

## CAPITOLO II

# DIRITTI SINDACALI E LIBERTÀ ECONOMICHE

SOMMARIO: 1. Diritti sindacali e libertà economiche: il (necessario) protagonismo della Corte di giustizia. – 2. La libera prestazione di servizi e il diritto applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità: il sistema internazionalprivatistico. – 3. La direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. – 3.1. I rapporti tra la normativa internazionalprivatistica e la direttiva 96/71/CE. – 3.2. L'applicazione in Italia della direttiva: il d.lgvo n. 72 del 2000. – 3.3. *Segue*. Il d.lgvo n. 136 del 2016. – 4. La direttiva 2006/123/CE (cd. Bolkestein). – 5. Contrattazione collettiva e tutela della concorrenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il caso Albany. – 6. Conflitto collettivo e libera prestazione di servizi: il caso Laval. – 7. Conflitto collettivo e libertà di stabilimento: il caso Viking. – 8. Ancora sulla libera prestazione di servizi: il caso Rüffert. – 9. Libera prestazione di servizi e normativa di ordine pubblico nel Paese del distacco: il caso Commissione c. Lussemburgo. – 10. Il rapporto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali: l'ultimo approdo giurisprudenziale: il caso Commissione c. Germania. – 11. Dopo il *Laval quartet*. Al cuore del diritto dell'Unione: la libera prestazione di servizi. – 12. Le tecniche di bilanciamento della Corte di giustizia. Il principio di proporzionalità. – 13. Le prospettive dopo il Trattato di Lisbona. – 14. Il dialogo tra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo. – 15. Riflessioni a margine dell'ipertrofico dibattito dopo Viking e Laval.

### **1. Diritti sindacali e libertà economiche: il (necessario) protagonismo della Corte di giustizia.**

È stato osservato che, pur essendo le materie della contrattazione collettiva, dello sciopero e della serrata (nonché delle retribuzioni), al di fuori della competenza dell'Unione (art. 153 TFUE), la Corte di giustizia, muovendo dall'applicazione delle norme del Trattato sulle libertà economiche, in particolare la libertà di stabilimento e di prestazione di servizi,

ha finito per dover bilanciare queste libertà con i diritti sociali fondamentali<sup>1</sup>, assoggettandoli a restrizioni sulla base del consolidato principio di proporzionalità<sup>2</sup>. Consolidato, perché è almeno fin dalla fine degli anni '60<sup>3</sup> che la Corte di giustizia, nell'applicare le norme sulle libertà economiche previste dal Trattato, è costretta a porsi il problema del bilanciamento con i cd. diritti fondamentali: i diritti fondamentali, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, fanno "parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza e [...], a tal fine, quest'ultima si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo a cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito. La CEDU<sup>4</sup> riveste, a questo proposito,

---

<sup>1</sup> Si tratta dei diritti oggi consacrati dalla cd. Carta di Nizza. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, originariamente fonte non vincolante, ha visto riconosciuto dall'art. 6 TUE "lo stesso valore giuridico dei trattati" (ancorché temperato dal Protocollo n. 30 che introduce disposizioni particolari per la Polonia ed il Regno Unito). Il par. 2 dell'art. 6 TUE, tuttavia, precisa che le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati.

<sup>2</sup> Il principio di proporzionalità è oggi consacrato dall'art. 52 della Carta di Nizza, che prevede che "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui". Se l'art. 52 possa costituire un limite alla giurisprudenza "creativa" della Corte di giustizia è discusso: v., fin d'ora, M. PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, cit., 118 ss. e *infra*, in questo stesso cap., par. 14.

<sup>3</sup> V., ad es., C. Giust., 12 novembre 1979, C-29/69, *Stauder c. Città di Ulm – Sozialamt*, ove la Corte ha riconosciuto che anche l'ordinamento comunitario conteneva, già nelle sue fonti primarie, alcuni diritti fondamentali. Cfr., poi, C. Giust., 14 maggio 1974, C-4/73, *Nold c. Commissione*, e C. Giust., 13 dicembre 1979, C-44/79, *Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*, ove la Corte ha utilizzato anche fonti esterne all'ordinamento giuridico comunitario, come principi e tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri o trattati internazionali, al fine di bilanciare libertà economiche e diritti sociali. Cfr., per una ricostruzione dell'affermazione dei diritti sociali nel diritto comunitario, B. VENEZIANI, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in RGL, 2000, I, 779 ss.

<sup>4</sup> Su cui v. più diffusamente *infra*, in questo stesso cap., par. 14.

un particolare significato”<sup>5</sup>. Ebbene, come già ricordato, se le libertà fondamentali possono subire restrizioni per “motivi imperativi di interesse generale”<sup>6</sup>, anche i diritti fondamentali (eccettuato il nucleo duro, contenuto nella CEDU, comprendente il diritto alla vita, i divieti di tortura nonché delle pene o di trattamenti inumani o degradanti, che non tollerano alcuna restrizione) non appaiono “prerogative assolute”. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all’esercizio di tali diritti a condizione che esse rispondano a “obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa dei diritti tutelati”<sup>7</sup>.

La più volte citata sentenza *Schmidberger c. Repubblica d’Austria* concerneva il diritto alla libertà d’espressione e alla libertà di riunione. Ai nostri fini, vale a dire al fine di valutare quale impatto abbia avuto il diritto pretorio della Corte di giustizia sui diritti sindacali (contrattazione collettiva e sciopero), assumono rilevanza soprattutto le sentenze rese nei famosi casi *Albany*, *Laval*, *Viking*, *Rüffert*, *Commissione c. Lussemburgo* e *Commissione c. Germania*, che hanno suscitato, oltre ad un vastissimo dibattito fra giuristi<sup>8</sup>, preoccupate reazioni e voci di dissenso

---

<sup>5</sup> V. C. Giust., 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger c. Repubblica d’Austria*, pt. 71.

<sup>6</sup> Ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte, a partire dalla storica sentenza C. Giust., 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

<sup>7</sup> Cfr. ancora C. Giust., *Schmidberger c. Repubblica d’Austria*, cit.

<sup>8</sup> La letteratura è sterminata: limitatamente alla letteratura italiana, v., da ultimi, anche per indicazioni bibliografiche, S. GIUBBONI, *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro*, in *EDP*, 2015, 493 ss.; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., spec. 117 ss.; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli nazionali nello spazio giuridico europeo*, il Mulino, 2012, *passim*; V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell’Unione europea*, Cedam, 2012, *passim*; M. PERUZZI, *L’autonomia nel dialogo sociale europeo*, cit., 57 ss.; D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell’ordinamento dell’Unione europea*, in *DLRI*, 2010, 509 ss.; A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Ediesse, 2009, *passim*; U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009, *passim*; A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci, 2009, *passim*. Per

fra le parti sociali nazionali ed europee. Basti citare, per tutti, il *Report on joint work of European social partners on the ECJ rulings in the Viking, Laval, Rüffert and Luxembourg cases*<sup>9</sup> nel quale si registrano importanti convergenze, pur da prospettive diverse, circa il necessario contemperamento tra diritti sindacali e libertà economiche.

Ma anche negli ambienti istituzionali europei si sono subito sollevate critiche nei confronti delle posizioni assunte dalla Corte di giustizia nel biennio 2007-2008. Con una Risoluzione del 22 ottobre 2008<sup>10</sup>, il Parlamento europeo ha preso le distanze dalle pronunce della Corte; e nello stesso rapporto sul rilancio del mercato unico, presentato da Mario Monti il 9 maggio 2010, si è riconosciuto che la controversia sulla conciliazione del diritto delle organizzazioni sindacali di promuovere azioni collettive, quindi anche lo sciopero, con le libertà economiche sancite dal TFUE, nonché sull'interpretazione della direttiva sul distacco<sup>11</sup>, avrebbe potuto allontanare dall'UE una parte dell'opinione pubblica – vale a dire i movimenti dei lavoratori e i sindacati – che, nel corso del tempo, era stata una sostenitrice fondamentale dell'integrazione economica; e, soprattutto, che le sentenze della Corte di giustizia avevano “evidenziato le fenditure createsi tra il mercato unico e la dimensione sociale a livello nazionale”<sup>12</sup>.

---

una rilettura recente della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al contemperamento delle libertà economiche con i diritti di negoziazione collettiva cfr. G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in *CSDLE, Int*, n. 104/2014; A. TURSI, *La giurisprudenza uni-europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro*: discerni oportet, in *DRI*, 2018, 835 ss.

<sup>9</sup> Si tratta del rapporto ad opera di Etuc, BusinessEurope, Ceep, Ueapme del 19 marzo 2010, pubblicato nel sito <http://www.etuc.org>.

<sup>10</sup> Risoluzione del Parlamento europeo, del 22 ottobre 2008, *Sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea* (2008/2085(INI)), in <http://www.europa.europarl.eu>, nella quale il Parlamento osserva 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”, pt. 3.

<sup>11</sup> V. *infra*, in questo stesso cap., par. 3.

<sup>12</sup> Cfr. *Una nuova strategia per il mercato unico*, Rapporto al Presidente della Commissione europea J.M. Barroso, di M. Monti, 9 maggio 2010, in <http://ec.europa.eu>. Sul Rapporto Monti e sulle iniziative della Commissione cui esso ha dato origine, cfr. S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Laterza, 2013, VII ss.

Il rapporto Monti ha preparato il terreno per una proposta di regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi<sup>13</sup>, con la quale si ambiva a risolvere le numerose criticità gravanti sul rapporto fra il funzionamento del mercato interno e i diritti di matrice sociale, salvaguardando la diversità dei sistemi nazionali di relazioni industriali e l'autonomia delle parti sociali.

Queste prese di posizione hanno subito una battuta di arresto con il ritiro, avvenuto il 12 settembre 2012, della citata proposta di regolamento. I Parlamenti nazionali hanno espresso parere negativo nei confronti dell'iniziativa legislativa; da qui, l'arresto della medesima. Sullo sfondo vi sono le difficoltà nella definizione di principi condivisi sulla tutela dell'azione collettiva nel mercato comune e la difesa delle prerogative nazionali in materie di competenza esclusiva degli Stati membri<sup>14</sup>.

All'analisi del complesso rapporto tra libertà economiche e diritti di azione collettiva, quale emerge soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e dei suoi possibili sviluppi, saranno dedicate le pagine seguenti.

---

<sup>13</sup> La proposta di regolamento era accompagnata da una contestuale proposta di direttiva concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE. Quest'ultima ha portato all'adozione della direttiva 2014/67/UE del 15 maggio 2014, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento UE n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno: su tutto ciò v. *infra*, in questo stesso cap., par. 3.

<sup>14</sup> Il ritiro della Proposta di regolamento è avvenuto in seguito all'esperimento della cd. *yellow card procedure* ("procedura del cartellino giallo"), disciplinata dal Protocollo n. 2 allegato al Trattato di Lisbona. In base a tale procedura, i progetti di atti legislativi dell'Unione vengono sottoposti ad un parere motivato dei Parlamenti nazionali, che possono avanzare obiezioni circa il rispetto del principio di sussidiarietà (cd. parere di sussidiarietà). Le istituzioni europee non sono vincolate agli esiti dei pareri: in caso di parere negativo, l'art. 7, par. 2, del Protocollo impone alle istituzioni dell'Unione solamente di riesaminare il progetto; all'esito del riesame, gli organi legislativi dell'Unione possono decidere di mantenerlo invariato, motivando perché ritengono la proposta conforme al principio di sussidiarietà, oppure modificarlo o ritirarlo. Nel caso che ci occupa, la Commissione europea ha scelto di ritirare la proposta di regolamento, considerata anche la strenua opposizione che la Ces aveva manifestato e le difficoltà che si sarebbero incontrate nella ricerca di un consenso politico sufficiente alla sua approvazione in seno al Parlamento e al Consiglio europeo.

