di Giustizia ha palesato serie difficoltà nello stabilire una netta gerarchia e ciò emerge, ancor prima dei dirompenti casi *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit., e *Viking* (Sentenza *Viking*, Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, cit.), dall'analisi della sentenza *Schmidberger contro Austria*, C-112/00, del 12 giugno 2003, pubblicata in *Racc.* 2003 p. I-05659 in cui, sebbene la Corte stabilisca una superiorità della libertà di espressione, è un'operazione contingente, non frutto di una gerarchia ma solo di un'accurata operazione di bilanciamento tra diritti fondamentali. Sul punto ORLANDINI, G., *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, op. cit., p. 24.

<sup>23</sup> SCHARPF, F. W., *The Asymmetry of European Integration, or why the EU cannot be a "Social Market Economy"*, WP KFG the transformative power of Europe, n. 6, sept. 2009, Frei Universitat, Berlin.

dell'Unione Europea di trasformarsi in una economia di mercato orientata al sociale, proprio sulla storica divisione di competenze tra il piano nazionale ed il piano sopranazionale, affiancata dai due pilastri del diritto comunitario: il principio di supremazia<sup>24</sup> e il conferimento da parte del diritto comunitario di diritti soggettivi, che lo porrebbe al di fuori degli ordinari caratteri delle istituzioni internazionali e dai caratteri ordinamentali del diritto internazionale. Detti due principi, peraltro, come si è già evidenziato non sono il frutto di un compromesso politico tra gli Stati membri ma l'esito di una attività di vera e propria creazione del diritto svolta dalla Corte di Giustizia, che, attraverso l'interpretazione fornita dei trattati a testo immutato, ha permesso all'integrazione Europea di compiere giganteschi passi in avanti<sup>25</sup>.

Si consideri inoltre che la Corte è sempre apparsa rispettosa di uno stile di formale ragionamento giuridico che trae, attraverso la deduzione logica, da principi legali, ulteriori principi legali, senza mai occuparsi dello specifico problema economico o sociale sotteso alla questione, con una strategia di *"using law as a mask for politics"*<sup>26</sup>. V'è infine il fatto che l'attività interpretativa della Corte di Giustizia è assolutamente incontrastata: in tutti i paesi, infatti, se i giudici nazionali attraverso l'interpretazione partecipano in un certo qual modo alla formazione del diritto, dall'altro lato, una maggioranza parlamentare può intervenire per modificare l'esegesi prescelta; per mutare l'interpretazione cui aderisce la Corte di Giustizia è invece necessaria una modifica all'unanimità ai Trattati, indubbiamente più ardua da raggiungere di un compromesso parlamentare.

Uno dei passaggi centrali in questa ricostruzione è allora la formula *Dassonville*<sup>27</sup>, elaborata dalla Corte in relazione alle merci, riproposta proprio nel nostro ambito di interesse, i servizi, e in parte anche nello stabilimento, giusta la quale qualsiasi misura restrittiva del commercio

---

<sup>24</sup> Affermato per la prima volta dalla Corte di Giustizia nel caso *Costa c. ENEL*, cit. nt. 18.

<sup>25</sup> SCHARPF, F. W., *The Asymmetry of European Integration, or why the EU cannot be a "Social Market Economy"*, op. cit., p. 8

<sup>26</sup> SCHARPF, F. W., *The Asymmetry of European Integration, or why the EU cannot be a "Social Market Economy"*, ivi

<sup>27</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 luglio 1974, C – 8/74, *Benoit et Gustave Dassonville*, cit.

intracomunitario può essere assimilata ad una misura ad effetto equivalente. Formula che successivamente è stata perfezionata fino a divenire un generico principio di mutuo riconoscimento delle legislazioni, per cui tutti i beni che siano stati validamente prodotti in uno degli Stati membri e lecitamente immessi nel mercato, devono liberamente circolare in tutti i paesi comunitari alle medesime condizioni<sup>28</sup>.

E' in questo passaggio che si introduce quella asimmetria su cui si sofferma la Barnard<sup>29</sup> mediante il raffronto con il ragionamento logico-giuridico proposto dalla Corte Federale Statunitense. Potenzialmente ogni normativa, anche se posta a tutela di interessi imperativi dello Stato – paradigmatico è il caso di una normativa che imponga di tenere i libri contabili o di ottenere una certa autorizzazione per lo svolgimento di una attività pericolosa – rischia di essere falciata dalla dottrina della rimozione degli ostacoli. Il problema si origina dall'*inversione* che caratterizza il meccanismo motivazionale della Corte, in virtù del quale il bilanciamento tra interessi comunitari e nazionali va operato giustificando qualsiasi norma sia al contempo posta a tutela di interessi statuali e in grado, anche solo in potenza, di limitare la libertà di circolazione.

La Barnard<sup>30</sup> osserva infatti, in un articolo destinato ad un raffronto tra metodologia di decisione della Corte federale statunitense e quella del giudice comunitario, che essenzialmente la differenza che esiste tra i due approcci si basa proprio sulla presunzione di illegittimità delle normative statali a tutela di interessi generale che, mentre nell'ordinamento comunitario impone di dimostrarne la giustificatezza, nell'ordinamento statunitense è assunta come giustificata; a ciò si aggiunga che in Europa si ritiene che le possibili giustificazioni vadano interpretate

---

<sup>28</sup> In particolare con *Cassis De Dijon* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral ag contro Bundesmonopolverwaltung fuer branntwein, Cassis De Dijon*, causa 120/78, in *Racc.* 1979, p. 649). Per una ricostruzione storica del mutamento giurisprudenziale in materia di libera circolazione delle merci si veda POIARES MADURO, M., *Exploring the outer limits: restrictions on the free movement of goods and services*, in *Services and Free Movement in EU Law*, ANDENAS, M. E ROTH, W., (a cura di), Oxford University Press, 2004, p. 42 e ss.

<sup>29</sup> BARNARD, C., *Restricting restrictions: lesson for the Eu from the US* in *Cambridge Law Journal*, November 2009, p. 586

<sup>30</sup> BARNARD, C., *ivi*

restrittivamente e l'onere della prova è normalmente fatto gravare sullo stato membro, ove oltreoceano l'impostazione è totalmente invertita.

Detta impostazione, alla lunga, conduce alla distruzione dei welfare state degli Stati membri. E ciò, lungi dall'essere il riflesso di funeste profezie, è spesso riconosciuto dagli stessi organi comunitari, come è accaduto nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano<sup>31</sup> in cui, l'Avvocato non ha potuto fare a meno di segnalare che seguendo questa impostazione e portandola alle estreme conseguenze si rischia di rimuovere quasi tutte le normative e di generare un “*mercato senza regole*”.

E' questa presunzione che rende particolarmente complessa la difesa degli stati o dei sindacati in casi quali *Laval*<sup>32</sup> e *Viking*<sup>33</sup>; raramente infatti questi soggetti sono in grado di assicurare un livello di prova così alto. Eppure, ad onor del vero, val la pena di precisare che la stessa giurisprudenza che si rivela così aberrante in campo di servizi, è stata dalla Corte usata in contesti di tipo sociale, al fine di massimizzare la tutela dei lavoratori comunitari, nel caso dei lavoratori migranti o dell'uguaglianza tra uomo o donna sul luogo di lavoro; la stessa giurisprudenza è stata estesa agli studenti ed ha permesso la rimozione di quei requisiti che limitavano l'accesso ai sistemi nazionali di welfare o ai sistemi sanitari nazionali.

Ma adesso detta giurisprudenza mostra le sue contraddizioni che risultano tanto più gravi per quei settori in cui non può esservi alcuna integrazione positiva come nel caso delle relazioni industriali, espressamente sottratte alla competenza dell'Unione Europea, ma non esclusa da una possibile integrazione negativa. La rimozione delle normative nazionali è in sé neutra e può essere utilizzata sia per la protezione dei diritti umani dei cittadini europei che per la protezione degli interessi economici delle imprese ma non sarà certamente usata per rafforzare la loro dimensione collettiva (il loro diritto di contrattare collettivamente le condizioni lavorative o di ricorrere all'azione collettiva)

---

<sup>31</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Tizzano, presentate il 25 marzo 2004, causa c-442/02

<sup>32</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

<sup>33</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, cit.



perché è assente ogni riferimento normativo che possa permettere una simile evoluzione.<sup>34</sup>

L'asimmetria tra il dibattito politico ed il potere quasi-normativo della Corte di Giustizia è ulteriormente testimoniato dalla vicenda *Bolkestein* in cui il Parlamento Europeo ha potuto opporsi alla proposta di liberalizzazione dei servizi avanzata dalla Commissione ma non ha potuto porre un freno all'evoluzione della giurisprudenza in materia di servizi che sostanzialmente ha realizzato i timori che avevano indotto al rigetto della proposta normativa.

Il ragionamento finora illustrato che comporta la rimozione delle normative nazionali che costituiscano ostacolo ad una libera circolazione esprime una sua intrinseca logicità solo ove si autorizzi l'attore ad effettuare un confronto con la normativa che gli sarebbe stata applicabile ove egli non si fosse spostato dal proprio paese. Dunque, se nessun problema in termini di concorrenza tra ordinamenti si origina allorché si imponga la rimozione dagli ordinamenti domestici di quelle normative che siano espressamente discriminatorie nei confronti degli stranieri o che, di fatto, nei confronti di questi producano effetti particolarmente svantaggiosi, attribuendo rilevanza discrezionale ad un elemento di cui difficilmente essi sono dotati, quale ad esempio la residenza; diversamente accade laddove si riconosca all'attore in mobilità il potere di richiedere la rimozione della normativa ritenuta meno favorevole rispetto alla propria normativa nazionale. La descritta possibilità da infatti l'abbrivo ad un'evoluzione giurisprudenziale che costituisce la fonte primaria di un fenomeno di *dumping sociale* tra ordinamenti.

Dunque, il passaggio teorico fondamentale nell'analisi del processo di integrazione europea, terreno di base per la competizione al ribasso tra ordinamenti operato sulle normative lavoristiche è costituito dal riconoscimento della legittimità del ricorso al principio del paese d'origine.

In questo senso diventa centrale per l'inquadramento della questione l'analisi della direttiva sul distacco e della diverse interpretazioni di essa.

---

<sup>34</sup> In tal senso SCHARPF, F. W., *The Asymmetry of European Integration, or why the EU cannot be a "Social Market Economy"*, op. cit., p. 15

E' proprio in questo campo che si rivela con maggiore drammaticità il problema di evitare una concorrenza al ribasso tra ordinamenti e di porre un argine alla rimozione di normative di tutela lavoristiche e alle limitazioni ai diritti di autonomia dei cittadini-lavoratori comunitari, utili a controbilanciare il potere dell'imprenditore<sup>35</sup>.

Dunque, se pur, come ricorda Gottardi in una recente relazione AIDLASS, *“la dottrina era concorde nell'attribuire importanza fondamentale alla giurisprudenza della Corte nel suo ruolo di “allargamento della dimensione sociale dell'integrazione economica”<sup>36</sup>*, va precisato però che il mutamento di orientamento giurisprudenziale avvenuto e l'introduzione di un latente principio del paese d'origine ha fatto sì che proprio nell'area in cui maggiormente si riteneva fosse stato compiuto un notevole avanzamento in termini di tutela sociale *“si registra ora il massimo scostamento: appunto, il distacco transnazionale.”<sup>37</sup>*

## 2. Il diritto del lavoro come “merce”: la concorrenza tra ordinamenti giuridici

Tra le ragioni che inducono il lavorista ad osservare il futuro degli ordinamenti nazionali di diritto del lavoro attraverso la lente della libertà di circolazione delle imprese, una dipende, come visto, dal contesto comunitario in cui questa libertà si inserisce ed in particolare dalla disciplina giuridica che sul piano europeo si è riservata a siffatta libertà. Una seconda ragione di ordine fattuale – cui peraltro si è avuto modo di accennare anche in relazione al contesto comunitario ma che va riferita più propriamente al contesto globale – è l'osservazione dell'avvenuta liberalizzazione degli scambi nel quadro di una sempre maggiore globalizzazione dell'economia, con le sue implicazioni in particolare in

---

<sup>35</sup> Suggestiva la ricostruzione in chiave storica della funzionalità dei diritti collettivi come strumenti di attuazione costituzionale e metafora generale del livello di libertà in un certo paese proposta da ANGIOLINI, V., *Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di Le Chapelier in Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, ANDREONI, A., VENEZIANI, B. (a cura di), Ediesse, 2009, p. 58-60

<sup>36</sup> MELIADÒ, G., *Concorrenza e politiche sociali in Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, a cura di BAYLOS GRAU, A., CARUSO, B., D'ANTONA, M., SCIARRA, S., Bologna, 1996, p. 284

<sup>37</sup> GOTTARDI, D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, op. cit., p. 44

termini di concorrenza tra ordinamenti giuridici. Ad essa deve poi aggiungersi una ragione ulteriore che potremmo definire teorica, espressione di una visuale generale nei rapporti tra economia e diritto. Di tali profili è opportuno fornire brevi cenni al fine di inquadrare concettualmente la tematica che si accinge ad esaminare.

L'intensificarsi dei rapporti sul piano internazionale e il superamento del confine nazionale per la fornitura di beni e servizi, in altri termini la globalizzazione, costituisce premessa logica indispensabile per comprendere il fenomeno della messa in concorrenza degli ordinamenti giuridici<sup>38</sup>, di cui costituiscono concreta testimonianza anche i casi di cui si intende trattare in questo elaborato.

In via estremamente sommaria<sup>39</sup>, la tesi che si vuol sostenere è che “*la concorrenza fra le imprese [...] si realizzerebbe mediante il contenuto dell'ordinamento giuridico del lavoro*”<sup>40</sup>. Si allude al fatto che gli attori economici sarebbero disposti a selezionare il luogo in cui stabilire la produzione sulla base di un esame dei costi che sarebbero obbligati ad internalizzare nei luoghi in cui potrebbero insediarsi, o stabilire, da un punto di vista meramente giuridico, la propria azienda per fruire di regole meno rigide per poi avvalersi della libertà di prestazione di servizi e

---

<sup>38</sup> E' bene precisare, come egregiamente illustrato da FERRARESE, M. R., *Dalla concorrenza tra ordinamenti giuridici alla competizione giuridica diffusa*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, ZOPPINI, A. (a cura di), Laterza, 2004, p. 136 che in Europa il fenomeno si manifesta più come situazione di competizione giuridica diffusa che non come vera e propria concorrenza tra ordinamenti giuridici. Ciò si darebbe perché in primo luogo la concorrenza non è creata dai legislatori statali, o quantomeno non prevalentemente o esclusivamente, né tantomeno sembrerebbe che i legislatori siano intenzionati ad adottare questa logica concorrenziale. In secondo luogo perché i confini delle competenze nella produzione di norme giuridiche appaiono oggi - nel contesto globale, ma soprattutto in quello europeo - vischiosi.

<sup>39</sup> In verità, la tesi si basa su alcune finzioni sulle quali si sofferma ALPA, G., *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico* in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, ZOPPINI, A. (a cura di), Laterza, 2004, p. 45. Tra di esse, mi sembra in particolar modo importante segnalarne una: l'ordinamento giuridico viene concepito come una sorta di complesso chiuso di norme giuridiche organizzate secondo una articolazione geometrica. La stessa osservazione è poi proposta da LIPARI, N., “*Concorrenza*” *tra ordinamenti e sistema delle fonti* in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, ZOPPINI, A. (a cura di), Laterza, 2004, pp. 81-83. Nonostante l'innegabile pertinenza del rilievo ad avviso di chi scrive, sebbene a costo di talune generalizzazioni, la tesi mantiene la propria validità.

<sup>40</sup> JEAMMAUDE, A., *La mondializzazione: banco di prova per il diritto del lavoro in Globalizzazione e diritto del lavoro*, SCARPONI, S. (a cura di), Giuffrè, 2001, p. 55

esportare il proprio diritto in tutto il territorio comunitario; in somma, si discute della possibilità riservata all'impresa di optare per il sistema giuridico al quale assoggettare i propri rapporti giuridici sulla base di una valutazione di convenienza<sup>41</sup>.

Il postulato su cui si basa questa attività è che si operi in un sistema unificato che assicuri la potestà di circolare attraverso il territorio di più Stati ma, al contempo, in cui permangano notevoli differenze regolative tra un paese ed un altro. L'antinomia della concorrenza tra ordinamenti giuridici è, infatti, l'uniformizzazione giuridica, che si verifica laddove il diritto sia prodotto da un'unica fonte e sia uguale per tutti gli operatori<sup>42</sup>.

Ove si abbandoni il modello dell'armonizzazione per la persistenza di un pluralismo di ordinamenti giuridici, il diritto si tramuta anch'esso in un prodotto che gli imprenditori possono acquistare sul mercato internazionale<sup>43</sup>. L'affermazione giusta la quale gli imprenditori sceglierebbero con i loro piedi riesce a dare rappresentazione concreta a tale concetto.

In particolare, la destinazione globale dei beni e dei servizi diminuisce l'importanza del loro materiale luogo di produzione, rendendo l'opzione in tale materia, libera e funzione soltanto di una valutazione in termini di costi. A ciò si aggiunga come recentemente ricordato da M. V. Ballestrero che *“mentre i detentori di capitali e merci possono scegliere il diritto del lavoro che vogliono; i lavoratori provano a difendere quello che hanno”*<sup>44</sup>. Infatti, ad

---

<sup>41</sup> ZOPPINI, A., *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici* in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, ZOPPINI, A. (a cura di), Laterza, 2004, p. 13

<sup>42</sup> ZOPPINI, A., *ibidem*, p. 5

<sup>43</sup> Per ulteriori approfondimenti in ordine ai fondamenti teorici di concorrenza normativa e competizione regolativa si veda BARNARD, C., DEAKIN, S., *Market Access and Regulatory Competition*, Jean Monnet Working Paper 9/01, 2001, p. 4 e ss., ora in *The legal foundation of the single market: unpacking the premises*, BARNARD, C., SCOTT, J. (a cura di), Hart Publishing, 2002.

<sup>44</sup> BALLESTRERO, M. V., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni. In ricordo di Massimo D'Antona, dieci anni dopo*, Atti del XVI Congresso di Diritto del Lavoro, Catania, 21-23 Maggio, 2009, Giuffrè, 2010, p. 61. Sulle due velocità con cui si è realizzata la mobilità di capitali e merci e quella inferiore del lavoro si veda il lucido saggio di LO FARO, A., *«Turisti e vagabondi»: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lavoro e diritto*, n. 3, 2005, pp. 437 e ss.

una ampia mobilità del capitale e delle imprese non corrisponde una analoga mobilità del fattore lavoro.

Per gli Stati nazionali ciò implica l'induzione a compiere scelte volte a favorire la localizzazione del capitale nel proprio paese, concedendo che si rispettino norme più flessibili quanto alla protezione ambientale o alla tutela dei diritti dei lavoratori, generando quel fenomeno comunemente noto come *race to the bottom*<sup>45</sup>. In altri termini, ciascuno degli Stati tenderebbe ad abbassare le tutele per favorire l'insediamento delle imprese nel proprio territorio<sup>46</sup>.

Affinché questo meccanismo possa operare è però imprescindibile in primo luogo che le imprese possano muoversi liberamente su tutto il territorio e che le loro scelte di localizzazione della produzione – anche ove si tratti di semplice localizzazione giuridica e non reale – possano ricadere liberamente su di un luogo o su di un altro.

Dunque, sebbene gli ordinamenti mantengano grosse differenze in termini di rigore delle norme sulla internalizzazione di costi sociali ed ambientali, è necessaria l'uniformità di talune norme commerciali, che in sostanza assicurino universalmente la libera circolazione.

Cosa che, come visto, ha in effetti trovato ampio riconoscimento sul territorio comunitario. E' significativo anzi rilevare come un simile fenomeno possa risultare amplificato in contesti di decisa integrazione, quale è l'Unione Europea.

---

<sup>45</sup> In questa ricostruzione, dunque, ad una iniziale diversificazione e varietà seguirebbe in una seconda fase una nuova uniformità ma su un livello che non è stato scelto ex ante ma prodotto dai ripetuti livellamenti verso il basso. A questa tesi mi pare aderisca SOMMA, A., *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, ZOPPINI, A. (a cura di), Laterza, 2004, p. 58-77. La corsa al ribasso degli ordinamenti nazionali non sarebbe però né teoreticamente né empiricamente dimostrata ad avviso di REVESZ, R., *Federalism and regulation: some generalizations in Regulatory competition and economic integration*, ESTY, D., GERADIN, D. (a cura di) Oxford University Press, 2001, p. 6.

<sup>46</sup> Esisterebbe, dunque, a parer di JEAMMAUDE, A., *La mondializzazione: banco di prova per il diritto del lavoro*, op. cit. p. 60, un rischio di *dumping sociale*, ossia una sorta di *svalutazione competitiva delle norme sociali*. L'opinione non è però condivisa da tutti gli autori: taluni infatti sostengono un effetto benefico della competizione che sulla base di una sorta di *race to the top* permetterebbe un miglioramento delle condizioni previste in ciascun ordinamento dal momento che la scelta degli imprenditori ricadrebbe sulle norme maggiormente efficienti e non su quelle che permettono maggiormente di sottrarsi alle normative sociali.

Nell'Unione Europea, inoltre, la concorrenza normativa è stata la filosofia di fondo che ha animato il superamento del modello di integrazione basato sull'armonizzazione a favore del modello basato sul mutuo riconoscimento, sull'*home country control*<sup>47</sup>. Come sostenuto da Barnard e Deakin in un ormai risalente Working Paper, infatti, "*market access and regulatory competition are two sides of the same coin*"<sup>48</sup>, posto che allorquando le Corti stabiliscono in che misura gli Stati membri di un organismo quasi federale quale è l'Unione Europea possono limitare la circolazione dei beni e dei servizi, stanno di fatto definendo l'estensione stessa della competizione regolativa tra di essi all'interno di quel territorio.

La fundamenta teoriche della teoria che è favorevole alla competizione regolativa risiedono nella considerazione che allo stesso modo in cui l'efficiente allocazione delle risorse è realizzata grazie alla concorrenza tra diversi prodotti, così, quando il prodotto è la norma giuridica occorre adoperarsi al fine di assicurare la medesima concorrenza.

Di tale prospettiva di favore verso la concorrenza regolativa può trovarsi conferma anche consultando le decisioni della Corte di Giustizia nella casistica relativa all'utilizzazione abusiva delle norme sulla libera circolazione diretta unicamente alla localizzazione formale di un'impresa in un contesto dai costi inferiori e a sottrarsi alla propria normativa d'origine per la quale si provoca una sorta di insofferenza. In tali occasioni, la Corte non ha negato di potersi avvalere delle libertà di circolazione.<sup>49</sup> La tesi della sufficienza, per aversi incardinamento in un certo territorio, della mera creazione di uno schermo societario in assenza di ogni riscontro in merito all'effettivo esercizio di attività nel

---

<sup>47</sup> SOMMA, A., *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, op. cit., p. 64- 65

<sup>48</sup> BARNARD, C., DEAKIN, S., *Market Access and Regulatory Competition*, op. cit., p. 3

<sup>49</sup> Si fa cenno alla decisione della Corte di Giustizia nel caso *Centros* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, in *Racc.* 1999, p. I-01459) che sarà esaminata nel dettaglio nel paragrafo 1.2.2. Sul punto si veda anche ZOPPINI, A., *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, op. cit., p. 13

paese di stabilimento, ha trovato conferma anche nella giurisprudenza successiva, come si evidenzia nella disamina del caso *Laval*<sup>50</sup>.

In detta controversia, infatti, il giudice tralascia ogni indagine tesa alla verifica di quale sia l'impresa che in verità sta agendo in giudizio e in quale paese possa considerarsi stabilita. La *Laval*, società distaccante, appare come una società stabilita in Lettonia; eppure, in Lettonia non esercita alcuna attività. La *Baltic*, società di diritto svedese figlia della *Laval*, ne riceve i lavoratori distaccati, partecipa alle gare d'appalto risultandone vincitrice e materialmente presta il servizio di costruzione e manutenzione, oggetto del contratto con la struttura pubblica; eppure, la sua posizione non viene minimamente presa in considerazione. Medesime conclusioni possono trarsi dall'esame del caso *Viking*<sup>51</sup> in cui l'impresa è interessata a mutare il proprio luogo di stabilimento, attuando una fittizia delocalizzazione giuridica, al fine di tagliare sui costi del lavoro ed è consapevole di poterlo fare con una mera modifica formale, pur continuando a mantenere azionariato e sede principale in un paese diverso.

La fruizione fino all'abuso delle libertà di circolazione costituisce, dunque, una componente fondamentale della messa in concorrenza degli ordinamenti giuridici.

Ma altri due fattori dell'ordinamento comunitario si aggiungono a quello trattato per concedere alle imprese di "scegliere il luogo del diritto", peraltro mettendo a rischio anche la materia lavoristica in origine preservata dalla Convenzione di Roma: 1) il già citato *market access* nella sua variante dell'*home state control* e, segnatamente, il superamento del test di non discriminazione per l'accesso al mercato e la sua sostituzione con il test dell'effetto equivalente che afferma la lesività rispetto alle libertà economiche fondamentali anche quelle disposizioni nazionali dal carattere indistintamente applicabile che rappresentino semplicemente un ostacolo per le libertà fondamentali; 2) la sottrazione di aree di mobilità

---

<sup>50</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

<sup>51</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, cit.

del lavoro dall'alveo dell'articolo 39 TCE per ricondurle all'orbita dell'articolo 49 TCE<sup>52</sup>.

1) Quanto al primo profilo, l'origine del problema risiede in quella giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle libertà fondamentali, e in particolare sulla libertà di prestazione dei servizi, ora estesa anche allo stabilimento, che vorrebbe la rimozione da parte degli Stati membri non soltanto di ogni loro disciplina, direttamente o indirettamente discriminatoria, ma ogni normativa “*sia in grado di ostacolare o rendere meno vantaggiosa la prestazione di servizi*”. Tale meccanismo di integrazione negativa comporta la dismissione essenzialmente di ogni disciplina che possa imporre oneri e spese aggiuntive in raffronto a quella che il soggetto si sarebbe visto applicare laddove fosse rimasto ad operare nel proprio Stato d'origine. Ciò coincide, da un punto di osservazione lavorista, con l'abrogazione di numerose normative di protezione dei lavoratori coinvolti nella prestazione del servizio. All'impresa in mobilità viene, quindi, concesso di sfruttare il vantaggio che deriva dalla esistenza di una pluralità variegata di sistemi giuridici all'interno dell'Unione Europea, sebbene a prezzo di un'inferiore tutela dei lavoratori, realizzando quella forte pressione sul sistema nazionale, comunemente nota come *dumping sociale*. Questa giurisprudenza ha grandemente superato i vincoli generati dal divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità, imposto dall'articolo 12 TCE (ora 18 TFUE), conducendo alla riproposizione sul piano comunitario di una tematica ben nota sul piano internazionale, ossia come far sì che non si sfrutti una concorrenza sleale tra imprese che nasca dallo sfruttamento delle differenze tra le legislazioni applicabili. In tali casi infatti l'impresa apparirà certamente maggiormente competitiva semplicemente perché autorizzata a sfruttare i differenziali di costo del lavoro e di legislazione sulle condizioni lavorative.

2) Quanto al secondo profilo di ampliamento dell'ambito applicativo dell'articolo 49 TCE (ora 56 TFUE) a scapito dell'articolo 39 TCE (ora 45 TFUE), val la pena di segnalare che la libertà di prestazione dei servizi, nella sua più recente interpretazione si rivela un ottimo banco di prova per verificare gli effetti del fronteggiarsi tra problematiche

---

<sup>52</sup> BALLESTRERO, M. V., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, op. cit., p. 62



lavoristiche e concorrenza tra ordinamenti giuridici e competizione regolativa.

Essa, infatti, si è ben presto palesata quale modalità di esercizio della mobilità transnazionale del lavoro che permette ai livelli più alti l'attuazione di politiche di decentramento produttivo<sup>53</sup>. Il prestatore di servizi in virtù del particolare regime giuridico assicurato dal diritto comunitario alla libera prestazione dei servizi non soltanto è autorizzato ad esportare nel paese di prestazione dei servizi la propria manodopera, come correttamente rilevato, anche la propria normativa lavoristica.<sup>54</sup>

In conclusione può dirsi che la questione della concorrenza tra ordinamenti giuridici, dall'innegabile sapore globale, giunge al suo acme di problematicità proprio sul piano regionale comunitario. Ciò ben si spiegherebbe a parere di Natalino Irti<sup>55</sup> dal momento che l'ordine giuridico europeo nasce proprio con lo scopo di creare uno “*spazio giuridico senza frontiere*” che permetta al capitalismo di “*abitare ovunque*” da un lato unificando (leggasi creando un mercato unico) ma dall'altro separando (leggasi lasciando che permangano le differenze regolative tra i diversi ordinamenti). L'abbandono del confine dello Stato-Nazione, infatti, – conseguenza della vocazione universalista dell'economia capitalista<sup>56</sup> – alla base del progetto di comunità europea ma anche della creazione di moltissime altre istituzioni globali deputate al governo del mondo (GATT, WTO, etc.), da un punto di osservazione di tipo economico, può ormai dirsi realizzato.

### *3. Le teorie economiche, l'impresa frazionata e la mobilità transnazionale dei lavoratori*

La determinazione in ordine all'opportunità di destinare un paragrafo di uno scritto sulle interazioni ed i conflitti tra ordinamenti del lavoro e libertà di circolazione delle imprese al rapporto tra economia e diritto è da imputare alla volontà di interrogarsi sulle eventuali influenze

---

<sup>53</sup> BANO, F., *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, op. cit., p. 9

<sup>54</sup> BANO, F., *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, ibidem, p. 32

<sup>55</sup> IRTI, N., *Diritto Europeo e tecno-economia* in *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, 2006, p. 3

<sup>56</sup> IRTI, N. *Geodiritto*, in *Dir. Int. Fil. Dir.*, n. 4, 2001 p. 464

reciproche che possano riscontrarsi tra talune opzioni teoriche in materia economica e le concrete prese di posizioni giuridiche.

Appare indispensabile chiedersi, infatti, se dette opzioni ermeneutiche possano in qualche modo farsi dipendere, o almeno essere poste in correlazione, con una certa idea di modello di sviluppo economico, con un certo orientamento in ordine alle relazioni che dovrebbero governare il rapporto tra economia e diritto e, in sostanza, con quello *Zeitgeist* che oggi pervade ogni settore della società, quasi espressione di una sorta di “*materialismo storico riveduto e corretto*<sup>57</sup>”.

E' evidente come un solo paragrafo non possa essere in grado di assicurare una consapevolezza piena sulla materia e non è tra le pretese di chi scrive pensare di poter condurre una riflessione profonda su un oggetto tanto complesso, l'idea è piuttosto quella di individuare un orizzonte concettuale nel quale inserire le scelte, queste sì propriamente giuridiche, a favore di una certa interpretazione del diritto comunitario (o diritto dell'UE, come si vorrebbe a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona).

Si è optato per un procedimento basato su approssimazioni successive che permetta di scandagliare i nodi teorici essenziali che si incontrino prima di giungere a poter preconizzare una possibile risposta - o delle possibili risposte - sull'influenza che abbiano potuto esercitare certe teorie economiche nella soluzione di concreti casi giuridici.

Il punto di partenza è chiaramente individuato nelle multiformi ricostruzioni del rapporto tra economia e diritto e da esso occorre prendere le mosse per poter verificare se, ed eventualmente con quali modalità, le teorie economiche incidano sullo sviluppo del diritto.

La prova materiale della validità del ragionamento potrà poi essere ritrovata nell'accertamento sull'influenza che potrebbe aver avuto il proporre una certa immagine dell'impresa e dell'imprenditore nel fornire la soluzione al cosiddetto quartetto *Laval*.

Il primo nodo teorico si atteggia quindi come necessità di individuare i sentieri nei quali si incanala sul piano speculativo il rapporto tra economia e diritto. Basti ricordare che in questo contesto le posizioni

---

<sup>57</sup> DEL PUNTA, R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 89. 2001, 1, p. 4

sono piuttosto variegata e la più stridente complessità si manifesta proprio in materia di rapporto tra ragioni dell'economia e regolazione lavoristica. Funzionale ad un primo orientamento è la prospettazione di una nozione molto generale di economia che faccia intravedere i possibili elementi di sovrapposizione con il diritto.

Normalmente “*proprium della scienza economica*” è “*l'analisi descrittiva dei comportamenti economici*” in un'ottica di “*massimizzazione dell'efficienza nell'allocazione di risorse, che sono per definizione scarse*”<sup>58</sup> e in ciò si contrappone al diritto che invece avrebbe natura prescrittiva, attinente al dover essere. Le teorie economiche prevedono mezzi diversi per ottenere il medesimo fine sopraenunciato. Ogni ricerca in tale settore, pur di carattere sperimentale, presuppone un'adesione ad una certa teoria economica, sia essa esplicita o implicita.<sup>59</sup>

Orbene, una simile impostazione teorica è suscettibile di influenzare l'interpretazione giuridica dal momento che in taluni settori, come quello oggetto di questo elaborato, la dialettica tra economia e diritto acquisisce una centrale importanza. In materia di libertà fondamentali sul piano UE Roth ha infatti affermato che, “*it should be stressed from the outset that any discussion of the scope of the EC Treaty fundamental freedom does not merely deal with legal niceties and technical detail, but with fundamental choices of policy for a single market*”<sup>60</sup>, con ciò sottintendendo che l'interpretazione giuridica sia a sua volta in grado di influenzare una certa politica del mercato e dunque una opzione a favore dell'una o dell'altra tesi per ottenere la massimizzazione del profitto.

Potrebbe allora ipotizzarsi in rapporto al caso *Laval* che la Corte si sia fatta testimone di una precisa prospettiva ideologica fiduciosa che un modello deregolativo possa risultare funzionale al benessere dell'intero territorio comunitario, pur sacrificando gli specifici interessi nazionali dei lavoratori svedesi. Secondo questa prospettazione, la soluzione del caso *Laval* farebbe trasparire una fiducia nel fatto che, nel lungo periodo, l'economia, lasciata libera di autoregolamentarsi, sarebbe non soltanto in grado di perseguire l'efficienza economica ma anche interessi in un certo

---

<sup>58</sup> DEL PUNTA, R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, op. cit., p. 5

<sup>59</sup> DEL PUNTA, R., *ibidem*, p. 6

<sup>60</sup> ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, op. cit., p. 7

senso sociali, come quelli al miglioramento di vita delle condizioni dei lavoratori lettoni o comunque un aumento delle loro possibilità occupazionali.

Vi sarebbe, dunque, alla base della decisione un'opzione teorica che rifletterebbe una precisa immagine dei rapporti tra economia e diritto.

In tal senso, dunque, la sentenza della Corte presterebbe ossequio a quelle tesi che si mostrano fiduciose negli effetti benefici che possano derivare in un'ottica generale dallo sfruttamento dei vantaggi competitivi tra le nazioni. A voler andare ancora più a fondo essa potrebbe essere messa in correlazione con un'ottica di liberalizzazione piena degli scambi perseguita attraverso il rinvigorimento delle libertà fondamentali e l'eliminazione delle restrizioni all'accesso al mercato, siano esse discriminatorie o neutre, (dottrina di rimozione degli ostacoli in voga nella prestazione dei servizi). Ciò vorrebbe dire che essa costituirebbe il più evidente frutto della propagazione di alcune teorie economiche la cui idea fondante è che la massima efficienza economica sia il prodotto di situazioni di concorrenza pura e di minor intervento da parte di Stati ed istituzioni sovranazionali. Ed in effetti, la tesi troverebbe avvaloramento nel fatto che la globalizzazione e la piena liberalizzazione degli scambi ha tra i propri punti di riferimento teorici un autore, che costituisce la più "radicale" e "fondamentalista" espressione della contemporanea dottrina neo-liberale, il premio nobel per l'economia Friedrich von Hayek<sup>61</sup>.

L'idea di fondo sostenuta da questi autori è che, dunque, l'efficienza economica si otterrebbe attraverso la liberazione dell'economia dalle strette maglie del diritto che è un po' quello che avviene se si impedisce agli Stati di esercitare le proprie potestà regolative in materia di condizioni di lavoro. In ciò può ravvisarsi una chiara posizione sul rapporto tra economia e diritto, giusta la quale il secondo dovrebbe essere recessivo rispetto alla prima.

Ebbene, se così fosse - ed è una cosa che non possiamo sapere per certo a meno di non voler cadere in un vizio logico quale quello di voler accertare le motivazioni dei giudici - sarebbe opportuno dedicare un po' di spazio alla verifica della tenuta di questi argomenti.

---

<sup>61</sup> LASSANDARI, A., *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, RGL, n. 2, 2005, p. 213

Potrebbe ad esempio affermarsi come non sia stato oggetto di adeguata dimostrazione che un procedimento di armonizzazione delle legislazioni e, dunque, una legificazione tesa ad assicurare un più alto livello di tutele non sia in grado almeno altrettanto adeguatamente di assicurare il bene dell'efficienza economica o che ancora la generalizzazione di un principio di parità di trattamento tra i soggetti che insistono in un unico mercato non sia funzionale alla tutela di beni ulteriori diversi da quello dell'efficienza economica.

E' allora opportuno fornire un breve cenno sulle altre speculazioni sul rapporto tra economia e diritto che si contrappongono a quella che appare come una visione dominante<sup>62</sup>.

Deakin<sup>63</sup> infatti ci direbbe che il problema della ricostruzione suesposta è il suo "ottimismo" che è invece smentito da un incontrastabile dato fattuale: il fatto che i sistemi economici se lasciati liberi di operare non sono in grado di assicurare né il sistema economicamente più efficiente, né tantomeno possono assicurare il perseguimento di interessi ulteriori rispetto a quello strettamente economico.

Dunque, a quella visione che sembra potersi leggere tra le righe di *Laval*<sup>64</sup>, *Viking*<sup>65</sup>, *Ruffert*<sup>66</sup> e *Commissione c. Lussemburgo*<sup>67</sup>, se ne contrappongono altre che si basano su diversi ordini di considerazioni: d'un canto quelle di chi rimarca come "nel contesto del mercato del lavoro la regolamentazione è spesso necessaria per motivi legati all'efficienza economica e non per

---

<sup>62</sup> DEL PUNTA, R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, op. cit., ci dice a tal proposito che "il dibattito sul presente e sul futuro del diritto del lavoro è fortemente condizionato dalle ricadute liberistiche di quella teoria, che è penetrata nella vulgata è che è dominante a livello di insegnamento accademico", p. 11.

<sup>63</sup> DEAKIN, S., *Regulatory competition versus harmonization in European Company Law in Regulatory competition and economic integration*, ESTY, D., GERADIN, D. (a cura di) Oxford University Press, 2001, p. 210

<sup>64</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

<sup>65</sup> Sentenza *Viking*, Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, cit.

<sup>66</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Ruffert*, in qualità di curatore fallimentare della *Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG contro Land Niedersachsen*, in *Racc.* 2008, p. I-01989

<sup>67</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 19 giugno 2008, *Commissione delle Comunità europee contro Granducato del Lussemburgo*, in *Racc.* 2008, p. I-04323

*considerazioni di giustizia economica, come il più delle volte si vuol far credere*<sup>68</sup> e di chi, in maniera meno radicale, ritiene semplicemente che non possa mettersi in discussione la libertà del giurista di ritenere preferibile una soluzione basata sulla tutela dei valori non economici, quali ad esempio esigenze redistributive.

Entrambe le prospettive, pur partendo da antitetici presupposti, giungono alla fine allo stesso esito: affermare la necessità della difesa della regolazione lavoristica dalla deregolazione che suggerirebbe l'eliminazione di tutti vincoli legali che impongano un certo livello di tutela o il superamento della contrattazione collettiva.

Il primo orientamento teorico postula l'inconciliabilità tra efficienza economica e diritto e anzi reputa il diritto quale presupposto indispensabile per giungere ad un'efficienza di tipo economico; l'altro, malgrado prenda atto della sussistenza di una inconciliabile contraddizione tra ragioni del diritto e dell'economia, afferma la prevalenza del primo sulla seconda per la sua capacità di perseguire bisogni ulteriori rispetto a quelli economici.<sup>69</sup>

Chi ravvisa una contraddizione tra l'obiettivo dell'esigenza economica e quello della realizzazione delle esigenze di tutela dei diritti umani si sofferma ad esempio ad evidenziare l'incompatibilità tra lo sciopero e la libertà economica: a tal proposito, Zoppoli, in relazione a tale ultimo diritto afferma *“risulta evidente che esso è, per definizione, antitetico alla libertà economica nel suo complesso intesa, molto probabilmente ancor più di quanto un accordo collettivo possa ritenersi restrittivo della concorrenza: e non v'è dubbio che, nel Trattato, le fondamentali libertà sancite dal titolo sono, per l'appunto, espressione della libertà economica*<sup>70</sup>”.

Il diritto di sciopero sarebbe dunque antitetico alla libertà economica della singola impresa che viene limitata dal suo esercizio; e su questo, non v'è dubbio. Ciò su cui invece si può dubitare è che l'efficienza

---

<sup>68</sup> DEAKIN, S., WILKINSON, F., *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1999, p. 595

<sup>69</sup> COPPENS, P., *Etat, marché, institution* in *Revue internationale de droit économique*, n. 3, 2007, ma anche COPPENS, P., *The meaning of the Law*, dattiloscritto presentato al Seminario: *“Analisi critica dei rapporti tra diritto ed economia: il mercato e le istituzioni”*, Catania 8 ottobre 2010, spec. p. 31

<sup>70</sup> ZOPPOLI, A., *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, *DLM*, n.1, 2008, p. 153-154

economica coincida con la libertà economica di quell'unica impresa. E infatti, se d'un canto lo sciopero cagiona certamente un danno economico ad un singolo imprenditore, apporta al contempo un indubbio miglioramento delle condizioni lavorative di tutti i lavoratori e premia con l'assenza di sciopero il comportamento degli imprenditori virtuosi. Non sarebbe dunque così tanto peregrina l'idea che ciò concretizzi indirettamente un interesse generale, quello al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori e, sincronicamente, l'interesse economico ad una concorrenza equa.

Inoltre, prescindendo dall'immagine che genericamente si fornisce dell'*homo economicus* se si ritenesse che i singoli nella massimizzazione del loro profitto individuale includono anche l'essere inseriti in un contesto sociale positivo, potrebbe, allora, affermarsi che lo sciopero garantisce l'efficienza economica, intesa come realizzazione piena del soggetto sia come individuo sia come membro della collettività in cui vive ed opera<sup>71</sup>.

Le valutazioni di queste considerazioni probabilmente sconfinano dall'ambito di interesse dei giuristi ma è certo che la mera prospettazione di simili domande deve orientare l'analisi del giurista.

Si intende dire che occorre sempre interrogarsi se l'unica modalità di interazione possibile tra il diritto della concorrenza ed il diritto del lavoro debba necessariamente essere la collisione tra opposti sistemi di valori<sup>72</sup>. E di queste osservazioni è sembrata talvolta farsi carico anche la Corte di Giustizia in un momento fondamentale di evoluzione del diritto comunitario nella materia oggetto della nostra analisi, infatti, nel caso *Wolff & Muller*<sup>73</sup>, la prima sentenza interpretativa sulla direttiva sul distacco, la Corte ha specificato: non vi è necessariamente contraddizione oppositiva tra l'obiettivo il preservare la concorrenza leale tra le imprese e la tutela dei lavoratori. Oggi, questo dato di sistema è nuovamente ribadito anche da autorevoli studiosi di diritto del lavoro in

---

<sup>71</sup> DEAKIN, S., SARKAR, P., *Assessing the long-run economic impact of labour law systems: a theoretical reappraisal and analysis of new time series data*, in *Industrial and Relations Journal*, n. 39:6, 2008, 453-487

<sup>72</sup> Per una disamina del rapporto concettuale tra la tematica della concorrenza e il diritto del lavoro si veda BRINO, V., *Diritto del lavoro e della concorrenza: conflitto o complementarità*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 2, 2005, pp. 319 e ss.

<sup>73</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 12 ottobre 2004, C-60/03, *Wolff & Muller GmbH*, in *Racc.* 2004. p. I-9553

un manifesto di recente pubblicazione per la regolazione della globalizzazione economica. Ricordano tali autori che è possibile una globalizzazione virtuosa, dal momento “*che la regolazione dei fenomeni economici e finanziari collegati alla globalizzazione per il rispetto dei diritti fondamentali trova una duplice giustificazione, l'una di ordine economico-mercantile nella misura in cui tali norme sono funzionali alla creazione di un level playing field interstatale e di prassi di fair competition tra attori economici, l'altra di ordine assiologico-valoriale in quanto la regolazione è volta alla promozione e al rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo*”<sup>74</sup>.

Conclusivamente può dirsi che il mero spostamento di un'impresa nello spazio o la liberalizzazione degli scambi non implica meccanicamente conseguenze sfavorevoli per i lavoratori comunitari; e ciò *a fortiori* all'interno del territorio dell'Unione Europea<sup>75</sup> dal momento che questa istituzione internazionale presenta caratteri sempre più federali. Al fine di evitare che dallo spostamento derivi un drammatico precipitato lavoristico sarebbe sufficiente impedire che gli ordinamenti giuridici possano concorrere tra loro offrendo condizioni diverse per lo stabilimento delle imprese, attraverso l'imposizione di regole legali ed inderogabili che stabiliscano condizioni paritarie di concorrenza<sup>76</sup> con

---

<sup>74</sup> PERULLI, A. E MARRELLA, F., *Manifesto di Venezia per la regolazione della globalizzazione economica. La globalizzazione virtuosa* in RIDL., 2009, III, p.341 e ss.

<sup>75</sup> Per una ricostruzione del rapporto tra diritto del lavoro comunitario e concorrenza con particolare attenzione alle diverse modalità di manifestazione dell'incidenza della concorrenza sul diritto del lavoro in funzione dei diversi settori normativi del Trattato si veda MELIADÒ, G., *Concorrenza e politiche sociali*, op. cit., pp. 281-301, in cui peraltro, si parla già di libera circolazione delle imprese di servizi e dell'impatto di tale circolazione sul diritto del lavoro.

<sup>76</sup> Fanno notare AHLBERG, K., BRUUN, N., MALMBERG, J., *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, in *Tansfer*, n. 2, 2006 pp. 157 – 158, in uno dei primi saggi sui casi *Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit., e *Viking* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.), che il problema che oggi si presenta sotto forma di concorrenza tra imprese che operano sul medesimo territorio ma assoggettate a diverse normative diverse e con differenziali di costo del lavoro, per la dottrina lavoristica non è affatto nuovo. Il medesimo problema infatti, sebbene sotto altra forma, si era già posto all'interno dei territori nazionali nei sistemi di contrattazione collettiva non *erga omnes*. Il problema attuale costituisce dunque una diversa declinazione del dibattito teorico mirante all'identificazione di un meccanismo che impedisca alle imprese di reputare più conveniente sottrarsi alla contrattazione collettiva piuttosto che concludere i contratti. In altri termini, in un sistema in cui la contrattazione collettiva non conosce meccanismi di estensione *erga omnes* le



applicazione globale o regionale-comunitaria. Tali regole esistono già nella struttura dei trattati: sono le modalità regolative della libertà di circolazione dei lavoratori e della libertà di stabilimento. La parità di trattamento tra lavoratori assolve in questo contesto, dunque, una duplice funzione: d'un canto la protezione dei lavoratori coinvolti nella situazione di prestazione di servizi e dall'altro la protezione dei mercati del lavoro nazionali, impedendo fenomeni di *dumping sociale*.<sup>77</sup> Siffatto risultato è stato sfiorato dall'ordinamento comunitario con la pronuncia *Rush Portuguesa*<sup>78</sup>, accolta per questa ragione con particolare favore dalla dottrina<sup>79</sup>.

Di contro, in assenza di un terreno comune di regolazione e permanendo l'applicazione della disciplina attualmente congegnata per le

---

imprese che non concludono contratti collettivi possono offrire il prodotto finale ad un prezzo inferiore perché spendono meno per retribuzioni, previdenza e dispositivi di sicurezza e ciò potrebbe indurle a sottrarsi alla contrattazione per essere maggiormente competitive. E' il medesimo approccio che potrebbero adottare le imprese che delocalizzano in paesi con standard sociali inferiori la produzione e che prestano successivamente servizi nei paesi a più alti *standards* sociali. Il meccanismo di soluzione della problematica attuale - ad avviso di questi autori - dovrebbe dunque essere quello che tradizionalmente gli Stati europei hanno adottato per risolvere la problematica tradizionale: o la previsione legale del salario minimo o meccanismi giurisprudenziali o di altro tipo di estensione *erga omnes* degli effetti della contrattazione collettiva.

<sup>77</sup> In tal senso anche GIUBBONI, S., *Libertà di circolazione dei lavoratori e la libera prestazione dei servizi nell'ordinamento comunitario: dall'art. 39 del Trattato CE alla Direttiva 2006/123*, URGE WP, n. 1/2009, p. 4 ora in *Competitività, flessibilità del mercato e diritti fondamentali dei lavoratori. Atti del convegno nazionale di Ascoli Piceno*, 20-21 marzo 2009. Ma sul punto, dettagliatamente, anche DAVIES, P., *Posted workers: Single Market or protection of national labour law systems?* in *Common Market Law Review*, n. 34, 1997, p. 600

<sup>78</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, in *Racc.* 1990, I-1417

<sup>79</sup> Si veda in particolare l'entusiasmo di ROCCELLA, M., *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, 1997, p. 30 che afferma risolutamente “*quello che la Corte ha voluto dire, in definitiva, è che la concorrenza fra le imprese, nel quadro della disciplina comunitaria della libera prestazione di servizi, non deve necessariamente comportare, all'interno dei singoli mercati nazionali del lavoro, l'accettazione di effetti di social dumping*”. In realtà, l'entusiasmo andava contenuto dal momento che l'innegabile vantaggio derivante dall'applicazione di questa giurisprudenza fu pagato ad un caro prezzo: l'ammissione che nel caso di prestazione di servizi lo spostamento di lavoratori venisse incardinato nella disposizione relativa alla prestazione dei servizi e non alla libera circolazione dei lavoratori. Affermazione apparentemente irrilevante ma, come vedremo, con imponenti conseguenze.

prestazioni di servizi: ogni temporanea esportazione di manodopera oltre frontiera mediante la schermata dell'effettuazione di una prestazione di servizi determinerà “una esportazione dei modelli di regolazione del rapporto di lavoro propri dello Stato di origine del prestatore di servizi”, che si porranno in concorrenza con i modelli esistenti nel paese ospitante, in spregio di quanto da sempre previsto con il principio di territorialità del diritto del lavoro.<sup>80</sup>

Ciò innesca un meccanismo di concorrenza sleale tra imprese nazionali e straniere: unicamente a queste ultime sarà, infatti, concesso di disfarsi delle normative lavoristiche che ritengono possano sfavorirle nella loro prestazione di servizi con evidente meccanismo di discriminazione alla rovescia<sup>81</sup>. Si giungerebbe così alla tanto agognata universalizzazione del discorso dei diritti e si avrebbe modo di concretizzare quella opzione teorica di un “ordine giuridico dei mercati”<sup>82</sup> che sovverta l'attuale tendenza alla realizzazione di un “mercato degli ordini giuridici”.

L'operazione presenta enormi effetti benefici anche dal punto di vista economico<sup>83</sup> in termini di concorrenza leale<sup>84</sup>, poiché tutti gli operatori economici che opereranno su un mercato sarebbero costretti all'osservanza delle medesime condizioni: in primo luogo sopportando un costo del lavoro che sia uguale *ex ante* per tutti gli imprenditori<sup>85</sup>.

---

<sup>80</sup> BANO, F., *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, op. cit., p. 31

<sup>81</sup> LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero ai tempi della libera circolazione*, op. cit., p. 18

<sup>82</sup> La locuzione è tratta da IRTI, N., *Geodiritto*, op. cit., p. 467, e viene posta in contrasto con quella inversa di “mercato degli ordini giuridici” che incarna perfettamente il fenomeno che si sta producendo in questo momento sul territorio comunitario. Infatti, in questa seconda ipotesi, gli stessi ordinamenti giuridici diventano beni di mercato che posti in concorrenza possono essere scelti dagli attori economici.

<sup>83</sup> In tal senso, AHLBERG, K., BRUUN, N. e MALMBERG, J. *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, op. cit.

<sup>84</sup> In mancanza le imprese nazionali rischierebbero, ad esempio, di non riuscire più ad aggiudicarsi alcuna gara d'appalto perché in nessun caso potrebbero realizzare un prezzo altrettanto competitivo pur garantendo ai lavoratori condizioni di lavoro superiori; questo avrebbe dovuto indurre la Corte a ragionare diversamente in *Ruffert*. L'esempio è tratto da LYON CAEN, A., *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, op. cit.

<sup>85</sup> Correttamente, infatti, PALLINI, M., *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea - Corte di Giustizia Ce, 18 dicembre 2007, causa C-341/2005 Corte di Giustizia Ce, 11 dicembre 2007, causa C-348/2005* in *Rivista giuridica del*

Peraltro, milita in tal senso anche l'argomento che dimostra che non vi è una correlazione necessaria tra condizioni lavorative più svantaggiose ed efficienza, anzi, all'opposto, i lavoratori che prestano attività lavorativa in un contesto con ampie tutele sono indotti ad aumentare la produttività e i datori di lavoro a razionalizzare l'attività produttiva attraverso operazioni di ristrutturazione che evitino dispersioni improduttive.<sup>86</sup>

Purtroppo, nonostante dette conclusioni, le decisioni assunte in ambito comunitario sembrano aver intrapreso un diverso cammino, e ne è testimonianza l'abbandono dell'iniziale approccio "armonizzatore" teso a livellare le condizioni della concorrenza sul territorio comunitario a favore di un approccio basato sul mutuo riconoscimento<sup>87</sup>.

Veniamo ora a fornire qualche cenno sulla nuova immagine di impresa che preme verso la generazione di fenomeni come quelli dei quali ci occuperemo nel proseguo. Si ritiene che l'impresa per essere più

---

*lavoro e della previdenza sociale*, n.1, 2008. parla di utilizzo abusivo delle norme sulla libera circolazione delle imprese quando la Corte legittima che, mediante l'azione giudiziaria basata sugli articoli 43 e 49 TCE, ora 49 e 56 TFUE, si consente di considerare contraria al diritto comunitario (ora dell'UE) una normativa lavoristica espansiva nei riguardi del bagaglio di diritti dei lavoratori o una certa modalità di esercizio dell'azione collettiva per ottenere la parità retributiva di tutti i lavoratori che prestino attività lavorativa nel medesimo territorio. In un'analoga prospettiva si pone anche CONSIGLIO, N., *Sull'abuso della libertà di circolazione delle imprese e sulla competenza della corte di giustizia CE in materia sindacale op. cit.*, p. 970 che anzi si incarica di compiere proprio un'analisi sul rapporto tra la libera circolazione delle imprese e un utilizzo abusivo delle norme del diritto comunitario. In tal senso anche CORTI, M., *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2008, 1 che parla di un "utilizzo se non proprio abusivo quanto meno strumentale del diritto comunitario per scardinare disposizioni sgradite del diritto interno" p. 275

<sup>86</sup> Su questo punto si veda MAYO, E., ROETHLISBERGER, F.J., BARNARD, C.J. *Ideologia e politiche per il rendimento e per la soddisfazione del lavoro in Impresa al plurale*, n. 10, 2002, pp. 151 e ss. interessante rilettura di classici sul rapporto tra impresa e fattore lavoro.

<sup>87</sup> Il mutuo riconoscimento si fonda su un approccio della Corte di Giustizia, esplicitato in *Cassis de Dijon* (Corte di Giustizia, Sentenza *Rewe-zentral Ag contro Bundesmonopolverwaltung Fuer Branntwein*, C – 120/78, cit.) per cui sarebbe interdetto agli Stati di richiedere adempimenti ulteriori oltre quelli cui il produttore è sottoposto nel paese d'origine, salvo siano dettati da esigenze imperative e rispettino il principio di proporzionalità e necessità. Trova, poi, la sua elaborazione teorica come alternativa all'approccio rigido dell'armonizzazione nell'elaborazione della Commissione del Libro Bianco sul Completamento del Mercato interno, cfr. COM(85) 310, cit., p. 20, punto 63.

efficiente deve essere diffusa su più territori, sempre più frammentata, e deve abbandonare l'ottica della produzione per ragionare in termini di servizi acquistati; si capisce quanto in un simile ragionamento incida il pregnante riconoscimento e la salda tutela della libertà di circolazione per l'impresa. Infatti, la tendenza allo sviluppo orizzontale dell'impresa sotto forma di impresa rete e l'opzione volta a valorizzare l'attività in cui si riescono a massimizzare i profitti d'un canto conduce ad un maggior investimento in ricerca e tecnologia volta ad una sempre maggiore specializzazione ma dall'altro impone di passare attraverso il mercato per l'acquisto sotto forma di servizi di tutte le attività diverse da quella in cui ci si è specializzati.

L'impresa in questa ricostruzione appare non più come localizzata in un unico territorio ma diffusa e distribuita su tutto il territorio globale. Ogni filiale viene localizzata nel luogo in cui si possano internalizzare i minori costi e i beni in questi luoghi prodotti vengono acquistati da parte di imprese integrate tra loro. L'impresa si presenta unica dal punto di vista sostanziale ma divisa sotto il profilo formale e lo schema societario viene usato come schermo per sfruttare al meglio la concorrenza tra gli ordinamenti ed in un gioco di specchi l'impresa si moltiplica nonostante svolga la medesima funzione che svolgeva in precedenza l'impresa integrata e pur in coincidenza degli assetti proprietari.

Per realizzare questo obiettivo economico si deve riconoscere nella maniera più ampia possibile all'impresa la possibilità di muoversi sul territorio, di spostare liberamente le proprie merci alla ricerca di nuovi mercati e di spostare anche i lavoratori che in essa siano chiamati ad operare al fine di prestare il servizio che essa offre sul mercato. Cosa che le sentenze *Laval*<sup>88</sup> e *Viking*<sup>89</sup> hanno ampiamente ammesso.

---

<sup>88</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

<sup>89</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.

4. *Globalizzazione economica, integrazione comunitaria e globalizzazione dei diritti*

Il dibattito sulla globalizzazione si protrae ormai da più di venti anni, benché non possa tuttora affermarsi abbia raggiunto risultati certi e condivisi<sup>90</sup>.

Aderendo pienamente alla proposta di Lassandari<sup>91</sup>, sembra opportuno scegliere “*una sobria definizione*” di globalizzazione che sia utile a schiarire la nebulosità del concetto. Orbene, si farà propria la nozione originariamente attribuibile al Pianta<sup>92</sup> che identifica la globalizzazione con quella “*fase del capitalismo moderno iniziata negli anni '80 e caratterizzata da una accelerata integrazione internazionale delle attività economiche, sia nelle forme tradizionali - commercio e investimenti diretti all'estero - sia in forme nuove, come investimenti finanziari a breve termine, speculazioni sui cambi, commercio nei servizi, variegati accordi tra imprese, complessi fluidi di conoscenze e tecnologie*”.

Secondo detta configurazione, il fenomeno troverebbe la propria sorgente nella diffusione delle nuove tecnologie dell'informazione e comunicazione che hanno reso ammissibile una sostanziale diminuzione dei costi di queste attività e dei trasporti, favorendo così una circolazione di beni, servizi, capitali e persone sempre più vasta.

Jeammaud<sup>93</sup> identifica almeno 5 componenti dell'attuale processo di mondializzazione<sup>94</sup>: intensificazione degli scambi commerciali su scala planetaria, intensificazione della concorrenza internazionale, accrescimento del numero e della potenza dei grandi gruppi di imprese transnazionali, globalizzazione delle loro strategie e, sempre più spesso,

---

<sup>90</sup> In tal senso, LASSANDARI, A., *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, op. cit., p. 265

<sup>91</sup> LASSANDARI, A., *ibidem*, p. 266. La nozione è inoltre condivisa da TUSSINO, G., *Impresa transnazionale e rapporti di lavoro*, DML, 2006, p. 168

<sup>92</sup>PIANTA, M., *Globalizzazione dal basso. Economia mondiale e movimenti sociali*, Roma, 2001, p. 11

<sup>93</sup> JEAMMAUDE, A., *La mondializzazione: banco di prova per il diritto del lavoro*, op. cit., p. 55

<sup>94</sup> La definizione di mondializzazione è una variante francese della nozione di globalizzazione interessata a sottolinearne principalmente gli effetti economici.

della stessa organizzazione produttiva, e, infine, globalizzazione finanziaria.

Inoltre, ciò che muta con la globalizzazione è anche l'impresa e la sua capacità di divenire rete, di stringere accordi internazionali: *“l'impresa transnazionale rappresenta la nuova protagonista della scena economica mondiale”*<sup>95</sup>. Il fenomeno di globalizzazione conduce dunque anche ad *“una profonda e strutturale modifica della forma dell'impresa che implica lo sviluppo dei nuovi metodi di organizzazione e di produzione basati sul ricorso alla flessibilità organizzativa e all'outsourcing di rete. Parte integrante del processo di internazionalizzazione della produzione è la delocalizzazione all'estero di una parte o dell'intero processo di produzione”*<sup>96</sup>. Ciò spiega in parte il rilievo che l'analisi di questo fenomeno riveste nel nostro settore.

Il fondamento di questi mutamenti sembra risiedere in una serie di *“dissolvenze”*. Tra di esse va certamente segnalata per le sue interessanti implicazioni nella tematica, la dissolvenza dei confini, sia come categoria concettuale<sup>97</sup> che fisica<sup>98</sup>: nello spazio transnazionale infatti i confini non si definiscono una volta per tutte ma sono cangianti e soggetti a costanti mutamenti. Detta mutevolezza dei confini cagiona, poi, uno sgretolamento delle categorie concettuali tradizionali, come quella di lavoro e non lavoro, e della stessa categoria Stato che perde il proprio ruolo di potere assoluto ed unico referente di normazione, per divenire uno dei poteri all'interno di una più ampia rete<sup>99</sup>.

Lo Stato si trova ad essere sostituito da un fenomeno di deregulation che vede la produzione del diritto concentrarsi nelle mani delle grandi imprese multinazionali<sup>100</sup> e plasmarsi attraverso lo strumento del

---

<sup>95</sup> TUSSINO, G., *Impresa transnazionale e rapporti di lavoro*, op. cit., p. 168

<sup>96</sup> TUSSINO, G., *ibidem*, p. 168

<sup>97</sup> La porosità dei confini influenzerebbe anche la distinzione tra legislatore, deputato alla produzione del diritto e giudice, deputato alla sua applicazione per una sempre maggiore giudizializzazione del diritto, FERRARESE, M. R., *Dalla concorrenza tra ordinamenti giuridici alla competizione giuridica diffusa*, op. cit., p. 139

<sup>98</sup> FERRARESE, M. R., *Le istituzioni della globalizzazione in Globalizzazione e diritto del lavoro*, SCARPONI, S., Giuffrè, 2001, p. 26

<sup>99</sup> FERRARESE, M. R., *ibidem*, p. 27

<sup>100</sup> E' opinione di GALGANO, F., *L'impresa transnazionale e i diritti nazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n. 1, 2005 che l'espressione più propria rispetto a quella di impresa multinazionale, sarebbe transnazionale *“perché rende l'idea di una impresa pur sempre nazionale, avente cioè la nazionalità del suo*

contratto, strumento maggiormente in grado di adattarsi ai nuovi stimoli provenienti dal mercato<sup>101</sup>.

Tra le conseguenze della globalizzazione, infatti, taluni autori<sup>102</sup> individuano anche la creazione di un nuovo sistema giuridico transnazionale, specificamente deputato alla regolazione uniforme dei rapporti commerciali transnazionali e comunemente noto con la definizione di *lex mercatoria*. Inoltre, la creazione di numerose istituzioni dal carattere internazionale deputate al governo della realtà economica internazionale in generale rende la materia della liberalizzazione degli scambi piuttosto soggetta a regolazione.

Analogo fenomeno non ha però riguardato il diritto del lavoro<sup>103</sup>. Nell'interrogarsi sulle ragioni, Arthurs<sup>104</sup>, autorevole esperto del rapporto tra internazionalizzazione dei mercati e diritto del lavoro, ha rinvenuto la risposta, a suo avviso ovvia, in quella che era stata data dagli avvocati del lavoro delle imprese transnazionali alla domanda sull'esistenza di una *lex laboris*, il corrispondente sul piano lavoristico della *lex mercatoria*: no perché il diritto del lavoro è diritto locale.

Dunque, la globalizzazione – che dovrebbe comportare un effetto benefico in termini di universalizzazione del discorso sui diritti<sup>105</sup> – non

---

*capitale di comando, e che tuttavia opera per il tramite di società controllate, che situa fuori dei confini nazionali*", p. 41

<sup>101</sup> RODOTÀ, S., *Diritto e diritti nell'era della globalizzazione* in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, SCARPONI, S., Giuffrè, 2001, p. 46

<sup>102</sup> Si veda ad esempio GALGANO, F., *Lex mercatoria e globalizzazione*, in *Vita Notarile*, 3, 2005, p. 1253 e ss., ma *passim*

<sup>103</sup> Guarda però con ottimismo al futuro, CARUSO, B., *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, ANDREONI, A., VENEZIANI, B. (a cura di), Ediesse, 2009, p. 119 che infatti afferma che "per certi aspetti, la tutela giurisdizionale sovranazionale dei diritti è un processo inevitabile, in ragione del fatto che alla globalizzazione dell'economia tende a seguire inevitabilmente la globalizzazione dei relativi rapporti e quindi anche dei diritti; per altri auspicabile, atteso che soltanto dall'apertura e dalla comunicazione di piani diversi (e di giurisdizioni diverse) di riconoscimento e tutela effettiva dei diritti si può trovare risposta alle nuove domande di giustizia che si impongono sul piano globale"

<sup>104</sup> ARTHURS, H., *Who's Afraid of Globalization? Reflections on the Future of Labour Law*, in *Globalization and the Future of Labour Law*, CRAIG, J. D.R. E LYNK, M. S. (a cura di), Cambridge University Press, 2006, p. 53

<sup>105</sup> È bene precisare che una forma di universalizzazione dei diritti può trarsi dal dialogo tra le Corti che attraverso l'interazione tra le diverse pronunce assicura un innalzamento di tutela. In tal senso CARUSO, B., *I diritti sociali nello spazio sociale*

riesce a pieno a sortire questo effetto perché lascia la regolazione lavoristica nella sfera di competenza nazionale, con i rischi in termini di *race to the bottom* e concorrenza tra ordinamenti sui quali ci siamo già soffermati.

Una piccola spinta in questa direzione può forse identificarsi ma è indubbio che per le norme di protezione dei lavoratori e, ancor più, per i diritti sindacali il cammino è appena intrapreso, lungo e forse non giungerà al traguardo auspicato.

Il vizio principale sembra, dunque, risiedere nel legame indissolubile tra questa categoria di diritti e lo Stato nazionale<sup>106</sup>: nonostante i progressivi spostamenti di competenze al livello sopranazionale, lo Stato nazionale è tuttora indispensabile sia per l'applicazione sia per l'emanazione delle norme relative ai diritti sociali.<sup>107</sup> *I fenomeni di scissione tra luogo di produzione e luogo di commercializzazione dei beni prodotti sono perciò destinati ad amplificarsi progressivamente e con essi ad aumentare le \*distanze\* tra le tutele dei lavoratori, apparentemente garantite dai diritti dei singoli stati, ma spesso assai lontane fra loro nei contenuti pure all'interno di spazi comuni, primo fra tutti quello della stessa Europa unita.*<sup>108</sup>

E infatti, sebbene sia innegabile l'esistenza e il costante sviluppo di una produzione legislativa comunitaria nel campo del diritto del lavoro e una "comunitarizzazione" di alcuni settori di disciplina, ciononostante non v'è dubbio che i sistemi di sicurezza sociale, la disciplina delle relazioni industriali e la contrattazione collettiva sono rimaste legate al modello di Stato Nazionale.<sup>109</sup> Non altrettanto può dirsi per il capitalismo. Esso necessita di mercati sempre più vasti, di consumatori sempre più

---

*sovrana nazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 61/2008, p. 21 ma passim*

<sup>106</sup> D'ANTONA, M., *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?* in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2, 1998, p. 313

<sup>107</sup> Per queste ragioni si finisce per porsi in una "posizione difensiva rispetto all'integrazione sociale europea" che con buoni argomenti viene posta in discussione da CARUSO, B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, op. cit., p. 9

<sup>108</sup> TUSSINO, G., *Impresa transnazionale e rapporti di lavoro*, op. cit., p. 171

<sup>109</sup> M. D'ANTONA. *Sistema giuridico comunitario*, op. cit., p. 25



numerosi: “*la globalizzazione è nell'intrinseca logica del capitalismo*”<sup>110</sup>. L'Unione di oggi mantiene, purtroppo, vividi legami con la Comunità Economica di ieri, e può quindi essere reputata esemplificativa di questa logica; altrettanto vale per la cooperazione internazionale in materia di servizi che nasce per assecondare la vocazione universalista del capitalismo e il suo originario fondamento è una forma di integrazione di tipo economico<sup>111</sup>.

Con le parole di D'Antona potremmo dire che è “*la perdita di efficacia degli strumenti di regolazione nazionale dell'economia e il conseguente interesse degli Stati di trovare sedi transnazionali di regolazione*”<sup>112</sup> alla base della nascita dell'istituzione comunitaria e con essa di tutte le altre istituzioni sovrastatali.

Questa scelta di integrazione minimalista dell'Unione non è mai stata negata dagli studiosi che piuttosto ne hanno indagato i limiti e gli effetti, al punto che Mancini, nel 1989, per delineare i rapporti tra diritti sociali e Comunità Economica Europea utilizzava un'espressione descrittiva alla quale tutt'oggi si può, seppur parzialmente, riconoscere validità, accusando la Comunità di peccare di “*frigidità sociale*”. E ciò in quanto, questa matrice economicista non è mai stata superata da una integrazione di tipo federale, ma semplicemente affiancata da altri obiettivi ed altre priorità, in spregio di quanto erano soliti affermare i teorici della scuola funzionalista. Tra le principali finalità dell'Unione capeggia tuttora la realizzazione di un mercato interno e, indispensabile premessa, è la circolazione dell'impresa e dei fattori della produzione su tutto il territorio comunitario.

A sostegno di ciò sia sufficiente alludere a quel segnale dotato di una sconvolgente forza nella direzione di una integrazione di tipo squisitamente economico: l'ultimo grande allargamento dell'Unione

---

<sup>110</sup> IRTI, N., *Geodiritto*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, fasc. 59, 2005, pag. 29. Molti autori in verità sottolineano questa natura ontologica del capitalismo, già evidenziata a suo tempo da MARX, K., *Manifesto del Partito Comunista*, Londra, 1848

<sup>111</sup> Encomiabile lavoro di ricostruzione delle radici economiche più che politiche della nascita dell'Unione già dalla sua forma embrionale di CECA è stato compiuto da LO FARO, A., *Integrazione Europea*, *op. cit.*, pp. 47-53 .

<sup>112</sup> D'ANTONA, M., *Sistema giuridico comunitario*, *op. cit.*, p. 9

Europea ad Est<sup>113</sup>. L'Europa è adesso a 27 Stati membri, i quali differiscono notevolmente quanto a tradizioni giuridiche e livelli regolativi, e avanza ulteriori prospettive di allargamento verso i paesi della ex – Jugoslavia e verso la tanto discussa Turchia, che, verosimilmente, avverranno nell'arco di un paio di anni<sup>114</sup>.

E' un segnale forte dal momento che ogni allargamento impone all'Unione un nuovo adattamento istituzionale, implica un rallentamento del processo di integrazione per la ricerca di un nuovo equilibrio di poteri e competenze con i paesi di nuova adesione e, di fatto, allontana sempre di più il progetto – ormai forse chimera – di una integrazione di tipo politico.

Dunque, d'un canto si percepiscono le originarie spinte economiciste, dall'altro deve darsi conto della nuova anima più sensibile ai diritti fondamentali che fiorisce in seno all'Unione, sebbene debba constatarsi, con rammarico, non sia ancora giunta ad uno stadio tale da essere suscettibile di arginare una tendenza, soprattutto della Corte comunitaria, ad assecondare taluni diktat del mercato.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Con trattato d'adesione firmato il 16 aprile 2003 è avvenuto il più grande allargamento della storia dell'Unione, sono divenuti membri dieci nuovi stati, quasi tutti facenti parte dell'Europa Centrale ed Orientale: Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Slovacchia, Slovenia, Repubblica Ceca e Ungheria. Con Trattato di adesione del 25 aprile 2005 è stata la volta di Bulgaria e Romania che sono diventati a tutti gli effetti membri dell'Unione Europea dal gennaio 2007.

<sup>114</sup> Hanno presentato richiesta di adesione e costituiscono candidati ufficiali all'Unione Europea la Turchia, la Repubblica di Macedonia e la Croazia – per quest'ultima, peraltro, i tempi di ingresso sembrano essere piuttosto brevi visto che potrebbe divenirne membro già nel 2010; hanno, invece, inoltrato domanda di adesione che ad oggi risulta sospesa: Montenegro, il 15 dicembre del 2008, l'Albania, il 28 aprile 2009, l'Islanda, il 23 luglio 2009. Con altri paesi sono in corso dei negoziati sebbene manchi una formale richiesta di adesione; è il caso degli altri paesi facenti parte del blocco della ex- Jugoslavia (Bosnia- Erzegovina, Serbia, Kosovo) ma anche altri paesi facenti capo al blocco dell'ex Unione Sovietica, quali la Bielorussia, l'Ucraina, etc.

Questa elencazione rende l'idea del fatto che il processo di allargamento è un processo in *feri* e che ad ogni allargamento a paesi non aventi analoghe condizioni di sviluppo dei paesi tradizionalmente membri quanto alla tutela dei diritti umani o dello Stato di diritto, o ancora che non siano caratterizzati da un'economia di mercato attenuata, si allontana progressivamente l'Europa da una prospettiva federale per amplificarne la sua dimensione di zona di scambio.

<sup>115</sup> Infatti, nei casi *Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit., e *Viking* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.), il riconoscimento formale da parte della Corte di

In ossequio a questa nuova prospettiva valoriale, manifestata nuovamente e forse ancor più vigorosamente, con l'adozione del trattato di Lisbona<sup>116</sup>, il volto dell'Unione Europea si presenta come un Giano bifronte che d'un canto propugna la necessità di migliorare le condizioni lavorative dei cittadini europei e estende il proprio intervento settoriale nel campo della tutela delle condizioni di lavoro, con uno specifico occhio di riguardo per i cittadini dei paesi di nuova adozione (in cui i salari sono di gran lunga inferiori a quelli dei paesi vicini<sup>117</sup>), dall'altro lascia che questi paesi sfruttino il proprio vantaggio competitivo, riproducendo all'interno del microcosmo comunitario<sup>118</sup> quanto già avviene sul piano globale.

Non si intende, dunque, disconoscere il ruolo attivo e propulsore dell'istituzione comunitaria nella tutela degli interessi dei suoi cittadini ma si sottolinea soltanto che l'attenzione sarà maggiormente rivolta a quella seconda faccia del fenomeno, che ne mina le tutele, con la fiducia che il dibattito su di essa e sui suoi profili maggiormente problematici possa indurre a mutare la posizione assunta in tale materia per assumere un orientamento di maggiore favore verso i diritti sociali collettivi fondamentali conforme a quello già adottato in altri settori.

---

Giustizia del diritto di sciopero non ha valso a sottrarlo ad un bilanciamento di interessi con la libertà di circolazione vantata dalle imprese. Proprio per questo VENEZIANI, B., *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2008, ha ritenuto di parlare di tale riconoscimento come il Cavallo di Troia dei sistemi di relazioni industriali degli stati membri.