## **2. La libera prestazione di servizi e il diritto applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità: il sistema internazionale-privatistico.**

È stata soprattutto l'apertura del mercato dei servizi ad incidere potenzialmente sui sistemi di protezione sociale nazionali. Ciò è avvenuto a partire dalla sentenza Säger nella quale la Corte ha abbandonato l'originaria lettura della libertà di prestazione di servizi, riconosciuta dall'art. 56 TFUE, come presupposto per la rimozione di misure di carattere discriminatorio, per attribuirle un contenuto che implica il diritto di accedere al mercato di un altro Stato membro senza subire ostacoli. In questo modo le norme di protezione sociale (o del diritto del lavoro) vigenti nello Stato dove il servizio è prestato (Stato ospitante) diventano potenziali ostacoli all'esercizio della libertà dell'impresa, se più gravose rispetto a quelle previste nello Stato di stabilimento (Stato di origine)<sup>15</sup>.

Per comprendere appieno questo punto, è opportuno analizzare un altro importante tassello del nostro quadro, di portata internazionale-privatistica, se si ignora il quale non si collocano nel giusto contesto né la normativa europea né la giurisprudenza della Corte di giustizia: quello relativo al diritto (intendendosi con tale espressione sia la legge, sia i contratti collettivi) applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità<sup>16</sup>.

Si può parlare di rapporto di lavoro internazionale, o di rapporto di lavoro con elementi di internazionalità, se il contratto presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale, o perché la nazionalità dei contraenti non è comune, o perché la prestazione deve eseguirsi in un Paese differente rispetto a quello dei contraenti, oppure per entrambe le ragioni<sup>17</sup>. Diverse possono essere le ipotesi: l'assunzione per l'estero, la mobilità internazionale all'interno dei gruppi di imprese, che, a sua

---

<sup>15</sup> Così, testualmente, G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 15-16.

<sup>16</sup> Cfr., sull'argomento, AA.VV., *I contratti di lavoro internazionali*, in QDLRI, 1998, 20, con contributi, in particolare, di A. LYON-CAEN, S. SCIARRA, F. MOSCONI, M. MAGNANI, G.G. BALANDI, A. OCCHINO.

<sup>17</sup> Cfr., M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in QDLRI, 1998, 20, 81 ss.

volta, può assumere la forma del distacco o della stipulazione di diversi contratti con le società del gruppo, il distacco all'estero per svolgere la prestazione di lavoro. E queste ipotesi si collocano accanto alle fattispecie tradizionali, del lavoro per definizione "itinerante"<sup>18</sup>.

Il problema dell'individuazione del diritto applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità si pone al crocevia tra diritto del lavoro e diritto internazionale. Nella questione entrano in gioco, però, anche il diritto dell'Unione e, nel suo ambito, la relazione tra tutela della concorrenza (e dunque del mercato) e tutela dei diritti sociali, così come declinata vuoi dalla Corte di giustizia, vuoi dalla direttiva comunitaria 96/71/CE e dalla successiva direttiva, detta "*enforcement*", 2014/67/UE.

La fonte originaria cui dobbiamo fare riferimento in materia è la Convenzione di Roma del 1980, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, incorporata, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, nella l. n. 218 del 1995 di riforma del diritto internazionale privato<sup>19</sup>.

Ma la materia è diventata anche oggetto di regolazione comunitaria. Nel giugno 2008 è stato adottato dagli Stati membri dell'Unione europea il regolamento n. 593, il cd. "Regolamento Roma I"<sup>20</sup>, che trova applicazione per i contratti stipulati dopo il 17 dicembre 2009: esso recepisce, in sostanza, la Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali in forma di strumento dell'Unione<sup>21</sup>.

In linea generale, per tutte le obbligazioni contrattuali, la Convenzione di Roma e successivamente il regolamento CE del 2008<sup>22</sup> assumono

---

<sup>18</sup> Si pensi all'ipotesi dei commessi viaggiatori, degli autotrasportatori, ecc.: v. G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in *CSDLE, It*, n. 137/2012.

<sup>19</sup> La normativa è stata recentemente modificata dal d.lgvo 1° settembre 2011, n. 150, quanto all'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri, e dal d.lgvo 28 dicembre 2013, n. 154, quanto ai rapporti di famiglia e all'adozione.

<sup>20</sup> Cfr. regolamento n. 593/2008/CE del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

<sup>21</sup> Si parla di "comunitarizzazione" della Convenzione di Roma: cfr. B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, 2008, 3 ss. Per le obbligazioni extracontrattuali, dispone il "regolamento Roma II": regolamento n. 864/2007/CE dell'11 luglio 2007.

<sup>22</sup> Il regolamento Roma I non vincola la Danimarca, per la quale la materia continua ad essere regolata dalla Convenzione di Roma, in base al Protocollo adottato ad Amsterdam (Protocollo n. 22) il 2 ottobre 1997 e allegato al TUE e al TFUE: cfr. F. MOSCONI,

come criterio, ai fini dell'individuazione del diritto applicabile ai rapporti con elementi di internazionalità, quello della volontà delle parti.

Invece, per il contratto di lavoro<sup>23</sup>, così come per il contratto stipulato con i consumatori, vale la regola per cui la legge scelta dalla volontà delle parti non può privare il lavoratore della protezione assicuratagli dalle norme imperative che regolerebbero il rapporto in mancanza di scelta. E, circa l'individuazione di tale legge, sia il diritto internazionale privato sia il diritto dell'Unione europea propendono per una forte valorizzazione della cd. *lex loci laboris*: cioè, secondo la definizione dell'art. 6, par. 2, lett. a) della Convenzione, della "legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente in un altro paese". A sua volta, l'art. 8, par. 2, del regolamento Roma I dispone: "nella misura in cui la legge applicabile al contratto individuale di lavoro non sia stata scelta dalle parti, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro. Il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo".

Ove la legge applicabile non possa essere determinata in tal modo si ha riguardo alla legge del paese dove si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore, sempre che dall'insieme delle circostanze non risulti che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro paese. In tal caso, si applicherà la legge di quest'ultimo (cfr. art. 8, parr. 3 e 4, regolamento Roma I).

Non rileva soffermarsi sugli specifici problemi interpretativi sollevati da questi criteri di collegamento<sup>24</sup>: basterà osservare che la preferenza

---

C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, vol. I, Utet, 2017, 374.

<sup>23</sup> La Convenzione, così come il regolamento, disciplinano il contratto *individuale* di lavoro. Non esiste un quadro giuridico né a livello internazionale né a livello europeo per i contratti collettivi transnazionali.

<sup>24</sup> In dottrina cfr., in riferimento alla Convenzione di Roma, M. FRANZEN, *Conflicts of Law in Employment Contracts and Industrial Relations*, in R. BLANPAIN (ed.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, cit., 221; C.F. GAMILLSCHEG, *Conflicts of Laws in Employment Contracts and Industrial Relations*, in R. BLANPAIN, C. ENGEL (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations*



loro accordata è normalmente spiegata in un'ottica che tiene conto delle aspettative delle parti e, in particolare, del lavoratore. La *lex loci laboris* coincide spesso con la legge del domicilio del lavoratore; dunque, una legge con la quale egli ha, per così dire, una certa dimestichezza. Il criterio della sede dell'impresa che ha proceduto all'assunzione risponde poi alle aspettative, non solo del datore di lavoro, ma anche del lavoratore, che, stipulando un contratto con una impresa straniera, avrà fatto in qualche modo riferimento alla legge del paese ove tale impresa è ubicata.

In relazione al contenuto della Convenzione erano sorti problemi interpretativi per il personale del settore del lavoro marittimo ed aereo, impiegato in tratte internazionali e che svolge le proprie mansioni su una nave o su un aeromobile, mezzi non propriamente paragonabili al "Paese" nel quale si svolge la prestazione. Più che il criterio della sede d'assunzione, già previsto dalla lett. b) dell'art. 6, par. 2, della Convenzione di Roma, si riteneva che fosse maggiormente corretto applicare, in via analogica, il criterio della lett. a), sottoponendo il lavoro marittimo e aereo alla legge nazionale della nave o aeromobile<sup>25</sup>.

Come si è visto, il regolamento Roma I, stabilendo un criterio ripreso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>26</sup>, fa riferimento al Paese nel quale, o, in mancanza, *a partire dal quale* il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro: un criterio dettato specificamente per disciplinare le situa-

---

*tions in Industrialized Market Economies*, Kluwer, 2001, 207 ss.; R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Giuffrè, 1991, *passim*; P. HAY, O. LANDO, R. ROTUNDA, *Conflicts of Laws as a Technique for Legal Integration*, in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J. WEILER (eds.), *Integration Through Law*, De Gruyter, 1986, *passim*; F. MORGENSTERN, *Les conflits de lois en droit du travail*, Bureau international du travail, 1986, *passim*; F. POCAR, *Norme di applicazione necessaria e conflitti di legge in tema di rapporti di lavoro*, in RDIPP, 1967, 3 ss. In riferimento al regolamento Roma I cfr. B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Giuffrè, 2008, 92 ss.; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in CSDLE, It, n. 137/2012, 9 ss.

<sup>25</sup> Sul punto cfr., *amplius*, U. VILLANI, *La convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Cacucci, 2000, spec. 170 ss.; U. VILLANI, *I contratti di lavoro*, in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Cedam, 1983, 265 ss., spec. 270 ss.

<sup>26</sup> C. Giust., 15 marzo 2011, C-29/2010, *Koelzsch c. Granducato di Lussemburgo*, C. Giust., 15 dicembre 2011, C-384/2010, *Voosgsgeerd c. Navimer SA*.

zioni in cui non sia individuabile un luogo in cui la prestazione abitualmente si svolge<sup>27</sup>, come accade nel settore dei trasporti internazionali.

Il sistema internazional-privatistico è peraltro più complesso di quanto suggeriscano queste regole, poiché l'art. 7 della Convenzione di Roma e l'art. 9, par. 1 del regolamento Roma I pongono un "superlimite", costituito dalle *norme di applicazione necessaria*<sup>28</sup>.

Altro mezzo potenzialmente idoneo a limitare la legge individuata ex art. 6 della Convenzione e art. 8 regolamento Roma I è la cd. *clausola di ordine pubblico*<sup>29</sup>. In base alla comune definizione, l'ordine pubblico evoca i principi fondamentali dell'ordinamento considerato nella sua interezza, tenendo conto dei principi entrativi a far parte in virtù del suo conformarsi al diritto internazionale, ma anche dei connotati politici, economici, sociali e morali che lo caratterizzano e che spesso sono espressi nella Carta costituzionale<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Il criterio di collegamento sussidiario della sede dell'impresa, pertanto, verrà preso in considerazione solo qualora il lavoratore non sia diretto da una base fissa o qualora compia abitualmente il suo lavoro in uno spazio non sottoposto ad una sovranità nazionale (si pensi ai lavoratori addetti alle piattaforme galleggianti): v., in proposito, B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, cit., 95.

<sup>28</sup> Ai sensi dell'art. 7, par. 2, della Convenzione di Roma, "la presente convenzione non può impedire l'applicazione delle norme in vigore nel paese del giudice, le quali disciplinano imperativamente il caso concreto indipendentemente dalla legge che regola il contratto"; analogamente, ai sensi dell'art. 9, par. 1, del regolamento Roma I, "le norme di applicazione necessaria sono disposizioni il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale o economica, al punto da esigerne l'applicazione a tutte le situazioni che rientrino nel loro campo di applicazione, qualunque sia la legge applicabile al contratto secondo il presente regolamento".

<sup>29</sup> Secondo l'art. 16 della Convenzione di Roma, "l'applicazione di una norma della legge designata dalla presente convenzione può essere esclusa solo se tale applicazione sia manifestamente incompatibile con l'*ordine pubblico del foro* (corsivo mio)". Analogamente, l'art. 21 del regolamento Roma I prevede: "l'applicazione di una norma della legge di un paese designata dal presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'*ordine pubblico del foro* (corsivo mio)".

<sup>30</sup> Cfr. F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *QDLRI*, 1998, 20, 29 ss., spec. 48-49.

Tuttavia, l'eccezione di ordine pubblico, incorporata in tutti i sistemi di diritto internazionale privato come mezzo per bloccare l'ingresso nell'ordinamento di norme antinomiche ai valori che esso esprime, non implica – come è stato ben messo in luce<sup>31</sup> – che il giudice si erga a censore dell'attività legislativa di altri Stati. Egli deve infatti limitarsi a rifiutare di consacrare, attraverso la propria decisione, effetti giuridici assolutamente incompatibili con le concezioni fondamentali dell'ordinamento giuridico.

In definitiva, l'ordine pubblico costituisce un limite eccezionale e non normale all'aprirsi all'esterno del sistema giuridico. Non a caso, nella relazione Giuliano-Lagarde, che ha accompagnato l'approvazione della Convenzione di Roma, si è sottolineato che alla riserva di ordine pubblico è stata conferita una formulazione precisa e restrittiva. Di qui il rilievo, comune in dottrina, che non possa attribuirsi all'eccezione di ordine pubblico se non un ruolo marginale e circoscritto.

La clausola di ordine pubblico è stata utilizzata, invece, almeno in passato, dai giudici italiani – ma analoga tendenza è riscontrabile in altri ordinamenti – come scorciatoia per far prevalere il diritto nazionale. La nozione di ordine pubblico, inizialmente, è stata dilatata a dismisura, fino a far prevalere il diritto del lavoro italiano in quanto più favorevole. E ciò sul presupposto che il principio di favore sarebbe addirittura un limite di ordine pubblico<sup>32</sup>.

Recentemente, tuttavia, e precisamente a partire dalla sentenza 11 novembre 2000, n. 14662, si è avuto un mutamento di indirizzo da parte della Corte di cassazione: a partire da questa sentenza, la Suprema Corte ha acquisito la consapevolezza che non tutto il diritto del lavoro può essere considerato di “ordine pubblico” e che occorre, in relazione alle norme che lo compongono, operare una graduazione.

Negli ultimi anni, la Corte di cassazione ha avuto occasione di pronunciarsi sulla riconducibilità della disciplina nazionale in tema di licenziamento alla clausola di ordine pubblico. Così, in un caso<sup>33</sup>, la Corte

---

<sup>31</sup> Cfr. F. MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1989, 67.

<sup>32</sup> V. Cass., 6 settembre 1980, n. 5156; Cass., 9 novembre 1981, n. 5924; Cass., 25 maggio 1985, n. 3209; Cass., 22 febbraio 1992, n. 2193; Cass., 27 marzo 1996, n. 2756.

<sup>33</sup> Cass., 25 novembre 2010, n. 23933.

ha ammesso l'applicabilità della legge tedesca in tema di licenziamento, in quanto non contrastante con l'ordine pubblico, rigettando la domanda del lavoratore che chiedeva l'applicazione della legge italiana; in un altro caso<sup>34</sup> ha, invece, escluso la possibilità di applicazione della legge dello Stato di New York che prevede il recesso *ad nutum*, poiché contraria alle norme costituzionali (artt. 1, 4 e 35) e all'art. 30 della cd. Carta di Nizza.

### 3. La direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

L'analisi della normativa sopra delineata è preliminare all'inquadramento di una direttiva molto importante ai fini dell'argomento trattato, ovvero la direttiva concernente il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi (la 96/71/CE)<sup>35</sup>: una direttiva che è stata recentemente integrata dalla direttiva 2014/67/UE del 14 maggio 2014 e, da ultimo, modificata dalla direttiva 2018/957, che gli Stati sono tenuti a recepire entro il 30 luglio 2020.

La questione oggetto di regolazione è la disciplina applicabile, in ambito europeo, in caso di esecuzione della prestazione lavorativa in un Paese diverso da quello ove viene normalmente eseguita la prestazione;

---

<sup>34</sup> Cass., 21 gennaio 2013, n. 1302; nello stesso senso cfr. anche Cass., 22 febbraio 2013, n. 4545.

<sup>35</sup> Cfr., fra i numerosi commenti alla direttiva, P. DAVIES, *Posted workers: single market or protection of national labour law systems?*, in *CMLR*, 1997, 571 ss.; G.G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *QDLRI*, n. 20, 1998, 115 ss. Più recentemente si v. l'ampio studio di U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione di servizi nella CE*, in *RGL*, 2007, I, 33 ss. (poi confluito in ID., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009, 13 ss.); i saggi raccolti nel fascicolo di *LD*, n. 1/2008, dedicato a *Lavoro e prestazioni di servizi transnazionali*; le monografie di F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, il Mulino, 2008, spec. 141 ss. e di G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, F. Angeli, 2013, spec. 13-127; nonché l'approfondito ed aggiornato commento di F. SCHIERLE, *96/71/EC: Posting of workers*, in M. SCHLACHTER (ed.), *EU Labour Law. A Commentary*, Kluwer, 2015, 163 ss.

e ciò a seguito di *distacco*<sup>36</sup> per l'esecuzione di una prestazione di servizi transnazionale da parte del datore di lavoro, di distacco nell'ambito di una mobilità infragruppo, di distacco, da parte di imprese di lavoro temporaneo, di propri lavoratori presso un'impresa utilizzatrice avente sede in un Paese diverso.

Il cuore della direttiva è rappresentato dall'esigenza di salvaguardare una delle libertà economiche fondamentali del Trattato: la libertà di prestazione di servizi, di cui all'art. 56 TFUE<sup>37</sup>.

Questa direttiva è stata propiziata da una sentenza della Corte di giustizia, la sentenza *Rush Portuguesa*<sup>38</sup>. La questione al centro del caso concerneva quali limitazioni potesse imporre uno Stato membro allo spostamento di un'impresa, appartenente ad altro Stato membro, per attuare una prestazione di servizi, in relazione al proprio personale (in questione era l'ammissibilità della richiesta di un permesso di lavoro). La Corte ha affermato che il diritto comunitario osta "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, ovvero a che detto Stato membro sottoponga lo spostamento del personale di cui trattasi a condizioni restrittive quali una condizione di assunzione in loco o un obbligo di permesso di lavoro"<sup>39</sup>. Sennonché, in quella decisione, la Corte di giustizia è andata, per così dire, *ultra petita*. Nel caso *Rush Portuguesa* la questione sottoposta alla Corte era solo se gli Stati "ospitanti"

---

<sup>36</sup> Per l'analisi di tale nozione in relazione alla direttiva 96/71/CE cfr. G.G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, cit., 122 ss.; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 65 ss.

<sup>37</sup> Per un'analisi efficace della portata potenzialmente dirompente del principio della libera prestazione di servizi sui sistemi di diritto del lavoro nazionali, v., soprattutto, S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., 50 ss. e G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 13 ss. Giustamente ricorda G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 13 ss., che la base giuridica della direttiva è rappresentata, non dalle disposizioni sociali del Trattato della Comunità europea, ma dalle norme che attribuiscono competenza alla Comunità (Unione) al fine di rimuovere restrizioni che ostacolano la libera prestazione di servizi nell'ambito dell'Unione.

<sup>38</sup> C. Giust., 27 marzo 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa c. Office national d'immigration*.

<sup>39</sup> C. Giust., *Rush Portuguesa*, cit., pt. 12.

potessero richiedere al prestatore di servizi di ottenere permessi di lavoro per i propri dipendenti distaccati. La Corte andò oltre, precisando che “il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l’applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio, indipendentemente dal Paese in cui è stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche d’imporre l’osservanza di queste norme con mezzi adeguati”<sup>40</sup>. In un certo senso, la Corte ha così avallato le legislazioni dei Paesi che sostanzialmente imponevano il rispetto dei propri *standard* protettivi, in materia di lavoro, alle imprese aventi sede in altri Stati membri<sup>41</sup>.

Non a caso questa decisione ha suscitato diverse critiche, perché – si è detto – gli *standard* protettivi di un Paese dipendono in gran parte dalla produttività dei lavoratori di quel Paese e pongono perciò le imprese di un altro Stato in una situazione di svantaggio competitivo<sup>42</sup>. Tanto è vero che si riscontra una certa inversione di rotta da parte della giurisprudenza comunitaria<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> C. Giust., *Rush Portuguesa*, cit., pt. 18.

<sup>41</sup> Nel contempo, però, come rileva giustamente S. GIUBBONI, *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro*, cit., 496, la sentenza *Rush Portuguesa* ha anche rappresentato il primo passo verso quel “capovolgimento di prospettiva” che ha progressivamente portato i giudici europei a inquadrare la fattispecie del distacco transnazionale di manodopera all’interno della libera prestazione dei servizi (e non più della libera circolazione dei lavoratori). Più specificamente, l’autore rileva che, attraverso la suddetta operazione concettuale, qualunque istituto giuridico posto a tutela del lavoratore migrante dallo stato di destinazione viene considerato alla stregua di una limitazione alla libera iniziativa economica e, pertanto, deve essere conforme al principio di proporzionalità e deve risultare idoneo a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento.

<sup>42</sup> Cfr. P. DAVIES, *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, in *ILJ*, 2002, 300.

<sup>43</sup> V. C. Giust., 23 novembre 1999, C-369/96 e C-376/96, *Arblade e Seloup*; 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*; 25 ottobre 2001, C-49/89, 50/98, 52-54/98, 68-71/98, *Finalarte*; 24 gennaio 2002, C-164/99, *Portugaia Construções*; 25 ottobre 2001, C-493/99, *Commissione c. Repubblica federale tedesca*, che impongono limiti all’applicazione delle norme nazionali ai lavoratori distaccati; 7 ottobre 2010, C-515/08, *Palhota et al.*; 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*. Su tutto ciò v. P. DAVIES, *The Posted Workers Directive and the EC Treaty*, cit., 298 ss.

La sentenza ha dunque avallato la direttiva 96/71/CE, il cui cuore sta nell'imporre agli Stati membri di provvedere affinché ai lavoratori distaccati venga applicata, quale minimo inderogabile di tutela, la normativa del Paese ospitante in particolare nelle materie del tempo di lavoro, della durata delle ferie annuali, delle tariffe minime salariali, della sicurezza e della salute nel posto di lavoro, della parità di trattamento uomo-donna (ed è consentito di applicarne altre). La disciplina nazionale di tali aspetti può, poi, essere contenuta in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero in contratti collettivi o arbitrati di applicazione generale<sup>44</sup>.