<sup>116</sup> Sul quale si sofferma per evidenziarne gli avanzamenti CARUSO, B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)* WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 81/2010

<sup>117</sup> Le differenze di salario tra un operaio lettone ed un operaio svedese per la medesima attività si assestano su un rapporto 1:7, può, quindi, comprendersi la centralità della questione del *dumping sociale* a seguito dell'ultimo allargamento. Sul problema dell'assenza nel territorio comunitario di una politica volta a garantire ai lavoratori una retribuzione "decente" si veda LO FARO, A., *"Is a Decent Wage Part of a decent Job? Answers from an Enlarged Europe"* WP CSDLE Massimo D'Antona, int. 64/2008

<sup>118</sup> ORLANDINI, G. *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, *op. cit.*, parla di un'Europa divisa in due che emergerebbe anche dalle memorie presentate nelle cause *Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), *cit.*, e *Viking* (C-438/05) dai paesi membri: Uk e paesi dell'est a sostegno delle imprese e paesi occidentali a favore dei sindacati, p. 238

Così non può che evidenziarsi che, attualmente, sul piano globale, ma anche come visto sul piano regionale, le teorie economiche neoliberiste che si rifanno a Ricardo<sup>119</sup> risultano vincenti e diviene opinione comune che la divisione internazionale del lavoro sia un dato positivo per i lavoratori dal momento che attraverso lo sfruttamento dei vantaggi competitivi derivanti dal differenziale del costo del lavoro e delle condizioni lavorative, gli Stati in cui attualmente sono peggiori le condizioni di vita ricevono una nuova spinta allo sviluppo. Inoltre, i paesi maggiormente avanzati che dovrebbero nutrire uno specifico interesse all'innalzamento delle tutele, disponendo già di un bagaglio di diritti molto forte “*disapprovano e combattono a parole*”<sup>120</sup>, troppo influenzati dalle *lobbies* che sfruttano queste dinamiche concorrenziali.

In tale scenario, dunque, la possibilità di sfruttare il differenziale in termini di costo del lavoro e di condizioni del lavoro tra i vari paesi dell'Unione assume a motivazione determinante per l'esercizio del diritto alla libera circolazione e per la sua giustiziabilità davanti alla Corte di Giustizia.

A dette decisioni, orientate alla mera riduzione dei costi, rispondono in maniera altrettanto netta i lavoratori, il cui massimo obiettivo sarebbe ottenere l'universalizzazione del principio di parità di trattamento, o più modestamente la sua universalizzazione nel contesto di stretta

---

<sup>119</sup> La teoria del vantaggio competitivo venne elaborata da Ricardo nel 1817 e costituisce rielaborazione di un concetto già precedentemente espresso da Adam Smith in rapporto alle famiglie e che Ricardo estese ai rapporti tra Stati. Il ragionamento si snoda sulla scelta tra opzione buy ed opzione produce. Secondo Smith dovrebbe prodursi solo ciò che non può trovarsi sul mercato ad un prezzo inferiore, analogamente Ricardo sostiene che gli Stati dovrebbero concentrarsi solo su quei prodotti in cui sono maggiormente competitivi per particolari condizioni di risorse, di capacità produttive, etc. Mentre in un sistema autarchico tutti dovrebbero produrre tutto, con la liberalizzazione degli scambi ognuno può specializzarsi in ciò che gli riesce meglio. Per una concisa ma puntuale ricostruzione della teoria di Ricardo si veda BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU*, Oxford, 2004 p. 4 e ss.

<sup>120</sup> Così si esprime ROMAGNOLI, U., *Il diritto del lavoro nell'era della globalizzazione*, in *Lavoro e Diritto*, n. 4, 2003, p. 574, riferendosi al contesto globale; eppure analoghi argomenti valgono anche sul territorio comunitario a seguito degli allargamenti. Interessante è che la Corte di Giustizia in *Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit., riconosce la legittimità di uno sciopero per impedire che si producano nel proprio ordinamento nazionale effetti di *dumping sociale* anche se poi i *decisa* vanno in tutt'altra direzione.

integrazione comunitaria. Del conflitto tra questi due interessi e tra questi due volti della globalizzazione, il volto arcigno ed il volto umano, si discute in questo elaborato.

Si leggono le recenti decisioni del giudice comunitario come un'occasione mancata per assumere una chiara posizione in materia di parità di trattamento tra i lavoratori sul piano europeo, in particolare sotto il profilo della retribuzione, dei lavoratori che operano su un medesimo mercato, come a gran voce sollecitato dalle associazioni sindacali svedesi<sup>121</sup>. Ed invece, detti casi hanno costituito le occasioni in cui i lavoratori si sono visti negare, mercé un intervento della giurisprudenza che si è sempre fatta portavoce delle istanze dei cittadini comunitari, il diritto di sfruttare l'arma che gli è più propria: l'azione collettiva tesa ad intralciare gli spostamenti delle imprese posti in essere unicamente per lucrare su un differenziale di tutele dei lavoratori.

Così, l'adozione di una decisione apparentemente asettica e neutrale, frutto di una mera traslazione della giurisprudenza sull'articolo 49 TCE ora 56 TFUE alle organizzazioni sindacali, in verità produce ripercussioni ordinamentali piuttosto gravi. La dimensione della protezione internazionale dei diritti umani fondamentali, globale ma anche europea, ha sempre seguito un modello incrementale che si rifiuta oggi al diritto di sciopero, in controtendenza peraltro con quanto aveva fatto anni prima in relazione alla contrattazione collettiva<sup>122</sup>.

---

<sup>121</sup> Confronta il documento presentato dal LO, il sindacato di tute blu svedese, il 22.3.2010 e consultabile al sito <http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidview/E2A56001E93D5F3EC1256E760040952D>

<sup>122</sup> Su questo punto vedi le considerazioni di BRUUN, N., *Economic Policy and Labour Law in The transformation of labour law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, HEPPLER, B. E VENEZIANI, B. (a cura di), Hart Publishing, 2009, p. 55

## **PARTE SECONDA – LA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE DELLE IMPRESE NEI TESTI FONDAMENTALI DELL'ORDINAMENTO DELL'UE E NEL DIRITTO COMUNITARIO DERIVATO**

SOMMARIO: 1. Le libertà di circolazione nei Trattati e la circolazione dell'impresa nel mercato unico - 1.1 - Le libertà di circolazione e i modelli di integrazione eurunitaria - 1.1.1 - Incidenza sul livello di integrazione comunitaria dei modelli di decisione della CGUE sulle libertà fondamentali - 1.1.2 - Modelli di decisione della Corte di Giustizia sulle libertà fondamentali e prospettive teoriche - 1.1.3 - Verso un modello di decisione unitario per tutte le libertà fondamentali? - 1.2 - La libertà di stabilimento - 1.2.1 - Lo stabilimento: cifra caratterizzante dell'ottica di "lungo periodo" - 1.2.2 - Delocalizzazione giuridica, stabilimento fittizio e uso (abuso) della libertà di prestazione di servizi - 1.2.3 - Equilibri ed equilibrismi tra diritto di stabilimento, normativa lavoristica applicabile e circolazione dei prodotti - 1.2.4 - Stabilimento e delocalizzazione produttiva intracomunitaria - 1.3 - La libertà di prestazione dei servizi - 1.3.1 - La libertà di prestazione dei servizi: dalla "residualità" dei trattati, alla "centralità" nel mercato interno - 1.3.2 - La libertà di prestazione dei servizi nel diritto vivente: il paradigma della non discriminazione - 1.3.3 - Segue...la dottrina degli ostacoli - 1.4 - Prestazione dei servizi labour intensive e la libertà di circolazione dei lavoratori - 1.4.1 - Le conseguenze giuridiche derivanti dalla distinzione tra mobilità verso l'impiego e mobilità nell'impiego - 1.4.2 - Rush Portuguesa e la sottrazione del distacco alla mobilità del lavoro - 1.5 - Il confine mobile tra stabilimento e prestazione dei servizi - 1.5.1 - La ratio della distinzione - 1.5.2 - La potestà regolativa dell'host state nei servizi e nello stabilimento - 1.5.3 - Gli indici distintivi - 1.6 - L'efficacia orizzontale degli articoli 56 TFUE e 49 TFUE - 1.7 - La Corte di Giustizia e il "distacco": la giurisprudenza precede la direttiva - 1.7.1 - La giurisprudenza sui contributi previdenziali - 1.7.2 - La giurisprudenza in materia di retribuzione - 1.7.3 - La legittimità ad invocare la tutela dal dumping sociale tra le esigenze imperative - 1.7.4 - La giurisprudenza sulla contrattazione collettiva - 1.7.5 - La giurisprudenza sul regime di autorizzazioni e sui controlli - 2 - La circolazione delle imprese nel diritto secondario - 2.1 - La direttiva sul distacco - 2.1.1 - Osservazioni preliminari - 2.1.2 - Campo di applicazione e nozioni - 2.1.3 - Le finalità della direttiva e la nota stonata della base giuridica - 2.1.4 - La direttiva nel quadro delle fonti di diritto internazionale privato - 2.1.6 - L'apparato di tutele - 2.1.7 - Le indicazioni esegetiche della Commissione - 2.1.8 - La Corte di Giustizia e la funzionalizzazione della direttiva al mercato interno - 2.1.8.1 - Interpretazione "minimalista" vs. parità di trattamento - 2.1.8.2 - La contrattazione collettiva - 2.1.8.3 - Il limite dell'ordine pubblico tra ordine pubblico interno e ordine pubblico "dell'UE" - 2.1.8.4 - Autorizzazioni, controlli e tenuta dei documenti - 2.2 - Dalla Bolkestein alla direttiva sui servizi nel mercato interno

### *1. Le libertà di circolazione nei Trattati e la circolazione dell'impresa nel mercato interno*

Uno degli elementi cardine della teoria economica ordoliberalista è che i fattori della produzione e gli operatori economici possano circolare liberamente su tutto il territorio comunitario. Questa cifra caratterizzante dei sistemi liberisti è riscontrabile anche all'interno dei testi primari del diritto comunitario: i Trattati. Difatti, in essi possono ravvisarsi una serie

di disposizioni espressamente deputate alla tutela delle libertà fondamentali di circolazione.

Delle suddette previsioni, però, la Corte di Giustizia ha nel tempo fornito una esegesi mutevole: infatti, le medesime normative che all'inizio del percorso comunitario venivano adoperate per favorire un'integrazione del mercato nell'ottica di un'armonizzazione delle legislazioni dei paesi membri, sono oggi richiamate – e in alcune occasioni potremmo dire strumentalizzate – da imprese ed imprenditori per rimarcare il loro diritto alla libera circolazione, scardinando normative statuali di protezione dei lavoratori e diritti fondamentali delle loro organizzazioni, secondo un'ottica propriamente di integrazione negativa.

Peraltro, l'assenza di una chiara linea di demarcazione tra i margini applicativi delle diverse libertà ha dimostrato che nei riguardi di singoli casi concreti esse possano trovarsi in situazione di conflitto di competenza positivo e avanzare entrambe sincroniche aspirazioni regolative nei confronti della medesima situazione fattuale.

Il compito del presente capitolo è allora quello di fornire le coordinate per orientarsi nell'analisi delle libertà fondamentali che vengono in rilievo nella tematica trattata, al fine di verificare quali cambiamenti ermeneutici possono registrarsi dalle origini fino ai giorni nostri.

Il primo proposito che ci si pone è quello di far luce sull'evoluzione esegetica che si cela dietro tali mutamenti, di cui artefice primario è senza dubbio il giudice comunitario. Nella formulazione originaria dei trattati tutte le forme di libertà di circolazione giocavano un ruolo fondamentale ed erano analogamente regolate: eppure, a ciascuna di esse, la Corte di Giustizia aveva ricollegato un diverso statuto giuridico. I redattori del trattato avevano attribuito particolare valenza alla disamina di tali libertà poiché funzionale all'attuazione del progetto di unificazione economica dell'Unione; il giudice comunitario attraverso la stratificazione di casistica giurisprudenziale le ha costantemente rafforzate, seppur in maniera differenziata.

Inevitabile il richiamo a quelli che hanno rappresentato i fondamenti teorici (Cfr. Par. 3.2) di questa attività ricostruttiva da ravvisarsi nella

teorica dalla scuola funzionalista<sup>123</sup>, il cui archetipo era la necessità di una strutturazione completa del mercato comune per dar la luce ad un ideale di integrazione politica. Detto sostrato teorico pare abbia ricevuto la piena adesione da parte del giudice comunitario, il quale si è mostrato consapevole, soprattutto negli anni '90, del fatto che il suo compito primario era quello di assicurare massima efficacia a queste libertà.

La Corte ha però differenziato i trattamenti muovendosi in maniera più circospetta in relazione alle libertà che maggiormente ingeneravano conflitto sociale. In particolare, degno di interesse è in questo contesto rilevare che una diversa disciplina giuridica è stata assicurata alla mobilità del fattore lavoro rispetto alla mobilità delle imprese. A testimonianza di ciò, basti osservare, infatti, che nei recenti trattati di adesione di nuovi paesi comunitari in occasione di allargamenti dell'Unione Europea se alla libertà di circolare sul territorio comunitario delle imprese non viene apposto alcun limite, viceversa, limitazioni sono apposte alla circolazione dei lavoratori<sup>124</sup>.

In un ordine strettamente temporale la prima libertà di circolazione a ricevere le attenzioni del giudice comunitario è stata la libertà di circolazione delle merci, data l'essenzialità della più quanto mai ampia commerciabilità dei beni sul territorio dell'Unione in vista del perseguimento del progetto di creazione del mercato unico.

In tale settore, la Corte ha sposato, sin dai primi casi sottoposti al suo esame, un approccio di mutuo riconoscimento, imponendo agli Stati di non rimettere in discussione le caratteristiche di fabbricazione di un bene che sia stato lecitamente prodotto in uno degli Stati membri, costringendoli così ad una reciproca fiducia<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> BARNARD, C., *Employment Rights, Free Movement under the EC Treaty and the Services Directive*, Europa Institute Mitchell Working Paper Series, del maggio 2008, consultabile on line su [http://www.law.ed.ac.uk/file\\_download/series/44\\_employmentrightsfreemovementundertheectreatyandtheservicesdirective.pdf](http://www.law.ed.ac.uk/file_download/series/44_employmentrightsfreemovementundertheectreatyandtheservicesdirective.pdf), p. 2

<sup>124</sup> CONSIGLIO, N. *Sull'abuso della libertà di circolazione delle imprese e sulla competenza della corte di giustizia CE in materia sindacale*, op. cit., p. 970

<sup>125</sup> MALMBERG, J. E JONSSON, C.M., *National Industrial Relation v. Private International Law – A Swedish Perspective*, in *EU Industrial relations v. National Industrial Relations. Comparative and interdisciplinary perspectives*, MIA RÖNNMAR (a cura di) Kluwer 2008



Rispetto alle altre libertà il giudice si è invece mosso in maniera più cauta.

Negli anni novanta però molti autori<sup>126</sup> hanno rilevato una soluzione di continuità nella giurisprudenza del giudice comunitario: a parere di costoro, in quegli anni, il paradigma di giudizio del giudice comunitario sarebbe mutato per intraprendere un percorso il cui punto di arrivo sarebbe un approccio unitario nei confronti di ogni forma di esercizio della libera circolazione.

Per alcuni detto modello unitario sarebbe quello della verifica sulla sussistenza di ostacoli al *market access*<sup>127</sup>, per altri invece si tratterebbe della elaborazione di una nuova definizione per la nozione di discriminazione<sup>128</sup>. Nel capitolo che segue si darà conto di tale mutamento e si tenterà di prendere una posizione nella diatriba tra approccio unitario e autonomo.

Per ciò che invece maggiormente rileva nel nostro ristretto ambito di analisi, si procederà all'approfondimento dei caratteri e delle relazioni tra le due libertà che vengono a rilevanza nel caso di mobilità dell'impresa: la libertà di stabilimento, ossia la possibilità di spostare la propria sede aziendale in qualsiasi paese comunitario, materialmente delocalizzando la produzione, o di creare una sede secondaria in uno di questi paesi, delocalizzando fittiziamente, e la libertà di prestare servizi all'estero, ossia, previo stabilimento in uno dei paesi comunitari, a sede invariata, la fornitura di servizi su tutto il territorio comunitario.

E' di immediata evidenza come le due libertà siano davvero limitrofe. Primaria questione sarà evidenziare il confine tra queste due libertà: in difetto di una chiara definizione dello stabilimento e della prestazione dei servizi non è infatti scontato che riescano ad individuarsi i casi in cui debba trovare applicazione l'una o l'altra.

Occorre, peraltro, dar conto del fatto che, in origine ed almeno in astratto, il *discrimen* tra tali due forme giuridiche di prestazione

---

<sup>126</sup> Si veda per tutti LO FARO, A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008

<sup>127</sup> BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU*, op. cit.

<sup>128</sup> SPAVENTA, E., *From Gebhard to carpenter: towards a (non-)economic European constitution*, op. cit.

intracomunitaria di “*attività non salariate*” era piuttosto netto, dovendosi distinguere tra natura temporanea dell’attività di prestazione di servizi e prospettiva duratura nello stabilimento. A ciò si aggiunga l’espressa previsione che sanciva il carattere residuale della libera prestazione dei servizi rispetto alla generale applicabilità dello stabilimento. Eppure, la tradizionale decisa partizione tra le due tipologie di attività è stata erosa dalla costante attività interpretativa del giudice comunitario, al punto che, oggi, esse appaiono per certi versi intercambiabili.

La distinzione in ogni caso si dimostra significativa solo ove si accerti che dall’inquadramento in una libertà piuttosto che nell’altra ne discendano specifiche conseguenze giuridiche in termini di diverso trattamento giuridico ad esse riservato. Infatti, solo ove si verifichi che permangono delle differenze tra i requisiti richiesti per l’esercizio dell’una e i vincoli statuali opponibili all’altra libertà si beneficerebbe dell’attività di perimetrazione<sup>129</sup>.

Dunque il presupposto logico da cui muovere è l’indagine sul regime giuridico chiamato a governare le due libertà. In questa sede, si riferirà sui profili di interesse strettamente lavoristico, guardando all’analisi delle libertà fondamentali non dal punto di osservazione dell’osservatore comune ma con un fuoco lavoristico. Si intende che le libertà fondamentali saranno indagate con il preciso scopo di verificare in che modo di esse possono avvalersi le imprese per aggirare le normative nazionali a tutela dei lavoratori in un mercato comune sempre più caratterizzato da una concorrenza tra ordinamenti. Inoltre, si valuterà l’incidenza di decisioni comunitarie che apparentemente nulla avrebbero a che fare con l’ordinamento lavoristico ed invece sono suscettibili di condizionare sensibilmente il punto di equilibrio raggiunto tra

---

<sup>129</sup> Oggi la disciplina delle due libertà di stabilimento e prestazione dei servizi è confluita in un unico testo di diritto comunitario derivato, la Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, pubblicata in Gazzetta Ufficiale L376/36 del 27 dicembre del 2006. La direttiva si compone di due parti la prima rivolta alle imprese che prestino servizi che vantino il loro diritto di stabilimento e la seconda attiene alla libertà di circolazione delle imprese finalizzata alla prestazione dei servizi in Stati diversi da quello di stabilimento. La trattazione nello stesso documento delle due libertà avvalorata la tesi di una ricostruzione unitaria. Per un commento della direttiva all’indomani della sua approvazione si veda PALLINI, M. *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di dumping sociale nell’Unione europea*, op. cit.

regolazione dell'*host state* e dell'*home state*. Imprescindibile premessa è l'identificazione del nodo teorico principale rappresentato dall'impatto che una diversa articolazione del rapporto tra regolazione dell'*host state* e regolazione dell'*home state* può produrre sui sistemi domestici di diritto del lavoro.

A seguire, tracciati i confini interni alla nozione di libera circolazione delle imprese, si tratteranno i suoi confini esterni, con particolare riguardo alle aree di potenziale sovrapposizione tra libera prestazione dei servizi e libera circolazione dei lavoratori.

Sebbene nella tesi ci si occuperà più volte della tematica della mobilità intracomunitaria dei lavoratori nel quadro di una prestazione di servizi, non ci si soffermerà ad analizzare quelle ipotesi in cui, benché vi sia una mobilità transfrontaliera nell'ambito di una prestazione di servizi, la circolazione riguardi lavoratori altamente qualificati<sup>130</sup>. Sebbene, infatti, indubbiamente essa costituisca una manifestazione di una attività di integrazione tra imprese e rafforzamento della sua matrice internazionale, la situazione non pone problematiche specifiche dal punto di vista adottato dell'impatto sugli ordinamenti lavoristici e sui diritti dei lavoratori "*debol*", data la singolare posizione di forza contrattuale di cui godono questi lavoratori.

Oggi, nell'ordinamento giuridico comunitario alle imprese è riconosciuta la libertà di spostarsi su tutto il territorio, vuoi per mutare definitivamente la propria sede, vuoi per creare una sede secondaria, vuoi, infine, per prestare temporaneamente un servizio. Il mutamento della propria sede o la creazione di una succursale è tutelato dall'articolo 43 TCE, oggi articolo 49 TFUE. La prestazione transnazionale di servizi è invece garantita dall'articolo 49 TCE, oggi articolo 56 TCE. Queste libertà strutturate per essere rivolte ai singoli, in virtù dell'articolo 46 TCE possono conferire diritti anche alle persone giuridiche<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Questa forma di mobilità viene invece esaminata nel saggio di LO FARO, A., "*Turisti e vagabondi*": *riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*", *op. cit.* pp. 445 e ss.

<sup>131</sup> CONDINANZI M., LANG A., NASCIBENE B., *Cittadinanza dell'Unione e Libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, p. 143 sottolineano che *le norme del trattato sembrano in realtà considerare innanzitutto la posizione della persona fisica, pur estendendone l'applicazione alle società*

La diversità di caratteristiche tra i soggetti che vantano queste libertà è in grado di condizionarne la configurazione: qualora si trattasse di lavoratori autonomi<sup>132</sup>, infatti, le principali controversie giuridiche deriverebbero dalla richiesta di un riconoscimento dei titoli. Nel caso di imprese, al contrario, la questione giuridica si origina dalle modalità con le quali si attua lo spostamento di un'impresa, ossia il trasferimento delle sue strutture, che indebolisce il tessuto produttivo del paese d'origine dell'impresa, e, soprattutto, da quella particolare forma giuridica di mobilità che implichi il mutamento di sede dei lavoratori che prestano la propria attività per l'impresa in mobilità. L'attribuzione di una simile libertà a soggetti che svolgono un'attività economica organizzata sottraendola di fatto ai poteri regolativi degli stati nazionali è infatti suscettibile di entrare in collisione con gli interessi dei lavoratori da diverse angolature. Nell'ambito della libertà di stabilimento, alla circolazione dell'impresa non fa da *pendant* una corrispondente mobilità transfrontaliera dei lavoratori<sup>133</sup>.

L'impresa che invoca la norma sullo stabilimento normalmente non creerà problemi internazionalprivatistici aventi ad oggetto i rapporti di lavoro, dal momento che essa è normalmente interessata all'assunzione diretta nel luogo in cui provvederà a stabilirsi. Nondimeno, da tale situazione si originano talune problematiche di diritto del lavoro: esse investono le possibilità di sottoporre a controllo di queste operazioni che spettano sia allo Stato il cui territorio viene abbandonato sia ai sindacati del paese in cui avviene la chiusura dello stabilimento. Problemi che hanno costituito lo scenario in cui si innesta il caso *Viking*<sup>134</sup>. In suddetto caso, infatti, lo sciopero o anche il tentativo di subordinare il progetto alla previa contrattazione sul punto sembra porsi in contrasto con il diritto di stabilimento costituendo nell'argomentare della Corte di Giustizia una restrizione non giustificata a tale diritto.

---

<sup>132</sup> Sulle quali vedi per tutti NOGLER, L., *Le attività autonome*, op. cit.

<sup>133</sup> In tal senso, PIZZOFERRATO, A. *Libertà di concorrenza fra imprese: i vincoli del diritto sociale*, in *Diritto del lavoro, Commentario, Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, CARINCI, F., PIZZOFERRATO, A., (a cura di), UTET, 2010, p. 186

<sup>134</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, cit.

Ove invece si invochi il diritto a prestare un servizio transfrontaliero, la mobilità dell'impresa finisce per coincidere con l'attività lavorativa di chi presta il servizio<sup>135</sup>, soprattutto nei casi di servizi labour intensive. In detta ipotesi le principali problematiche saranno internazionalprivatistiche (quale è la legislazione applicabile ai lavoratori distaccati), ma anche in questo caso potrebbe sorgere ed è sorta la questione dell'ambito di legittimità riservato allo sciopero.

Interessante è inoltre considerare la combinazione tra queste due situazioni data dalla sommatoria tra stabilimento fittizio in un paese ad inferiori standard sociali al fine di poter esportare all'estero la disciplina del paese d'origine, prestando servizi nell'intero territorio. Se infatti l'assunzione avviene in un luogo con inferiori standard sociali e detti lavoratori sono inviati a prestare attività lavorativa all'estero, la primaria questione sarà data dalla transnazionalità della prestazione lavorativa verso la quale avanzano pretese regolative due sistemi: quello dello Stato d'origine e quello dello Stato ospitante. Così la norma relativa alla libera prestazione dei servizi viene invocata al fine di richiedere la disapplicazione della normativa lavoristica del paese ospitante.

Al fine di sopperire all'incertezza regolativa generata da una costante ermeneutica favorevole alla rimozione di normative di protezione dei lavoratori dello stato ospitante, il legislatore comunitario ha adottato un apposito strumento di normazione secondaria, la direttiva sul distacco, al fine di governare la prestazione lavorativa che sia svolta nell'ambito di una prestazione di servizi (che sarà trattato nel Cap. 2) che ha però dato prova di una sostanziale incapacità di chiarire effettivamente tali condizioni lavorative.

---

<sup>135</sup> In verità non si tratta dell'unica forma di mobilità possibile nell'impresa frazionata, come ampiamente argomentato da LO FARO, A. *«Turisti e vagabondi»: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini» op. cit.*, pp. 43 e ss., il quale analizza nello stesso saggio la mobilità transnazionale dei lavoratori per così dire "scelta" "che risponde per lo più a logiche di carriera piuttosto che di migrazione. Una mobilità, insomma, più da turisti che da vagabondi" e quella "subita" dei lavoratori che si spostano a prestare servizi labour intensive con l'impresa che li distacca.

La già illustrata funzione della locuzione “*libertà di circolazione delle imprese*”<sup>136</sup> dunque concede con il ricorso ad una formula abbreviata, di riferirsi sincronicamente all’esercizio di due libertà che trovano tutela nei trattati e che possono essere unitariamente trattate sotto il profilo funzionale: la libertà di stabilimento (art. 43 TCE ora ) e la libertà di prestazione dei servizi (art. 49 TCE ora articolo 56 TFUE).

Le due libertà, nella nostra materia, si intersecano dal momento che la Corte di Giustizia ha correlato alla nazionalità dell’imprenditore ed alla sede di stabilimento della sua società effetti ulteriori rispetto a quelli che genericamente derivavano dall’applicazione del diritto comunitario. Il fondamento di questi effetti è da ravvisare nell’obbligo imposto dal giudice comunitario agli Stati membri di rimuovere non soltanto quelle normative che riservano un differente trattamento per gli stranieri ma financo ogni disposizione nazionale, sebbene indistintamente applicabile, che possa ostacolare la prestazione di servizi o lo stabilimento così, di fatto, sottoponendo a screening tutta la normativa nazionale. In tal guisa, la libertà di circolazione riconosciuta alle imprese giunge a vanificare un principio generale del diritto comunitario che deriva dalla convenzione di Roma, ossia il principio di territorialità della legislazione del lavoro applicabile, esponendo anche la legislazione lavoristica al rischio di una concorrenza al ribasso secondo il meccanismo già menzionato nella prima parte al paragrafo 3.1.<sup>137</sup>

La libertà di circolazione delle imprese va infine posta in correlazione con il quadro globale di riferimento: il ruolo da protagonista che spetta alla libertà di concorrenza nell’ordinamento comunitario, in qualità di espressione delle istanze liberiste che animano l’ordinamento comunitario e, più in generale, nell’intero globo a causa della internazionalizzazione dei mercati (cfr. prima parte della tesi par. 3.3).

I Trattati specchio di una logica liberista hanno previsto un’intera rosa di norme finalizzate alla garanzia del rispetto delle regole della libera

---

<sup>136</sup> L’espressione trova antecedenti in dottrina ad esempio nel saggio di CONSIGLIO, N., *Sull’abuso della libertà di circolazione delle imprese e sulla competenza della corte di giustizia CE in materia sindacale*, op. cit., pp. 969-975

<sup>137</sup> DEAKIN, S., *Regulatory competition in Europe after Laval*, WP no. 364, Centre for Business Research, University of Cambridge, June 2008, p. 9, ora in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n. 10, 2008, pp. 581 e ss.

concorrenza nella circolazione di beni e servizi<sup>138</sup>. Vi si rinvencono infatti norme riconducibili alla libertà di impresa in generale: norme sulla concorrenza tra le imprese e sugli aiuti di stato, serventi rispetto alla liberalizzazione degli scambi che è a sua volta attuata attraverso norme che tutelano la circolazione dei fattori della produzione – libertà di circolazione dei lavoratori e dei capitali – e la circolazione dei prodotti – libertà di circolazione delle merci. In precedenza, dunque, si erano già create altre occasioni di tensione tra normative a protezione della concorrenza sul mercato e materia lavoristica, che avevano palesato la potenzialità delle prime di travolgere le normative lavoristiche nazionali, dal che ha avuto origine la ormai risalente tesi dell'infiltrazione del diritto comunitario nel diritto del lavoro<sup>139</sup>.

Nel settore delle libertà fondamentali, ciò è avvenuto con la giurisprudenza sulle merci<sup>140</sup>. A quel filone giurisprudenziale, iniziato già dalla fine degli anni 70 e definitivamente assestatosi sul finire degli anni 90, è opportuno guardare come modello di ispirazione per la successiva giurisprudenza sui servizi, date le profonde analogie strutturali nel trattamento delle due libertà, quasi quel terreno fosse il banco di prova delle più recenti osservazioni sull'articolo 49 TCE (ora 56 TFUE). All'inizio, infatti, la piena attuazione del mercato interno è passata attraverso l'affermazione di un'incondizionata libertà di circolazione delle merci, laddove, più di recente, è apparso indispensabile – e lo è divenuto viepiù oggi che i servizi costituiscono il 70 per cento del Prodotto interno lordo dei paesi comunitari e dei posti di lavoro<sup>141</sup> – puntare tutto sul potenziamento delle disposizioni a tutela dello stabilimento e della prestazione di servizi.

Stabilimento e servizi che nella più recente giurisprudenza sono assimilabili sotto il profilo del trattamento. Allo stabilimento si estende infatti la formula *Sager* con obbligatoria verifica che ciascuna disposizione

---

<sup>138</sup> TROIANIELLO, P., *Lo stabilimento delle società nell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 10

<sup>139</sup> LYON-CAEN, G., *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, 1992, p. 313

<sup>140</sup> Se ne è occupato Orlandini, G., sciopero e merci

<sup>141</sup> Il riferimento è contenuto in uno dei considerando (n. 4) della Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, cit.

che lo stato ospitante voglia applicare sia giustificata, proporzionata e necessaria, mentre prima si tendeva, al fine di conseguire il medesimo risultato, a estendere l'ambito applicativo della libertà di prestazione dei servizi a spese dello stabilimento che stava divenendo quasi una ipotesi residuale.

Ad ogni modo, ciò che nella tradizionale configurazione giurisprudenziale dei rapporti tra libertà costituita *trait d'union* tra la libertà di circolazione dei lavoratori e la libertà di stabilimento - e che in una certa misura è stato preservato anche dalla giurisprudenza successiva - è che la regola tendenzialmente generale era quella del trattamento nazionale dello Stato in cui si opera, laddove la prestazione di servizi è invece la formula che contiene in sé una maggiore potenzialità liberalizzatrice perché impone l'abolizione delle restrizioni<sup>142</sup>.

Dunque, l'impresa che si spostava all'estero per un tempo superiore ad una molto ristretta porzione di tempo si considerava già stabilita con conseguente assoggettamento alla medesima disciplina cui erano sottoposte le imprese nazionali ed i suoi lavoratori venivano considerati lavoratori "mobili" e dunque soggetti all'articolo 39 TCE ora 45 TFUE:

Ciò importa che ove si ricostruisca la fattispecie di mobilità transfrontaliera del lavoro nell'ambito di una prestazione di servizi in termini di libertà di prestazione del servizio dovrà sempre osservarsi la giurisprudenza basata sulla formula *Sager* - occorrerà pertanto che la singola disposizione a protezione dei lavoratori del paese di destinazione superi il cosiddetto test di necessità e proporzionalità - mentre laddove si ravvisi che ogni forma di mobilità di prestazione transnazionale del lavoro vada inquadrata nella libertà di circolazione dei lavoratori, il trattamento dei lavoratori stranieri dovrà essere pari a quello dei comparabili nazionali. Una volta sfumati i confini tra prestazione di servizi e mobilità transfrontaliera del lavoro ed inquadrata quella "temporanea", col beneficio d'inventario che spetta alla definizione, nell'articolo 49 TCE, ora 56 TFUE, ciò vorrà dire applicazione della giurisprudenza sui servizi e, per il campo lavoristico, direttiva sul

---

<sup>142</sup> GIUBBONI, S., *Libertà di circolazione dei lavoratori e la libera prestazione dei servizi nell'ordinamento comunitario: dall'art. 39 del Trattato CE alla Direttiva 2006/123, op. cit.*, p. 3



distacco. Si spiega perché diviene così importante individuare il punto di equilibrio in questa direttiva stabilito.

### *1.1 Le libertà di circolazione e i modelli di integrazione eurunitaria*

Le libertà fondamentali vivono nella realtà dell'attuazione giurisprudenziale e la loro estensione applicativa è fortemente condizionata dall'interpretazione che di esse fornisce la Corte di Giustizia. Numerosi studiosi hanno provato a categorizzare la giurisprudenza sviluppata in relazione a tali materie, addivenendo a soluzioni sensibilmente differenziate in ordine alla concepibilità di un unitario paradigma, utilizzato dalla Corte di Giustizia, nell'accertamento della sussistenza di restrizioni alle suddette libertà.

E' chiaro che in un sistema basato sul precedente giurisprudenziale vada messo nel conto che possano verificarsi in concreto continui adattamenti, che solitamente discendono dalle peculiarità del caso. Per tali ragioni, l'operazione di ricostruzione della giurisprudenza in materia di libertà fondamentali, vuoi con indagine relativa al modello di decisione della singola libertà, vuoi alle reciproche relazioni tra di esse, mostra tutta la sua complessità.

Nel paragrafo che segue si cercherà di riferire in merito a queste ricostruzioni, funzionali d'un canto a delineare i caratteri propri della disciplina di ogni libertà fondamentale, dall'altro a delinearne i reciproci rapporti.

Non si ha pretesa di appurare la veridicità dell'asserzione in merito alla attuale esistenza di un approccio condiviso tra tutte le libertà, ivi comprese le libertà di circolazione delle merci e di circolazione dei lavoratori, aspirando molto più modestamente ad accertare se possa identificarsi un unico modello di decisione nelle due libertà su cui maggiormente si sofferma la nostra analisi: la libertà di prestazione di servizi e di stabilimento.

A tal proposito, si esporranno le posizioni di autorevoli studiosi della materia e si collocherà la tematica su un piano teorico, riservando, invece, ai paragrafi che seguono, l'esame delle implicazioni sociali che

l'adozione concreta di un certo paradigma comporta in rapporto alla specifica libertà che si analizza, nonché gli elementi criticità che ciascuno dei paradigmi dimostra, atteso che questi ultimi appaiono decisamente influenzati dai profili specifici delle singole libertà.

### *1.1.1 Incidenza sul livello di integrazione comunitaria dei modelli di decisione della CGUE sulle libertà fondamentali*

In questo paragrafo si intende descrivere brevemente i tratti peculiari dei diversi modelli di giudizio<sup>143</sup> finora adottati dalla Corte di Giustizia in relazione alle libertà fondamentali e si desidera affrontare il tema dei riflessi sull'integrazione comunitaria che ciascuno degli approcci che saranno invocati cela.

Distinguiamo in prima istanza tra due macrofamiglie di modelli di integrazione in contesti federali o quasi federali: modelli di integrazione positiva, imperniati cioè sul ravvicinamento delle legislazioni di ordinamenti diversi e sull'armonizzazione delle loro normative, da modelli di integrazione negativa, che lasciano permanere differenze tra ordinamenti e consistono nel mero controllo ad opera di un organismo sovranazionale sulla compatibilità delle specifiche normative nazionali rispetto al mercato unico, con successiva rimozione di quelle disposizioni che siano ritenute non conformi.

All'interno di quest'ultima ampia categoria si distinguono poi quei modelli basati sul cosiddetto *market access*, sulla rimozione cioè di disposizioni che rimuovono le barriere all'accesso ad un certo mercato<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Per una compiuta formulazione di questi differenti modelli di giudizio che possono adottarsi negli ordinamenti quasi federali si veda l'illuminante saggio di BARNARD, C., DEAKIN, S., *Market access and regulatory competition*, *op. cit.*

<sup>144</sup> E' bene specificare che non vi è chiarezza sul concetto di *market access*, la nozione è infatti stata tratta dalla teoria economica e coinciderebbe genericamente con il concetto di barriera all'entrata in un certo mercato. Per la SPAVENTA, E., *From Gebhard to carpenter: towards a (non-)economic European constitution* in *Common Market Law Review* 2004, n. 41, p. 757 esso implica necessariamente un paradigma che sia basato sulla rimozione di ostacoli non discriminatori e, in tal modo, l'autrice utilizza il concetto in contrapposizione al modello sulla duplicazione degli oneri e al modello delle discriminazioni, che qui invece, seguendo l'impostazione di BARNARD, C., DEAKIN, S., *Market access and regulatory competition*, *op. cit.*, sono

In relazione a quest'ultimo, possono operarsi ulteriori partizioni che riflettono le posizioni intermedie tra i due poli dei modelli di *market access*: d'un canto i modelli che tengono fede al principio dell'*host state control*, che consentono, cioè, che le condizioni per l'accesso al mercato siano definite dallo Stato del mercato cui si vuol accedere e che assicurano il medesimo trattamento per cittadini o stranieri; dall'altro i modelli che invece rimettono il compito di definire le condizioni di accesso ai paesi d'origine, i modelli dell'*home state control*, ove agli stranieri è concesso di invocare il proprio diritto d'origine per accedere ad ogni mercato. E' evidente che ciascuno di questi modelli permette di realizzare un differente livello di integrazione, rinvigorendo più o meno le libertà di circolazione. All'ultimo modello menzionato, di integrazione negativa, *market access* e con applicazione dell'*home state control*, incentrato sulla rimozione delle disposizioni – anche ove si tratti di misure indistintamente applicabili, si badi bene – che impediscano l'accesso sulla base di un raffronto con la propria normativa d'origine – pertiene la fondata preoccupazione di condurre ad una assoluta deregolazione e ad un'uniformità verso il basso.

La distinzione tra modelli sopra delineata è quella cui d'ora in poi ci riferiremo quando, in relazione ai modelli di decisione adottati dalla Corte di Giustizia, parleremo di adozione di un test non discriminatorio o di adozione di un test incentrato sulle restrizioni, ossia di rimozione di quelle misure indistintamente applicabili che in un qualsiasi modo intralcino le libertà fondamentali.

L'impatto di tale ultimo modello sulle potestà regolative dello stato ospitante è poi diverso a seconda della esatta configurazione del potere di difendere le proprie scelte regolative. Infatti, eventuali contrappesi degli effetti collaterali cui potrebbe condurre l'applicazione sul piano regionale comunitario di un modello di *regulatory competition* (sui quali ci si è soffermati in parte prima par. 3.1) consistono nel riconoscimento ai cittadini del potere di impugnare la situazione di discriminazione indiretta cui essi vengono costretti dalla rimozione della disposizione nei confronti degli stranieri, oppure nel potere assicurato agli Stati di difendere le proprie opzioni normative, spiegando le ragioni a

---

riportati come modelli di *market access* dall'approccio non sostanziale ma meramente formale.

fondamento del loro inserimento nell'ordinamento di una certa disposizione e dell'attitudine di questa a tutelare interessi meritevoli di protezione.

Nell'ampiezza di tale attività difensiva si gioca la partita della difesa del modello sociale da cui sono contraddistinti gran parte dei paesi tradizionalmente membri dell'Unione Europea.

Un ragguardevole potere di invocare delle ragioni imperative a fondamento dell'adozione di una certa previsione, normativa in guisa da proteggere la propria legislazione dall'abrogazione giudiziale, potrebbe, però, latentemente occultare un tentativo di mantenere disposizioni protezionistiche; all'opposto, un troppo flebile potere di difendere la propria regolazione paventa il rischio di innescare un meccanismo di *race to the bottom* di derivazione giudiziale.<sup>145</sup>

Dunque, quando si dibatte in merito alla praticabilità di un approccio unitario si specula d'un canto sull'esatta individuazione di quella posizione intermedia tra *host state* e *home state control* condivisa da tutte le libertà fondamentali, dall'altro sulla sussistenza di una identica latitudine relativa all'attività di difesa del proprio ordinamento interno da attacchi deregolativi perpetrati dal giudice sovranazionale in relazione ad ogni libertà fondamentale. Per taluni sostenitori della tesi della configurabilità di diversi modelli di decisione, l'ambito di tale difesa sarebbe suscettibile di essere interpretato restrittivamente o estensivamente in funzione della libertà fondamentale su cui verta il caso. Valga a questo punto osservare che l'esistenza di plurimi modelli non è cosa che può, da alcuno, essere messa in dubbio laddove si guardi all'evoluzione del diritto comunitario sulle libertà fondamentali in una prospettiva diacronica.

Che, infatti, vi siano stati dei mutamenti nell'attività ermeneutica della Corte di Giustizia è cosa sulla quale nessuno degli autori nutre perplessità, la questione è piuttosto se, in una prospettiva statica, usando come punto di osservazione l'oggi, possa ritenersi che la Corte di Giustizia abbia generalizzato il ricorso ad un modello a spese di un altro.

La distinzione permarrebbe – o forse sarebbe meglio dire, prescrittivamente piuttosto che descrittivamente, dovrebbe permanere –

---

<sup>145</sup> BARNARD C., DEAKIN, S., *Market access and regulatory competition*, op. cit., p. 13

a parere di alcuni, per le difformità che sussistono nelle peculiarità delle singole libertà.

A titolo esemplificativo si consideri lo statuto giuridico della libertà di stabilimento a confronto con quello della libertà di prestazione di servizi: mentre talune restrizioni alla prima possono essere giustificate dall'esercizio costante e tendenzialmente a tempo indeterminato dell'attività economica di cui si discute, le medesime restrizioni non potrebbero altrettanto essere opposte alla seconda libertà di natura temporanea; ciò renderebbe l'applicazione dell'*home state control* più incisiva e penetrante nell'ipotesi di prestazione di servizi dal carattere meramente temporaneo, rispetto a quanto avvenga per lo stabilimento<sup>146</sup>.

Una precisazione si impone in chiusura: la ricostruzione non è l'unica possibile in dottrina ma è qui ritenuta maggiormente condivisibile, la Spaventa<sup>147</sup>, infatti, propone di distinguere tre modelli: il modello basato sulle discriminazioni, il modello basato sulla duplicazione degli oneri e il modello basato sul *market access*, per concludere che a suo avviso sarebbe attualmente in voga presso la giurisprudenza della Corte di Giustizia un modello di decisione che lei definisce come *Neoliberal approach*<sup>148</sup>, non ostile nei confronti di ogni tipologia di regolazione di un mercato, come vorrebbero i modelli di *market access*, ma che protegga gli individui da regolazioni non necessarie e non proporzionate. Nonostante le apparenti differenze, va però detto che, i risultati pratici cui perviene sono sostanzialmente analoghi a quelli cui si perviene applicando la partizione, ad avviso di chi scrive più conferente, di Barnard e Deakin<sup>149</sup>, non essendo fornito alcun parametro certo per comprendere quali regolazioni sarebbero autorizzate a permanere e quali andrebbero rimosse.

---

<sup>146</sup> In tal senso, BANO, F., *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, op. cit., p. 77

<sup>147</sup> SPAVENTA, E., *From Gebhard to carpenter: towards a (non-)economic European constitution*, op. cit.

<sup>148</sup> SPAVENTA, E., *From Gebhard to carpenter: towards a (non-)economic European constitution*, op. cit., p. 765

<sup>149</sup> BARNARD, C., DEAKIN, S., *Market Access and Regulatory Competition*, op. cit.

*1.1.2 Modelli di decisione della Corte di Giustizia sulle libertà fondamentali e prospettive teoriche*

Barnard e Deakin<sup>150</sup> enucleano 4 posizioni intermedie tra gli estremi dell'*home state control* e dell'*host state control*, tutte da ricondurre alla categoria del *market access* e sono favorevoli ad una ricostruzione della casistica sulle libertà fondamentali non come espressione pura dell'uno o dell'altro ma quale frutto di un utilizzo sincronico e intercambiabile da parte della Corte di Giustizia.

Il primo, che maggiormente evoca il modello dell'*home state control*, vorrebbe la rimozione delle disposizioni in ragione di un loro "sostanziale" effetto ostativo dell'accesso al mercato, tralasciando ogni attività volta all'accertamento del carattere direttamente o indirettamente discriminatorio, l'ultimo, invece, che tende ad approssimarsi alla purezza del parametro dell'*host state control*, imporrebbe soltanto un controllo "formale" sulla sussistenza di una disposizione che precluda l'accesso al mercato (esistenza di una disposizione discriminatoria incentrata sulla nazionalità).

Bano<sup>151</sup>, nel distinguere all'interno dei modelli di giudizio che maggiormente si avvicinano all'attuazione dell'*home state control*, sottolinea le differenti graduazioni che vi sarebbero nel passaggio dal principio del mutuo riconoscimento al principio del paese d'origine, in una scala ad intensità crescente deregolativa.

Il principio del paese d'origine infatti non pretenderebbe la valutazione dell'equivalenza funzionale tra la normativa posta dallo stato ospitante e la normativa posta dallo stato d'origine ma provvederebbe all'applicazione *tout court* di quest'ultima.

Nel mutuo riconoscimento invece si impone una sorta di raffronto tra le due normative intenzionata a verificare se entrambe mirino a tutelare lo stesso bene giuridico. La differenza, ad avviso di chi scrive, è però meno netta di quello che *prima facie* potrebbe apparire (si confronti la

---

<sup>150</sup> BARNARD, C., DEAKIN, S., *Market Access and Regulatory Competition*, op. cit.

<sup>151</sup> BANO, F., *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, op. cit., p.79

messa in opera della giurisprudenza sui servizi in materia di distacco, ove si vede la *probatio diabolica* cui sono sottoposti gli stati per difendere le normative di protezione dei lavoratori, affrontata in questa parte al par. 1.7).

Il principio del paese d'origine, secondo tale speculazione, costituirebbe dunque un'evoluzione del principio del mutuo riconoscimento, concedendo che si prescinda da una valutazione sull'equivalenza delle legislazioni in virtù di una previsione legislativa che assicuri in ogni caso la prevalenza della normativa dello stato d'origine. Diversamente, nel modello del mutuo riconoscimento, gli esiti della *querelle* tra applicazione della normativa dello stato d'origine e applicazione della normativa dello stato di destinazione sono rimessi alla discrezionalità del giudice e, dunque, non facilmente prevedibili *ex ante*.

Diversamente, la Spaventa<sup>152</sup> sembrerebbe, in prima approssimazione, non condividere la partizione fino ad ora proposta, Partendo dal presupposto teorico che la questione da dirimere sarebbe che cosa integri la nozione di restrizione contenuta nei trattati in riferimento alle libertà fondamentali. La Spaventa propone una triplice soluzione: la prima, giusta la quale il concetto di restrizione coinciderebbe con quello di disposizione discriminatoria, la seconda, testimone del superamento di una prospettiva formalistica, che valuta l'eventuale sottoposizione ad un doppio controllo, la terza che importa rimozione di tutti gli ostacoli, benché non discriminatori<sup>153</sup>.

Come si evince dall'enunciazione dei modelli cui la Spaventa<sup>154</sup> si riferisce, in verità, allorquando si entri nel merito della definizione delle nozioni di restrizioni, la Spaventa<sup>155</sup> finisce per aprire scenari analoghi a quelli aperti dall'analisi di Barnard e Deakin<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> SPAVENTA, E., *From Gebhard to carpenter: towards a (non-)economic European constitution*, op. cit.. Sembra parzialmente condividere la ricostruzione la BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p. 261. che all'interno di un'ampia nozione di "approccio non discriminatorio" ricomprende la suddivisione in fasi che sviluppa la SPAVENTA, p. 18 e ss.,

<sup>153</sup> SPAVENTA, E., *ibidem*

<sup>154</sup> SPAVENTA, E., *ibidem*

<sup>155</sup> SPAVENTA, E., *ibidem*

<sup>156</sup> BARNARD, C., DEAKIN, S., *Market Access and Regulatory Competition*, op. cit.

Il primo approccio coinciderebbe con quello che Barnard e Deakin<sup>157</sup> e la stessa Spaventa<sup>158</sup> qualificano come “*approccio non discriminatorio*”. La Spaventa ne descrive i caratteri: la Corte sollecitata a vagliare quali misure possano integrare le restrizioni si limita ad una verifica sul carattere discriminatorio o meno della disposizione legislativa che le si sottopone<sup>159</sup>. La Corte avrà, dunque, riguardo, ovviamente, sia alle discriminazioni *dirette*, ossia esplicitamente rivolte nei confronti dei prestatori stranieri sia alle discriminazioni *indirette*, le quali, malgrado non siano esplicitamente indirizzate ai prestatori stranieri, producono effetti svantaggiosi soprattutto nei confronti di questi ultimi. Per la Spaventa<sup>160</sup>, tale modello incentrato su qualsiasi tipo di discriminazione dovrebbe essere unitario e sarebbe ugualmente giustificato sia nei casi di esercizio della libertà di prestazione dei servizi sia nei casi di stabilimento, fondandosi su un principio generale del diritto comunitario, il principio di non discriminazione, valevole potenzialmente in ogni situazione, poiché previsto dall'articolo 12 TCE (ora 18 TFUE), ai sensi del quale “*è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.*”<sup>161</sup>

Ecco un primo elemento su cui i diversi autori divergono: se possano qualificarsi sempre come espressione di un approccio discriminatorio le valutazioni su canoni diversi dalla nazionalità e la categoria delle discriminazioni dissimulate.

Nella ricostruzione teorica della Spaventa<sup>162</sup>, infatti, la discriminazione, sia essa basata sulla nazionalità o su fattori diversi, confluisce nel medesimo approccio discriminatorio. Su tale aspetto diverge, invece, l'impostazione di Roth<sup>163</sup> che ritiene che nel passaggio tra

---

<sup>157</sup> BARNARD, C., DEAKIN, S., *Market Access and Regulatory Competition*, *op. cit.*

<sup>158</sup> SPAVENTA, E., *ibidem*

<sup>159</sup> La conseguenza, ben evidenziata dalla BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU*, *op. cit.* p. 18, è che questo approccio “*non interferisce con l'autonomia regolativa nazionale*”.

<sup>160</sup> SPAVENTA, E., *From Gebhard to carpenter: towards a (non-)economic European constitution*, *op. cit.*

<sup>161</sup> Di esso la BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU*, *op. cit.*, p. 233, sottolinea che è la stessa Corte ad evidenziarne la centralità in rapporto ad ogni libertà.

<sup>162</sup> SPAVENTA, E., *From Gebhard to carpenter: towards a (non-)economic European constitution*, *op. cit.*

<sup>163</sup> ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, *op. cit.*



mera discriminazione basata sulla nazionalità a discriminazioni basate su altri rilievi, si starebbe già sconfinando nel campo della giurisprudenza in materia di restrizioni non discriminatorie<sup>164</sup>. Infatti la discriminazione incentrata sul luogo di stabilimento dell'impresa e ancor più la discriminazione indiretta sarebbe assolutamente assimilabile ad una misura indistintamente applicabile dal momento che lo stato membro per evitare una discriminazione dissimulata è chiamato ad inserire una normativa differenziata per gli stranieri, ed a questi più favorevole.

Anche Roth<sup>165</sup> però riconosce che tale iniziale estensione trovava la sua giustificazione nell'esigenza di evitare, come più volte sottolineato dalla Spaventa<sup>166</sup>, la doppia imposizione, ossia la doppia sottoposizione alle normative del paese d'origine e del paese di destinazione<sup>167</sup>.

Ma mentre la Spaventa<sup>168</sup> ritiene non problematico e non indicativo di un mutamento di approccio in senso più vicino all'*home state control* della dottrina delle discriminazioni indirette, Roth e Olivier<sup>169</sup>, all'opposto, evidenziano come, dall'evitare la doppia sottoposizione alla semplice valutazione della normativa come suscettibile di intralciare la prestazione di servizi (dunque al riconoscimento generalizzato del potere di esportare la propria normativa d'origine in tutti i paesi comunitari e non soltanto allorquando da un raffronto tra normativa d'origine e di destinazione emerga che lo stesso bene sia tutelato già dalla normativa d'origine), il passo è alquanto breve.

---

<sup>164</sup> Quale esempio paradigmatico, a pagina 5, ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, op. cit., cita la sentenza della Corte di Giustizia, del 3 dicembre 1974, C-33/74, *Van Binsbergen*, in *Racc.* 1974, p. 1299

<sup>165</sup> ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, op. cit.

<sup>166</sup> SPAVENTA, E., *From Gebhard to carpenter: towards a (non-)economic European constitution*, op. cit.

<sup>167</sup> ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, op. cit., p. 5

<sup>168</sup> SPAVENTA, E., *From Gebhard to carpenter: towards a (non-)economic European constitution*, op. cit.

<sup>169</sup> OLIVER, P. e ROTH, W. *The internal market and the four freedoms*, in *Common Market Law Review*, n. 41, 2004

Roth e Olivier<sup>170</sup> criticano aspramente l'approccio che assimila la doppia regolazione ad una discriminazione, dovendo a loro avviso essere più correttamente assimilata alla restrizione non discriminatoria.

Difatti sarebbe impossibile per lo Stato nazionale comportarsi in maniera non discriminatoria, perché lo Stato sarebbe chiamato a modificare la propria legislazione, stabilendo due diverse regole o forse - sarebbe più preciso - innumerevoli diverse regole, ciascuna in funzione dei potenziali effetti discriminatori con riguardo ad ogni Stato di provenienza.

Maduro<sup>171</sup>, invece, più tradizionalmente, considera tale approccio una variante dell'approccio non discriminatorio: l'applicazione del principio del trattamento nazionale, infatti, non implicherebbe necessariamente la sottoposizione alla medesima disciplina di prestatori nazionali e prestatori stranieri, ma piuttosto il rispetto del principio dell'equivalenza<sup>172</sup>, ossia laddove si riscontri che nello stato di origine il prestatore sia sottoposto ad una previsione analoga a quella dello stato di destinazione, allora quella originaria disposizione sarà ritenuta sufficiente e sarà sottratto all'applicazione della normativa del paese di destinazione, ma soltanto in seguito ad un raffronto sulla effettiva equivalenza funzionale delle due disposizioni.

L'esclusione dell'applicazione della normativa dello stato di destinazione è dunque subordinata ad una previa verifica circa la sussistenza di una analoga regolazione nel paese d'origine. Una simile prospettiva si distingue dalla mera verifica sulla esistenza di una norma indistintamente applicabile che possa costituire ostacolo alla libera prestazione di servizio<sup>173</sup>.

---

<sup>170</sup> OLIVER, P. e ROTH, W. *The internal market and the four freedoms*, *ibidem* ma anche ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, *op. cit.*, p. 13

<sup>171</sup> POIARES MADURO, M., *Exploring the outer limits: restrictions on the free movement of goods and services*, *op. cit.*

<sup>172</sup> A titolo esemplificativo si veda la decisione del caso 71/76 (Sentenza della Corte di Giustizia, del 28 aprile 1977, causa 71/76, *Jean Thieffry contro Conseil de l'Ordre des Avocats a la Cour de Paris*, in *Racc.* 1977, p. 00765)

<sup>173</sup> POIARES MADURO, M., *Exploring the outer limits: restrictions on the free movement of goods and services*, *op. cit.*, p. 49

Maduro<sup>174</sup> propone dunque una lettura quale manifestazione dell'applicazione del principio dell'equivalenza anche di *Webb*<sup>175</sup>, ove la Corte infatti richiede allo stato nazionale di tenere in considerazione nella valutazione sulle concrete possibilità di prestare servizi anche della condizioni che siano richieste per la medesima prestazione nel paese d'origine. La Corte, però, ricorda Maduro<sup>176</sup>, non ha poi tardato a superare lo stesso approccio non discriminatorio, senza mai scalzare quest'ultimo<sup>177</sup>, ma affiancandolo da un nuovo modello di decisione che imporrebbe di stimare se le condizioni di prestazione di un servizio richieste dal paese di destinazione non siano, in sé stesse, ontologicamente, “discriminatorie”.

In altri termini, sebbene le normative del paese di prestazione del servizio si applichino indistintamente ai prestatori sia nazionali sia stranieri e non cagionino effetti particolarmente svantaggiosi nei confronti dell'una o dell'altra categoria, la Corte secondo Roth<sup>178</sup> dovrebbe verificare se il semplice fatto di ritenere che il prestatore sia sottoposto alla normativa del paese di destinazione possa essere in sé idoneo a rendere più oneroso per quest'ultimo prestare servizi in altri paesi comunitari e, indirettamente, cagionare una rigida compartimentazione dei mercati nazionali nel mercato interno, inducendo, in conclusione, a scoraggiare la prestazione di servizi transfrontaliera.

In questo passaggio logico cruciale, vi è l'opzione a favore di un modello di integrazione assolutamente incentrato sul paese d'origine e che riduce al minimo le possibilità dello stato di destinazione di amministrare i propri interessi. L'abbandono di qualsiasi tipologia di

---

<sup>174</sup> POIARES MADURO, M., *ibidem*, p. 49

<sup>175</sup> Sentenza *Webb*, sentenza della Corte di Giustizia, del 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Procedimento penale a carico di Alfred John Webb*, in *Racc.* 1981, p. 3305  
POIARES MADURO, M., *Exploring the outer limits: restrictions on the free movement of goods and services*, *op. cit.*, p. 50

<sup>176</sup> POIARES MADURO, M., *Exploring the outer limits: restrictions on the free movement of goods and services*, *op. cit.*, p. 50

<sup>177</sup> ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, *op. cit.*, p. 6

<sup>178</sup> ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, *ibidem*

raffronto, infatti, avvicina molto di più ad una applicazione pura dell'*home state control*.

Eppure, la logica di Roth<sup>179</sup> sembrerebbe militare, data la giustificazione avanzata, per una diversificazione tra i regimi giuridici che assicuri un trattamento di maggior favore della libertà di prestazione di servizi rispetto alle altre libertà.

L'autore sostiene che la differenza di trattamento troverebbe la propria giustificazione nel fatto che i prestatori transfrontalieri di servizi poiché stabiliti in un paese diverso rispetto a quello in cui operano si trovano al contempo obbligati ad osservare le disposizioni del primo e del secondo.

Sebbene, dunque, egli professi un approccio unitario, finisce per prevederne uno differenziato. Il modello di decisione cui si è fatto sopra cenno, infatti, potrebbe essere ritenuto valido ovviamente, solo ove vi sia in effetti un contemporaneo assoggettamento alla normativa del paese di prestazione del servizio e del paese di stabilimento, premessa implicita per aversi prestazione dei servizi<sup>180</sup>. La giustificazione perde la propria ragion d'essere in caso di stabilimento dal momento che quest'ultimo implica uno spostamento di tipo statico con sostituzione totale di uno stato ad un altro. In altri termini, in questo passaggio, già si realizzerebbe una prima divaricazione tra le due libertà quanto alla disciplina applicabile.

---

<sup>179</sup> ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, *op. cit.*

<sup>180</sup> CONDINANZI M., LANG A., NASCIBENE B., *Cittadinanza dell'Unione e Libera circolazione delle persone*, *op. cit.*, p. 140

### 1.1.3 Verso un modello di decisione unitario per tutte le libertà fondamentali?

Roth curatore insieme ad Andenas di un testo specificamente diretto all'analisi della giurisprudenza sui servizi<sup>181</sup> è uno strenuo sostenitore della tesi del paradigma unitario nella trattazione giurisprudenziale delle libertà di circolazione ed infatti, egli puntualizza che, se storicamente solo la giurisprudenza sull'articolo 28 TCE si distingueva per comprendere nel proprio ambito applicativo le misure “*indistintamente applicabili*”, le altre libertà si contraddistinguevano, invece, per l'esistenza di un approccio comune<sup>182</sup> imperniato sull'applicazione del principio di non discriminazione, espressione del più generale principio stabilito dall'articolo 12 TCE (ora 18 TFUE).

A suo avviso, però, a tale iniziale approccio differenziato tra merci e altre libertà circolatorie sarebbe seguito nella giurisprudenza più recente un approccio maggiormente tendente ad un progressivo riavvicinamento nel trattamento di tutte le libertà<sup>183</sup>: mentre per ciò che concerne le merci il giudice comunitario avrebbe, infatti, con *Keck*<sup>184</sup> distinto tra misure che attengono ai prodotti e misure che attengono alle direttive di vendita,

---

<sup>181</sup>ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, *op. cit.*, p. 2 e 3

<sup>182</sup>In tale direzione si muove anche lo studio di OLIVER, P. e ROTH, W. *The internal market and the four freedoms*, *op. cit.*, pp. 407-441 sulle quattro “libertà fondamentali” e, poi, una tendenza alla convergenza dei principi che reggono la disciplina delle diverse libertà, pur se autonomamente disciplinate dai trattati, attuata dalla Corte di Giustizia trasferendo i principi elaborati sin dagli anni '70 per la libertà di circolazione delle merci anche alle altre libertà. Lo scritto costituisce un ottimo starter per una ricostruzione di tutta la materia della concorrenza in materia unitaria. La nota formula *Dassonville* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 luglio 1974, C – 8/74, *Benoit et Gustave Dassonville*, cit.) per la libertà delle merci infatti negli ultimi tempi viene estesa dalla CGE anche ai servizi settore nel quale la Corte si era mossa in precedenza con una maggiore cautela. Sul punto anche PALLINI, M. *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di dumping sociale nell'Unione europea* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, fasc. 1, pp. 385 e ss.

<sup>183</sup>ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, *op. cit.*, p. 7

<sup>184</sup>Sentenza *Keck*, sentenza della Corte di Giustizia, del 24 novembre 1993, C-267/91 e C-268/91, *Procedimento penale a carico di Bernard Keck e Daniel Mithouard* in Racc. 1993, p. I-06097

ammorbidendo la rigidità con cui ha sempre guardato alle misure ad effetto equivalente, con la sentenza *Gebhard*<sup>185</sup> (stabilimento), con la sentenza *Bosman*<sup>186</sup> (circolazione dei lavoratori), e con copiose sentenze in materia di servizi, ad iniziare dalla storica sentenza *Sager*<sup>187</sup>, la Corte avrebbe messo in opera una virata rigorista riguardo le altre libertà, superando l'approccio fondato sulla non discriminazione, a favore di un modello orientato sulle misure di ostacolo indistintamente applicabili.

Come giustamente evidenziato da Nogler<sup>188</sup>, però, l'avvicinamento sarebbe stato solo parziale dal momento che la sentenza *Alpine Investement*<sup>189</sup> divarica nuovamente i due regimi giuridici di merci e servizi, escludendo che possa riservarsi il medesimo trattamento assicurato da *Keck*<sup>190</sup> per le disposizioni concernenti le modalità di vendita, alle disposizioni attinenti le modalità di prestazione dei servizi, posto che queste ultime, al contrario delle prime, sono considerate suscettibili di precludere l'accesso al mercato per gli stranieri.

Favorevole ad una lettura unitaria si dichiara anche Poiares Maduro<sup>191</sup>, che, nel rimarcare la precedente severità della Corte nella verifica delle restrittività delle misure rispetto alla libera circolazione delle merci, guarda positivamente al nuovo e più aggressivo modello sviluppato in relazione a circolazione dei lavoratori e servizi. Secondo Maduro<sup>192</sup> il nuovo approccio unitario sarebbe testimonianza di una forma piuttosto

---

<sup>185</sup> Sentenza *Gebhard*, sentenza della Corte di Giustizia, del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C – 55/94, in *Racc.* 1995 p. I-4165

<sup>186</sup> Sentenza *Bosman*, sentenza della Corte di Giustizia, del 15 dicembre 1995, C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contro Jean-Marc Bosman*, in *Racc.* 1995 p. I-04921

<sup>187</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25 Luglio 1991, C-76/90 *Sager K Dennemeyer & Co. Ltd*, cit.

<sup>188</sup> NOGLER, L., *Introduzione al mercato unico delle <<attività autonome>>*, op. cit., p. 42

<sup>189</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 10 maggio 1995, C-384/93, *Alpine Investments BV c. Minister von finances*, in *Racc.* 1995 p. I-1141

<sup>190</sup> Sentenza *Keck*, sentenza della Corte di Giustizia, del 24 novembre 1993, C-267/91 e C-268/91, *Procedimento penale a carico di Bernard Keck e Daniel Mithouard*, cit.

<sup>191</sup> POIARES MADURO, M., *Exploring the outer limits: restrictions on the free movement of goods and services*, op. cit., p. 61

<sup>192</sup> POIARES MADURO, M., *Exploring the outer limits: restrictions on the free movement of goods and services*, *ibidem*

radicale di *market access* che importa il pieno superamento del principio dell'equivalenza, giusto il quale ormai non sarebbe più richiesto il raffronto tra le due legislazioni, quella di destinazione e quella d'origine. Detto raffronto avrebbe un contenuto ambito applicativo, sostanzialmente confinato alla materia di merci nella distinzione tra condizioni relative al prodotto e alle condizioni di vendita di prodotti proposta in *Keck*<sup>193</sup>. A riprova di quanto sostenuto, l'Avvocato Generale cita *Gebhard*<sup>194</sup> e *Bosman*<sup>195</sup>, la prima avente ad oggetto lo stabilimento e l'ultima la circolazione dei lavoratori. La visione proposta da Maduro<sup>196</sup> appare però critica nei confronti di questa uniformità, ritenendo che la Corte abbia ad applicare più severamente le norme sulla libera circolazione delle persone piuttosto che quelle sui servizi<sup>197</sup>.

Tenta una ricostruzione unitaria della giurisprudenza sulle libertà fondamentali anche Jarass<sup>198</sup> che evidenzia come a fronte di ognuna di queste libertà per la sottoposizione a scrutinio giurisprudenziale è necessaria comunque una restrizione. Il concetto di restrizione ricomprende sia quelle disposizioni nazionali che violino il principio di non discriminazione prevedendo una diversa disciplina per gli stranieri sia quelle misure indistintamente applicabili che di fatto rendono svantaggiati gli stranieri rispetto ai nazionali.

Jarass<sup>199</sup> raggruppa le misure da ultimo indicate nella generica categoria delle misure indistintamente applicabili senza operare alcuna

---

<sup>193</sup> Sentenza *Keck*, sentenza della Corte di Giustizia, del 24 novembre 1993, C-267/91 e C-268/91, *Procedimento penale a carico di Bernard Keck e Daniel Mithouard*, cit.

<sup>194</sup> Sentenza *Gebhard*, sentenza della Corte di Giustizia, del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C – 55/94, cit.

<sup>195</sup> Sentenza *Bosman*, sentenza della Corte di Giustizia, del 15 dicembre 1995, C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contro Jean-Marc Bosman*, cit.

<sup>196</sup> POIARES MADURO, M., *Exploring the outer limits: restrictions on the free movement of goods and services*, op. cit.

<sup>197</sup> POIARES MADURO, M., *Exploring the outer limits: restrictions on the free movement of goods and services*, op. cit., p. 41

<sup>198</sup> JARASS, H. D., *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms in Services and Free Movement in EU Law*, ANDENAS, M. E ROTH, W (a cura di), Oxford University Press, 2004, p. 145

<sup>199</sup> JARASS, H. D., *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms in Services and Free Movement in EU Law*, *ibidem*

distinzione tra disposizioni dal carattere indirettamente discriminatorio (che quindi di fatto provocano effetti particolarmente svantaggiosi solo per una categoria di soggetti, gli stranieri), disposizioni delle quali non si richiede la prova della violazione del principio di equivalenza (disposizioni cioè delle quali è sufficiente il mero carattere di indistinta applicabilità senza che sia altresì necessaria l'evidenza circa la sottoposizione nel paese di origine ad un regime normativo sostanzialmente equivalente rispetto a quello richiesto nel paese di destinazione) e infine disposizioni meramente indistintamente applicabili che ostruiscono la piena esplicazione della libertà fondamentale<sup>200</sup>.

In effetti siffatte distinzioni sono invece ineludibili in materia di modelli di decisioni sulle libertà fondamentali, dal momento che sono grandemente in grado di spostare il pendolo dal principio dell'*host state control*, al principio dell'*home state control*, costituendo le gradazioni di colore intermedie tra questi due colori complementari.

Alla praticabilità di una configurazione unitaria dell'approccio alle libertà fondamentali aderiscono anche, nella dottrina nazionale, due autori che da sempre si sono occupati della tematica, Giubboni ed Orlandini<sup>201</sup>, anche se poi evidenziano come la materia della libera circolazione dei lavoratori rimanga un po' ai margini di questa evoluzione, dal momento che in relazione ad essa sembra apparire prevalente l'utilizzo del parametro dell'equità di trattamento.

Indipendentemente dall'adesione all'una tesi piuttosto che all'altra possono trarsi alcuni dati comuni dalle ricostruzioni sopra evocate.

Un primo dato mi pare attenga alla generale condivisione del modello del *market access*, benché non si riscontri una piena unità di vedute in merito alla sua esatta costruzione. Ciò implica che, sebbene con gradazioni diverse – ed è il secondo dato che mi pare opportuno rilevare – vuoi la libertà di prestazione di servizi, vuoi la libertà di stabilimento possono oggi essere strumentalizzate per “*sfidare*” la legislazione nazionale dei singoli Stati Europei, magari con una maggiore intensità per la prima che non per la seconda.

---

<sup>200</sup> JARASS, H. D., *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms*, op. cit., p. 146-7

<sup>201</sup> GIUBBONI, S., ORLANDINI, G., *Libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 85



Il terzo ed ultimo dato che val la pena segnalare, testimone di un passaggio epocale nella casistica sulle libertà fondamentali, è che l'autorizzazione a sottoporre a screening da parte della Corte di Giustizia le disposizioni dei singoli stati membri sia ove esse siano espressione di una forma di discriminazione verso lo straniero sia ove esse possano rappresentare un vincolo alla piena esplicazione della libertà fondamentale è un dato di fatto con cui fare i conti nell'analisi della giurisprudenza comunitaria sulle libertà fondamentali.

Ciò che ai nostri fini interessa è che applicando questa giurisprudenza ciascuna normativa statale che imponga di sostenere dei costi, benché posta a tutela di interessi generali, per il semplice fatto che possa ridurre i profitti degli imprenditori, potrà essere impugnata asserendone il carattere di restrizione o di ostacolo, ponendo sulla difensiva lo stato che dovrà riuscire a convincere i giudici della validità della propria opzione regolativa a pena di veder abrogata giudizialmente la propria normativa.

Si da luogo in tal modo ad una drammatica inversione dell'onere probatorio a causa della quale si fa gravare sullo Stato l'onere di dimostrare che la previsione sia giustificata da una ragione imperativa di interesse generale, nonché che la restrizione sia adeguata al conseguimento dello scopo e non vada oltre quanto necessario per conseguirlo (giudizio di necessità e proporzionalità). La legislazione statale si trova posta costantemente sulla difensiva ed è chiamata ad oltrepassare una soglia probatoria recisamente stringente. A questa rimozione di legislazioni nazionali non è d'altra parte seguita una legislazione di livello comunitario per la tutela di quegli stessi interessi alla cui tutela erano destinate le disposizioni nazionali.<sup>202</sup>

E' opportuno precisare – come d'altro canto si trarrà dall'esame della giurisprudenza autonomamente sviluppato in relazione a ciascuna libertà – che la situazione presenta sottili profili di diversificazione in relazione a ciascuna delle due libertà: mentre l'applicazione del test è cosa certa nel campo dei servizi, non altrettanto può dirsi in relazione allo stabilimento, ove invece il superamento del test discriminatorio non può essere affermato con altrettanta sicurezza.

---

<sup>202</sup> SCHARPF F. W., *The Asymmetry of European Integration, or why the EU cannot be a "Social Market Economy"*, *op. cit.*

Vi era però un settore originariamente preservato dall'applicazione di siffatto principio: quello della normativa lavoristica.

La Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali<sup>203</sup> dopo un ossequio meramente formale al principio della libera scelta delle parti in materia di legislazione applicabile al rapporto di lavoro, sanciva, infatti, in maniera inequivoca l'applicazione della legge del paese in cui era prestata attività lavorativa, esprimendo palesemente un'opzione nella contesa tra stato di destinazione e stato di prestazione di servizi. La normativa lavoristica doveva essere quella del luogo in cui veniva prevalentemente svolta l'attività lavorativa, la deroga riservata alla temporaneità andava interpretata restrittivamente, date le importanti funzioni sociali svolte dal principio di territorialità. La Corte di Giustizia ha però aggirato questo argine, intervenendo anche nello specifico settore che era stato sottratto.

Infine, se la prima parte della giurisprudenza in materia di libera circolazione delle imprese aveva già comportato una restrizione dello spazio regolativo degli Stati a tutela degli interessi dei lavoratori, nelle ultime sentenze *Viking*<sup>204</sup> e *Laval*<sup>205</sup> si è andati addirittura oltre autorizzando gli imprenditori ad invocare le libertà di circolazione anche nei confronti di singoli individui o gruppi di individui, garantendo così anche un'efficacia orizzontale alle disposizioni in questione (sulla quale vedi in questa parte par. 1.6).

---

<sup>203</sup> Convenzione 80/934/CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, recentemente confluita nel regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, cit. sulla quale si veda il lucido saggio di SCIARRA, S., e LYON CAEN, A., *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro* in *Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1998

<sup>204</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.

<sup>205</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

## 1.2 *La libertà di stabilimento*

### 1.2.1 *Lo stabilimento: cifra caratterizzante dell'ottica di "lungo periodo"*

Nel contesto del quale ci stiamo occupando lo stabilimento coincide con quella attività di insediamento produttivo delle imprese all'estero o di localizzazione giuridica delle stesse finalizzata a trarne vantaggi in termini di riduzioni di costi.

La libertà di stabilimento è dunque da riconnettere ad un'attività che viene pensata dall'impresa, e soprattutto era pensata nella struttura dei trattati, come un'attività tendenzialmente a tempo indeterminato.

In prima approssimazione può dirsi che il diritto di stabilimento trova applicazione laddove sia posta in essere “*un'attività economica svolta in regime di non subordinazione e in modo stabile*”<sup>206</sup>.

L'ambito di rilevanza coincide, dunque, parzialmente con quello della prestazione di servizi<sup>207</sup>, sebbene nell'ipotesi da ultimo citata, a differenza dello stabilimento, l'attività economica è esercitata da chi non miri a risiedere nello Stato in cui invece si limita ad effettuare il servizio.

Aspetto peculiare e distintivo dello stabilimento è, dunque, il suo carattere statico, laddove della libertà di prestazione dei servizi può affermarsi il carattere dinamico: infatti, mentre nella prima ipotesi l'interstatualità sussiste solo nel momento in cui si esercita lo stabilimento, nel caso di prestazione di servizi il legame con lo stato dovrebbe essere occasionale e saltuario e, conseguentemente, l'interstatualità del rapporto si palesa in ogni situazione di spostamento del servizio, del prestatore o di entrambi<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> TROIANELLO, P., *Lo stabilimento delle società nell'Unione Europea*, op. cit., p. 51

<sup>207</sup> CONDINANZI, M., *La libertà di stabilimento in Diritto dell'Unione Europea*, p.te speciale, STROZZI, G. (a cura di), Giappichelli, 2006, p. 184 sostiene addirittura che il campo di applicazione *ratione materiae* sarebbe “*certamente sovrapponibile a quello della libera prestazione di servizi*”

<sup>208</sup> TROIANELLO, P., *Lo stabilimento delle società nell'Unione Europea*, op. cit., p. 52

Anche nello stabilimento, al pari di quanto accade per le altre libertà fondamentali, affinché l'attività acquisisca una incidenza comunitaria, deve ravvisarsi un requisito di transnazionalità. Esso, come appena accennato, consiste sempre nello spostamento di colui che trae beneficio dalla libertà, esulano, invece, dalla sottoposizione al diritto comunitario le situazioni meramente interne<sup>209</sup>.