In proposito, si segnala che la citata direttiva 2018/957 del 28 giugno 2018<sup>45</sup> ha modificato la precedente sotto due aspetti tutt'altro che secondari. Con la prima modifica, si stabilisce che ai lavoratori distaccati siano applicate non più soltanto le "tariffe minime salariali" in vigore nello stato di destinazione, bensì la "retribuzione", così come determinata "dalla normativa e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato". La seconda novità consiste invece nella previsione di un termine di durata massima del distacco, di 12 mesi (prorogabili fino a 18), oltre il quale ai lavoratori distaccati si applicheranno "tutte le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di

---

<sup>44</sup> Per i problemi sollevati dal richiamo alla disciplina dei contratti collettivi nei sistemi privi di meccanismi per l'efficacia *erga omnes*, cfr. M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, cit., 73 ss.; G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, in ADL, 1999, 466 ss.; A. OJEDA-AVILÈS, *European Collective Bargaining and Posted Workers. Comments on Directive 96/71*, in IJCLIR, 1997, 127 ss.; P. DAVIES, *Posted workers: single market or protection of national labour law systems?*, cit., 580 ss. Sulla valorizzazione del principio di parità di trattamento tra imprese nazionali e imprese straniere (di cui all'art. 3, par. 8, ult. cpv., direttiva 96/71/CE), cfr. M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in RIDL, 2006, II, 239 ss., spec. 246.

<sup>45</sup> Tra i primi commenti, cfr. M. CORTI, A. SARTORI, *Legislazione in materia di lavoro. L'esordio del Governo Giallo-Blu: il Decreto Dignità (rinvio). La nuova Direttiva europea sul distacco transnazionale di lavoratori*, in RIDL, 2018, III, 244 ss.; A. ALLAMPRESE, S. BORELLI, G. ORLANDINI, *La nuova direttiva sul distacco transnazionale di lavoratori*, in RGL, 2019, I, 133 ss.

lavoro”, a prescindere dalla legge che regola il contratto di lavoro<sup>46</sup>.

Come si è già accennato, il 15 maggio 2014 è stata inoltre adottata la direttiva 2014/67/UE, concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE e volta all'“istituzione di un quadro comune relativo a un insieme di disposizioni, misure e meccanismi di controllo appropriati necessari per migliorare e uniformare l'applicazione della Direttiva 96/71/CE”<sup>47</sup>. A differenza della direttiva del 2018, la direttiva *enforcement*, non intende, quindi, modificare il contenuto di quella precedente, ma vuole introdurre strumenti che dovrebbero garantirne una piena e uniforme attuazione. Tra questi, spicca la predisposizione di indici che attestino la genuinità del distacco (cfr. art. 4), per evitare il fenomeno delle cd. *letter box companies*<sup>48</sup> o “compagnie fantasma”<sup>49</sup>. La direttiva intende colpire la forma di abuso della normativa comunitaria sul distacco, realizzata dalla società che, spostando la propria sede legale in un diverso Paese, può “distaccare” la manodopera nello Stato della sede originaria, non applicando più le regole di questo, se non i soli *standard* minimi di tutela (ex art. 3, par. 1, direttiva 96/71/CE). Tra gli indici da cui desumere l'esistenza di un legame effettivo tra l'impresa distaccante e il Paese a partire dal quale avviene il distacco vi è il luogo in cui l'impresa esercita la sua attività economica principale e in cui è occupato il suo personale amministrativo (art. 4, par. 2, lett. d) e, *a contrario*, il numero (abnormemente basso) di contratti eseguiti o l'ammontare del fatturato realizzato nello Stato membro di stabilimento (art. 4, par. 2, lett. e)). Sempre

---

<sup>46</sup> Fanno eccezione soltanto le “procedure, formalità e condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto di lavoro, comprese le clausole di non concorrenza” e i “regimi pensionistici integrativi di categoria”, con la conseguenza che, anche dopo il superamento dei 12 mesi, in tali ambiti continuerà ad applicarsi la legge del Paese in cui il lavoratore è abitualmente impiegato.

<sup>47</sup> Così il 50° considerando della direttiva.

<sup>48</sup> Cfr. G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 120; A. ALLAMPRESE, G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, in *LG*, 2012, 1028 ss.

<sup>49</sup> Così denominate dalla Relazione programmatica del Consiglio dei Ministri del 2014, *La partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, in <http://www.politicheeuropee.it>, che riconosce “grande importanza alla direttiva, soprattutto per le sue implicazioni in termini di corretto funzionamento dei mercati, quale strumento efficace nel contrasto di abusi, frodi e dumping sociale tra paesi europei”.



in chiave antielusiva, l'art. 4 individua poi degli indici da cui desumere la temporaneità del distacco: tra questi, il fatto che sia previsto che il lavoratore ritorni e riprenda la propria attività nello Stato da cui è distaccato (art. 4, par. 3, lett. d)) e che il datore di lavoro provveda alle sue spese di viaggio (art. 4, par. 3, lett. f)).

Per il resto, la direttiva delinea un sistema di obblighi amministrativi e di procedure di controllo atti a contrastare l'alto tasso di evasione che ha finora caratterizzato l'applicazione della direttiva 96/71/CE. Essa introduce, inoltre, la possibilità per gli Stati di prevedere un regime di responsabilità solidale, tra committente e appaltatore transnazionale, per quanto riguarda i crediti retributivi del lavoratore distaccato "corrispondenti alle tariffe minime salariali e/o contributive dovute a fondi o istituzioni comuni delle parti sociali previsti dalla legge o dai contratti collettivi, nella misura in cui rientrano nell'articolo 3 della direttiva 96/71/CE" (art. 12)<sup>50</sup>.

### 3.1. *I rapporti tra la normativa internazionaleprivatistica e la direttiva 96/71/CE.*

Una questione interessante sollevata dalla direttiva 96/71/CE è se le disposizioni relative alle materie indicate, per le quali gli Stati membri sono tenuti, nelle loro legislazioni, a prevedere l'applicazione delle norme nazionali ai lavoratori distaccati, integrino le disposizioni di "applicazione necessaria", *ex* art. 7 della Convenzione di Roma e *ex* art. 9 del regolamento Roma I, aiutando a rischiararne il significato.

Nonostante venga talora data questa lettura, è quanto meno lecito dubitare che le previsioni della direttiva debbano essere apprezzate come una interpretazione o precisazione del contenuto dell'art. 7 della Convenzione e dell'art. 9 del regolamento Roma I e, quindi, della nozione di norma di applicazione necessaria. Al di là degli argomenti di carattere

---

<sup>50</sup> Cfr., per un commento al testo della (allora proposta di) direttiva, G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., spec. 117 ss. V., inoltre, A. MATTEI, *La direttiva enforcement n. 2014/67/UE e il recepimento nell'ordinamento italiano*, in RGL, 2017, I, 147 ss.; A. DEFOSSEZ, *Directive 2014/67/EU on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, in E. ALES, M. BELL, O. DEINERT, S. ROBIN-OLIVIER (eds.), *International and European Labour Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos-Beck-Hart, 2018, 677 ss.

formale, è facile rendersi conto che, nell'individuare le materie da includere nell'elenco, si sono seguiti criteri opportunistici e, per così dire, estrinseci (si tratta, per lo più, di materie oggetto di armonizzazione a livello dell'Unione<sup>51</sup>). E, per quanto riguarda le tariffe minime salariali, la loro inclusione risponde all'obiettivo prioritario della direttiva di livellare le condizioni di concorrenza tra le imprese che operano su uno stesso mercato. Pertanto, nel valutare la direttiva si può affermare che essa configuri un sistema speciale, la cui "legittimità" è consacrata dall'art. 20 della Convenzione di Roma<sup>52</sup>, sul primato del diritto comunitario. Occorre, dunque, la massima cautela nel ritenere che le disposizioni relative alle materie contenute nella direttiva integrino in generale il nucleo delle norme di applicazione necessaria.

### 3.2. *L'applicazione in Italia della direttiva: il d.lgvo n. 72 del 2000.*

In Italia, in un primo tempo, il d.lgvo n. 72 del 2000 aveva dato un'applicazione "rigida" della direttiva 96/71/CE, sostanzialmente estendendo l'intero nucleo protettivo del diritto del lavoro ai lavoratori delle imprese distaccanti: esso infatti prevedeva l'applicabilità, per tutto il periodo del distacco, delle medesime condizioni di lavoro – previste dalle leggi e dai contratti collettivi – applicate ai lavoratori nazionali. La scelta del legislatore italiano era ispirata alla massima difesa del mercato nazionale dalla concorrenza delle imprese straniere che beneficiano di un più basso costo del lavoro. Una *ratio* apparentemente non compatibile né con quanto previsto dalla direttiva 96/71/CE, né con i principi generali del mercato interno<sup>53</sup>. E questo, alla luce delle sentenze Rüffert e

---

<sup>51</sup> Cfr. M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, cit., 88 ss.; G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71 del 1996*, cit., 465 ss.; M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in MGL, 2004, 393 ss.

<sup>52</sup> Ai sensi del quale "la presente convenzione non pregiudica l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, regolano i conflitti di leggi nel campo delle obbligazioni contrattuali e che sono contenute in atti emanati o da emanarsi dalle istituzioni delle Comunità europee o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti".

<sup>53</sup> Sottolinea l'attuazione "sovraabbondante" della direttiva 96/71/CE, ad opera del

Lussemburgo<sup>54</sup>, avrebbe potuto dare adito a censure della Corte di giustizia, in sintonia con le pressioni della Commissione per un'interpretazione liberalizzante della direttiva<sup>55</sup>. Il nuovo quadro di principi, consolidatosi a seguito della giurisprudenza della Corte di giustizia, aveva reso l'interpretazione della normativa nazionale estremamente complessa, imponendo di confrontarla attentamente con i vincoli posti dal diritto dell'Unione a presidio delle libertà economiche. Peraltro, la giurisprudenza nazionale era scarsissima; e ciò era chiaro indice della sua sostanziale elusione<sup>56</sup>.

---

d.lgvo n. 72 del 2000, M. PALLINI, *Posted workers: Italian regulation and dilemmas*, in *Transfer*, 2006, 2, 272 ss. Ne affermano la contrarietà alla direttiva 96/71/CE G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., spec. 67 ss. (dello stesso A. v. anche *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*, 2008, I, 59 ss., spec. 68) e S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, cit., 126-127. Nello stesso senso, B. DE MOZZI, *La tutela dei lavoratori nell'appalto transnazionale*, in M.T. CARINCI, C. CESTER, M.G. MATTAROLO, F. SCARPELLI (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, 2011, 29 ss., spec. 54 ss.; F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, il Mulino, 2008, 198 ss. Per un'analisi sull'applicazione della direttiva nei diversi Paesi dell'Unione europea v. A. VAN HOEK, M. HOUWERZIJL, *Comparative study of the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union*, in <http://ec.europa.eu>.

<sup>54</sup> V. *infra*, in questo stesso cap., par. 8 e 9.

<sup>55</sup> V. la Comunicazione della Commissione del 4 aprile 2006, *Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*, COM (2006)159 def., ove si sottolinea, al punto 2, che “gli Stati membri sono tenuti a rispettare l'art. 49 TCE e a non creare o non mantenere restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla libera prestazione di servizi all'interno della Comunità”. Lo stesso Ministero del lavoro italiano ha suggerito un'interpretazione in un certo senso riduttiva del d.lgvo n. 72 del 2000. In risposta ad un interpello del 12 ottobre 2010, esso ha precisato che la locuzione “alle medesime condizioni di lavoro”, di cui all'art. 3, 1° co., d.lgvo n. 72/2000, deve essere letta “congiuntamente all'art. 3 della Direttiva 96/71/CE, concernente il nocciolo duro di tutele da applicare nei confronti dei lavoratori distaccati”.

<sup>56</sup> Dovuta, osserva G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 63, alla condizione di radicale debolezza contrattuale nella quale versano frequentemente i lavoratori stranieri distaccati in Italia. Prosegue l'a. osservando che tale debolezza non è compensata, come nei Paesi del Nord Europa, dalla capacità di mobilitazione delle organizzazioni sindacali nel fronteggiare il *dumping sociale*. Peraltro, una ragione dello

### 3.3. Segue. Il d.lgvo n. 136 del 2016.

Di recente, nel dare attuazione alla già menzionata direttiva 2014/67/UE, il nostro legislatore ha colto l'occasione per rivedere anche la normativa di recepimento della direttiva del 1996. Il d.lgvo n. 72 del 2000 è stato abrogato dal d.lgvo n. 136 del 2016, che è attuativo, ad un tempo, sia della direttiva 96/71/CE, sia della direttiva *enforcement*.

Il legislatore ha cercato di superare i fondati dubbi di compatibilità con la disciplina europea sollevati dal d.lgvo n. 72 del 2000. A tal fine, l'art. 2, 1° co., lett. e) del d.lgvo n. 136 del 2016 ha chiarito che, per condizioni di lavoro e di occupazione (destinate a fungere da trattamento minimo inderogabile anche per i dipendenti di imprese straniere distaccati sul suolo nazionale), si devono intendere "le condizioni disciplinate da disposizioni normative e dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo n. 81 del 2015 relative alle seguenti materie: 1) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; 2) durata minima delle ferie annuali retribuite; 3) trattamenti retributivi minimi, compresi quelli maggiorati per lavoro straordinario; 4) condizione di cessione temporanea dei lavoratori; 5) salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; 6) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; 7) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione". Come si vede, si tratta praticamente del medesimo elenco contenuto nell'art. 3, par. 1, della direttiva 96/71/CE.

Serie perplessità continua tuttavia a destare la scelta di mantenere, seppure in una forma diversa rispetto al d.lgvo n. 72 del 2000, il rinvio alla contrattazione collettiva, in apparente contrasto con il principio di non discriminazione posto dalla direttiva 96/71/CE. Il d.lgvo n. 136 del 2016 richiama infatti l'art. 51 del d.lgvo n. 81 del 2015, il quale dispone che, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.

Precedentemente, nel d.lgvo n. 72 del 2000, l'art. 3, 1° co., includeva

---

scarso contenzioso può ben risiedere nella debolezza del nostro sistema di vigilanza sul rispetto delle condizioni di lavoro.

anche i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale tra le fonti da cui desumere le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori distaccati in Italia. La direttiva 96/71 consente tale rinvio solo per quei contratti (o arbitrati) “dichiarati di applicazione generale” (art. 3, par. 1, secondo trattino). In alternativa, per gli ordinamenti in cui non è previsto un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi (o arbitrati), la direttiva consente di avvalersi dei contratti collettivi “in genere applicabili” a tutte le imprese simili nell’ambito della categoria e/o dei contratti collettivi stipulati “dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutti il territorio nazionale”. Tuttavia, anche in questo caso è necessario che sia rispettato il principio di parità di trattamento tra imprese straniere e imprese italiane, nel senso che queste ultime devono comunque essere “soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti”<sup>57</sup>. Per questa ragione, molti commentatori<sup>58</sup> avevano già sottolineato, in riferimento al d.lgvo n. 72 del 2000, che, a causa dell’inattuazione della seconda parte dell’art. 39 Cost., il rinvio alla contrattazione collettiva operato dalla normativa italiana non fosse compatibile con i vincoli posti dalla direttiva (se non, eventualmente, per quanto riguarda i minimi retributivi<sup>59</sup>, per via della nota giurisprudenza basata sull’art. 36 Cost.).

Se questo è vero, nonostante la modifica dei termini del rinvio (all’art. 51 del d.lgvo n. 81 del 2015, in luogo del generico richiamo dei contratti stipulati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale) si comprende come non sia stato superato il problema

---

<sup>57</sup> Cfr. M. CORTI, A. SARTORI, *La nuova disciplina del distacco in Italia di lavoratori europei e il decreto contro i “furbi” del cartellino*, in RIDL, 2016, III, 273 ss.; A. MATTEI, *La direttiva enforcement n. 2014/67/UE e il recepimento nell’ordinamento italiano*, cit., 147 ss.

<sup>58</sup> F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell’Unione Europea*, il Mulino, 2008, 199; G. ORLANDINI, *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori in Italia*, in RIDL, 2008, I, 70; S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione Europea*, il Mulino, 2007, 132.

<sup>59</sup> Cfr. G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., 52; M. PALLINI, *Posted workers: Italian regulation and dilemmas*, in *Transfer*, 2006, 274.

legato alla mancanza di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi<sup>60</sup>.

In quest'ottica, la necessità di recepire nell'ordinamento interno le modifiche introdotte con la direttiva 2018/957 potrebbe essere fonte di difficoltà ancora maggiori per il nostro legislatore. Infatti, se il riferimento alle tariffe minime salariali poteva non risultare particolarmente problematico per l'interprete, ciò non vale per le altre voci che compongono la retribuzione, rispetto alle quali è discutibile l'utilizzabilità del meccanismo di estensione indiretta dell'ambito di applicazione dei contratti collettivi basato sull'art. 36 Cost.

#### 4. La direttiva 2006/123/CE (cd. Bolkestein).

Si parla molto – o, meglio, molto si è parlato – della direttiva Bolkestein (la n. 123/2006/CE) che tuttavia, nella nostra materia, ha un ruolo marginale. Essa merita di essere ricordata, dunque, esclusivamente per il dibattito che ha suscitato<sup>61</sup>.

La proposta di direttiva, presentata all'inizio del 2004 dal commissario europeo per il mercato interno dell'epoca, il liberale olandese Bolkestein, partiva dal presupposto che la libera circolazione dei servizi fosse stata fino ad allora più un concetto giuridico che una realtà concreta<sup>62</sup>, a causa dell'atteggiamento protezionistico dei diversi Stati. Essa ruotava attorno al principio del Paese d'origine. In altri termini, e con una certa dose di approssimazione, la proposta estendeva alla circolazione dei servizi lo stesso principio di mutuo riconoscimento già da tempo applicato nell'ambito europeo alla circolazione delle merci<sup>63</sup>. La preoccupazione

---

<sup>60</sup> Sulla questione della mancanza di efficacia *erga omnes* con riferimento al d.lgvo n. 136 del 2016 cfr. M. CORTI, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *DLRI*, 2016, 521; M. CORTI, A. SARTORI, *La nuova disciplina del distacco in Italia di lavoratori europei e il decreto contro i "furbi" del cartellino*, cit., 276.

<sup>61</sup> Cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., 159 ss.

<sup>62</sup> V. la proposta di direttiva "relativa ai servizi nel mercato interno" del 25 febbraio 2004, COM(2004) 2 def., in particolare il 2° considerando.

<sup>63</sup> Principio del mutuo riconoscimento consacrato con le celebri sentenze *Dassonville* (C. Giust., 11 luglio 1974, C-8/74, *Dassonville c. SA Éts Fourcroy e SA Breuval e Cie*) e *Cassis de Dijon* (C. Giust., *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, cit.).

che la proposta destò – nonostante che, per la verità, essa facesse salva la direttiva 96/71/CE sul distacco dei lavoratori – fu che ai prestatori di servizi si consentisse di operare continuando ad applicare le regole più flessibili (ivi comprese quelle in materia di lavoro) del Paese di provenienza<sup>64</sup>.

Quale che fosse la fondatezza di simili preoccupazioni, il testo della direttiva (direttiva 2006/123/CE) infine adottato le fuga, disponendo chiaramente la prevalenza della direttiva 96/71/CE in materia di tutela del lavoro in caso di prestazione di servizi transnazionali<sup>65</sup>. È dunque a questa direttiva che si deve guardare in materia di prestazione transnazionale di servizi e di distacco dei lavoratori<sup>66</sup>.

## 5. Contrattazione collettiva e tutela della concorrenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia: il caso Albany.

Come si è già anticipato, a dispetto dell'incompetenza dell'Unione in materia di diritti sindacali (e di retribuzione) (cfr. art. 153, par. 5, TFUE) – cui si contrappone, d'altra parte, l'affermazione del diritto di negoziare e

---

<sup>64</sup> Cfr. A. LO FARO, *Turisti e vagabondi: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in LD, 2005, 459 ss.

<sup>65</sup> Vedi il 4° considerando e gli artt. 3 e 17 della direttiva, che fanno salva la regolamentazione della direttiva 96/71/CE. Anche la Corte di giustizia ha confermato che “la direttiva 2006/123 [...] non mira a sostituire la direttiva 96/71, in quanto, in caso di conflitto, quest'ultima prevale sulla prima”: C. Giust., 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*. La direttiva è stata recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgvo 26 marzo 2010, n. 59, su cui v. F. BANO, *Il recepimento in Italia della direttiva servizi: i profili giuslavoristici*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, t. III, Jovene, 2011, 1379 ss.

<sup>66</sup> Rilevano peraltro M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., 161 che le due direttive non fugano i possibili interrogativi in relazione al rapporto fra esercizio dei diritti sindacali, in particolare dello sciopero, e libertà economiche garantite dal Trattato. Tuttavia la Corte di giustizia, con le già citate sentenze Laval, Rüfert e Lussemburgo, ha provveduto in un certo senso a colmare la lacuna. Infatti, riconoscendo alla libertà di prestazione dei servizi una efficacia orizzontale, ha finito per assoggettare le parti sociali agli stessi limiti previsti per i legislatori degli Stati membri. In particolare, essa ha finito per applicare all'azione sindacale o al contratto collettivo gli stessi test di adeguatezza e proporzionalità applicati alle misure statali. Sul punto cfr. S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., 64 ss.

concludere accordi collettivi e di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive, compreso lo sciopero, quali diritti fondamentali, ora testualmente contenuta nell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – la Corte di giustizia ha finito per “normare” questi diritti sindacali, nel bilanciamento con le libertà economiche sancite dal Trattato. Si è in un certo senso verificato, a livello europeo, ciò che è accaduto a livello di diversi ordinamenti nazionali: ad esempio, in Italia, i limiti del diritto di sciopero, di cui all'art. 40 Cost., non scritti dal legislatore, sono stati scritti dalla giurisprudenza<sup>67</sup>. Ma analogo atteggiamento si registra, come vedremo<sup>68</sup>, negli ordinamenti francese e tedesco.