Il Trattato dedica allo stabilimento numerose disposizioni, di indubbio rilievo l'articolo 43 TCE, oggi articolo 49 TFUE, il cui secondo comma, in particolare, recita “*La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali*”<sup>210</sup>. La formulazione letterale della disposizione milita a favore dell'applicazione di un approccio basato sulla parità di trattamento e non sulla rimozione di ostacoli, come peraltro tendenzialmente riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia.

La libertà di stabilimento è una delle quattro libertà fondamentali, indispensabili ai fini della creazione del mercato unico e, per questo, alla sua attuazione hanno provveduto, sin dai primi anni, le istituzioni comunitarie. Sia sufficiente menzionare il Programma Generale del 1961 in cui il Consiglio si è in prima persona fatto carico di dar attuazione a detta libertà: ha provveduto a fornire una definizione delle restrizioni vietate allo stabilimento incentrandola sul concetto di trattamento discriminatorio, non trascurando però di includere anche le discriminazioni di natura occulta (indirette)<sup>211</sup>.

La realizzazione della libertà di stabilimento, così come della libertà di prestazione dei servizi, avrebbe dovuto essere integralmente compiuta

---

<sup>209</sup> In tal senso, JARASS, H. D., *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms*, *op. cit.*, p. 142

<sup>210</sup> Vi è stato un lieve mutamento tra i due testi del trattato: l'articolo 49 TFUE supera, infatti, quel riferimento alle “*attività non salariate*” che aveva caratterizzato la tradizionale formulazione dell'articolo 43 TCE. Il mutamento è da accogliere con favore perché, come aveva sottolineato parte della dottrina, si trattava di una espressione tecnicamente meno corretta. Cfr. NOGLER, L., *Introduzione al mercato unico delle <<attività autonome>>* in *Le attività autonome, Trattato di diritto privato europeo*, NOGLER, L (a cura di), Giappichelli, 2006, p. 2

<sup>211</sup> Riferisce sul punto, TROIANIELLO, P., *Lo stabilimento delle società nell'Unione Europea*, *op. cit.*, p. 17

entro il 31.12.1969; il suo mancato completamento ha fatto sì che la Corte di Giustizia autorizzasse l'applicazione diretta della disposizione, permettendo ai privati di invocare la disposizione trattatistica per vantare diritti loro propri direttamente nei confronti degli Stati Membri, senza alcuna preventiva intermediazione di una direttiva.

Questi ultimi, infatti, in virtù del generale obbligo su di essi gravante di leale cooperazione con la Comunità, sarebbero stati obbligati a rimuovere le barriere all'accesso al loro mercato.

L'efficacia diretta della disposizione sulla libera circolazione è stata affermata dalla Corte di Giustizia sin dal 1974 ma la sua più piena formulazione va ravvisata nella sentenza *Thieffry*<sup>212</sup>, del 1977.

Il modello di tutela per cui prevalentemente la Corte ha optato – in ossequio a quanto previsto nel trattato – è imperniato sul trattamento nazionale, con rimozione di discriminazioni dirette ed indirette. Oltre al parametro della nazionalità, espressione del generale principio di cui all'articolo 12 TCE (ora 18 TFUE), la Corte ha ritenuto fossero vietate anche quelle discriminazioni incentrate sul parametro della residenza o basate su altri rilievi dei quali più facilmente poteva dotarsi un cittadino che non uno straniero<sup>213</sup>.

La Corte ha sanzionato, oltre alle predette barriere innalzate dagli Stati nei confronti di soggetti che volessero stabilirsi nel loro paese, anche le cosiddette discriminazioni in uscita, ossia quelle volte a disincentivare lo stabilimento dei cittadini in paesi diversi da quello d'origine<sup>214</sup>.

Nella giurisprudenza successiva la Corte ha abbandonato il sicuro sentiero della non discriminazione per avventurarsi nella estensione della cd. formula *Sager*<sup>215</sup> anche allo stabilimento (sulla quale si veda par. 1.5.2). Ne è un esempio paradigmatico la sentenza *Gebhard*<sup>216</sup>, sulla quale si

---

<sup>212</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 28 aprile 1977, causa 71/76, *Jean Thieffry contro Conseil de l'Ordre des Avocats a la Cour de Paris*, cit.

<sup>213</sup> Cfr. *ex multis*, Sentenza della Corte di Giustizia, del 5 dicembre 1989, C-3/88, *Commissione contro Italia*, in *Racc.* 1989, p. 4035

<sup>214</sup> È ad esempio il caso di *Centros* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, cit.)

<sup>215</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25 Luglio 1991, C-76/90 *Sager K Dennemeyer & Co. Ltd*, cit.

<sup>216</sup> Sentenza *Gebhard*, sentenza della Corte di Giustizia, del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C – 55/94, cit.

tornerà nel dettaglio in sede di distinzione tra stabilimento e prestazione di servizi, del 1995, in cui la Corte ha esteso la dottrina della rimozione degli ostacoli anche allo stabilimento, revocando così in dubbio l'originaria demarcazione sussistente tra prestazione di servizi e stabilimento, da sempre incentrata sul quantitativo di disciplina applicabile da parte del paese ospitante.

Della disposizione sono autorizzati ad avvalersi sia i singoli sia le imprese, come espressamente disposto dalla norma trattatistica (articolo 43, oggi 49), che richiama peraltro l'articolo 48 (ora 54), relativo alle società e contenuto specificamente nel capo relativo allo stabilimento, *“Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri?”*.

Lo stabilimento delle società consta non soltanto del trasferimento definitivo all'estero della sede principale e dell'unica sede ma anche della creazione di una succursale (un soggetto non dotato di autonoma personalità giuridica) e di una società affiliata, la quale, al contrario, è autonoma dalla società madre e con la quale, pur tuttavia, continua a mantenere rapporti<sup>217</sup>.

La persona giuridica viene considerata sussistente se tale è reputata dall'ordinamento nazionale: è dunque prescritto il mutuo riconoscimento delle società tra i vari stati membri.

---

<sup>217</sup> Cfr. TRAVERSA, E., *Libera prestazione dei servizi e distacco dei lavoratori*, in *Diritto del lavoro, Commentario, Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, CARINCI, F., PIZZOFERRATO, A., (a cura di), UTET, 2010, p. 292

### *1.2.2 Delocalizzazione giuridica, stabilimento fittizio e uso (abuso) della libertà di prestazione di servizi*

In un contesto di indagine lavoristica, riveste particolare interesse l'individuazione delle condizioni alle quali sia riconosciuto il diritto di stabilimento sul territorio comunitario, nella misura in cui esso possa influenzare i mercati del lavoro degli stati membri.

Detta conseguenza potrebbe, ad esempio verificarsi, laddove sul piano comunitario fosse possibile mettere in opera pratiche elusive al fine di determinare artificiosamente il luogo di stabilimento di una impresa, con il mero scopo abusivo di concludere contratti di lavoro con dipendenti “*low cost*” da inviare a prestare attività lavorativa in altri paesi comunitari, dunque, vantando successivamente il diritto alla prestazione dei servizi.

Si comprende, inoltre, in maniera ancor più palese, l'indefettibilità di un chiarimento in ordine a nozione e requisiti dello stabilimento dalla stessa lettura della direttiva sul distacco dal momento che essa subordina l'applicazione del regime giuridico del distacco alla preventiva sussistenza di una impresa stabilita in un paese comunitario diverso da quello in cui essa operi come prestatrice di servizi. Recita, infatti, l'articolo 1 della direttiva 96/71/CE: “*La presente direttiva si applica alle imprese stabilite in un altro Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano lavoratori*”<sup>218</sup>.

Ove, infatti, si ponesse quale presupposto obbligatorio per lo stabilimento un requisito di rispondenza con lo svolgimento di una reale attività economica non avrebbe alcuna dignità giuridica nell'ordinamento un'ipotesi di insediamento finalizzata esclusivamente al distacco. Viceversa, se un'impresa possa considerarsi incorporata in un certo paese allorquando vi sia stata la semplice creazione di una “*cassetta delle lettere*” (si fa riferimento, evidentemente, alle cosiddette *letterbox company*) e, parallelamente, non si accerti se il distacco costituisca l'unica attività

---

<sup>218</sup> Art. 1 della Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, cit.

svolta dall'impresa, e, ancora, si riconosca che, in caso di distacco, i lavoratori siano sottoposti alla potestà regolativa del paese di origine indipendentemente dal luogo in cui essi svolgano l'attività in maniera prevalente, allora la paventata concorrenza al ribasso può divenire una realtà (sulla quale sia lecito rinviare a quanto già detto nel par. 3.1).

Negli ordinamenti degli Stati membri della Comunità coesistevano due diverse dottrine quanto all'identificazione del luogo di stabilimento di una impresa, in un certo qual modo, speculari: nei paesi anglosassoni, infatti, la *lex societatis* veniva di solito determinata avuto riguardo al luogo in cui era avvenuta la costituzione della società, prescindendo da una verifica in merito all'eventuale effettivo svolgimento di attività in quella sede, diversamente, nei paesi continentali aveva prevalentemente seguito la cosiddetta dottrina della *siege réel*, giusta la quale al fine di identificare il luogo di stabilimento di una impresa doveva in prima istanza aversi riguardo al luogo in cui effettivamente veniva esercitata in maniera prevalente l'attività societaria<sup>219</sup>. La Comunità, in una prima fase, sembrava avesse sposato la tesi della “*sede reale*”, diffidando sulla reale attitudine della tesi dell'incorporazione al fine di evitare che venissero compiute frodi dei diritti nazionali, in altre parole incorporazioni fittizie finalizzate unicamente a sottrarsi all'applicazione della propria normativa nazionale.

L'applicazione di questa dottrina, infatti, ostacolava la diffusione di localizzazione delle imprese dirette allo sfruttamento di una migliore normativa societaria o di una riduzione di costi per la tassazione del capitale investito. L'eventuale creazione di una sede primaria fittizia, o di una schermata societaria che dir si voglia, sarebbe stata sanzionata mediante detta dottrina<sup>220</sup>.

Il principio aveva ottenuto un riconoscimento giudiziale già nel 1988 con la nota sentenza *Daily Mail*<sup>221</sup>.

Il caso aveva ad oggetto il trasferimento della sede principale di una azienda britannica in Olanda, luogo in cui talune operazioni che la *Daily*

---

<sup>219</sup> CONDINANZI, M., *La libertà di stabilimento*, op. cit., p. 181

<sup>220</sup> DEAKIN, S., *Regulatory competition versus harmonization in European Company Law in Regulatory competition and economic integration*, op. cit., 2001

<sup>221</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 settembre 1988, causa 81/87, in *Racc.* 1988, p. 5483



*Mail* era intenzionata a compiere erano trattate più favorevolmente dal punto di vista tributario. Per identiche ragioni, il Ministero del Tesoro inglese, aveva, però, negato l'autorizzazione al trasferimento; detta autorizzazione successivamente veniva impugnata davanti al giudice comunitario dalla società in quanto asserita lesiva della libertà di stabilimento.

La Corte assumendo una posizione alquanto “*cauta*”<sup>222</sup> ha ritenuto compatibile con il diritto comunitario l'interesse della Gran Bretagna a proteggere le proprie entrate fiscali, rigettando la richiesta di dichiarare l'avvenuta violazione del diritto di trasferire la propria sede principale all'estero.

Questo principio è stato oggi sembrerebbe essere stato messo in crisi dalla dottrina sviluppata dalla Corte di Giustizia in *Centros*<sup>223</sup>.

Il caso richiedeva alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in ordine alla legittimità del diniego opposto dalla Danimarca alla registrazione di una succursale – un'impresa dunque priva di un'autonoma personalità giuridica – di una SRL stabilita nel Regno Unito, posto che essa non aveva mai svolto alcuna attività commerciale in Gran Bretagna ed era stata creata da cittadini danesi appositamente per eludere l'applicazione della normativa danese.

Il caso incarna quello di utilizzo abusivo della normativa sulle libertà fondamentali tutelate dai Trattati: esso prospetta infatti una strumentalizzazione di queste libertà per perseguire scopi non consentiti dall'ordinamento nazionale. La Corte aveva in precedenza fatto uso della nozione per ritenere integrato l'abuso, laddove l'utilizzo della libertà di circolazione discendesse dall'intenzione di sottrarsi alle normative a tutela della formazione professionale<sup>224</sup>.

Al punto 20 della decisione, la Corte espone la sua idea di stabilimento ponendo in chiaro che, a suo avviso, la localizzazione delle

---

<sup>222</sup> TROIANIELLO, P. *Lo stabilimento delle società nell'Unione Europea*, op. cit., p. 113

<sup>223</sup> Sentenza della Corte di Giustizia del 9 Marzo 1999, causa C-212/97, in *Racc.*, p. I-1459

<sup>224</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 7 febbraio 1979, Causa 115/78, *J. Knoors contro Segretario di Stato per gli Affari Economici*, in *Racc.* 1979 p. 399 e successivamente anche Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 ottobre 1990, C-61/89, *Bouchoucha*, in *Racc.* 1989, p. I-3551

imprese, “della loro sede sociale, della loro amministrazione centrale o del loro centro di attività principale serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all’ordinamento giuridico di uno Stato”. Sarebbe dunque pienamente legittima la scelta sull’ordinamento con il quale stabilire il collegamento più forte. La Corte favorendo la libera scelta sul luogo di incardinamento delle società concretizza quella “*minaccia di uscita*” che è tipica dei sistemi basati sulla competizione regolativa<sup>225</sup>. I consumatori del diritto qualora non siano soddisfatti dal prodotto loro offerto dallo Stato di origine, possono optare per il diritto generato da un diverso Stato comunitario, senza che il primo possa innalzare alcun argine per opporsi a tali operazioni elusive.

Infatti, continua la Corte, “*non rileva, a questo proposito, che la società sia stata costituita nel primo Stato membro al solo scopo di stabilirsi nel secondo, nel quale essa svolgerebbe l'essenziale, se non il complesso, delle sue attività economiche*”. A parere della Corte, lo stabilimento primario prescinde dallo svolgimento di ogni attività sul territorio in cui si dichiara d’esser stabilito; si tratta di una definitiva opzione a favore della dottrina dell’incorporazione.

Dal punto 23 in poi la Corte si occupa della questione dell’abuso del diritto di stabilimento, superando quanto stabilito in precedenti decisioni. Al punto 27, difatti, specifica che “*il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desidera creare una società scelga di costituirla nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento. Infatti, il diritto di costituire una società in conformità alla normativa di uno Stato membro e di creare succursali in altri Stati membri è inerente all'esercizio, nell'ambito di un mercato unico, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato*”.

Il caso viene dunque estrapolato dal novero di quelli in cui si attesta l’avvenuto sfruttamento abusivo delle libertà di circolazione, valorizzando l’argomento che la possibilità di fruire del sistema giuridico reputato migliore in un’ottica di localizzazione dell’impresa può farsi discendere in maniera automatica dalla disposizione a tutela della libertà di circolazione, costituendone, di fatto, una sua esplicazione.

---

<sup>225</sup> BARNARD, C., DEAKIN, S., *Market access and regulatory competition*, op. cit., p. 15

Peraltro, l'orientamento è stato nuovamente ribadito nel caso *Inspire Art*<sup>226</sup>, nel quale la Corte ha escluso che possa considerarsi in sede di valutazione circa la sussistenza di una violazione allo stabilimento, la ragione che abbia indotto l'impresa ad avvalersene.

Della causa *Centros Barnard e Deakin*<sup>227</sup> danno un'interessante lettura quale situazione in cui la Corte ha scelto di estendere anche al diritto di stabilimento il metodo di decisione ordinariamente applicabile ai servizi, superando dunque la dottrina del trattamento nazionale. Si tratterebbe, a loro avviso, di una pura applicazione della dottrina della rimozione degli ostacoli: l'impossibilità di creare una succursale è, infatti, ricostruita dalla Corte come una costrizione a subire uno svantaggio, quello di non fruire delle condizioni più favorevoli poste dal paese d'origine, l'Inghilterra, e a veder ostacolato il proprio diritto di stabilimento sottoponendosi alla normativa del paese di destinazione, quella danese, che, benché indistintamente applicabile, costringe a sopportare un costo cui ci si potrebbe sottrarre attraverso l'applicazione della normativa del paese d'origine.

Ciò che riguarda più direttamente la nostra tematica è l'aver dato credito alla tesi della legittimità di politiche d'impresa imperniate sull'abuso delle libertà di circolazione, che poi sarà dato ritrovare anche in casi quali *Laval*<sup>228</sup> e *Viking*<sup>229</sup>. Il caso *Centros*<sup>230</sup> è, in tal senso, emblematico atteso che la *ratio* che ha indotto i due coniugi danesi a dar vita ad una società a responsabilità limitata di diritto inglese è la volontà di sottrarsi alla normativa posta a tutela dei creditori, normativa che in Danimarca impone il versamento di un ingente capitale sociale per la creazione della società.

---

<sup>226</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 30 settembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*, in *Racc.* 2003, p. I-10155

<sup>227</sup> BARNARD, C., DEAKIN, S., *Market access and regulatory competition*, *op. cit.*, p.14

<sup>228</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), *cit.*

<sup>229</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, *cit.*

<sup>230</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, *cit.*

La Corte, invece, permette la localizzazione delle imprese in qualsiasi paese comunitario<sup>231</sup> e poi dal luogo principale di stabilimento, autorizza in una misura smisuratamente ampia, la possibilità di creare sedi secondarie e di prestare servizi.

In questo scenario, lo stabilimento non è reale ma pura finzione, una mera schermata a fini fiscali o di riduzione di costi, i coniugi Bryde infatti non hanno nessuna intenzione di svolgere alcuna attività economica in Inghilterra. Ad essi pare interessare soltanto di poter fruire della messa in concorrenza degli ordinamenti giuridici<sup>232</sup>.

Questa decisione, inoltre, induce ancora di più ad una trattazione unitaria della materia della libertà di circolazione dell'impresa dal momento che essa mostra i legami indissolubili che avvingono le due libertà.

In questa ricostruzione, lo stabilimento svolge la stessa funzione giuridica della prestazione di servizi, dunque lo stabilimento secondario viene di fatto a coincidere con lo stabilimento primario e la sua strumentalizzazione coincide con il ruolo che la prestazione di servizi svolgerà in un'ipotesi di finto stabilimento.

La questione è, dunque, se in questo caso possa o meno parlarsi di "abuso" del diritto di stabilimento, quale utilizzo chiaramente in frode alla legge e finalizzato solo a sottrarsi ad una certa normativa.

L'abuso del diritto costituisce, infatti, un principio immanente alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e trova oggi il suo fondamento anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che a seguito della firma del Trattato di Lisbona ha assunto lo stesso valore dei Trattati<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> CONTRA DEAKIN, S., *Regulatory competition versus harmonization in European Company Law*, *op. cit.*, spec. p. 202 ma *passim* che sostiene che nulla dice questo caso sulla dottrina della *siege réel*. Infatti se è innegabile che la Corte ammetta la registrazione in Inghilterra ed imponga alla Danimarca di prenderne atto, ciò non è da correlare ad una formale adesione alla teoria dell'incorporazione ma piuttosto al fatto che la Corte non ha ritenuto credibili le giustificazioni fornite dal governo danese a fondamento della normativa che impone di rifiutare la registrazione

<sup>232</sup> Di analoga opinione ZOPPINI, A., *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, *op. cit.*, p. 13

<sup>233</sup> Art. 6 del nuovo Trattato dell'Unione Europea (ex art. 6 TUE)

L'abuso dei diritti fondamentali che ritroviamo all'articolo 54 della Carta<sup>234</sup> é quello che vorrebbe che una libertà ed un diritto riconosciuti dalla stessa Carta non siano usati con lo scopo di ledere altri diritti, quale ad esempio potrebbe essere l'obiettivo di eludere la protezione dei lavoratori o il loro diritto di ricorrere all'azione collettiva.

La stessa nozione di abuso di diritto fa riferimento alla necessità di garantire che l'esercizio di un diritto non si ponga in contrasto con la *giustizia sostanziale*<sup>235</sup>. In tal senso la disposizione trova il suo diretto antecedente in un altro documento di centrale importanza per la protezione dei diritti umani nel sistema europeo, ossia la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il cui articolo 17 prevede "*Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata come implicante il diritto per uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o porre a questi diritti e a queste libertà limitazioni più ampie di quelle previste in detta Convenzione.*"

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia la Corte ha riconosciuto in molte occasioni alle giurisdizioni degli Stati membri la possibilità di verificare se un diritto concesso dal diritto comunitario era utilizzato in maniera abusiva. In particolare ciò ha riguardato le disposizioni sulle libertà fondamentali del diritto comunitario, come la libertà di prestazione dei servizi, di circolazione delle merci e dei capitali, mentre é stata più restrittiva per la circolazione delle persone. Il principio dell'abuso del diritto in questa giurisprudenza é visto come un'eccezione

---

<sup>234</sup> L'articolo 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza e recentemente riproclamata a Strasburgo in occasione della firma del Trattato di Lisbona prescrive che "*Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta*". Si ricorda che la Carta di Nizza è ormai divenuta parte dei Trattati. Sulla rilevanza dell'innovazione si veda CARUSO, B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, op. cit.

<sup>235</sup> LOSURDO, F., *The prohibition of the abuse of rights in the judicial dialogue in Europe*, in <http://www.europeanpubliclaw.eu/contenuti/summer-school/2009/Federico-Losurdo-SUMMER-SCHOOL-2009.pdf> , consultato il 29.03.2009

al più generale principio di certezza del diritto, ma comunque come un nuovo generale principio del diritto comunitario.<sup>236</sup>

Eppure, la nozione di abuso del diritto viene trascurata dalla Corte e non sufficientemente valorizzata.

Si è così negato per la prima volta nella sentenza *Centros* ed in seguito nelle sentenze successive che potesse invocarsi l'abusività di un certo esercizio della libertà fondamentale. La Corte, infatti, lasciando alle imprese la libertà di scegliersi il diritto societario si oppone a quel criterio della *siege réel* che pure era condiviso da gran parte dei paesi continentali dell'UE e che vorrebbe che per avere sede in un certo paese occorre una prova che in quel paese si svolgono talune attività.

Si osservi esemplificativamente il caso *Laval*: ivi non era dato comprendere se la *Laval* esercitasse attività ulteriori rispetto a quelle che la vedevano impegnata in Svezia mediante la stabilita *Baltic*. Il fattore non è privo di implicazioni, anche nel caso preso a modello, atteso che la direttiva sul distacco impone che la società stabilita debba ad ogni modo esistere prima del distacco e, si suppone, debba anche compiere attività ulteriori rispetto a mere attività di distacco.

L'interazione tra libertà ex articolo 43 (ora 49 TFUE) e libertà ex articolo 49 (ora 56 TFUE) è viepiù evidente se si ha riguardo al caso *Ruffert*<sup>237</sup>, nel qual caso sebbene *Ruffert*<sup>238</sup> sia indubbiamente stabilito in Germania nonostante ciò gli è concesso di avvalersi della tutela assicurata dall'articolo 49 TCE (ora 56 TFUE)<sup>239</sup>.

---

<sup>236</sup> DE LA FEIRA, R., *Prohibition of abuse of (Community) law: the creation of a new general principle of EC law through tax*, in *Common Market Law Review*, n. , 2008, p. 395 ss.

<sup>237</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Ruffert*, in qualità di curatore fallimentare della *Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG* contro *Land Niedersachsen*, cit.

<sup>238</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Ruffert*, in qualità di curatore fallimentare della *Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG* contro *Land Niedersachsen*, cit.

<sup>239</sup> DEAKIN, S., *Regulatory competition in Europe after Laval*, op. cit., p. 10

La miscela tra il portato di *Centros*<sup>240</sup> e *Laval*<sup>241</sup> fa comprendere come la Corte concepisca in maniera unitaria queste due libertà, da un lato sulla base dell'articolo 43 relativo allo stabilimento, viene riconosciuta una quanto mai ampia possibilità di scelta circa la legislazione applicabile e, dall'altro lato, si applica nello Stato in cui concretamente si opera il test di proporzionalità e necessità delle legislazioni applicabili, che in *Viking*<sup>242</sup> la Corte ha ritenuto di estendere anche al caso di impresa che voglia stabilirsi.

Non può peraltro sottacersi che la realizzazione di un simile progetto, pur effettuata vantando le libertà di circolazione garantite nei trattati, potrebbe essere ritenuta illecita in quanto rivelatrice di un utilizzo abusivo delle disposizioni poste al fine di garantire la libera circolazione delle imprese; infatti, uno spostamento dell'impresa motivato dalla volontà di ridurre le retribuzioni ai lavoratori ricade in quelle ipotesi tipica di abuso del diritto prevista dalla teoria generale e positivamente riconosciuta in molti paesi dell'Unione, di esercizio di un diritto finalizzato al perseguimento di un interesse non meritevole di tutela da parte dell'ordinamento.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, cit.

<sup>241</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

<sup>242</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, cit.

<sup>243</sup> CONSIGLIO, N., *Sull'abuso della libertà di circolazione delle imprese e sulla competenza della corte di giustizia CE in materia sindacale*, op. cit. p. 974

*1.2.3 Equilibri ed equilibrismi tra diritto di stabilimento, normativa lavoristica applicabile e circolazione dei merci*

Giunti a questo punto del percorso e chiarite le condizioni che presiedono allo stabilimento di una società in un certo paese comunitario, appare opportuno rimarcare una precisazione che, per quanto ovvia, merita nonostante ciò di essere ribadita: la localizzazione giuridica di una impresa non comporta *ex se* effetti sulla legislazione applicabile al rapporto di lavoro. Ed infatti, la disciplina che governa la società va normalmente tenuta distinta dalla normativa lavoristica applicabile nell'impresa, la quale discende dalla localizzazione prevalente della prestazione lavorativa mentre prescinde dalla sede dell'impresa.

La normativa lavoristica è, infatti, normalmente reputata strettamente connessa al luogo di svolgimento dell'attività lavorativa. Ciò si spiega in ragione delle particolari funzioni economiche e sociali cui può adempiere l'applicazione del principio di non discriminazione tra lavoratori.

In particolare, la prestazione lavorativa è genericamente governata dalla legge del luogo in cui il dipendente esercita abitualmente la propria attività.

In caso di stabilimento e di assunzioni in loco, dunque, ciò implicherà l'applicazione della normativa del paese in cui l'assunzione è avvenuta e dove prevalentemente l'attività si svolge.

In verità, se l'attività lavorativa si svolge in un unico luogo, la questione della normativa lavoristica applicabile nemmeno si pone, ovverosia si applicherà la normativa dello stato che esercita sovranità su di un certo territorio, a prescindere dalla nazionalità del lavoratore. I problemi che possono porsi in questi casi sono diversi ossia gli estremi nei quali può rilevare che l'attività esercitata in un certo contesto sia in verità prestata in una impresa rete dal carattere transnazionale e con dislocazione della produzione.

Il problema della legislazione applicabile si pone invece nell'ipotesi in cui il lavoratore presti la propria attività in diversi paesi, dal momento che si introduce un elemento di transnazionalità nella fattispecie che potrebbe spiegare un qualche effetto giuridico su di essa; si avrà ampiamente modo di soffermarsi su questo punto in relazione all'analisi del rapporto



tra libera circolazione dei lavoratori e prestazione dei servizi. In questo caso, il fatto che la legislazione applicabile sia quella del luogo in cui si presta attività lavorativa non è però altrettanto ovvia, come ben si vedrà in sede di analisi sul distacco, sebbene la Convenzione di Roma del 1980<sup>244</sup> sia piuttosto chiara nell'individuare quale criterio primario per la determinazione della legge applicabile nel caso di rapporto di lavoro, la libera scelta delle parti contraenti, pur imponendo al contempo che il lavoratore non possa comunque essere privato della protezione che gli deriverebbe dalla sottoposizione alle norme imperative poste dall'ordinamento che, in assenza di scelta avrebbe il compito di

ELISA  
SACCÀ

disciplinare l'attività lavorativa e in generale che non può essere assoggettato ad una normativa peggiorativa, il primo principio è comunemente noto come principio della *lex loci laboris*, il secondo come principio di *favor laboris*.

Tornando invece al rapporto tra legislazione lavoristica applicabile e delocalizzazione produttiva nell'ambito di un'attività svolta da un'impresa transnazionale, abbiamo accertato che in caso di reale localizzazione all'estero della produzione, ci si vedrà applicata la normativa lavoristica del luogo in cui si produce, se l'impresa può dirsi stabilita in quel paese e se i lavoratori sono in quel territorio assunti. Rinviando ad altra sede le riflessioni relative al caso in cui l'impresa, pur stabilita, si avvalga non di personale reclutato in quel paese ma proveniente da paesi diversi.

La deroga quanto alla normativa applicabile alla relazione lavorativa che consti di profili di transnazionalità sussiste a norma della convenzione soltanto per quelle prestazioni lavorative che si collochino a cavallo tra due luoghi, dei quali l'uno può essere qualificato come il luogo abituale di svolgimento della prestazione e l'altro soltanto occasionale. In tale ipotesi, la Convenzione riconosce, in via del tutto eccezionale, che possa continuare ad applicarsi un'unica normativa, quella del paese in cui appunto la prestazione venga abitualmente fornita. La *ratio* della norma riposa nella tutela del lavoratore, di tal che egli in occasione di un'attività

---

<sup>244</sup> Convenzione 80/934/CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, recentemente confluita nel regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) [Gazzetta ufficiale L 177 del 4.7.2009].

temporaneamente esercitata all'estero, non si trovi ad essere assoggettato ad una normativa del tutto nuova rispetto a quella che conosce già. Inoltre, sulla base delle regole generali, la temporaneità dell'attività, fa sì che il criterio di collegamento sussista in maniera più stretta con il primo ordinamento e non con il secondo. Delle questioni problematiche che derivano dalla disposizione della Convenzione alla quale la tematica del distacco può essere ascritta si parlerà più nel dettaglio in quella sede.

L'altra faccia della medaglia dell'applicazione del principio della *lex loci laboris*, che sancisce anche l'indipendenza tra legislazione applicabile al rapporto di lavoro ed origine dell'impresa, è, dunque, che l'impresa che voglia localizzarsi in un paese con norme meno restrittive possa fruire di quelle condizioni anche se mantenga i propri uffici amministrativi in altra sede ed il centro amministrativo principale.

In questo contesto, dunque, l'applicazione della legge lavoristica del luogo in cui si svolge abitualmente la prestazione lavorativa si rivela del tutto inadeguata nell'ottica della riduzione di una concorrenza regolativa tra ordinamenti lavoristici, costituendo in sostanza *“il principale veicolo d'alimento delle operazioni di decentramento organizzativo e produttivo verso paesi che offrono agli operatori economici condizioni normative di lavoro maggiormente appetibili”*<sup>245</sup>.

La situazione potrebbe però essere ovviata attraverso una giurisprudenza comunitaria particolarmente attenta al fenomeno della reale localizzazione dell'impresa, che non ritenga sufficiente la mera predisposizione di una schermata societaria ma valorizzi l'unicità dell'impresa, *“guardando alla stessa nel suo complesso, piuttosto che al singolo luogo di svolgimento della prestazione lavorativa, con la creazione di forme comuni di rappresentanza e di tutela senza frontiera”*<sup>246</sup>.

In effetti, anche la Corte di Giustizia ha in taluni casi valorizzato la necessità di una ricostruzione unitaria dell'impresa come è avvenuto nel caso *Pugliese*<sup>247</sup> che costituisce *“la punta più avanzata in termini di ricostruzione unitaria di una rete di imprese di dimensione transnazionale”*<sup>248</sup>.

---

<sup>245</sup> TUSSINO, G., *Impresa transnazionale e rapporti di lavoro*, op. cit. p. 174

<sup>246</sup> TUSSINO, G., *ibidem*, p. 183

<sup>247</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 10 aprile 2003, C.-437/2000, *Pugliese*, in *Racc.* 2003 p. I-03573 oppure in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 699, con nota di

Inoltre, la delocalizzazione finalizzata allo sfruttamento di più bassi costi del lavoro all'estero non incontra specifici ostacoli, dal momento che, mercé una permissiva giurisprudenza della corte di giustizia sulla circolazione dei beni, essi, una volta prodotti, circolano liberamente su tutto il territorio comunitario senza poter essere sottoposti a nessuna ulteriore richiesta sulle modalità di fabbricazione o condizioni di qualità.

Il mutuo riconoscimento diventa un ingranaggio vitale per la concorrenza regolativa tra ordinamenti: i consumatori possono infatti, scegliendo un certo bene, optare per una specifica regolazione. La competizione tra beni cela dunque una competizione tra sistemi normativi all'interno del medesimo territorio comunitario<sup>249</sup>.

Fino a che il principio di territorialità per quanto inerente a normativa fiscale e normativa lavoristica non viene intaccato la creazione di imprese fittizie difficilmente può condurre ad un fenomeno di competizione regolativa, il problema sorge allorché l'articolo 43 TCE, ora 56 TFUE sia usato per scardinare il principio di territorialità<sup>250</sup>. Il principio di territorialità fa sì che l'impresa possa sfruttare la minaccia della delocalizzazione ma consente di nutrire minor timore che la mera incorporazione possa produrre effetti quanto alla applicazione della normativa del paese di domicilio dell'impresa, salvo continui ad espandersi la libera prestazione dei servizi.

---

BEGHINI, V., *Luogo di svolgimento abituale dell'attività lavorativa e sospensione del rapporto di lavoro con distacco del lavoratore presso una consociata estera*

<sup>248</sup> TUSSINO, G., *ivi*, p. 184 Il caso ha visto l'imputazione della titolarità di un rapporto di lavoro sulla scorta dell'affermazione di un principio di concretezza degli effetti, prescindendo dalla localizzazione dell'impresa.

<sup>249</sup> BARNARD, C., DEAKIN, S., *Market access and regulatory competition*, *op. cit.*, p.

10

<sup>250</sup> Vi accenna DEAKIN, S., *Regulatory competition versus harmonization in European Company Law*, *op. cit.*, p. 205

#### *1.2.4 Stabilimento e delocalizzazione produttiva intracomunitaria*

Le normative comunitarie finalizzate a favorire lo stabilimento delle società in uno qualsiasi dei paesi comunitari – in maniera effettiva, ossia concretamente ponendo in essere un'attività all'estero, e non mediante pura incorporazione aziendale, come esaminato nei paragrafi antecedenti – hanno incoraggiato la diffusione di taluni processi aziendali tipicamente riconnessi alla globalizzazione (sulla quale si rinvia al cap. 3 della parte prima).

Ci si riferisce, in particolare, alla propagazione intracomunitaria di quel processo noto come delocalizzazione produttiva che consiste nel trasferimento da parte delle imprese di tutti i propri stabilimenti di produzione di beni e servizi, o di una parte di essi, in un'area geografica diversa rispetto a quella in cui si mantiene la sede principale e la direzione generale delle imprese<sup>251</sup>.

In tal senso, il vero fulcro del problema non è sarebbe soltanto la possibilità di localizzare un'impresa in un certo paese per fruire di riduzioni fiscali o per poi scardinare la normativa lavoristica nazionale attraverso la prestazione di servizi, ma di localizzarla realmente per sfruttare la più morbida disciplina in materia di produzione, in tal senso la questione che si porrebbero le imprese sarebbe piuttosto “dove” produrre<sup>252</sup>.

Normalmente l'obiettivo economico perseguito con la descritta operazione è non tanto, come si potrebbe pensare in un'ottica di ravvicinamento al mercato di vendita dei prodotti, la commercializzazione dei beni nel mercato in cui essi sono generati, bensì la successiva riacquisizione delle merci da parte della sede principale dell'impresa, rimasta nel paese d'origine, la quale rivenderà i prodotti su tutti i mercati dopo avervi apposto un unico marchio.

---

<sup>251</sup> NICOLÒ, D., *Delocalizzazione produttiva, vantaggio competitivo ed evoluzione del sistema informativo per il controllo di gestione delle imprese*, p. 1 consultabile on line su <http://www.odcrc.it/public/File/NICOLO/Delocalizzazioneproduttiva.pdf>

<sup>252</sup> Di questa opinione è DEAKIN, S., *Regulatory competition versus harmonization in European Company Law*, op. cit., p. 205

La delocalizzazione rappresenta dal punto di vista economico un fenomeno complesso e dal carattere composito. Essa può infatti essere attuata attraverso il ricorso a molteplici modalità di realizzazione; tra di esse una forma tipica è rappresentata dagli investimenti diretti esteri (IDE), esempio piuttosto impegnativo di delocalizzazione di tipo verticale, cioè relativo ad attività a monte o a valle rispetto a quelle mantenute nel Paese di origine. L'IDE può essere realizzato in due forme: con investimento di tipo *greenfield*, giusto il quale l'impresa si insedia nel Paese acquisendo nuove strutture produttive con l'esito di incrementare la propria capacità produttiva, oppure con investimento di tipo *brownfield*, giusto il quale l'impresa acquisisce la proprietà o il controllo di imprese estere esistenti o colloca le proprie strutture produttive in un sito adibito già per l'esercizio di attività economiche<sup>253</sup>.

Tra le modalità con cui si dà attuazione alla delocalizzazione val pure la pena di citare le *joint ventures*, le pratiche di *outsourcing* puro realizzata sul piano internazionale e tutte quelle variegate figure descrittive di poliedriche relazioni contrattuali tra imprese principali e subfornitori.

L'impatto sui mercati della delocalizzazione, considerata nella sua unitarietà, si può evidenziare scorrendo i dati riportati in un rapporto del TeDis<sup>254</sup>, secondo il quale ricorrerebbe alla delocalizzazione produttiva un'altissima percentuale di imprese italiane, le quali per il 46% rivolgerebbero l'operazione verso l'Europa Centro-orientale. Le motivazioni che dallo stesso rapporto sarebbero alla base delle decisioni delle singole imprese in merito alla delocalizzazione produttiva dipenderebbero per il 68% dalla possibilità di sfruttare inferiori costi del lavoro.

Si comprende quindi l'interesse per la materia da una prospettiva lavorista e la pericolosità sociale della combinazione tra un regime circolatorio di merci, servizi e capitali nettamente libero sul piano comunitario e un'Europa fortemente diversificata.

---

<sup>253</sup> BARONCHELLI, G., *La delocalizzazione produttiva nei mercati internazionali: dagli IDE all'offshoring*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2008.

<sup>254</sup> TEDIS (Centre for studies on technologies in distributed intelligence systems), Banca Intesa, *I distretti industriali italiani: strategie per vincere sul mercato globale*. Atti del convegno. Milano, 14 giugno 2005, <http://www.univiu.org/research-training/researchtedis/tedisdocuments>

Ad onor del vero, occorre osservare che in un contesto di sostanziale uniformità quanto a standard lavoristici applicabili, la delocalizzazione intracomunitaria non avrebbe avuto una propagazione analoga a quella cui assistiamo oggi, dal momento che, in ultima analisi, sarebbe stato negato il conseguimento dello scopo cui si mira con il progetto e che viene espressamente annunciato dagli stessi imprenditori, ossia sottrarsi alle stringenti normative lavoristiche domestiche.

Diverse considerazioni valgono però nello scenario attuale.

Se infatti la spinta all'integrazione dei mercati si amplifica “*allorché il costo della distanza (geografica) si riveli inferiore al differenziale dei costi di produzione*”<sup>255</sup> l'allargamento ad est rende più probabile l'acuirsi delle tensioni sociali infracomunitarie. L'obiettivo di sfruttare questi benefici economici dalla localizzazione estera può perseguirsi attraverso due modalità la delocalizzazione produttiva vera e propria, integrata principalmente dagli IDE (opzione *make*) o la conclusione di rapporti contrattuali con partner stranieri (opzione *buy*), rappresentata dai fenomeni di *outsourcing*, *joint ventures* e subfornitura<sup>256</sup>.

All'interno dell'unico mercato e con distanze piuttosto ristrette gli uni dagli altri, coesistono Stati con differenti tradizioni storiche e giuridiche e notabili differenze relative al livello delle tutele, che avvalorano le tesi esposte in precedenza in ordine al rischio di una competizione tra ordinamenti giuridici con l'esito di una corsa al ribasso nella deregolamentazione lavoristica (sulla quale si veda par. 3.1, parte prima).

La presenza all'interno del territorio comunitario di paesi con un'economia fortemente liberista e non attenuata dalle politiche dello Stato sociale può infatti influenzare la decisione delle imprese in merito al luogo in cui fissare la loro produzione.

La scelta di spostare la produzione all'estero in questi casi permette di conciliare d'un canto l'esigenza di non creare una determinante distanza tra luogo di produzione e mercato di vendita dei prodotti, sia l'esigenza

---

<sup>255</sup> JEAMMAUDE, A., *La mondializzazione: banco di prova per il diritto del lavoro*, op. cit., p. 61

<sup>256</sup> NICOLÒ, D., *Delocalizzazione produttiva, vantaggio competitivo ed evoluzione del sistema informativo per il controllo di gestione delle imprese*, op. cit., p. 3

di “ottenere un abbassamento dei costi di fabbricazione di prodotti che vengono successivamente riesportati nel paese di origine dell’impresa<sup>257</sup>”.

Il tipo di delocalizzazione cui si fa cenno, implicando il trasferimento della produzione in un paese diverso da quello in cui precedentemente l’impresa svolgeva la propria attività, comporta un conseguente disinvestimento finanziario nel paese originario e una tangibile minaccia per la situazione occupazionale dei paesi in cui più alto è il livello di tutela<sup>258</sup> e in cui più consolidati sono i diritti.

In che misura è difficile accertarlo, ma è sicuro che la minaccia occupazionale possa fungere quanto meno da argomento portante a sostegno di politiche statali di flessibilizzazione nei paesi occidentali, sia ad una nuova forma di contrattazione, la cd. *concession bargaining*<sup>259</sup>.

La delocalizzazione costituisce il riflesso internazionale di quei processi di esternalizzazione attuati sul piano nazionale: i dipendenti di un’unica grande impresa sono diversificati in funzione dell’attività da compiere per quell’impresa sull’intero territorio comunitario o addirittura globale<sup>260</sup>.

---

<sup>257</sup> JEAMMAUDE, A., *La mondializzazione: banco di prova per il diritto del lavoro*, op. cit., p. 61

<sup>258</sup> La tesi in verità è ampiamente discussa. Infatti, su posizioni specularmente opposte si colloca CORÒ, G., *Verso una governance dei processi di delocalizzazione produttiva*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2004, 3, p. 84, il quale sostiene che “Le aree che in Italia hanno più delocalizzato nel corso degli anni novanta (si pensi in particolare al nord-est), risulterebbero anche quelle in cui è più elevato il tasso di occupazione e nelle quali il calo occupazionale nei settori direttamente coinvolti dalla delocalizzazione è stato minore” e altrettanto sostengono grazie all’analisi di evidenze tratte dalla situazione statunitense e della Gran Bretagna che la delocalizzazione non comporterebbe una caduta dell’occupazione aggregata, ma all’opposto contribuirebbe alla creazione di nuovi posti di lavoro che controbilanciano le eventuali perdite occupazionali dovute all’esternalizzazione di alcune fasi della produzione. Fonte AMITY, M. E WEI, S. J., *Fear of Outsourcing : Is it Justified?*, IMF Working Paper 04/186 e NBER Working Paper 10808 consultabile on line su <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2004/wp04186.pdf>.

<sup>259</sup> Sui recenti fatti di cronaca della contrattazione negli stabilimenti Fiat di Pomigliano in cui sotto minaccia di delocalizzazione in Romania si sono accettate condizioni contrattuali deteriori si veda l’illuminante articolo di LEONARDI, S., *Gli accordi separati: un vulnus letale per le relazioni industriali*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 3, 2010, il quale dà anche una nozione di *concession bargaining*: “consiste nello scambiare occupazione contro salari e diritti; diritti al lavoro con diritti nel lavoro”, p. 356

<sup>260</sup> JEAMMAUDE, A., *La mondializzazione: banco di prova per il diritto del lavoro*, op. cit., p. 67

Alcuni paesi, quelli in cui risultano minori i costi, vengono così deputati alla produzione dei beni, altri alla gestione della contabilità e altri ancora alla gestione del marketing.

In questo quadro, la decisione in merito alla chiusura di uno stabilimento di un gruppo in un certo paese per spostare la produzione in un altro stabilimento di un altro paese sarebbe difficilmente sottoponibile al controllo sociale cui normalmente sono esposte queste attività, perché particolarmente arduo appare attivare la contrattazione collettiva, nondimeno, poi l'operazione sfugge all'applicazione di un unico diritto.

Tale meccanismo non è prerogativa del territorio comunitario ma costituisce un aspetto della integrazione dei mercati a livello globale, benché a livello comunitario l'impossibilità di impedire la fuoriuscita delle imprese dal proprio territorio, pena la violazione del diritto di stabilimento, rende impossibile la costruzione di argini a tale fenomeno (si veda quanto anticipato in sede di delineazione dei caratteri dello stabilimento, par. 1.2.1).

L'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla quale ci si soffermerà nel dettaglio anche in seguito rende considerevolmente più complesso contrastare queste nuove realtà aziendali, quantomeno ove esse siano situazioni di incidenza comunitaria, giacché un tentativo di controllo statale dell'operazione di delocalizzazione potrebbe dalla Corte essere sanzionato in quanto lesivo della fondamentale libertà di stabilimento comunitaria. Analogamente accadrebbe in caso di sciopero diretto a contrastare la delocalizzazione, come peraltro già verificatosi nel noto caso *Viking*<sup>261</sup>. In particolare, Orlandini<sup>262</sup>, ha ritenuto che i limiti allo sciopero nel caso di azione collettiva volta ad impedire la delocalizzazione all'estero siano stati definiti in senso più favorevole alle organizzazioni sindacali di quanto non sia avvenuto con riguardo all'esercizio della libera prestazione del servizio. A suo avviso, infatti, “dalla sentenza *Viking* si deduce che per il diritto comunitario è legittima un'azione

---

<sup>261</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, cit.

<sup>262</sup> ORLANDINI, G. *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, op. cit., p. 239-240



*sindacale tesa a tutelare i dipendenti di un'impresa che intende trasferirsi in un altro Stato membro, nel caso in cui gli interessi di tali dipendenti siano "realmente compromessi o seriamente minacciati dal trasferimento"*<sup>263</sup>.

In altri termini l'azione collettiva contro eventuali licenziamenti potrebbe essere ritenuta legittima ma sempre che se ne accerti il carattere di *extrema ratio*, che si sia conseguentemente esclusa la sussistenza di altri mezzi meno restrittivi per conseguire il medesimo fine di tutela dei lavoratori.<sup>264</sup>

Infatti, estrapolando il caso dal proprio contesto, ossia quello marittimo, permarrebbe una valutazione in ordine alla legittimità di azioni sindacali dirette a contrastare le delocalizzazioni da uno Stato membro all'altro.

Ed il problema più significativo sembra derivi proprio dalla eventuale traslazione dei principi enunciati in relazione al contesto marittimo a settori diversi: ivi, infatti, i sindacati potrebbero essere indotti ad assumere azioni di lotta ben più radicali per sottoporre al proprio controllo l'operazione di trasferimento e fondarne la legittimità si dimostra operazione assai complessa alla luce dei principi enunciati in *Viking*<sup>265</sup>. Al di fuori del contesto marittimo, nel quale la delocalizzazione si atteggia più come delocalizzazione giuridica che non delocalizzazione produttiva, potrebbe anche discutersi dell'applicazione della direttiva sul trasferimento d'azienda, atteso che in astratto nulla si frappone alla applicazione di tale fattispecie anche a trasferimenti interstatali.

Sul piano interno, infatti, le esternalizzazioni, come quella indicata, sono sottoposte alla disciplina di origine comunitaria sul trasferimento d'azienda, la quale prevede garanzie sostanziali e procedurali.

Eppure, come lucidamente evidenziato da Bob Hepple, la direttiva 2001/ non è, sino ad ora, mai stata applicata dalla Corte di Giustizia a situazioni di carattere transnazionale<sup>266</sup>. E ciò si spiegherebbe in ragione

---

<sup>263</sup> ORLANDINI, G. *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, op. cit., p. 239-240

<sup>264</sup> ORLANDINI, G. *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, op. cit., p. 239-240

<sup>265</sup> ORLANDINI, G, *ibidem*, p.

<sup>266</sup> HEPPLER, B., *Labour law and global trade*, Hart publishing, 2005, p. 175

delle difficoltà pratiche che si incontrano nel tentativo di ricostruire in maniera unitaria la fattispecie, con una messa a fuoco di tipo giuridico: infatti, benché essa sia operazione economicamente unitaria, raramente vi è nella delocalizzazione produttiva il mantenimento in vita dei rapporti di lavoro in precedenza esistenti, dal che anche i giudici interni hanno spesso scelto di applicare la disciplina dei licenziamenti collettivi piuttosto che quella contemplata per il trasferimento d'azienda<sup>267</sup>. Licenziamenti collettivi, s'intende che, peraltro, si troverebbero ad essere giustificati sulla base di ragioni oggettive, integrando la situazione una ristrutturazione aziendale che cagioni mutamenti nella forza lavoro<sup>268</sup>.

Come recentemente rimarcato da Donata Gottardi la tematica sarà presto posta all'ordine del giorno del dibattito giuslavoristico internazionale giacché *“questo è un punto nodale, forse il fulcro dei problemi concreti dell'Unione europea a più di mezzo secolo dalla sua costruzione, le delocalizzazioni interne essendo, da un lato, paventate (e contrastate, appunto con i mezzi di lotta sindacale) dai lavoratori e dalle organizzazioni sindacali nazionali, dall'altro fenomeno fisiologico dell'applicazione delle libertà di movimento.”*<sup>269</sup>

A ciò si aggiunga che il tema condivide con la tematica generale delle esternalizzazioni il profilo di frizione tra dissolvimento della natura integrata dell'impresa e applicazione dei diritti collettivi conseguente alla *“dispersione del processo produttivo”* manifestata dalla nascita di insediamenti in diversi paesi<sup>270</sup>.

Il Parlamento Europeo sembra essere consapevole delle notevoli implicazioni sociali che possono essere correlate al trasferimento transfrontaliero della sede di una impresa e proprio con il fine di estendere la partecipazione dei lavoratori a tali decisioni nella sua risoluzione del 10

---

<sup>267</sup> JEAMMAUDE, A., *ivi*, p. 67 che ricorda la chiusura di uno stabilimento della Thompson per trasferire parte della produzione in Brasile e le difficoltà di inquadramento giuridico della fattispecie incontrate dai giudici francesi tra il trasferimento dell'impresa e licenziamento collettivo.

<sup>268</sup> Lo ricorda con preoccupazione HEPPLER, B., *Labour law and global trade*, *op. cit.*, p. 175

<sup>269</sup> GOTTARDI, D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, *op. cit.*, p. 24

<sup>270</sup> NADALET, S., *Impresa transnazionale e diritto del lavoro*, *op. cit.*, p. 431

marzo 2009<sup>271</sup> ha sollecitato la Commissione all'adozione di una direttiva che tenga conto in particolare che *“il trasferimento transfrontaliero della sede legale di una società non dovrebbe dar luogo alla sua liquidazione né a qualsiasi altra interruzione o perdita della personalità giuridica”*, previsione che permetterebbe ai lavoratori di non rischiare di veder sparire la società verso cui ancora avanzano crediti.

Il Parlamento sembra poi avanzare l'idea che il trasferimento transfrontaliero della sede sociale dovrebbe essere escluso ove esso sia diretto ad *“aggirare i requisiti giuridici, sociali e fiscali”* (cfr. considerando lett. D). Inoltre, sembrerebbe celarsi dietro la richiesta del Parlamento di favorire i trasferimenti delle sedi sociali, la più stringente intenzione di permettere l'esercizio di una forma di controllo sociale dell'operazione attraverso il coinvolgimento dei sindacati e difatti al considerando E ricorda *“che i diritti delle altre parti interessate dal trasferimento, come gli azionisti di minoranza, i lavoratori, i creditori ecc., dovrebbero essere salvaguardati”* e alla lettera F identifica il metodo attraverso il quale permettere che si tenga conto nell'adozione della decisione degli interessi antagonisti *“considerando che il pertinente acquis comunitario che prevede per i lavoratori diritti d'informazione, consultazione e partecipazione a livello transfrontaliero e garantisce i diritti preesistenti in materia di partecipazione (direttive 94/45/CE ( 9 ) e 2005/56/CE ( 10 )) dovrebbe essere pienamente preservato, e che, di conseguenza, il trasferimento della sede legale non dovrebbe comportare la perdita di tali diritti esistenti”*, il Parlamento poi conclude il punto con la proposta *“di inserire nella nuova direttiva un riferimento alla direttiva 94/45/CE e alla direttiva 2005/56/CE al fine di garantire, nell'applicazione delle direttive comunitarie in materia di diritto societario, la coerenza e gli elementi essenziali delle procedure relative alla partecipazione dei lavoratori”*. Sempre in tale ottica si colloca anche la richiesta avanzata al punto 6 della risoluzione ove il PE richiede che il trasferimento della sede di una società sia *“preceduto dall'elaborazione di un piano di trasferimento e di una relazione che illustri e motivi gli aspetti giuridici ed economici nonché le conseguenze per gli azionisti e i lavoratori”* e che tali documenti siano resi accessibili tempestivamente a tutti i soggetti interessati.

---

<sup>271</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2009 recante raccomandazioni alla Commissione sul trasferimento transfrontaliero della sede legale di una società (2008/2196(INI))

Si tratta come si vede della preconizzazione di una forma di tutela meramente procedurale, e non sostanziale, in linea con quanto prescritto dalle direttive comunitarie che disciplinano licenziamenti collettivi, trasferimento d'azienda e insolvenza del datore di lavoro<sup>272</sup>.

In tale contesto, lo strumento che al meglio sembra in grado di governare le situazioni di ristrutturazione aziendale che implicino una delocalizzazione è la contrattazione collettiva transnazionale<sup>273</sup>. Come ricordato in un recentissimo saggio della Scarponi e di Nadalet<sup>274</sup>, infatti, il diritto del Cae ad essere informato e consultato in caso di ristrutturazione e delocalizzazione va ormai reputato acquisito essendo stato espressamente riconosciuto dalle giurisdizioni nazionali. Il Tribunale di Nantes del 1997 lo ha infatti sancito con sentenza in un caso emblematico quale quello che ha visto la chiusura dello stabilimento della Renault – Klvorde e altrettanto è avvenuto ad opera del tribunale parigino nel caso della ristrutturazione degli stabilimenti della catena di grande distribuzione Mark & Spencer.

Che con ristrutturazioni aziendali e delocalizzazioni sia un dato con cui fare i conti è evidente almeno dal 2005 quando la Commissione ha manifestato il proprio orientamento in materia. A mio avviso tale documento può essere considerato la migliore espressione dell'idea propugnata dalla Commissione in materia di competizione regolativa intracomunitaria e di limiti ed effetti della delocalizzazione interna. Infatti, nella Comunicazione della Commissione del 2005<sup>275</sup> essa incoraggia le imprese alla messa in opera di progetti di ristrutturazione aziendale che abbiano come scopo quello di rendere più competitiva l'impresa, il che vuol dire che si incoraggiano le stesse imprese anche a

---

<sup>272</sup> Sulle quali si veda il puntuale saggio di LO FARO, A., *Integrazione Europea, op. cit.*

<sup>273</sup> Sulla quale si veda ALES, E., *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato, presente e futuro* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 115, 2007 o anche LO FARO, A., *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, nella stessa rivista, o ancora LAULOM, S., *Sur la négociation collective transnationale*, in *Droit Social*, n. 5, 2007

<sup>274</sup> NADALET, S., SCARPONI, S., *Gli accordi transnazionali sulle ristrutturazioni d'impresa*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2010

<sup>275</sup> Risoluzione COM(2005) 120, "Anticipare e accompagnare le ristrutturazioni per ampliare l'occupazione: il ruolo dell'Unione europea" del 31.03.2005

mettere in opera mere attività di delocalizzazione finalizzate alla riduzione dei costi.

In tal senso pare interessante porre in evidenza come la Commissione eviti accuratamente di parlare di delocalizzazioni, sebbene essa ricostruisca delle situazioni che, di fatto, ad essa sono riconducibili. L'approccio della Commissione al fenomeno delle ristrutturazioni guarda ad esse come un fenomeno positivo nonostante il suo prezzo occupazionale, è dato leggere infatti che esse *“sono tuttavia indispensabili per la sopravvivenza e lo sviluppo delle imprese ed è quindi necessario accompagnarle affinché i loro effetti sull'occupazione e sulle condizioni lavorative siano il più possibile transitori e limitati?”*.

La situazione non può ancora dirsi definita ma essa certamente rappresenta un fronte con cui confrontarsi sin d'ora e che imporrà una nuova riflessione anche alla dottrina lavorista.

### *1.3. La libertà di prestazione dei servizi*

#### *1.3.1 La libertà di prestazione dei servizi: dalla “residualità” dei Trattati, alla “centralità” nel mercato interno*

Alla libertà di prestazione di servizi era riservato nei Trattati un ruolo residuale<sup>276</sup>: essa era infatti destinata ad operare soltanto allorché non potessero trovare applicazione le disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori o al diritto di stabilimento. La clausola di salvaguardia, contenuta al primo comma dell'articolo 50 TCE, oggi 57 TFUE, descrive difatti i servizi in termini negativi, quali *“prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone”*. Il secondo comma del medesimo articolo enuclea poi le attività che ricadono nella sfera applicativa della disposizione, benché l'elencazione abbia carattere meramente esemplificativo: *“I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale b) attività di carattere commerciale c) attività artigiane d) attività*

---

<sup>276</sup> EDSTROM, O., *The Free Movement of Services and the Right to Industrial Action in Swedish Law – In the Light of the Laval Case*, in *EU Industrial relations v. National Industrial Relations. Comparative and interdisciplinary perspectives*, MIA RÖNNMAR (a cura di) Kluwer 2008, p. 171, parla di una definizione negativa della libertà di prestazione dei servizi

*delle libere professioni?*'. La sua formulazione, è evidente, è dotata di una grande capacità espansiva dato che le tipologie di attività cui si fa cenno sono altamente diversificate, elemento che ha dato adito al sorgere di molteplici perplessità nella predisposizione di una disciplina unitaria valevole per tutta la materia.

Dunque, in fase di prima approssimazione, può sin d'ora segnalarsi che il concetto di prestazione di servizi è talmente ampio che, in difetto di uno specifico tipo negoziale, sfugge ad una precisa ed univoca identificazione sul piano giuridico. Di certo v'è soltanto che in ambito comunitario con la nozione di servizi si fa riferimento ad un'attività di *facere* e non di *dare*: essa coincide infatti con "*l'esercizio temporaneo di una attività economica non salariata in ambito transnazionale*"<sup>277</sup>. La nozione di servizio sarebbe dunque suscettibile di inglobare al proprio interno ogni attività economica autonoma svolta normalmente dietro retribuzione a prescindere dal fatto che detto servizio sia pagato da coloro che ne fruiscono; evidentemente, ivi incluse anche le prestazioni d'opera e prestazioni d'opera intellettuale<sup>278</sup>. In un ambito di osservazione rivolto all'analisi dell'impatto della libera circolazione comunitaria delle imprese sul diritto del lavoro domestico è pertanto necessario restringere l'esame soltanto a quelle attività che, pur definite anch'esse servizi, in verità implicino uno spostamento di un'impresa, tralasciando la disamina di tutti gli altri aspetti che, per quanto indubbiamente importanti, apparirebbero inconferenti con le osservazioni che si effettueranno nel proseguo.

Inoltre, il servizio di nostro interesse deve avere una rilevanza comunitaria, il che vuol dire che deve esser dotato del carattere della transnazionalità, al pari di quanto accade nei riguardi di tutte le altre libertà fondamentali; infatti, secondo una consolidata giurisprudenza, non rimangono assoggettate al diritto comunitario quelle vicende che siano qualificabili come "*situazioni meramente interne*"<sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> FOGLIA, R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in *MGL.*, 2001, p. 806

<sup>278</sup> Sulle quali si veda NOGLER, L (a cura di), *Le attività autonome, Trattato di diritto privato europeo*, Giappichelli, 2006

<sup>279</sup> Come rammentato da TRAVERSA, E., *Libera prestazione dei servizi e distacco dei lavoratori, op. cit.*, p. 293

Rientrano nella nozione di servizio transfrontaliero quattro diverse ipotesi: quella in cui il destinatario del servizio si sposta verso lo Stato di stabilimento del prestatore (si veda ad esempio Corte di giustizia 31 gennaio 1984, C-286/82, Luisi e Carbone, riguardante la sottoposizione a cure mediche in un paese membro diverso); quella in cui lo spostamento riguarda entrambi i soggetti, destinatario e prestatore, come nel caso delle guide turistiche (come nel caso Corte di giustizia 26 febbraio 1991, C-180/89, Commissione C. Italia) e infine quella in cui a spostarsi è il solo servizio mentre prestatore e destinatario rimangono nel paese d'origine (quale potrebbe essere un'offerta di marketing telefonico, Corte di giustizia 10 maggio 1995, C-384/93, Alpine Investments BV C. Ministero delle finanze)<sup>280</sup>. La quarta ed ultima tipologia di transnazionalità vede il prestatore di servizi spostarsi ai fini dello svolgimento del servizio ed è ovviamente l'unica che può coincidere con lo spostamento dell'impresa di cui qui si intende occuparsi, laddove, nelle altre ipotesi, è il cliente o il servizio, quale bene immateriale, a varcare la frontiera.

Tra i requisiti di cui deve constare il servizio per acquisire rilievo comunitario merita, peraltro, attenzione l'esame del parametro della temporaneità, del quale sarà necessaria un'approfondita analisi in sede di perimetrazione dei confini applicativi tra le due limitrofe libertà di prestazione e di stabilimento (paragrafo 1.5). Il requisito è infatti dotato di un particolare tenore discrezionale tra le suddette libertà.

Il Trattato dedica alla materia dei servizi l'intero capo III, oggi, a seguito della nuova numerazione introdotta dal trattato di Lisbona, dall'articolo 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea all'articolo 62, strutturando la trattazione come afferente alla materia della circolazione delle persone esercenti un'attività di natura non subordinata, benché poi, grazie all'applicazione dell'articolo 48, oggi 54 TFUE, della medesima libertà siano abilitate a fruirne anche le società che siano stabilite in uno degli stati membri.

Val la pena notare in questa sede che i Trattati utilizzano la medesima formula per riferirsi al trattamento giuridico da riservare ad entrambe le

---

<sup>280</sup> Analoga partizione è proposta da BANO, F., *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, op. cit., p. 62

due libertà fondamentali di stabilimento e di prestazione di servizi, ed infatti, sia per la prima che per la seconda sanciscono rispettivamente l'art. 43 TCE (ora 49 TFUE) e l'articolo 49 TCE (ora 56 TFUE) che “*le restrizioni sono vietate*”.

Nelle disposizioni dei testi fondamentali dell'UE si precisa inoltre che “*l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società*”, in altri termini lo stabilimento è possibile “*alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini*”, così, per la prestazione dei servizi, che “*il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini*” (articolo 50 TCE ora 57 TFUE). Dunque, la previsioni dei Trattati sembrano riconoscere in entrambi i casi un'opzione a favore dell'*host state control*, dacché le operazioni sarebbero governate dalla disciplina del paese in cui viene effettuata l'attività, sia a titolo temporaneo che permanente.

### *1.3.2 La libertà di prestazione dei servizi nel diritto vivente: il paradigma della non discriminazione*

Nella prima fase di attuazione giurisprudenziale, la libertà di prestazione di servizi vede effettivamente confermato il proprio carattere residuale: infatti, essa viene invocata nelle sole ipotesi in cui sia da scartare l'applicabilità delle disposizioni relative alle altre libertà di circolazione.

Inoltre, la Corte, nell'esaminare i primi casi che le vengono sottoposti, non esita a far uso del paradigma di decisione imperniato sull'equità di trattamento tra cittadini e stranieri, avendo come primo e cardinale punto di riferimento la rimozione delle disposizioni discriminatorie sulla base del parametro della nazionalità. Per lungo tempo la Corte ha quindi adottato in questo settore quel peculiare modello di giudizio definito “*approccio non discriminatorio*” che, incardinato nell'ambito dei modelli di *market access*, si colloca tra quelli che maggiormente si approssimano al criterio puro dell'*host state control*.



Dai ragionamenti giuridici sviluppati dalla Corte in quel periodo emerge che le uniche normative che meritano di essere rimosse sono quelle che sanciscano un diverso trattamento tra cittadini e stranieri (modello basato, però, sulla rimozione di discriminazioni sia dirette sia indirette). Il principio è stato per la prima volta affermato nei riguardi di una disposizione direttamente discriminatoria ma non avente specificamente a riguardo il profilo della nazionalità quanto piuttosto quello della residenza (si richiedeva la residenza per l'esercizio di un'attività che era invece assolutamente libera per i cittadini) nel caso *Van Binsbergen*<sup>281</sup> in cui è stata peraltro dichiarata l'efficacia diretta della disposizione.

La ragione dell'adozione del suddetto approccio è spiegata in *Koestler*<sup>282</sup> ove la Corte afferma che, mentre l'abolizione di ogni discriminazione è necessaria per l'integrazione e da essa giustificata, l'adesione alla Comunità “*non impone tuttavia alcun obbligo nel senso che al prestatore di servizi straniero debba essere concesso, in funzione della sua legge nazionale, un trattamento più favorevole di quello riservato al prestatore stabilito nello stato in cui viene fornita la prestazione*”.

L'idea professata in questa fase è, dunque, che lo straniero non è autorizzato a porre a confronto la propria legislazione d'origine con quella applicata nel paese di prestazione dei servizi; detta differenza di trattamento rispetto ai soggetti ivi stabiliti, detta discriminazione al contrario, non sarebbe infatti giustificata sulla base delle disposizioni trattatistiche.

Lo stesso approccio è condiviso anche dalle altre istituzioni comunitarie come si evince dalla lettura dei documenti in quel periodo prodotti. Ed infatti, nel programma generale di azione della Comunità per l'abolizione delle restrizioni sulla libertà di prestazione dei servizi del 1962<sup>283</sup> si richiede agli Stati membri l'abolizione delle norme che creino barriere all'accesso, all'uscita e alla residenza dei cittadini degli altri stati membri, ma soltanto ove esse siano discriminatorie, abbiano cioè uno

---

<sup>281</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 dicembre 1974, C-33/74, *Van Binsbergen*, cit.

<sup>282</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 24 ottobre 1978, C-15/78, *Société Générale Alsacienne de Banque Sa contro Walter Koestler*, in *Racc.* 1978, p. 1971

<sup>283</sup> Programma generale d'azione per l'abolizione delle restrizioni del 18 dicembre del 1961.

scopo economico e non appaiano giustificate sulla base dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza o della salute pubblica. Le eccezioni cui si fa cenno sono soltanto quelle espressamente previste nell'articolato dei trattati: all'articolo 45 TCE (ora 51 TFUE) per l'esercizio della pubblica autorità e all'articolo 46 TCE (ora 52 TFUE) per quelle disposizioni che implicano un trattamento differenziato, ma giustificato, da esigenze di ordine pubblico o sanità pubblica.

Le condizioni alle quali è possibile operare una restrizione alla libertà di prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento trovano il loro fondamento normativo comune nell'articolo 46 TCE, il quale prevede che le norme relative al diritto di stabilimento e di prestazione dei servizi *“lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica.”* All'interno della nozione di ordine pubblico dovrebbero rientrare tutte quelle disposizioni poste per la tutela di interessi imperativi dello Stato, tra le quali rientra anche la protezione dei lavoratori<sup>284</sup>.

Sono ritenute restrizioni, pertanto, solo quelle disposizioni nazionali che impediscono la prestazione di servizi trattando in maniera differente il nazionale rispetto allo straniero. Le disposizioni vietate sono sì quelle che rendono più costosa la prestazione di servizi ma rispetto al costo che il cittadino sarebbe chiamato a sostenere e mai rispetto al trattamento di cui si fruirebbe nel paese d'origine. La differenza che si intende

---

<sup>284</sup> Come ben evidenzia ORLANDINI G., *Diritto di sciopero azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona” INT 45/2006*, pp. 21-22, inoltre, una eccezione generale che non è necessario che rientri nella nozione di ordine pubblico per potersi considerare giustificata è quella di normative poste a tutela dei diritti fondamentali anche se non è ben chiaro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il rapporto tra queste due nozioni. Anche le normative a tutela dei diritti fondamentali comunque devono superare il test di proporzionalità e necessità come è stato in *Omega* (Sentenza della Corte del 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, pubblicata in *Racc.* 2004 p. I-09609) e *Schmidberger* (Corte di Giustizia, Sentenza *Schmidberger contro Austria*, C-112/00, cit.). Il primo caso, brevemente, riferito alla possibilità di opporre il principio della dignità umana alla libertà di prestazione dei servizi in un caso di divieto di commercializzazione di giochi che simulavano la guerra, mentre la seconda in cui si chiedeva se vi era contrarietà tra una manifestazione ambientalista che aveva operato un blocco stradale simbolico e la libertà di circolazione delle merci.

sottolineare è analoga a quella che intercorre tra discriminazione indiretta e disposizione indistintamente applicabile che intralci la prestazione di servizi. Come si è avuto modo di sottolineare in sede di definizione generale dei modelli di decisione della Corte di Giustizia non vi è però unanimità di vedute su quali siano i precisi contorni dell'una e dell'altra ed in particolare dove finisca l'una e inizi l'altra.

In seguito ad una prima fase in cui l'attenzione della Corte e della Commissione è concentrata soltanto sulle disposizioni espressamente discriminatorie che sanciscano un diverso trattamento per cittadini e stranieri, in una fase immediatamente successiva l'attenzione si sposta anche sulle discriminazioni indirette ossia quelle basate su un requisito che pur applicabile indistintamente a cittadini o stranieri ha come principale effetto quello di impedire la prestazione di servizi da parte di soggetti non cittadini. L'effetto particolarmente svantaggioso per i prestatori stranieri deve essere però adeguatamente provato in sede processuale.

Siamo nella fase antecedente a quella del mutuo riconoscimento. Inoltre non è ancora iniziata la campagna di valorizzazione della prestazione di servizi che mirerà a sottrarre terreno applicativo alle altre libertà fondamentali per favorire l'integrazione del mercato interno dei servizi. Ciò si evince in particolare dal fatto che l'intero programma d'azione è basato sull'idea che ad esercitare la libera prestazione di un servizio sia un lavoratore indipendente ed infatti le disposizioni sulla libera prestazione dei servizi non sono ritenute estensibili al personale di una impresa in mobilità eccetto che si tratti di mobilità del solo personale qualificato. Per il personale non qualificato opereranno viceversa le ordinarie disposizioni in materia di libera circolazione dei lavoratori.

Già l'adozione di questo approccio "*soft*" di *market access* che prescrive la sola rimozione di disposizioni dalle quali formalmente si possa verificare la disuguaglianza di trattamento tra cittadini e stranieri comporta l'attrazione nell'orbita delle restrizioni alla libertà di prestazione di servizi di una parte di disposizioni lavoristiche come è

accaduto per quelle disposizioni italiane aveva imposto alle agenzie di lavoro temporaneo di essere residenti in Italia<sup>285</sup>.

Pur collocandosi sempre nell'ambito dell'adozione di un test discriminatorio, però, può facilmente percepirsi il passaggio logico ulteriore che sta dietro l'abbandono di un approccio meramente formale per uno che sia invece basato sull'uguaglianza sostanziale, medesimo trattamento formale per situazioni uguali, trattamento diverso per situazioni diseguali. E' quanto avvenuto in *Webb*<sup>286</sup> in cui la Corte formula più compiutamente la dottrina delle discriminazioni di fatto.

E' questo però il trampolino di lancio per intraprendere il percorso diretto verso la generalizzazione di un modello di decisione contraddistinto dal mutuo riconoscimento tra le legislazioni.

La Corte infatti ritiene che una discriminazione di fatto possa essere accertata anche laddove si verifichi una duplicazione degli oneri (come accerta ad esempio nella sentenza Commissione contro Germania<sup>287</sup>).

Anche in questo caso come nella ordinaria formulazione ordinaria delle discriminazioni di fatto si continua a mantenere il raffronto tra un ordinamento e l'altro, un raffronto dal carattere decisamente complesso e che normalmente viene riversato sul giudice nazionale, su cui grava il

---

<sup>285</sup> Lo ricordano GIUBBONI, S., ORLANDINI, G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, op. cit., p. 88. Si riferiscono in particolare alla sentenza della Corte di Giustizia del 7 febbraio 2002, C-279/00, *Commissione c. Italia* in *Racc.* 2002, p. I-1425, sulla quale per un approfondimento si veda GIESEN, R., *Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms?* in *Common Market Law Review*, n. 40, 2003, p. 151-2. La sentenza ha ad oggetto i requisiti di cui deve disporre un'agenzia di somministrazione, pur rientrando formalmente nella tematica del distacco (integra la fattispecie prevista in direttiva) si è optato per omettere la trattazione di questi profili che aprono scenari diversi rispetto alle fattispecie di appalto e non perfettamente conferenti con la tematica della libera circolazione delle imprese.

<sup>286</sup> Sentenza *Webb*, sentenza della Corte di Giustizia, del 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Procedimento penale a carico di Alfred John Webb*, cit. Lo sostiene anche POIARES MADURO, M., *Exploring the outer limits: restrictions on the free movement of goods and services*, op.cit., p. 49. In questa sentenza la Corte specifica che non può automaticamente estendersi l'intero diritto dello stato ospitante nel caso di prestazione di servizi, per i particolari caratteri di temporaneità che contraddistinguono questa tipologia di esercizio delle libertà fondamentali, altrimenti con una estensione in blocco della normativa i prestatori stranieri si troveranno certamente in una situazione di svantaggio rispetto ai nazionali

<sup>287</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, 4 dicembre 1986, C-205/84, *Commissione c. Germania*, *Racc.*, 1986, p. I-3755

dovere di una conoscenza particolarmente dettagliata del sistema giuridico straniero, tanto da poter accertare se il medesimo risultato giuridico cui mira l'imposizione di una certa normativa domestica sia soddisfatto da analoghe norme sul territorio di stabilimento del prestatore.

E il modello che nella descrizione generale delle evoluzioni della giurisprudenza in materia di libertà fondamentali abbiamo descritto come incentrato sul principio dell'equivalenza e di cui come visto è paradigmatico il caso *Webb*.<sup>288</sup> Questo modello travolge un altro nucleo di disposizioni lavoristiche: quelle che impongano per la prestazione dei servizi il rilascio di autorizzazioni o che impongano altri tipi di vincoli amministrativi. Questa tipologia di decisioni è certamente condivisa anche dallo stabilimento visto il trattamento unitario per tali libertà previsto in sede di direttiva sui servizi. Non potrebbero quindi imporsi controlli preventivi sulle condizioni di impiego.

### *1.3.3 Segue...la dottrina degli ostacoli*

La vera rivoluzione copernicana avente ad oggetto la tematica dei servizi avviene, però, negli anni '90<sup>289</sup>, nonostante la lettura di taluni precedenti (cfr. la sentenza Commissione contro Germania del 1986<sup>290</sup>) potesse far intuire il sentiero intrapreso.

---

<sup>288</sup> Sentenza *Webb*, sentenza della Corte di Giustizia, del 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Procedimento penale a carico di Alfred John Webb*, cit

<sup>289</sup> NOGLER, L., *Introduzione al mercato unico delle <<attività autonome>>*, *op.cit.*, p. 36 ritiene che il mutamento di paradigma sia piuttosto da collocare a metà degli anni '80.