Queste sentenze sono importanti, dal nostro punto di vista, anche perché consentono di cogliere, per così dire *in vitro*, le diversità dei sistemi giuridici nazionali – almeno in ambito europeo –, costituendo così l'ideale testa di ponte verso l'altra parte della materia oggetto del nostro esame: la parte concernente le caratteristiche generali dei sistemi europei relativamente ad istituti importanti come il contratto collettivo ed il conflitto collettivo.

Gli artt. 101 e 102 TFUE (*ex* artt. 81 e 82 del TCE) vietano le intese restrittive della concorrenza e lo sfruttamento abusivo di una posizione dominante da parte di una o più imprese. La sentenza Albany<sup>69</sup> (dal nome dell'impresa tessile al centro del caso esaminato dalla Corte di giustizia) del 21 settembre 1999 ha escluso che i contratti collettivi rientrasero nel campo di applicazione dell'allora art. 81 TCE (ora 101 TFUE), in particolare della lett. a), vale a dire che fossero da considerare intese volte a falsare il gioco della concorrenza. La tutela della concorrenza – accanto alla consacrazione delle libertà di circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali – è sempre stata intesa, fin dal Trattato di Roma del 1957, quale fattore determinante nel processo di integrazione dei mercati in un mercato comune, al punto da venir percepito come un “valo-

---

<sup>67</sup> Secondo le previsioni di un famoso giurista italiano, per cui i limiti del diritto di sciopero, se non fossero stati scritti dal legislatore, sarebbero stati inevitabilmente scritti dalla giurisprudenza: cfr. P. CALAMANDREI, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in RGL, 1954, I, 221 ss.

<sup>68</sup> V. *infra*, cap. IV, sez. I, par. 9 e sez. II, par. 17.

<sup>69</sup> C. Giust., 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*.



re” da preservare nelle sedi legislative e giudiziali e da rappresentare un “principio generale di interpretazione” delle norme e delle politiche europee<sup>70</sup>. Il Trattato di Lisbona non segna certo un arretramento della tutela della concorrenza, ma segna semmai una sua più chiara visione strumentale rispetto a quella “economia sociale di mercato fortemente competitiva” (art. 3 TUE) assunta quale modello europeo.

Il tema del rapporto tra contrattazione collettiva e tutela della concorrenza, affrontato in Albany, non è nuovo in termini teorici. Basti pensare alla connotazione del contratto collettivo come limitativo della concorrenza<sup>71</sup>. Nuovo è, invece, l’approdo in termini normativi della tutela della concorrenza interstatale, che potrebbe avere un effetto dirompente sulle impalcature fondamentali del diritto del lavoro, quali l’organizzazione sindacale ed il contratto collettivo. Lo stesso problema è stato affrontato negli Stati Uniti già a partire dal 1890, quando il Congresso, nello *Sherman Act*, dichiarò illegittimo ogni contratto in restrizione del commercio tra diversi Stati o con nazioni straniere.

Qui il problema nasceva in quanto, a fronte di una normativa che bandiva ogni accordo restrittivo della concorrenza, mancava una specifica normativa di supporto della contrattazione collettiva. Una volta che questa fu introdotta, con il *National Labor Relations Act* (NLRA) del 1935, il problema cessò di esistere, insorgendo semmai la questione se rientrasse nella competenza legislativa federale la regolazione della contrattazione: e la risposta fu positiva in considerazione del fatto che il potere dell’autorità federale di regolare il commercio interstatale comprendeva il potere di regolare le transazioni economiche dirette ad utilizzare il mercato e tutte quelle che avevano un impatto sul medesimo<sup>72</sup>.

E questo è ben evidente pure nella sentenza della Corte di giustizia Albany: “vero è che taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative

---

<sup>70</sup> Cfr., tra i tanti, incisivamente, G.M. ROBERTI, *La dimensione europea della politica di concorrenza*, 2012, 3, in <http://www.federalismi.it>.

<sup>71</sup> Cfr., da ultimi, A. BOLLANI, *Contratto collettivo e interpretazione*, Cedam, 2004, 13; E. MASTINU, *I contenuti obbligatori intersindacali nella teoria giuridica del contratto collettivo*, Giappichelli, 2002, 4.

<sup>72</sup> M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, 2006, 101 ss.

dei datori di lavoro e dei lavoratori. Tuttavia, gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, n. 1, del Trattato [ora art. 105 TFUE] nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro. Da un'interpretazione utile e coerente dell'insieme delle disposizioni del Trattato risulta quindi che gli accordi conclusi nell'ambito di trattative collettive tra parti sociali al fine di conseguire tali obiettivi debbono essere considerati, per la loro natura ed il loro oggetto, non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato"<sup>73</sup>. Insomma, gli accordi tra le parti sociali, per la loro natura ed il loro oggetto, non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 85, n. 1, del Trattato.

Le norme richiamate dalla Corte al fine di escludere che i principi fondamentali e l'architettura del diritto del lavoro, almeno di quello europeo (vale a dire la contrattazione collettiva), entrino in collisione con la tutela della concorrenza sono sia quelle rivolte a promuovere il dialogo sociale (attuali artt. 153 ss. TFUE) sia quelle che sanciscono la possibilità delle parti sociali di chiedere congiuntamente al Consiglio di dare attuazione ai loro accordi (attuale art. 155 TFUE).

La sentenza trae origine da un rinvio pregiudiziale *ex* art. 234 TCE (ora art. 267 TFUE): il problema nasceva dal fatto che, in forza dell'obbligatorietà dell'iscrizione ad un fondo integrativo di previdenza, creato da un contratto collettivo, si sarebbero private le imprese della possibilità di rivolgersi ad un altro gestore; e, d'altro canto, altri assicuratori sarebbero stati esclusi da una quota rilevante di mercato. Sicché il giudice del rinvio domandava se la disciplina comunitaria della concorrenza ostasse alla decisione delle autorità pubbliche di rendere obbligatoria, su domanda delle organizzazioni dei rappresentanti dei datori di lavoro e dei lavoratori di un determinato settore, l'iscrizione ad un fondo pensione di categoria.

---

<sup>73</sup> Cfr. C. Giust., *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, cit., ptt. 59-60. È nato invece un problema di applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE nel caso di contratti collettivi stipulati da organizzazioni rappresentative di lavoratori autonomi. Cfr. di recente C. Giust., 4 dicembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten Informatie en Media c. Staat der Nederlanden*. In proposito si veda, inoltre, M. BIASI, *Ripensando il rapporto tra il diritto della concorrenza e la contrattazione collettiva relativa al lavoro autonomo all'indomani della L. n. 81 del 2017*, in *ADL*, 2018, 443 ss.

Chiarito il punto di cui sopra – vale a dire che gli accordi tra le parti sociali non rientrano nel campo di applicazione dell'articolo in questione – poco importa che, per decisione dell'autorità politica, su domanda delle parti sociali, il regime integrativo pensionistico di fonte contrattuale per un determinato settore di attività fosse stato reso obbligatorio, proprio in forza del procedimento all'uopo stabilito dalla normativa olandese<sup>74</sup>. La Corte è ritornata sulla questione nella sentenza Van der Woude<sup>75</sup>, relativa ad un contratto collettivo in tema di assicurazione per malattia. Le conclusioni sono simili a quelle del caso Albany, anche se da molti è sollevato un dubbio sulle motivazioni della Corte per il fatto che l'esenzione dell'attività contrattuale e sindacale dall'applicazione della disciplina della concorrenza sarebbe legata ai suoi contenuti e obiettivi di regolazione delle condizioni di lavoro e, quindi, varrebbe solo entro questi limiti<sup>76</sup>.

## 6. Conflitto collettivo e libera prestazione di servizi: il caso Laval.

Nella sentenza Laval del 18 dicembre 2007<sup>77</sup>, relativa al conflitto, l'atteggiamento della Corte di giustizia è differente. Importante è l'*incipit* della pronuncia. In esso la Corte innanzitutto esclude che la circo-

---

<sup>74</sup> Il problema della compatibilità dell'estensione a seguito di provvedimento ministeriale dell'ambito di efficacia del contratto collettivo con la legislazione (anche nazionale: cfr. artt. L 420-1, L 420-2, *Code de Commerce*) a tutela della concorrenza si è posto pure nell'ordinamento francese, con conclusione analoga a quella raggiunta dalla Corte di giustizia: v. l'ampia trattazione di V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, cit., 95 ss.

<sup>75</sup> C. Giust., 21 settembre 2000, C-222/98, *Hendrik van der Woude c. Stichting Beatrixoord*.

<sup>76</sup> Cfr., per tutti, M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., 429.

<sup>77</sup> C. Giust., 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet*. Per un commento del caso Laval, in occasione dell'ordinanza del 15 settembre 2005 (controversia n. A268/04), con cui la Corte del lavoro di Stoccolma ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, cfr. M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, cit., 239 ss.; ID., *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in RGL, 2008, II, 3 ss.

stanza che l'Unione non abbia competenza a disciplinare lo sciopero e la serrata valga ad estromettere l'azione collettiva dal campo di operatività delle regole del Trattato che sanciscono la libera prestazione dei servizi (l'art. 56 TFUE, *ex* art. 49 TCE). Lo sciopero è, sì, un diritto fondamentale, ma non può essere immune da restrizioni, poiché anche la Carta di Nizza (all'epoca ancora non vincolante) precisa, all'art. 28, che il diritto di intraprendere un'azione collettiva è tutelato "conformemente al diritto dell'Unione".

Quindi, un'azione del genere non è sottratta all'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea e non può sfuggire ad un bilanciamento con una libertà economica fondamentale quale la libera prestazione di servizi. La restrizione alla libera prestazione dei servizi derivante da un'azione collettiva può essere giustificata solo se l'obiettivo è legittimo, esistono ragioni imperative d'interesse generale ed è rispettato il principio di proporzionalità.

Nel caso *Laval* la Corte esclude che sia legittima l'azione collettiva volta ad ottenere, per i lavoratori distaccati, trattamenti più favorevoli di quelli minimi garantiti dalla direttiva 96/71/CE o la regolazione di materie ulteriori rispetto a quelle indicate dalla stessa direttiva.

Il caso concerne un'impresa lettone (*Laval*) che distacca in Svezia propri lavoratori per impiegarli in alcuni cantieri edili<sup>78</sup>. I sindacati svedesi trattano con *Laval* per determinare le retribuzioni da applicare al personale lettone distaccato. Le trattative falliscono e *Laval* stipula due contratti collettivi con il sindacato lettone dei lavoratori edili, che prevedono retribuzioni inferiori a quelle previste in Svezia. I sindacati svedesi bloccano i cantieri impedendo l'accesso ai lavoratori lettoni; scioperano per solidarietà i lavoratori elettrici con l'effetto di impedire alle imprese svedesi, appartenenti all'organizzazione degli installatori elettrici, di fornire servizi alla *Laval*. A Natale, i lavoratori distaccati rientrano in Lettonia e non tornano più nel cantiere in questione. Intanto in Svezia altre organizzazioni sindacali boicottano tutti i cantieri di *Laval*, che non è più in grado di svolgere le proprie attività in territorio svedese.

---

<sup>78</sup>Come nota giustamente M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, cit., 4 ss., il caso è in realtà più complesso perché *Laval* opera stabilmente nel mercato svedese attraverso una società svedese interamente controllata, la *Baltic*.