<sup>290</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 4 dicembre 1986, C-205/84, *Commissione contro. Germania*, cit. ove la Corte afferma: "Gli artt. 59 e 60 del trattato (oggi 56 e 57 TFUE) sono divenuti direttamente efficaci alla scadenza del periodo transitorio (...), questi articoli prescrivono l'eliminazione non solo di tutte le discriminazioni nei confronti del prestatore a causa della sua cittadinanza, ma anche di tutte le restrizioni per la libera prestazione dei servizi imposte a causa del fatto che il prestatore sia stabilito in uno stato membro diverso da quello in cui dev'essere fornita la prestazione". In verità, però, nella sentenza, pur effettuando un riferimento alle restrizioni costituite anche da misure indistintamente applicabili, la causa viene decisa attraverso il raffronto tra legislazione dello stato d'origine e quella dello stato di destinazione, sulla base del principio della non duplicazione degli oneri (la Corte impedisce che si richieda una nuova autorizzazione nel paese di destinazione per una attività che si è già abilitati a compiere nel paese d'origine).

La creazione della teoria della rimozione degli ostacoli, infatti, implica l'abbandono del sicuro cammino tracciato con l'approccio non discriminatorio, prevalente nelle altre libertà fondamentali eccetto che nella libertà di circolazione delle merci (e specificamente invocato di frequente per stabilimento e libera circolazione dei lavoratori<sup>291</sup>).

Esso implica l'affermazione dell'esistenza di una restrizione in ogni caso di ostacolo alla prestazione dei servizi, valutata confrontando il trattamento assicurato dallo stato ospitante con quello del proprio paese d'origine.

La Corte in questo periodo intraprende una vera e propria campagna di valorizzazione delle disposizioni trattatistiche relative a tale libertà e è grazie ad essa che oggi questa ha acquisito un'ineluttabile posizione di centralità nel sistema ermeneutico ricostruito dalla copiosa e costante attività giurisprudenziale.

Un ruolo propulsore in quest'opera di rinvigorismento spetta però nel medesimo periodo anche alla Commissione<sup>292</sup>. E anzi, forse il cambiamento di orientamento della Corte potrebbe addirittura leggersi come un tentativo del giudice di adeguarsi alle pressioni della Commissione nell'ottica di una maggiore rispondenza della giurisprudenza agli innovativi indirizzi del libro bianco sul completamento del mercato interno<sup>293</sup>.

In questo storico testo infatti si fissa il passaggio dalla logica dell'armonizzazione a quella del mutuo riconoscimento.

La Commissione preso atto dell'impossibilità di addivenire al completamento del mercato interno entro il 1992 laddove si proceda esclusivamente attraverso il lento meccanismo di predisposizione di una normativa di base comune (l'armonizzazione), reputa opportuno virare

---

<sup>291</sup> Sull'evoluzione della giurisprudenza in materia di libera circolazione dei lavoratori si vedano GIUBBONI, S. E ORLANDINI, G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, op. cit., p. 11 e ss.

<sup>292</sup> Difficile dire quale delle due istituzioni abbia condizionato l'altra, infatti, se d'un canto la decisione *Rush Portuguesa* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C - 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, cit.) interviene senza preavviso, dall'altro, essa potrebbe apparire come una risposta alle pressioni della Commissione volta a liberalizzare le prestazioni di servizi su tutto il territorio comunitario.

<sup>293</sup> Libro bianco della Commissione sul completamento del mercato interno del 14 giugno 1985 COM (85) 310, cit., p. 20 punto 61

verso la fiducia reciproca delle legislazioni degli stati membri. Emerge, infatti, dalla lettura del testo una silente volontà politica di rendere il mercato più flessibile costringendo gli Stati a rimuovere le loro “barriere” tecniche per essere più competitivi.

E così cambia anche la prospettiva della Corte di Giustizia: da un atteggiamento neutro che si limita a controllare che gli operatori stranieri non siano svantaggiati ad una logica di incoraggiamento verso quei prestatori che siano disposti a valicare i confini nazionali.

La Corte non accontenta di aver escluso che ove gli operatori vogliano prestare i propri servizi in più paesi debbano essere costretti a osservare cumulativamente tutte le discipline vigenti in questi paesi ed opta per l'applicazione di una sola legislazione, quella d'origine. Si argomenta infatti che in assenza di una armonizzazione, le normative lasciate libere di svilupparsi senza l'osservanza di un minimo comune denominatore comunitario potrebbero astrattamente anche confliggere, così da rendere la loro applicazione cumulativa assolutamente irrazionale.

Orbene, in questi casi, a parere della Corte, al fine di evitare irrazionali conseguenze occorrerà avere riguardo alla sola disciplina del paese d'origine, così da svincolare da inutili oneri di assoggettamento alle normative del mercato in cui si opera ove siano più d'uno i paesi in cui si prestano i servizi<sup>294</sup>.

Il passaggio da una prospettiva non discriminatoria ad una basata sulla necessaria rimozione degli ostacoli restringe recisamente la potestà regolativa degli Stati di prestazione del servizio che assistono ad una sottoposizione a screening di tutta la loro normativa. Una volta esteso l'ambito oggettivo dell'esame a tutta la normativa permane un margine piuttosto ristretto di restrizioni che la Corte ritiene ammissibili: sono solo quelle che appaiono giustificate da motivazioni di interesse generale e

---

<sup>294</sup> Il richiamo al principio elaborato per la libertà di circolazione delle merci è evidente dal mero confronto con le parole usate dalla Corte nella Sentenza *Dassonville* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 luglio 1974, C – 8/74, *Benoit et Gustave Dassonville*, cit. nt. 17) al fine di garantire la rimozione di ogni normativa protezionistica che fosse ancora esistente sul territorio comunitario. Può infatti leggersi nella sentenza che “ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi comunitari va considerata come una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative”.

non più soltanto quelle espressamente previste dai trattati<sup>295</sup>. Per potersi ammettere una deroga alla prestazione di servizi si deve dimostrare che si vuole perseguire la tutela di un altro interesse che abbia carattere imperativo. Il primo requisito ai fini dell'ammissibilità della restrizione è dunque la sua "giustificazione".

Ma la mera giustificazione alla luce di un interesse pubblico dello Stato non è sufficiente, perché la Corte operando con quella che viene definita "tecnica del bilanciamento", accerta se la restrizione si riveli strettamente necessaria alla tutela del fine pubblico che si intende perseguire e se essa sacrifichi la libertà fondamentale di prestazione del servizio meno possibile.

Avendo supposto che la limitazione sia funzionale alla tutela di un altro diritto o di un altro interesse che appaia pari ordinato a quello della libera prestazione dei servizi occorrerà verificare se quella restrizione appaia idonea allo scopo perseguito, indi diremmo "necessaria", e "proporzionata"<sup>296</sup>, ossia non vada oltre quanto necessario per la tutela di quell'interesse. La Corte ha tendenzialmente ammesso che la tutela dei lavoratori rientri tra queste ragioni come si vedrà nel dettaglio dall'esame dei casi di interazione tra giurisprudenza dei servizi e fattispecie di distacco.

Il *leading case* del passaggio da un approccio antidiscriminatorio ad un approccio basato sulla rimozione degli ostacoli viene comunemente<sup>297</sup> identificato in *Sager*<sup>298</sup>. La Corte in quella sentenza afferma esplicitamente che per assicurare una tutela piena del diritto alla prestazione dei servizi occorre garantire "la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri,

---

<sup>295</sup> In tal senso anche NOGLER, L. *Introduzione al mercato unico delle <<attività autonome>>*, *op. cit.*, p. 43

<sup>296</sup> Si noti che la valutazione non è bilaterale, non accerta se quella modalità di esercizio della libertà fondamentale di prestazione di servizi sia proporzionata o meno, ossia se essa rappresenti la forma di esercizio meno lesiva dell'altro bene o interesse che si intende proteggere, ma si accerta solo il contrario. È un bilanciamento già in partenza "sbilanciato". Ma su questo si tornerà abbondantemente nel paragrafo 1 di Parte terza.

<sup>297</sup> V. per tutti ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, *op. cit.*, p. 3

<sup>298</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25 Luglio 1991, C-76/90 *Sager K Dennemeyer & Co. Ltd* in *Racc.* 1991, p. 1-4221



*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".*

La questione pregiudiziale relativa all'obbligo di ottenere una certa autorizzazione per lo svolgimento di una prestazione di servizi costituisce l'occasione per far affermare alla Corte che nel concetto di restrizione sono ricomprese le misure indistintamente applicabili che costituiscono un "ostacolo" alla prestazione di servizi.

La giurisprudenza così ricostruita, di fatto, adotta dei principi che possono essere reputati equivalenti quanto a capacità deregolativa<sup>299</sup> al tanto contestato principio del paese di origine che si sarebbe voluto introdurre con la direttiva *Bolkestein*<sup>300</sup>, con la differenza che si sono già sottolineate in precedenza (in sede di definizione dei modelli di decisione sulle libertà fondamentali).

---

<sup>299</sup> In tal senso si veda in generale sulle potenzialità deregolative dell'approccio sposato dalla Corte di Giustizia definito di "high impact" sulle legislazioni statuali BARNARD, C., *Restricting restrictions: lesson for the Eu from the US*, op.cit., p. 591. In relazione alle decisioni assunte dalla Corte nei casi *Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit., e *Viking* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.) ove si portano alle estreme conclusioni le elaborazioni in materia di prestazione dei servizi e stabilimento producendo ampi effetti deregolativi, infatti, SUPIOT A., *L'Europa conquistata dall'"economia comunista di mercato"*, consultabile on line su [http://www.etal-edizioni.it/userfiles/file/Supiot\\_definitivo%281%29.pdf](http://www.etal-edizioni.it/userfiles/file/Supiot_definitivo%281%29.pdf), p. 4 ha sostenuto che la Corte di Giustizia "dopo le disavventure del progetto di direttiva *Bolkestein* non ha esitato a rimettere dell'olio sul fuoco" per sottolineare che la Corte si è posta nella stessa lunghezza d'onda della versione originaria della *Bolkestein* che era stata oggetto di rifiuto dal Parlamento Europeo. Sulle possibilità che il diritto del lavoro abbia già la sua *Bolkestein* si veda il saggio di PALLINI, M., *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la ma Bolkestein?*, op. cit.

<sup>300</sup> La direttiva *Bolkestein*, nota con il nome del commissario interno che l'ha ideata, è stata testimone della prima mobilitazione di carattere propriamente europeo, volta a contrastare la previsione, contenuta all'articolo 16, che assicurava l'applicazione incondizionata della normativa del paese d'origine; a ciò, peraltro, la stessa proposta affiancava una negazione di poteri di controllo in capo allo Stato di prestazione del servizio (Art. 24), controlli che paradossalmente venivano attribuiti al paese di stabilimento, il quale però, è evidente, non nutriva alcun interesse nell'effettuazione di tali controlli. Sul punto, diffusamente, LO FARO, A. "«Turisti e vagabondi»: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini", op. cit., p. 467. A seguito di un'ampia battaglia in Parlamento Europeo le norme più contrastate della stessa sono state espunte dal testo originale e l'accordo si è raggiunto su un testo di compromesso dal quale sono stati espunti sia il PPO sia la negazione dei poteri di controllo sull'osservanza delle normative di carattere imperativo.

Dalla dottrina provengono istanze di superamento di tale rigido test nella materia dei servizi, sostiene, infatti la Barnard<sup>301</sup> che la Corte dovrebbe ribaltare la prospettiva sino ad oggi assunta, assicurando una presunzione di liceità alle normative adottate in seno ai singoli Stati membri per tutelare i propri interessi e ordinarne la rimozione solo allorché il prestatore sia in grado di provare che la previsione sottoposta ad esame concretamente determini per lui e per gli altri prestatori stranieri effetti particolarmente sfavorevoli e non dei semplici costi addizionali.

La Corte, secondo tale ricostruzione, dovrebbe ritornare ad un test incentrato sulle discriminazioni, astenendosi dall'intervenire su normative delle quali non possa ravvisarsi il carattere palesemente o occultamente discriminatorio.

Potrebbe infine suggerirsi un diverso trattamento nelle ipotesi in cui sia in questione un diretto confronto tra libertà fondamentali e diritti umani fondamentali, con abbandono dell'ordinaria valutazione in termini di restrizione per la reale attuazione di un bilanciamento degli interessi coinvolti<sup>302</sup> (cfr. in seguito par. 2 della parte terza).

In conclusione può sintetizzarsi quanto detto finora affermando che mentre fino agli anni '90 la Corte si è mostrata più prudente ed ha evitato di traslare il modello di giudizio elaborato in relazione alle merci anche ai servizi, dal momento che “*a differenza della circolazione delle merci, infatti, la libera circolazione implica in una gran quantità di casi l'effettuazione del servizio in loco con l'utilizzo diretto da parte dell'impresa prestatrice di forza lavoro all'interno del territorio dello Stato ospitante*”<sup>303</sup>, le pressioni che le provenivano dalle esigenze di completamento del mercato interno, l'hanno indotta a superare i limiti che si era correttamente imposta. Infatti, come gli Avvocati Generali, specialmente Tesaurò e Jacobs, avevano evidenziato

---

<sup>301</sup> BARNARD, C., *Restricting restrictions: lesson for the Eu from the US* in *Cambridge Law Journal*, op.cit., p. 578, 579 e 580.

<sup>302</sup> Come sembra suggerire SCIARRA, S., *Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro - Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2008, p. 259 che definisce la Corte “*timorosa nell'esercitarsi fino in fondo nella grammatica dei diritti collettivi*”

<sup>303</sup> PALLINI, M. *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di dumping sociale nell'Unione europea*, op. cit., p. 382. Ma già in precedenza, LO FARO, A., <<Turisti e vagabondi>>: *riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, op. cit., p. 456

in più occasioni l'estensione del regime giuridico elaborato per le merci anche ai servizi concretizza il timore di minare direttamente gli interessi fondamentali delle persone<sup>304</sup>. Fin quando la Corte ha preferito attenersi sul modello discriminatorio adottato in relazione alla libertà di circolazione dei lavoratori non sono sorti particolari problemi di carattere sociale, i quali invece sono di immediata evidenza ove si estenda il mutuo riconoscimento anche al settore dei servizi date le sue vistose capacità regolative di tale modello di decisione tali da mettono seriamente a rischio la legislazione sociale ed i diritti sociali degli stati membri.<sup>305</sup>

Dalla stratificazione dei principi in materia di servizi infatti “*lo spettro del giudizio di sindacabilità delle discipline nazionali*”<sup>306</sup> si è esteso a dismisura dacché una normativa sociale nazionale per non essere considerata una restrizione deve soddisfare molteplici coesistenti condizioni:

- deve essere non discriminatoria (per la quale altrimenti varranno soltanto le ristrette eccezioni previste dai trattati)
- deve essere giustificata da un'esigenza imperativa di interesse generale: e la tutela dei lavoratori è considerata tale sin dalla sentenza *Webb*<sup>307</sup>
- non deve comportare una duplicazione degli oneri cui viene sottoposta l'impresa prestatrice: requisito che è il prodotto dell'estensione del giudizio discriminatori (principio di equivalenza)
- deve essere proporzionata e necessaria: sul concreto meccanismo di funzionamento del giudizio di proporzionalità si rinvia all'analisi della giurisprudenza sul bilanciamento con i

---

<sup>304</sup> Lo ricorda sempre PALLINI, M. *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di dumping sociale nell'Unione europea, ibidem*

<sup>305</sup> DAVIES, P., *Posted workers: Single Market or protection of national labour law systems?*, *op. cit.*, p. 590

<sup>306</sup> L'espressione è di NOGLER, L., *Introduzione al mercato unico delle <<attività autonome>>*, *op. cit.*, p. 37

<sup>307</sup> Sentenza *Webb*, sentenza della Corte di Giustizia, del 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Procedimento penale a carico di Alfred John Webb*, cit.

diritti fondamentali, ove più incidenza a tale “*bilanciamento sbilanciato*”<sup>308</sup> (principio di proporzionalità-necessità)

---

<sup>308</sup> Trattasi di espressione ormai cara alla dottrina. Lo “*sbilanciamento*” costituisce ad esempio parte del titolo del libro incentrato sull’analisi dei casi *Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05), cit., *Viking* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell’11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.) e seguenti di VIMERCATI, A., *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci Editore, 2009

#### *1.4 Prestazioni di servizi labour intensive e libera circolazione dei lavoratori*

Vi è una duplice domanda che attraversa l'intero evolversi di questo paragrafo: la prima consiste nell'identificazione delle ragioni che hanno indotto la Corte comunitaria a sottrarre quella particolare forma di mobilità transfrontaliera del lavoro che avvenga nella cornice di una prestazione dei servizi, al suo proprio contenitore giuridico, la libertà di circolazione dei lavoratori, per farla confluire nella più ampia disciplina di carattere commerciale della libertà di circolazione dei servizi; l'altra attiene invece alla ricostruzione delle concrete modalità con cui questo storico salto teorico è stato compiuto.

Una premessa di inquadramento si impone e ci costringe a riconsiderare in che cosa consistano a livello internazionale le prestazioni di servizio cosiddette *labour intensive*.

Del punto si è occupato approfonditamente Bano che ne ha fatto la linea invisibile che percorre uno dei testi italiani più completi in materia di libera prestazione di servizi e diritto del lavoro<sup>309</sup>.

L'autore muove da una constatazione: la prestazione lavorativa che sia resa nel quadro di una prestazione di servizi quasi si dissolve, per venire catturata dall'interesse manifestato dall'interprete per l'analisi del suo quadro giuridico. L'attenzione del giurista sarebbe dunque maggiormente attratta dal rapporto commerciale che lega l'imprenditore, incaricato di fornire un dato servizio, al suo cliente, piuttosto che dal legame che unisce questi, in qualità di datore di lavoro, al suo lavoratore.

La questione che sottende questo assunto è quella di individuare fino a che punto l'impresa sia legittimata a disfarsi della propria struttura materiale, per condensarsi nelle mere prestazioni lavorative nell'ambito di essa organizzate, mantenendo nonostante ciò, la propria natura di impresa.

La tematica sembra collocare su di un piano teorico una problematica pratica dalle concrete fattezze della cui soluzione si sono fatti carico i giudici nazionali, ossia la demarcazione dei confini tra appalto genuino e mera interposizione di manodopera, margini che sembra siano stati

---

<sup>309</sup> BANO, F, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, *op. cit.*

progressivamente spostati verso un più ampio riconoscimento della sussistenza di un genuino appalto anche in presenza di una mera direzione e coordinamento dei lavoratori, in un certo qual modo anticipando un trend del legislatore degli anni successivi.

Ciò fa sì che un attento osservatore dei progressi evolutivi dell'ordinamento comunitario, come Antonio Lo Faro, nell'esaminare il caso *Laval*, possa porsi la concreta domanda, "non avevano forse i lavoratori addetti alla ristrutturazione dell'edificio scolastico di Vaxholm esercitato il loro diritto "di spostarsi liberamente [...] in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro"? (art. 39.2, lett. d) E non erano dunque essi coperti dal diritto al pari trattamento sancito dalla suddetta norma?<sup>310</sup>

Seppure, dunque, da una prospettiva meramente fattuale, la mobilità sulla quale qui ci si sofferma appare del tutto analoga a quella esercitata dai singoli lavoratori che autonomamente si muovono nel mercato interno, pur tuttavia, la Corte nega di potere richiamare in queste ipotesi lo statuto giuridico preposto alla regolazione della libertà di circolazione dei lavoratori.

L'argomento portante a sostegno di questa asportazione del distacco dalla circolazione dei lavoratori poggia sull'assunto, caldeggiato fortemente dalla Corte di Giustizia, giusto il quale la prestazione lavorativa attuata nell'ambito di una prestazione di servizi, dato il carattere temporaneo di quest'ultima, non sarebbe suscettibile di incidere sui mercati del lavoro degli Stati in cui il servizio è prestato<sup>311</sup>.

La storia, in verità, ha successivamente smentito l'ottimistica profezia della Corte di Giustizia e il subappalto di prestazioni lavorative si è mostrato perfettamente capace di destabilizzare considerevolmente i mercati del lavoro degli stati membri. E ciò è imputabile all'interazione di

---

<sup>310</sup> LO FARO, A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit., p. 69

<sup>311</sup> Così in *Finalarte*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 25.10.2001, C- 49/98, C- 70/98, *Finalarte*, in *Racc.* 2001, p. I-0783, oppure pubblicata in *Mass. giur. lav.*, n. 4, 2002, p. 223 ss, con nota di MARETTI, S., *Distacco dei lavoratori e diritto alle ferie*), *Portugaia construções* (Sentenza della Corte di Giustizia del 24 gennaio 2002 C – 164/99, *Portugaia construções*, in *Racc.* 2002 p. I-00787 oppure su *Diritto del Lavoro*, n. 6, 2002, p. 563 ss, con nota di FICARI, L., *Distacco transnazionale applicazione di contratti collettivi e livelli salariali*) ma già nella storica *Rush Portuguesa* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, cit.)

molteplici fattori. Senza pretesa di completezza, se ne tratteggeranno tre: 1) si evidenzieranno gli influssi della mancata distinzione chiara tra attività realmente temporanee da ricondurre ai servizi e attività di più lunga durata da ricondurre allo stabilimento 2) si sottolineerà l'influenza che ha avuto il correlare pesanti conseguenze giuridiche alla distinzione tra mobilità transfrontaliera *tout court* e mobilità transfrontaliera nel quadro di una prestazione di servizi, alla base della diffusione comunitaria del fenomeno 3) si mostrerà il mancato pieno coordinamento dei *dicta* della Corte di Giustizia in relazione al distacco con il contesto regolativo esistente in materia di mobilità transnazionale del lavoro, evidenziando come nell'ingenuo approccio volto alla ricerca di una soluzione ad un caso concreto, la Corte di Lussemburgo abbia ommesso di valutare le considerevoli implicazioni di teoria generale che ne sarebbero potute derivate.

Va dunque in *primis* rilevato, come visto in sede di demarcazione dei confini tra le libertà di stabilimento e prestazione di servizi, quanto sia nebulosa la nozione di temporaneità usata per discernere la prestazione di servizi dal vero e proprio stabilimento. Ciò produce degli immediati riflessi nella tematica oggetto del nostro esame. Infatti, se una qualche credibilità poteva riconoscersi all'argomento che voleva che non si producessero “*effetti nei mercati nazionali del lavoro*” nei casi di servizi di brevissima durata in cui il collegamento con lo stato di prestazione del servizio è talmente lieve da non giustificare l'applicazione della disciplina del paese di destinazione e, in effetti, tale ipotesi era storicamente contemplata anche dai più datati testi di diritto internazionale-privato. E ciò permetteva di affermare ragionevolmente che una ipotesi a tal punto eccezionale non era in grado di produrre considerevoli alterazioni nel mercato del lavoro<sup>312</sup> del paese di destinazione; non altrettanto può accadere oggi ove la prestazione può prolungarsi per molto tempo ed il distacco diventa il *passaportout* giuridico per assicurarsi la penetrazione di territori a più alti standard sociali mediante prestazioni lavorative a basso

---

<sup>312</sup> In *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di dumping sociale nell'Unione europea* di PALLINI M., *op. cit.*, l'autore valorizza la distinzione tra le due libertà fondamentali e invita la Corte di Giustizia a mostrare una “*sapienza di governo del fenomeno*” formulando diversamente la ricostruzione delle restrizioni giustificate alla libertà di prestazione dei servizi ai fini di un contenimento dei fenomeni di dumping sociale.

costo. Tali considerazioni sono addirittura acute dal riconoscimento, avvenuto già con la sentenza *Arblade*, del carattere di prestazioni di servizi anche a quei lavori eseguiti nell'ambito di appalti edili, la cui esecuzione potrebbe impiegare mesi, se non addirittura anni. In questi casi, l'impatto sul mercato del lavoro è certo e il linguaggio giuridico dovrebbe cambiare da "rimozione degli ostacoli" a "parità di trattamento"<sup>313</sup>, regola della libertà di circolazione dei lavoratori.

#### *1.4.1 Le conseguenze giuridiche della distinzione tra mobilità verso l'impiego e mobilità nell'impiego*

Un secondo profilo teorico che smaschera il carattere opinabile dell'affermazione della Corte di Giustizia circa la non alterazione dei mercati del lavoro in caso di mobilità del lavoro nella cornice di una prestazioni di servizi, suscettibile di spiegare come - all'opposto di quanto si voleva sostenere - la prestazione lavorativa nell'ambito di una prestazione di servizi sia invece stata pienamente in grado di alterare i

---

<sup>313</sup> La proposta potrebbe apparire rivoluzionaria ma al contrario, in verità, si inserisce in un selciato già tracciato. Nella ricostruzione originaria della materia, che ha mantenuto validità fino agli anni '90, infatti, prima che si portasse alle estreme conseguenze la giurisprudenza sull'articolo 49 TCE ora 56 TFUE, nessuno dubitava del fatto che lo spostamento di lavoratori in caso di distacco dovesse essere ricondotto alla disciplina della mobilità dei lavoratori cfr. ROCCELLA, M., *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo* in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 48, 1997, , pp. 285-87 oppure MELIADÒ, G. *Concorrenza e Politiche Sociali*, op. cit., p. 282.

A favore di un ritorno alla corretta prospettiva di parità di trattamento in cui dovrebbe essere correttamente incardinata la tematica dello spostamento dei lavoratori in caso di prestazioni di servizio transfrontaliere, anche la risoluzione del Parlamento Europeo indotta da Jan Andersson (PES, Svezia), nella quale si afferma che si "sottolinea pertanto la necessità di salvaguardare e di rafforzare la parità di trattamento, la parità di retribuzione a parità di lavoro nel medesimo posto di lavoro per le donne e per gli uomini, come prescritto dagli articoli 39 e 12 del trattato CE; ritiene che, nel quadro della libertà di prestazione di servizi o di stabilimento, la cittadinanza del datore di lavoro, dei dipendenti o dei lavoratori distaccati non può giustificare ineguaglianze nelle condizioni normative, retributive o nell'esercizio dei diritti fondamentali, come il diritto di sciopero" (Risoluzione del Parlamento Europeo del 22 ottobre 2008 "Sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea" (2008/2085(INI)), cit.). Per un primo commento alla risoluzione si veda SLEGETS, M., *MEPs react to ECJ Viking and Laval rulings in Europolitics Social*, 2008, n. 199, p.8



mercati del lavoro degli stati membri, è la scelta di far seguire pesanti effetti giuridici ad un elemento di arduo accertamento quale è la volontà di accedere o meno al mercato del lavoro del paese di destinazione.

Può, infatti, sin d'ora anticiparsi che la sottrazione della materia del distacco dalla sfera della libera circolazione dei lavoratori è stata fissata per la prima volta dalla Corte di Giustizia nel caso *Rush Portuguesa*<sup>314</sup>, ove i giudici hanno escluso che nel caso di spostamento di lavoratori con l'impresa la fonte di disciplina sia da ravvisare nelle disposizioni sulla libera circolazione dei lavoratori incentrando il proprio ragionamento sul presupposto teorico, mai comprovato, giusto il quale detti lavoratori nulla avrebbero a che fare con il mercato del lavoro del paese ospitante<sup>315</sup>.

La differenziazione è foriera di pesanti conseguenze giuridiche: essa conduce all'applicazione di un regime giuridico dagli esiti addirittura antitetici rispetto a quelli prodotti dall'incardinamento della fattispecie nell'orbita della libera circolazione dei lavoratori.

In particolare, non richiamare la libertà di circolazione dei lavoratori comporta una implicita rinuncia all'estensione delle condizioni lavorative dei lavoratori nazionali agli stranieri che sarebbe prescritta dal basilare principio comunitario di non discriminazione tra cittadini dello stato e cittadini comunitari, dal momento che le medesime normative nell'ottica della libertà di prestazione dei servizi, in applicazione della dottrina della rimozione degli ostacoli, sarebbero percepite quali illecite restrizioni alla libertà del prestatore. Dacché ne deriva la fondamentale osservazione giusta la quale “*mentre infatti nella libera circolazione dei lavoratori ex art. 39 Tce il principio fondamentale che informa tutta la disciplina è la parità di trattamento tra i lavoratori dello Stato di origine e quelli dello Stato ospitante, in base d'assunto che tale parificazione favorisce la mobilità e l'integrazione comunitaria del mercato del*

---

<sup>314</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, cit.

<sup>315</sup> Che la pietra miliare del mutamento di orientamento della Corte di Giustizia in relazione ai lavoratori distaccati sia rappresentato da *Rush Portuguesa* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, cit.) è opinione comune a molti studiosi, si veda per tutti HOUWERZIJL, M., *Towards a more effective Posting Directive in Bulletin of comparative labour relation*, 2006, n. 58, p. 182, LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit.

*lavoro. Di contro, nella circolazione dei lavoratori nel quadro di una prestazione di servizi, il principio del pari trattamento nazionale finisce per assumere un significato completamente ribaltato, ogniquale volta non agevola l'integrazione, ma è anzi di ostacolo al pieno esercizio della libertà dell'art. 49 Tce*".<sup>316</sup> Il discutibile orientamento giurisprudenziale avrebbe dunque imposto di distinguere arbitrariamente tra una mobilità attuata *verso l'impiego* ed una mobilità attuata invece *nell'impiego*, le quali sarebbero caratterizzate da statuti regolativi i quali si trovano addirittura in un reciproco rapporto oppositivo.

Molti nostri autori (come ad esempio Meliadò<sup>317</sup> o Treu e Roccella<sup>318</sup>) che avevano sempre dato lettura unitaria dei fenomeni di mobilità transfrontaliera del lavoro si trovarono dunque anch'essi costretti a generare due autonome e diverse categorie giuridiche che pur avendo entrambe ad oggetto la materiale mobilità dei lavoratori, ne riflettevano la antitetica regolazione: era appunto la distinzione tra mobilità *all'interno* dell'impiego e mobilità *verso* l'impiego. La prima smetterebbe di essere considerata in sé e per sé per venir ricondotta all'attività di prestazione del servizio del datore che li impiega senza che dunque nulla muti rispetto alla loro situazione giuridica nel paese d'origine nel quale vengono assunti e la cui regolazione rimane stabilita dallo Stato di assunzione e di abituale esecuzione dell'opera; nella seconda invece vi è un lavoratore che si sposta alla ricerca dell'impiego in un paese diverso in cui probabilmente si trasferirà portando al seguito anche la propria famiglia ed in questo caso la tensione verso la permanenza di lungo termine impone sottoposizione alla normativa del paese di esecuzione delle attività, senza alcuna discriminazione basata sulla nazionalità rispetto ai lavoratori che adempiano alle medesime obbligazioni.

---

<sup>316</sup> BANO, F., *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, op. cit., p. 28. Fortemente critica sul punto anche GOTTARDI, D., *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento Europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2008, p. 573 che tra l'altro precisa che la differenza di regime giuridico non può certo dipendere dalla durata dell'attività affermando con piglio "non si obietti che la differenza si giustifica con la temporaneità o meno dello spostamento, perché anche nel primo e nel terzo caso [riferendosi alle ipotesi di lavoratori che autonomamente si determinino alla circolazione sul mercato], la durata della prestazione può essere limitata nel tempo"

<sup>317</sup> MELIADÒ, G. *Concorrenza e Politiche Sociali*, op. cit.

<sup>318</sup> ROCCELLA, M., TREU, T., *Diritto del lavoro della comunità europea*, CEDAM, 2002, p. 120

Ne consegue che questa arbitraria partizione fa sì che le *“fattispecie di distacco richiedono di essere regolate innanzitutto dal punto di vista della libertà dell'impresa datrice di lavoro che presta il servizio e non più da quello della tutela paritaria del lavoratore.”*<sup>319</sup> In sostanza, nella prestazione di servizi il punto di osservazione si sposta dal lavoratore, al prestatore di servizi (*rectius*, il datore di lavoro), laddove nella libertà di circolazione dei lavoratori il fuoco è mantenuto sulla parte più debole del rapporto: il lavoratore. La scelta di una questa nuova inquadratura, da lavoratore a prestatore, implica per la scelta nella prestazione dei servizi del paradigma degli ostacoli non discriminatori che in un'analisi volta alla tutela del prestatore di servizi le normative del paese ospitante, pur se poste a tutela dei lavoratori, saranno percepite sempre quali ostacoli all'accesso al mercato del paese ospitante per il prestatore di servizi.

La logica che traspare dietro questa impostazione teorica è una logica di armonizzazione negativa, di rimozione di disposizioni che, ancorché non basate sulla nazionalità, possano intralciare l'attività del prestatore di servizi<sup>320</sup>. Lo spostamento dei lavoratori smette dunque di avere una sua autonoma significatività quale forma di mobilità transnazionale del lavoro e viene in qualche modo inglobata nel diritto del prestatore di servizi alla mobilità.

---

<sup>319</sup> 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. 14

<sup>320</sup> DEAKIN, S., *Regulatory competition versus harmonization in European Company Law*, *op. cit.*, p. 199 afferma che si avrebbe armonizzazione negativa allorché le norme di livello statale siano rimosse dalla Corte di Giustizia in virtù della loro incompatibilità con i principi in materia di libera circolazione e di non distorsione della concorrenza nel mercato interno.

#### 1.4.2 *Rush Portuguesa e la sottrazione del distacco alla mobilità del lavoro*

Non può certo sostenersi che la decisione della Corte affondi le proprie radici in un *humus* stratificatosi nel corso di numerosi anni. All'opposto, ricorda Giubboni, che, in origine, il Trattato di Roma non distingueva, “*con riguardo alla circolazione dei lavoratori subordinati, tra forme di accesso al mercato del lavoro del paese ospitante che aspirino a una qualche stabilità, se non alla permanenza, e fattispecie che siano, invece, puramente temporanee*”<sup>321</sup>.

La centralità sistemica della disposizione sulla libertà di circolazione dei lavoratori per ogni forma di mobilità transnazionale del fattore lavoro era peraltro riconosciuta anche dalla stessa Corte di Giustizia che già nel 1974 (in relazione alla causa C-167/73) affermava l'imprescindibilità dell'applicazione del principio di non discriminazione tra i lavoratori, non soltanto in ragione di generiche valutazioni di equità, ma, e direi soprattutto, al fine di prevenire fenomeni di messa in concorrenza degli ordinamenti giuridici del lavoro e di *dumping sociale*<sup>322</sup>.

Quanto alla legislazione, il regolamento del 1964 n. 38 approvato il 25 marzo del 64 “*relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della comunità*” considerava rientrasse nell'ambito obiettivo di applicazione della libera circolazione dei lavoratori anche l'ipotesi di chi si spostava da un paese all'altro in connessione con l'esercizio da parte del datore di lavoro del suo diritto alla libera prestazione di servizi. Così come il successivo regolamento 1612 del 1968 riteneva opportuno ribadire al 4 considerando che la disciplina andava applicata anche a quei lavoratori che esercitavano la mobilità in conseguenza di uno spostamento della loro impresa<sup>323</sup>. E' pur vero, però, che la legislazione non forniva una chiara ricostruzione del fenomeno del distacco dal momento che esso non aveva poi così tanta importanza in un contesto caratterizzato da una

---

<sup>321</sup> GIUBBONI, S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, op. cit., p. 9 ma già in GIUBBONI, S., ORLANDINI, G., *Libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, op. cit., p. 205 ss.

<sup>322</sup> Sentenza richiamata anche da HOUWERZIJL, M., *Towards a more effective Posting Directive*, op. cit., p. 181.

<sup>323</sup> Lo ricorda anche GIUBBONI, S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, op. cit., p. 9

sostanziale parificazione tra i livelli di tutela del lavoro, l'incidenza della questione si è, infatti, manifestata esclusivamente in un momento successivo quando con le progressive estensioni dei confini della comunità dapprima verso i paesi mediterranei, la Spagna ed il Portogallo, e più di recente con l'allargamento ad est (Lettonia, Estonia, Lituania, Polonia, Romania, etc.) la prestazione di servizi è divenuta una modalità di frequente utilizzo da parte delle imprese per circolare sul territorio comunitario o alla ricerca di costi inferiori per ivi stabilirsi o per limitarsi a prestare servizi di tipo *labour intensive* con lavoratori *low cost*.<sup>324</sup>

Quando la legislazione giungerà ad occuparsi della tematica con lo strumento la cui analisi è riservata al prossimo capitolo, la direttiva sul distacco, si troverà ad agire su un terreno ampiamente battuto dal giudice comunitario. In realtà va menzionato ad onor del vero che già all'inizio degli anni novanta in alcuni documenti<sup>325</sup> della Commissione si era acclarata l'intenzione di quest'ultima di estrapolare i casi di subappalto ed appalto dalla libera circolazione per annetterli alla libertà di prestazione dei servizi, come ad esempio accadde nel programma di azione del 1989 in cui la Commissione dichiarava il proprio proposito di redigere un testo che tutelasse i lavoratori coinvolti in ipotesi di prestazione di servizi transfrontaliera<sup>326</sup>, isolando le specifiche problematiche cui da adito uno spostamento di lavoratori conseguente e sincronico ad uno spostamento dell'impresa. Quasi nello stesso torno di tempo, la Corte di Giustizia timidamente compiva i primi passi con le sentenze *Webb*<sup>327</sup> e *Seco Desquenne*<sup>328</sup> nell'elaborazione giurisprudenziale che di lì a poco avrebbe

---

<sup>324</sup> LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit., p. 65

<sup>325</sup> Si veda ad esempio il Programma di azione della Commissione del 1989

<sup>326</sup> 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 *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, n. 2

<sup>327</sup> Sentenza *Webb*, sentenza della Corte di Giustizia, del 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Procedimento penale a carico di Alfred John Webb*, cit.

<sup>328</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 febbraio 1982, cause riunite C – 62/81 e C – 63/81, *Seco e Desquenne & Giral*, in *Racc.* 1982, p. 223 ha escluso che il datore di lavoro che utilizzi lavoratori affiliati ad un regime di previdenza sociale in vigore in uno Stato membro e che distacchi questi lavoratori in un altro Stato membro possa essere chiamato a versare i contributi in entrambi i paesi. La Corte ha in quell'occasione affermato che il versamento dei contributi avrebbe costituito semplicemente un onere ulteriore a carico del prestatore di servizi che,

assunto i caratteri definitivi di riconduzione del distacco di lavoratori alla libertà di prestazione dei servizi. Tale ultima riconduzione superava dunque la storica ricostruzione che imponeva di richiamare le disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori non soltanto in presenza di “*movimenti di lavoratori per rispondere a offerte provenienti da datori appartenenti a un altro Stato membro, ma anche [per] i movimenti di lavoratori conseguenti allo spostamento della sede dell'impresa da cui dipendono da un Paese all'altro o all'istituzione di sedi secondarie o di società affiliate nel territorio di un altro Stato membro oppure, infine, alla temporanea prestazione di servizi da parte di un imprenditore insediato nel territorio di un altro Stato membro*”<sup>329</sup>. Il vero ruolo da protagonista spetta però alla citata sentenza *Rush Portuguesa*<sup>330</sup>, dove per la prima volta la Corte di Giustizia rende manifesta la propria idea di isolare la fattispecie del distacco dalla libertà di circolazione dei lavoratori sostituendo il regime giuridico da essa predisposto con quello della libertà di prestazione dei servizi.

I fatti della causa, benché diffusamente noti, meritano di essere richiamati alla memoria.

Un'impresa portoghese svolge la propria attività in Francia utilizzando personale portoghese, l'ufficio per l'impiego francese condanna il responsabile per violazione delle norme sull'ingresso di lavoratori illegali in Francia, dal momento che, al momento, l'applicazione delle norme sulla libera circolazione dei lavoratori portoghesi era sospesa in virtù della deroga prevista dall'atto di adesione del Portogallo.

La questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di Giustizia è dunque quella di chiarire se l'ingresso di lavoratori portoghesi al seguito di una impresa di prestazioni di servizi in Francia possa o meno configurare una violazione della normativa francese che impediva l'accesso incontrollato di lavoratori migranti provenienti dai paesi di nuova adesione.<sup>331</sup> La Corte

---

sottoponendolo ad un costo del lavoro supplementare, lo avrebbe reso meno competitivo sul mercato straniero rispetto ai prestatori stabiliti.

<sup>329</sup>MENGGONI, L., *La libera circolazione dei lavoratori nella CEE*, in *Libertà di movimento delle persone nell'ambito delle Comunità europee*, L. U. Japadre Editore, 1972, p. 121 ss., qui p. 126.

<sup>330</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, cit.

<sup>331</sup> A quei tempi i differenziali di costo del lavoro tra i due paesi erano sufficientemente alti anche se non in rapporto 1 a 7 come le differenze salariali tra paesi nordeuropei e paesi baltici

esclude la sussistenza della violazione perché a suo avviso non vi sarebbe alcuna circolazione di lavoratori ma piuttosto una mera prestazione di servizi transfrontaliera. Date le specifiche peculiarità del caso sottoposto al suo esame, parte della dottrina<sup>332</sup> individua la motivazione che mosso la Corte in una mera contingenza: la Corte si trovava ristretta tra il dichiarare che l'attività posta in essere dal prestatore era illegittima in quanto indirettamente in violazione delle disposizioni dell'atto di adesione e la sottrazione delle medesime attività dall'ambito applicativo della libera circolazione dei servizi. Per far ciò la Corte ricorre ad una finzione: l'assenza di intenzione dei lavoratori coinvolti nel distacco di accedere al mercato del lavoro dello Stato ospitante. Che di finzione si tratti emerge in maniera evidente dalle numerose controversie che si sono originate a partire dal *leading case* e delle quali talune sono giunte all'esame della stessa Corte di Giustizia negli anni successivi (si veda il paragrafo 1.7 in cui nel dettaglio si esamina la giurisprudenza della Corte di Giustizia) e dalla radicale incidenza che possono avere, all'opposto di quanto sostenuto situazioni di distacco nel mercato del lavoro degli stati ospitanti<sup>333</sup>.

La Corte, quindi, in quell'occasione sostiene, e, in seguito, riconfermerà reiteratamente questa ricostruzione<sup>334</sup>, che “*gli artt. 59 e 60*

---

<sup>332</sup> LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit.

<sup>333</sup> DORSSEMONT, F. *The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking* consultato su <http://www.etui.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg/2-Articles-in-academic-literature-on-the-judgements/%28offset%29/15> il 4.07.2010, ora in *European Union internal market and labour law*, DE VOS, M., (a cura di), Intersentia, 2009, p. 5

<sup>334</sup> Si veda a soli 3 anni di distanza la Sentenza della Corte di Giustizia, del 9 agosto 1994, C – 43/93, *Raymond Vander Elst contro Office des Migrations Internationales*, in *Racc.* 1994 p. I-03803, in cui la Corte risolve il caso dapprima riconducendo la materia alla libera prestazione di servizi e in seguito impedendo che il datore di lavoro debba ottenere un permesso aggiuntivo per fare lavorare cittadini dei paesi terzi, da aggiungere a quello del proprio paese d'origine. Pur se nel caso vi è riconduzione alla libera prestazione di servizi di una forma di mobilità dei lavoratori, ad ogni modo la giurisprudenza, di fatto, è ancora basata sulla equivalenza delle misure. Così al punto 26 della sentenza “*Le questioni pregiudiziali proposte vanno dunque risolte dichiarando che gli artt. 59 e 60 del Trattato devono essere interpretati nel senso che ostano a che uno Stato membro imponga alle imprese stabilite in un altro Stato membro, che si rechino sul territorio del primo Stato per effettuare una prestazione di servizi e che abbiano alle loro dipendenze,*

*del trattato ostano pertanto a che uno Stato membro vieti ad un prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro di spostarsi liberamente nel suo territorio con tutto il suo personale*<sup>335</sup>”. La previsione appare radicalmente innovativa dal momento che nei precedenti documenti comunitari la base giuridica cui veniva ricondotta la tematica del distacco era sempre stata quella relativa alla libera circolazione dei lavoratori<sup>336</sup>. Inoltre, la Corte non affronta mai direttamente e con serietà la problematica delle ragioni per cui questa forma di mobilità non sarebbe uguale alle altre al punto che nella sentenza *Finalarte*<sup>337</sup> nella quale era stata esplicitamente sollecitata a chiedersi il perché non potesse invocarsi la disposizione relativa alla libera circolazione dei lavoratori, la Corte eclissa ed evita di rispondere e, come sottolineato da Davies nell’analisi delle sentenze sul distacco antecedenti alla direttiva<sup>338</sup>, preferisce riferirsi semplicemente al fatto che la ragione sarebbe che così vuole la tradizionale ricostruzione, (ossia sostanzialmente l’impostazione adottata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Rush Portuguesa*) menzionando quanto già dichiarato in *Rush*, che tali lavoratori non sarebbero intenzionati ad accedere al mercato del lavoro del paese ospitante. E anche nelle sentenze più recenti come si è correttamente rilevato<sup>339</sup> “*la presenza di una prestazione di servizi è dedotta dall’AG*” e lo sarà in seguito anche dalla stessa Corte, “*implicitamente dalla considerazione che i fatti in questione integrerebbero una fattispecie regolata dalla*

---

*in maniera regolare e stabile, cittadini di paesi terzi, l’obbligo di ottenere, per tali lavoratori, un permesso di lavoro rilasciato da un ente nazionale per l’immigrazione, nonché quello di pagare le relative spese, comminando, in caso contrario, un’ammenda amministrativa.”*

<sup>335</sup> Punto 12 della sentenza *Rush Portuguesa* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d’Immigration*, cit.).

<sup>336</sup> Si confronti il programma di azione della Commissione del 1986, citato da EVJU, S., *Posting Past and Present. The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, FORMULA Working Paper N. 8 (2009), consultabile on line su [http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/freemov/publications/papers/2009/may/WP8\\_evju.pdf](http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/freemov/publications/papers/2009/may/WP8_evju.pdf), p. 11

<sup>337</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25.10.2001, C- 49/98, C- 70/98, *Finalarte*, cit.

<sup>338</sup> DAVIES, P., *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, n. 3, 2002

<sup>339</sup> ORLANDINI, G. *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell’equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, op. cit., p. 274



*direttiva e nessuna valutazione viene compiuta in merito alla riconducibilità di tale fattispecie alla nozione di servizio di cui all'art. 50 TCE.”.*

La Corte allora ritenendo si sia in presenza di uno spostamento di un'impresa con i suoi lavoratori che sottende un esercizio della libertà di prestazione dei servizi e non di una fattispecie espressione della libera circolazione dei lavoratori finisce per affermare che l'impresa non necessita più di una minimale dotazione strutturale ma può coincidere con il mero esercizio del potere direttivo sui lavoratori.

E' evidente l'impatto rivoluzionario che sta dietro questa impostazione: la locazione di lavoratori e l'invio di questi a prestare servizi in altri paesi comunitari è suscettibile di stravolgerne la posizione giuridica per negargli il diritto a ottenere analoghi trattamenti a quelli riservati ai loro colleghi che lavorano al loro fianco spostando la visuale da una prospettiva basata sul lavoratore ad una prospettiva basata sull'impresa e sulla necessità che quest'ultima non sia discriminata e non debba sottostare a restrizioni. Tale libertà, seppur non trovasse nei trattati la fonte di una tutela così incondizionata, in tal modo è stata declinata dal giudice comunitario che ha interpretato i limiti opponibili a questo “diritto” in maniera assai restrittiva (cfr. giurisprudenza sui servizi ed efficacia orizzontale).

Inoltre la Corte ha sposato questa tesi innovativa distanziandosi dalla ben più cauta posizione manifestata dell'Avvocato Generale che, dal canto suo, aveva ricondotto alla prestazione di servizi soltanto la mobilità di una categoria di lavoratori decisamente speciale perché altamente specializzati e liberi da situazioni di dipendenza economica<sup>340</sup>. Nella sentenza *Rush*<sup>341</sup> la Corte non porta alle estreme conseguenze il ragionamento, ma ne previene quelli che si riveleranno essere gli effetti più perversi dichiarando che sebbene la fattispecie del distacco andava inquadrata nell'art. 49 TCE e non nell'art. 39 TCE questo non impediva agli Stati membri di estendere la propria normativa anche ai lavoratori distaccati.

---

<sup>340</sup> In tal senso anche EVJU, S., *Posting Past and Present. The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, op. cit., p. 12

<sup>341</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, cit.

Quasi in un *obiter dictum* che, peraltro, non era stato richiesto in sede di proposizione delle questioni alla Corte, i giudici si sentono in dovere di rispondere alle preoccupazioni della Francia, le cui preoccupazioni corrispondono in effetti alle preoccupazioni, in generale, di tutti i paesi storicamente membri dell'Unione Europea che improvvisamente si sentono minacciati da una legittimazione di un ricorso alla libera prestazione di servizi strumentale, motivato dal solo scopo di aggirare le normative lavoristiche dei paesi con più alti standard sociali e di sfruttare i vantaggi competitivi in tal modo acquisiti. Così 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 tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro*”<sup>342</sup>. Sulla base di questa indicazione gli Stati più attenti si pongono al riparo adottando normative ampiamente protezionistiche che conducono ad una sostanziale anestetizzazione del potere che era stato concesso agli imprenditori riconoscendogli la libertà di circolazione delle imprese.

Insomma questa particolare fattispecie giuridica attratta nell'orbita dell'articolo 49 TCE veniva regolata secondo le regole vigenti in materia di libera circolazione dei lavoratori e non di prestazione di servizi. Ma la mera petizione di principio non era sufficiente a proteggere dalla deriva deregolativa cui l'operazione di riconduzione nell'alveo dell'articolo 49 avrebbe condotto.

Eppure, l'intrinseca e stridente contraddizione tra una riconduzione all'articolo 49 motivata dalla mancanza di volontà dei lavoratori di accedere al mercato del lavoro dello Stato membro e la possibilità di estendere il trattamento giuridico previsto per la libera circolazione dei lavoratori generava un equilibrio troppo precario che non era destinato a durare.

Infatti l'argomento dell'accesso al mercato di fatto sottintende l'idea che soltanto ove i lavoratori vogliano accedere al mercato del lavoro con prospettive a tempo indeterminato si giustificerebbe un interesse regolativo dello Stato ospitante che invece apparirebbe ingiustificato in

---

<sup>342</sup> Punto 18 della sentenza *Rush Portuguesa* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, cit.)

ipotesi di prestazione di servizi meramente temporanea in cui il legame dei lavoratori con il territorio d'origine è più stretto e la conseguenza più ragionevole dovrebbe essere quella di derogare all'ordinario principio della *lex loci laboris*, previsto nella Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali. Il problema è però complicato dalla duplice funzione della temporaneità, la temporaneità deve infatti riguardare al contempo sia il rapporto di lavoro sia la prestazione del servizio.

L'equilibrio dicevamo era precario perché l'implicita ammissione dell'opportunità di una potestà regolativa dello stato ospitante in caso di prestazioni lavorative temporanee effettuata nell'*obiter dictum* di *Rush* si contrapponeva alla sottintesa motivazione che aveva indotto a sottrarre dall'ambito regolativo dell'articolo 39 TCE il distacco. Nelle sentenze successive dunque la Corte ritorna su quanto dichiarato astrattamente nel caso *Rush* ritagliando frammenti di normativa dello stato ospitante che può essere estesa anche a questi lavoratori in mobilità con la loro impresa in deroga all'ordinario principio valevole per la libera prestazione di servizio per cui non è ammissibile alcuna restrizione alla potestà di prestazione di servizi del loro datore di lavoro.

E' l'incontro tra il *decisum* della sentenza *Rush Portuguesa* e il *decisum* di un'altra sentenza intervenuta a poco meno di un anno di distanza e che pur non avendo ad oggetto direttamente la materia lavoristica avrebbe cagionato in verità effetti irrimediabili proprio su tale materia derivanti dall'interazione tra le dichiarazioni pronunciate in generale sui servizi e quella specifica forma di mobilità lavoristica che è stata discutibilmente prospettata come "*servizio*" nella sentenza *Rush*<sup>343</sup>: la sentenza *Sager*<sup>344</sup> nella quale si chiarisce definitivamente il regime giuridico cui si vedranno sottoposti questi lavoratori.

Sulla sentenza *Sager*<sup>345</sup> abbiamo già avuto modo di soffermarci a suo tempo nel delineare lo sviluppo cui ha assistito la tematica della libera prestazione dei servizi (cfr. par. ) valga qui solo richiamare sinteticamente il risultato di quanto in quella sede sviluppato: ogni normativa anche se

---

<sup>343</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, cit.

<sup>344</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25 Luglio 1991, C-76/90 *Sager K Dennemeyer & Co. Ltd.*, cit.

<sup>345</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25 Luglio 1991, C-76/90 *Sager K Dennemeyer & Co. Ltd.*, cit.

posta a tutela dei lavoratori coinvolti nella prestazione di servizi cagiona un aumento dei costi per l'imprenditore abilitato a comparare la propria normativa d'origine con quella vigente nel paese di destinazione e comportando un aumento dei costi va considerata una restrizione della libertà di prestazione di servizi che va adeguatamente motivata nonché superare il test di necessità e proporzionalità e del divieto di duplicazione degli oneri.

L'argine posto con il *dictum* di *Rush Portuguesa*<sup>346</sup> non poteva contenere lo straripamento cui dava luogo la dottrina degli ostacoli ed infatti a seguire dopo una primissima fase in cui la Corte tiene fede al principio espresso in *Rush*, la Corte sovverte il proprio orientamento applicando il principio del mutuo riconoscimento anche alla fattispecie del distacco.

Già nella sentenza del 1994 *Vander Elst contro Office des Migrations Internationales*<sup>347</sup> la Corte applica il test di necessità e proporzionalità e altrettanto avverrà in tutte le successive sentenze pronunciate nella materia, restringendo sempre più il quantitativo di disciplina lavoristica che si permette di applicare al paese di destinazione (Cfr. paragrafo relativo alla giurisprudenza sul distacco antecedente l'entrata in vigore della direttiva). Così in *Guiot*<sup>348</sup> la Corte esclude si possa sottoporre il prestatore ad una duplicazione delle obbligazioni contributive benché la disposizione fosse indistintamente applicabile. Il cambiamento non è ancora giunto al suo culmine, rappresentato dall'applicazione della dottrina degli ostacoli: il rationale di *Guiot*<sup>349</sup> e la prospettiva di mutuo riconoscimento di cui si fa portatore infatti può essere astrattamente neutrale, non attribuisce uno specifico vantaggio di tipo probatorio, nel senso che se chi invoca di aver già versato i contributi e che il livello di tutela è uguale riesce a dimostrarlo allora non lo si sottopone alla disciplina del paese di destinazione, altrimenti rimarrà sottoposto alla regolazione dello stato di destinazione, il problema è dunque posto da quel passaggio ulteriore che consiste nel far operare una presunzione:

---

<sup>346</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, cit.

<sup>347</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, *Raymond Vander Elst contro Office des Migrations Internationales*, cit.

<sup>348</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 28 marzo 1996, *Guiot*, C-272/94, in *Racc.* 1996 p. I-01905

<sup>349</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 28 marzo 1996, *Guiot*, C-272/94, cit.

ogni legislazione é suscettibile di costituire un ostacolo alla libera circolazione e deve essere lo Stato a dimostrare che non si tratta di una restrizione.<sup>350</sup>

Se la riconduzione del distacco alla libera prestazione di servizi attuata con *Rush* può dirsi sia frutto di una mera contingenza, all'opposto l'estensione della formula *Sager* anche al distacco è, all'opposto, espressione di un mutamento di ideologia.

Quest'ultima scelta, come già evidenziato in sede di descrizione diacronica dell'attività creativa di diritto della Corte di Giustizia in materia di servizi, lungi dal poter essere considerata quale conseguenza di mere contingenze, appare piuttosto suscettibile di essere inserita in un contesto più ampio di favore nei confronti di fenomeni di sfruttamento della concorrenza tra ordinamenti, che – a volerne dare una lettura positiva – vuol dire incremento della competitività delle imprese europee sul mercato globale, permettendo ad esse di essere in grado di offrire dei beni di qualità a dei costi molto bassi (cfr. parte introduttiva). Alcuni autori ponendosi in prospettiva fortemente critica hanno addirittura affermato che la Corte di Giustizia nel decidere questi casi è stata guidata a parere di insigni studiosi da un “*arcano dogmatismo liberale*”<sup>351</sup>.

Tale atteggiamento intellettuale non viene manifestato solo dalla Corte ma anche dall'altra istituzione che meglio incarna l'*esprit communautaire*, la Commissione. Potrebbe dirsi, anzi, che il mutamento di prospettiva cui ci si imbatte nell'esame della giurisprudenza in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transfrontaliera di servizi sia sintomatico di un cedimento della Corte di Giustizia – che ha sempre elaborato una giurisprudenza di favore verso i lavoratori, tanto da indurre Ricci<sup>352</sup> a parlare di “*antidoto*” alla flessibilizzazione dei mercati nazionali del lavoro – alle pressioni della Commissione che si sono poi nuovamente rivelate nella vicenda *Bolkestein*.

---

<sup>350</sup> BARNARD, C., *Restricting restrictions: lesson for the Eu from the US*, op. cit.

<sup>351</sup> GIUBBONI, S., *Libertà di circolazione dei lavoratori e la libera prestazione dei servizi nell'ordinamento comunitario: dall'art. 39 del Trattato CE alla Direttiva 2006/123*, op. cit., p. 13

<sup>352</sup> RICCI, G. *Diritto del lavoro e disillusioni nazionali: la dimensione comunitaria come “antidoto”*, in *Il Foro Italiano*, 2006, fasc. 4 p. 159 e ss.

L'evoluzione va messa in correlazione con l'altra faccia del fenomeno nel quale si è definito il favore della Commissione, quello delle delocalizzazioni su cui si è avuto modo di soffermarsi altrove.

La Corte oltre a voler realizzare l'obiettivo di garantire la massima circolazione possibile delle imprese all'interno del territorio comunitario al fine di rendere il mercato sempre meno segmentato, sposa e si fa portatrice di recenti teorie sull'impresa postmoderna sulle quali si è già avuto modo di argomentare in sede introduttiva. All'esigenza di dematerializzazione e deterritorializzazione delle imprese la Corte e la Commissione rispondono acconsentendo ad un ricorso ampio alla libertà di prestazione dei servizi capace di sacrificare gli interessi di protezione dei lavoratori che con quelle imprese sono chiamati alla mobilità e dei lavoratori che operano nei paesi a più alti standard sociali che si vedono minacciati da una concorrenza al ribasso attuata non soltanto sul piano comunitario ma anche sul loro proprio terreno nazionale.

### *1.5 Il confine mobile tra stabilimento e servizi*

#### *1.5.1 La ratio della distinzione*

Circolazione dei lavoratori, libera prestazione dei servizi e stabilimento costituiscono, nell'impianto originariamente creato dai trattati, forme giuridiche diverse della medesima libertà di circolazione delle persone che, tendenzialmente, sono poste dalla Corte in regime di reciproca esclusione<sup>353</sup>.

In particolare, la delimitazione dei margini applicativi della libertà di prestazione dei servizi e della libertà sorella, di stabilimento, si è da sempre dimostrata come un'operazione ostica, nonostante la sua apparente semplicità.

In via di estrema sintesi, può dirsi che la differenziazione tra queste due forme di esercizio della libertà di circolazione, che, ai nostri fini, interessa sotto lo specifico profilo della circolazione delle imprese, corre sul filo della durata dell'attività che si ha intenzione di compiere. Ad entrambe le libertà sono, infatti, ascrivibili le attività non salariate (cfr. art. 43.2 TCE, ora "*autonome*", giusta la nuova formulazione dell'art. 49

---

<sup>353</sup>CONDINANZI, M., *La libertà di stabilimento*, op. cit., p.174

TFUE), ma, laddove la libertà di prestazione dei servizi è concepita nei trattati come una forma di esercizio della libertà di circolazione di carattere temporaneo, la libertà di stabilimento è concepita come una forma di circolazione dal carattere ordinario e stabile<sup>354</sup>.

Da questa angolatura, la libertà di stabilimento condivide molto con la libertà di circolazione dei lavoratori, la quale è anch'essa caratterizzata dalla sostituzione di uno Stato membro con un altro; diversamente, nel caso di prestazione di servizi, il prestatore mantiene il legame più forte con lo Stato di stabilimento, spostandosi ogni volta al fine di prestare il servizio nel paese di destinazione, per poi rientrare nel paese d'origine.<sup>355</sup>

Come evidenziato in apertura del capitolo, la distinzione tra libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi è ivi ricercata in quanto, secondo una giurisprudenza consolidata, la libertà di stabilimento implicherebbe una più vasta potestà regolativa dello stato ospitante, nonché l'applicazione della dottrina del trattamento nazionale, a fronte della ormai indiscussa applicazione della ben più rigorosa dottrina della rimozione degli ostacoli non discriminatori, in voga nel settore dei servizi.

Più di recente, sembra, però, potersi rilevare una tendenza che avrebbe investito anche lo stabilimento, giusta la quale si sarebbe superato in ogni settore il paradigma non discriminatorio: le ultime decisioni sembrano, infatti, sottintendere una intenzione della Corte di generalizzare, ad ogni caso sottoposto, sia esso fattispecie di prestazione di servizi o di stabilimento, il test sulla sussistenza di ostacoli non discriminatori.

Detta causa è stata perorata attraverso due antitetiche attività ermeneutiche: la prima prescrive la definizione dei confini tra le libertà e la successiva sottoposizione di entrambe al medesimo regime giuridico; la seconda implica l'estensione dell'ambito applicativo della prestazione dei servizi a spese della libertà sorella di stabilimento, con conseguente

---

<sup>354</sup> In tal senso anche EDSTROM, O., *The Free Movement of Services and the Right to Industrial Action in Swedish Law – In the Light of the Laval Case*, op. cit., p. 171

<sup>355</sup> BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU*, op. cit., p. 233. La quale contesta che possa identificarsi un diverso approccio regolativo rispetto alle due libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento, ritenendo che le distinzioni regolative tra queste due libertà vadano derubricate a mere sfumature.

ricorso al test delle restrizioni anche a fronte di fattispecie che più correttamente andrebbero inquadrate nello stabilimento.

### 1.5.2 La potestà regolativa dell'host state nei servizi e nello stabilimento

Tendenzialmente e tradizionalmente, la Corte di Giustizia ha sempre teso a distinguere il quantitativo di normativa che può applicarsi in caso di prestazione di servizi rispetto a quella estensibile a fronte di stabilimento. Ciò è, ad esempio, confermato dalla lettura della decisione del caso *Vander Elst*, del 1994, ove al punto 17 la Corte afferma che “*uno Stato membro non può subordinare l'esecuzione della prestazione di servizi sul suo territorio all'osservanza di tutte le condizioni prescritte per lo stabilimento, perché altrimenti priverebbe di qualsiasi effetto utile le disposizioni dirette a garantire la libera prestazione di servizi*”. dei casi *Van Binsbergen*<sup>356</sup> e *Commissione contro Germania*<sup>357</sup>.

L'accertamento della sussistenza dei requisiti per lo stabilimento, dunque, obbligherebbe alla valutazione della vicenda sulla base del solo test di non discriminazione, con il conseguente abbandono del più rigoroso test sulla sussistenza di disposizioni non discriminatorie che intralciano la libera esplicazione della libertà fondamentale.<sup>358</sup>

*Vander Elst*) *Vander Elst*<sup>361</sup> seguiva, infatti, a distanza molto ravvicinata la sentenza *Gebhard*<sup>362</sup> (1995), ove la Corte individuava gli elementi distintivi che contraddistinguono stabilimento e servizi, per poi, di fatto, estendere allo stabilimento il medesimo metodo di giudizio già rodato

---

<sup>356</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 dicembre 1974, C-33/74, *Van Binsbergen*, cit.

<sup>357</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, 4 dicembre 1986, C-205/84, *Commissione c. Germania*, cit.

<sup>358</sup> Analogamente, ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?*, op. cit., p. 20

<sup>359</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25 Luglio 1991, C-76/90 *Sager K Dennemeyer & Co. Ltd*, cit.

<sup>360</sup> Profilo messo in risalto anche da NOGLER, L., *Introduzione al mercato unico delle <<attività autonome>>*, op. cit., p. 39

<sup>361</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 9 agosto 1994, C – 43/93, *Raymond Vander Elst contro Office des Migrations Internationales*, cit.

<sup>362</sup> Sentenza *Gebhard* (sentenza della Corte di Giustizia, del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C – 55/94, cit.)



per i servizi. Sorprendente è in quel caso lo sforzo sostenuto dal giudice comunitario con l'obiettivo di tracciare le differenze tra stabilimento e servizi, e, una volta dimostrato che il caso dovesse più correttamente essere configurato come manifestazione del diritto di stabilimento, ad esso applicare il medesimo test utilizzato nel settore dei servizi, valutando la restrittività della normativa imposta dallo Stato italiano.

Una nota di carattere generale su questa decisione che mi pare valga la pena di evidenziare è che il ragionamento giuridico non sembra caratterizzato in questa decisione da una decisa linearità: la Corte, infatti, inquadra il caso nella libertà di stabilimento e compie uno sforzo estremo al fine di demarcare i rapporti tra le due libertà, ma immediatamente dopo elimina la principale ragione a fondamento della loro distinzione, che è quella di una sottoposizione ad un diverso regime giuridico, dando invece applicazione ad una disciplina che, peraltro, ha sempre giustificato invocando l'argomento della temporaneità, esclusa, poche righe prima, nell'ipotesi di esercizio del diritto di stabilimento.

Non si condivide invece quella prospettiva teorica<sup>363</sup> che vorrebbe ravvisare la prima applicazione della dottrina degli ostacoli non discriminatori alla libertà di stabilimento nella sentenza *Kraus*,<sup>364</sup> la quale, in verità, sembra più correttamente da ascrivere all'elencazione delle sentenze aventi ad oggetto il mutuo riconoscimento dei diplomi.

La ragione è semplice: ciò che è del tutto innovativo in *Gebhard* non è la richiesta di riconoscimento di un titolo conseguito all'estero, la cui mancanza potrebbe ostacolare l'accesso ad una determinata professione, quanto la mera regolazione in sé di una certa professione in uno degli Stati membri. Le implicazioni di *Gebhard*<sup>365</sup> sono molto significative perché essa dimostra che sono di rilevanza comunitaria anche quelle decisioni interne ad uno stato membro che non siano suscettibili di

---

<sup>363</sup> Prospettata invece da NOGLER, L., *Introduzione al mercato unico delle <<attività autonome>>*, op. cit. p. 39

<sup>364</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 31 marzo 1993, C-19/92, *Dieter Kraus c. Land Baden- Wuerttemberg*, in *Racc.*, 1993, p. I-1663

<sup>365</sup> Sentenza *Gebhard*, sentenza della Corte di Giustizia, del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C – 55/94, cit.

limitare la capacità degli attori economici di circolare all'interno del territorio comunitario<sup>366</sup>.

Dopo *Gebhard*<sup>367</sup> quale fosse il regime giuridico da osservare nell'ipotesi di stabilimento è in ogni caso rimasto oscuro. Infatti, in talune sentenze l'applicazione del paradigma della rimozione degli ostacoli appare incontrovertibile mentre in altre la corte, più prudentemente e fors'anche più correttamente, continua ad applicare il test discriminatorio<sup>368</sup>. Anzi, v'è da aggiungere che l'estensione del test creato per la materia dei servizi non scompare mai del tutto dalla logica giuridica dei giudici comunitari, sebbene venga in parte accantonato.

Queste indecisioni giurisprudenziali sul trattamento da riservare alla libertà di stabilimento hanno dato adito in dottrina alla propagazione di tesi antitetiche: le une volte ad asserire l'esistenza di un unitario approccio della corte comunitaria nei confronti di tutte le libertà di circolazione e le altre che, all'opposto, sostengono l'attualità e doverosità della distinzione tra i due regimi giuridici (sulle quali si veda il paragrafo 1.1. di questa parte).

Un caso molto significativo sul quale si è già avuto modo di soffermarsi in sede di trattazione della delocalizzazione giuridica nel quale la Corte riconduce l'intera argomentazione alla verifica sulla capacità di ostacolare lo stabilimento è il caso *Centros*<sup>369</sup>: ivi, la Corte ripropone la stessa valutazione solitamente riservata ai servizi e tende ad accertare se la normativa danese sia suscettibile di scoraggiare lo stabilimento secondario. Al punto 34 i giudici affermano che “*i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono*

---

<sup>366</sup> Così espressamente SPAVENTA, E., *From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)economic European constitution* in *Common Market Law Review* n. 41, 2004, p. 751

<sup>367</sup> Sentenza *Gebhard*, sentenza della Corte di Giustizia, del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C – 55/94, cit.

<sup>368</sup> Si consideri, ad esempio, la sentenza della Corte di Giustizia, del 18 gennaio 2001, C-162/99, *Commissione contro Italia*, in *Racc.*, 2001, p. I-541 oppure la sentenza della Corte di Giustizia, del 29 aprile 2004, C-171/02, *Commissione contro Portogallo*, in *Racc.*, 2004, p. I-5645

<sup>369</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, cit.

*applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo*<sup>370</sup>. In questo caso la Corte sembra evocare un possibile utilizzo del test per tutte le libertà fondamentali del Trattato.

Inoltre, nella sentenza Payroll<sup>371</sup> la terminologia usata dalla corte supera le precedenti incertezze, giungendo a sostenere che “*l'articolo 43 impone l'abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e che devono essere considerate come tali tutte le misure che vietano, ostacolano o scoraggiano l'esercizio di tale libertà*”. Il medesimo ragionamento giuridico sottende la sentenza Viking,<sup>372</sup> in cui la Corte effettua una valutazione circa la legittimità dell'azione collettiva posta in essere dal sindacato in base del consueto test di proporzionalità e necessità<sup>373</sup>.

In queste pronunce la Corte compie un ulteriore passaggio e anziché, come aveva fatto in passato, ampliare l'ambito applicativo della prestazione dei servizi riconducendo ad essa fattispecie che più correttamente avrebbe dovuto inquadrare nello stabilimento, sposta il fulcro di ragionamento sulla necessità di applicare in ogni contesto un modello di decisione basato sulle restrizioni, con la paradossale conseguenza dell'esportabilità della disciplina d'origine anche a fronte di attività tendenzialmente a tempo indeterminato.

La Corte riesce in tal modo a conseguire il medesimo obiettivo cui mirava con l'estensione dell'area applicativa della libertà di stabilimento, ossia assicurare alle imprese un regime giuridico più favorevole.

Con questa nuova giurisprudenza si finisce per svuotare di ogni valenza l'attività che ci si accinge ad illustrare di sfilacciamento delle

---

<sup>370</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 31 marzo 1993, C-19/92, *Kraus*, in *Racc.* 1993, p. I-1663, punto 32, e Sentenza della Corte di Giustizia, del 30 novembre 1995, C – 55/94, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, cit., punto 37

<sup>371</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 17 ottobre 2002, C – 79/01, *Payroll Data Services e.a.*, in *Racc.* 2002 p. I-08923

<sup>372</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.

<sup>373</sup> Della sentenza *Viking* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.) si parlerà diffusamente in seguito poiché essa rappresenta il *leading case* della estensione dell'applicazione della giurisprudenza sviluppata in materia di servizi allo stabilimento a fronte di azioni sindacali poste in essere a tutela delle condizioni di lavoro.

maglie della nozione di libera prestazione di servizi e lo si fa eliminando in radice la ragione che ha indotto a questa continua attività di estensione: la distinzione tra i due regimi di disciplina.

### 1.5.3 *Gli indici distintivi*

E' bene in limine rammentare quanto già sostenuto sulla coincidenza delle attività che integrerebbero le fattispecie di stabilimento e servizi. Su tale punto, anzi, non è lecito avanzare dubbi dal momento che la compiuta sovrapposibilità tra le due fattispecie giuridiche risulta attestata dalla stessa formulazione letterale dei trattati. Essa è inoltre testimoniata dal fatto che la disciplina della libera prestazione dei servizi richiama pressoché interamente lo statuto giuridico previsto per lo stabilimento. L'articolo 50 sancisce che *“senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini.”* La disposizione ha, tra gli altri, il pregio di individuare il principale indice discretivo tra le due libertà e, segnatamente, la temporaneità dell'una, da contrapporre alla tendenziale stabilità dell'altra.

La successiva attività ermeneutica della Corte di Giustizia si è, però, rivelata fondamentale per definire i contorni della nebulosa nozione di temporaneità, precisando così i rapporti tra le due libertà e manifestando, anche in questo settore, la tendenza ad un rinvigorimento della libertà di prestazione dei servizi a spese delle altre libertà limitrofe. E' bene rimarcare sin d'ora che la ricostruzione prospettata dalla Corte è in verità il frutto di una opzione interpretativa, contingente e dunque modificabile. Benché fino agli anni '90 la Corte aveva sempre affermato che *“l'impresa (...) di un altro stato membro la quale abbia, nello stato membro in cui presta dei servizi, una presenza permanente è soggetta alle disposizioni del trattato relative al diritto di stabilimento e ciò anche se questa presenza non ha assunto la forma della succursale o dell'agenzia, bensì si concreta in un semplice ufficio, gestito da personale dell'impresa: detta impresa (...) non può quindi valersi delle norme relative alla libera prestazione dei servizi per quanto riguarda le sue attività nello stato membro di cui trattasi”*<sup>374</sup> e addirittura la Corte aveva cura di precisare che *“non si può negare ad uno stato membro il diritto di provvedere affinché la libertà garantita dall'art. 59 (ora art. 56 TFUE) non sia usata da un prestatore di servizi*

---

<sup>374</sup> Corte di Giustizia, 4 dicembre 1986, C-205/84, *Commissione c. Germania*, cit.

la cui attività sia interamente o principalmente rivolta verso il suo territorio, allo scopo di sottrarsi alle norme professionali cui sarebbe soggetto qualora fosse stabilito nel territorio di detto stato<sup>375</sup>, la situazione muta radicalmente nel periodo successivo.

Infatti, parallelamente al percorso di valorizzazione della libertà di prestazione di servizi e sul quale si è già avuto modo di soffermarsi, la Corte ha dato abbrivo ad una campagna di estensione applicativa della suddetta libertà oltre i suoi confini naturali, pervenendo, infine, al sovvertimento dell'impianto originariamente stabilito dai padri fondatori dei trattati, dapprima a spese della libertà sorella di stabilimento e, in seguito, anche rispetto alla libertà di circolazione dei lavoratori.

La sentenza *Gebhard*<sup>376</sup> è a tal riguardo esemplificativa: ivi, la Corte specifica che la distinzione tra libertà di prestazione dei servizi e libertà di stabilimento non è incentrata unicamente sulla mera durata dell'attività di prestazione dei servizi, ma che va anche tenuto in debito riguardo il carattere continuativo o periodico dell'attività compiuta e la frequenza con cui si fornisce un certo servizio su un dato territorio.

Giusta la nozione di stabilimento prospettata dalla Corte, detta libertà troverebbe applicazione a fronte di una “partecipazione in maniera stabile e continuativa alla vita economica di uno stato membro diverso dal proprio stato d'origine” con lo scopo di “trarne vantaggi, favorendo così l'interpenetrazione economica e sociale nell'ambito della Comunità nel settore delle attività indipendenti<sup>377</sup>”. Nella medesima decisione menzionata, la Corte puntualizza, però, che non è da escludere che abbia a richiamarsi lo statuto giuridico della prestazione dei servizi anche nell'ipotesi di creazione di una certa infrastruttura nello stato di prestazione del servizio laddove si accerti che essa sia servente rispetto al compimento del servizio.

---

<sup>375</sup> Corte di Giustizia, 4 dicembre 1986, C-205/84, *Commissione c. Germania*, cit.

<sup>376</sup> Sentenza *Gebhard*, sentenza della Corte di Giustizia, del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C – 55/94, cit., punto 27. Cfr. BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU*, op. cit., che richiama la sentenza per accreditare la tesi di un superamento delle differenze regolative tra prestazione di servizi e stabilimento, p. 258.

<sup>377</sup> Sentenza *Gebhard*, sentenza della Corte di Giustizia, del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C – 55/94, cit. punto 25

Una sentenza avente ad oggetto proprio la materia lavoristica, *Arblade*<sup>378</sup>, riconduce alla prestazione di servizi e non allo stabilimento, già nel 1999, attività che si prolunghino per più di un anno<sup>379</sup>.

Pur tuttavia la sentenza che al meglio attesta la tendenza ad un inglobamento della libertà di stabilimento nella libertà di prestazione dei servizi è *Schnitzer*, decisamente più recente (2003).<sup>380</sup>

Sorprendente è, inoltre, l'occasione in cui la Corte decide di manifestare la sua nuova visione della relazione tra queste libertà, quale è una controversia avente ad oggetto l'affidamento di lavori edili artigianali ad un'impresa proveniente dal Portogallo e, quindi, ad un'impresa che è si è determinata allo spostamento per la possibilità di sfruttare un differenziale di costi.

Detta sentenza contiene due passaggi di sintomatico rilievo per comprendere l'estensione nel tempo dell'attività e la frequenza della prestazione del servizio<sup>381</sup>.

Quanto alla prima, la Corte attesta la possibilità di invocare le disposizioni a tutela della libertà di prestazione dei servizi anche in relazione a fattispecie ove la permanenza in un certo territorio si prolungherà per diversi anni. A parere della Corte, infatti, nella nozione

---

<sup>378</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e 376/96, *Arblade*, in *Racc.* 1999, p. I-08453 e , pubblicata anche in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 3, 2000, pp. 223 e ss. con nota di MARETTI, S., *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi*

<sup>379</sup> Lo considera un esito non del tutto positivo GIESEN, R., *Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms?*, *op. cit.* il quale sostiene che estendendo così tanto la nozione di prestazione di servizi si sarà costretti a distinguere all'interno del medesimo regime giuridico valido per la prestazione di servizi tra regolazione delle prestazioni di breve termine e regolazioni di lungo termine, p. 154

<sup>380</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2003, C – 215/01, *Schnitzer*, in *Racc.* 2003, I-14847

<sup>381</sup> A parere di CARABELLI, U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 49/2006, p. 10 in senso analogo a quanto affermato in *Schnitzer* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2003, C – 215/01, *Schnitzer*, cit.), la Corte si sarebbe anche espressa nel *leading case Gebhard* (Sentenza *Gebhard*, sentenza della Corte di Giustizia, del 30 novembre 1995, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C – 55/94, cit., punti 27 e nella sentenza *Commissione contro Italia* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 13 febbraio 2003, C-131/01, *Commissione contro Italia*, in *Racc.* 2003, p. I-01659, punto 22.

di servizio rientrerebbero attività molto variegata ivi comprese quelle “*la cui prestazione si estende per un periodo di tempo prolungato, persino più anni, come ad esempio avviene con i servizi forniti nell’ambito della costruzione di un grande edificio*”<sup>382</sup>.

Quanto alla seconda, la Corte ritiene debba parlarsi di “*prestazione di servizi*” e non di “*stabilimento*” anche a fronte di attività che si ripetano più volte nel tempo ed infatti, per la Corte “*possono parimenti costituire servizi ai sensi del Trattato le prestazioni che un operatore economico stabilito in uno Stato membro fornisce in maniera più o meno frequente o regolare, anche per un periodo di tempo prolungato, a persone stabilite in uno o più altri Stati membri*”<sup>383</sup>.

L’argomento portato a sostegno della vanificazione del requisito distintivo della temporaneità è però, ad avviso di chi scrive, quantomeno opinabile. Sostiene infatti la Corte: “*nessuna disposizione del Trattato consente di determinare, in maniera astratta, la durata o la frequenza a partire dalla quale la fornitura di un servizio o di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro non può più essere considerata prestazione di servizi ai sensi del Trattato.*”<sup>384</sup> La conseguenza di una simile conclusione è un totale svuotamento della capacità distintiva della previsione che voleva la possibilità di applicare la normativa in materia di libertà di prestazione dei servizi ai soli casi di attività che avessero carattere temporaneo. La Corte sembrerebbe ricavare dall’impossibilità di stabilire un termine esatto, un numero di anni preciso a seguito del quale potersi parlare di stabilimento, l’affermazione circa l’inutilità di un cenno alla temporaneità. Quasi un’applicazione di quel paradosso di Zenone sul quantitativo di chicchi di grano di cui consterebbe un mucchio, come se il semplice fatto di non poter sapere da qual chicco in poi possa utilizzarsi il lemma “mucchio” possa indurre a non avvalersi del tutto dell’espressione.

Esclusa la temporaneità, la continuità dell’attività, vi è un ultimo requisito al quale potrebbe attribuirsi un tenue potere distintivo: il livello di infrastruttura di cui ci si doti in un dato territorio. A ben vedere, però, nemmeno questo indice si rivela decisivo ai fini di una certa partizione

---

<sup>382</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell’11 dicembre 2003, C-215/01, *Schnitzer*, cit., punto 30.

<sup>383</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell’11 dicembre 2003, C-215/01, *Schnitzer*, cit., punto 30.

<sup>384</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell’11 dicembre 2003, C-215/01, *Schnitzer*, cit., punto 31.



tra attività da ricondurre alla prestazione di servizi e attività da ricondurre allo stabilimento.

Sebbene il dotarsi di notevoli infrastrutture in un certo territorio sia, infatti, una concreta testimonianza dell'avvenuto stabilimento, pur tuttavia, esso non è ritenuto sufficiente dalla Corte al fine di escludere che possa versarsi in una ipotesi di prestazione di servizi.

La Corte, infatti, consente la creazione di infrastrutture anche nell'alveo di un'attività di prestazione di servizi, purché esse siano *meramente funzionali* alla prestazione del servizio.

Si noteranno con facilità gli ampi margini di discrezionalità, quasi arbitrio, che tale valutazione in ordine al carattere meramente funzionale o meno dell'infrastruttura nasconde, e, giacché l'interpretazione di questo requisito in ultima analisi spetta pur sempre alla Corte di Giustizia, essa, anche in questo caso, ha potuto dar mostra del suo atteggiamento di particolare *favor* per la libertà di prestazione dei servizi, piuttosto che per lo stabilimento.

L'estensione dello spazio applicativo della libertà di prestazione di servizi a spese della omologa libertà di stabilimento si spiegava con ragioni di carattere spiccatamente pratico, ossia la possibilità di prestare il servizio portandosi dietro la propria disciplina a regolamentarlo, anche nelle ipotesi in cui negli altri paesi la prestazione sia difformemente disciplinata.

Se può ritenersi giustificato, infatti, il considerare che in caso di attività di carattere molto contenuto nel tempo la sottoposizione alla disciplina del paese di destinazione possa risultare tanto onerosa da rendere economicamente svantaggiosa la prestazione del servizio e, dunque, possa indurre a non avvalersi della libertà relativa altrettanto non può dirsi nel caso di attività che, come accennato, si prolungano addirittura per anni e presentano spiccati caratteri di stabilità

La scelta interpretativa della Corte forse non era inconsapevole: le occasioni per affermare questi principi sono proprio state casi di confronto tra stati nazionali interessati a proteggere i propri mercati da

fenomeni di dumping sociale<sup>385</sup> e imprese provenienti da Stati di nuova adesione intenzionate a sfruttare tali differenziali di costi.

#### 1.6 L'efficacia orizzontale degli articoli 56 TFUE e 49 TFUE

Una delle questioni di cui si maggiormente è dibattuto nell'ultimo periodo e che è indispensabile dirimere – o quanto meno prospettare – , prima di approcciarsi all'esame dei casi più recenti in cui si è manifestato il conflitto tra diritti sociali collettivi e libertà economiche fondamentali, attiene alla necessità di accertare se le disposizioni a tutela della libertà di prestazione dei servizi e dello stabilimento siano dotate di un'efficacia diretta, e, in caso di esito positivo della prima domanda, se essa si declini soltanto come efficacia diretta verticale o si sia tramutata anche in efficacia diretta orizzontale.

Come si è recentemente sostenuto, infatti, in riferimento alle due sentenze *Laval* e *Viking*, “la questione della c.d. efficacia orizzontale diretta delle norme del Trattato sulle libertà economiche fondamentali è il nodo teorico più importante affrontato dalla Corte”<sup>386</sup>.

La questione può essere osservata da due diversi punti di vista, che ne esprimono rispettivamente un profilo oggettivo ed un profilo soggettivo.

Partendo dall'ultima, per una prima definizione approssimativa, possiamo dire che si è soliti descrivere con la nomenclatura di “*efficacia diretta verticale*” la possibilità riconosciuta agli individui di invocare in giudizio una certa disposizione del trattato nei confronti del proprio Stato membro, o di altri Stati, nonché nei confronti delle autorità pubbliche di questi ultimi. Essa è ormai una realtà nell'ordinamento comunitario dal 1962, ove con la sentenza *Van Gend & Loos*<sup>387</sup>, la Corte di Giustizia per la prima volta ha riconosciuto la diretta invocabilità da

---

<sup>385</sup> Sul termine social dumping – talvolta chiamato anche fenomeno del race to the bottom – si veda in particolare HENDRICKX, F., *The service directive and social dumping: National labour law under strain?* in *The service directive – consequences for the welfare state and the European social model*, NEERGAARD, U. B., NIELSEN, R., ROSEBERRY, L. M. (a cura di), Djof Forlage, 2008

<sup>386</sup> ORLANDINI, G. *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, op. cit., p. 255

<sup>387</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos e Amministrazione Olandese delle Imposte*, cit.

parte di privati cittadini di disposizioni di diritto comunitario nei confronti degli Stati.

Detta efficacia diretta impone già un avanzamento nel percorso di integrazione comunitario ma reca con sé contenuti problemi sul piano della teoria giuridica, vi è coincidenza tra i soggetti ritenuti responsabili della violazione e coloro che hanno assunto l'obbligo di rispettare i trattati sul piano internazionale. Detti soggetti (stati e loro autorità) sono, peraltro, genericamente obbligati a cooperare con l'ordinamento comunitario (obbligo espressamente previsto dai trattati), e, coerentemente, essi risultano direttamente obbligati a rispettare le disposizioni anche ove non si sia generato alcun diritto comunitario derivato che possa darvi attuazione.

L'evoluzione che ha portato la Corte di Giustizia a dichiarare l'efficacia diretta, ovviamente verticale, riposa, come visto, ormai agli albori del processo di integrazione comunitaria, per ciò che a noi più interessa, l'efficacia diretta verticale dell'articolo 43 è stata dichiarata con la sentenza *Reyners*<sup>388</sup> immediatamente allo scadere del periodo transitorio che si era previsto nei trattati per l'attuazione della suddetta libertà.

Val la pena richiamare in questa sede il percorso argomentativo seguito dalla Corte in quella occasione *“la norma del trattamento nazionale costituisce una delle disposizioni giuridiche fondamentali della comunità in quanto richiamo ad un complesso di disposizioni legislative effettivamente applicate dal paese di stabilimento ai propri cittadini, tale norma è, per eccellenza, atta ad essere fatta valere direttamente dai cittadini di tutti gli altri stati membri . stabilendo alla fine del periodo transitorio la realizzazione della libertà di stabilimento, l' art. 52 prescrive quindi un obbligo di risultato preciso, il cui adempimento doveva essere facilitato, ma non condizionato, dall' attuazione di un programma di misure gradualità; il fatto che questa gradualità non sia stata osservata lascia intatto l' obbligo stesso, una volta scaduto il termine stabilito per il suo adempimento.”*

Dall'argomentazione qui riportata si evince lo scopo perseguito dal giudice comunitario: impedire che la lentezza del processo legislativo comunitario ricadesse sui cittadini, nonché assicurare l'obiettivo di

---

<sup>388</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, 21 giugno 1974, C-2/74, *Jean Reyners c. Stato Belga*, in *Racc.*, 1974, p. I-631

garantire una più piena integrazione del mercato mediante una più intensa attività giurisprudenziale.

Sotto il profilo soggettivo, dunque, la questione dell'efficacia diretta orizzontale corrisponde all'interrogativo se sia ammissibile censurare la violazione del diritto comunitario anche nei confronti di singoli cittadini. Così posta essa rivela ciò che implicherebbe, ossia una estensione oltremisura della competenza della Corte di Giustizia che vedrebbe privati opporsi ad altri privati per il mancato rispetto di un qualche diritto che troverebbe il suo fondamento nel diritto comunitario.

Una risposta positiva a questa domanda costituirebbe una innovazione non di poco conto dal momento che mentre l'efficacia diretta verticale opera anche in rapporto ad altri sistemi normativi sopranazionali, come avviene per il singolo che agisce davanti alla Corte Europea dei diritti umani al fine di veder condannato il proprio Stato per una violazione della Convenzione, l'efficacia diretta orizzontale è rivoluzionaria costituendo la più piena esplicazione di un sistema assolutamente monistico, sconosciuto ad altri ordinamenti internazionali che non siano federali ed addirittura negata davanti alla Corte federale USA.

Sotto invece il profilo oggettivo, la questione sembra assumere una forma diversa che non ha se guardata dal punto di vista soggettivo, in questo ultimo senso, la questione viene dunque formulata in tali termini: è possibile censurare quali violazioni di una libertà fondamentale non soltanto normative statuali ma anche altri provvedimenti che siano emanati da un soggetto privato che sia dotato di poteri regolativi? E, e si noti bene che ciò costituisce un passaggio ulteriore che allarga ulteriormente la forbice di interventi giurisprudenziali, è possibile censurare dei semplici fatti che però producano l'effetto di restringere la libertà di prestazione dei servizi, come una semplice azione concordata, quale è un'azione collettiva, che possa rendere più difficile o addirittura precludere la prestazione di servizi (efficacia orizzontale<sup>389</sup>).

Le due domande, probabilmente, meriterebbero due autonome risposte, come è stato brillantemente posto in luce da due autorevoli

---

<sup>389</sup> Sul punto, diffusamente, ORLANDINI, G., *ibidem*, p. 15 ma *passim*

studiosi<sup>390</sup>. Il mutamento della natura dell'atto oggetto di censura potrebbe, e anzi forse dovrebbe, mutare la risposta. Mentre, infatti, la risposta alla prima domanda potrebbe essere data sulla base dell'adozione di un approccio sostanzialistico che non si curi della specifica natura pubblica o privata del soggetto che costituisca una pubblica autorità, inducendo a ritenere che possa ancora rispecchiarsi un modello basato sulla mera efficacia diretta in cui la responsabilità delle autorità pubbliche vada letta più propriamente in termini di autorità che esercitino dei poteri pubblici e che dunque operano in rappresentanza o in sostituzione dello stato. L'eventuale risposta positiva alla seconda domanda induce a sconfinare in una tipologia di efficacia del tutto nuova e molto rischiosa.

Che questo sia il nodo centrale si evince dalle osservazioni di molti studiosi<sup>391</sup>: si passa dunque da un provvedimento legislativo che ha i caratteri della generale applicabilità a un comportamento che invece non viola gli interessi di una collettività, ma di un singolo. La previsione porta con sé una serie di problematiche di teoria generale del diritto perché costringe i singoli a compiere complesse valutazioni prima di intraprendere una azione in merito alla legittimità di essa sia in rapporto al diritto nazionale sia a quello internazionale e nell'eventualità in cui ravvisi la sussistenza di una contraddizione tra ordinamenti, la disapplicazione del proprio diritto nazionale per porre in essere un'azione che appaia conforme alle disposizioni del diritto sopranazionale.

A ciò si aggiunga che il percorso intrapreso dalla Corte in materia non segue uno sviluppo lineare: essa, infatti, ha riconosciuto efficacia diretta orizzontale alle disposizioni quando si sia conferito potere regolativo a soggetti privati definiti quasi governativi perché non è possibile sottrarsi alla loro autorità, per questi soggetti è il disporre di una certa potestà normativa che li rende assimilabili alle autorità statali, o in un'altra

---

<sup>390</sup> Il problema che si sono posti sia ORLANDINI, G., *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, op. cit., infatti, investe proprio l'ammissibilità logico-giuridica di una assimilazione di un comportamento – quale è un'azione collettiva – ad una normativa che possa costituire una restrizione alla libertà di prestazione dei servizi

<sup>391</sup> Si veda ad esempio, DORSSEMONT, F., *The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, op. cit., p. 29

tipologia di casi in ragione delle peculiari caratteristiche della materia trattata e non in generale, come a breve si tenterà di dimostrare.

L'efficacia diretta orizzontale è stata affermata anche in relazione al disposto dell'articolo 141 con la sentenza *Defrenne*<sup>392</sup>, la quale, però, impone chiaramente degli obblighi diretti in capo ai datori di lavoro di non discriminare sulla base del genere. La stessa formulazione dell'articolo che sancisce il principio di parità di retribuzione tra uomo e donna racchiude in sé un implicito obbligo posto in capo al datore di lavoro e ciò ben si spiega dal momento che proprio il datore è colui nel cui ambito, in effetti, si trova la disponibilità del rispetto dell'obbligo: in sostanza, il principio di non discriminazione sulla base del genere deve intendersi indirettamente riferito anche ai privati datori di lavoro, destinatari, in ultima analisi, dell'obbligo di non discriminare, poiché di fatto il potere di discriminare o di non discriminare è nelle loro mani<sup>393</sup>.

La giurisprudenza sull'efficacia orizzontale subisce poi un sostanziale avanzamento con il caso *Angonese*<sup>394</sup> in cui la Corte unifica le due precedenti giurisprudenze considerando discriminatorio sulla base della nazionalità quel comportamento di un datore di lavoro che non consideri sufficiente ai fini dell'assunzione una prova che attesti il bilinguismo diversa dallo specifico certificato rilasciato in provincia di Bolzano. La Corte considera la disposizione lesiva della libertà di circolazione dei lavoratori ex articolo 39 TCE. In questo caso, d'un canto la disposizione non è assimilabile all'articolo 141 TCE perché è chiaramente rivolta agli Stati, dall'altro si tratta di un singolo datore di lavoro e non, come nei casi *Bosman*<sup>395</sup> o il *leading case Walrave*<sup>396</sup> di un soggetto dotato di poteri normativi che siano assimilabili agli Stati.

---

<sup>392</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'8 aprile 1976, 43/75, *Defrenne*, in *Racc.* 1976, p. 455

<sup>393</sup> In tal senso DASHWOOD, A., *Viking and Laval: Issues of horizontal direct effect* in *CEYB*, 2008, p. 530

<sup>394</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 6 giugno 2000, C-281/98, *Roman Angonese contro Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* in *Racc.* 2000, p. I-04139, sulla quale si veda diffusamente lo scritto di OBERG, J. *Horizontal direct effect of article 39 of the EC Treaty* in *Europarättslig Tidskrift*, 4, 2007, pp. 777 e ss

<sup>395</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 15 dicembre 1995, C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contro Jean-Marc Bosman*, in *Racc.* 1995 p. I-04921

La Corte però anche in *Angonese*<sup>397</sup> chiarisce per quale ragione essa estende la previsione: si tratta di una discriminazione basata sulla nazionalità e la tutela nei confronti delle discriminazioni basate sulla nazionalità deve essere più completa possibile e per questo occorre riconoscere efficacia orizzontale alla disposizione. Sono gli specifici fatti della causa che inducono la Corte ad assumere questa decisione dunque deve dubitarsi che si possa estendere questa giurisprudenza a situazioni differenti<sup>398</sup>. Il riconoscimento in *Angonese*<sup>399</sup> dell'efficacia orizzontale diretta all'articolo 39 TCE in conclusione non può essere considerato un argomento sufficiente alla generalizzazione del principio dell'efficacia orizzontale delle disposizioni sulla libera circolazione.

Chiaramente il riconoscimento di efficacia orizzontale diretta rafforza l'integrazione e l'implementazione del diritto comunitario<sup>400</sup>. Inoltre è evidente la connessione tra questo principio e gli altri principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, in particolare, la supremazia del diritto comunitario ed il principio dell'effetto utile.

Vi è, poi, un altro settore in cui storicamente si è affermata l'efficacia diretta delle disposizioni ed è quello della competizione tra imprese, ma deve ritenersi che, in quel caso, sia la specialità della materia ad indurre a riconoscere efficacia orizzontale alle disposizioni, peraltro implicitamente ammessa dalla formulazione delle norme e sulle quali non val la pena soffermarsi data la distanza con il nostro oggetto di indagine.

E' nello scenario descritto che si inseriscono le decisioni *Laval* e *Viking* nelle quali la Corte argomenta in maniera piuttosto generica sulla

---

<sup>396</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 12 dicembre 1974, 36/74, *B. N. O. Walrave, L. J. N. Koch contro Association Union Cycliste Internazionale*, in *Racc.* 1974 p.1405

<sup>397</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 6 giugno 2000, C-281/98, *Roman Angonese contro Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, cit.

<sup>398</sup> Perplessità sulla possibilità di considerare il principio espresso in *Angonese* principio di carattere generale sono espresse da OBERG, J. *Horizontal direct effect of article 39 of the EC Treaty*, op. cit., pp. 777 e ss, netta la contrarietà a favore di una estensione ad altre situazioni da parte di DASHWOOD, A., *Viking and Laval: Issues of horizontal direct effect*, op. cit., p. 531

<sup>399</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 6 giugno 2000, C-281/98, *Roman Angonese contro Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, cit.

<sup>400</sup> OBERG, J. *Horizontal direct effect of article 39 of the EC Treaty*, op. cit.

necessità di attribuire efficacia diretta orizzontale alle disposizioni sulla libertà di prestazione del servizio e sullo stabilimento<sup>401</sup>.

In questi casi, l'efficacia orizzontale degli articoli 43 e 49 viene, in maniera invero un po' contorta, riconnessa alla assimilazione tra i sindacati e le pubbliche autorità che si evincerebbe dalla volontà di questi di giocare un ruolo nella determinazione delle condizioni di impiego, attività che di per sé è suscettibile di incidere sulle libertà di circolazione e, in particolare, sulle libertà delle imprese di spostarsi su tutto il territorio comunitario senza far fronte a costi inaspettati.

Il problema è che se non destava alcun problema teorico il riconoscimento di una efficacia orizzontale alle disposizioni nei confronti di soggetti con funzioni regolatorie non altrettanto può dirsi per il più ampio riconoscimento della stessa nei confronti dei sindacati che non dispongono di alcun potere autoritativo e che per disciplinare le condizioni lavorative necessitano del consenso della controparte, ricorrendo infatti allo strumento contrattuale<sup>402</sup>. Inoltre, l'assimilazione è discutibile sotto un ulteriore peculiare profilo ossia il fatto che l'azione collettiva assunta dai sindacati al fine di indurre l'imprenditore a negoziare condurrà ad esiti incerti, imprevedibili *ex ante*, aspetto che peraltro rileva anche la stessa Corte in relazione ad altre censure.<sup>403</sup> Infine, a fronte di un'estensione dell'obbligo di non intralciare la libera circolazione delle imprese dovrebbe corrispondere una parallela estensione delle poteri di giustificare la restrizione da parte dei soggetti ad essa sottoposti.

Gli Stati sono stati dalla stessa Corte autorizzati ad adottare misure al fine di impedire che dei privati strumentalizzino le libertà fondamentali, ma analogo potere non potrebbe spettare ai sindacati seppure essi sono stati obbligati nell'esercizio della loro attività di negoziazione o nelle determinazioni in ordine alle eventuali azioni collettive all'osservanza delle disposizioni sulla libera circolazione dei servizi e di stabilimento.

---

<sup>401</sup> DORSEMONT, F. *The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, op. cit., p. 29

<sup>402</sup> DAVIES, A. C. L., *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases*, in the ECJ, in *Industrial Law Journal*, n. 2, 2008, p. 136

<sup>403</sup> DAVIES, A. C. L., *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ*, *ibidem*, p. 137



Nelle due sentenze, ad ogni modo, la Corte si astiene dal prendere apertamente posizione sulla questione dell'efficacia orizzontale delle norme del Trattato nei confronti dei sindacati e specificamente si limita ad affermare, in negativo, che i sindacati non sono sottratti all'ambito di applicazione degli articoli relativi alla libera circolazione; ciò non è privo di conseguenze sul piano giuridico ben potendosi argomentare che la mera non sottrazione all'ambito applicativo delle libertà fondamentali dal punto di vista giuridico non comporta automaticamente sottoposizione al medesimo regime previsto per gli Stati ma piuttosto che specifiche considerazioni devono valere in ragione dei soggetti coinvolti e che il trattamento andrebbe conseguentemente differenziato<sup>404</sup>.

In particolare, pare a chi scrive, che questo argomento avrebbe potuto essere adeguatamente valorizzato dal giudice nazionale in sede di definizione della controversia in materia di danni.

I sindacati infatti avrebbero voluto che si sottoponesse una nuova questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia affinché essa chiarisse definitivamente se l'attribuzione di efficacia orizzontale alla disposizione potesse produrre quale conseguenza giuridica non soltanto la dichiarazione di illegittimità della decisione ma anche la condanna al risarcimento dei danni per i sindacati. Il giudice nazionale del caso *Laval*, l'unico tra i due casi che è proseguito sul piano nazionale<sup>405</sup>, ha, invece, ritenuto di poter utilizzare gli stessi principi elaborati in caso di comportamento che violi il diritto comunitario posto in essere dagli Stati, sebbene tali principi non si attagliano in maniera adeguata alla situazione oggetto esame nel caso di specie.

La questione dell'efficacia orizzontale, volutamente tralasciata dalla Corte aveva ricevuto invece una maggiore attenzione da parte degli Avvocati Generali nelle opinioni relative ai due casi.

In particolare, Poiates Maduro nelle sue conclusioni pur riconoscendo la necessità di attribuire una efficacia orizzontale agli articoli sulla libera

---

<sup>404</sup> APPS, K. *Damages claims against trade unions after Viking and Laval*, op. cit., p. 153

<sup>405</sup> Nel caso *Viking* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.) si è raggiunto l'accordo ma le sue condizioni non sono state rese pubbliche.

circolazione ritiene che la disciplina cui si trovano sottoposti i privati non possa essere la stessa cui è sottoposto lo Stato.

Le ragioni teoriche che avrebbero indotto a propendere per la soluzione contraria al riconoscimento dell'efficacia orizzontale dipendono in primo luogo dai principi dello Stato di diritto per cui un comportamento è lecito ed autorizzato finché non sia stato espressamente vietato, dal principio di certezza del diritto per cui ogni cittadino ha il diritto di sapere prima quali regole disciplineranno la sua condotta e che il rispetto del diritto nazionale sarà sufficiente a renderlo immune dall'incorrere in conseguenze giuridiche per il proprio operato, altrimenti peraltro si porrebbero nella drammatica posizione di dover scegliere a quale dei due sistemi legali occorre fornir seguito, ove essi si trovino in contraddizione<sup>406</sup>.

Il problema è ulteriormente acuito dal fatto che l'attività concretamente posta in essere nei casi *Laval*<sup>407</sup> e *Viking*<sup>408</sup> dai soggetti è una attività garantita dal diritto costituzionale dello Stato membro e quindi si impone di tornare a riflettere sull'effetto che ha il riconoscimento costituzionale dei diritti fondamentali garantiti da un ordinamento nazionali e sulla opportunità di ammettere che il mero riferimento ad essi legittimi una deroga al trattato<sup>409</sup>. La situazione di incertezza del diritto cagionata dall'incertezza in merito all'efficacia orizzontale della disposizione in cui attualmente versano i sindacati è testimoniata dagli avvenimenti del caso BALPA, in cui i piloti della British Airlines hanno rinunciato a promuovere uno sciopero per la paura di dover sopportare lungaggini giudiziarie certe e un incerto obbligo seguente di risarcire i danni.

---

<sup>406</sup> Cfr. OBERG, J. *Horizontal direct effect of article 39 of the EC Treaty*, op. cit., p. 23-24

<sup>407</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

<sup>408</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.

<sup>409</sup> ORLANDINI G., *Diritto di sciopero azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona" INT 45/2006*, 2006, pp. 15-16

### 1.7 La Corte di Giustizia e il “distacco”: la giurisprudenza precede la direttiva

Ci si è soffermati a suo tempo sulle conseguenze che derivano dall'aver sottratto la materia del distacco, *rectius* di quella forma di circolazione dei lavoratori che avvenga nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi *labour intensive*, dal suo tradizionale contenitore giuridico, la libera circolazione dei lavoratori.

Quest'ultimo costituisce, infatti, uno snodo teorico essenziale per spiegare come sia potuta avvenire l'attrazione di tale forma di mobilità transnazionale del lavoro nell'orbita della giurisprudenza sviluppata in relazione ai servizi e come si sia stato possibile che il giudice comunitario abbia potuto valutare le normative a tutela dei lavoratori in termini di restrizioni da giustificare.

L'obiettivo, ben più modesto, del presente paragrafo è invece mostrare come la Corte di Giustizia abbia messo concretamente in opera quella giurisprudenza sui servizi, incentrata sulla rimozione degli ostacoli non discriminatori, in materia lavoristica. Inoltre, con un'indagine dettagliata dei contenuti della giurisprudenza, ci si prefigge anche lo scopo di far funzionare concretamente quei principi che governano la distinzione tra le varie libertà fondamentali che si sono descritti in termini di teoria generale nella parte antecedente dell'elaborato.

Si procederà dunque ad effettuare un dettagliato scrutinio delle decisioni intervenute in materia di distacco cercando di far luce sull'evoluzione che ha contraddistinto la giurisprudenza sui servizi, sottolineando i piccoli e progressivi effetti demolitori prodotti sugli ordinamenti interni.

L'analisi sarà in questa sede limitata alla fase antecedente all'entrata in vigore della direttiva che da forma giuridica ad un fenomeno che nei tempi che qui interessano non era ancora legislativamente delineato.

Una precisazione inoltre si impone: la ricerca non ha pretesa di completezza avendo come obiettivo piuttosto quello di ripercorrere il *climax* di una giurisprudenza suscettibile di erodere i sistemi di diritto del lavoro domestici (si ometterà, infatti, la trattazione della materia della

previdenza sociale orientata dalla presenza di uno strumento di diritto derivato quale è il regolamento 1048/71).

Sembra dovuto premettere che nell'approccio ai casi esaminati dalla Corte si è stati costretti ad astenersi dalla disamina delle specificità di ogni sistema giuridico che ha dato origine al singolo caso, per concentrarsi piuttosto sul piano delle argomentazioni avanzate dalla Corte e sull'impatto erosivo prodotto. Il metodo di analisi casistica scelto è stato quello della categorizzazione delle giurisprudenze sulla base di una partizione *ratione materiae* utile a meglio sottolineare i differenti approcci della giurisprudenza in funzione del concreto oggetto di giudizio<sup>410</sup>.

#### 1.7.1 La giurisprudenza sui contributi previdenziali

La prima causa della quale si propone l'analisi è **Seco**<sup>411</sup>, sentenza del 3 febbraio del 1982, dunque, preconcizatrice delle epocali svolte giurisprudenziali che saranno attuate con i casi *Rush Portuguesa*<sup>412</sup> e *Sager*<sup>413</sup>.

Nella decisione *Seco* la Corte appare ancora strettamente legata al paradigma discriminatorio tant'è vero che dichiara che gli Stati sarebbero tenuti all' "eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi in ragione della sua cittadinanza o del fatto che egli è stabilito in uno stato membro diverso da quello in cui la prestazione dev'essere fornita. In tal modo, esse vietano non solo le discriminazioni palesi basate sulla cittadinanza del prestatore, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata la quale, sebbene basata su criteri in apparenza neutri, produca in pratica lo stesso risultato." La

---

<sup>410</sup> La medesima categorizzazione è proposta da TRAVERSA, E. *Libera prestazione dei servizi e distacco dei lavoratori*, op. cit., p. 296 e ss. Prediligono invece una analisi unitaria BANO, F. *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, op. cit., p. 100 e ss. e GIUBBONI, S. ORLANDINI, G., *Libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, op. cit., p. 95 e ss.

<sup>411</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 febbraio 1982, cause riunite C – 62/81 e C – 63/81, *Seco e Desquenne & Giral*, cit.

<sup>412</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, cit.

<sup>413</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25 Luglio 1991, C-76/90 *Sager K Dennemeyer & Co. Ltd*, cit.

discriminazione dissimulata è ravvisata nella sottoposizione dell'impresa prestatrice di servizi ad un onere previdenziale che, seppur indistintamente applicabile, sarebbe d'un canto insuscettibile di apportare significativi miglioramenti nella tutela dei lavoratori coinvolti nella prestazione e dall'altro, invece, suscettibile di produrre effetti particolarmente svantaggiosi per gli stranieri rispetto ai cittadini.

In questo caso, come analogamente vedremo per la decisione emessa a più di dieci anni di distanza *Guiot*, il vero nodo teorico che però la Corte si trova ad affrontare è quello della ammissibilità della doppia contribuzione. La decisione costituisce, infatti, la più piena estrinsecazione di quella esigenza da molti autori ritenuta giustificata dalla natura temporanea della prestazione di servizi, cui si è fatto cenno nel delineare l'evoluzione della giurisprudenza in tale settore: la non duplicazione degli oneri. La Corte si mantiene dunque ancora in quel limbo tra estrema sfibratura delle maglie della discriminazione dissimulata e vera e propria introduzione della dottrina degli ostacoli.

Nel seguente ed analogo caso *Guiot* (deciso dalla Corte di Giustizia con sentenza del 28 marzo del 1996<sup>414</sup>) non può evidenziarsi ancora l'impatto erosivo della dottrina degli ostacoli enunziata in *Sager*<sup>415</sup>, infatti, la Corte ripropone lo stesso metro di giudizio già utilizzato nella risalente sentenza *Seco*<sup>416</sup>.

I fatti della causa vedono in atto nello Stato Belga un procedimento penale nei confronti di un datore di lavoro, *Guiot* appunto, al quale si contesta il rifiuto di versare taluni contributi, considerati dallo Stato ospitante necessari alla tutela dei lavoratori. Orbene, la Corte di Giustizia rimette al giudice nazionale il compito di accertare se “*al di là delle differenze tecniche tra i regimi di tutela dei lavoratori subordinati, i lavoratori interessati non fruiscano già, nello Stato membro in cui è stabilita l'impresa presso cui prestano lavoro, di un meccanismo, finanziato dai contributi del loro datore di lavoro, che garantisca loro una tutela sostanzialmente analoga a quella finanziata con la contribuzione prevista nello Stato in cui la prestazione di servizi viene effettuata. In*

---

<sup>414</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 28 marzo 1996, *Guiot*, C-272/94, cit.

<sup>415</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25 Luglio 1991, C-76/90 *Sager K Dennemeyer & Co. Ltd*, cit.

<sup>416</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 febbraio 1982, cause riunite C – 62/81 e C – 63/81, *Seco e Desquenue & Giral*, cit.

*caso affermativo, si sarebbe in presenza di una illegittima restrizione alla libera prestazione dei servizi*<sup>417</sup>.

Da un lato, quindi, si considera restrizione una normativa nazionale che sia posta a tutela dei lavoratori, “*anche se si applica indistintamente*” sia ai datori di lavoro nazionali, sia agli stranieri; dall’altro, si osserva, però che la tutela dei lavoratori può costituire una valida giustificazione per una restrizione alla libertà di prestazione di servizi, ma che essa, ad ogni modo, sarà ingiustificabile laddove obblighi il prestatore di servizi a sottostare ad una duplicità di contribuzioni. La giustificazione di tutela dei lavoratori, comunemente riconosciuta a fronte di restrizioni alla libera circolazione dei servizi in materia di distacco, inoltre nel caso in esame si specifica per divenire esigenza di tutela dei lavoratori edili<sup>418</sup>.

La Corte muove dal presupposto che la duplicità di contribuzioni è sempre svantaggiosa per il prestatore di servizi (quindi costituisce una discriminazione di fatto che non necessita di prova ulteriore) perché lo obbliga a sostenere un “*onere economico supplementare*” cui non sono sottoposti i prestatori nazionali, minando la sua capacità concorrenziale. Per queste ragioni, ordina al giudice nazionale di compiere una opinabile (ampiamente discrezionale e dagli esiti imprevedibili e da determinare caso per caso) oltre che complessa operazione di comparazione tra ordinamenti, spesso considerevolmente differenti, senza fornire peraltro specifici parametri per tale valutazione<sup>419</sup>.

Questa decisione può ancora essere ascritta a quella categoria di sentenze deputate a tutelare quelle esigenze di non duplicazione degli oneri che la Corte ha risolto prima della svolta radicale attuata con *Sager* con l’applicazione del criterio dell’equivalenza funzionale.

---

<sup>417</sup> Massima della sentenza *Guiot*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 28 marzo 1996, *Guiot*, C-272/94, cit.)

<sup>418</sup> Tra le sentenze che vi fanno cenno prima dell’entrata in vigore della direttiva può citarsi ad esempio la sentenza *Guiot*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 28 marzo 1996, *Guiot*, C-272/94, cit.) citata al punto 16 e la successiva Sentenza della Corte di Giustizia, del 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e 376/96, *Arblade*, cit., al punto 36

<sup>419</sup> GIESEN, R., *Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms? op. cit.*, p. 152

Ciò in altre parole implica che la Corte fa gravare sull'ordinamento del paese di destinazione l'onere di subire gli effetti svantaggiosi derivanti dal mancato coordinamento dei regimi di sicurezza nazionale.

Val la pena di rilevare che anche in questo caso la Corte, trattandosi comunque di misura indistintamente applicabile, ne valuta dapprima la giustificata alla luce della ragione di interesse generale a tutela della quale si è posta la normativa e, dopo aver individuato nella tutela dei lavoratori questa esigenza, ne postula la non compatibilità con la normativa sulle libertà fondamentali per l'applicazione del principio dell'equivalenza. La Corte dunque effettua ancora quella valutazione complessiva che le permette infine di affermare la sussistenza di analogie tra i due sistemi giuridici, mantenendo quindi la necessità di un antecedente raffronto tra gli ordinamenti deputato a verificare se le due disposizioni mirino a proteggere lo stesso bene giuridico.

Nella successiva sentenza *Arblade*<sup>420</sup> la Corte nuovamente si trova a valutare la legittimità del sistema belga di contribuzione rispetto agli stranieri e questa volta affianca alla stima in ordine al livello di tutela assicurato dai due sistemi, il saggio sulla capacità della normativa di far fruire ai lavoratori distaccati una “*tutela aggiuntiva*”. L'elemento non è privo di criticità, infatti, esso apre la strada ad una serie di decisioni ove si chiederà allo Stato di destinazione di dar prova della capacità del proprio sistema di innalzare in maniera sostanziale il livello di tutela dei lavoratori distaccati, ove invece lo Stato di destinazione nutre un superiore interesse regolativo nei confronti dei lavoratori che già operano nel tessuto produttivo in cui va ad inserirsi l'impresa straniera e più in generale del livello universale di tutela da assicurare a tutti i lavoratori che operino nel suo territorio, scongiurando che si possano creare dei focolai di sottoprotezione<sup>421</sup>.

---

<sup>420</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e 376/96, *Arblade*, cit.

<sup>421</sup> Su tale aspetto è concorde la dottrina, si veda ad esempio, GIUBBONI, S., ORLANDINI, G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, op. cit., p. 98-99, o anche DAVIES, P., *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, op. cit., p. 302

Della tematica contributiva si occupa, infine, la sentenza *Finalarte*<sup>422</sup>. La decisione interviene nel 2001, dopo l'adozione della direttiva ma prima che fosse scaduto il termine per la ricezione sul piano nazionale<sup>423</sup>, dunque la direttiva non viene considerata tra le fonti alla luce delle quali leggere i fatti. La vicenda questa volta si origina dal meccanismo contributivo del sistema tedesco, e non belga come nei casi precedenti, e la questione viene sollevata da imprese edili portoghesi che prestano i propri servizi in Germania. Le questioni pregiudiziali che vengono proposte sono numerose e variegate e dunque vi si tornerà anche in seguito in relazione ad altre materie, quella più direttamente assimilabile alla tematica della contribuzione finora trattata è se sia legittima la richiesta avanzata anche nei confronti dei prestatori stranieri di versamento ad una apposita cassa di una somma a titolo di corrispettivo per ferie non godute che sia prevista da un sistema combinato di contrattazione collettiva e legge. Ivi, la Corte introduce un nuovo parametro da considerare nel dirimere la questione pregiudiziale, su cui invece si era totalmente taciuto in *Gniot* e meri cenni si erano fatti in *Arblade*: è il test di proporzionalità della restrizione che va ad aggiungersi alla sua giustificazione. La proporzionalità sembra implicare una doppia valutazione: idoneità della misura nazionale a raggiungere l'obiettivo di tutela che ci si è prefissati e necessità, ossia impossibilità di adottare una misura meno restrittiva ma permetta la realizzazione del medesimo obiettivo di tutela. Siamo dunque giunti al capolinea della applicazione pura della dottrina degli ostacoli. Con molte riserve potrebbe dunque ammettersi alla luce dei principi ermeneutici menzionati che una previsione che impone il versamento di determinati contributi possa passare il vaglio della Corte di Giustizia e dunque abbiamo di fatto già legittimato che le imprese straniere possano prestare dei servizi attraverso il distacco sostenendo dei costi inferiori. Il fantasma del *dumping sociale* si è palesato.

---

<sup>422</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25.10.2001, C- 49/98, C- 70/98, *Finalarte*, cit.

<sup>423</sup> Analogamente si esprime la Corte nel caso *Arblade*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e 376/96, *Arblade*, cit.), al punto 29.



### 1.7.2 La giurisprudenza in materia di retribuzione

Tralasciando l'esame della storica sentenza *Rush Portuguesa*<sup>424</sup> a cui si è dato corso nella parte relativa alla sottrazione della materia del distacco dall'ambito di pertinenza della libera circolazione, è d'obbligo però approcciarsi a questa specifica materia avendo ben presente il suo *obiter dictum* che l'ha resa così famosa: “*il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal paese in cui è stabilito il datore di lavoro*”<sup>425</sup>.

La materia della retribuzione minima permane, dunque, tra quelle maggiormente condizionate ed influenzate dall'*obiter dictum* della Corte nel caso *Rush* e costituisce inoltre terreno di un potenziale forte scontro con gli interessi dei singoli stati membri che la Corte preferisce rifiutare, almeno all'inizio, di affrontare direttamente.

Dunque la Corte apre tutte le sentenze riferite alla materia retributiva con una formula che sembra ammettere il più ampio potere dello stato di destinazione ed in particolare che “*il diritto comunitario non osta, in linea di massima, a che uno Stato membro imponga ad un'impresa stabilita in un altro Stato membro che effettui una prestazione di servizi nel territorio del primo Stato membro di versare ai suoi lavoratori la retribuzione minima fissata dalle norme nazionali di detto Stato*”<sup>426</sup>.

Nella sentenza *Arblade*, infatti, la Corte si trova a risolvere tra le questioni pregiudiziali propositive, quella che concerne l'estensibilità dell'obbligazione di versare anche ai lavoratori distaccati in Belgio la retribuzione minima determinata da un contratto collettivo belga.

La Corte ammette l'astratta compatibilità con il trattato di una simile disposizione purché le previsioni del contratto collettivo siano

---

<sup>424</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, cit.

<sup>425</sup> Punto 18 della sentenza *Rush Portuguesa* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, cit.)

<sup>426</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 febbraio 1982, cause riunite C – 62/81 e C – 63/81, *Seco e Desquenne & Giral*, cit., punto 14

“sufficientemente precise ed accessibili, in modo da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte del datore di lavoro, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi”<sup>427</sup>. Questo requisito di chiarezza e accessibilità è una costante della giurisprudenza in materia e sarà richiamato anche in sede di decisione del caso *Laval*.

Il ragionamento giuridico che la Corte sviluppa in questo contesto, e che in qualche modo si distanzia da quello manifestato in relazione ad altre tematiche, è da correlarsi al fatto che il caso costituisce l'esatta riproduzione della vicenda *Rush Portuguesa* e, conseguentemente, un mutamento di orientamento su tale soggetto avrebbe certamente dato nell'occhio, scatenando verosimilmente la polemica degli Stati membri. La Corte, però, non si accontenta di riportare fedelmente i principi enunciati in quella occasione, ma aggiunge delle condizioni ulteriori da integrare per poter estendere le clausole retributive dei contratti collettivi<sup>428</sup>. Inoltre, l'assolutezza del principio di diritto espresso nello storico caso *Rush Portuguesa* che vorrebbe in materia retributiva il totale assoggettamento alla legislazione e contrattazione collettiva degli Stati ospitanti, cede ulteriormente terreno nella successiva evoluzione giurisprudenziale. La sua applicabilità viene, infatti, nuovamente ristretta nel caso *Mazzoleni*<sup>429</sup>.

In questa sede infatti la Corte, al punto 30 della sentenza, dopo aver riportato quanto affermato nelle precedenti retribuzioni in materia retributiva specifica che “tuttavia, non può escludersi che vi siano circostanze nelle quali l'applicazione di siffatte normative (quelle aventi ad oggetto la retribuzione) non sia né necessaria né proporzionata rispetto allo scopo perseguito, vale a dire la tutela dei lavoratori interessati”.

Il fattore che, nello specifico caso concreto considerato, non renderebbe proporzionata e necessaria l'applicazione della retribuzione minima sarebbe il carattere frontaliero dell'impresa che svolge la propria

---

<sup>427</sup> Massima della sentenza *Arblade*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e 376/96, *Arblade*, cit.)

<sup>428</sup> Sentenza *Arblade*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e 376/96, *Arblade*, cit.), punti 41 e ss.

<sup>429</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 15.03.2001, *Mazzoleni*, C-165/98, in *Racc.* 2001 p. I-02189, pubblicata anche in *Or. giur. lav.*, 2001, n. 2, p. 3 ss, con nota di BANO, F., *La retribuzione minima garantita ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi*

attività sincronicamente e a mezzo degli stessi lavoratori in entrambi gli stati membri: quello di stabilimento ed quello confinante. La Corte, a seguire, precisa che, in ogni caso, non potrebbe ritenersi giustificata l'applicazione della normativa sulla retribuzione minima dal momento che il trattamento riservato ai lavoratori, se valutato nel suo complesso, appare sostanzialmente analogo.

Vale la pena aggiungere un “*però*”: la direttiva, infatti, al suo articolo 3 stabilisce che la comparazione sulla retribuzione vada fatta soltanto avuto riguardo al salario minimo e non “*nel suo complesso*” e che proprio in tale materia la competenza spetta in maniera piena allo Stato ospitante, il quale è anche abilitato a fornire la nozione di salario minimo.

La direttiva però al momento in cui si sono verificati i fatti della causa non era ancora applicabile dal momento che non era ancora scaduto il termine per la sua implementazione e dunque tale argomentazione non poteva direttamente applicarsi, benché ben avrebbe potuto essere richiamata in via analogica.

La Corte fa passare poi un altro argomento di fatto limitativo del potere di applicare la retribuzione minima dissimulando con le peculiarità della situazione fattuale alla base della decisione quello che invece rappresenta il fulcro della sua argomentazione e, invero, al punto 34 si afferma: “*In tali circostanze, anche se va ammesso che una normativa dello Stato membro ospitante che imponga una retribuzione minima persegue l'obiettivo legittimo di tutelare i lavoratori, occorre che le autorità nazionali dello Stato membro ospitante, prima di applicarla ad un prestatore di servizi stabilito in una zona limitrofa di un altro Stato membro, esaminino se l'applicazione di detta normativa sia necessaria e proporzionata per la tutela dei lavoratori interessati.*”

Indi, si prescrive nei fatti la generale applicabilità del test di proporzionalità e necessità anche nel settore salariale. Anche in tale materia peraltro si dovrà saggiare l'effettivo miglioramento della condizione dei lavoratori al fine di giustificare la “restrizione” alla libera circolazione dei servizi.

Nuovamente, nel caso *Portugaia Construções*<sup>430</sup>, la Corte delinea una eccezione per cui non ne risulta giustificata la mera applicazione tout court della retribuzione, la ragione viene individuata nella possibilità di sottrarsi a quella contrattazione assicurata agli imprenditori tedeschi e negata ai colleghi stranieri a mezzo di contrattazione di livello aziendale che però il governo tedesco aveva sottolineato essere una prospettiva puramente ipotetica visto che non vi erano reali esempi di una contrattazione aziendale peggiorativa, eppure la mera ipotesi teorica è reputata dalla Corte sufficiente per esonerare l'impresa straniera dal rispetto dei minimi salariali<sup>431</sup>.

### *1.7.3 La legittimità ad invocare la tutela dal dumping sociale tra le esigenze imperative*

Nella sentenza *Finalarte*<sup>432</sup> la Corte è chiamata a verificare se il semplice effetto di generare *dumping sociale* posto a fondamento dell'adozione di una certa disposizione nazionale sia sufficiente a giustificare una restrizione alla libera prestazione dei servizi.

Il giudice rimettente infatti nell'illustrare le motivazioni alla base dell'introduzione della nuova normativa tedesca nel suo ordinamento le correla con l'"*obiettivo di tutelare le imprese tedesche del settore dell'edilizia contro la crescente pressione della concorrenza sul mercato interno europeo e quindi contro i prestatori di servizi stranieri*". La tutela delle imprese da una concorrenza

---

<sup>430</sup> L'annotazione della sentenza *Portugaia*, (Sentenza della Corte di Giustizia del 24 gennaio 2002 C – 164/99, *Portugaia construções*, cit.) è collocata nel paragrafo relativo alle sentenze antecedenti la direttiva sul distacco perché come specificato dalla stessa Corte di Giustizia al punto 14 "Come giustamente rilevato dal governo olandese, non occorre esaminare la prima questione dal punto di vista della direttiva 96/71. Infatti il termine di recepimento della direttiva, fissato al 16 dicembre 1999, non era scaduto all'epoca dei fatti della causa principale. 15 Ne consegue che la normativa di cui si discute nella causa principale deve essere esaminata facendo riferimento soltanto agli artt. 59 e 60 del Trattato."

<sup>431</sup> CORTI, M., *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia*, op. cit., in particolare segnala come questa sentenza sia quella in cui maggiormente si può percepire che la Corte non è sensibile alle ragioni di protezione dei lavoratori che operano nel mercato dello stato di destinazione ma solo alle esigenze di tutela dei distaccati, p. 256

<sup>432</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25.10.2001, C- 49/98, C- 70/98, *Finalarte*, cit.

sleale non viene, però, riconosciuta dalla Corte tra le esigenze imperative che possono giustificare una restrizione alla libera prestazione di servizi.

Di contro, però, la Corte spiega che le motivazioni protezionistiche alla base di una certa normativa nazionale possono invece incidere (negativamente da una prospettiva lavoristica, s'intende) sulla valutazione del giudice nazionale sulla non giustificatezza della restrizione alla libera prestazione di servizi e sulla sua inidoneità a far conseguire vantaggi reali per i lavoratori distaccati. L'orientamento è peraltro ribadito senza ulteriori precisazioni anche nella sentenza *Portugaia Construções Lda*<sup>433</sup>.

Questa rigida impostazione è però rimessa in discussione nel successivo caso *Wolff & Muller*<sup>434</sup> ove la Corte fa rientrare tra le ragioni che possono giustificare una restrizione alla libertà di prestazione di servizi anche la lotta al *dumping sociale*.

#### 1.7.4 La giurisprudenza sulla contrattazione collettiva

Una delle questioni pregiudiziali proposte che nel caso *Finalarte*<sup>435</sup> mi sembra desti maggiore interesse rivolge alla Corte di Giustizia la domanda circa l'ammissibilità di un innalzamento di tutela attuato mediante il ricorso alla fonte contrattuale.

La Corte fonda l'esame della controversia soltanto sull'articolo 49 TCE, sottolinea sulla base della sola libera prestazione dei servizi, e ritiene dunque tale rinvio ammissibile; diversamente, in una valutazione basata sulla direttiva sul distacco apparirebbe meno chiaro che sia possibile un'opzione netta in favore dell'affermazione dell'idoneità *tout court* della contrattazione collettiva – o sarebbe meglio dire della compatibilità di ogni sistema giuridico che lasci svolgere alla contrattazione collettiva l'ordinaria funzione migliorativa dei minimi con l'articolato della direttiva – a essere considerata fonte del rapporto di lavoro dei lavoratori distaccati.

---

<sup>433</sup> Cfr. punti 27- 29 sentenza *Portugaia construções*, sentenza della Corte di Giustizia del 24 gennaio 2002 C – 164/99, *Portugaia construções*, cit.

<sup>434</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 12 ottobre 2004, causa C-60/03, *Wolff & Muller GmbH*, cit.

<sup>435</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25.10.2001, C- 49/98, C- 70/98, *Finalarte*, cit.

Nel caso in esame, invece, la Corte afferma - senza distinguere tra un aumento della durata delle ferie da parte di legge o contrattazione collettiva – la piena legittimità dell'esigenza degli stati di stabilire quale numero di giorni di ferie sia necessario sul proprio territorio per la tutela sociale dei lavoratori edili<sup>436</sup>. La contrattazione collettiva, dunque, può non soltanto sostituirsi alla legge nella determinazione dei minimi ma adempiere alla sua ordinaria funzione di innalzamento della tutela.

Va però precisato che la controversia si originava da una prestazione di servizi che aveva luogo in Germania ove la contrattazione collettiva è recepita per decreto e, dunque, astrattamente applicabile *erga omnes*. Allorquando, invece, si chiede alla Corte di guardare da una diversa e più realistica prospettiva il sistema tedesco di universale applicabilità del contratto collettivo e di prendere una posizione in merito alla ammissibilità della prescrizione di un salario minimo che vada osservata sia dagli imprenditori stranieri sia dagli imprenditori nazionali ma sottolineando che solo agli ultimi è riservato dalla legge il potere di rimettere in discussione gli esiti della contrattazione nazionale mediante una attività di contrattazione aziendale, come avviene in *Portugaia Construções Lda*, la Corte ribalta la propria visione, dichiarando il carattere addirittura discriminatorio della disposizione che legittima tale potere.

#### 1.7.5 La giurisprudenza sul regime di autorizzazioni e sui controlli

In generale una maggiore severità si riscontra nella modalità con cui la Corte affronta la tematica del potere dello stato ospitante di sottoporre le imprese a controlli preventivi e successivi sul rispetto delle condizioni previste dal proprio ordinamento o, peggio, in relazione alla messa in opera di sistemi autorizzatori fortemente burocratizzati, dimostrando, specialmente nei confronti di questa ultima categoria una vera e propria idiosincrasia originata dalla loro idoneità a impedire l'accesso al mercato, a rendere l'ingresso più oneroso per gli stranieri che per i cittadini.

In relazione, infatti, a questa specifica tipologia di disposizioni la Corte ha totalmente assimilato il trattamento di diritto di stabilimento e

---

<sup>436</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 25.10.2001, C- 49/98, C- 70/98, *Finalarte*, cit., punto 58

libera prestazione di servizi, come può evincersi dall'analisi dei casi attinenti alle autorità di vigilanza che l'hanno vista impegnata nella censura del comportamento di diversi ordinamenti.

Uno specifico filone di controversie si è sviluppato in relazione all'obbligo di tenuta di documenti sociali. Se nel caso *Finalarte* in quell'*obiter dictum* contenuto al punto 63 della sentenza la Corte prende atto che “è giocoforza constatare che esistono disparità obiettive tra le imprese con sede nella Repubblica Federale di Germania e quelle stabilite in altri stati membri quanto all'effettività di attuazione dell'obbligo di pagamento dell'indennità” e che quindi possono prevedersi disposizioni specifiche che impongano obblighi di informazione o maggiori controlli preventivi perché al rientro non sarà più possibile accertare se l'impresa ha adempiuto ai propri obblighi e dunque poteva trarsi che la Corte ritenesse vi fossero fondate esigenze obiettive alla base dell'interesse ad effettuare maggiori controlli nei confronti delle imprese straniere rispetto alle nazionali e, coerentemente, che fosse legittimo richiedere alle imprese straniere maggiori informazioni; diversamente si è orientata in ordine alla legittimità di disposizioni che indistintamente prescrivessero la tenuta di documenti sociali o l'obbligo di assoggettarsi ai controlli nel caso *Arblade*. Ivi, la Corte mostra la propria posizione di netto diniego rispetto ad ogni potere di controllo dello Stato ospitante, con le drammatiche implicazioni delle quali ancor oggi si discute in merito all'impossibilità di avere dati certi in relazione alla reale natura del fenomeno del distacco, e di avere elementi che permettano di quantificare il numero delle imprese che effettuano distacchi e dei lavoratori da esse coinvolti.

La Corte sembra allinearsi a tal proposito alla posizione della Commissione che vorrebbe che i controlli gravassero unicamente sul paese d'origine, manifestata in particolare in fase di proposta della direttiva Bolkestein.

La tesi si scontra però con il dato fattuale che il solo soggetto giuridico realmente in grado di effettuare ispezioni nei cantieri senza violare le norme in materia di competenza è indubbiamente lo stato ospitante nonché, cosa forse ancora più importante, l'unico che ha un'esigenza in tal senso, ossia l'esigenza di controllare quanto accade nel proprio mercato del lavoro.

Eppure, se al punto 38 della sentenza il giudice diplomaticamente afferma, richiamando la sentenza *Rush Portuguesa*, che “*le ragioni imperative d'interesse generale che giustificano le disposizioni sostanziali di una normativa possono altresì giustificare le misure di controllo necessarie per garantirne l'osservanza*”; immediatamente a seguire chiarisce che occorre valutare il carattere restrittivo o meno di tali disposizioni nazionali di controllo, l'eventuale giustificatazza della restrizione, la non duplicazione degli obblighi, l'idoneità della misura e l'impossibilità di identificarne un'altra dal carattere meno restrittivo.

E' evidente come ciascuna di queste verifiche successive a cui il giudice comunitario sottopone la disposizione restringa progressivamente il margine di ammissibilità della disposizione nazionale volta a prevedere la sottoposizione a controllo delle imprese.

In particolare, parte del diniego si fonda su una applicazione estensiva della teoria che vieta la duplicazione degli oneri specificamente quando si accerti che l'impresa è già obbligata a tenere detti documenti anche nel proprio paese d'origine. Eppure in questo caso da un punto di vista sostanziale l'aver già adempiuto all'obbligo nel proprio paese d'origine non è sufficiente a soddisfare l'interesse dello stato ospitante al controllo sulle attività lavorative che vengono poste in essere sul proprio territorio. L'applicazione della teoria dei “*costi ed oneri amministrativi supplementari*” conduce in questo caso ad esiti irrazionali perché non sceglie la legislazione applicabile sulla base del criterio del collegamento più forte ma sulla base di una petizione di principio. Proprio per questo la Corte ammette un tenue potere dello stato ospitante di richiedere la tenuta di taluni documenti, ma il confine tra ciò che è lecito e ciò che non lo è, è mobile. La Corte infatti nega che si possa chiedere la stesura di ulteriori documenti sociali ulteriori a quelli che siano previsti dalla legislazione dello Stato d'origine ma ammette che i documenti redatti secondo la normativa di provenienza possano essere posti a disposizione dello stato ospitante, ma non che essi siano conservati nello stato ospitante per un lungo periodo a seguito della cessazione del servizio (la normativa belga prevedeva un quinquennio). Addirittura in un passaggio della decisione (punto 65) la Corte chiede al giudice nazionale di verificare “*prima di pretendere la redazione e la tenuta sul territorio di tale Stato dei documenti sociali o di lavoro conformi alla loro propria normativa - che la tutela sociale dei lavoratori che*



*giustifica tali obblighi non sia sufficientemente garantita mediante la produzione, entro un termine ragionevole, dei documenti tenuti nello Stato membro di stabilimento o della loro copia?*

## 2. *La circolazione delle imprese nel diritto secondario*

L'analisi su contenuto ed ambito di applicazione della libertà di prestazione dei servizi, sul quale ci si è ampiamente soffermati nei capitoli precedenti, apparirebbe incompleta se, in un'indagine di tipo lavoristico, non si prestasse l'attenzione dovuta all'esame del contenuto e degli effetti della direttiva sul distacco transfrontaliero dei lavoratori; e ciò in ragione del fatto che le disposizioni in essa contenute hanno voluto sancire il bilanciamento tra diritto alla libera circolazione delle imprese e diritti dei lavoratori. Nei fatti, però, si deve rilevare come la direttiva non sia riuscita a pieno nel suo iniziale proposito, non avendo provveduto a determinare quale parametro di giudizio adottare in relazione a tutte le materie non esplicitamente individuate in direttiva e sulla soglia di tutela da garantire ai lavoratori distaccati, dunque in sostanza a determinare con chiarezza se permanga tuttora in capo allo Stato di destinazione una potestà regolativa sulle attività di prestazione di servizi che implicino una mobilità transfrontaliera di lavoratori.

La direttiva sul distacco esprime, infatti, certamente un'istanza di assoggettamento all'*host state control*, almeno per le materie in essa elencate<sup>437</sup>, dal momento che assicura che lo stato ospitante possa – e debba – estendere la propria regolazione lavoristica anche ai lavoratori stranieri che siano presenti sul suo territorio perché distaccati nell'ambito di una prestazione transfrontaliera di servizi.

La direttiva può, per tale ragione, essere considerata uno strumento speciale di diritto internazionale privato convenzionale, funzionale – almeno per le materie espressamente previste – a definire la disciplina applicabile a fattispecie che presentano quale elemento di estraneità il distacco di lavoratori da parte di imprese stabilite in paesi diversi da quello in cui avviene il distacco.

La normativa comunitaria, in realtà, non si è però mostrata in grado di sciogliere – come invece avrebbe voluto – tutti i nodi teorici che si originano da un'attività di prestazione di servizi transfrontaliera.

---

<sup>437</sup> BANO, F., *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione Europea*, op. cit., p. 89

Il contenzioso è anzi aumentato a seguito dell'introduzione della direttiva, come può facilmente verificarsi scorrendo la giurisprudenza degli ultimi anni in relazione all'articolo 49 TCE. La ragione di un così alto numero di controversie giudiziali aventi ad oggetto l'interpretazione della direttiva è sicuramente da correlare al suo carattere estremamente compromissorio.

La direttiva si fonda infatti sull'instabile compromesso raggiunto tra Stati tradizionalmente membri dell'Unione Europea e Stati che, ai tempi di adozione del testo normativo, erano da considerare Stati di nuova adesione, in specie Spagna e Portogallo.

Essa, dunque, riflette e si fa portatrice di quella duplice prospettiva in merito al ruolo cui dovrebbero mirare gli *standard* di protezione dei lavoratori che in sede di inquadramento tematico abbiamo ricondotto ad una costante del diritto internazionale del lavoro. Nell'articolato della direttiva, infatti, coesistono sia le istanze degli Stati di nuova adesione intenzionati a sfruttare il loro vantaggio competitivo sia gli interessi dei paesi tradizionalmente comunitari alla protezione del loro mercato del lavoro da disoccupazione e concorrenza al ribasso.

Il compromesso raggiunto, a causa della sua precarietà, ha dunque lasciato permanessero aperti ampi varchi che fanno sì che la direttiva sia oggi assoggettabile ad una duplice ed antitetica lettura che rimette alla supplezza dei giudici in merito all'effettiva portata della direttiva. Su di essi ci si soffermerà nei capitoli che seguono per giungere nell'ultimo capitolo ad esaminare la giurisprudenza sviluppata in materia.

In questo scenario si inserisce un altro documento di diritto comunitario secondario molto discusso: la direttiva *Bolkestein*. La prima proposta di direttiva infatti concedeva di esportare in toto la disciplina del paese di stabilimento su tutto il territorio comunitario; si prevedeva all'articolo 16 del testo successivamente emendato che le imprese sarebbero state sottoposte ad un'unica normativa, necessariamente quella del paese d'origine.

Sebbene la direttiva affermasse la propria estraneità alla disciplina del diritto del lavoro degli Stati membri, di fatto essa avrebbe raso al suolo i sistemi di diritto del lavoro e delle relazioni industriali nazionali. La direttiva ha incontrato una netta opposizione da parte di sindacati ed

associazioni ma critiche provenivano dalle stesse istituzioni comunitarie proprio per questo nella sua nuova formulazione la direttiva Bolkestein si è limitata a codificare la giurisprudenza comunitaria sviluppata sull'articolo 49.

## 2. 1 *La direttiva sul distacco*

### 2.1.1 *Osservazioni preliminari*

Tra le tipologie di mobilità transnazionale del lavoro e delle imprese, ve ne è una che riesce a distinguersi dalle altre, poiché connotata da un alto tasso di regolazione specifica<sup>438</sup>: il distacco di lavoratori all'estero.

L'esame delle previsioni della direttiva sul distacco<sup>439</sup> appare di estrema centralità in un lavoro incentrato sull'analisi della libertà di circolazione delle imprese. La direttiva, infatti, ha il compito di disciplinare la prestazione di servizi effettuata da una impresa stabilita in un diverso stato membro allorché essa sia adempiuta mediante l'invio di lavoratori da un paese membro all'altro. Inoltre, essa adempie alla funzione di generare una “*sorta di statuto giuridico dei lavoratori comunque soggetti a mobilità intracomunitaria all'interno del rapporto di impiego in atto.*”<sup>440</sup>

Si fa menzione alla già tracciata distinzione dottrinale che sussisterebbe tra mobilità verso l'impiego e mobilità all'interno dell'impiego<sup>441</sup> sulla quale si è già avuto modo di soffermarsi criticamente in sede di distinzione tra libertà di prestazione dei servizi e libertà di circolazione dei lavoratori. Inquadrando tale forma di mobilità nell'articolo 49 TCE ora 56 TFUE innovava rispetto a quanto previsto dalla giurisprudenza sviluppata in relazione a questo articolo obbligando e non già semplicemente permettendo che gli Stati in cui viene eseguita la

---

<sup>438</sup> CINELLI, M., *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi in Lavoro nella giurisprudenza*, n. 2, 2007, p. 124

<sup>439</sup> Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, cit.

<sup>440</sup> ROCCELLA, M., TREU, T., *Diritto del lavoro della comunità europea*, CEDAM, 2002, p. 120

<sup>441</sup> ROCCELLA, M., TREU, T., *Diritto del lavoro della comunità europea*, op. cit., ma anche MELIADÒ, G., *Concorrenza e politiche sociali*, op. cit., pp. 281-301

prestazione estendessero parte della propria normativa ai lavoratori distaccati<sup>442</sup>.

Quattro attività esegetiche si impongono all'interprete in relazione a tale testo normativo: 1)l'individuazione dei caratteri e delle nozioni correlate al distacco, 2)la delimitazione dei confini applicativi della direttiva, 3)l'inquadramento all'interno della tematica della liberalizzazione dei servizi 4)la valutazione dei margini discrezionali che permangono alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia agli Stati membri in sede di recepimento della direttiva, utilizzabili per contrastare le strategie elusive delle imprese prestatrici dei servizi, protese unicamente a sfruttare i differenziali regolativi esistenti sul territorio comunitario.

### *2.1.2 Campo di applicazione e nozioni*

Prima di approcciarsi all'esame delle specifiche nozioni involte dalla direttiva, cui è specificamente deputato tale paragrafo, si ritiene opportuno far presente sin d'ora due indispensabili precisazioni.

La prima riguarda la definizione di distacco, infatti, la nozione comunitaria di distacco non corrisponde a quella fornita negli anni dall'osservazione del fenomeno da parte della giurisprudenza nazionale, trovando la sua primaria fonte regolativa nella direttiva 96/71/CE. Si tratta di nozione comunitaria che è spesso ben lontana da quella elaborata dai singoli stati membri.

La seconda, che in parte che consegue alla prima, attiene invece alla sfera applicativa della direttiva, la quale ricomprende talune fattispecie di distacco transnazionale che da un punto di vista strettamente giuridico non potrebbero neppure esser qualificate come distacco<sup>443</sup>, almeno secondo la comune percezione che di esso si ha, come ad esempio l'appalto.

---

<sup>442</sup> MALMBERG, J., *Posting post Laval*, Working Paper 2010:5, Uppsala Center for Labor Studies, 2010, p. 4 <http://ucls.nek.uu.se/working%20papers/wp20105ucls.pdf>

<sup>443</sup> FORTI, V., *Il comando o distacco dei lavoratori. profili di diritto interno e comunitario*, in *Diritto e lavoro nelle Marche*, n. 2-3, 2005, p. 73

Occorre dunque andare a verificare che cosa si intenda per distacco in ambito comunitario, per poi soffermarsi sulle nozioni di lavoratore distaccato e sulle condizioni ed i requisiti del distacco

Quanto alla sfera applicativa della direttiva, il suo articolo 1 provvede a definirla affermando l'esistenza del distacco nel caso in cui le imprese prestatrici di servizi:

- a. *distacchino un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia; o*
- b. *distacchino un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia; o*
- c. *distacchino, in quanto imprese di lavoro temporaneo o in quanto imprese che effettuano la cessione temporanea di lavoratori, un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente.<sup>444</sup>*

E' di lampante evidenza come la direttiva consideri distacco tre ipotesi invero piuttosto eterogenee.

- a) In primo luogo, va osservato che sul piano comunitario è distacco ciò che in Italia è qualificato come appalto, di guisa che il lavoratore viene inviato a svolgere la propria prestazione lavorativa presso l'utilizzatore finale del servizio, pur rimanendo sotto la direzione ed alle dipendenze del lavoratore distaccante. La forma di distacco testé richiamata può dirsi rappresenti l'idealtipo cui ci si riferisce quando si discute di

---

<sup>444</sup> Articolo 1, c. 3 della Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, cit.

distacco comunitario, giacché, in effetti, gran parte del contenzioso comunitario si è manifestato proprio in relazione alle ipotesi di appalto e subappalto<sup>445</sup>.

- b) A questa fattispecie se ne aggiunge un'altra contemplata sub b) che possiamo definire come ipotesi di distacco infragruppo<sup>446</sup>. In questo caso il lavoratore presta la propria attività lavorativa presso una impresa diversa appartenente al medesimo gruppo, pur rimanendo formalmente dipendente dell'impresa inviante. E' un'ipotesi normalmente usata per distacchi di manodopera qualificata al fine di assicurare la circolazione delle competenze all'interno della complessa struttura aziendale<sup>447</sup>, fenomeno tipico in un contesto di impresa-rete. Nel "distacco" infradatoriale, a differenza delle altre ipotesi, sembra mancare quell'autonomia effettiva di cui dovrebbe godere l'impresa presso la quale si viene distaccati, dal momento che, da un punto di vista economico, al gruppo potrebbe guardarsi come ad un'unica entità economica<sup>448</sup>. Parte della dottrina si è inoltre interrogata se possa ravvisarsi anche in detta ipotesi quella prestazione di servizi nell'ambito della quale dovrebbe inserirsi il distacco, atteso che, nei fatti, si pone in essere semplicemente una mera somministrazione di personale presso un diverso imprenditore e, conseguentemente, la situazione appaia più vicina ad una ipotesi di mera fornitura di manodopera<sup>449</sup> che ad una vera e

---

<sup>445</sup> BANO, F., *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, op. cit., p. 29

<sup>446</sup> La prima formulazione della direttiva sul distacco in realtà era limitata alla disciplina di questa particolare ipotesi di distacco. Unicamente in seguito ad adozione del programma di azione della Commissione si inserirono le altre ipotesi. Confronta EVJU, S., *Posting Past and Present. The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, op. cit., p. 15

<sup>447</sup> Sulla quale vedi per l'esame delle problematiche giuridiche che ne possano discendere, LO FARO, A., <<Turisti e vagabondi>>: *riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, op. cit., p.

<sup>448</sup> ESPOSITO, M., *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *Diritti lavori mercati*, n. 3, 2006, p. 154

<sup>449</sup> CARABELLI, U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, op. cit.,

propria attività economica. L'inclusione era però genericamente accolta con favore dalla dottrina (quando la lettura della direttiva era basata sul minimo di tutele e non sul massimo) perché si asseriva permettesse di estendere le tutele, colmando gli eventuali spazi sfruttabili dalle imprese per perseguire strategie elusive attraverso la creazione di sedi subordinate atte unicamente attraverso il distacco del proprio personale a sottrarsi all'applicazione del nocciolo duro di tutele assicurato dalla direttiva<sup>450</sup>; in verità, nel caso *Laval* essa ne è paradossalmente divenuta il principale veicolo giuridico.

- c) Il distacco comunitario copre, infine, l'ipotesi di lavoro interinale o somministrato che sia svolto sul territorio di più stati membri. Ciò è infatti confermato dall'ultima ipotesi di distacco prevista in direttiva. Detta ultima ipotesi si distanzia grandemente dalle prime due, richiamando una problematica affatto autonoma e connessa a requisiti e legittimità delle agenzie temporanee di lavoro. Su di essa non ci si soffermerà nella tesi dal momento che essa pone questioni specifiche non connesse alla tematica qui trattata della libera circolazione delle imprese<sup>451</sup>.

---

<sup>450</sup> Lo ricorda NADALET, S., *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e diritto*, n.1, 2008, p. 53. Analogamente ed in precedenza, LHERNOULD, J., *La loi 2 aout 2005 et le détachement transnational de travailleurs. Le plombier polonais est-il mort?*, in *Droit Social*, 2005, p. 1194

<sup>451</sup> In verità, dovere di precisione impone di dar conto di una ipotesi ulteriore di distacco cui la direttiva ricollega una specifica disciplina. Si tratta dei lavori di iniziale assemblaggio o installazione di beni. Detta fattispecie si caratterizza per la preminenza economica del bene sul servizio che importa l'inquadramento della prestazione di servizi nell'ambito della circolazione dei beni. In tal senso vedi BALANDI, G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 20, 1998, p. 47, e, più di recente, BANO, F., *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione Europea*, op. cit.



Tracciati i fondamentali confini della sfera applicativa del distacco a norma della direttiva, val la pena soffermarsi sulla **nozione giuridica di lavoratore distaccato**.

- *In primis*, secondo quanto richiesto dalla stessa direttiva<sup>452</sup>, il lavoratore distaccato deve essere un lavoratore subordinato a norma del paese in cui si esegue la prestazione lavorativa<sup>453</sup>. Fortemente critica in relazione a tale previsione si è dichiarata la Commissione Europea dal momento che essa ritiene l'adozione, nei diversi paesi europei, di definizioni di subordinazione molto distanti l'una dall'altra possa pregiudicare l'uniforme applicazione della direttiva sull'intero territorio comunitario.
- *In secundis*, la fattispecie sarà necessariamente contraddistinta da un profilo di transnazionalità che coinciderà immancabilmente con lo spostamento del lavoratore in un paese diverso finalizzata all'esecuzione della prestazione di servizi, rimanendo escluse tutte le altre tipologie di transnazionalità già individuate in relazione ai servizi. La transnazionalità che caratterizza il rapporto di lavoro, poi, dovrebbe esser propria anche della prestazione di servizi, benché la dottrina abbia rilevato che nelle ipotesi di distacco infragruppo e di somministrazione di lavoro la transnazionalità della prestazione del servizio, ma anche la stessa prestazione del servizio, finisce per identificarsi con il distacco in sé.
- A ciò si aggiunga in terzo luogo che al distacco devono ricondursi unicamente quelle attività da

---

<sup>452</sup> Articolo 2.2 della Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, cit.

<sup>453</sup> Di diverso avviso BALANDI, G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, op. cit., p. 121 che al contrario afferma che “il quadro di riferimento della direttiva è pur sempre costituito dalla «libera circolazione delle persone», la nozione di lavoratore deve conseguentemente essere di «Portata comunitaria»”.

svolgere entro un periodo predeterminato di tempo. Ciò implica, d'un canto, che il lavoratore distaccato svolge ordinariamente la propria attività nel paese d'origine, ove è legato al datore di lavoro da un contratto di lavoro preesistente al distacco, e dall'altro che si sposti in un diverso paese membro soltanto per un periodo tempo limitato, per poi rientrare a svolgere la propria prestazione lavorativa nel paese d'origine<sup>454</sup>.

- Quanto alla sussistenza di un antecedente rapporto di lavoro con l'imprenditore distaccante, questo requisito costituisce più che una condizione di legittimità una componente essenziale del distacco, elemento imprescindibile della sua nozione, e per tale ragione, di detto rapporto è sempre necessario fornire specifica prova<sup>455</sup>. L'esistenza della relazione lavorativa va inoltre affiancata dalla permanenza di un interesse dell'impresa distaccante al distacco<sup>456</sup>, dal quale deriva che il rapporto di lavoro non può concretarsi unicamente in un legame di tipo formale come la semplice stipula del contratto di lavoro ma è necessario che vi sia stato il concreto svolgimento dell'attività lavorativa presso l'imprenditore distaccante (diversamente la commissione 2010<sup>457</sup>).
- La necessità che il distacco debba svolgersi durante un periodo predeterminato di tempo implica che requisito indispensabile per aversi distacco è la sua

---

<sup>454</sup> Articolo 2.1 della Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, cit.

<sup>455</sup> CINELLI, M., *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi in Lavoro nella giurisprudenza*, op. cit., p. 129

<sup>456</sup> CONTRA CARABELLI, U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, op. cit., p. 19, a parere del quale il silenzio della direttiva sul punto non potrebbe essere colmato in via interpretativa.