A seguito di ciò, Laval cita in giudizio il sindacato svedese dei lavoratori delle costruzioni e dei lavori pubblici nonché quello dei lavoratori del settore elettrico per ottenere l'accertamento dell'illegittimità della azione collettiva sia del primo sia del secondo e il risarcimento del danno da essa subito. Il giudice adito, cioè l'*Arbetsdomstolen* svedese, proponeva così domanda di pronuncia pregiudiziale *ex art.* 234 TCE (ora art. 267 TFUE) alla Corte di giustizia in relazione all'interpretazione degli artt. 12 e 49 TCE, ora artt. 18 e 56 TFUE, nonché della direttiva 96/71/CE.

La Corte, nel motivare la sua decisione, fa presente che la direttiva 96/71/CE, in materia di distacco, prevede che le condizioni di lavoro da applicare ai lavoratori distaccati devono essere determinate da contratti collettivi (o decisioni arbitrali) *dichiarati di applicabilità generale*. Il punto è che, nell'ordinamento svedese, *i contratti collettivi non hanno efficacia generale*; inoltre, per quanto concerne il salario minimo, la Svezia non si è avvalsa del meccanismo previsto dall'art. 3, par. 8, della direttiva<sup>79</sup> per estendere le previsioni della contrattazione collettiva. Pertanto, le azioni collettive come quelle poste in essere non possono essere giustificate se mirano a far accettare ad un'impresa stabilita altrove minimi salariali in un contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni sufficientemente precise, cui il distaccante dovrebbe attenersi.

A seguito della sentenza, il giudice di merito svedese ha accertato una responsabilità del sindacato per danni e ha condannato i sindacati dei lavoratori edili e degli installatori elettrici al pagamento di un risarcimento significativo, assumendo, come è stato notato, una posizione molto netta rispetto alle conseguenze giuridiche della dichiarazione di effi-

---

<sup>79</sup> Ai sensi dell'art. 3, par. 8, "per contratti collettivi o arbitrati, dichiarati di applicazione generale, si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate.

In mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o di arbitrati ..., gli Stati membri possono, se così decidono, avvalersi:

- dei contratti collettivi o arbitrati che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o;
- dei contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale".

cacia orizzontale<sup>80</sup> dell'art. 49 del Trattato (ora art. 56 TFUE). A seguito del caso, la Svezia ha modificato la normativa nazionale in tema di distacco (l. n. 678 del 1999) con la cd. *lex Laval* (l. n. 228 del 2010)<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Cfr. E. SACCA, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno "da sciopero" e innovazioni legislative (indotte)*, in CSDLE, *Int*, n. 86/2010. Specificamente, sul problema dell'efficacia orizzontale, cfr. M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, cit., 15-16; M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in LD, 2008, 374 ss.; e, più recentemente, G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, cit., 32. Per una critica alla teoria dell'effetto diretto orizzontale delle disposizioni sulle libertà economiche anche nei confronti degli atti dell'autonomia collettiva, cfr. U. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in CSDLE, *It*, n. 49/2006, 71 ss.; M.V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, cit., 376 ss.; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 53 ss.; B. BERCUSSON, *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, 667-668.

<sup>81</sup> Per comprendere la modifica introdotta deve ricordarsi che la censura del giudice europeo si fondava sul mancato rispetto dell'art. 3, par. 8, della direttiva 96/71/CE. Ciò comportava che l'azione sindacale nei confronti di un'impresa stabilita in un altro Stato membro si inseriva "in un contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni, di qualsivoglia natura, sufficientemente precise e accessibili" che rendevano "in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte di tale impresa, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali" (cfr. sentenza Laval, cit., pt. 110). Nella mancanza di trasparenza e prevedibilità della legislazione salariale svedese, dunque, è rinvenibile il fulcro della pronuncia.

La citata *lex Laval* ha sottoposto l'azione sindacale, intrapresa nell'ambito di un distacco, a talune restrizioni finalizzate al rispetto di tale necessità di trasparenza. A partire dal 15 aprile 2010, data di entrata in vigore della legge, l'azione sindacale nei confronti di un datore di lavoro stabilito in altro Stato membro può essere intrapresa solo se le condizioni richieste dal sindacato corrispondono alle condizioni di un contratto collettivo applicato in tutta la Svezia a datori di lavoro operanti nel medesimo settore o se è finalizzata al raggiungimento delle tariffe minime salariali o di altre condizioni minime fissate dalla legge in particolari materie (ad es., il divieto di discriminazione dei lavoratori a termine o part-time). Conseguentemente, nessuna azione può essere intrapresa se il datore di lavoro può dimostrare che sono già rispettate le menzionate condizioni minime. Sul punto cfr. G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 34 ss. V. anche, in senso critico, M. FREEDLAND, J. PRASSL, *Viking, Laval and Beyond*, Hart Publishing, 2016 ed *ivi* M. RÖNNMAR, *Sweden*, 241 ss.

## 7. Conflitto collettivo e libertà di stabilimento: il caso Viking.

Nella sentenza Viking dell'11 dicembre 2007<sup>82</sup>, in forza di argomentazioni identiche, la stessa conclusione (necessità di bilanciamento tra diritto di sciopero e libertà fondamentali stabilite dal Trattato) è raggiunta anche in relazione alla libertà di stabilimento assicurata dall'art. 49 TFUE (*ex art.* 43 TCE).

Per questo si è detto che le libertà economiche appaiono ancora gerarchicamente sovraordinate nella scala valoriale del sistema giuridico dell'Unione<sup>83</sup>. Tanto che, come si è ricordato<sup>84</sup>, il Parlamento europeo ha approvato, nel 2008, la risoluzione "Sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea", nella quale ha richiesto un riesame dell'equilibrio tra libertà economiche e diritti fondamentali, tale da evitare una competizione a favore di *standard* sociali più bassi; ed analogamente si è pronunciata nel 2010 e nel 2011 la Commissione<sup>85</sup>.

Venendo alla fattispecie concreta, Viking, società di diritto finlandese, è proprietaria di un traghetto chiamato Rosella che fa la spola tra Tallin e Helsinki e batte bandiera finlandese. In territorio estone il Rosella opera in perdita a causa della concorrenza delle navi estoni. Nell'ottobre del 2003, Viking progetta di cambiare bandiera al Rosella, immatricolandolo in Estonia, e, ai sensi del diritto finlandese, comunica preventivamente questa intenzione al sindacato finlandese dei marittimi (FSU), cui sono iscritti i membri dell'equipaggio; il sindacato intraprende alcune iniziative di sciopero per indurre la Viking a impegnarsi a conservare ai marittimi imbarcati l'applicazione della normativa, anche contrattuale, finlandese. Tra l'altro, a partire dal novembre 2003, data di sca-

---

<sup>82</sup> C. Giust., 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*. Per l'illustrazione del contesto e il commento del caso, cfr. ancora M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, cit., 3 ss.

<sup>83</sup> U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in DLRI, 2008, 147 ss.; A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in LD, 2008, 63 ss.

<sup>84</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso cap., par. 1.

<sup>85</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso cap., par. 1.

denza dell'accordo in vigore, non è più operante l'obbligo di pace sindacale. Il sindacato finlandese chiede poi il supporto della federazione internazionale di sindacati dei lavoratori del settore dei trasporti (ITF) – con sede a Londra – che storicamente persegue una politica di lotta contro le “bandiere di convenienza”. La campagna di lotta contro le bandiere di convenienza si concretizza in boicottaggio e altre azioni di solidarietà tra lavoratori.

Nel 2004 l'Estonia entra nell'Unione europea; dunque Viking, continuando il Rosella ad operare in perdita, propone ricorso dinanzi alla *High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division*, finalizzato a far accertare la contrarietà dell'azione della ITF e della FSU all'art. 43 TCE e a far ingiungere alla FSU di non ostacolare i diritti spettanti a Viking ai sensi dell'ordinamento comunitario.

Con decisione del 16 giugno 2005, il giudice accoglieva la domanda di Viking, ritenendo che l'azione collettiva e le minacce di azione collettiva della ITF e della FSU causassero restrizioni alla libertà di stabilimento contrastanti con l'art. 43 TCE e, in subordine, costituissero restrizioni illegittime alla libera circolazione dei lavoratori e alla libera prestazione dei servizi ai sensi degli artt. 39 TCE e 49 TCE. A seguito della impugnazione della decisione da parte della ITF e della FSU, la *Court of Appeal*, ritenendo che la soluzione della questione dipendesse dalla interpretazione del diritto comunitario, decideva di sospendere il procedimento, sottoponendo alla Corte di giustizia numerose questioni pregiudiziali, tutte volte ad accertare se le azioni collettive in oggetto fossero compatibili, sotto diversi profili, con il diritto comunitario.

Nella sentenza in esame la Corte di giustizia, dopo aver ribadito che, nei settori che non rientrano nella competenza della Comunità, gli Stati membri restano in via di principio liberi di regolare siffatte materie, osserva tuttavia che essi sono tenuti a rispettare il diritto comunitario. E, in base al diritto comunitario, la restrizione alla libertà di stabilimento, derivante da azioni collettive come quelle indicate, *può essere giustificata da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori*, purché sia accertato che le stesse siano idonee a realizzare il *legittimo obiettivo perseguito* e non vadano al di là di ciò che è *necessario per conseguire tale obiettivo*. E la valutazione della legittimità dell'azione sindacale in relazione ai due criteri indicati (vale a dire legittimità dell'obiet-



tivo perseguito e sua necessarietà per conseguirlo) è naturalmente demandata al giudice nazionale<sup>86</sup>.

## 8. Ancora sulla libera prestazione di servizi: il caso Rüffert.

Nonostante le pronunce Viking e Laval abbiano polarizzato l'attenzione, secondo alcuni<sup>87</sup>, le sentenze successive Rüffert e Lussemburgo hanno provocato ricadute pratiche più rilevanti.

Nella sentenza Rüffert<sup>88</sup> del 3 aprile 2008, la Corte di giustizia esamina un ricorso pregiudiziale, *ex art.* 234 TCE (ora art. 267 TFUE), in relazione ad una legge del Land tedesco della Bassa Sassonia che impone agli enti pubblici di assegnare appalti solo alle imprese che assumano l'impegno di applicare il contratto collettivo di riferimento nel tempo e nel luogo di esecuzione dell'appalto. E il contratto collettivo in questione non aveva efficacia generale.

Nel caso di specie, il Land Niedersachsen, in seguito ad una gara pubblica, assegnava, nel corso dell'autunno 2003, alla Objekt und Bauregie un appalto relativo a lavori di costruzione di un istituto penitenziario a Göttingen-Rosdorf. Nel contratto figurava, come previsto dalla legge del Land, l'impegno a rispettare i contratti collettivi e, più specificamente, quello di corrispondere ai lavoratori impiegati nel cantiere almeno il salario minimo vigente nel luogo di esecuzione del lavoro, in base al contratto collettivo del settore edile. La Objekt und Bauregie affidava, a sua volta, i lavori in subappalto ad un'impresa stabilita in Polonia. Poiché tale impresa aveva corrisposto ai lavoratori un salario inferiore a quello previsto dal contratto collettivo del settore edile, la Objekt und Bauregie e il Land Niedersachsen risolvevano il contratto di appalto fra essi con-

---

<sup>86</sup> Nel marzo 2008, le parti coinvolte nel caso Viking hanno raggiunto una transazione, i cui contenuti non sono stati resi noti: cfr. N. BRUUN, *Finland*, in R. BLANPAIN, A.M. SWIATKOWSKY (eds.), *The Laval and Viking Cases. Freedom of Services and Establishment v. Industrial Conflict in the European Economic Area and Russia*, Kluwer, 2009, 49 ss.; S. SCIARRA, *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Rüffert, Lussemburgo*, cit., 105.