<sup>457</sup> Guida pratica: la legislazione applicabile ai lavoratori nell'Unione Europea (UE), nello Spazio economico europeo (SEE) e in Svizzera, Maggio 2010

temporaneità<sup>458</sup>. La direttiva identifica infatti il lavoratore distaccato con colui che presti la propria attività all'estero “*per un periodo di tempo limitato*”<sup>459</sup>. Ciò comporta necessaria fissazione di un limite massimo di durata al distacco<sup>460</sup>. Sebbene nel testo della direttiva manchi un espresso riferimento ad esso, eccetto che nella parte dei considerando (in particolare, considerando n. 3), tuttavia la Corte di Giustizia nel caso *Mazzoleni*<sup>461</sup> ne ha manifestamente riconosciuto l'importanza. Inoltre, un esplicito cenno ad esso può ravvisarsi nel regolamento n. 1408/1971<sup>462</sup>, destinato a regolare gli aspetti

---

<sup>458</sup> Mentre dottrina prevalente afferma il carattere necessario della condizione di temporaneità per aversi distacco, in quanto condizione stessa dell'esistenza di esso, ZAMPINI, P., *Individuazione della disciplina applicabile in ipotesi di distacco di lavoratori in ambito comunitario: dalla Convenzione di Roma alla Direttiva 96/71/CE*, in *Europa e Diritto*, n. 3., 2003, p. 59, ritiene, all'opposto, non assuma rilievo autonomo, “*apparendo, per contro, ancorato alla sussistenza dell'esclusivo, fondamentale, presupposto del distacco legittimo e, cioè, dell'interesse del distaccante.*”

<sup>459</sup> Articolo 2. 1 della Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, cit., che recita: “*Ai fini della presente direttiva, per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente.*”

<sup>460</sup> Rammentava 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 *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 2, 1999, p. 472, che in verità all'inizio “*dell'iter di formazione della direttiva il nodo centrale è risultato quello dell'individuazione di una soglia minima temporale della durata del distacco, condizionante l'applicabilità della disciplina comunitaria. In una prima versione veniva indicata una soglia di tre mesi, al di sotto della quale il paese ospitante non avrebbe potuto applicare al lavoratore straniero distaccato sul proprio territorio gli standard normativi nazionali relativi alle ferie ed alle tariffe minime salariali. Tale limite è stato poi abbassato ad un mese nella stesura successiva, pur conservando la natura di deroga vincolante; il diritto comunitario individuava cioè un divieto di estensione delle normative di tutela lavoristica nazionali ai lavoratori impiegati per un tempo inferiore ad un mese in uno stato diverso da quello di origine.*”

<sup>461</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 15.03.2001, *Mazzoleni*, C-165/98, cit.

<sup>462</sup> In effetti, ZAMPINI, P., *Individuazione della disciplina applicabile in ipotesi di distacco di lavoratori in ambito comunitario: dalla Convenzione di Roma alla Direttiva 96/71/CE*, in *Europa e Diritto*, op. cit., precisa che caratteristica della disciplina previdenziale è quella di contenere una nozione di distacco (id est,

previdenziali del rapporto di lavoro distaccato<sup>463</sup>, seppur ai fini di un richiamo ad esso anche in relazione alla normativa sostanziale del distacco sia indispensabile previamente chiarire i rapporti che sussistono tra direttiva e fonte di disciplina previdenziale. In materia previdenziale, il distacco ha un limite massimo di durata annuale durante il quale l'imprenditore è legittimato a continuare a versare i contributi previdenziali al proprio paese d'origine; il decorso del limite annuale comporta unicamente l'obbligo di versare i contributi al paese ospitante e non certo l'invalidità del distacco<sup>464</sup>. Peraltro, va rammentato che, anche in tale materia, l'apparente rigidità dell'ordinario limite annuale può lecitamente essere posta in dubbio data l'ampia possibilità di deroga.<sup>465</sup> In effetti, parte della dottrina sembra giustificare la scelta di non indicare un limite temporale nell'ambito della direttiva sul distacco (a differenza di quanto accade nella disciplina previdenziale di esso) non come una mera lacuna da colmare con il ricorso ad altri riferimenti normativi ma quale espressione piuttosto di una diversa finalità dei due strumenti normativi: *“probabilmente si spiega proprio*

---

un'ipotesi di deroga al principio generale dell'applicazione della legge del luogo di occupazione) che *“si connota, essenzialmente, per l'assenza di portata generale, rilevando solo sul piano preso in considerazione dalla normativa in esame”*.

CONTRA CINELLI, M., *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, *op. cit.*, che ritiene che le due normative possano essere utilizzate vicendevolmente per la chiarificazione l'una dell'altra, p. 125

<sup>463</sup> Così CINELLI, M., *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, *ivi* in un articolo specificamente dedicato all'analisi del rapporto previdenziale dei lavoratori distaccati

<sup>464</sup> BANO, F., *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione Europea*, *op. cit.*

<sup>465</sup> CINELLI, M., *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi*, *ibidem*, precisa che in relazione agli aspetti previdenziali (e *“apparentemente in esclusivo riferimento ad essi”*) gli artt. 14, par. 1, e 17 regolamento CE n. 1408/1971 consentono *“una notevole, potenzialmente illimitata, dilatazione temporale della durata del distacco stesso. Ed, infatti, per prassi consolidata, le richieste di prorogare il distacco oltre i due anni vengono di norma accettate senza particolari problemi da tutti gli Stati, fino ad un periodo complessivo di cinque anni”*

*in ragione dei diversi punti di vista adottati nei due casi dal legislatore comunitario: quello della libertà di prestazione del servizio da parte dell'impresa transnazionale, nel caso della direttiva (che rinviene la propria base normativa negli artt. 47.2 e 55 Tratt. CE), e quello della tutela del lavoratore migrante, nel caso del regolamento di sicurezza sociale*.<sup>466</sup> L'unica indicazione sulla temporaneità contenuta in direttiva è, come appena accennato, ravvisabile all'articolo 2; eppure, la sua formulazione troppo generica, preclude di ricavarne effetti reali sul rapporto di lavoro distaccato. L'unico dato relativo che se ne può trarre è che *"la direttiva si applica quindi a qualsiasi invio all'estero che preveda un termine finale, tale da non far ritenere per la sua lunghezza, secondo la comune esperienza che si tratti di spostamento del luogo abituale di lavoro"*.<sup>467</sup> E' evidente come il requisito della temporaneità possa essere depotenziato in assenza di un chiarimento su cosa debba intendersi per invio «temporaneo» e, specularmente, se non si identifichino gli elementi di cui occorre tener conto nel determinare il luogo abituale di svolgimento del lavoro.<sup>468</sup> L'interesse primario della dottrina, per frenare un utilizzo abusivo delle libertà di circolazione riconosciute dai trattati, è, dunque, quello di colmare le lacune relative a tale

---

<sup>466</sup> GIUBBONI, S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, op. cit., p. 13

<sup>467</sup> FOGLIA, R., *Massimario della giurisprudenza del lavoro*, n. 8-9, 2001, p. 807

<sup>468</sup> FRANZINA, P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lavoro e diritto*, n.1, 2008, p. 111. A parere di CARABELLI, U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, op. cit., p. 17, le due nozioni non devono essere considerate come speculari, altrimenti si escluderebbe la possibilità di applicare la direttiva alle assunzioni che siano effettuate in funzione del distacco, ipotesi di notevole rilevanza nel caso di distacco sub c). Le agenzie interinali infatti normalmente assumono a tempo determinato proprio per l'esecuzione del servizio e il contratto di lavoro cessa al termine della prestazione. L'opinione a mio avviso non può essere condivisa perché finisce per estendere l'ambito applicativo del distacco che in quanto regime derogatorio rispetto al generale principio valido nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori andrebbe limitato alle sole ipotesi strettamente previste.

nozione. Un primo tentativo dottrinale cui si è dato luogo è stato quello di leggere la nozione di temporaneità alla luce della ricostruzione operata nel contesto internazionalprivatistico<sup>469</sup>; tale lettura può, però, risultare soddisfacente soltanto ove si sia risolta in termini di *lex generalis/lex specialis* la questione più ampia dei rapporti che sussistono tra direttiva sul distacco e Convenzione di Roma, o più in generale tra fonti internazionalprivatistiche e direttiva, cosa che non è di immediata evidenza. Secondo tale configurazione, la definizione della nozione di invio temporaneo sarebbe speculare a quella di luogo abituale di svolgimento del lavoro e costituirebbe il *discrimen* per l'applicazione della normativa dell'*host state* o dell'*home state*. Le diversificazioni, poi, si manifestano anche quanto ai parametri da utilizzare: d'un canto si ritiene opportuno il richiamo di elementi di natura oggettivi, quali durata dell'invio o natura del servizio, dall'altro elementi di natura soggettiva, quale è ad esempio l'intenzione di una prosecuzione del rapporto nel paese d'origine<sup>470</sup>. Ma ciò che più interessa segnalare è che la temporaneità del distacco non coincide con la temporaneità del servizio. La nozione appare dunque duplice: se il distacco va inserito nell'ambito di una prestazione di servizi, sarà ascrivibile ad una situazione per sua natura dotata di caratteri di temporaneità. Solo la temporaneità della prestazione di servizi infatti può giustificare l'applicazione della normativa del paese d'origine e la deroga alle norme che operano in materia di

---

<sup>469</sup> LHERNOULD, J., *La loi 2 aout 2005 et le détachement transnational de travailleurs. Le plombier polonais est-il mort?*, *op. cit.*, p. 1196.

Sull'interpretazione in ambito internazionalprivatistico della nozione di temporaneità si veda ZAMPINI, P., *Individuazione della disciplina applicabile in ipotesi di distacco di lavoratori in ambito comunitario: dalla Convenzione di Roma alla Direttiva 96/71/CE*, *op. cit.*, p. 60

<sup>470</sup> FRANZINA, P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, *op. cit.*, p. 112

stabilimento. In altri termini, ciò vuol dire che, anche ammesso che si ritenga estensibile il limite annuale previsto in materia di normativa previdenziale anche alla normativa sostanziale, escluso peraltro dalla giurisprudenza in diverse occasioni, ciò non implica che l'impresa sia costretta, allo scadere dell'anno, a rientrare nel proprio paese d'origine ma soltanto che il lavoratore sarà chiamato a rientrare nel proprio paese mentre l'impresa potrà avvalersi di altri lavoratori distaccati. Per tale ragione, la temporaneità del distacco non va in alcun modo confusa con la temporaneità della prestazione, in una certa qual guisa la più importante tra le due. L'impresa, animata da una finalità elusiva, potrebbe in mancanza di un limite massimo di permanenza sul territorio ad essa riferito, precarizzare ulteriormente la condizione dei lavoratori coinvolti nella prestazione di servizi, utilizzando molteplici contratti di lavoro e rispettando solo formalmente il limite annuale. Ciò che realmente eviterebbe una concorrenza al ribasso basata sul costo del lavoro è l'interdizione per l'impresa prestatrice di servizi che distacchi i propri lavoratori in un diverso stato membro di una permanenza senza limiti temporali sul territorio di quest'ultimo. Per attuare ciò, si deve ritornare alla distinzione profilata nei primi capitoli di questo elaborato tra libera prestazione dei servizi e stabilimento<sup>471</sup>.

Tracciati i confini del margine applicativo della direttiva e i caratteri delle nozioni da essa richiamate può procedersi alla valutazione delle sue finalità.

---

<sup>471</sup> Analogamente CARABELLI, U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, op. cit., p. 9-10

### 2.1.3 *Le finalità della direttiva e la nota stonata della base giuridica*

*“It will be suggested that the counter-intuitive proposition that the Directive does advance the interests of the home-state employer can be defended, but only with difficulty, and that the primary beneficiaries of the Directive are in fact the systems of labour regulation of the host States”<sup>472</sup>.*

Questa era l'opinione di uno dei primi commentatori della direttiva sul distacco: d'un canto Davies si rendeva conto della – quantomeno – duplice finalità della direttiva, dall'altro propendeva, in senso molto critico, per una ricostruzione più come strumento di tutela sociale che non come mezzo per il miglioramento del mercato interno.

In verità, che sarebbero sorte delle questioni quanto all'esatta individuazione di finalità e obiettivi della direttiva era cosa ben nota anche prima della sua adozione, come rilevava lo stesso comitato economico sociale in sede di emanazione del parere sulla proposta di direttiva. Come ricordato da uno dei più puntuali commentatori nazionali di detto documento normativo, Balandi<sup>473</sup>, nelle osservazioni generali sulla proposta, il CES manifestava il proprio timore sulle conseguenze interpretative che avrebbe avuto la mancanza di chiarezza «nell'individuare l'obiettivo fondamentale della proposta di direttiva» (Osservazioni generali, punto 1.2.).

Eppure, una decisa presa di posizione sulla questione della finalità prevalente era impensabile in sede di adozione di questo strumento legislativo di diritto comunitario derivato: infatti, l'unico modo per raggiungere il delicato temperamento tra esigenze diverse – se non addirittura antitetiche – di Stati di prestazione dei servizi, Stati di origine e interessi propri dei prestatori di servizi<sup>474</sup> era astenersi dall'assumere posizioni nette sul punto.

---

<sup>472</sup> DAVIES, P., *Posted workers: Single Market or protection of national labour law systems?*, *op. cit.*, p. 573

<sup>473</sup> BALANDI, G.G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, *op. cit.*, p. 118

<sup>474</sup> LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, *op. cit.*, p. 72



In verità, va rilevato che anche oggi si stenta a considerarla superata la problematica delle finalità, dal momento che il reale oggetto del contendere sembra essersi spostato dal dibattito sulla sussistenza o meno del compromesso, all'equilibrio che a tal fine è stato raggiunto in direttiva.<sup>475</sup>

Il problema trova il proprio fondamento nella formulazione altamente ambigua della direttiva ed è aggravato da un elemento apparentemente marginale - ma che tale non è alla luce della giurisprudenza comunitaria - : la base giuridica utilizzata ai fini dell'adozione della direttiva.

La scelta è infatti caduta sulla disposizione che permette l'adozione di direttive per favorire le attività economiche autonome intracomunitarie<sup>476</sup> e tale opzione potrebbe d'un canto spiegarsi, da una prospettiva meramente pragmatica, con la volontà di garantire l'adozione della direttiva pur in assenza dell'unanimità di consensi (essa avrebbe infatti altrimenti incontrato il parere negativo della Gran Bretagna). Militerebbe in tal senso anche il fatto che la base giuridica non è mai stata reputata come decisiva ai fini della valutazione della reale natura di una direttiva. Sia, infatti, sufficiente rammentare che numerosissime direttive in materia di diritto del lavoro sono state assunte invocando disposizioni del trattato a tutela del mercato interno, senza che ciò sia mai stato ritenuto un argomento sufficiente ad affermare che tali direttive siano nate più con lo scopo di tutelare la concorrenza, che per garantire un progresso sociale<sup>477</sup>.

Tuttavia, in questo caso, il riferimento all'articolo 47 TCE e il conseguente inquadramento della direttiva nell'ambito della prestazione

---

<sup>475</sup> NADALET, S., *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, op. cit., p. 38

<sup>476</sup> Articolo 47 del TCE, oggi articolo 53 TFUE, che prescrive *1. Al fine di agevolare l'accesso alle attività autonome e l'esercizio di queste, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono direttive intese al reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli e al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste. 2. Per quanto riguarda le professioni mediche, paramediche e farmaceutiche, la graduale soppressione delle restrizioni è subordinata al coordinamento delle condizioni richieste per il loro esercizio nei singoli Stati membri.*

<sup>477</sup> DEAKIN, S., *Regulatory competition in Europe after Laval*, op. cit., p. 16  
Analogamente MALMBERG, J., *Posting post Laval*, op. cit., che indica a riprova anche il caso delle direttive sull'uguaglianza uomo-donna e sulle ristrutturazioni d'azienda, p. 6

transnazionale di servizi, sembra essere questione particolarmente delicata: la sua menzione, infatti, comporta, e comportava già al tempo della sua adozione, l'implicito rinvio a quella giurisprudenza, precedente e successiva, elaborata dalla Corte di Giustizia in relazione alla libertà di prestazione di servizi.

Proprio per le specifiche implicazioni del caso, la questione della base giuridica è stata oggetto di frequenti dibattiti dottrinali<sup>478</sup> volte ad individuarne le precise ragioni fondative e si è giunti ad affermare che la direttiva avrebbe scelto il riferimento alla libera prestazione di servizi proprio in ossequio a quell'orientamento giurisprudenziale.

Seppur vero ciò, a parere di chi scrive, appare in ogni caso da prediligere rispetto alle interpretazioni “*finalistiche*”, che vorrebbero riconnettere la decisione in merito alla base giuridica ad una precisa scelta in termini di prevalenza della finalità di promozione del mercato interno dei servizi rispetto alla protezione dei lavoratori, l'interpretazione più “*pragmatica*”, giusta la quale la scelta della base giuridica della direttiva, lungi dal rispondere a precise volontà di indirizzarne l'esegesi, costituirebbe piuttosto il risultato di una combinazione di mere contingenze<sup>479</sup>. La ragione risiede nel fatto che al momento della sua adozione non erano ancora perfettamente chiare le implicazioni della evoluzione della giurisprudenza sui servizi, come si è già avuto modo di segnalare in altre sedi (vedi evoluzione giurisprudenza sui servizi).

---

<sup>478</sup> Già all'indomani dell'adozione poneva delle perplessità sulla scelta DAVIES, P., *Posted workers: Single Market or protection of national labour law systems?*, op. cit., p. 572 Egli infatti riteneva lontana ed improbabile la possibilità che potessero giovare delle disposizioni della direttiva i prestatori di servizi e ben più probabile la prospettiva di un rafforzamento dei sistemi di protezione sociale. DAVIES, P., *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, op. cit., p. 300 sostiene che è stata la Commissione a volere fortemente l'adozione della direttiva, al fine di chiarire che le imprese prestatrici di servizi sarebbero state principalmente sottoposte alla normativa d'origine e solo nei limiti indicati in direttiva alla normativa degli stati ospitanti. L'iniziativa legislativa, a suo avviso, si rivelò però inadatta al suo scopo essendo nei fatti incapace di porre dei limiti ad una regolazione protezionistica degli stati di prestazione.

<sup>479</sup> Di questa opinione anche LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit. p. 69

Il dibattito qui evocato permette di spiegare perché la questione della base giuridica sia dotata di una tale centralità e sia divenuta uno storico terreno di scontro tra le diverse accezioni della direttiva.

Essa si rivela dunque suscettibile di condizionare la risoluzione della più ampia e generica problematica dell'identificazione della finalità della direttiva, a sua volta indispensabile per indirizzarne l'interpretazione. In relazione a questa ultima diatriba è sembrato potesse prospettarsi una duplice alternativa inconciliabile: o la direttiva andrebbe letta come uno strumento per il rafforzamento del mercato interno ed, ergo, se ne imporrebbe una lettura quale massimale di protezione per i lavoratori; ovvero, la direttiva mirerebbe alla realizzazione del progresso sociale e, conseguentemente, le sue previsioni sarebbero idonee ad assicurare soltanto un minimo inderogabile di tutela ai lavoratori coinvolti in fenomeni di distacco transnazionale.

Eppure alla lettura antinomica degli obiettivi della direttiva, l'esame dei considerando sembra suggerirne un'altra.

Nel preambolo della direttiva le diverse finalità coesistono, e per ciò che rileva in questo contesto, segnatamente si invoca la necessità di garantire un miglioramento del mercato interno, dall'altro lo scopo propriamente sociale di assicurare un generale innalzamento di tutela per i lavoratori, dall'altro ancora uno scopo di tipo pragmaticamente economico di garantire una concorrenza equa tra le imprese e infine uno scopo prettamente internazionalprivatistico di chiarire quale sia la legislazione applicabile in materia di distacco (sulla quale si rinvia al prossimo paragrafo)<sup>480</sup>. In essi può leggersi che deve raggiungersi “*un clima di leale concorrenza che non può essere conseguito senza misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori*” (considerando n. 5), benché “*sussistono differenze per i diritti sociali garantiti dalle legislazioni nazionali*” (considerando n.

---

<sup>480</sup> Si vedano i consideranda n. 5 e 6 della Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, cit. Secondo EVJU, S., *Posting Past and Present. The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, op. cit., p. 24 vi sarebbe una sorta di gerarchia tra gli obiettivi indicate e il carattere primario spetterebbe proprio alla promozione della libera circolazione dei servizi.

15), “devono essere coordinate per definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima da rispettare nel paese ospiti” (considerando n. 16)<sup>481</sup>.

V'è allora da chiedersi se possa concepirsi una interpretazione che sia in grado di assicurare la coesistenza pacifica tra detti obiettivi, apparentemente antinomici.

L'unificazione, a parere di chi scrive, può avvenire unicamente sotto l'egida della realizzazione del mercato interno, ove si ritenga che essa sia attuabile mediante l'innalzamento di tutela dei lavoratori distaccati.<sup>482</sup>

Questi sarebbe i prolegomeni del ragionamento di quella autorevole dottrina che interpreta la Direttiva quale normativa di tutela ispirata al principio di non discriminazione<sup>483</sup>. Secondo tali tesi a testimonianza della correttezza dell'impostazione adottata potrebbe invocarsi anche la precisazione contenuta in direttiva ai sensi della quale le condizioni minime indicate in direttiva devono applicarsi “*qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro*”.<sup>484</sup> La direttiva sul distacco non vorrebbe dunque determinare quale sia la legislazione applicabile attribuendo in generale il potere di regolare i lavoratori distaccati all'*home state* ma solo garantire che quelle condizioni siano certamente applicate per garantire una concorrenza equa e conseguentemente un miglioramento del

---

<sup>481</sup> BALANDI, G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, op. cit., pp. 116-7

<sup>482</sup> FRANZINA, P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, op. cit., p. 110

<sup>483</sup> BORELLI, S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, propone una lettura basata sulla parità di trattamento. Sulla stessa lunghezza d'onda anche LO FARO, A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit.. In precedenza, BALANDI, G.G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, op. cit., p. 48, ma anche 118 e 124. Su posizioni meno nette, ESPOSITO, M., *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, op. cit., p. 576. FOGLIA, R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, op. cit., p. 806. CONTRA BANO, F., *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione Europea*, op. cit. ; CARABELLI, U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, op. cit., p. 5

<sup>484</sup> Art. 3.1 della Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, cit.

mercato interno; per determinare quale sia la legislazione applicabile occorrerà comunque far riferimento agli ordinari criteri<sup>485</sup>.

La soluzione non è però condivisa da parte della dottrina che valorizzando maggiormente l'argomento storico vorrebbe che lo scopo primario della direttiva sarebbe quello di chiarire la legislazione applicabile ai lavoratori distaccati temporaneamente<sup>486</sup>. Detta dottrina guarda alla direttiva quale ordinario strumento di diritto internazionale privato da porre in correlazione con il sistema già esistente di norme di diritto internazionale privato<sup>487</sup>. O ancora di chi ritiene che la direttiva sia servente sì ad una parità di trattamento ma che faccia riferimento alle condizioni concorrenziali delle imprese piuttosto che ai lavoratori<sup>488</sup>. Esistono poi numerose soluzioni ibride quale quella proposta da Nadalet a parer del quale la direttiva si collocherebbe su due piani, correzione degli effetti della libera prestazione di servizi per esigenze di giustizia sociale e garanzia di queste ultime nonostante la scelta di procedere ad applicazione parziale del diritto del lavoro del paese d'origine<sup>489</sup>.

La questione, lasciata insoluta dal legislatore e dibattuta in dottrina è stata recentemente oggetto di esame da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha adottato una prospettiva un po' insolita

---

<sup>485</sup> ESPOSITO, M., *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, op. cit., ritiene lo standard di tutela venga comunque determinato dalla direttiva "seppur in parte solo indirettamente, attraverso l'indicazione di una fonte", p. 579

<sup>486</sup> A parere di ORLANDINI, 1998 la direttiva sarebbe un "mero strumento di natura internazionale-privatistica" incapace di fornire un contenuto sostanziale alla tutela dei lavoratori distaccati, p. 483. CARABELLI, U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, op. cit. p. 5 "Si è dunque in presenza di una Direttiva non di armonizzazione delle normative di tutela del lavoro, bensì di determinazione delle discipline del lavoro applicabili ai distacchi transnazionali di lavoratori, in funzione della rimozione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi", a favore di una lettura che enfatizza la finalità di migliorare l'integrazione del mercato unico dei servizi.

<sup>487</sup> ORLANDINI, G., *Diritto di sciopero azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, op. cit., p. 28 ritiene che la Corte di Giustizia non possa assumere posizioni quanto allo standard di tutela dei lavoratori distaccati ma semplicemente in relazione alla legislazione applicabile.

<sup>488</sup> CARABELLI, U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, op. cit., p. 6

<sup>489</sup> NADALET, S., *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, op. cit., p. 38

sulla quale ci si soffermerà in sede di analisi della recente giurisprudenza comunitaria in materia di distacco.

#### 2.1.4 *La direttiva nel quadro delle fonti di diritto internazionale privato*

Il nodo problematico appena affrontato (quello di definizione delle finalità della direttiva) evoca un altro significativo nodo teorico il cui dissolvimento può indirettamente condizionare anche la risposta alla domanda sugli obiettivi perseguiti dalla direttiva: la direttiva ha natura di strumento di diritto internazionale privato?<sup>490</sup>

La risposta non è scevra di incisive conseguenze: infatti, se inserita nel contesto generale del diritto internazionale privato, i suoi principi speciali andrebbero coordinati e conciliati con quelli generalmente vigenti in detto sistema giuridico e, in particolare, con due linee guida fondamentali della materia lavoristica: il principio del *favor laboris* e il principio di territorialità, positivamente fondati negli articoli 8 e 9 del **regolamento Ce 593/2008** che ha sostituito quasi interamente il precedente ambito applicativo della Convenzione sulle obbligazioni contrattuali di Roma del 1980<sup>491</sup>. Il principio del *favor laboris* implica che, in presenza di due norme che vantano pretese regolative di una situazione lavoristica caratterizzata da elementi di internazionalità, debba preferirsi quella di maggior favore per il lavoratore; mentre il principio di territorialità prescrive che nel determinare la legge applicabile debba aversi riguardo al luogo abituale di svolgimento dell'attività lavorativa.<sup>492</sup> La fattispecie del distacco di per sé

---

<sup>490</sup> Non si vanta alcuna pretesa di esaustività consci che la materia è talmente vasta e complessa da necessitare di autonoma analisi. Per tale ragione si ritiene rinviare per la ricostruzione dei rapporti tra disciplina internazionalprivatistica e direttiva sul distacco all'ancora attuale SCIARRA, S., e LYON CAEN, A., *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, op. cit., FRANZINA, P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, op. cit.

<sup>491</sup> INGRAVALLO, I., *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, in *Il conflitto sbilanciato*, VIMERCATI, A. (a cura di), Cacucci, 2009, p. 50

<sup>492</sup> INGRAVALLO, I., *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, *ibidem*, p. 49; così anche FRANZINA, P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008

senza dubbio configura una situazione di conflitto di leggi e ciò in quanto il lavoratore, assunto nel paese in cui il suo datore di lavoro risulta stabilito è inviato ad eseguire la prestazione lavorativa all'estero<sup>493</sup>; è dunque certamente da chiarire come interagiscono tali due fonti di diritto internazionale privato nella disciplina del rapporto dei lavoratori distaccati.

Le relazioni tra detti documenti lasciano permanere margini di incertezza giacché la direttiva è funzionale al governo di quella singolare fattispecie di mobilità transfrontaliera<sup>494</sup> dei lavoratori la cui disciplina risiedeva in precedenza nell'articolo 6 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile, ai sensi del quale pur in materia di lavoro era eccezionalmente concesso riferirsi per la disciplina della fattispecie alla normativa del paese d'origine, in luogo dell'ordinario criterio della *lex loci laboris*.

Detta deroga era destinata ad operare laddove il lavoratore *abitualmente* svolgesse la propria attività in un certo paese e *per un limitato periodo di tempo* fosse inviato all'estero.

Unicamente in rapporto a questo caso, invero piuttosto specifico, e in ragione della maggiore forza del legame abituale con il paese in cui si è stipulato ed eseguito fino a quel momento il rapporto di lavoro, la Convenzione autorizzava a far uso della propria normativa di origine in alternativa all'applicazione del principio di territorialità, che manteneva però la sua natura di criterio generale in materia di normativa lavoristica. La direttiva sul distacco apparirebbe, dunque, come una deroga della deroga permettendo che in una fattispecie che pur consti di un flebile legame con il paese di destinazione, sia data applicazione ad una parte della normativa lavoristica dell'ordinamento giuridico ospitante.

Dunque, che vi debba essere una relazione di qualche tipo tra questi due documenti è un dato di fatto inconfutabile, il problema è capire se la direttiva dica qualcosa di generalmente valido in materia di legislazione

---

<sup>493</sup> ZAMPINI, P., *Individuazione della disciplina applicabile in ipotesi di distacco di lavoratori in ambito comunitario: dalla Convenzione di Roma alla Direttiva 96/71/CE, op.cit.*, p. 60

<sup>494</sup> Il termine è usato in senso atecnico e non per riferirsi a quella particolare categoria di lavoratori frontalieri che prestano la propria attività lavorativa oltre confine ritornando nel proprio paese d'origine con cadenza almeno settimanale

applicabile al distacco o taccia sul punto e si limiti a disciplinare le materie ivi indicate rinviando per la determinazione della generale legislazione applicabile agli ordinari criteri previsti dalla Convenzione.

Va capito se il sistema generato dalla direttiva sia autosussistente, ossia, non necessitando di alcuna integrazione da parte di altre fonti, avochi direttamente a sé la determinazione attinente alla legislazione applicabile sancendo la generale applicabilità della legislazione del paese d'origine eccetto che per le materie espressamente indicate; o piuttosto se, all'opposto, la direttiva si limiti a prevedere un nucleo di norme imperative internazionali di applicazione necessaria mentre per determinare la legislazione applicabile si debba comunque far ricorso agli ordinari criteri stabiliti nella Convenzione di Roma.

La prima opzione teorica considerando la direttiva come una “*deroga della deroga*”, di fatto ammette che la legge applicabile sia quella d'origine (utilizzando pur sempre i parametri forniti dalla Convenzione) e le materie indicate in direttiva siano le uniche in cui può darsi corso all'applicazione della legislazione del paese di stabilimento.

La seconda opzione teorica ritiene invece che la direttiva si occupi esplicitamente solo di quelle materie mentre nulla dica in merito alla legislazione applicabile che andrebbe ricercata attraverso l'uso degli ordinari criteri. Questa seconda notazione suggerisce che ove si alleggerisca la rigidità del requisito della temporaneità del distacco, il principio dello Stato d'origine smetterebbe di apparire come il criterio più adeguato per determinare la legislazione applicabile. Se si concedesse di prolungare il distacco per anni, il criterio di collegamento più adeguato dovrebbe tornare ad essere quello ordinario in materia lavoristica: il principio della *lex loci laboris*.<sup>495</sup>

Vi è dunque chi ha ritenuto che la direttiva abbia solo introdotto norme imperative di diritto internazional- privato ai sensi del richiamato articolo 7 della Convenzione<sup>496</sup> ed ha ritenuto così di recuperare il

---

<sup>495</sup> VIARENGO, I., *Lavoratori distaccati, principio dello Stato di origine e libera prestazione di servizi: much ado about nothing!*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2007, p. 418

<sup>496</sup> FRANZINA, P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, op. cit., p. 109; GIUBBONI, S. ORLANDINI, G., *Libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, op. cit., p.



portato di tutto l'articolato della Convenzione, ad avviso di chi scrive in maniera molto persuasiva, ha dunque ricostruito la direttiva nel suo contesto, quello delle previsioni lavoristiche della Convenzione, ora divenuta diritto positivo dell'UE. L'articolo 7 si dice *“individua un limite preventivo allo stesso operare delle norme di conflitto, dando rilievo a quelle norme – cosiddette auto-limitate o di applicazione necessaria – che esigono di essere applicate dal giudice già prima che questi possa determinare quale diritto straniero sarebbe richiamato dalla norma di conflitto”*<sup>497</sup> avvalorando così la tesi che la direttiva taccia in merito alla generale legislazione applicabile, occupandosi soltanto dell'individuazione delle norme imperative le quali vanno sottratte all'ordinario operare dei meccanismi internazional-privatistici.<sup>498</sup>

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che il novero di materie indicate in direttiva esaurirebbe il potere regolativo dello Stato ospitante. Secondo detta ultima tesi, la direttiva avrebbe il precipuo compito di definire la legislazione applicabile al rapporto di lavoro del dipendente distaccato, stabilendo l'ordinaria prevalenza della legislazione del paese d'origine<sup>499</sup>.

Vi è poi chi ha compiuto un passaggio ulteriore, probabilmente influenzato dalla lettura già prescelta delle finalità prevalenti della direttiva, affermando che la direttiva *“sembra arricchire il diritto internazionale privato in materia di lavoro di un ulteriore principio: quello che impone in determinate materie (art. 3, § 1 lettere da a) a g) e con limitate eccezioni (art. 3, §3 da 2 a 6), la parità di trattamento tra i lavoratori locali e quelli distaccati da un altro Stato membro.”*<sup>500</sup>

---

122; BALANDI, G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, op. cit., p. 127

<sup>497</sup> GIUBBONI, S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, op. cit., p. 8

<sup>498</sup> NADALET, S., *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, op. cit., p. 39

<sup>499</sup> In questo senso EVJU, S., *Posting Past and Present. The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, op. cit., p. 21 considera duale l'obiettivo perseguito dalla direttiva: certamente chiarire la legislazione applicabile ma soprattutto migliorare la circolazione dei servizi all'interno del territorio comunitario. Parla di tutela mediata dei lavoratori, ZAMPINI, P., *Individuazione della disciplina applicabile in ipotesi di distacco di lavoratori in ambito comunitario: dalla Convenzione di Roma alla Direttiva 96/71/CE*, op. cit., p. 63, che identifica quale primaria finalità *“favorire il «clima di leale concorrenza» imposto dallo sviluppo delle prestazioni transnazionali di servizi”*.

<sup>500</sup> BALANDI, G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, op. cit., p. 127

Nel dirimere la controversia occorre muovere dal dato testuale della direttiva dal quale chiaramente si evince che essa si astiene dal determinare le norme materiali che debbano applicarsi ai lavoratori distaccati limitandosi a determinare lo Stato al quale spetta potestà regolativa per quel nocciolo duro di tutele da assicurare ai lavoratori distaccati. Il testo della direttiva dichiara sin dai suoi considerando di essere parte di un sistema più complesso di diritto internazionale-privato dedicando ben 4 considerando alla Convenzione di Roma e due di essi sono esplicitamente volti a invocare il principio di favor e di territorialità. Un po' stona con questa lettura il considerando in cui la menzione dell'articolo 7 della Convenzione viene fatto per giustificare che nell'applicazione della legge di un paese, si tenga conto anche delle norme di applicazione necessaria di un altro. Esso infatti sembra implicitamente ammettere che la legislazione applicabile è quella del paese d'origine e le norme di applicazione necessaria esplicitamente indicate in direttiva sarebbero quelle del paese di destinazione.

Appare però ad avviso di chi scrive decisivo il riferimento ad un inciso contenuto in direttiva che sembra contenere la risposta alle perplessità evidenziate ove si recita che debba darsi applicazione alla legge del paese di destinazione in quelle materie elencate “*a prescindere da quale sia la legislazione applicabile*”, dunque sia ove si determini che la legislazione da applicare sia la legislazione del paese di destinazione, sia ove si determini che - in virtù della particolare temporaneità del distacco - luogo di svolgimento abituale della prestazione sia il paese d'origine. E ciò potrebbe anche trovare una giustificazione teorica ed assiologica dal momento che l'applicazione del principio della *lex loci laboris* non adempie soltanto ad una funzione di favor verso il lavoratore ma soddisfa anche interessi ulteriori: “*una almeno tendenziale uniformità quanto alla regolamentazione delle prestazioni lavorative "sitate" in un medesimo contesto geografico od economico*” e, come si è correttamente osservato<sup>501</sup>, “*sembra soprattutto servire a far sì che, nella realtà economica di un certo paese, l'equilibrio concorrenziale non venga alterato per effetto della diversità di condizioni che i vari datori di lavoro potrebbero dover osservare nei confronti dei propri dipendenti?*”.

---

<sup>501</sup> Così FRANZINA, P., *Questioni relative al distacco del lavoratore nel diritto internazionale privato della Comunità europea*, op. cit., p. 106

Così può affermarsi che il principio della *lex loci laboris* garantisce anche l'efficienza del mercato, ove se ne consideri quella specifica accezione, cui ci siamo riferiti anche in passi precedenti della tesi, di implementazione del mercato prevenendo fenomeni di concorrenza sleale tra imprese e creazione di fenomeni di dumping sociale tra gli Stati comunitari.

Vi è poi un profilo specifico dei rapporti tra convenzione e direttiva che mi sembra meriti di essere segnalato dal momento che appare suscettibile di influenzare la questione della legittimità dell'estensione dei contratti collettivi non aventi efficacia *erga omnes*. Sebbene la Convenzione non disciplini specificamente i contratti collettivi, cosa che aveva indotto i primi commentatori a salutare positivamente l'introduzione dei risultati dell'autonomia collettiva tra le norme di applicazione necessaria<sup>502</sup> essa non si può certo dire taccia del tutto sul punto.

Essi ricadono nelle disposizioni di carattere generale per le obbligazioni contrattuali previste dagli articoli 3 e 4 della convenzione per cui ad essi si applica la legge dello stato con cui presentano il collegamento maggiore che potrebbe verosimilmente essere quella del paese di destinazione nel caso di distacchi che oltrepassino una certa durata. Le previsioni sono perlopiù mantenute nel nuovo regolamento roma I entrato in vigore nel 2009.<sup>503</sup>

---

<sup>502</sup> BALANDI, G. G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, op. cit., p. 128

<sup>503</sup> Sulle differenze si veda LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero ai tempi della libera circolazione*, op. cit.

### 2.1.6 L'apparato di tutele della direttiva

Entrando nel merito della disciplina concretamente predisposta dalla direttiva, l'articolo 3 rubricato "*condizioni di lavoro e di occupazione*" contiene al suo primo comma l'elenco delle materie<sup>504</sup> su cui il legislatore dello stato ospitante è libero di intervenire al fine di disciplinare il rapporto di lavoro del lavoratore distaccato. Solo relativamente a queste materie tutti i datori di lavoro che operano su un certo territorio devono osservare i medesimi *standards*. Si tratta di materie cosiddette "*comunitarizzate*", ossia oggetto di specifici interventi di armonizzazione da parte del diritto comunitario, con l'aggiunta delle tariffe salariali, materia che, come si è giustamente evidenziato, "*non poteva mancare visto il preteso obiettivo della direttiva di contrastare fenomeni di distorsione della concorrenza.*"<sup>505</sup> La definizione degli elementi integranti la nozione di tariffa minima salariale spettano allo stato ospitante come evidenziato dalla parte finale del comma 1.

Gli ambiti di intervento elencati all'articolo 3.1 costituiscono quasi tutti elementi di fondamentale importanza nella determinazione del costo del lavoro. Il legislatore nazionale è legittimato ad intervenire con legge o con provvedimenti amministrativi purché assicurati un'applicazione uniforme delle norme sia a prestatori nazionali che stranieri (così articolo 3.1).

La contrattazione collettiva può concorrere con la fonte legale nel determinare le condizioni lavorative applicabili ai lavoratori distaccati, a norma dello stesso comma 1 dell'articolo 3. Il successivo comma 8 specifica quale è la tipologia di contratti collettivi che possono essere

---

<sup>504</sup> In particolare, le materie indicate in direttiva sono: "*a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) durata minima delle ferie annuali retribuite; c) tariffe minime salariali, comprese IC tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria; d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione di lavoratori per imprese di lavoro temporaneo; e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro; f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.*"

<sup>505</sup> 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, op. cit.*, p. 471

invocati in sede di determinazione delle condizioni lavorative per i lavoratori stranieri che si muovono con l'impresa.

La disposizione presenta una prima limitazione di carattere settoriale: i contratti collettivi cui può farsi riferimento sono solo quelli in vigore per il settore delle costruzioni e non in generale per ogni tipologia di attività svolta dal prestatore di servizi. Ulteriori settori per i quali è possibile il riferimento al contenuto della contrattazione collettiva sono, poi, indicati in allegato ed altri è possibile prevederne ai sensi dell'articolo 3.10 secondo trattino.

I contratti collettivi per poter lecitamente esser considerati una fonte del contratto di lavoro dei distaccati dovrebbero godere di un'efficacia *erga omnes*. Qualora gli Stati non dispongano di un meccanismo per rendere efficaci *erga omnes* i loro contratti collettivi, sarà loro concesso riferirsi a contratti “*generalmente applicabili*”. Quanto alla nozione di generale applicabilità essa è specificata dallo stesso comma 8: sono generalmente applicabili quei contratti che si applichino in un certo settore o in una certa area geografica o siano conclusi da sindacati maggiormente rappresentativi. La disposizione nasce per concedere a paesi come l'Italia o la Svezia, privi di una previsione che assicuri ai contratti collettivi l'universale applicabilità, di poter in ogni caso utilizzare – nella determinazione degli standard applicabili ai distaccati – le condizioni lavorative contenute in un contratto collettivo.

In tal caso, però, si impone agli Stati membri di manifestare la scelta se avvalersi o meno dei contratti collettivi. Secondo l'interpretazione indicata dalla Corte di Giustizia in *Laval*<sup>506</sup>, in adesione a quella precedentemente espressa dalla Commissione, parrebbe occorra un esplicita opzione.

Opzione espressa che però mal si concilia con l'esigenza di rispettare le specificità dei singoli modelli di relazioni industriali e che infatti non è generalmente ritenuta opportuna in paesi come la Svezia, ove la regola inviolabile dell'autonomia delle parti sociali impone di destinare unicamente alle parti sociali la determinazione dell'ammontare delle retribuzioni, in assenza di ogni tipo di intervento legale in materia di

---

<sup>506</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

contrattazione collettiva neanche finalizzato alla mera dichiarazione della riserva di competenza contrattuale.<sup>507</sup>La disposizione pone, poi, qualche perplessità sul piano interpretativo imponendo il rispetto della parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere: scopo della previsione sembra essere quello di evitare che si renda obbligatorio per le imprese straniere ciò che per le imprese nazionali resta discrezionale.

E' evidente che se le imprese nazionali restano libere di sottoscrivere o meno il contratto collettivo, analoga libertà dovrà essere garantita alle imprese straniere e, dunque, gli standard stabiliti dalla contrattazione non potranno essere applicabili *tout court*.

Resta da dirimere la questione relativa alle materie ulteriori, le materie non previste in direttiva, considerato però il fatto che il comma 7 dell'articolo 3 prescrive “*i paragrafi da 1 a 6 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori.*”

L'articolo 3.10 subordina la possibilità dello Stato di ampliare l'elenco di materie oggetto di estensione<sup>508</sup> ove si tratti di disposizioni di ordine pubblico, resta, dunque, da chiarire che cosa abbia ad intendersi come ordine pubblico.

La direttiva prevede inoltre all'articolo 4 l'istituzione di appositi uffici di collegamento che garantiscano la cooperazione amministrativa tra gli stati membri e il comma 5, senza optare esplicitamente in tal senso, rimette allo Stato ospitante il potere di attuare i controlli e di vigilare sull'attuazione della direttiva adottando le “*misure adeguate*”. Infine l'articolo 6 rimette la competenza giudiziaria nelle materie elencate allo stato ospitante.

---

<sup>507</sup> EDSTRÖM, Ö., *The Free Movement of Services and the Right to Industrial Action in Swedish Law – In the Light of the Laval Case*, in *EU Industrial relations v. National Industrial Relations. Comparative and interdisciplinary perspectives*, op. cit., p. 435

<sup>508</sup> *La presente direttiva non osta a che gli Stati membri, nel rispetto del trattato, impongano alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura:- condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico (...)*

### 2.1.7 *Le indicazioni esegetiche della Commissione*

L'articolo 8 della direttiva sul distacco incaricava la Commissione a provvedere ad un monitoraggio negli anni successivi alla prima applicazione della direttiva sull'impatto di essa sui mercati nazionali del lavoro e, se del caso, proporre eventuali modifiche alla stessa.

La Commissione ha adempiuto al proprio compito in molteplici occasioni e in ognuno dei suoi interventi è sempre stata evidente l'influenza svolta dalla Direzione Generale del mercato interno.

La prima comunicazione al Consiglio, Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale e al Comitato delle Regioni si ebbe nel 2003 con la comunicazione sull'applicazione della direttiva sul distacco negli Stati membri<sup>509</sup>, poi fu la volta del documento del 2006<sup>510</sup> ed infine, il più recente intervento si è avuto nel 2007<sup>511</sup>. Nel maggio del 2010 è stata la volta di un documento riassuntivo del trattamento giuridico della mobilità transnazionale del lavoro<sup>512</sup>; quest'ultimo però si concentra principalmente sugli aspetti previdenziali del distacco per quanto parecchi spunti mi pare possano trarsi per una lettura combinata delle due diverse discipline in senso limitativo del distacco.

Il documento prodotto nel 2003, invece, rappresenta di gran lunga il più importante, anche rispetto agli altri due (2006-2007) che appaiono maggiormente riepilogativi dell'attività ermeneutica della Corte di Giustizia.

Nell'esame del contesto nel quale si inserisce la direttiva di questo primo documento, la Commissione chiarisce la sua idea principe in

---

<sup>509</sup> COM(2003) n. 458, cit.

<sup>510</sup> Comunicazione della Commissione del 4 aprile del 2006, COM(2006) n. 159, *Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*

<sup>511</sup> Bruxelles, 13.6.2007 COM(2007) n. 304 definitivo. Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. *Distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi - Massimizzarne i vantaggi e le potenzialità garantendo la tutela dei lavoratori*{SEC(2007) 747}

<sup>512</sup> Guida pratica: la legislazione applicabile ai lavoratori nell'Unione Europea (UE), nello Spazio economico europeo (SEE) e in Svizzera, cit.

materia distacco di lavoratori: si tratterebbe di una nuova forma di mobilità dei lavoratori, ulteriore e diversa rispetto a quella regolamentata nelle disposizioni dei trattati sulla libera circolazione dei lavoratori e la cui specialità fungerebbe da ragione fondante la sottoposizione ad uno specifico regime giuridico<sup>513</sup>. L'intero discorso della Commissione sembra correre sul filo della necessità di favorire e facilitare la libera prestazione dei servizi, sebbene non potesse ancora, nemmeno dalle parole della Commissione, preconizzarsi quella lettura così restrittiva della direttiva che sarà di lì a breve favorita dalla Corte di Giustizia.

La Commissione sembra lasciare il compito di determinare la legislazione applicabile al rapporto di lavoro dei lavoratori distaccati alla Convenzione di Roma del 1980 ed infatti qualifica le disposizioni della direttiva come norme di polizia cui ineludibilmente deve darsi applicazione, ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione di Roma, anche ove si attesti che la legislazione applicabile sia quella del paese d'origine<sup>514</sup>. Escludendo dunque quella lettura che vorrebbe che la legislazione applicabile sia sempre quella dello Stato d'origine.

In questa fase iniziale la Commissione d'un canto richiama la parità di trattamento che dovrebbe garantirsi tra prestatori di servizi nazionali e stranieri e dall'altra quella che dovrebbe assicurarsi tra lavoratori. Le due forme di tutela sembra non siano in contraddizione sebbene considerazioni diverse si traggono da una lettura più approfondita<sup>515</sup>.

Quanto alle concrete considerazioni avanzate dalla Commissione infatti deve evidenziarsi una tendenziale divergenza rispetto a quanto ammesso in premessa.

Val la pena richiamare l'idea manifestata dalla Commissione per cui non può darsi luogo ad estensione di condizioni di lavoro e di occupazione ai lavoratori distaccati mediante contratto collettivo se non si dispone di un sistema di contrattazione di applicazione generale<sup>516</sup> - e

---

<sup>513</sup> COM(2003) n. 458, cit., p. 4

<sup>514</sup> Così la Commissione in COM(2003) 458, cit., p. 6 sottolinea che *"la direttiva non mira in alcun modo a modificare la legge applicabile al contratto di lavoro, ma fissa alcune norme vincolanti alle quali occorre attenersi durante il periodo di distacco nello Stato membro ospitante, "qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro"*.

<sup>515</sup> COM(2003) n. 458, cit., p. 6

<sup>516</sup> COM(2003) n. 458, cit., p. 9



Danimarca, Regno Unito e Svezia, a parere della Commissione, non disporrebbero di un simile sistema<sup>517</sup> - a meno che nella legge di recepimento vi sia stata esplicita espressione di volontà di avvalersi della deroga prevista dall'articolo 3.8<sup>518</sup>. La Commissione, e questo mi sembra l'aspetto più innovativo, ha poi cura di precisare che *“la direttiva non permette assolutamente agli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati nel loro territorio tutte le loro disposizioni legislative e/o i contratti collettivi che disciplinano le condizioni di lavoro, inoltre, l'applicazione di tali norme deve avvenire nel rispetto delle disposizioni del trattato CE, in particolare dell'articolo 49. Per quanto concerne le materie, la direttiva fissa un catalogo di norme vincolanti, enumerate all'articolo 3 e applicabili ai lavoratori distaccati, al quale gli Stati membri possono aggiungere unicamente disposizioni di ordine pubblico legate al contesto internazionale”*<sup>519</sup>. L'ordine pubblico cui si riferisce l'articolo 3.10 e che potrebbe costituire ragione valida per l'estensione della normativa dello stato di prestazione anche ai lavoratori distaccati è interpretato in maniera estremamente restrittiva artatamente ricostruendo la giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'ordine pubblico in guisa da far coincidere la nozione di ordine pubblico con quella di ordine pubblico internazionale, con l'obiettivo di sottrarla alla disponibilità degli Stati membri. La Commissione infatti giunge alla conclusione che *“occorre intendere tale espressione come riferita alle norme nazionali la cui osservanza è stata reputata cruciale per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporre il rispetto a chiunque si trovi nel territorio nazionale di tale Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato nel suo territorio”*<sup>520</sup>. Estrapolando dal suo contesto originario il passo della Corte di Giustizia nella sentenza *Arblade* e traendone una indebita generalizzazione.

Mi sembra per tali ragioni che il documento del 2003 sia quello in cui maggiormente si evidenziano le linee guida restrittive che gli Stati dovrebbero seguire nell'implementazione della direttiva e che sono

---

<sup>517</sup> COM(2003) n. 458, cit., p. 10. La Commissione esplicita tale concetto in relazione alla possibilità di avvalersi della deroga prevista dall'articolo 3.10 secondo trattino.

<sup>518</sup> COM(2003) n. 458, cit., p. 12

<sup>519</sup> COM(2003) n. 458, cit., p. 11

<sup>520</sup> COM(2003) n. 458, p. 14

invece ovattate nelle Comunicazioni successive<sup>521</sup>. Peraltro, che il tenore delle affermazioni fosse preoccupante è un dato apparso di tutta evidenza anche al Parlamento Europeo, il quale ha provveduto infatti ad assumere una risoluzione atta a controbilanciare le dichiarazioni della Commissione<sup>522</sup>.

Nel 2006 la Commissione si pronuncia nuovamente in materia di distacco, la Comunicazione è interessante per la sua funzione riepilogativa degli orientamenti giurisprudenziali fino a quel momento manifestati in materia di distacco. Ciò che appare invece interessante è la dichiarazione sulla finalità prevalente che avrebbe la direttiva, affermandone la primaria finalità sociale. In generale, la Commissione non si allontana dal sentiero tracciato dal giudice comunitario e l'intera Comunicazione sembra avere una funzione esortativa nei confronti degli Stati membri affinché esprimano la dovuta solerzia nell'osservare le indicazioni della Corte.

L'intervento del 2007 trova la propria origine in quello del 2007 per verificare i progressi che sono stati compiuti ed appare più significativo dal momento che la Commissione manifesta già un approccio esecutivo più restrittivo nei riguardi della direttiva, anticipando quanto a breve sarà confermato dal giudice comunitario.

Eppure, sulle finalità la Commissione afferma, in linea con un orientamento giurisprudenziale invalso nella Corte di Giustizia che *“La direttiva mira a conciliare, da un lato, l'esercizio della libertà fondamentale delle imprese di fornire servizi transfrontalieri a norma dell'articolo 49 CE e, dall'altro, la tutela adeguata dei diritti dei lavoratori temporaneamente distaccati all'estero per fornire tali servizi”*<sup>523</sup>: esula da questo quadro di obiettivi da perseguire a mezzo della direttiva, la tutela da concorrenza sleale effettuata al ribasso sulle condizioni lavorative, che pur tuttavia rientrerebbe tra le finalità espresse nei considerando della stessa direttiva è soltanto ripresa in

---

<sup>521</sup> Di tale avviso anche GOTTARDI, D., *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento Europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, op. cit., p. 562

<sup>522</sup> Ci si riferisce alla Risoluzione del Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori (2006/2038(INI)) consultabile su

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0463+0+DOC+XML+V0//IT>

<sup>523</sup> COM(2007) n. 304, cit., p. 3

chiusura “*La direttiva svolge inoltre un ruolo chiave nel promuovere quel clima necessario di concorrenza leale tra tutti i fornitori di servizi (inclusi quelli da altri Stati membri), garantendo condizioni di parità, nonché una certezza giuridica per i fornitori di servizi, i destinatari dei servizi e i lavoratori distaccati nel contesto della fornitura di servizi*”<sup>524</sup>. Va segnalato come la Commissione prende atto della natura di minimi delle condizioni previste in direttiva per i lavoratori distaccati, infatti, afferma “*La direttiva stabilisce un nucleo di condizioni di lavoro e di occupazione per la tutela minima dei lavoratori che deve essere applicato dal fornitore di servizi nel paese ospitante.*”<sup>525</sup> La condizione potrebbe essere migliorata, la Commissione non si pronuncia se possa farlo lo stato ospitante innalzando gli standard di tutela o il fornitore di servizi per propria libera scelta. In tale documento la Commissione si confronta con le opinioni degli Stati membri che erano stati chiamati a rispondere ad un certo questionario. Sui controlli gli Stati membri e in precedenza il parlamento europeo nella sua risoluzione ne manifestano la necessità in rapporto all'accertamento del rispetto delle condizioni di lavoro ed occupazione previste dalla direttiva.

La premessa per la quale la Commissione non intenderebbe “*mettere in questione i diversi modelli sociali scelti dagli stati membri né il modo di organizzare il sistema dei rapporti di lavoro e della contrattazione collettiva*” e di fatto smentita dall'enunciato che segue la precedente osservazione “*a condizione che siano attuati ed applicati in modo completamente compatibile con gli obblighi derivanti dal trattato*”<sup>526</sup>. La Commissione infatti richiama il principio della non duplicazione dei controlli richiedendo allo stato ospitante di dare “fiducia” alle attività di controllo cui siano sottoposte le imprese prestatrici di servizi nel paese d'origine, nonché il principio della necessità che tali misure apportino un significativo aumento della tutela dei lavoratori distaccati<sup>527</sup>.

---

<sup>524</sup> COM(2007) n. 304, cit., p. 4

<sup>525</sup> COM(2007) n. 304, cit., p. 3

<sup>526</sup> COM(2007) n. 304, cit., p. 6

<sup>527</sup> COM(2007) n. 304, cit., p. 7

### 2.1.8 La Corte di Giustizia e la funzionalizzazione della direttiva al mercato interno

*At least formally, it is open to the Court in a future case to take a more robust view of what Articles 59 and 60 of the Treaty require and to hold that the Rush view of legitimate national labour protection trenches too far upon the Treaty rights of service providers. Such an approach might undermine the whole balance of policy struck in the Directive.<sup>528</sup>*

Così Davies con una mal celata insofferenza si riferiva all'allora prevalente interpretazione della direttiva sul distacco quale strumento di progresso sociale e, contemporaneamente, sembrava quasi incoraggiare la Corte di Giustizia ad intraprendere una diversa strada che potesse porre al riparo il mercato interno dei servizi dalla potenziale frizione che derivava dal lasciare potestà regolative nel campo sociale allo Stato in cui si effettua la prestazione.

Il bilanciamento - particolarmente compromissorio - cui si era addivenuti in sede di adozione della direttiva sul distacco poteva in ogni momento essere rimesso in discussione dall'operato della Corte di Giustizia. E così è stato.

Un giovane Orlandini<sup>529</sup> scriveva che “*la direttiva si presenta(va) quindi come strumento di tutela della concorrenza, idoneo a porre fine all'« anarchia » prospettata da Rush Portuguesa ed a individuare regole certe per le imprese e limiti alle normative statali di protezione dei mercati nazionali; la tutela dei lavoratori « degrada » a obiettivo secondario, da raggiungere per via indiretta*”<sup>530</sup>. La storia ha

---

<sup>528</sup> DAVIES, P., *Posted workers: Single Market or protection of national labour law systems?*, op. cit., p. 596

<sup>529</sup> 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*, op. cit., p. 482

<sup>530</sup> Ad onor del vero, occorre specificare che lo stesso 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*, *ibidem*, osservava che si tratta di “*una direttiva che non fa molto di più che fotografare l'esistente, e che lascia alla Corte di Giustizia il compito di vegliare a che la protezione dei lavoratori non superi il « limite » consentito dal principio della libera circolazione dei servizi*”.

poi dimostrato come tale visione – apparentemente a tinte scure – si è rivelata, invero, ben più ottimistica della realtà.

L'adozione della direttiva ha, infatti, portato con sé un inevitabile aumento del contenzioso in materia di prestazione di servizi e distacco, che discendeva proprio dal precario equilibrio in essa stabilito.

In ognuna delle cause sottoposte all'attenzione della Corte di Giustizia, infatti, oltre alle questioni specifiche, conseguenza delle peculiarità della singola vicenda, si profilava in sottofondo una più ampia e complessa questione, rimasta insoluta durante i negoziati, ossia la definizione degli obiettivi e delle finalità prevalenti della direttiva (cfr. § 2.1.3). La risoluzione di tale dirimente problematica silenziosa era infatti idonea a condizionare la complessiva interpretazione della direttiva e a specificare quale potesse essere l'incidenza della base giuridica a tutela del mercato interno posta a fondamento della sua adozione. L'incremento del contenzioso è dunque da correlare direttamente all'incapacità di giungere sul piano politico ad un chiaro accordo sul potere regolativo delle situazioni di distacco, ed infatti ogni elemento sul quale non si è apertamente assunta una posizione è stato traslato sulla Corte di Giustizia<sup>531</sup>.

Ciò vale ad esempio per la disposizione sui contratti collettivi non aventi efficacia *erga omnes*, o ancora per la possibilità di prevedere materie ulteriori in cui la disciplina sia quella dello stato ospitante o, nuovamente, per la nozione da attribuire al concetto di ordine pubblico, o, infine, per i parametri da utilizzare nel valutare la retribuzione minima, ma anche, più in generale, per la soglia di tutela da assicurare ai lavoratori distaccati.

Nello specifico, le principali questioni giuridiche sollevate a seguito dell'entrata in vigore della direttiva hanno essenzialmente riguardato due tipologie di problematiche: d'un canto la misura in cui sia ammissibile estendere la normativa dello stato ospitante ai lavoratori distaccati,

---

<sup>531</sup> Prospettiva che in relazione ai casi *Laval* e seguenti CELLA, G. P., *Le sentenze e le relazioni industriali*, in *Il conflitto sbilanciato*, VIMERCATI, A., (a cura di), Cacucci, 2009, p. 145 e ss., adotta anche in relazione all'allargamento: la colpa a suo avviso non sarebbe soltanto della Corte che ha voluto favorire i paesi di nuova adesione ma della politica, incapace di prevedere l'impatto di un nuovo allargamento sull'UE.

dall'altro l'ampiezza del potere di controllo sull'operato del prestatore straniero.

Le misure nazionali in materia di controlli sul distacco hanno ricevuto gli strali della Corte di Giustizia già prima dell'adozione della direttiva e tale giurisprudenza restrittiva ha trovato ampia conferma anche in seguito all'entrata in vigore della nuova normativa. Ciò ha riguardato soprattutto quei meccanismi di controllo preventivo dei fenomeni di distacco, come ad esempio la necessità di specifiche autorizzazioni o documentazioni, ma, in misura minore, anche le misure indispensabili ai fini di un efficace controllo successivo. In particolare, si è ad esempio ritenuta non proporzionata la richiesta di presentare una certa documentazione o di disporre di un rappresentante aziendale nel paese di destinazione. A questa giurisprudenza meramente consolidatrice di principi già espressi si riserverà solo un breve cenno.

Di maggiore interesse è invece quel filone giurisprudenziale che ha ridefinito i confini del potere di regolazione riservato dalla direttiva allo stato ospitante: di esso si darà prevalentemente conto nei paragrafi che seguono. L'applicazione della formula *Sager*, infatti, ha reso sempre più ristretti gli ambiti di ammissibilità di una estensione della normativa sulle condizioni di lavoro del paese di prestazione del servizio<sup>532</sup>. Basti a tal proposito ricordare sinteticamente che tale dottrina richiede che la singola previsione dell'ordinamento del lavoro dello stato ospitante soddisfi il consueto test a quattro fasi: carattere restrittivo della disposizione, giustificatazza della restrizione, non sottoposizione ad un duplice onere, proporzionalità e necessità della previsione.

La sentenza *Wolff & Muller*<sup>533</sup> rappresenta la prima sentenza interpretativa della direttiva sul distacco<sup>534</sup> e sembrava contrassegnata da

---

<sup>532</sup> Sulla centralità dell'applicazione della formula *Sager* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 25 Luglio 1991, C-76/90 *Sager K Dennemeyer & Co. Ltd*, cit.) anche alla materia del distacco la dottrina è abbastanza unanime. Si veda ad esempio CORTI, M., *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia*, op. cit., p. 253. Per una critica LO FARO, A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit., BORELLI, S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, op. cit.

<sup>533</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 12 ottobre 2004, C-60/03, *Wolff & Muller GmbH*, cit.

notevoli segnali di apertura rispetto alle esigenze regolative degli stati membri, inducendo a ben sperare per la normativa lavoristica nazionale, almeno per ciò che fosse strettamente attinente alle materie oggetto di regolazione da parte della direttiva. Ivi, infatti, la Corte ha ritenuto proporzionata una normativa tedesca che prevedeva una obbligazione solidale tra appaltatore di servizi ed appaltante quanto all'obbligazione retributiva nei confronti dei lavoratori distaccati.

La Corte ha ravvisato nella normativa predisposta dallo Stato tedesco una disposizione suscettibile di innalzare il livello di tutela dei lavoratori distaccati e, in particolare, una applicazione dell'articolo 5 della direttiva sul distacco che riconosce agli Stati membri il potere di adottare *“misure adeguate in caso di inosservanza della direttiva”* e corrispondente potere di vigilare *“in particolare affinché i lavoratori e/o i loro rappresentanti dispongano di procedure adeguate ai fini dell'esecuzione degli obblighi previsti dalla presente direttiva”*<sup>535</sup>.

Ma la vera ventata di rinnovamento si percepisce dalla lettura del punto 41 della sentenza ove la Corte ammette la tutela a fronte di pericoli di *dumping sociale* tra le esigenze imperative di interesse generale che possono animare il legislatore nazionale nel prevedere una certa regolazione che ponga alla base il principio di equità di trattamento tra lavoratori. Ed infatti qui la Corte afferma *“in quanto uno degli scopi perseguiti dal legislatore nazionale consista nel prevenire una concorrenza sleale da parte delle imprese che retribuiscono i loro dipendenti a un livello inferiore rispetto a quello corrispondente al salario minimo, cosa che spetta al giudice a quo appurare, un tale scopo può essere preso in considerazione quale esigenza imperativa atta a giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi nella misura in cui ricorrano i presupposti rammentati al punto 34 della presente sentenza”*, ossia in quanto la normativa si riveli oltre che giustificata, proporzionata e necessaria. L'abbandono dei tradizionali canoni di rigore è però in parte – ad avviso di chi scrive – da riconnettere al fatto che il caso eccezionalmente vedeva un cittadino portoghese agire in giudizio davanti al giudice tedesco per il

---

<sup>534</sup> Cfr. punti 26 e 27 della sentenza *Wolff & Muller* (sentenza della Corte di Giustizia, del 12 ottobre 2004, C-60/03, *Wolff & Muller GmbH, cit.*) in cui è la Corte stessa a menzionare la direttiva che invece il giudice a quo aveva tralasciato di citare

<sup>535</sup> Entrambe le citazioni si riferiscono all'art. 5 della Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, cit.

riconoscimento della retribuzione. In questo caso, dunque, la Corte potrebbe essere stata influenzata dal fatto che le esigenze di protezione del mercato del lavoro nazionale sarebbero recessive rispetto al concreto interesse del lavoratore a veder adempiuta nei suoi riguardi l'obbligazione retributiva.

La giurisprudenza successiva non è stata altrettanto rassicurante.

Si darà conto di essa nei paragrafi a seguire sulla base di una ripartizione per materia che meglio permette una individuazione dei concreti effetti di essa

#### *2.1.8.1 Interpretazione "minimalista" vs. parità di trattamento*

Dopo l'approvazione della direttiva, come anticipato, il contenzioso in materia di distacco non è certo diminuito. Sebbene all'attenzione della Corte di Giustizia siano state sottoposte questioni aventi ad oggetto singole perplessità ermeneutiche, in generale, dietro le questioni specifiche spesso si celava una macroproblematica, quella della definizione della natura della direttiva.

La soluzione delle singole questioni è infatti in un certo senso subordinata alla risoluzione di quest'ultima che si può anche declinare in termini di indagine sulle finalità prevalenti della direttiva. Una volta che infatti si sia individuata l'interpretazione da dare della direttiva, va da sé che tutte le specifiche norme di cui si sia richiesta l'interpretazione siano lette in una certa direzione<sup>536</sup>.

Il carattere fortemente compromissorio della direttiva, sul quale ci siamo ampiamente soffermati in precedenza, autorizzava ricostruzioni che, sebbene antitetiche, apparivano entrambe dotate di un'ampia credibilità giuridica, eppure, la Corte ha deciso di accreditare la tesi di uno strumento volto al rafforzamento della libera circolazione dei servizi e, dunque, indispensabile per liberare da vincoli legislativi i prestatori di servizi transnazionali.

Tale opzione teorica ha ovviamente influenzato anche la valutazione della soglia di tutela ammissibile per i lavoratori distaccati. Le condizioni

---

<sup>536</sup> Sulle stesse posizioni MALMBERG, J., *Posting post Laval*, *op. cit.*, p. 5



lavorative applicabili dallo Stato di prestazione del servizio devono dunque, secondo tale costruzione, limitarsi al minimo statutario<sup>537</sup>.

La direttiva sarebbe così uno strumento capace di condensare in sé sostanzialmente tutto il potere regolativo che spetta allo stato ospitante in materia di servizi. La decisione è una conseguenza soprattutto della giurisprudenza elaborata nel quartetto Laval.

Dalla lettura di queste sentenze traspare l'abbandono di una logica di parità di trattamento tra lavoratori in favore di una adozione di un principio di protezione minima; tutte le differenze regolative ulteriori rispetto a quelle tra minimi non sarebbero dunque suscettibili di innescare un meccanismo di competizione regolativa e di innescare quella concorrenza sleale che la direttiva è interessata ad evitare<sup>538</sup>.

Ben si comprende come una simile lettura possa non convincere non soltanto da una prospettiva assiologica ma anche sulla base di valutazioni interpretative di carattere letterale, storico e sistematico.

Sotto un profilo interpretativo strettamente letterale viene fatto di chiedersi come l'argomentare della Corte possa apparire compatibile con la formulazione dell'articolo 3.7: in questa disposizione infatti può leggersi chiaramente che la direttiva non osta a che si applichino termini e condizioni più favorevoli ai lavoratori<sup>539</sup>. Viene in particolare in rilievo quanto affermato dalla Corte al paragrafo 80 della sentenza nel caso *Laval*<sup>540</sup> e poi ripreso in *Ruffert*<sup>541</sup> al punto 34 ove la Corte specifica che l'art. 3.7 “*non può essere interpretato nel senso che esso consentirebbe allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle*

---

<sup>537</sup> KILPATRICK, C. P., *Laval's regulatory conundrum: Collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers*, in *European Law Review*, n. 6, 2009 *Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit., punto 80, p. 856

<sup>538</sup> MALMBERG, J., *Posting post Laval*, op. cit., p. 8

<sup>539</sup> Articolo 3.7 della Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, cit.

<sup>540</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

<sup>541</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Ruffert*, in qualità di curatore fallimentare della *Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG contro Land Niedersachsen*, cit.

*norme imperative di protezione minima*". L'affermazione è stata in dottrina definita correttamente ad avviso di chi scrive *apodittica*<sup>542</sup> non si capisce infatti la motivazione per cui dovrebbe escludersi una simile lettura dal momento che anzi anche un parametro di interpretazione sistematica soccorre in tale direzione. Paradigmatico in tal senso, il considerando n. 17 ove si fa espresso riferimento alla volontà di far sì che a prescindere dal contenuto della direttiva sia assicurato il massimo di protezione astrattamente possibile per i lavoratori distaccati.

Ma più in generale, tutti i consideranda della direttiva testimonierebbero il pieno riconoscimento da parte della stessa del principio di territorialità del diritto del lavoro.

Ciò che inoltre stona, oltre al sovvertimento interpretativo rispetto all'ordinaria interpretazione delle direttive lavoristiche che vengono sempre considerate come minimo di tutela suscettibile di innalzamento per l'operatività del principio del favor, è che alla luce di tale lettura la competizione regolativa tra ordinamenti del lavoro si tramuta da mera opzione teorica a concreto obbligo cui devono attenersi gli Stati.

L'interpretazione della Corte non convince poi sulla base di una lettura dell'articolo 3.7 in combinato disposto con l'articolo 3.10. Il collegamento tra le due disposizioni, infatti, evidenzia come gli articoli mirino a realizzare il medesimo obiettivo di inserire una clausola di *favor* nei confronti dei lavoratori: il primo in relazione alle materie previste dalla direttiva stessa ed il secondo in relazione alle materie che la direttiva lascia scoperte. Nota bene inoltre che le conclusioni cui perviene l'avvocato generale andavano in un'altra direzione. Con questa interpretazione, inoltre, la Corte sembra più orientata nella valorizzazione di una prospettiva di breve periodo piuttosto che di lungo periodo legittimando che i paesi new comers sfruttino un bonus d'ingresso<sup>543</sup>.

Ciò che appare interessante evidenziare è che la Corte sembra ritenere che nel fornire un'interpretazione così restrittiva della direttiva stia

---

<sup>542</sup> INGRAVALLO, I., *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, op. cit., p. 46

<sup>543</sup> Così, SERRANO, M. L., *La deludente performance della Carta di Nizza alla prova della Corte di Giustizia*, in *Il conflitto sbilanciato*, VIMERCATI, A., (a cura di), Cacucci, 2009, p. 176

operando favorendo i lavoratori lettoni o comunque dei paesi economicamente più deboli dell'Unione Europea e ciò in quanto seppur sta negando ad essi un livello di protezione superiore a quello che spetterebbe loro se la direttiva fosse interpretata come un minimo e non come un massimo e gli sta negando di poter accedere all'analogo livello di protezione dei colleghi stranieri che lavorano nello stabilimento vicino, lo sta facendo per aumentare le loro opportunità di impiego. In questo senso la decisione è intrisa di una certa ideologia e non corrisponde certamente all'ideologia che ha mosso nell'adozione della direttiva che era quella di estendere il diritto del lavoro del paese ospitante ed i suoi contratti collettivi per innalzare la protezione dei lavoratori stranieri distaccati e non di diminuirla per aumentare la loro occupabilità<sup>544</sup>.

In conclusione, si attua così una radicale inversione di tendenza rispetto all'interpretazione prediletta da tutti gli Stati membri in sede di implementazione nazionale e una squarciante torsione delle finalità della direttiva che potevano evincersi dai suoi stessi considerando. Viene così sconfessato uno dei principali prolegomeni della lettura antidiscriminatoria della direttiva, contenendo fortemente il potere dello Stato ospitante di estendere la propria normativa ai lavoratori distaccati.

#### 2.1.8.2 *La contrattazione collettiva*

Quanto alla tematica della contrattazione collettiva, anche in relazione ad essa sembrano affacciarsi vuoi questioni di carattere generale, vuoi questioni specifiche, che sostanzialmente dipendono dalla soluzione del più ampio e complesso dibattito sul ruolo da attribuire all'autonomia collettiva. Infatti, uno dei principali problemi che si è riscontrato dopo l'entrata in vigore della direttiva è stato quello di svelare in che misura la fonte collettiva può cooperare nella determinazione delle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori distaccati e, in generale, le risposte che la Corte ha fornito a questa domanda – differenziate a seconda del modello di relazioni industriali che venga a rilevanza – dimostrano una non

---

<sup>544</sup> DORSSEMONT, F., *The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, op. cit., argomenta in tal senso a p. 32

confortante mancanza di fiducia nei confronti dell'autonomia collettiva, nonché un conseguente sotteso tentativo di causticarne l'espansione. Nella decisione della Corte sul punto, soprattutto nel caso *Laval*<sup>545</sup> sul quale si avrà modo di soffermarsi, trapela una sorta di diffidenza nei confronti della contrattazione nonché una tendenza all'uniformazione dei modelli di recepimento della direttiva con una approvazione più ampia di quelli statalisti e tacita condanna di quelli che delegano poteri alle parti sociali<sup>546</sup>.

La questione del ruolo della contrattazione collettiva ha, poi, immediate implicazioni pratiche anche in rapporto al nostro sistema giuridico e può apparirci più vicina se riformulata in tali termini: “i contratti collettivi italiani sono in grado di rispondere alle richieste del giudice comunitario? E quali? In che misura?”

La domanda si pone in termini sostanzialmente analoghi in rapporto a ciascun sistema giuridico, eppure, ha ricevuto risposte in un certo senso differenziate per i profili di specificità di ciascuno di essi.

Quanto alla Germania ad esempio, la domanda ha preso le forme della possibilità o meno di ammettere in un sistema caratterizzato dalla generale applicabilità del contratto collettivo di adottare una disposizione legislativa che “*subordini l'assegnazione di un appalto alla condizione che l'impresa aggiudicataria si obblighi a corrispondere ai propri dipendenti le retribuzioni stabilite dal contratto collettivo del luogo di esecuzione della prestazione di lavoro*”<sup>547</sup>, non dichiarando l'efficacia *erga omnes* del contratto ma prevedendo che l'obbligazione scatti in seguito all'aggiudicazione di un appalto pubblico ed operi anche nei confronti del subappaltatore.

In questo contesto non tutte le variegate espressioni della contrattazione collettiva sono poste in dubbio ma solo quella che ecceda i minimi statuari, gli unici di cui si è ammessa tutela nei confronti dei lavoratori distaccati, che, nel caso in esame, trovano fondamento in un contratto collettivo ad efficacia *erga omnes*.

---

<sup>545</sup> Sentenza *Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

<sup>546</sup> DEAKIN, S., *Regulatory competition in Europe after Laval*, op. cit., p. 20

<sup>547</sup> INGLESE, I., *La direttiva sul distacco e le ingiustificate restrizioni alla libera prestazione di servizi*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 7, 2008, p. 542.

Quanto all'Italia o alla Svezia, la questione si declinerà in termini di possibile applicazione di contratti che non siano dotati di efficacia generale obbligatoria.

In tutti i casi considerati occorre, però, tener presente che la disapplicazione nei confronti dei prestatori stranieri dei contratti collettivi produce il medesimo effetto di ammettere la legittimità di un trattamento peggiore che sia da riservare agli stranieri rispetto a quello cui sono ordinariamente sottoposti i lavoratori locali, nonché una irrazionale disparità di trattamento tra imprese con conseguenti serie difficoltà per le imprese nazionali a continuare ad essere concorrenziali applicando i contratti collettivi nazionali<sup>548</sup>. Eppure, la Commissione, prima, e la Corte, in seguito, non sembrano preoccupate dagli effetti perversi che potrebbero derivarne.

Nei sistemi come quello italiano la Corte richiede in primo luogo il rispetto di un requisito di tipo formale, ossia l'esplicito richiamo della disposizione derogatoria prevista dall'articolo 3.8 c. 2, di cui oggi è ad esempio priva la normativa italiana<sup>549</sup>.

Astraendo dal contesto in cui andrebbe inserita ciascuna pronuncia, può trarsi una massima generale dai casi giuridici sottoposti alla Corte: la diminuzione del potere concesso alla contrattazione di estendere i propri risultati anche ai distaccati. Infatti, ove il contenuto dei contratti collettivi sia recepito dalla legge, di fatto, l'unica fonte del rapporto dei lavoratori distaccati ammissibile sarà la fonte legale, sebbene a mezzo di rinvio al contenuto della contrattazione; ove i contratti non siano recepiti dalla legge, ciò vuol dire che ad essi si riserva la consueta funzione di innalzamento dei livelli di tutela, che è oggi ritenuta incompatibile con una lettura minimalistica della direttiva.

Una simile interpretazione cui di fatto obbliga la sincronica lettura di *Laval* e *Ruffert* rende inutile una disposizione come quella nazionale che autorizzi le parti sociali a negoziare, e ciò in spregio del principio ermeneutico che vorrebbe che, a fronte di più interpretazioni possibili, si prediligesse quella che consenta di preservare l'utilità di una disposizione.

---

<sup>548</sup> NADALET, S., *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, op. cit., p. 48

<sup>549</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit., argomentazione usata dalla Corte per escludere la possibilità per la Svezia di invocare l'applicazione del contratto collettivo, paragrafo 67

Le limitazioni all'autonomia collettiva oltre ad investire il piano generale dell'utilità della contrattazione collettiva quale fonte, interviene anche su livelli e contenuti.

La Corte in *Laval* chiarisce che l'unico contratto cui possa farsi cenno deve essere facilmente accessibile ed uguale su tutto il territorio nazionale altrimenti il prestatore rimarrebbe nell'incertezza quanto ai propri oneri retributivi. Ciò esclude ogni margine applicativo per forme di contrattazione locale ed aziendale<sup>550</sup>. Condizione necessaria per l'applicazione del contratto collettivo è dunque una certa prevedibilità dei costi e trasparenza<sup>551</sup>.

In questo settore la Corte di Giustizia si è, dunque, pienamente allineata alla posizione della Commissione, espressa già nel 2003. L'affermazione di un principio di piena parità di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori nazionali, soprattutto nelle situazioni di appalto interno, importerebbe, all'opposto rispetto a quanto conseguito dall'orientamento manifestato dalla Corte di Giustizia, l'applicazione del medesimo contratto collettivo aziendale.

In condizioni di pregiudizio potrebbero trovarsi anche quei contratti collettivi stipulati con le imprese appaltanti affinché si impegnino a rispettare i contratti collettivi anche nei rapporti con gli appaltatori, poiché manca ogni diretta contrattazione con l'impresa straniera<sup>552</sup>.

Uno dei problemi specifici dipende dall'interpretazione dell'ultima parte dell'articolo 3.8 ove si prevede che debba in ogni caso essere assicurata la parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere. Sebbene la disposizione – come brillantemente evidenziato da Davies<sup>553</sup> – sia nata al fine di evitare che si sottoponessero alle disposizioni di contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes* unicamente i prestatori di servizi, alla luce dell'interpretazione proposta dalla Corte di Giustizia sembra possa essere usata per impedire in toto l'applicazione di contratti non *erga omnes*.

---

<sup>550</sup> KILPATRICK, C. P., *Laval's regulatory conundrum: Collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*, cit.) punto 80, p. 854

<sup>551</sup> Sentenza *Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit., para 71

<sup>552</sup> NADALET, S., *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, op. cit., p. 52

<sup>553</sup> DAVIES, P., *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, op. cit.

Un altro aspetto che non convince è la comparazione tra impiego pubblico e privato, prospettata dalla Corte in Ruffert, giusta la quale il richiamo alla contrattazione sarebbe discriminatorio ove non sia applicato in egual modo ad entrambi i settori<sup>554</sup>.

### *2.1.8.3 Il limite dell'ordine pubblico tra ordine pubblico interno e ordine pubblico "dell'UE"*

Uno dei principali problemi esegetici originati dalla direttiva è consistito nell'individuazione dei canoni interpretativi utili a decifrare la nozione di ordine pubblico. Infatti, come ben messo in evidenza da Davies<sup>555</sup> già all'indomani della sua entrata in vigore, la previsione di cui all'articolo 3.10 subordinando la possibilità di estendere l'applicazione della disciplina del paese ospitante al rispetto del Trattato, esplicitamente autorizzava un intervento attivo della Corte di Giustizia, ancorato sull'articolo 49 TCE, ora 56 TFUE, e finalizzato all'accertamento dell'effettiva rispondenza della disposizione nazionale all'ordine pubblico.

Astrattamente possono darsi due nozioni di ordine pubblico: la prima di carattere interno e la seconda di carattere internazionale. La distinzione si gioca fondamentalmente sull'ampiezza del potere regolativo, più vasto nel primo caso e più ristretto nel secondo.

L'ordine pubblico interno si fa generalmente coincidere con qualsiasi disposizione imperativa che sia in vigore in un certo ordinamento e che abbia indistintamente i caratteri dell'inderogabilità sia nei confronti dei cittadini che degli stranieri. Diversamente, l'ordine pubblico internazionale ha una nozione più contenuta coincidendo soltanto con quelle disposizioni ritenute cruciali *"per la salvaguardia dell'organizzazione politica, sociale o economica dello Stato membro interessato, al punto da imporne il*

---

<sup>554</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Ruffert, in qualità di curatore fallimentare della Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG contro Land Niedersachsen*, cit.

<sup>555</sup> DAVIES, P., *Posted workers: Single Market or protection of national labour law systems?*, op. cit., p. 593

*rispetto a chiunque si trovi nel territorio nazionale di tale Stato membro o a qualunque rapporto giuridico localizzato nel suo territorio*<sup>556</sup>.

Ben presto si è acquisita consapevolezza che il punto di equilibrio tra istanze dell'*host state* e esigenze dei prestatori dipendeva sostanzialmente dall'interpretazione della nozione di ordine pubblico, benché, in realtà, il dibattito sull'ordine pubblico fosse addirittura antecedente alla direttiva. La Corte, infatti, ebbe ad occuparsi del concetto di ordine pubblico, quale giustificazione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi, basata sull'articolo 49 TCE, già con il caso *Arblade*.<sup>557</sup> In quel caso la Corte agganciò il concetto di ordine pubblico alla nozione di esigenza imperativa di interesse generale<sup>558</sup>, sulla quale abbiamo ampiamente avuto modo di soffermarci.

In questo senso la nozione di ordine pubblico acquisisce nuova centralità per divenire il fulcro di un ragionamento basato sulla prevenzione del *dumping sociale*. Come correttamente evidenziato da Giubboni l'accezione di ordine pubblico dovrebbe in tale ottica essere valorizzata "*quale effettivo schermo contro forme sleali di competizione (de-)regolativa apertamente basate sul dumping sociale*"<sup>559</sup>.

La questione è che, però, la nozione è stata spesso abusivamente utilizzata dagli Stati membri con finalità protezionistiche, al punto di stravolgere totalmente il senso della disposizione in sede di implementazione.<sup>560</sup>

---

<sup>556</sup> Così la Commissione COM(2003) n. 458, p. 14

<sup>557</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e 376/96, *Arblade*, cit. Se ne veda il commento di DAVIES, P., *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, op. cit., in cui l'autore ricostruisce la giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore della direttiva in ipotesi di distacco dei lavoratori per verificare quale sarà l'approccio adottato dalla Corte nell'interpretazione della direttiva, p. 302

<sup>558</sup> 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*, op. cit., p. 479, ma anche di recente ribadito da PALLINI, M., *La tutela dell'ordine pubblico sociale quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in *Il conflitto sbilanciato*, Vimercati, A. (a cura di), Cacucci Editore, 2009, p. 201 e ss.

<sup>559</sup> GIUBBONI, S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, op. cit., p. 22

<sup>560</sup> NADALET, S., *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, op. cit.



Proprio per tale ragione Giubboni critica sia l'atteggiamento protezionistico manifestato da taluni stati nell'interpretare la nozione sia la "speculare deriva liberistica impressa dalla Corte di giustizia nella sua più recente giurisprudenza sulla direttiva e, più in generale, sul rapporto tra l'esercizio delle libertà economiche comunitarie e le prerogative esercitabili dagli Stati membri (e dai sindacati) nella difesa dei sistemi domestici di diritto del lavoro dalle spire del dumping sociale..<sup>561</sup>

La previsione contenuta all'articolo 3.10 primo paragrafo concede, infatti, che gli Stati possano innalzare gli standard, ove debba darsi applicazione a disposizioni di "ordine pubblico"<sup>562</sup>. E' ben chiaro come individuare che cosa sia da qualificare come ordine pubblico sia fondamentale per accertare la percentuale di diritto del lavoro applicabile. Potrebbe infatti in primo luogo chiedersi se possa integrare la fattispecie, il principio di parità di trattamento o non discriminazione. In questo senso si dovrebbero estendere tutte quelle condizioni lavorative che siano determinanti per garantire che i lavoratori distaccati non siano posti in situazioni deteriori rispetto agli stranieri<sup>563</sup>.

Inoltre, occorrerebbe chiedersi se della nozione debba darsi una valutazione formalistica o sostanzialistica, accertando se una disposizione, pur apparentemente discriminatoria, sia in realtà necessaria in un certo sistema per assicurare l'applicazione del diritto del lavoro nazionale. Come ad esempio nel caso *Laval*<sup>564</sup> ove la *Lex Britannia*<sup>565</sup> di

---

<sup>561</sup> GIUBBONI, S., *ibidem*, p. 22

<sup>562</sup> Ritengono che questo possa essere un argomento centrale AHLBERG, K., BRUUN, N. e MALMBERG, J., *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>563</sup> Confronta in tal senso anche la proposta della lavorista ed europarlamentare Donata Gottardi che si può consultare nel suo sito internet [http://www.donatagottardi.net/stampa/08\\_02\\_29.htm](http://www.donatagottardi.net/stampa/08_02_29.htm) alla lettera E

<sup>564</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

<sup>565</sup> *Lex Britannia* inserita nel Codetermination Act 1976: 580 con provvedimento legislativo dell'1 luglio 1991. Per le premesse fattuali che hanno indotto il legislatore svedese ad inserire la disposizione si veda SCIARRA, S., *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Rüffert, Lussemburgo*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, ANDREONI, A., VENEZIANI, B. (a cura di), Ediesse, 2009, p. 42

fatto poneva nelle medesime condizioni le imprese nazionali e quelle straniere esponendole allo sciopero<sup>566</sup>.

Ebbene, nel trittico di sentenze *Laval*<sup>567</sup>, *Ruffert*<sup>568</sup> e *Commissione contro Lussemburgo*<sup>569</sup> la Corte ha fornito precise indicazioni interpretative per l'esatta individuazione della nozione di ordine pubblico.

In particolare, l'ultima delle tre sentenze allinea perfettamente il ragionamento della Corte a quello della Commissione, manifestato già nel 2003. Sostanzialmente la Corte sembra accreditare la tesi giusta la quale la nozione di ordine pubblico coinciderebbe con il concetto di ordine pubblico internazionale<sup>570</sup>: sarebbe dunque ammissibile l'applicazione della legislazione dello stato ospitante solo ove si tratti di norme fondamentali e riconosciute dall'ordinamento internazionale. La discrasia rispetto alla precedente consolidata interpretazione è evidente se si considerano i fatti che hanno dato origine alla controversia nel caso *Commissione contro Lussemburgo*<sup>571</sup>: in questo caso la Corte ha ritenuto non invocabile l'articolo 3.10 a fronte di una disposizione indistintamente applicabile che assicurava un meccanismo analogo a quello della scala mobile anche ai lavoratori con contratto a tempo determinato e che lo stato Lussemburghese aveva giustificato con l'esigenza di tutela della pace sociale<sup>572</sup>. La cosa preoccupante è che in questo caso la Corte sembra aver generalizzato quella sovversione dell'interpretazione delle direttive lavoristiche che aveva già effettuato nei confronti della direttiva sul distacco, ritenendo che la direttiva sul contratto a termine avesse già comunitarizzato i minimi di tutela e nessun innalzamento fosse possibile per i lavoratori stranieri anche se

---

<sup>566</sup> PALLINI, M., *La tutela dell'«ordine pubblico sociale» quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, op. cit., p. 205

<sup>567</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit.

<sup>568</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Ruffert*, in qualità di curatore fallimentare della *Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG contro Land Niedersachsen*, cit. punto 33

<sup>569</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 19 giugno 2008, *Commissione delle Comunità europee contro Granducato del Lussemburgo*, cit. punto 32

<sup>570</sup> NADALET, S., *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, op. cit., p. 40

<sup>571</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 19 giugno 2008, *Commissione delle Comunità europee contro Granducato del Lussemburgo*, cit.

<sup>572</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 19 giugno 2008, *Commissione delle Comunità europee contro Granducato del Lussemburgo*, cit. punto 53

indistintamente applicabile. Il minimo non è dunque quello nazionale ma quello cristallizzato nelle direttive comunitarie che dal canto loro contengono delle espresse clausole di favor<sup>573</sup>.

Dunque, le tutele ulteriori rispetto a quanto espressamente previsto in direttiva acquisiscono carattere di assoluta eccezionalità e diviene di fatto impossibile per gli Stati membri applicare norme in materie ulteriori rispetto a quelle tassativamente elencate in direttiva, con ciò chiudendo le aperture nei confronti delle potestà regolative degli Stati membri ed obbligando alla creazione di fenomeni di dumping sociale<sup>574</sup>.

Non può che condividersi la critica di quello studioso che nel trattare la tematica dell'ordine pubblico nella direttiva sul distacco ha sollevato numerose perplessità a fronte di una simile uniformazione di valori, cui conduce lo stabilire la coincidenza tra nozione di ordine pubblico ex art. 3.10 e quella di ordine pubblico comunitario<sup>575</sup>.

#### *2.1.8.4 Autorizzazioni, controlli e tenuta dei documenti*

In materia di autorizzazioni e controlli la stella polare è rimasta pur sempre la decisione della causa *Arblade*<sup>576</sup> alla quale sostanzialmente la Corte rinvia. Poche sono le sentenze di rilievo in tale settore e per questo si propongono molto velocemente le conclusioni cui è giunta la Corte.

Nella sentenza C-490/04 del 18.07.2007 la Corte di Giustizia ha ritenuto proporzionato e necessario per l'effettuazione di controlli sul distacco l'obbligo imposto dalla Germania di tradurre i documenti sociali essenziali, la Corte ha ravvisato il carattere non particolarmente oneroso della traduzione e al contrario il carattere estremamente utile rispetto

---

<sup>573</sup> PALLINI, M., *La tutela dell'«ordine pubblico sociale» quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, op. cit., p. 208

<sup>574</sup> PALLINI, M., *La tutela dell'«ordine pubblico sociale» quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, ibidem, p. 204

<sup>575</sup> PALLINI, M., *La tutela dell'«ordine pubblico sociale» quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, op. cit., p. 209, ma analogamente si era espresso DEAKIN, S., *Regulatory competition in Europe after Laval*, op. cit., p. 20

<sup>576</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e 376/96, *Arblade*, cit.

all'interesse pubblico di effettuazione dei controlli ex post in cantiere ed ha quindi concesso di mantenere la normativa. Non ha invece passato il vaglio dell'esame della Corte di Giustizia la disposizione direttamente discriminatoria che imponeva soltanto alle imprese straniere di comunicare i mutamenti di cantiere dei lavoratori temporanei.

Sulla materia è inoltre intervenuta una recentissima sentenza dell'ottobre del 2010, la sentenza *Palhota*<sup>577</sup> sulla quale ci si soffermerà anche in seguito per le specifiche indicazioni dell'Avvocato Generale sulla materia dei servizi alla luce dei nuovi principi del trattato.

La sentenza non si discosta dall'orientamento consolidato in materia di autorizzazioni e controlli. Il caso aveva ad oggetto la nuova legislazione belga in maniera di distacco e concerneva in particolare la richiesta di dar comunicazione dell'avvenuto distacco, di tenere documenti sociali e conservarli.

Sostanzialmente avallando le Conclusioni cui era giunto Villalòn, la Corte ha negato che potesse costringersi un datore di lavoro intenzionato a distaccare dei lavoratori sul territorio Belga ad una procedura di registrazione che, pur non incidendo sulla possibilità di distaccare i lavoratori, prevede un trattamento giuridico più sfavorevole per quei datori che non attendano la conferma dell'avvenuta registrazione. Una simile procedura infatti, a parere della Corte, si rivela restrittiva della libertà di prestazione di servizi in maniera non proporzionata, dal momento che il medesimo obiettivo di tutela dei lavoratori potrebbe essere raggiunto in modo analogo con una semplice comunicazione.

Quanto alla tenuta dei documenti sociali essa è legittima se, osservando il *decisum* di *Arblade*, permette che si producano i documenti dello Stato di origine ove equivalenti; non può invece obbligarsi il prestatore a conservare tali documenti ma sarebbe proporzionata una disposizione che permetta allo stato ospitante di richiedere ex post dei documenti allo stato d'origine.

---

<sup>577</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 7 ottobre 2010, C-515/08, *Palhota et al.*, ancora non pubblicata in *Racc.* ma disponibile on line su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/sentenze/10/causa515-08.pdf>

## 2.2 Dalla Bolkestein alla direttiva sui servizi nel mercato interno

La direttiva sottoposta all'esame del parlamento e del consiglio dell'Unione Europea nel 2004 e nota con il nome del suo proponente, *Bolkestein*, mirava a predisporre un regime giuridico unitario sia per i servizi che per lo stabilimento<sup>578</sup>.

La ragione principale alla base della stesura della proposta da parte della Commissione era l'esigenza di imprimere una forte accelerazione nell'integrazione del mercato dei servizi. Lo strumento attraverso il quale conseguire il risultato era individuato all'articolo 16 della direttiva ove si stabiliva come regola generale nel caso di esercizio delle libertà di circolazione l'applicazione del principio del paese d'origine.

Il PPO costruirebbe un'evoluzione liberalizzatrice del principio del mutuo riconoscimento, attualmente in uso nelle libertà fondamentali, non tanto per gli esiti pratici cui esso addiviene quanto piuttosto per l'impostazione teorica del problema<sup>579</sup>.

Grazie al principio del paese d'origine infatti si opta legalmente e indiscutibilmente per l'applicazione della normativa del paese d'origine in ogni situazione in cui debba decidersi in una fattispecie caratterizzata da elementi di internazionalità quale sia la legislazione applicabile. Ciò di fatto impedirebbe di richiedere in via giudiziale alla Corte di Giustizia la verifica del carattere lesivo rispetto alle libertà fondamentali di una certa disposizione. Gli Stati membri inoltre si troverebbero in condizione di poter difendere la giustificatezza di una certa previsione in rapporto a ragioni di interesse generale solo laddove la giustificazione sia legalmente prevista, altrimenti nessuna valutazione potrebbe essere assicurata dal giudice.

---

<sup>578</sup> Direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno. Gazzetta ufficiale L 376 del 27.12.2006. L'iter di approvazione può essere seguito on line su

[http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=it&DosId=188810](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=it&DosId=188810)

<sup>579</sup> BANO, F., *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione Europea*, op. cit., p. 86

La direttiva sui servizi faceva però salvo il contenuto della direttiva sul distacco, mantenendo in relazione alle materie in essa previste l'applicazione del principio dell'host state control.

L'applicazione della direttiva sui servizi avrebbe però comportato – per tutte le materie che non trovassero esplicita regolazione nella direttiva sul distacco – l'applicazione del principio del paese d'origine, sterilizzando le aperture, pur contenute nella direttiva sul distacco dall'articolo 3.7 o 3.10, a favore di una ulteriore estensione delle materie.

Si comprende dunque la dirompente portata che avrebbe avuto l'applicazione di questo principio dal momento che buona parte delle materie incluse in direttiva sono materie già comunitarizzate, eccetto le tariffe salariali, mentre per tutte le altre condizioni di lavoro, non contemplate, eppure essenziali per la valutazione complessiva del livello di tutela assicurato da un certo ordinamento (si pensi a titolo esemplificativo alla disciplina dei licenziamenti), si concederebbe di esportare in ogni paese la propria normativa d'origine<sup>580</sup>, con le inevitabili conseguenze in termini di *dumping sociale*. Per tale ragione, l'esclusione delle materie disciplinate dalla direttiva sul distacco da sola non sarebbe stata sufficiente a costituire un argine nei confronti della diffusione del principio del paese d'origine.

Le battaglie successive che sono state promosse dai sindacati e che hanno trovato sponda nel parlamento europeo hanno portato ad espungere il PPO dall'articolato della direttiva a favore di una codificazione della attuale giurisprudenza della Corte di Giustizia. Il principio fondamentale su cui dunque, alla luce di questo radicale intervento di modifica, si basa il mercato comunitario dei servizi è che tutti gli stati devono garantire l'accesso e il libero esercizio delle attività definite come servizi nel loro territorio (cfr. l'articolo 16 della direttiva)<sup>581</sup>.

La direttiva ha peraltro ribadito che le libertà di circolazione non dovrebbero in alcun modo ostacolare le attività delle parti sociali né

---

<sup>580</sup> In termini sostanzialmente analoghi anche VIARENGO, I., *Lavoratori distaccati, principio dello Stato di origine e libera prestazione di servizi: much ado about nothing!*, op. cit., p. 416

<sup>581</sup> GOTTARDI, D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, op. cit., pp. 28-30

pregiudicarne l'attività di negoziazione o le determinazioni in materia di azioni collettive<sup>582</sup>.

La discussione sulla direttiva sui servizi se ha perso valore in sé perché lascia pressoché immutata la situazione in materia di distacco e di normativa lavoristica applicabile non ha perso attualità sotto un altro aspetto ossia l'attivazione del *demos* europeo per impedire che della direttiva sul distacco venisse data un'interpretazione di basso profilo. Istanza di cui ha ritenuto di tener conto anche il legislatore sovranazionale modificando la direttiva sui servizi e di cui dovrebbe tener conto anche il giudice in sede di interpretazione sul distacco se non vuole che il bilanciamento troppo favorevole alle *lobbies* dei prestatori di servizi e delle imprese crei ulteriore disaffezione da parte del popolo europeo nei riguardi del progetto di integrazione. Inoltre, si è correttamente osservato che in questo rapporto tra direttiva sul distacco e direttiva sui servizi la Corte ha manifestato una mancanza di lealtà nei confronti di un processo legislativo su basi democratiche<sup>583</sup>.

---

<sup>582</sup> Analogamente MALMBERG, J., *Posting post Laval*, *op. cit.*, p. 7

<sup>583</sup> MALMBERG, J., *Posting post Laval*, *ibidem*, p. 21

## PARTE TERZA – IL CONFLITTO TRA DIRITTI COLLETTIVI E LIBERTÀ ECONOMICHE FONDAMENTALI

SOMMARIO: 1. I diritti collettivi e le libertà economiche: interazioni e conflitti -2. - La Corte di Giustizia “prende sul serio” i diritti fondamentali? -3.- Focus sul Caso Laval - 3.1 - I fatti della causa -3.2- Il diritto fondamentale di intraprendere un’azione collettiva rientra nell’ambito di applicazione del trattato?- 3.3 - Le reazioni “europee” alle decisioni Laval, Viking, Ruffert e Commissione contro Lussemburgo -3.4- Il modello di relazioni industriali svedesi nel mirino della Corte di Giustizia - 3.5 - La responsabilità risarcitoria dei sindacati per il danno “da sciopero”

### *1. I diritti collettivi e le libertà economiche: interazioni e conflitti*

Il diritto del lavoro si distingue dal diritto privato vuoi in ragione della sussistenza di un particolare contratto, il contratto di lavoro, vuoi in ragione della sua peculiare regolazione attraverso *labour standards*. Gli *standards* possono avere una natura sostanziale o procedurale, quelli sostanziali disciplinano le condizioni di impiego cui non è dato derogare *in peius*, mentre quelli procedurali “forniscono il supporto legale a meccanismi di negoziazione collettiva e/o di rappresentanza dei lavoratori e dei datori di lavoro. Fra questi sono incluse le leggi che permettono ai sindacati di operare al di fuori della dottrina del *restraint of trade* e degli *illeciti economici*: le leggi che disciplinano l'arbitrato e la conciliazione delle controversie di lavoro; le leggi che impongono ai datori di lavoro il dovere di contrattare con certi rappresentanti della forza lavoro, o di consultarsi con loro riguardo a certe decisioni; e le leggi che stabiliscono la codeterminazione. I *labour standards* hanno indubbiamente lo scopo di regolamentare la concorrenza nel mercato del lavoro e per qualcuno questa sarebbe una ragione sufficiente per condannarli, sulla base del fatto che non sono funzionali né all'efficienza né alla correttezza dello scambio.<sup>584</sup>

---

<sup>584</sup> DEAKIN, S., WILKINSON, F., *Il diritto del lavoro e la teoria economica*, ita, op. cit., p. 590



La citazione sopra riportata ci è utile per mostrare come il dibattito in relazione ai diritti sociali collettivi non rappresenti certo una notizia d'ultim'ora, anzi, l'attuale diatriba comunitaria sembra in certa misura riproporre questioni che gli stati nazionali sono già stati chiamati a dirimere agli esordi del diritto del lavoro.

I diritti collettivi, infatti, sono stati tra i diritti più “*bistrattati*”: basti semplicemente riferirsi al nostro ordinamento nazionale e notare quanto lungo è stato il percorso prima di giungere alla loro piena affermazione, come testimoniato, tra l'altro, anche dalle teorie sull'esistenza di limiti interni al diritto di sciopero che ancora circolavano nelle aule dei tribunali sul finire degli anni 70.

Valga sin d'ora a sgombrare il campo da distinzioni interne alla categoria dei diritti fondamentali la precisazione che diversamente dai diritti sociali intesi come aspirazione ad una prestazione<sup>585</sup> i diritti collettivi dei quali a breve ci occuperemo si configurano come diritti negativi, essendo delle vere e proprie libertà.

E ciò vale in particolare per il conflitto industriale che si definisce anche e soprattutto in rispetto all'ambito oggettivo riservato alla libertà economica.

L'analisi appena condotta sulla natura costituzionale della libertà economica di circolazione delle imprese ci è allora indispensabile per poter verificare natura e limiti dello sciopero nella costituzione economica europea<sup>586</sup>.

E, infatti, come correttamente segnalato da Corti<sup>587</sup>, il vero elemento innovativo delle due sentenze *Laval* e *Viking* è l'aver applicato la giurisprudenza sulla rimozione degli ostacoli anche al diritto di sciopero e l'aver invertito la valutazione, vagliando il diritto di azione collettiva e il diritto alla negoziazione collettiva in rapporto alle libertà di circolazione e non viceversa.

---

<sup>585</sup> Distinzione sulla quale si sofferma BALLESTRERO, M. V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, op. cit., p. 3 e ss.

<sup>586</sup> Così suggerisce di procedere in un'indagine sul diritto di sciopero nazionale ed europeo anche LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, op. cit., p. 2

<sup>587</sup> CORTI, M., *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia*, op. cit., p. 251

Se fino a questo momento (come visto nei paragrafi precedenti di questa tesi su giurisprudenza sui servizi e sul distacco e interpretazione del distacco) ciò che si era sottoposto a scrutinio erano normative nazionali estensive di condizioni di impiego ai lavoratori distaccati, ora la normativa sottoposta a scrutinio appare di precipua rilevanza perché attributiva di un diritto fondamentale ai cittadini e non riguarda più soltanto i lavoratori distaccati ma inferisce un duro colpo al diritto di sciopero dei cittadini svedesi e finlandesi.

La giurisprudenza comunitaria ha dunque mietuto diverse vittime: la prima la sovranità degli stati<sup>588</sup> e più di recente l'autonomia collettiva.

Nei casi in esame, il diritto fondamentale di sciopero o di negoziazione collettiva trovava la propria fonte in una norma costituzionale, esso, inoltre, è oggetto di vasto riconoscimento in molteplici strumenti internazionali. Tale aspetto non è tralasciato dalla Corte e dagli Avvocati Generali che per la prima volta ampliano il proprio linguaggio aggiungendo il vocabolario giussindacale e concludendo per una ammissione dello sciopero nell'empireo dei principi generali del diritto comunitario<sup>589</sup>.

Detto espresso riconoscimento va certamente salutato con favore<sup>590</sup> per aver sancito l'ingresso dello sciopero nel linguaggio del giudice dell'Unione, eppure, maschera, però, quantomeno la propria natura di boccone amaro o di "affermazione sconnessa dall'iter argomentativo" sul quale si fonda la decisione<sup>591</sup>, se non si volesse giungere, come pure hanno proposto autorevoli studiosi, a dichiararlo strumentale a scardinare i diritti fondamentali nazionali dei lavoratori<sup>592</sup>, con la natura quasi di *un cavallo di troia*<sup>593</sup>, di un  *dono dei Danai*<sup>594</sup>.

---

<sup>588</sup> PALLINI, M., *La tutela dell'«ordine pubblico sociale» quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, op. cit., p. 192

<sup>589</sup> Sentenza *Viking* punto 44 (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.)

<sup>590</sup> ORLANDINI, G., *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, consultabile on line al sito [www.etui.org/en/content/download/10511/55251/file/orlandini.pdf](http://www.etui.org/en/content/download/10511/55251/file/orlandini.pdf), p. 56, ora in *Il conflitto sbilanciato*, VIMERCATI, A., (a cura di), Cacucci, 2009

<sup>591</sup> LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero ai tempi della libera circolazione*, op. cit., p. 10

<sup>592</sup> ORLANDINI, G., *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 57 afferma, invero in maniera piuttosto radicale, che "il valore aggiunto dell'affermazione del diritto di

Val la pena allora di chiedersi in che misura l'attuale modifica istituzionale<sup>595</sup> possa incidere su quel bilanciamento originariamente “*sbilanciato*”<sup>596</sup> e specificamente in che misura possa incidere la valorizzazione della Carta di Nizza<sup>597</sup>, richiamata adesso dall'articolo 6 Trattato sull'Unione Europea<sup>598</sup>.

La negoziazione collettiva e le azioni collettive sono tutelate dall'articolo 28 seppur “*conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali*”<sup>599</sup>, ma la Carta contiene anche due disposizioni che operano in rapporto a tutti gli articoli elencati e che rispettivamente prescrivono l'obbligo di rispettare il contenuto essenziale dei diritti (art. 52) e una generale clausola di non regresso (art. 53) che potrebbero implementare la tutela del diritto e che sostanzialmente prescrive un

---

*sciopero a livello comunitario rispetto a quanto già previsto dagli stati membri è nullo”*

<sup>593</sup> VENEZIANI, B., *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, op. cit.

<sup>594</sup> VENEZIANI, B., *ibidem*, p. 295

<sup>595</sup> Sul mutamento della finalità dell'Unione si sono soffermati ALAIMO, A., CARUSO, B., *Dalla politica ai diritti: l'Europa “sociale” nel Trattato di Lisbona*, op. cit., i quali, pur affermando che “*la trama sociale*” del Trattato di Lisbona “*non potrà non condizionare le future operazioni di bilanciamento se non in senso più socialmente avanzato*”, p. 14 mettono in guardia dagli effetti sfavorevoli che possano conseguire “*dalla mancata indicazione di criteri di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche e dalla compresenza (irrisolta in mancanza di un adeguato bilanciamento giudiziale) delle due nozioni di economia sociale e di economia di mercato*”, p. 18, ma concludono positivamente che il “*bilanciamento tuttavia non opera più nel (quasi) vacuum sociale dei precedenti trattati, che legittimava il dominio incontrastato delle ragioni della razionalità economica del mercato; ma deve confrontarsi, dopo il TL, con una chiara e definita griglia di diritti che impone un utilizzo sapiente e raffinato dei principi di proporzionalità e ragionevolezza per operazioni di sostenibile bilanciamento*”, p. 19

<sup>596</sup> BALLESTRERO, M.V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, op. cit., p. 20

<sup>597</sup> Su queste posizioni, BALLESTRERO, M.V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, op. cit., p. 18, e specialmente p. 22, in cui dice che se a guidarci nella valutazione del bilanciamento tra diritti sociali fondamentali e libertà economica è il “*pessimismo della ragione*” non possiamo tenere in considerazione la sussidiarietà dei diritti fondamentali “*che frena l'universalizzazione dei diritti e ne mette in discussione la priorità*”

<sup>598</sup> Si noti bene che è stato abbandonato l'originario progetto presentato con il Trattato costituzionale di inserire la Carta nel testo dei trattati in favore di un suo semplice richiamo ad opera dell'articolo 6 TUE. Non sembra però che ciò abbia depotenziato l'efficacia vincolante della Carta.

<sup>599</sup> Come sottolineato dalla stessa Corte di Giustizia nei casi *Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit., e *Viking* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.),

quadro di tutela multilivello dei diritti fondamentali, obbligando le Corti nell'applicazioni dei diritti a tener conto anche delle Convenzioni internazionali che essi abbiano assunto, come ad esempio la Convenzione OIL n. 87 e 98, nonché della CEDU, la quale sembra stia evolvendo la propria giurisprudenza estendendo il potere di ricorrere allo sciopero.<sup>600</sup>

Su questi aspetti è bene riflettere nei paragrafi che seguono, partendo però dal presupposto che nella concreta definizione giudiziale dei casi il superamento dei dilemmi sulla portata vincolante o meno della Carta dei diritti fondamentali non ha giocato un suo autonomo ruolo e la mera codificazione della Corte non sembra suscettibile da sola di modificare il bilanciamento<sup>601</sup> dal momento che i casi sono stati risolti “come se” la Carta avesse efficacia vincolante<sup>602</sup>.

Eppure è da sperare che la modifica istituzionale<sup>603</sup> con la rinnovata centralità assicurata agli obiettivi sociali possa essere utile a modificare l'equilibrio cui si è pervenuti in sede di decisione dei casi *Laval e Viking* dal momento che essa innegabilmente introduce degli elementi che possono costituire una base determinante per rafforzare lo statuto dei diritti fondamentali nell'Unione Europea.

In tal senso, val la pena di richiamare le considerazioni da quest'ultimo menzionate dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón in relazione al caso C-515/08, *Santos Palhota e al.*, ove quest'ultimo ha avuto modo di valorizzare la vigenza del nuovo quadro istituzionale con la materia del distacco e ha affermato che “*il distacco di lavoratori, nei limiti in cui può modulare l'intensità della libera prestazione dei servizi, deve essere interpretato alla luce delle disposizioni sociali introdotte dal citato Trattato*”<sup>604</sup>, l'Avvocato

---

<sup>600</sup> CARUSO, B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, op. cit., p. 11

<sup>601</sup> Da ultimo GOTTARDI, D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, op. cit., p. 57

<sup>602</sup> Sulle possibili utilizzazioni della Carta dei diritti fondamentali ed in particolare sull'aumento dei casi in cui la Carta viene utilizzata come fondamento di una decisione giuridica si veda CARUSO, B., MILITELLO, M., *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, op. cit.

<sup>603</sup> Come messo in luce da ALAIMO, A., CARUSO, B., *Dalla politica ai diritti: l'Europa “sociale” nel Trattato di Lisbona*, op. cit.

<sup>604</sup> Così al punto 51 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón, presentate il 5 maggio 2010, causa C-515/08

Generale ha dunque proposto una nuova lettura della direttiva che superi quella proposta in *Viking, Laval, Ruffert, Commissione contro Lussemburgo*. Occorre però attendere la sentenza per verificare la “*tenuta*” di quegli argomenti davanti al giudice. La delusione non ha esitato a farsi attendere e con la sentenza del 7 ottobre ultimo il giudice ha riproposto la propria giurisprudenza in relazione alla libera prestazione di servizi tralasciando ogni cenno alla nuova direzione interpretativa che dovrebbe intraprendersi a causa del mutato contesto istituzionale.

Le considerazioni valgono dunque forse più in una prospettiva da jure condendo che non de jure condito dal momento che allo stato attuale non sembra che la Corte abbia ancora preso sul serio il suo ruolo di giudice sovranazionale investito del compito di assicurare una tutela multilivello dei diritti fondamentali da più parti invocata<sup>605</sup>.

Mi sembra che per riassumere la situazione attuale possa ricorrersi alla lucidità e al sottile sconforto con cui ha provveduto Donata Gottardi<sup>606</sup>: “*Impossibile pensare che sia illegittima una azione sindacale, per contrasto con la libera circolazione dei servizi. La direttiva distacco non si può interpretare nel senso che possa impedire che tra impresa di servizi transnazionale e sindacato del paese ospitante non possa svolgersi una libera contrattazione collettiva per la stipulazione di un accordo diretto a fissare le condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati, ferma restando la normativa nazionale di trasposizione della direttiva*” altrimenti di fatto si nega la possibilità di ricorrere alla contrattazione collettiva. Invero, ove si neghi il diritto di sciopero, il diritto alla contrattazione collettiva si palesa semplicemente come il diritto di “*richiedere l’elemosina*”<sup>607</sup>.

A quanto detto vanno affiancate altre considerazioni che si traggono direttamente dalle analisi condotte nelle pagine precedenti e alle quali sostanzialmente si rinvia, sono perplessità legate più che alla prospettiva assiologica assunta dalla Corte ed oggetto del presente paragrafo alla intrinseca razionalità giuridica delle sentenze. Mi riferisco all’attribuzione di efficacia diretta orizzontale alla disposizione a tutela della libertà di prestazione di servizi e della libertà di stabilimento, alla congruità

---

<sup>605</sup> Conclude così il suo articolo LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero ai tempi della libera circolazione*, op. cit.

<sup>606</sup> [http://www.donatagottardi.net/stampa/08\\_02\\_29.htm](http://www.donatagottardi.net/stampa/08_02_29.htm) lettera G

<sup>607</sup> EWING, K. D., HENDY, Q.C., *The dramatic implications of Demir and Baykara*, in *ILJ*, n. 1, 2010, p. 13

dell'adozione di un giudizio di rimozione degli ostacoli quale modello generale per il giudizio sui servizi e con conseguente abbandono del paradigma incentrato sulla discriminazione, alla interpretazione *minimalistica e formalistica*<sup>608</sup> della direttiva sul distacco; altre se ne possono e si devono avanzare in questa sede con riguardo all'uso strumentale del test di proporzionalità e alla "serietà" con cui la Corte tratta la materia dei diritti fondamentali.

## 2. La Corte di Giustizia "prende sul serio" i diritti fondamentali?

Come correttamente evidenziato<sup>609</sup>, la relazione tra diritti fondamentali collettivi e libertà economiche non è sicuramente quella dell'*indifferenza*, va dunque scandagliato il nodo tematico che attiene al modo in cui tali diritti e la libertà di circolazione delle imprese oggetto del nostro esame interagiscono tra loro - o configgono - nelle motivazioni della Corte di Giustizia.

Si è genericamente affermato che la Corte abbia nei casi *Laval*<sup>610</sup> e *Viking*<sup>611</sup>, e in misura un po' diversa anche *Ruffert*<sup>612</sup>, effettuato un "bilanciamento" tra diritti fondamentali e libertà economiche.

Val la pena di notare innanzitutto che la Corte non ha esitato a ritenersi competente ad effettuare tale delicata operazione<sup>613</sup> e non ha

---

<sup>608</sup> Entrambe le definizioni sono di GIUBBONI, S., *Dopo Viking, Laval e Ruffert: in cerca di un nuovo equilibrio tra diritti sociali e mercato*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, ANDREONI, A.; VENEZIANI, B., (a cura di), Ediesse, 2009, p. 124 e 126

<sup>609</sup> CARUSO, B., *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, *op. cit.*, p. 101

<sup>610</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), *cit.*

<sup>611</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, *cit.*

<sup>612</sup> ANGIOLINI, V., *Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di Le chapelier*, *op. cit.*, p. 52 lo spiega adeguatamente: in *Ruffert* non viene a rilevanza direttamente il diritto di sciopero o di contrattazione collettiva ma "i limiti (...) che ciascuno stato membro incontra nel congegnare la normativa sugli appalti pubblici con atti d'imperio, i quali solo per il completamento del loro contenuto rimandino alle previsioni della contrattazione collettiva stessa"

<sup>613</sup> Lo nota con disappunto anche BALLESTRERO, M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2008, p. 372

reputato consigliabile che un bilanciamento di valori, più che di principi, fosse di competenza della politica più che del potere giudiziario.

Inoltre, a guardar più da vicino, si nota che il ricorso alla tecnica del bilanciamento e allo scrutinio di proporzionalità in questo caso “*finisce per ridisegnare il confine dei diritti e il rapporto stesso fra diritti fondamentali costituzionalmente equi-ordinati*”<sup>614</sup>.

Val la pena di sottolineare sin d'ora che si condivide quella prospettiva assiologica che considera il bilanciamento indefettibile e di per sé non “*esecrabile*”<sup>615</sup>. E, d'altra parte, come brillantemente evidenziato<sup>616</sup>, il diritto di sciopero è anche sul piano nazionale aduso al suo “*contemperamento*” con altri diritti ed interessi, utilizzando una terminologia più adatta al contesto giuslavoristico.

A volerne dare una connotazione positiva, la scelta di operare un bilanciamento, come valorizzato anche da Zoppoli<sup>617</sup>, è un chiaro indice della perdita di una connotazione pienamente economicista dell'UE; essa implica che logicamente si ammetta la presenza di diritti da bilanciare, nel senso di valori di pari dignità con cui le libertà economiche si devono relazionare.

Analogamente, Caruso evidenzia come da una situazione di totale assenza di valori suscettibili di contrapporsi alle libertà economiche si sia passati alla sussistenza di uno spazio “*conteso*” in cui insistono anche altri diritti ed interessi<sup>618</sup>.

La sensazione che lascia, però, la lettura delle sentenze è che la Corte dell'Unione Europea abbia ridotto ad antinomia un rapporto che di per sé antinomico non era (si confronti quanto detto in sede di conciliabilità tra esigenze economiche ed esigenze sociali), sottraendosi al confronto con un vero bilanciamento. In questo scenario il bilanciamento si palesa

---

<sup>614</sup> FONTANA, G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, 2010, p. 263

<sup>615</sup> SERRANO, M. L., *La deludente performance della Carta di Nizza alla prova della Corte di Giustizia*, op. cit., p. 171

<sup>616</sup> LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero ai tempi della libera circolazione*, op. cit., p. 5

<sup>617</sup> ZOPPOLI, A., *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, in *Diritti Lavori e Mercati*, n. 1, 2008, p. 152

<sup>618</sup> CARUSO, B., *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, op. cit., p. 115

sin da subito “*asimmetrico*<sup>619</sup>” nel senso che sembra che “*il pendolo oscilli più sul versante delle libertà che su quello dei diritti*”<sup>620</sup>.

Ciò ha indotto gran parte della dottrina a ravvisare una sorta di strumentalizzazione di una tecnica giuridica molto seria come quella del bilanciamento<sup>621</sup>. Si è detto che il “bilanciamento” è in realtà fittizio in quanto le libertà economiche (di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali), sono “*riconosciute e tutelate in astratto e a prescindere dalle loro concrete finalità: in breve, non funzionalizzate*” mentre non altrettanto accade con la tutela dell’autonomia collettiva. Le due situazioni soggettive si trovano quindi in una situazione di “*un bilanciamento assiologicamente definito e “sbilanciato”*”<sup>622</sup>.

Ciò si evincerebbe soprattutto dal fatto che le due situazioni non sono affatto trattate come pari ordinate ma la libertà sindacale è piuttosto svuotata *del suo valore di “libertà” e di strumento dinamico di tutela del lavoro: svuotata quindi nella sua intima essenza, si da risultare legittima solo in funzione di un “interesse dato”, secondo una concezione rigida e minimalista di tutela del lavoro.*<sup>623</sup> E ciò in quanto i due diritti che andrebbero bilanciati sono posti dalla Corte in rapporto gerarchico, non se ne presuppone alcuna omogeneità qualitativa ma sono collocati su livelli differenti, da cui ne risulta inutile ogni loro successiva pesatura.

Si tratterebbe di interessi che vengono apparentemente presi in esame come omogenei ma in realtà non confrontabili<sup>624</sup>.

Il problema è che la Corte non nega i diritti e, anzi, ne riconosce il fondamento nell’articolo 28 della Carta di Nizza, nonostante la sua *efficacia vincolante differita*<sup>625</sup>, ma non li afferma<sup>626</sup> nel senso che gli nega

---

<sup>619</sup> CARUSO, B., *ibidem.*, p. 105, *ma passim*

<sup>620</sup> CARUSO, B., *ibidem.*, p. 104

<sup>621</sup> Sul funzionamento della tecnica del bilanciamento e sulla possibilità di garantire attraverso il ricorso ad essa la risoluzione di conflitti in concreto, si veda CARUSO, B., *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, *op. cit.*, p. 106

<sup>622</sup> ZOPPOLI, A., *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, *ibidem.*, p. 159

<sup>623</sup> ZOPPOLI, A., *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, *op. cit.*, p. 159

<sup>624</sup> FONTANA, G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, *op. cit.*, p. 285

<sup>625</sup> CARUSO, B., MILITELLO, M., *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, *op. cit.*



rilievo assiologico-sostanziale, accontentandosi di una mera ricognizione in termini astratto-formali<sup>627</sup>. Nonostante si discutesse ancora sull'efficacia della Carta “*di azione collettiva si sia parlato in ambito comunitario nei termini propri di un diritto sociale fondamentale, soggetto in quanto tale alle logiche tipiche del costituzionalismo; in primo luogo il bilanciamento con altri diritti ed interessi parimenti oggetto di tutela costituzionale.*”<sup>628</sup> Fontana a più riprese richiama il concetto di precomprensione del quadro costituzionale vigente, già utilizzato in precedenza da Caruso<sup>629</sup>, di fatto sottintendendo l'adozione di una prospettiva ideologica da parte della Corte di Giustizia in cui le libertà economiche sono sempre valutate come *preferred opinion*<sup>630</sup>. Non si sono ovviamente lesinate le critiche nei confronti di questa impostazione che trascura di prendere in considerazione i diritti sociali come legittimi in quanto tali. L'affermazione si fa discendere da diverse oculute osservazioni sulle argomentazioni condotte dalla Corte e la cui combinazione dimostrerebbe che il cosiddetto “*bilanciamento*” è coinciso piuttosto con una negazione del diritto di ricorrere all'azione collettiva idonea ad incidere sull'*an* e non sul *quomodo*, il che dovrebbe essere normalmente impensabile in materia di diritti fondamentali: i diritti collettivi, si osserva, sono infatti trattati alla stregua di qualsiasi altra misura nazionale<sup>631</sup>, sullo sciopero si effettua un'indagine teleologica<sup>632</sup> e incentrata sulle sue motivazioni piuttosto che sulle sue modalità di svolgimento e, più in generale, si percepisce un certo approccio di fondo per cui il semplice fatto che diritti di autonomia collettiva si oppongano

---

<sup>626</sup> CARUSO, B., *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, op. cit., p. 111

<sup>627</sup> CARUSO, B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, op. cit., p. 26 e ss.

<sup>628</sup> LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero ai tempi della libera circolazione*, op. cit., p. 3

<sup>629</sup> CARUSO, B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, op. cit., p. 26 e ss., oppure CARUSO, B., *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, op. cit., p. 114

<sup>630</sup> FONTANA, G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, op. cit., p. 290 ma *passim*

<sup>631</sup> LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero ai tempi della libera circolazione*, op. cit., p. 10 e 11

<sup>632</sup> BALLESTRERO, M.V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, op. cit., p. 382, INGRAVALLO, I., *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, op. cit., p. 41

alla libertà di circolazione dell'impresa li rende in sé e per sé in contrasto con il diritto dell'Unione Europea.

La cosa ancora più sorprendente è l'uso del test di proporzionalità<sup>633</sup>: l'azione collettiva non è valutata come legittimo scopo in sé ma si subordina la sua legittimità alle motivazioni a fondamento dello sciopero<sup>634</sup>. Orbene, deve però rilevarsi che l'adozione di un test di proporzionalità incentrato sul modello dell'*extrema ratio* conduce sempre alla affermazione della sussistenza della restrizione e della eccessiva restrittività della misura dal momento che scopo primario dello sciopero è creare un danno all'imprenditore<sup>635</sup> ed uno sciopero ben riuscito crea all'imprenditore un danno ingente che andrebbe invece minimizzato nella logica dell'*extrema ratio*. Quest'uso del principio di proporzionalità non mira dunque ad un vero bilanciamento di interessi ma alla salvaguardia delle fondamentali libertà economiche dei cittadini<sup>636</sup> e si rivela una "leva di Archimede" nelle mani della Corte di Giustizia sfruttata per comprimere i diritti sociali collettivi.<sup>637</sup>

In particolare, in *Viking* la Corte sembra limitarsi semplicemente a fornire delle indicazioni ma esse in verità sono così dettagliate che può dirsi trattenga il bilanciamento nelle sue mani<sup>638</sup>. In *Laval*, il bilanciamento è invece inficiato dalla già contestata lettura che viene

---

<sup>633</sup> Si vedano ad es. i punti 86 e ss. del caso *Viking* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.)

<sup>634</sup> CORTI, M., *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, op. cit., LO FARO, A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit., SCIARRA 2008, VENEZIANI, B., *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, op. cit.

<sup>635</sup> DAVIES, A. C. L., *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ*, op. cit., p. 143.

<sup>636</sup> LOSURDO, F., *The prohibition of the abuse of rights in the judicial dialogue in europe*, op. cit., p. 12. nell'opinione dell'autore il caso *Omega* (Sentenza della Corte del 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, cit.) è un esempio di come il bilanciamento dovrebbe funzionare nel sistema giuridico europeo.

<sup>637</sup> FONTANA, G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, op. cit., p. 274

<sup>638</sup> Cfr. il punto 85 della sentenza *Viking* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.). In dottrina si veda INGRAVALLO, I., *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, op. cit., p. 41, PALLINI, M., *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea - Corte di Giustizia Ce, 18 dicembre 2007, causa C-341/2005 Corte di Giustizia Ce, 11 dicembre 2007, causa C-348/2005*, op. cit., Sciarra, 2008

discutibilmente proposta della direttiva sul distacco e, dunque, l'azione collettiva è trovata in contrasto con il diritto alla libera circolazione perché l'ordinamento è andato oltre il limite massimo di tutela. Questo livello di tutela la cui determinazione non spetta più al singolo Stato membro ma è trattenuta una volta per tutte dalla Corte<sup>639</sup>. In questo caso l'esercizio del diritto di sciopero è ulteriormente in difficoltà perché è già illegittima ogni tipo di richiesta di innalzare la tutela, la norma della direttiva sul distacco diventa inderogabile in *melius*<sup>640</sup>.

Così, ai diritti collettivi, per quanto se ne affermi la natura fondamentale, viene di fatto negato lo *status* riservato alle libertà economiche<sup>641</sup>.

Il problema principale risiede nella logica invertita per cui non si dovrebbe valutare la compatibilità tra sciopero e libertà economica, ma all'opposto verificare se la costruzione comunitaria della libertà di circolazione si dimostri in grado di tutelare i diritti fondamentali<sup>642</sup>.

Una logica “*inversa*”<sup>643</sup> che emergere dalle modalità con cui la Corte affronta il rapporto tra diritto di sciopero e libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento.

La Corte non utilizza infatti come punto di partenza per effettuare un bilanciamento di interessi il diritto di sciopero quale diritto fondamentale indispensabile al fine di garantire il perseguimento degli scopi sociali che rappresentano il fine ultimo cui mira la creazione del mercato interno ma considera come primario diritto cui semmai si potranno opporre delle limitazioni, il diritto alla libera circolazione dell'impresa. Dunque, come si

---

<sup>639</sup> FONTANA, G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, *ibidem*, p. 281

<sup>640</sup> FONTANA, G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, *ibidem*, p. 281

<sup>641</sup> LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero ai tempi della libera circolazione*, *op. cit.*

<sup>642</sup> INGRAVALLO, I., *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, *op. cit.*, p. 41, RODIERE, P., *Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 1, 2008, GIUBBONI, S., *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, *op. cit.*, BERCUSSON, B., *The trade union movement and the European Union: Judgment day*, in *European Law Journal*, n. 3, 2007

<sup>643</sup> RODIERE, P., *Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective*, *ibidem*, p. 47. Per dirla con BALLESTRERO, M. V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, *op. cit.*, p. 18 si tratterebbe di una “*prospettiva rovesciata*” rispetto a quella a cui siamo abituati sul piano nazionale e non solo.

è giustamente osservato, lo sciopero da “*diritto potenzialmente limitabile*” si tramuta in “*diritto potenzialmente limitante*”<sup>644</sup>.

In verità questo sistema di bilanciamento non fa altro che stabilire che le libertà fondamentali rappresentano il principio e i diritti collettivi invece le eccezioni; se avesse fatto al contrario e considerato il principio i diritti collettivi probabilmente si sarebbe giunti alla soluzione opposta<sup>645</sup>. In tal senso, può dirsi che il bilanciamento è ontologicamente sbilanciato<sup>646</sup>. Il bilanciamento operato in questo caso è dunque diverso da quello operato in *Schmidberger*<sup>647</sup>, la dimostrazione ecologista che ha bloccato il Brennero, in cui la Corte ha ritenuto che andasse pesato il valore dell'interesse considerando diversi profili e non soltanto la collocazione nelle fonti<sup>648</sup>. In particolare, da questa sentenza sembra potersi ricavare una assunzione del diritto alla libertà di espressione come argomento risolutivo che non necessiterebbe di un'indagine dettagliata sulla sua proporzionalità<sup>649</sup>. La decisione assunta dalla Corte che poteva avere il vantaggio di costituire una delle prime pronunzie in cui la Corte di Giustizia affermava il diritto di sciopero richiamando quale fonte la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>650</sup> di fatto perde questa qualità per il contesto difensivo in cui avviene il riconoscimento, ossia una situazione in cui i sindacati sono costretti a difendersi dall'accusa di aver violato il trattato e le libertà fondamentali.<sup>651</sup>

---

<sup>644</sup> LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero ai tempi della libera circolazione*, op. cit., p. 7

<sup>645</sup> VAN PEIJE, T., *Collective Labour Law after Viking, Laval, Rüffert, and Commission v. Luxembourg*, op. cit., p. 95

<sup>646</sup> BALLESTRERO, M. V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, op. cit., p. 20

<sup>647</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger contro Austria*, cit. nt. 25

<sup>648</sup> VAN PEIJE, T., *Collective Labour Law after Viking, Laval, Rüffert, and Commission v. Luxembourg*, ivi

<sup>649</sup> LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, op. cit., p. 14

<sup>650</sup> Carta dei Diritti Fondamentali recentemente ripubblicata in Gazzetta ufficiale n. C 83 del 30.3.2010, proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000 e riproclamata nel dicembre 2007. La Carta, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona avvenuta il primo dicembre 2009, costituisce documento giuridicamente vincolante.

<sup>651</sup> DAVIES, A. C. L., *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ*, op. cit., p. 139.

Quanto alle evoluzioni sistemiche cui ha assistito l'ordinamento europeo dopo Lisbona: occorre chiedersi se qualcosa possa cambiare con l'efficacia vincolante attribuita alla Carta,

Invocare l'articolo 53 potrebbe infatti voler dire applicare nella tutela multilevel dei diritti l'applicazione del principio che assicuri il trattamento di miglior favore<sup>652</sup> per impedire che l'interazione tra questi ordinamenti possa condurre ad un affievolimento dei diritti<sup>653</sup>.

L'articolo 52 della Carta potrebbe costituire un argine alla possibilità di incidere sul contenuto essenziale dei diritti<sup>654</sup>.

La Corte nel caso Laval e Viking non ha rispettato il canone che possono trarsi da questi articoli permettendo che i diritti sociali soccombessero rispetto alle libertà economiche e venissero svuotati di ogni contenuto<sup>655</sup>, ma potrebbe mutare questo orientamento nelle prossime decisioni mercé l'efficacia giuridica vincolante acquisita dal documento<sup>656</sup>.

Alla luce di questo contemperamento, restano sullo sfondo talune domande più generali se sia opportuno che un giudice come quello comunitario che non conosce a pieno tutti i caratteri e profili specifici dei sistemi di relazione industriali europei operasse direttamente il bilanciamento come ha fatto in Laval o, anche più discretamente, fornisse delle linee guida come ha fatto in Viking sulle relazioni tra diritti sociali collettivi e libertà economiche e ciò perché, si afferma, non ne avrebbe le competenze, e sarebbe priva anche della indispensabile conoscenza del *background* culturale e legale e di una sensibilità che la

---

<sup>652</sup> FONTANA, G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, op. cit., p. 265

<sup>653</sup> Si veda però in una prospettiva critica, SERRANO, M. L., *La deludente performance della Carta di Nizza alla prova della Corte di Giustizia*, op. cit., p. 175 che parla in generale di una "imperfetta performance delle clausole orizzontali" soffermandosi in particolare sull'incapacità degli articoli 52 e 53 di costituire un argine alla deriva liberista.

<sup>654</sup> FONTANA G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, op. cit., p. 267

<sup>655</sup> ORLANDINI, G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, op. cit., p. 279 e ss., in tal senso LO FARO, A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit., pp.85 e 91

<sup>656</sup> FONTANA, G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, op. cit., 290

rende adeguata a entrare nel sistema di relazioni industriali nazionale.<sup>657</sup> E, più in generale, ci si chiede se sia corretto che tale bilanciamento sia deputato ad un organo giurisdizionale e sottratto al potere politico<sup>658</sup>. Vi è, per queste ragioni, chi ha proposto in dottrina di opporre alle conclusioni proposte dalla Corte di Giustizia un ritorno ai contro limiti che costituiscono a tutt'oggi la soluzione ultima che spetta agli stati nazionali a fronte di degenerazioni della Corte di Giustizia<sup>659</sup>.

### *3.Focus sul Caso Laval*

#### *3.1 I fatti della causa*

I fatti del caso *Laval* sono ormai forse troppo noti per poter essere riproposti *tout court*, ma vi sono taluni elementi della ricostruzione fattuale che permettono di smascherare perplessità giuridiche sottese ai fatti e che meritano dunque la nostra analisi.

Si premettono comunque poche sintetiche frasi per inquadrare i fatti.

La *Laval* è una società operante in Lettonia tramite una propria stabilita svedese, la *Baltic*, presta servizi in Svezia, nello specifico, la *Baltic* si è aggiudicata un appalto pubblico per la ristrutturazione di una scuola a *Vaxholm*, una piccola cittadina nell'arcipelago di Stoccolma. La *Laval* è

---

<sup>657</sup> DAVIES, A. C. L., *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ*, op. cit., p. 148 CONTRA INGRAVALLO, I., *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, op. cit., che invece ritiene che “la composizione ampia della Corte e l’elevato numero di stati intervenuti, nonché l’accuratezza delle dettagliate conclusioni degli Avvocati Generali (...) e, più in generale, l’approfondito lavoro di preparazione del caso svolto dagli uffici giudiziari comunitari mostrano come essa fosse nelle migliori condizioni per pronunciarsi”, p. 37

<sup>658</sup> INGRAVALLO, I., *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, op. cit., p. 37

<sup>659</sup> PALLINI, M., *Law shopping e autotutela sindacale nell’Unione Europea - Corte di Giustizia Ce, 18 dicembre 2007, causa C-341/2005 Corte di Giustizia Ce, 11 dicembre 2007, causa C-348/2005*, op. cit., CORTI, M., *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l’Europa sociale*, op. cit., INGRAVALLO, I., *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, op. cit., p. 49, SERRANO, M. L., *La deludente performance della Carta di Nizza alla prova della Corte di Giustizia*, op. cit., p. 175

risuscita a presentare un'offerta molto competitiva perché ha pianificato di distaccare i lavoratori lettone in Svezia e di retribuirli e garantirgli condizioni lavorative che avrebbe assicurato in un cantiere lettone, magari promettendo anche qualche ulteriore vantaggio per invogliare i lavoratori a questa prestazione lavorativa transfrontaliera.

La *Laval* all'inizio dei lavori non era legata da alcun contratto collettivo né nel paese d'origine né in Svezia. Ai sindacati svedesi spetta, tra gli altri, il compito di verificare l'applicazione locale del contratto collettivo e, dunque, si recano negli stabilimenti per accertarsene. Non appena i sindacati hanno avuto consapevolezza del fatto che la *Laval* non applicava alcun contratto collettivo ai propri lavoratori hanno provato ad aprire le trattative ai fini della conclusione di un contratto collettivo aziendale.

La *Laval* d'un canto non ha manifestato una netta chiusura ma, alla fine, si è sottratta alla firma del contratto con il sindacato svedese, il quale ha cominciato ad intraprendere azioni collettive al fine di indurre la *Laval* a sottoscrivere il contratto collettivo, tra di esse interruzioni dell'attività del cantiere attraverso azioni secondarie di solidarietà.

In questa fase la *Laval* ha invece siglato un contratto collettivo con un sindacato lettone per porsi al sicuro da ulteriori richieste da parte del sindacato svedese.

Il sindacato svedese non poteva accettare che nel medesimo territorio vigessero contratti collettivi di nazioni diverse ove le condizioni lavorative da questi previste erano molto diverse così ha continuato la sua protesta attraverso azioni di boicottaggio e scioperi di solidarietà posti in essere da parte del sindacato degli elettricisti. Questi scioperi hanno condotto al fallimento della *Baltic* e alla cessazione dell'attività in *Vaxholm* ma la *Laval* ha deciso di procedere in giudizio al fine di far dichiarare la violazione del suo diritto alla libera circolazione, la Corte ha dunque sottoposto delle questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia, sulle quali si tornerà a breve.

Su alcuni assunti che sono stati posti alla base della decisione occorre adesso soffermarsi

**a) La *Laval* è una società stabilita in Lettonia.**

Tale prima affermazione appartiene all'Avvocato Generale al punto 36 ed è successivamente avallata dal giudice comunitario e merita qualche parola in più. Che cosa si intende per stabilimento? Ecco il primo arnese di cui ci si è dotati nell'elaborato si rivela utile a meglio comprendere la reale vicenda che si cela dietro il neutro racconto dei fatti. La *Laval* non svolge alcuna attività in Lettonia suo paese di stabilimento e, come già sottolineato, ha scelto la Lettonia come suo luogo di stabilimento meramente giuridico, tale comportamento potrebbe configurare un utilizzo abusivo delle libertà di circolazione.

**b) La *Laval* fornisce lavoratori distaccati alla *Baltic*, società costituita secondo il diritto svedese.**

Questa affermazione nasconde la problematica giuridica che discende dalla mancata definizione del rapporto tra *Laval e Baltic* e, segnatamente, se esso possa essere ricostruito come rapporto di società madre e società figlia, nel qual caso la *Baltic* godrebbe di autonoma personalità giuridica e quindi dovrebbe essere la *Baltic* ad agire in giudizio o sia una mera succursale della *Laval* nel qual caso occorrerebbe verificare se *Laval* effettivamente svolga una qualche attività nel paese d'origine. Il punto non è approfondito né nelle Conclusioni né nella sentenza mentre avrebbe meritato maggiore attenzione perché suscettibile di chiarire meglio la realtà fattuale che nasconde il caso. Se fosse la *Baltic* l'impresa rilevante, in quanto stabilita, dovrebbe osservare la normativa svedese quanto a sua natura societaria e i lavoratori lettoni che sono utilizzati dalla *Baltic* dovrebbero, secondo le norme della Convenzione, vedersi applicate le norme del luogo in cui prevalentemente svolgono attività lavorativa, dunque le norme svedesi. Non ci sarebbe alcun elemento di internazionalità a caratterizzare la fattispecie. Inoltre, per questo e per il motivo che segue non è nemmeno detto che ci si trovi in un'ipotesi di applicazione della direttiva o quantomeno questo andrebbe adeguatamente dimostrato.

Su questo punto l'Avvocato Generale obietta al punto 107 delle sue Conclusioni che, in ogni caso, anche se l'attività della *Laval* fosse soltanto quella di somministrare lavoratori nell'ambito di un gruppo ciò sarebbe legittimo ai sensi della direttiva ed in particolare dell'articolo 1 n. e lett b), ma il distaccare lavoratori nell'ambito del gruppo, come già rilevato in



sede di commento alla direttiva, viene interpretato solitamente pretendendo che la società che distacca i lavoratori sia una società che eserciti un'attività economica diversa dalla mera fornitura di manodopera, o almeno avrebbe potuto leggersi in tal senso dal momento che la stessa Corte ha riconosciuto nella sua sentenza *Arblade* che gli Stati hanno diritto ad evitare che alcune imprese utilizzino la libera circolazione per indirizzare interamente o principalmente la propria attività verso il loro territorio per eludere le norme che sarebbero loro applicabili qualora avessero sede in Svezia<sup>660</sup>, scartato dall'Avv. Gen. soltanto perché ritenuto non provato.

**c) La *Laval* è una impresa prestatrice di servizi.**

Anche questa è un'affermazione opinabile, come rilevano le stesse parti in causa<sup>661</sup> e come si è correttamente rilevato in dottrina, non si comprende bene quale sarebbe il servizio che la *Laval* fornisce visto che la sua attività coincide con quella di fornire la manodopera utile alla *Baltic* per poter adempiere alle proprie obbligazioni di ristrutturazione della scuola di *Vaxholm*, assunte con il comune in sede di aggiudicazione della gara d'appalto. Le parti in causa avevano dunque sostenuto che un'indagine in fatto avrebbe dimostrato che “*la fornitura di forza lavoro da parte della Laval avevo lo scopo di far accedere i lavoratori lettoni al mercato del lavoro svedese*”<sup>662</sup>. L'Avvocato Generale sembra voler eludere la domanda e dapprima si riferisce al fatto che la Svezia non si è avvalsa delle possibilità di deroghe concesse dai trattati di adesione delle repubbliche baltiche e poi al fatto che comunque ciò non sarebbe stato adeguatamente provato.

Già sviscerando queste problematiche si dimostra come la ricostruzione fattuale del caso *Laval* sia stata in parte influenzata dalla volontà di incanalare il discorso in un certo sentiero, quello di una

---

<sup>660</sup> Il punto viene citato anche dall'Avvocato Generale Mengozzi, Conclusioni presentate il 23 maggio 2005 causa C-431/05, p. 115

<sup>661</sup> Lo ricorda l'Avvocato Generale Mengozzi, Conclusioni presentate il 23 maggio 2005 causa C-431/05 al punto 93 delle sue conclusioni

<sup>662</sup> Contenuto sempre nelle Conclusioni presentate il 23 maggio 2005 causa C-431/05 al punto 100

implicita critica alle modalità con cui la Svezia ha dato attuazione alla direttiva.

Per quanto attiene al profilo della necessità di riportare nell'alveo dell'articolo 39 TCE le prestazioni lavorative svolte nell'ambito della prestazione di servizi, negata dall'Avvocato Generale al punto 109 e ss., si rinvia, invece, a quanto diffusamente riferito al paragrafo 1.4.

Ma vi è di più.

Nella seconda fase, quella di abbandono delle trattative che pure *Laval* era stata disposta ad accettare nelle conclusioni si rileva che, prima di intraprendere l'azione collettiva, il sindacato si presta ad un accordo al ribasso rispetto a quello che aveva in origine proposto ed è, invece, la *Laval* che abbandona il tavolo delle trattative ed affrettarsi a concludere un contratto collettivo con gli operai lettoni<sup>663</sup>, è importante rilevarlo perché dimostra che la scelta in ordine alla conclusione del contratto collettivo è assolutamente libera, non può ritenersi vi sia alcuna coercizione morale nella possibilità riservata ai sindacati di ricorrere all'azione collettiva. L'operazione, inoltre, è più intellegibile se si considera per quello che realmente è il sistema di negoziazione collettiva svedese, in cui lo sciopero è veramente eccezionale mentre il perno del sistema contrattuale è il contratto con la sua l'obbligo di pace sociale che scatta alla conclusione di un contratto collettivo, obbligazione che, però, mercé il disposto della *Lex Britannia* non era destinata ad operare ove il contratto collettivo sia concluso con sindacati esteri, ma alla ricostruzione del sistema svedese è opportuno dedicare un autonomo paragrafo.

Un rapido cenno meritano anche le due questioni pregiudiziali sottoposte: a) è compatibile con il trattato e con la direttiva un'azione collettiva per indurre un imprenditore straniero a siglare un contratto collettivo? b) è discriminatoria la appena citata *Lex Britannia*?

---

<sup>663</sup> Lo riferisce l'Avvocato Generale Mengozzi, Conclusioni presentate il 23 maggio 2005 causa C-431/05, al punto 38 delle sue conclusioni

*3.2 Il diritto fondamentale di intraprendere un'azione collettiva rientra nell'ambito di applicazione del Trattato?*

Il primo argomento avanzato dal governo svedese e danese è quello che mira a sottrarre dall'ambito di applicazione del trattato le disposizioni nazionali a tutela dello sciopero e viene argomentato in due modi, in riferimento all'articolo 137 c. 5 e valorizzando la natura di diritto fondamentale riconosciuta al diritto di sciopero. Tralasciando la prima che sarà esaminata in sede di discussione in merito all'analisi del trattamento cui si riserva allo sciopero, qualche veloce osservazione in questa sede merita la prima

L'articolo 137 c. 5 del Trattato esclude ogni competenza comunitaria in materie di centrale rilevanza per il diritto del lavoro affermando che *“Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata”*.

Detto articolo è stato uno degli argomenti iniziali avanzato sia nel caso *Laval* che nel caso *Viking* che i sindacati hanno sostenuto al fine di garantire una esenzione della sottoposizione di queste materie all'applicazione del diritto comunitario.

In effetti, però, già nelle conclusioni l'Avvocato Generale Mengozzi ha risposto seccamente alle argomentazioni del governo danese che voleva una intera esclusione del settore sociale dall'ambito applicativo definendola *“palesamente indifendibile ed anacronistica”* (punto 50), meno severa la risposta quanto all'esclusione che deriverebbe dal 137 c. 5 ma altrettanto netta perché *“la competenza che gli Stati membri conservano in tale settore deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario”*. In verità l'argomento sollevato dalle parti in causa era piuttosto serio ed atteneva all'impatto drammatico che può avere la sottoposizione ad una mera attività di integrazione negativa alla quale non può corrispondere alcuna integrazione positiva. Ne risulta proprio per questi diritti ai quali i padri fondatori avevano riservato un trattamento speciale, la cui ragione fondamentale era che si riteneva importante che la regolazione di questi ultimi fosse di competenza nazionale, che essi si trovano paradossalmente nella situazione peggiore, quella di essere presi in considerazione soltanto come ostacoli alle libertà fondamentali. Ne è

derivata una reazione fortemente polemica con la posizione assunta dall'Avvocato e poi avvallata dalla Corte che mi sembra possa comprendersi meglio rileggendo le parole della Ballestrero<sup>664</sup>: “*la Cgce non può fare rientrare dalla finestra delle libertà economiche garantite dal Trattato una competenza a decidere sulla legittimità dello sciopero, che è uscita dalla porta della riserva di competenza degli Stati*”. In senso conforme si sono espressi molti altri autori<sup>665</sup>, eppure, alcune voci si sono levate in favore della posizione espressa dall'Avvocato Generale, Orlandini ha infatti manifestato perplessità in ordine alla possibilità di concedere una “*immunità assoluta*” al diritto di sciopero<sup>666</sup> e altri autori hanno invece rilevato l'opportunità di questa riflessione in vista di una reale presa di coscienza del fenomeno comunitario<sup>667</sup>. Vi è poi chi ha correttamente segnalato una sorta di inevitabilità della decisione della Corte di Giustizia nonostante le apparenti esclusioni dal momento che non sarebbe nella tradizione della Corte “*abdicare alla propria funzione giurisprudenziale*”<sup>668</sup>.

---

<sup>664</sup> BALLESTRERO, M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, op. cit., p. 379

<sup>665</sup> Ritiene irragionevole sul punto la decisione della Corte, CARABELLI, U., *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, op. cit., mentre VENEZIANI, B., *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, op. cit., p. 310 dice che la Corte ha nei fatti dettato delle regole per l'esercizio del diritto di sciopero in ambito comunitario così “*surrettiziamente aggirando il divieto che la Comunità si è imposta di regolazione della materia*”.

<sup>666</sup> ORLANDINI, G., *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, op. cit.,

<sup>667</sup> CARUSO, B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, op. cit., p. 19 e SCIARRA, S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, op. cit., p. 263

<sup>668</sup> BAVARO, V., *Tre questioni su quattro sentenze della Corte di Giustizia: a proposito di geo-diritto del lavoro, meta-diritto all'impresa e all'autonomia collettiva*, in *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, VIMERCATI, A., (a cura di), Cacucci, 2009, p. 178

### 3.3 Le reazioni "europee" alle decisioni *Laval*, *Viking*, *Ruffert* e Commissione contro Lussemburgo

Anche nel contesto istituzionale europeo le reazioni non hanno dovuto attendere: il Parlamento ha infatti assunto una propria risoluzione sin dal 2008 e le parti sociali, specialmente la CES, il sindacato europeo, hanno intrapreso diverse strade per contrastare le decisioni comunitarie. Eppure, come si evidenzierà, le perplessità non sono del tutto condivise ed in particolare non lo sono da parte delle confederazioni di imprese che si sono erette a difesa dei principi pronunciati nelle due sentenze<sup>669</sup>.

Nel presente capitolo si provvederà brevemente ad illustrare i più recenti percorsi intrapresi a livello sovranazionale per il superamento dei *decisa* commentati.

Volendo fornire dei riferimenti per una ricostruzione diacronica delle vicende comunitarie che si sono susseguite dopo le decisioni, occorre partire dal 2008 in cui il deputato del PPE Jan Andersen propone una risoluzione al Parlamento che riceve una schiacciante maggioranza parlamentare<sup>670</sup>. La risoluzione si conclude con la richiesta di revisionare la direttiva che però la Commissione di lì a breve avrebbe rigettato rinviando alle parti sociali la valutazione dell'impatto delle sentenze sulle condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati e sulla protezione dei mercati del lavoro nazionali. Il *Joint report*<sup>671</sup> che nel proseguo si commenta dimostra il fallimento del tentativo di raggiungere un accordo in tal senso. Nonostante ciò procede l'attività del sindacato europeo nella direzione di una revisione della direttiva.

Prendendo le mosse dall'esame della risoluzione parlamentare che, come si è correttamente evidenziato, ha trovato la propria origine nel caso *Laval*<sup>672</sup>.

---

<sup>669</sup> Lo ricorda anche GOTTARDI, D., *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento Europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, op. cit., p. 557

<sup>670</sup> Si fa cenno alla Risoluzione del Parlamento europeo del 22 ottobre 2008 sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea (2008/2085(INI))

<sup>671</sup> Pubblicato a marzo 2010, può essere visionato all'indirizzo [http://www.etuc.org/IMG/pdf\\_Joint\\_report\\_ECJ\\_rulings\\_FINAL\\_logos\\_19.03.10.pdf](http://www.etuc.org/IMG/pdf_Joint_report_ECJ_rulings_FINAL_logos_19.03.10.pdf)

<sup>672</sup> GOTTARDI, D., *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento Europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, op. cit., p. 557

Va in primo luogo segnalato che il parlamento europeo ha di nuovo rimarcato la valenza del principio di non discriminazione<sup>673</sup> e di parità di trattamento, la vera “vittima di un mercato interno egemonizzato dal valore di una libera circolazione sottratta al principio di territorialità nella applicazione delle normative di tutela”<sup>674</sup> ed ha invocato un ritorno della materia del distacco nell’alveo concettuale della libera circolazione dei lavoratori; ha criticato il modo in cui è stata affrontata la questione dell’efficacia orizzontale<sup>675</sup> e ha affermato – considerando anche il contenuto della Carta divenuta vincolante a seguito dell’entrata in vigore di Lisbona – che i diritti fondamentali collettivi non sono in alcun modo subordinati alle libertà economiche, aggiungendo peraltro che “le libertà economiche dell’Unione europea non possono essere interpretate nel senso di garantire alle imprese il diritto di aggirare o eludere le disposizioni nazionali di legge e le prassi in materia previdenziale e di lavoro oppure di imporre una sleale concorrenza sul piano delle condizioni retributive e normative”<sup>676</sup>. Ha infine concluso sollecitando l’ampliamento della base giuridica della direttiva<sup>677</sup> e sostenendo vigorosamente la necessità ed opportunità di una sua revisione<sup>678</sup> che tenga conto soprattutto del riconoscimento di un reale potere di introdurre regolazioni su materie ulteriori rispetto a quelle strettamente elencate<sup>679</sup>. Sul versante dello stabilimento, esaminato nella prima parte di questo elaborato il Parlamento richiede che Commissione e Stati membri adottino “misure idonee a contrastare gli abusi, in particolare le società fittizie (le cosiddette «letterbox companies»), ossia imprese non impegnate in nessuna attività significativa nel paese di origine, ma che sono state create, talvolta direttamente dall’imprenditore principale, nel paese ospitante con il solo obiettivo di esercitarvi un’attività e di eludere la piena applicazione delle norme di tale paese, in particolare per quanto riguarda le condizioni salariali e di lavoro; invita la Commissione a stabilire norme chiare per combattere le società fittizie e un codice di condotta per le

---

<sup>673</sup> Punto 18 della risoluzione ma *passim*

<sup>674</sup> Così, LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero ai tempi della libera circolazione*, op. cit., p. 25

<sup>675</sup> Punto 10 della risoluzione

<sup>676</sup> Punto 17 della risoluzione

<sup>677</sup> Punto 21 della risoluzione

<sup>678</sup> Punto 26 della risoluzione

<sup>679</sup> GOTTARDI, D., *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento Europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, op. cit., p. 570 specifica che si dovrebbe in particolare incidere sulla nozione di ordine pubblico

*imprese, in conformità della direttiva servizi*<sup>680</sup>. Come anticipato la risoluzione non ha sortito l'effetto sperato di una attivazione della Commissione per la revisione della direttiva che ha comunque optato per attendere la determinazione delle parti sociali.

Le parti sociali europee in data 25 febbraio 2010 hanno sottoposto alla Commissione sul Dialogo Sociale un documento che contiene una posizione comune sull'impatto della giurisprudenza della Corte di Giustizia a seguito dei casi *Laval*, *Viking*, *Ruffert* e *Commissione contro Lussemburgo*. Ne è particolarmente interessante la lettura perché da la sensazione di come siano antitetiche le reazioni di parte datoriale e sindacati. La struttura della *joint position* è già indicativa in tal senso: ad una stringata parte comune seguono due ben sostanziali parti sui punti su cui non è stata raggiunta alcuna posizione unitaria.

Tra le osservazioni condivise merita segnalazione la manifestazione di comune preoccupazione per i diritti dei lavoratori e per la tutela dei sistemi di relazioni industriale dei singoli paesi membri. Le parti sociali correttamente sottolineano come il mercato interno rappresenti non tanto un fine in sé, quanto uno strumento che dovrebbe essere funzionale per assicurare il benessere ai cittadini. Ciò comporta che sebbene le quattro libertà fondamentali vadano tutelate, esse devono essere in grado di garantire un alto livello di protezione sociale.

Il riferimento va poi evidentemente a quel principio di equa concorrenza, tra imprese nazionali e straniere, tra lavoratori nazionali e lavoratori distaccati, che sembra sia stato obliato dalla Corte. In questo orizzonte concettuale, la mobilità dei lavoratori e delle imprese deve tornare ad essere viatico di integrazione, anche di tipo culturale, e non strumento per creare un *vulnus* alle condizioni di impiego di lavoratori distaccati e nazionali. Esiste già un principio idoneo ad assicurare un sano sviluppo del mercato interno e trova la propria fonte positiva nel testo dei trattati: il principio della non discriminazione e di parità di trattamento tra i lavoratori che deve tornare ad assumere il proprio ruolo di principio cardine del mercato interno.

Le parti sociali non chiedono – diversamente da come si era in precedenza orientato il parlamento – di riportare nell'orbita dell'articolo

---

<sup>680</sup> Punto 34 della risoluzione

39 TCE (ora 45 TFUE) le ipotesi di mobilità temporanea di lavoratori; esse piuttosto manifestano tenui perplessità sul fatto che nel settore della prestazione dei servizi si sia optato per il superamento del principio di non discriminazione in favore di un modello molto prossimo all'*home state control*.

Ciò su cui invece le posizioni di sindacato ed associazione datoriale divergono è l'interpretazione della direttiva. Gli imprenditori, inoltre, non contestano gli esiti cui è pervenuta la Corte di Giustizia nel bilanciamento di interessi tra diritto a ricorrere all'azione collettiva e libertà fondamentali e reputano questo bilanciamento assolutamente conforme agli standard previsti in sede ILO. La distanza dalle posizioni sindacali emerge, poi, nel tentativo di sviscerare il concetto di "*concorrenza equa*", ivi, infatti, emerge la tendenza a non reputare una manifestazione di "*concorrenza sleale*" la simultanea presenza in un medesimo mercato di differenti livelli di retribuzione e di diverse condizioni lavorative. L'altro aspetto paradigmatico è, a mio avviso, l'opinione espressa in merito all'impatto delle decisioni sui singoli modelli di relazioni industriali che porta gli imprenditori a dire che essi "*incoraggiano gli aggiustamenti che siano necessari per una corretta trasposizione e implementazione della direttiva*". Logica conseguenza di quanto detto è che le imprese non reputano necessario alcun intervento legislativo di modifica della direttiva sul distacco dal momento che questa sarebbe già perfettamente in grado di adempiere alla sua duplice funzione di facilitare la libera circolazione delle imprese e proteggere i lavoratori coinvolti in tale forma di mobilità. La posizione assunta dagli imprenditori sembra corrispondere a quella della Commissione Europea che ha opposto un netto rifiuto alla proposta sindacale e parlamentare di intervenire in sede di revisione della direttiva.

Sul fronte sindacale i termini della questione cambiano radicalmente. L'Etuc già in premessa evidenzia la forte potenzialità destabilizzante delle decisioni europee, capace di minare la fiducia dei cittadini, che pone in diretta correlazione con l'incremento del rischio di verifica di fenomeni di *dumping sociale*. Le decisioni inoltre limiterebbero in misura così elevata la possibilità di ricorrere all'azione collettiva da rendere probabile una diffusione di scioperi selvaggi data l'eccessiva riduzione degli spazi di ricorso ad una azione collettiva lecita.



Due profili appaiono per il sindacato estremamente gravi: la gerarchia sovvertita tra libertà fondamentali economiche contenute nei trattati e diritti fondamentali collettivi (sulla quale ho avuto modo di soffermarmi nel capitolo precedente) e l'interpretazione *minimalistica*<sup>681</sup> della direttiva sul distacco (per la quale si rinvia al par. 2.1.8.1).

La gerarchia sovvertita emergerebbe dalla sottoposizione dell'esercizio del diritto di sciopero ad un test di tipo economico, estraneo ad ogni altro contesto internazionale, e dalla eccessiva giuridificazione con applicazione del tutto inedita del principio di proporzionalità rispetto alle libertà economiche, il cui risultato finale è una totale sottomissione del diritto di sciopero alle libertà di circolazione. L'argomento centrale proposto dal sindacato europeo è che non può esservi rispetto del principio di non discriminazione se non si dà ai lavoratori un vero potere di scioperare e di contrattare.

La discriminazione, ammessa tra le imprese nella sua variante di discriminazione alla rovescia nei confronti delle imprese locali, si ripercuote sul trattamento dei lavoratori coinvolti nella prestazione di servizi. Il sindacato europeo ha cura di soffermarsi specificamente sull'esame del caso *Laval* sottolineando che la fondata esigenza di maggiore chiarezza del prestatore straniero non può essere soddisfatta al costo della totale messa in discussione di un intero modello di contrattazione di tipo aziendale, ampiamente diffuso in Svezia. Quella stessa contrattazione aziendale che, paradossalmente, la stessa Commissione esaltata nei documenti pubblici perché permette una maggiore risposta alle esigenze delle imprese e in generale una maggiore adattabilità<sup>682</sup>.

La richiesta avanzata a fronte delle notevoli incongruenze cui da luogo la giurisprudenza indicata è rivolta al legislatore affinché intervenga a chiarire definitivamente che le libertà economiche tutelate nei trattati devono rispettare i diritti fondamentali e specificamente adottando una clausola di progresso sociale che assicuri l'interpretazione dei trattati alla

---

<sup>681</sup> L'espressione è di GIUBBONI, S., *Dopo Viking, Laval, Ruffert: in cerca di un nuovo equilibrio tra diritti sociali e mercato*, op. cit., p. 124, si rinvia per la sua spiegazione all'analisi della direttiva sul distacco nell'attuazione giurisprudenziale

<sup>682</sup> DEAKIN, S., *Regulatory competition in Europe after Laval*, op. cit., p. 20

luce dal rispetto dei diritti fondamentali<sup>683</sup>. A ciò devono aggiungersi degli interventi di diritto comunitario derivato d'un canto che consentano di valorizzare i criteri di tipo sociale nell'assegnazione dei lavori pubblici nel territorio comunitario e dall'altro riportino la direttiva sul distacco alla sua originaria funzione di direttiva che garantisce una protezione minima. Purtroppo il recentissimo rapporto Monti rigetta anche la richiesta di inserimento della clausola di progresso sociale ma sembra invitare ad un maggiore controllo sulla istituzione di *letter-box company* e esprimere un certo favore per un impegno politico che sottragga alle Corti il bilanciamento tra diritti fondamentali, specialmente collettivi, e libertà economiche. Inoltre il rapporto Monti sembra accogliere l'idea di inserire una clausola di immunità analoga a quella già prevista in materia di merci dal regolamento n. 2679/98, la cosiddetta clausola Monti<sup>684</sup>.

### *3.4 Il modello di relazioni industriali svedesi nel mirino della Corte di Giustizia*

In verità sembra di poter affermare che tra le righe della decisione della Corte di Giustizia si celerebbe anche una velata critica al modello di relazioni industriali svedesi.

La Corte, infatti, pur affermando che la direttiva sul distacco non ha l'obiettivo di indurre a modificare i singoli sistemi di relazioni industriali<sup>685</sup>, ha, in verità, costretto la Svezia a rilevanti mutamenti istituzionali e, per di più, a introdurre una disciplina per molti versi estranea alle caratteristiche del suo mercato del lavoro e che dunque, verosimilmente, sarà destinata ad operare unicamente in rapporto a prestatori di servizi stranieri.

---

<sup>683</sup> Sulla quale si sofferma anche GOTTARDI, D., *Diritti sindacali e libertà economiche dalla prospettiva del Parlamento Europeo*, op. cit., p. 145

<sup>684</sup> Regolamento (CE) n. 2679/98 del Consiglio, del 7 dicembre 1998, sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri [Gazzetta ufficiale L 337 del 12.12.1998]

<sup>685</sup> Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Lava*), cit., punto 68

Ciò ha costituito la base su cui si fondano numerose critiche avanzate dalla dottrina svedese<sup>686</sup> ed europea<sup>687</sup>. Si è infatti percepita la decisione come una indebita invasione della Corte di Giustizia in una sfera di competenze statuali<sup>688</sup>. La questione trae origine dal fatto che la Svezia, in sede di recepimento della direttiva sul distacco<sup>689</sup>, non ha ritenuto di dover adottare alcuna disposizione legislativa in materia di salario minimo, non ha attuato il rinvio ai contratti collettivi nelle modalità indicate dall'articolo 3.8 della direttiva ed ha limitato il suo intervento normativo unicamente all'estensione di parte della disciplina sulle condizioni lavorative, senza alcun riferimento alla materia retributiva<sup>690</sup>. La ragione che ha indotto il legislatore ad agire in tal senso è palese per chiunque abbia contezza del sistema di contrattazione collettiva svedese; sistema caratterizzato da una *logica spiccatamente volontarista*<sup>691</sup>, in cui il modello di contrattazione e negoziazione non vede in alcuna fase il coinvolgimento dello Stato che, al contrario, lascia le parti sociali completamente libere di contrattare. Premessa fondamentale di questa ampia autonomia sindacale è che i contratti collettivi non abbiano efficacia *erga omnes*, che non sussista alcun meccanismo statale di

---

<sup>686</sup> Cfr. EKLUND, R., *Free business movement and the right to strike in the European Community: two views - A Swedish Perspective on Laval*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, n. 4, 2008, p. 569

<sup>687</sup> Si veda per tutti BERCUSSON, B., *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, *op. cit.*, p. 283 che ben prima della decisione della Corte citava la preoccupata lettera dell'ETUC che sollecitava il giudice comunitario a preservare le normative nazionali a tutela del diritto di sciopero, in quanto espressione delle differenti esperienze storiche degli stati comunitari, frutto di un precario equilibrio di interessi tra le parti sociali.

<sup>688</sup> Sul piano nazionale si v. BALLESTRERO, M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, *op. cit.*, p. 389 che parla di mancanza di self restraint della Corte

<sup>689</sup> Avvenuta nel 1999 con *Atto sul distacco dei lavoratori stranieri* 1999: p. 678 consultabile on line in lingua inglese al sito [www.sweden.gov.se/content/1/c6/10/48/40/7696b1da.pdf](http://www.sweden.gov.se/content/1/c6/10/48/40/7696b1da.pdf), nella versione antecedente a quella da ultimo modificata con la legge *Laval*.

<sup>690</sup> Si noti che già la Commissione nel 2003 aveva affermato che ove non vi fosse stata esplicita indicazione della volontà di avvalersi della deroga prevista dall'articolo 3.8 secondo trattino sarebbe stato impossibile il rinvio alla contrattazione collettiva per la determinazione dei salari, COM(2003) n.458, cit., p. 12; conseguentemente, secondo la Commissione, in Svezia non poteva dare applicazione ai contratti collettivi nel rapporto di lavoro dei lavoratori distaccati.

<sup>691</sup> VENEZIANI, B., *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, *op. cit.*, p. 301.

recepimento degli accordi conclusi e che l'applicazione *ultra vires* ai lavoratori non sindacalizzati sia realizzata mediante richiamo da parte del contratto individuale al contratto collettivo<sup>692</sup>, che ha in ogni caso i caratteri del contratto di diritto comune, governato dalle ordinarie regole privatistiche. A supporto però della contrattazione vige una normativa di particolare favore rispetto allo sciopero del quale si riconosce legittimità in ogni sua forma anche quella più radicale di blocco del cantiere. La decisione della Corte di Giustizia sembra incidere sulle nervature di questo sistema: vuoi sul potere riservato alla contrattazione collettiva di livello aziendale di definire l'esatta prestazione retributiva, vuoi sulla lettura dello sciopero quale arma alla quale si può ricorrere per condizionare le scelte dell'imprenditore. Quanto al primo aspetto dalle argomentazioni della Corte parrebbe che la contrattazione a tale livello sia maggiormente pregiudizievole per i prestatori stranieri incapaci di valutare con certezza ed in ogni parte del territorio nazionale, quale sarà il trattamento retributivo che dovranno assicurare ai lavoratori distaccati. In detta configurazione, la contrattazione aziendale sarebbe potenzialmente in grado di compromettere la piena realizzazione della libera prestazione di servizi transnazionale dal momento che renderebbe impossibile valutare *ex ante* la convenienza di un affare dato che il prestatore straniero non può prevedere con certezza i costi che sarà tenuto a sostenere per la retribuzione del personale coinvolto<sup>693</sup>. La Corte assume al riguardo una posizione molto rigida e del tutto inaspettata, dal momento che, come si è rilevato in dottrina<sup>694</sup>, questo atteggiamento di sfavore verso la contrattazione decentrata mal si concilia con i principi in materia di flessicurezza<sup>695</sup>, il cui *leit motiv* è

---

<sup>692</sup> RONNMAR, M., *Libera prestazione di servizi, diritto del lavoro e rapporti collettivi di lavoro nell'esperienza svedese. Le implicazioni delle sentenze Laval, Viking e Ruffert in Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, VIMERCATI, A., (a cura di), Cacucci, 2009, specifica però che stante il carattere cooperativo del rapporto tra parte datoriale e sindacale e l'alto tasso di sindacalizzazione si può parlare di "efficacia erga omnes di fatto", p. 113

<sup>693</sup> Sentenza *Laval* (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit., punti 70 e 71

<sup>694</sup> ORLANDINI, G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, op. cit., p. 270

<sup>695</sup> Così anche GOTTARDI, D., *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento Europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, op. cit., p. 556 che estende

proprio il sostegno a forme di contrattazione locale e aziendale che rendono i salari maggiormente adattabili al contesto e alla situazione economica dell'impresa.

Inoltre, le critica sembra estendersi dal livello al quale si contratta all'attività di contrattazione in sé, semplicemente per la sua qualità di esercizio dell'autonomia collettiva. La Corte, infatti, sembra muoversi con maggiore sicurezza in un terreno in cui è lo Stato a stabilire in maniera rigida ed attraverso una norma di legge le condizioni applicabili ai lavoratori distaccati; un approccio statalista che è del tutto estraneo al tradizionale modello di relazioni industriali svedesi e che ha imposto un radicale cambiamento nell'assetto dei rapporti tra le parti sociali<sup>696</sup>. La Corte ravvisa infatti una restrizione nella mera sottoscrizione volontaria di un contratto collettivo sovvertendo addirittura l'intera logica su cui è basato il diritto del lavoro infatti in questa ricostruzione il soggetto debole è non tanto il lavoratore ma il datore di lavoro che a causa della minaccia degli scioperi potrebbe indursi a concludere un contratto a lui sfavorevole.<sup>697</sup>

Quanto al secondo profilo, vi è in primo luogo da evidenziare che lo sciopero e la sua funzionalizzazione al contratto collettivo<sup>698</sup> sono dalla Corte utilizzati in una sorta di eterogenesi dei fini con l'obiettivo di assimilare la situazione della contrattazione collettiva a quella delle associazioni con funzioni regolative<sup>699</sup> e permettere di ritenere acclarata l'efficacia orizzontale della disposizione nel caso indicato. Inoltre, specificamente sulla possibilità di intraprendere un'azione collettiva per "forzare" alla conclusione di un contratto collettivo, la Corte sembra sostenere la tesi giusta la quale il riconoscimento di una quanto mai

---

l'osservazione anche al corrispondente caso *Viking* (Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2007, C-348/05, *Viking*, cit.) avente ad oggetto l'ordinamento finlandese

<sup>696</sup> ORLANDINI, G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, op. cit., p. 268

<sup>697</sup> ORLANDINI, G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, op. cit., p. 261

<sup>698</sup> Funzionalizzazione che viene esaltata dunque dal giudice comunitario. In senso molto critico in relazione a tale riduttiva visione dell'azione collettiva VENEZIANI, B., *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, op. cit., p. 301-2

<sup>699</sup> LO FARO, A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, op. cit., p. 81

ampia possibilità di ricorrere allo sciopero si tramuterebbe in un implicito obbligo di contrarre - in verità insussistente nella realtà svedese<sup>700</sup> - in grado di coartare le volontà degli imprenditori. Una simile prospettiva appare certamente *ideologica*<sup>701</sup>, quasi a non voler riconoscere che il conflitto collettivo durante la fase di negoziazione non si configura come patologico ma come fisiologico<sup>702</sup>.

In tal senso, la presa di posizione della Corte di Giustizia finisce per colpire il cuore del modello di relazioni industriali<sup>703</sup>: d'un canto si concepisce lo sciopero come una sorta di violenza morale in grado di rendere l'espressione di volontà dell'imprenditore non più genuina; dall'altro, la contrattazione collettiva è guardata con sospetto perché impossibile prevederne *ex ante* condizioni e conclusioni.

Ciò ha posto serissimi problemi di adeguamento allo stato scandinavo, interessato ad ogni costo a preservare il carattere volontaristico del suo sistema<sup>704</sup>.

A tale compito di adattamento è stata chiamata una commissione nominata dal governo e presieduta dal Direttore dell'Ufficio nazionale di mediazione. Il documento redatto da tale Commissione è poi confluito in un progetto di legge del governo conservatore in carica nella scorsa legislatura ed è stato definitivamente approvato il 15 aprile 2010. La legge, comunemente nota come legge *Laval*, interviene su numerose

---

<sup>700</sup> Lo sciopero è concepito come un'attività capace di coartare la libertà e conseguentemente di rendere invalido il contratto collettivo, CARABELLI, U. *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 30, 2008, p. 163

<sup>701</sup> CARABELLI, U., *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking, op. cit.*, p. 156

<sup>702</sup> ORLANDINI, G., *Autonomia collettiva e libertà economiche, op. cit.*

<sup>703</sup> Sul sistema contrattuale svedese cfr. in sintesi EKLUND, R., SIGEMAN, T., CARLSON, L., *Swedish Labour and Employment Law: Cases and Materials*, Uppsala, Iustus Förlag 2008, 28 ss.

<sup>704</sup> Così espressamente nella proposta della Commissione incaricata di adeguare l'ordinamento ai principi del caso *Laval*, la quale, incaricata di vagliare i possibili metodi di recepimento della direttiva e al fine di estendere la disciplina in materia retributiva anche ai distaccati, esclude di poter ricorrere sia ad una normativa sul salario minimo, sia ad una dichiarazione legale di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi in quanto entrambi i metodi sottrarrebbero di fatto alle parti sociali il potere di negoziare e di adeguare le condizioni retributive al contesto economico, garantendo una particolare flessibilità nella gestione della materia. La posizione espressa dalla commissione di inchiesta SOU 123:2008 è stata accolta con estremo favore dai sindacati svedesi nella *joint position* sulla relazione della commissione.

questioni, tutte sollevate dalla decisione comunitaria: dall'implementazione nazionale della direttiva sul distacco, alla disciplina dell'azione collettiva nei confronti dei prestatori stranieri. Il nuovo testo normativo riprende pressoché totalmente i risultati cui era pervenuta nel proprio documento SOU 123/2008 la Commissione di inchiesta, limitando fortemente sia le possibilità di

### *3.5 La responsabilità risarcitoria dei sindacati per il danno "da sciopero"*

La dichiarazione di illegittimità comunitaria dell'azione collettiva limitativa della libertà di prestazione dei servizi può ed ha fatto sorgere la seguente e collegata questione della liceità di una azione giudiziaria che sia intentata da una impresa contro un sindacato e che sia diretta ad ottenere il risarcimento del danno conseguente a quella azione collettiva dichiarata comunitariamente illegittima.

La questione, proprio in questi termini, ha visto contrapporre in giudizio di fronte alla Suprema Corte svedese i sindacati degli edili e degli elettricisti e la *Laval* che chiedeva il risarcimento di tutti i danni che le erano derivati dal fallimento della *Baltic* per le durissime azioni sindacali poste in essere dal sindacato edile svedese e da tutti gli scioperi di solidarietà che hanno affiancato l'azione sindacale di quest'ultimo.

Il riconoscimento della sussistenza di una violazione del diritto comunitario non è da sola sufficiente a fare dichiarare la sussistenza di una ipotesi di responsabilità e a far condannare al risarcimento dei danni che ne siano derivati. Sul piano comunitario infatti per aversi danno risarcibile è necessario che si verificino anche altre condizioni.<sup>705</sup>

Occorre, dunque, definire i criteri a cui riferirsi per stabilire se sussiste detta responsabilità. L'ordinamento comunitario fornisce un duplice ordine di criteri e condizioni: le condizioni che sovordinano alla responsabilità di Stati e Comunità<sup>706</sup> per violazione di disposizioni aventi

---

<sup>705</sup> APPS, K., *Damages claims against trade unions after Viking and Laval*, op. cit., p. 145-6

<sup>706</sup> La decisione del giudice svedese è consultabile on line su <http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/sentenze/07/Laval.pdf>, p. 14

efficacia diretta, ed i criteri elaborati al fine di garantire un risarcimento per le violazioni dei diritti dei singoli individui.

Quanto alle prime, sembrava che la Corte di Giustizia ne avesse individuato il carattere necessario in relazione ad ogni tipologia di responsabilità.

Dette condizioni sono state enucleate per la prima volta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza *Brasserie du Pêcheur* - la prima in cui la CGUE ha delineato i caratteri fondamentali della neointrodotta responsabilità degli Stati per violazione di disposizioni aventi efficacia diretta<sup>707</sup>, in linea di continuità con la precedente giurisprudenza in materia di responsabilità della Comunità. Al punto 51 si afferma, infatti, che “*un diritto al risarcimento è riconosciuto dal diritto comunitario in quanto siano soddisfatte tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi*”. La formulazione affatto generale induce a ritenere che il *decisum* di questa sentenza vada richiamato senza distinzione per tipologia di responsabilità.

Mettendo in opera tali principi nel nostro caso ci si avvede che se, d'un canto, nessun problema si origina dall'obbligo di procedere ad accertamento del nesso causale, non altrettanto può dirsi quanto alle altre due condizioni: la sussistenza di una norma comunitaria attributiva di diritti individuali ai singoli e la nozione di *violazione sufficientemente caratterizzata*<sup>708</sup>.

Il problema nasce in primo luogo in sede di verifica sulla sussistenza di una norma comunitaria attributiva di diritti individuali: occorre ricercare nella sentenza della Corte di Giustizia un mutamento relativo alla libertà di prestazione dei servizi che ne abbia a tal punto trasfigurato i fondamentali caratteri da rendere questa libertà un vero e proprio diritto. Infatti, una interpretazione dell'efficacia orizzontale come condizione che permette di attribuire agli imprenditori veri e propri “*diritti fondamentali*”, ossia tutele direttamente azionabili in giudizio e protette da

---

<sup>707</sup> Sentenza *Brasserie du pecheur* punto 42. Sottolineano questo aspetto anche CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *EU law*, Oxford University Press, 2008, p. 527

<sup>708</sup> Sentenza *Brasserie du pecheur*, punto 51



rigide sanzioni in caso di violazione sia da parte dello Stato e delle pubbliche autorità sia nei rapporti inter-privati<sup>709</sup>, non è affatto usuale nell'ordinamento comunitario e, peraltro, non è stata esplicitamente e certamente affermata nel caso *Laval*.

L'accertamento in merito a tale requisito ci induce dunque a richiamare le argomentazioni che si sono avanzate in altra sede in relazione alla validità di una generalizzata efficacia orizzontale della disposizione e alle quali è opportuno rinviare.

Quanto al secondo profilo sul quale avrebbe potuto appuntarsi l'attenzione della Corte al fine di accertare l'effettiva presenza delle condizioni per un risarcimento del danno, il riferimento è alla nozione di *violazione sufficientemente caratterizzata*. Tale nozione è descritta più nel dettaglio dalla stessa Corte di Giustizia al punto 55 della sentenza *Brasserie*, ove i giudici di Lussemburgo specificano che “*il criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzata una violazione del diritto comunitario è quello della violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro o di un'istituzione comunitaria, dei limiti posti al loro potere discrezionale.*” Detta condizione implica l'esercizio di una autonomia normativa (*i limiti posti al potere discrezionale*), elemento che potrebbe porre seri problemi nell'eventualità di una traslazione del requisito al caso in esame. Ma ciò che qui interessa sottolineare è che la Corte di Giustizia in questa nozione fa rientrare valutazioni che attengono in un certo senso al requisito subiettivo, che rimane invece irrilevante con riferimento agli altri due profili indispensabili per dichiarare sussistente la responsabilità degli Stati<sup>710</sup>. Per essere considerata grave, quindi, è necessario che la

---

<sup>709</sup> ORLANDINI, G., *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 3

<sup>710</sup> O'DONOGHUE, R., CARR QC, B., *Dealing with Laval and Viking*, in *CYELS*, 11, 2009, p. 159 ricordano gli elementi di cui la Corte ritiene si possa tenere conto, tra cui la chiarezza e precisione delle norme violate, l'esistenza di una giurisprudenza consolidata sulla materia, il grado di scusabilità dell'errore di diritto, l'atteggiamento mentale di chi ha commesso l'infrazione; in particolare, occorre considerare se il danneggiante stesse agendo volontariamente o involontariamente, il comportamento successivo dell'agente, la natura della persona colpita dalla violazione, la posizione assunta dalle istituzioni comunitarie sulla materia. Dalla mera elencazione si comprende come buona parte della valutazione su profili “soggettivi” è recuperata dalla Corte in questa nozione; e la valorizzazione degli elementi di cui si compone una violazione sufficientemente caratterizzata avrebbero condotto ad una esclusione della sussistenza del danno ingiusto.

violazione sia per esempio avvenuta in un contesto normativo sufficientemente chiaro e definito, tale da rendere per l'appunto “manifesta” la violazione medesima; cosa della quale non potrebbe che dubitarsi nel caso in esame.

La Corte di Stoccolma, però, trascura di appurare pienamente se nel caso di specie possa ritenersi integrata quella violazione manifesta e grave, unica legittimante la condanna al risarcimento del danno. La ragione di un così distratto cenno alle previsioni in tema di responsabilità comunitaria è da collegare probabilmente alla difficoltà di adattare questi criteri a casi in cui, di fatto, non può esservi alcuna violazione dei “*limiti posti al potere discrezionale*”.

Eppure, le difficoltà evidenti che si riscontrano nell'applicare tali principi, pensati ed elaborati in relazione ad istituzioni dotate di potere normativo o quasi normativo<sup>711</sup> (si pensi a tutti quegli organismi dotati di poteri regolativi cui in principio è stata estesa l'efficacia delle disposizioni sulle libertà di circolazione<sup>712</sup>) e non nei confronti di privati colpevoli di una violazione del diritto comunitario, non è sufficiente a far considerare del tutto inutile il riferimento ad essi, magari proprio al fine di escludere in toto la risarcibilità di un danno che sia cagionato dal singolo e non da un potere statale. In tal senso, il fatto che la violazione non fosse cagionata da un provvedimento di tipo legislativo o semi-legislativo in contrasto con il diritto comunitario, ma da un mero comportamento<sup>713</sup>, avrebbe potuto essere tenuto in considerazione in sede di valutazione

---

<sup>711</sup> In relazione a questi organismi la situazione si configura in modo molto particolare perché di fatto la Corte di Giustizia adottando un approccio “*sostanziale*”, che non tiene conto della natura giuridica “*formale*” dell'organismo dotato di potere normativo. Così ORLANDINI, G., *Diritto di sciopero azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona” INT 45/2006, p. 8

<sup>712</sup> Per una distinzione tra l'efficacia orizzontale delle disposizioni in queste ipotesi molto particolari e i caratteri dei casi *Viking* (C-438/05) e *Laval* (Sentenza *Laval*, (Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*), cit., si veda DASHWOOD, A., *Viking and Laval: Issues of horizontal direct effect*, op. cit.

<sup>713</sup> Critiche all'attribuzione di efficacia orizzontale alla disposizione erano venute da più parti in dottrina, faceva notare infatti ORLANDINI, G., *Diritto di sciopero azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, op. cit., p. 10 che esiste una differenza sostanziale tra una norma, un atto anche di natura privata che ha comunque portata generale e si applica ad una generalità di casi, ed un comportamento che si conclude nell'atto in cui è posto in essere.

dell'*an* della risarcibilità del danno, al fine di escluderne la risarcibilità proprio per incompatibilità tra tali principi comunitari sulla responsabilità ed il caso in esame.

**B)** La seconda categoria di principi comunitari cui la Corte avrebbe potuto riferirsi al fine di valutare se fossero integrate le condizioni comunitarie necessarie per affermare una responsabilità risarcitoria, è costituita dai criteri che operano allorché la violazione del diritto comunitario dipenda dal comportamento dei singoli. In questi casi la Corte di Giustizia ha ritenuto che, sebbene sia necessario assicurare il risarcimento di tutti i danni patiti, spetti allo Stato membro il compito di garantire “*rimedi effettivi*” per la vittima della violazione nella più ampia discrezionalità di determinazione quanto ad azione esperibile e tipologia della responsabilità (Cgce C-295/04, Manfredi)<sup>714</sup> Mi pare utile rilevare che, anche in questo contesto, la presenza di una forma di partecipazione soggettiva all'illecito si rivela una condizione indispensabile ai fini della condanna al risarcimento del danno. A dimostrazione di ciò può rammentarsi quanto stabilito nel libro bianco della Commissione in materia di azione risarcitoria conseguente ad infrazione delle disposizioni antitrust (articoli 81 e 82 TCE, ora 101 e 102 TFUE)<sup>715</sup>. Infatti, persino in tale contesto in cui certa è l'efficacia orizzontale delle disposizioni ed indiscutibile la necessità che si risarciscano i danni cagionati ai privati, la Commissione ha escluso che possa ritenersi accertata la responsabilità ove possa invocarsi a propria discolpa l' “*errore scusabile*”<sup>716</sup>, che si avrebbe “*se una persona ragionevole che avesse agito con un elevato livello di diligenza non*

---

<sup>714</sup> ORLANDINI, G., *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 12, ora in *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, a cura di VIMERCATI, A., edito Cacucci, 2009, pp. 55-74.

<sup>715</sup> COM(2008) n. 165, Bruxelles 2.4.2008.

<sup>716</sup> Forte la critica venuta sul punto dal Parlamento Europeo che nella risoluzione del 26.03.2009 P6\_TA(2009) 187 al punto 15 ha sottolineato l'esigenza in ogni contesto risarcitorio di “*avere come premessa un atto colposo*”. A parere del PE, infatti, per aversi risarcimento è necessario che la “*violazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza debba essere avvenuta quantomeno per negligenza, salvo che la normativa nazionale preveda una presunzione assoluta o una presunzione relativa di colpa nel caso di violazione della normativa comunitaria in materia di concorrenza, assicurando l'applicazione costante e coerente di tale normativa*”;

*avrebbe potuto essere consapevole del fatto che il comportamento limitava la concorrenza*'.

Il richiamo a questi principi di origine comunitaria avrebbe condotto a conclusioni analoghe a quelle esposte sub A) in relazione alla responsabilità degli Stati: la responsabilità dei sindacati non può essere ritenuta automatica ma è sempre necessaria un'indagine ulteriore volta alla verifica della sussistenza dei requisiti specifici ai fini del risarcimento del danno – anche ove vi sia già stato accertamento giuridico della lesione del “diritto” alla libera prestazione di servizi –, tra cui un ruolo di particolare centralità sembra rivestire la verifica dell'elemento soggettivo.

In conclusione, l'*excursus* sulla giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità porta a fare un passo indietro rispetto a quello compiuto dalla Corte nazionale: non è stata dimostrata la necessità di ritenere i sindacati direttamente responsabili del risarcimento del danno cagionato né tantomeno è stata affermata la necessaria risarcibilità del danno.

E' su questo terreno che il ragionamento della Corte di Stoccolma appare, dunque, un po' debole. Infatti, la tesi che sottende l'intera linea argomentativa della sentenza in commento sembra essere quella di assicurare un imprescindibile risarcimento del danno in virtù dell'avvenuta dichiarazione di efficacia orizzontale della disposizione, potendosi, anzi dovendosi, prescindere da accertamenti ulteriori. Al contrario, dall'analisi dei principi richiamati si evince inequivocabilmente che nell'ordinamento comunitario vige il principio specularmente opposto, giusto il quale non è sufficiente l'accertamento della sussistenza di una violazione del diritto comunitario per aversi responsabilità e conseguente obbligo di risarcire il danno<sup>717</sup>.

A quanto sostenuto, in termini generali, in ordine all'esigenza di assicurare un risarcimento del danno e di addebitarne la relativa responsabilità ai sindacati, v'è da aggiungere un ulteriore fondamentale elemento specifico, ossia la peculiare natura del soggetto passivo di tale responsabilità.

---

<sup>717</sup> MARINAI, S., *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 4, 2002, p. 691

La Corte svedese non sembra curarsi del fatto che nel caso concreto la responsabilità dovrebbe gravare non su una generica associazione di individui ma su una associazione che negli ordinamenti nazionali è tutelata da una specifica posizione di privilegio: l'organizzazione sindacale. E ciò vale in maniera ancora più prorompente nei particolari casi in cui è in questione l'esercizio del diritto di sciopero. In diversi ordinamenti nazionali, la caratteristica primaria del diritto di sciopero è, infatti, quella di garantire l'immunità dei partecipanti dalle ordinarie norme vigenti in materia di responsabilità civile<sup>718</sup>; sarebbe stato opportuno quindi chiedersi se tale immunità possa operare o vada del tutto esclusa in caso di sciopero che si contrapponga alle libertà di circolazione comunitarie.

Infatti, sebbene in *Laval* e *Viking* la Corte di Giustizia abbia rinunciato a rifarsi al caso *Albany*<sup>719</sup>, ciò non vuol dire che il portato di quella decisione vada messo in soffitta; al contrario, esso potrebbe essere validamente recuperato dal giudice nazionale in sede di decisione in merito al danno<sup>720</sup>. Il Tribunale svedese avrebbe potuto ipotizzare o una totale sottrazione all'area di responsabilità per danni in ragione della particolare funzione sociale svolta dalle associazioni sindacali, o un contenimento della risarcibilità del danno alle sole ipotesi di violazione gravissima delle libertà fondamentali, o ancora avrebbe potuto stabilire un massimale di risarcimento cui possono essere tenute le associazioni sindacali al fine di non vanificare, nei fatti, il loro diritto a ricorrere all'azione collettiva.

In particolare, quantomeno nella sua quantificazione, avrebbe potuto considerare che l'azione collettiva era legittimata dalla sussistenza di specifiche disposizioni nazionali che permettono il ricorso all'azione collettiva anche nella forma particolare dei picchetti<sup>721</sup>. Ma su questo si tornerà nel dettaglio a breve.

---

<sup>718</sup> ORLANDINI, G., *Viking, Laval e Rüffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, op. cit., p. 5

<sup>719</sup> Sentenza della Corte di Giustizia, del 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, in *Racc.* 1999, p. I-5751

<sup>720</sup> APPS, K., *Damages claims against trade unions after Viking and Laval*, op. cit., p. 149-150

<sup>721</sup> APPS, K., *Damages claims against trade unions after Viking and Laval*, op. cit.

Senza entrare nel merito dell'esame delle specifiche argomentazioni avanzate dal giudice nazionale nel caso *Laval* possiamo sin d'ora segnalare che il giudice domestico rifiuta di riferirsi ai criteri menzionati poc'anzi per basare la propria decisione direttamente sull'ordinamento nazionale con ciò peggiorando ulteriormente la condizione dei sindacati. Il risultato è una condanna al risarcimento di ingenti danni ottenuta sfruttando le disposizioni interne che assicurano un risarcimento in caso di violazione della rigida obbligazione di pace sociale.

## Considerazioni conclusive

L'analisi del caso Laval nella cornice di una indagine sulle relazioni non lineari né univoche tra libera circolazione delle imprese e diritti del lavoro, prospetta scenari certo non rassicuranti. Anzi, proprio quest'ultimo atto della ricerca dà il senso dell'opportunità e della necessità di continuare a riflettere sull'ordinamento dell'Unione, al fine di sollecitare una più equa risoluzione delle tensioni tra diritti sociali e libertà economiche.

Nel presente lavoro si sono ripercorsi i passaggi attraverso i quali si concretizza una strumentalizzazione delle libertà di circolazione che ha come effetto un indebolimento delle tutele dei lavoratori. Questo uso, o sarebbe meglio dire abuso, delle libertà fondamentali è realizzato approfittando delle differenze regolative tra i paesi membri, esercitando pressioni sui governi e sui lavoratori mediante il ricatto della delocalizzazione intracomunitaria e facendo circolare delle prestazioni di lavoro sottocosto dietro il simulacro della prestazione dei servizi. Nello scenario descritto, si è ritenuto di dover declinare diversamente le relazioni tra diritto del lavoro e impresa in mobilità distinguendo sulla base dei caratteri propri di ciascuna macromanifestazione della vicenda circolatoria.

In relazione alla delocalizzazione produttiva si sono avanzate proposte di implementazione dei meccanismi di partecipazione dei lavoratori, con estensione settoriale dei generali obblighi di informazione e consultazione gravanti sull'impresa. Si tratta, è evidente, di una forma di tutela meramente procedurale, non adatta a vietare la messa in opera di un progetto di mobilità intracomunitaria. Essa merita, dunque, di essere affiancata da una tutela più "forte" che si è individuata nella garanzia del potere di contrastare le scelte datoriali in ordine al "dove" produrre a mezzo dell'autonomia collettiva. Quest'ultima presuppone ed impone una revisione del bilanciamento, cui è pervenuto recentemente il giudice dell'Unione, tra diritto di sciopero e libertà economiche di circolazione.

Quanto alla prestazione di servizi labour intensive, si è posta in discussione la riconduzione della fattispecie alla disposizione relativa alla

prestazione dei servizi, convinti della maggiore idoneità ad assicurare una tutela dei lavoratori e dei mercati del lavoro degli stati membri della previsione sulla mobilità transnazionale del lavoro. Infatti, il paradigma della parità di trattamento, che dagli esordi costituisce la regola generale in materia di libera circolazione dei lavoratori, evita che i distaccati siano costretti a subire trattamenti deteriori pur prestando attività lavorativa a diretto contatto con i colleghi non “mobili” ed impedisce di realizzare una riduzione, reputata eccessiva, della potestà regolativa dello stato membro nei confronti di una prestazione lavorativa in quel paese effettuata. In verità, si sono manifestate perplessità più generali sul superamento in materia di libertà fondamentali di un modello di decisione incentrato sulla non discriminazione, in favore di un modello basato sulle misure indistintamente applicabili, giusto il quale occorrerebbe rimuovere ogni normativa nazionale che possa costituire ostacolo per la libertà, anche laddove essa non sia esplicitamente rivolta contro gli stranieri.

Si è poi evidenziata una problematica comune ad entrambe le macromanifestazioni della circolazione delle imprese: l'individuazione dei parametri cui riferirsi ai fini della determinazione della legislazione applicabile al rapporto di lavoro. Infatti, il principio di territorialità sembra avere esiti diversi nelle due ipotesi dal momento che, mentre nella delocalizzazione produttiva può talvolta rivelarsi insufficiente a tutelare a pieno i lavoratori per la mancata considerazione dell'impresa rete, nelle situazioni di prestazione di servizi transnazionale occorre sempre tenergli fede per la sua rilevante funzione sociale.

In materia di legislazione applicabile, si rivela particolarmente significativa l'esegesi discutibilmente proposta dalla Corte di Giustizia della direttiva sul distacco. La direttiva, infatti, dichiara una (quantomeno) duplice finalità, il miglioramento del mercato dei servizi e la tutela dei lavoratori e delle imprese dalla concorrenza sleale. Detta duplicità può essere ricondotta ad unità soltanto se si ritenga che la prima finalità sia conseguibile mediante la seconda. Il che impone chiaramente l'effettiva applicazione delle migliori condizioni di lavoro di fonte legale e, soprattutto, contrattuale vevoli per i lavoratori nazionali.

In relazione alla prestazione di servizi ci si è poi soffermati sull'interazione con quella forma di delocalizzazione che si è definita



“giuridica” perché funzionale soltanto a stabilire fittiziamente la sede di una impresa in un paese dell'UE per poterne esportare la legislazione lavoristica in tutto il mercato interno. In questa ipotesi la previa localizzazione giuridica di una società coincide con una successiva strumentalizzazione della libertà di prestazione di servizi. Tale fenomeno dovrebbe essere contrastato - e potrebbe esserlo soprattutto a seguito della entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha comportato il riconoscimento di una efficacia giuridica piena della Carta di Nizza – attraverso la categoria dell'abuso del diritto, facente parte delle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri e nuovamente ribadita dall'articolo 54 della Carta.

Ma il più ampio apporto che il mutamento istituzionale può dare alla tematica concerne le modalità con le quali si ponderano i diritti sul piano comunitario, e segnatamente, il diritto di sciopero e le libertà economiche. Si è infatti osservato che la tecnica del bilanciamento di cui la Corte afferma di far uso appare in realtà “invertita” e non sembra tener conto, secondo il parametro fissato dall'articolo 52 della Carta di Nizza, dell'obbligo di rispettare il contenuto essenziale dei diritti fondamentali, quale è il diritto di sciopero.

Il sistema multilevel di protezione dei diritti fondamentali che sembra valorizzato dall'articolo 53 della Carta avrebbe suggerito di mettere a frutto i contributi che possono provenire da altre fonti dei diritti fondamentali, in primo luogo, rispettando l'autorità che in tale campo spetta alla Cedu, ma anche, in secondo luogo, ascoltando le istanze provenienti ad esempio dalla Commissione dialogo sociale dell'OIL, l'organizzazione volta alla tutela dei lavoratori, più antica sul piano internazionale.

A tal proposito si anticipa che nuovi equilibri potrebbero essere raggiunti e nuovi scenari potrebbero aprirsi a seguito delle decisioni assunte dalla Corte sorella della Corte di Giustizia, la CEDU, ove si è ravvisato il fondamento del diritto di sciopero nell'articolo 11 della Convenzione, così, di fatto, prevedendo che ogni restrizione opponibile a tale diritto debba rispettare i canoni imposti dalla norma. Interessante è infine segnalare anche le severe critiche della Commissione esperti del dialogo sociale riguardo il caso Balpa, evoluzione dei casi Laval e Viking,

LA CIRCOLAZIONE DELLE IMPRESE NELL'UE  
MOBILITÀ DEL LAVORO E DIRITTI COLLETTIVI

TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO DI ELISA SACCÀ

---

sugli orientamenti interpretativi manifestati dalla Corte di Giustizia sullo sciopero.

## Bibliografia

- AHLBERG, K., BRUUN, N., MALMBERG, J., *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective* in *Transfer*, n. 2, 2006, pp. 157 – 158
- ALAIMO, A., CARUSO, B., *Dalla politica ai diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT - 82/2010
- ALPA, G., *La competizione tra ordinamenti: un approccio realistico* in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, ZOPPINI, A. (a cura di), Laterza, 2004
- AMITY, M., WEI, S. J., *Fear of Outsourcing: Is it Justified?*, IMF Working Paper 04/186 e NBER Working Paper 10808 consultabile on line su <http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2004/wp04186.pdf>
- ANDREONI, A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006
- ANGIOLINI, V., *Laval, Viking, Ruffert e lo spettro di Le Chapelier*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, ANDREONI, A., VENEZIANI, B. (a cura di), Ediesse, 2009
- APPS, K., *Damages claims against trade unions after Viking and Laval* in *European Law Review*, n. 1, 2009
- ARTHURS, H., *Who's Afraid of Globalization? Reflections on the Future of Labour Law*, in *Globalization and the Future of Labour Law*, CRAIG, J.D.R., LYNK, M. S. (a cura di), Cambridge University Press, 2006
- BALANDI, G.G., *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 20, 1998
- BALLESTRERO, M.V., *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT-55/2007, attualmente consultabile on line su [http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/ballestrero\\_n54-2007int.pdf](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/ballestrero_n54-2007int.pdf)
- BALLESTRERO, M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2008
- BALLESTRERO, M. V., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni. In ricordo di Massimo D'Antona, dieci anni dopo*, Atti del XVI Congresso di Diritto del Lavoro, Catania, 21-23 Maggio, 2009, Giuffrè, 2010

- BANO, F., *La retribuzione minima garantita ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi* in *Or. giur. lav.*, n. 2, 2001
- BANO, F., *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione Europea*, Il Mulino, 2008
- BANO, F., *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008
- BARNARD, C., DEAKIN, S., *Market Access and Regulatory Competition*, Jean Monnet Working Paper 9/01, 2001, ora in *The legal foundation of the single market: unpacking the premises*, BARNARD, C., SCOTT, J. (a cura di), Hart Publishing, 2002
- BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU*, Oxford, 2004
- BARNARD, C., *Labour market integration: lessons from the European Union*, in *Globalization and the Future of Labour Law*, CRAIG, J. D.R., LYNK, M. S. (a cura di), Cambridge University Press, 2006
- BARNARD, C., *Employment Rights, Free Movement under the EC Treaty and the Services Directive*, Europa Institute Mitchell Working Paper Series, maggio 2008, consultabile on line su [http://www.law.ed.ac.uk/file\\_download/series/44\\_employmentrightsfreemovementundertheectreatyandtheservicesdirective.pdf](http://www.law.ed.ac.uk/file_download/series/44_employmentrightsfreemovementundertheectreatyandtheservicesdirective.pdf)
- BARNARD, C., *Restricting restrictions: lesson for the EU from the US*, in *Cambridge Law Journal*, November 2009
- BARONCHELLI, G., *La delocalizzazione produttiva nei mercati internazionali: dagli IDE all'offshoring*, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2008
- BAVARO, V., *Tre questioni su quattro sentenze della Corte di Giustizia: a proposito di geo-diritto del lavoro, meta-diritto all'impresa e all'autonomia collettiva*, in *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, VIMERCATI, A., (a cura di), Cacucci, 2009
- BEGHINI, V., *Luogo di svolgimento abituale dell'attività lavorativa e sospensione del rapporto di lavoro con distacco del lavoratore presso una consociata estera*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2003
- BERCUSSON, B., *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day* in *European Law Journal*, n. 3, 2007
- BERCUSSON, B., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, *ERA Forum*, vol. 10, n. 1, 2009

- BORELLI, S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008
- BRINO, V., *Diritto del lavoro e della concorrenza: conflitto o complementarità*, in *Riv. Giur. Lav.*, n. 2, 2005
- BRUUN, N., *Economic Policy and Labour Law in The transformation of labour law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, HEPPLER, B., VENEZIANI, B. (a cura di), Hart Publishing, 2009
- CARABELLI, U. *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 30, 2008
- CARUSO, B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT – 61/2008
- CARUSO, B., *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, ANDREONI, A., VENEZIANI, B. (a cura di), Ediesse, 2009
- CARUSO, B., MILITELLO, M., *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, III, 2009
- CARUSO, B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT - 81/2010
- CELLA, G. P., *Le sentenze e le relazioni industriali*, in *Il conflitto sbilanciato*, VIMERCATI, A., (a cura di), Cacucci, 2009
- CINELLI, M., *Distacco e previdenza nella prestazione transnazionale di servizi in Lavoro nella giurisprudenza*, n. 2, 2007
- CONDINANZI, M., LANG, A., NASCIMBENE, B., *Cittadinanza dell'Unione e Libera circolazione delle persone*, Milano, 2006
- CONDINANZI, M., *La libertà di stabilimento in Diritto dell'Unione Europea, p.te speciale*, STROZZI, G. (a cura di), Giappichelli, 2006
- CONSIGLIO, N., *Sull'abuso della libertà di circolazione delle imprese e sulla competenza della corte di giustizia CE in materia sindacale*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10, 2007
- COPPENS, P., *Etat, marché, institution* in *Revue internationale de droit économique*, n. 3, 2007
- COPPENS, P., *The meaning of the Law*, dattiloscritto presentato al Seminario "Analisi critica dei rapporti tra diritto ed economia: il mercato e le istituzioni", Catania 8 ottobre 2010

- CORÒ, G., *Verso una governance dei processi di delocalizzazione produttiva*, in *Quad. Rass. Sind.*, n. 3, 2004
- CORTI, M., *Le decisioni ITF e Laval della Corte di Giustizia: un passo avanti e due indietro per l'Europa sociale*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, n. 1, 2008
- CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *EU law*, Oxford University Press, 2008, p. 527
- D'ANTONA, M., *Sistema giuridico comunitario*, in *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, a cura di BAYLOS GRAU, A., CARUSO, B., D'ANTONA, M., SCIARRA, S., Bologna, 1996
- D'ANTONA, M., *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 2, 1998
- DASHWOOD, A., *Viking and Laval: Issues of horizontal direct effect*, in *CEYB*, 2008
- DAVIES, A. C. L., *One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ* in *Industrial Law Journal*, n. 2, 2008
- DAVIES, P., "Posted workers: Single Market or protection of national labour law systems?" in *Common Market Law Review*, n. 34, 1997
- DAVIES, P., *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, n. 3, 2002
- DE LA FEIRA, R., *Prohibition of abuse of (Community) law: the creation of a new general principle of EC law through tax*, in *Common Market Law Review*, 2008
- DEAKIN, S., WILKINSON, F., *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *Giorn. di dir. lav. rel. ind.*, 1999
- DEAKIN, S., *Regulatory competition versus harmonization in European Company Law in Regulatory competition and economic integration*, ESTY, D., GERADIN, D. (a cura di), Oxford University Press, 2001
- DEAKIN, S., *Regulatory competition in Europe after Laval*, WP n. 364, Centre for Business Research, University of Cambridge, June 2008, ora in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n. 10, 2008
- DEAKIN, S., SARKAR, P., *Assessing the long-run economic impact of labour law systems: a theoretical reappraisal and analysis of new time series data*, in *Industrial and Relations Journal*, n. 39:6, 2008
- DEL PUNTA, R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 89, 2001
- DORSEMONT, F., *The right to take collective action versus fundamental economic freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, consultabile on line su <http://www.etui.org/en/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg/2->

[Articles-in-academic-literature-on-the-judgements/%28offset%29/15](#) il 4.07.2010, ora in *European Union internal market and labour law*, DE VOS, M., (a cura di), Intersentia, 2009

EDSTROM, O., *The Free Movement of Services and the Right to Industrial Action in Swedish Law – In the Light of the Laval Case in EU Industrial relations v. National Industrial Relations. Comparative and interdisciplinary perspectives*, RÖNNMAR, M., (a cura di), Kluwer, 2008

EKLUND, R., SIGEMAN, T., CARLSON, L., *Swedish Labour and Employment Law: Cases and Materials*, Uppsala, Iustus Förlag 2008

EKLUND, R., *Free business movement and the right to strike in the European Community: two views - A Swedish Perspective on Laval*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, n. 4, 2008

ESPOSITO, M., *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *Diritti lavori mercati*, n. 3, 2006

EVJU, S., *Posting Past and Present. The Posting of Workers Directive – Genesis and Current Contrasts*, FORMULA Working Paper N. 8, 2009, consultabile on line su

[http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/freemov/publications/papers/2009/may/WP8\\_evju.pdf](http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/freemov/publications/papers/2009/may/WP8_evju.pdf)

FERRARESE, M. R., *Le istituzioni della globalizzazione*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, SCARPONI, S. (a cura di), Giuffrè, 2001

FERRARESE, M. R., *Dalla concorrenza tra ordinamenti giuridici alla competizione giuridica diffusa*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, ZOPPINI, A. (a cura di), Laterza, 2004

FICARI, L., *Distacco transnazionale applicazione di contratti collettivi e livelli salariali*, in *Diritto del Lavoro*, n. 6, 2002

FOGLIA, R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione Europea: la normativa comunitaria*, in *MGL*, 2001

GALGANO, F., *L'impresa transnazionale e i diritti nazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n.1, 2005

GALGANO, F., *Lex mercatoria e globalizzazione*, in *Vita Notarile*, n. 3, 2005

GIESEN, R., *Posting: social protection of workers vs. fundamental freedoms?* in *Common Market Law Review*, n. 40, 2003

GIUBBONI, S., ORLANDINI, G., *Libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2007

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

GIUBBONI, S., *Libertà di circolazione dei lavoratori e la libera prestazione dei servizi nell'ordinamento comunitario: dall'art. 39 del Trattato CE alla Direttiva 2006/123*, URGE WP, n. 1, 2009, ora in *Competitività, flessibilità del mercato e diritti fondamentali dei lavoratori. Atti del convegno nazionale di Ascoli Piceno, 20-21 marzo 2009*

GOTTARDI, D., *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento Europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in *Lavoro e Diritto*, n. 3, 2008

GOTTARDI, D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, relazione presentata alle Giornate di studio Aidlass, Parma, 4 – 5 giugno 2010, consultabile on line su [www.aidlass.org/attivita/2010/gottardi%20relazione%20aidlass.doc](http://www.aidlass.org/attivita/2010/gottardi%20relazione%20aidlass.doc) e in corso di pubblicazione su *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*

HENDRICKX, F., *The service directive and social dumping: National labour law under strain?* in *The service directive – consequences for the welfare state and the European social model*, NEERGAARD, U. B., NIELSEN, R., ROSEBERRY, L. M. (a cura di), Djof Forlage, 2008

HEPPLE, B., *Labour law and global trade*, Hart publishing, 2005

HOUWERZIJL, M., *Towards a more effective Posting Directive* in *Bulletin of comparative labour relation*, n. 58, 2006

INGLESE, I., *La direttiva sul distacco e le ingiustificate restrizioni alla libera prestazione di servizi*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 7, 2008

INGRAVALLO, I., *La Corte di Giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?* in *Il conflitto sbilanciato*, VIMERCATI, A. (a cura di), Cacucci, 2009

IRTI, N., *Geodiritto*, in *Dir. Int. Fil. Dir.*, n. 4, 2001

IRTI, N., *Geodiritto*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, fasc. 59, 2005

IRTI, N., *Diritto Europeo e tecno-economia*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, 2006

JARASS, H. D., *A Unified Approach to the Fundamental Freedoms in Services and Free Movement in EU Law*, ANDENAS, M., ROTH, W. (a cura di), Oxford University Press, 2004

JEAMMAUDE, A., *La mondializzazione: banco di prova per il diritto del lavoro*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, SCARPONI, S. (a cura di), Giuffré, 2001

KILPATRICK, C.P., *Laval's regulatory conundrum: Collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers*, in *European Law Review*, n. 6, 2009



- LASSANDARI, A., *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in *RGL*, n. 2, 2005
- LAULOM, S., *Sur la négociation collective transnationale*, in *Droit Social*, n. 5, 2007
- LEONARDI, S., *Gli accordi separati: un vulnus letale per le relazioni industriali*, in *Quaderni di Rassegna Sindacale*, n. 3, 2010
- LHERNOULD, J., *La loi 2 aout 2005 et le détachement transnational de travailleurs. Le plombier polonais est-il mort?* in *Droit Social*, 2005
- LIPARI, N., "Concorrenza" tra ordinamenti e sistema delle fonti in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, ZOPPINI, A. (a cura di), Laterza, 2004
- LO FARO, A., *Integrazione Europea in Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, BAYLOS GRAU, A., CARUSO B., D'ANTONA M., SCIARRA S., (a cura di), Bologna, 1996
- LO FARO, A., "Turisti e vagabondi": riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini, in *Lavoro e diritto*, n. 3, 2005
- LO FARO, A., *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 115, 2007
- LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008
- LO FARO, A., "Is a Decent Wage Part of a decent Job? Answers from an Enlarged Europe", WP CSDLLE Massimo D'Antona, int. 64/2008
- LO FARO, A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero ai tempi della libera circolazione*, in *Rassegna di Diritto Pubblico Europeo*, n. 2, 2009
- LOSURDO, F., *The prohibition of the abuse of rights in the judicial dialogue in Europe*, consultabile on line su <http://www.europeanpubliclaw.eu/contenuti/summer-school/2009/Federico-Losurdo-SUMMER-SCHOOL-2009.pdf>
- LYON-CAEN, G., *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, 1992
- LYON CAEN, A., *Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services*, in *Droit Social*, n. 5, 2005
- MALMBERG, J., JONSSON, C.M., *National Industrial Relation v. Private International Law – A Swedish Perspective*, in *EU Industrial relations v. National Industrial Relations. Comparative and interdisciplinary perspectives*, RÖNNMAR, M., (a cura di), Kluwer, 2008

- MALMBERG, J., *Posting post Laval*, Working Paper 2010: 5, Uppsala Center for Labor Studies, 2010, consultabile on line su <http://ucls.nek.uu.se/working%20papers/wp20105ucls.pdf>
- MARETTI, S., *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 3, 2000
- MARETTI, S., *Distacco dei lavoratori e diritto alle ferie*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 4, 2002
- MARINAI, S., *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 4, 2002
- MARX, K., *Manifesto del Partito Comunista*, Londra, 1848
- MAYO, E., ROETHLISBERGER, F.J., BARNARD, C.J. *Ideologia e politiche per il rendimento e per la soddisfazione del lavoro* in *Impresa al plurale*, n. 10, 2002
- MELIADÒ, G., *Concorrenza e politiche sociali* in *Dizionario di Diritto del Lavoro Comunitario*, BAYLOS GRAU, A., CARUSO, B., D'ANTONA, M., SCIARRA, S. (a cura di), Bologna, 1996
- MENGONI, L., *La libera circolazione dei lavoratori nella CEE*, in *Libertà di movimento delle persone nell'ambito delle Comunità europee*, L.U. Japadre Editore, 1972
- NADALET, S., *Imprese transnazionali e diritto del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, n. 3, 2005
- NADALET, S., SCARPONI, S., *Gli accordi transnazionali sulle ristrutturazioni d'impresa*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2010
- NICOLÒ, D., *Delocalizzazione produttiva, vantaggio competitivo ed evoluzione del sistema informativo per il controllo di gestione delle imprese*, consultabile on line su <http://www.odcrc.it/public/File/NICOLO/Delocalizzazioneproduttiva.pdf>
- O'DONOGHUE, R., CARR QC, B., *Dealing with Laval and Viking*, in *CYELS*, n. 11, 2009
- OBERG, J., *Horizontal direct effect of article 39 of the EC Treaty* in *Europarättslig Tidskrift*, n. 4, 2007
- OLIVER, P., ROTH, W., *The internal market and the four freedoms*, in *Common Market Law Review*, n. 4, 12004
- 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 *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 2, 1999

- ORLANDINI, G., *Diritto di sciopero azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in WP CSDLLE “Massimo D’Antona” INT 45/2006
- ORLANDINI, G., *Diritto di sciopero azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in WP CSDLLE “Massimo D’Antona” INT 45/2006
- ORLANDINI, G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza* in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 118, 2008
- PALLINI, M., *Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di dumping sociale nell'Unione europea* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, fasc. 1, 2007
- PALLINI, M., *La direttiva Bolkestein non ha peccati se non... l'ignavia*, in *Biblioteca della libertà*, 2007, n. 186
- PALLINI, M., *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea - Corte di Giustizia Ce, 18 dicembre 2007, causa C-341/2005 Corte di Giustizia Ce, 11 dicembre 2007, causa C-348/2005* in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n.1, 2008
- PALLINI, M., *La tutela dell'ordine pubblico sociale quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in *Il conflitto sbilanciato*, VIMERCATI, A. (a cura di), Cacucci, 2009
- PERULLI, A., MARRELLA, F., *Manifesto di Venezia per la regolazione della globalizzazione economica. La globalizzazione virtuosa*, in RIDL, III, 2009
- PIANTA, M., *Globalizzazione dal basso. Economia mondiale e movimenti sociali*, Roma, 2001
- PIZZOFERRATO, A. *Libertà di concorrenza fra imprese: i vincoli del diritto sociale* in *Diritto del lavoro, Commentario, Diritto del Lavoro dell'Unione Europea* CARINCI, F., PIZZOFERRATO, A. (a cura di), UTET, 2010
- POIARES MADURO, M., *Exploring the outer limits: restrictions on the free movement of goods and services*, in *Services and Free Movement in EU Law*, ANDENAS, M., ROTH, W. (a cura di), Oxford University Press, 2004
- REVESZ, R., *Federalism and regulation: some generalizations* in *Regulatory competition and economic integration*, ESTY, D., GERADIN, D. (a cura di) Oxford University Press, 2001
- RICCI, G. *Diritto del lavoro e disillusioni nazionali: la dimensione comunitaria come “antidoto”*, in *Il Foro Italiano*, fasc. 4, 2006

- ROCCELLA, M., *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo* in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 48, 1997
- ROCCELLA, M., *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Giappichelli, 1997
- ROCCELLA, M., TREU, T., *Diritto del lavoro della comunità europea*, CEDAM, 2002
- RODIERE, P., *Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 1, 2008
- RODOTÀ, S., *Diritto e diritti nell'era della globalizzazione* in *Globalizzazione e diritto del lavoro*, SCARPONI, S. (a cura di), Giuffrè, 2001
- ROMAGNOLI, U., *Il diritto del lavoro nell'era della globalizzazione*, in *Lavoro e Diritto*, n. 4, 2003
- RONNMAR, M., *Libera prestazione di servizi, diritto del lavoro e rapporti collettivi di lavoro nell'esperienza svedese. Le implicazioni delle sentenze Laval, Viking e Ruffert* in *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, VIMERCATI, A., (a cura di), Cacucci, 2009
- ROTH, W., *The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Service: Is Keck Relevant?* in *Services and Free Movement in EU Law*, ANDENAS, M., ROTH, W. (a cura di), Oxford University Press, 2004
- SCHARPF, F. W., *The Asymmetry of European Integration, or why the EU cannot be a "Social Market Economy"*, in *WP KFG The transformative power of Europe*, n. 6, 2009, Frei Universitat, Berlin.
- SCIARRA, S., LYON CAEN, A., *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *Quaderni di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1998
- SCIARRA, S., *Dimensione individuale e collettiva nel diritto del lavoro - Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e diritto*, n. 2, 2008
- SCIARRA, S., *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Rüffert, Lussemburgo*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'unione Europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, ANDREONI, A., VENEZIANI, B. (a cura di), Ediesse, 2009
- SERRANO, M. L., *La deludente performance della Carta di Nizza alla prova della Corte di Giustizia*, in *Il conflitto sbilanciato*, VIMERCATI, A., (a cura di), Cacucci, 2009
- SLEGETS, M., *MEPs react to ECJ Viking and Laval rulings*, in *Europolitics Social*, n. 199, 2008

- SOMMA, A., *Mercificare il diritto. La via liberista alla tutela della differenza*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, ZOPPINI, A. (a cura di), Laterza, 2004
- SPAVENTA, E., *From Gebhard to carpenter: towards a (non)economic European constitution*, in *Common Market Law Review* n. 41, 2004
- SUPIOT A., *L'Europa conquistata dall'“economia comunista di mercato”*, consultabile on line su [http://www.etaledizioni.it/userfiles/file/Supiot\\_definitivo%281%29.pdf](http://www.etaledizioni.it/userfiles/file/Supiot_definitivo%281%29.pdf),
- TANS, S., *Case report on Laval, 18 December 2007 (Case 341/05) and Viking, 11 December 2007 (Case 438/05)*, in *European Journal of Migration and Law*, n. 10, 2008
- TRAVERSA, E., *Libera prestazione dei servizi e distacco dei lavoratori in Diritto del lavoro, Commentario, Diritto del Lavoro dell'Unione Europea*, CARINCI, F., PIZZOFERRATO, A. (a cura di), UTET, 2010
- TROIANIELLO, P., *Lo stabilimento delle società nell'Unione Europea*, Editoriale Scientifica, 2009
- TUSSINO, G., *Impresa transnazionale e rapporti di lavoro*, in *DML*, 2006
- VAN PEIJPE, T., *Collective Labour Law after Viking, Laval, Riiffert, and Commission v. Luxembourg*, in *International journal of comparative labour law and industrial relations*, n. 2, 2009
- VENEZIANI, B., *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2008
- VIARENGO, I., *Lavoratori distaccati, principio dello Stato di origine e libera prestazione di servizi: much ado about nothing!* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1, 2007
- VIMERCATI, A., *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci Editore, 2009
- ZAMPINI, P., *Individuazione della disciplina applicabile in ipotesi di distacco di lavoratori in ambito comunitario: dalla Convenzione di Roma alla Direttiva 96/71/CE*, in *Europa e Diritto*, n. 3., 2003
- ZOPPINI, A., *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici in La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, ZOPPINI, A. (a cura di), Laterza, 2004

## Documenti delle istituzioni dell'UE

Sentenza della Corte di Giustizia, del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos e Amministrazione Olandese delle Imposte*, in *Racc.* 1963, p. 3

Sentenza della Corte di Giustizia, del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Flaminio Costa c. l'E.N.E.L.*, in *Racc.* 1964, p. 1129

Sentenza della Corte di Giustizia, 21 giugno 1974, C-2/74, *Jean Reyners c. Stato Belga*, in *Racc.*, 1974, p. I-631

Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 luglio 1974, C – 8/74, *Benoit et Gustave Dassonville*, in *Racc.* 1974, pp. 837 e ss.

Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 dicembre 1974, C-33/74, *Van Binsbergen*, in *Racc.* 1974, p. 1299

Sentenza della Corte di Giustizia, del 12 dicembre 1974, 36/74, *B. N. O. Walrave, L. J. N. Koch contro Association Union Cycliste Internazionale*, in *Racc.* 1974 p.1405

Sentenza della Corte di Giustizia, dell'8 aprile 1976, 43/75, *Defrenne*, in *Racc.* 1976, p. 455

Sentenza della Corte di Giustizia, del 28 aprile 1977, causa 71/76 , *Jean Thieffry contro Conseil de l'Ordre des Avocats a la Cour de Paris*, in *Racc.* 1977, p. 00765

Sentenza della Corte di Giustizia, del 24 ottobre 1978, C-15/78, *Société Generale Alsacienne de Banque Sa contro Walter Koestler*, in *Racc.* 1978, p. 1971

Sentenza della Corte di Giustizia, del 7 febbraio 1979, Causa 115/78, *J. Knors contro Segretario di Stato per gli Affari Economici*, in *Racc.* 1979 p. 399

Sentenza della Corte di Giustizia, del 20 febbraio 1979, *Rewe-Zentral ag contro Bundesmonopolverwaltung fuer branntwein, Cassis De Dijon*, causa 120/78, in *Racc.* 1979, p. 649

Sentenza della Corte di Giustizia, del 17 dicembre 1981, causa 279/80, *Procedimento penale a carico di Alfred John Webb*, in *Racc.* 1981, p. 3305

Sentenza della Corte di Giustizia, 4 dicembre 1986, C-205/84, *Commissione contro Germania*, in *Racc.* 1986, p. I-3755

Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 settembre 1988, causa 81/87, in *Racc.* 1988, p. 5483

Sentenza della Corte di Giustizia, del 5 dicembre 1989, C-3/88, *Commissione contro Italia*, in *Racc.* 1989, p. 4035

Sentenza della Corte di Giustizia, del 27 marzo 1990, C – 113/89, *Société Rush Portuguesa Lda contro Office National d'Immigration*, in *Racc.* 1990, I-1417

Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 ottobre 1990, C-61/89, *Bouchoucha*, in *Racc.* 1989, p. I-3551

Sentenza della Corte di Giustizia, del 25 Luglio 1991, C-76/90 *Sager K Dennemeyer & Co. Ltd* in *Racc.* 1991, p. 1-4221.

Sentenza della Corte di Giustizia, del 31 marzo 1993, C-19/92, *Dieter Kraus c. Land Baden- Wuerttemberg*, in *Racc.*, 1993, p. I-1663

Sentenza *Keck*, sentenza della Corte di Giustizia, del 24 novembre 1993, C-267/91 e C-268/91, *Procedimento penale a carico di Bernard Keck e Daniel Mithouard*, in *Racc.* 1993, p. I-06097

Sentenza della Corte di Giustizia, del 9 agosto 1994, C – 43/93, *Raymond Vander Elst contro Office des Migrations Internationales*, in *Racc.* 1994 p. I-03803

Sentenza della Corte di Giustizia, del 30 novembre 1995, C – 55/94, *Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, in *Racc.* 1995 p. I-4165

Sentenza della Corte di Giustizia, del 10 maggio 1995, C-384/93, *Alpine Investments BV c. Minister von financien*, in *Racc.* 1995 p. I-1141

Sentenza della Corte di Giustizia, del 15 dicembre 1995, C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contro Jean-Marc Bosman*, in *Racc.* 1995 p. I-04921

Sentenza della Corte di Giustizia, del 28 marzo 1996, *Guiot*, C-272/94, in *Racc.* 1996 p. I-01905

Sentenza della Corte di Giustizia, del 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd contro Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, in *Racc.* 1999, p. I-01459

Sentenza della Corte di Giustizia, del 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany*, *Racc.* 1999, p. I-5751

Sentenza della Corte di Giustizia, del 23 novembre 1999, cause riunite C-369/96 e 376/96, *Arblade*, in *Racc.* 1999, p. I-08453

Sentenza della Corte di Giustizia, del 6 giugno 2000, C-281/98, *Roman Angonese contro Cassa di Risparmio di Bolzano SpA* in *Racc.* 2000, p. I-04139

- Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 gennaio 2001, C-162/99, *Commissione contro Italia*, in *Racc.* 2001, p. I-541
- Sentenza della Corte di Giustizia, del 15 marzo 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, in *Racc.* 2001 p. I-02189
- Sentenza della Corte di Giustizia, del 25 marzo 2001, C- 49/98, C-70/98, *Finalarte*, in *Racc.* 2001, p. I-0783
- Sentenza della Corte di Giustizia, del 25.10.2001, C- 49/98, C- 70/98, *Finalarte*, in *Racc.* 2001, p. I-0783
- Sentenza della Corte di Giustizia del 7 febbraio 2002, C-279/00, *Commissione c. Italia* in *Racc.* 2002, p. I-1425
- Sentenza della Corte di Giustizia, del 17 ottobre 2002, C-79/01, *Payroll Data Services e.a.*, in *Racc.* 2002 p. I-08923
- Sentenza della Corte di Giustizia, del 13 febbraio 2003, C-131/01, *Commissione contro Italia*, in *Racc.* 2003, p. I-01659
- Sentenza della Corte di Giustizia, del 10 aprile 2003, C.-437/2000, *Pugliese*, in *Racc.* 2003 p. I-03573
- Sentenza della Corte di Giustizia, del 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger contro Austria*, in *Racc.* 2003 p. I-05659
- Sentenza della Corte di Giustizia, del 30 settembre 2003, C-167/01, *Inspire Art*, in *Racc.* 2003, p. I-10155
- Sentenza della Corte di Giustizia, dell'11 dicembre 2003, Causa C – 215/01, *Schnitzer*, in *Racc.* 2003, I-14847
- Sentenza della Corte di Giustizia, del 29 aprile 2004, C-171/02, *Commissione contro Portogallo*, in *Racc.* 2004, p. I-5645
- Sentenza della Corte di Giustizia, del 12 ottobre 2004, C-60/03, *Wolff & Muller GmbH*, in *Racc.* 2004. p. I-9553
- Sentenza della Corte del 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contro Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, pubblicata in *Racc.* 2004 p. I-09609
- Sentenza della Corte di Giustizia, del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd contro Svenska Byggnadsarbetareförbundet e altri*, in *Racc.* 2007, pag. I-11767
- Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Riffert, in qualità di curatore fallimentare della Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG contro Land Niedersachsen*, in *Racc.* 2008, p. I-01989



Sentenza della Corte di Giustizia, del 19 giugno 2008, C-319/06,  
*Commissione delle Comunità europee contro Granducato del Lussemburgo*, in *Racc.*  
2008, p. I-04323

Sentenza della Corte di Giustizia, del 7 ottobre 2010, C-515/08, *Palbota et al.*, ancora non pubblicata in *Racc.* ma disponibile on line su  
<http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/sentenze/10/causa515-08.pdf>

Carta dei Diritti Fondamentali in *Gazzetta ufficiale* n. C 83 del 30.3.2010,  
proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000 e riproclamata nel dicembre  
2007

Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento ed al  
Comitato Economico e sociale ed al Comitato delle Regioni del 25 luglio  
2003, COM(2003) 458

Conclusioni dell'Avvocato Generale Antonio Tizzano, presentate il 25  
marzo 2004, causa C-442/02

Conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi, presentate il 23 maggio  
2005, causa C-431/05

Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón, presentate il 5  
maggio 2010, causa C-515/08

Convenzione 80/934/CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni  
contrattuali aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980

Direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16  
dicembre 1996 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una  
prestazione di servizi *Gazzetta ufficiale* n. L 018 del 21/01/1997 pag.  
0001 - 0006

Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12  
dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, pubblicata in  
*Gazzetta Ufficiale* L376/36 del 27 dicembre del 2006

Guida pratica: la legislazione applicabile ai lavoratori nell'Unione  
Europea (UE), nello Spazio economico europeo (SEE) e in Svizzera,  
Maggio 2010

Libro bianco della Commissione sul completamento del mercato interno  
del 14 giugno 1985 COM (85) 310.

Regolamento (CE) n. 2679/98 del Consiglio, del 7 dicembre 1998, sul  
funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione  
delle merci tra gli Stati membri. [*Gazzetta ufficiale* L 337 del 12.12.1998]

Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) [Gazzetta ufficiale L 177 del 4.7.2009]

Risoluzione COM(2005) 120, “*Anticipare e accompagnare le ristrutturazioni per ampliare l'occupazione: il ruolo dell'Unione europea*” del 31 marzo 2005

Risoluzione del Parlamento Europeo del 22 ottobre 2008 “*Sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea*” (2008/2085(INI))

Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2009 recante raccomandazioni alla Commissione sul trasferimento transfrontaliero della sede legale di una società (2008/2196(INI))