<sup>87</sup> Cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., 163.

<sup>88</sup> C. Giust., 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*.

cluso; e il Land rivendicava il pagamento della relativa penale prevista dal contratto di appalto, con la motivazione che non era stato adempiuto l'obbligo di rispettare il contratto collettivo in parola.

Il Tribunale di primo grado, adito dall'impresa al fine di ottenere il pagamento di quanto spettante in forza dell'intercorso rapporto contrattuale, considerava il credito della Objekt und Bauregie (derivante, appunto, dal contratto d'appalto) compensato con la penale contrattuale e la restante parte della domanda di detta società veniva respinta. Il giudice d'appello, tuttavia, riteneva che, per decidere la controversia, occorresse stabilire preliminarmente se si dovesse disapplicare la legge del Land, in quanto incompatibile con le disposizioni in tema di libertà di prestazione dei servizi sancita nell'art. 56 TFUE (*ex art.* 49 TCE). Di qui il rinvio pregiudiziale *ex art.* 234 TCE (ora art. 267 TFUE).

Il giudice del rinvio osservava, a tale riguardo, che gli obblighi di rispetto del contratto collettivo facevano sì che le imprese edili di altri Stati membri dovessero adeguare i salari percepiti dai propri dipendenti alle retribuzioni, solitamente più elevate, corrisposte nel luogo di esecuzione dei lavori di appalto in Germania. Siffatto obbligo avrebbe fatto perdere alle imprese in parola il vantaggio concorrenziale a loro favore costituito dal minor costo del lavoro. Di conseguenza, l'obbligo di rispettare il contratto collettivo avrebbe rappresentato un ostacolo per le persone fisiche o giuridiche provenienti da Stati membri diversi dalla Repubblica Federale Tedesca. Il giudice del rinvio, peraltro, si interrogava se l'obbligo di rispettare i contratti collettivi potesse essere giustificato da ragioni imperative d'interesse generale e, segnatamente, se siffatto obbligo non andasse oltre a quanto necessario per la tutela dei lavoratori.

La Corte di giustizia, confermando l'orientamento già espresso nel caso *Laval*, ha escluso la conformità al principio di libera prestazione di servizi della possibilità di far applicare i contratti collettivi attraverso tecniche legislative diverse da quelle previste dall'art. 3, par. 8, della direttiva 96/71/CE<sup>89</sup>: non può quindi ritenersi legittima, ai sensi di tale direttiva, la legislazione di uno Stato membro ospitante che subordini – peraltro, nel nostro caso, limitatamente al lavoro pubblico – l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizio-

---

<sup>89</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso cap., nt. 79.

ni di lavoro e occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima.

Uno Stato membro non ha dunque il diritto di imporre alle imprese stabilite in altri Stati membri una tariffa salariale minima come quella prevista dal contratto collettivo in questione, che non è di generale applicazione (*ex art. 3, par. 1*) né “in genere applicabile” a tutte le imprese del settore (*ex art. 3, par. 8*), visto – e questa è precisazione importante – che vale a vincolare solo quelle aggiudicatrici di appalti pubblici. Né può parlarsi di condizione più favorevole ai sensi dell’art. 3, par. 7, della direttiva 96/71/CE<sup>90</sup>, perché questa può essere soltanto quella in vigore nel Paese di origine dei lavoratori distaccati o quella cui volontariamente l’impresa distaccante si sia sottoposta stipulando il contratto collettivo.

In sostanza, il livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato, in linea di principio, a quello previsto dall’art. 3, par. 1, lett. a)-g); e questa interpretazione è confermata da una lettura della direttiva alla luce dell’art. 49 TCE (ora art. 56 TFUE), in quanto essa è diretta, segnatamente, a realizzare quella libera prestazione di servizi, che rientra nel novero delle libertà fondamentali garantite dal Trattato<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> In base al quale “i paragrafi da 1 a 6 non ostano all’applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori”.

<sup>91</sup> Dalla lettura della sentenza Rüffert si può ricavare un chiaro limite alla possibilità di applicare ad imprese straniere i contratti collettivi vigenti nel luogo di esecuzione dell’appalto pubblico. Ad es., per quanto riguarda l’ordinamento italiano, sembrano collidere con i principi espressi dalla sentenza, sia l’art. 36 St. lav., sia le prescrizioni di cui agli artt. 30, 4° co., e 105, 9° co., del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgvo n. 50 del 2016) che impongono il rispetto dei contratti collettivi in vigore nel luogo di esecuzione dell’appalto. Problemi sorgono anche in merito alla disposizione sul “massimo ribasso”, di cui alla l. n. 98 del 2013. Lo rileva G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 79, che commenta anche un’interessante sentenza del TAR Lombardia, sez. I, 30 agosto 2012, n. 2200.

## 9. Libera prestazione di servizi e normativa di ordine pubblico nel Paese del distacco: il caso Commissione c. Lussemburgo.

In una sorta di “crescendo esponenziale”<sup>92</sup>, nella sentenza Commissione c. Granducato di Lussemburgo del 19 giugno 2008<sup>93</sup>, originata da un procedimento per infrazione ai sensi dell’art. 226 TCE (ora art. 258 TFUE), la Corte è ancor più radicale nell’affermare il carattere di assoluta eccezionalità dell’estensione del diritto nazionale del lavoro dello Stato ospitante a materie non espressamente previste dall’art. 3, par. 1, della direttiva 96/71/CE. In questa sentenza la questione di fondo concerne i limiti di operatività del principio di ordine pubblico, richiamato dalla direttiva<sup>94</sup>, che lo Stato ospitante può invocare a giustificazione dell’estensione, nei confronti di imprese europee che vi distacchino lavoratori, di norme di diritto interno ulteriori – si trattava di minimi salariali – rispetto a quelle previste dall’art. 3, par. 1, della direttiva 96/71/CE.

La Corte ha ritenuto, correttamente, che l’eccessiva dilatazione del contenuto di tale principio rischia di creare barriere giuridiche in grado di restringere abnormemente la libertà di circolazione dei servizi. Ne esce confermata la visione residuale della clausola di ordine pubblico, che, utilizzando le parole della Corte, può essere invocata “solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività”.

---

<sup>92</sup> Cfr. M. PALLINI, *La tutela dell’“ordine pubblico sociale” quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, cit., 106.

<sup>93</sup> C. Giust., 4 ottobre 2001, C-450/00, *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*.

<sup>94</sup> Cfr. art. 3, par. 10, della direttiva 96/71/CE, in base al quale “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”.

Discute del significato del principio di ordine pubblico nella direttiva e nella giurisprudenza della Corte di giustizia M. PALLINI, *La tutela dell’“ordine pubblico sociale” quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, cit., 197 ss. Ma v. anche G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., spec. 36 ss.; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., spec. 122 ss.

Nel caso in esame, il problema concerneva la possibilità per il Granducato di Lussemburgo di prevedere l'applicazione, alle imprese distaccanti, di disposizioni relative all'adeguamento dei salari all'evoluzione del costo della vita, qualificando tali norme come di ordine pubblico. E la Corte ha dato in proposito risposta negativa, perché l'art. 3, par. 1, 1° co., lett. c) della direttiva 96/71/CE ha inteso limitare la facoltà di intervento degli Stati membri, in materia di salari, all'ambito delle *tariffe minime* salariali. Sicché ne deriva che le prescrizioni della legge lussemburghese del 20 dicembre 2002, relativa all'adeguamento automatico dei salari diversi dai salari minimi all'evoluzione del costo della vita, si pongono in contrasto con la direttiva.

Stanti queste considerazioni, qualcuno ha affermato che vi è l'impressione che il *dumping* sociale “scacciato dalla porta (della direttiva ‘Bolkestein’), stia rientrando dalla finestra (dell'interpretazione della direttiva n. 96/71)”<sup>95</sup>: questo, a causa dell'applicazione che viene fatta del principio di libera prestazione di servizi da parte della Corte di giustizia, che, con un'interpretazione in senso liberistico delle norme del trattato, porrebbe in secondo piano i diritti che pure sono denominati “fondamentali” nella Carta di Nizza.

## 10. Il rapporto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali: l'ultimo approdo giurisprudenziale: il caso Commissione c. Germania.

Nella sentenza Commissione c. Germania del 15 luglio 2010<sup>96</sup>, la Corte di giustizia effettua alcune precisazioni e circoscrizioni, circa il rapporto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali, rispetto a quanto emergente in Albany, Viking, Laval.

Il caso in questione, scaturito da un procedimento di infrazione (*ex* art. 226 TCE, ora art. 258 TFUE), nasceva dal fatto che la normativa nazionale tedesca attribuiva, in tema di previdenza complementare, ampi poteri alla contrattazione collettiva. Un rilevante numero di amministrazioni e aziende comunali di grandi dimensioni, sulla base di una previsio-

---

<sup>95</sup> Cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, cit., 165.

<sup>96</sup> C. Giust., 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*.

ne contenuta nell'art. 6 del contratto collettivo del comparto dei comuni e degli enti comunali, aveva stipulato contratti relativi a servizi di previdenza complementare aziendale con gli specifici organismi o imprese ivi indicati, senza previa indizione di una gara d'appalto a livello dell'Unione europea.

La Repubblica Federale Tedesca riteneva potessero applicarsi i principi sostenuti dalla Corte di giustizia nella precedente sentenza *Albany*<sup>97</sup>. La Corte si trovò quindi a decidere se il diritto fondamentale di negoziazione collettiva potesse esonerare le amministrazioni e le aziende comunali datrici di lavoro dal rispetto degli obblighi imposti dalle direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE, le quali danno attuazione alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nel settore degli appalti pubblici.

Secondo la Corte, il fatto che la contrattazione collettiva, nonostante gli effetti restrittivi della concorrenza, non ricada, in *Albany*, sotto le previsioni dell'art. 101, n. 1, TFUE, non vuol dire che possa sfuggire al bilanciamento con la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi.

In sostanza, “il fatto che un accordo o un'attività siano sottratti all'ambito applicativo delle disposizioni del Trattato *in materia di concorrenza* non ha come conseguenza automatica che tale accordo o tale attività siano altresì esonerati dal rispettare gli obblighi imposti dalle direttive sopra nominate, dal momento che questi due ordini di disposizioni rispondono ciascuno a specifici presupposti di applicazione”<sup>98</sup>.

L'esercizio del diritto fondamentale di negoziazione collettiva deve “essere temperato con gli obblighi scaturenti dalle libertà tutelate dal Trattato FUE – che, nella fattispecie, le Direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE mirano ad attuare – e deve essere conforme al principio di proporzionalità (v., in tal senso, sentenza *Viking*, punto 46, e *Laval*)”. E, per inciso, è interessante la considerazione che “sebbene il diritto di negoziazione collettiva goda in Germania della tutela costituzionale riconosciuta, in via generale, dall'art. 9, 3° co., della Costituzione tedesca al diritto di costituire associazioni per la salvaguardia e il miglioramento delle condizioni lavorative ed economiche, ciò non toglie che, ai sensi

---

<sup>97</sup> Cfr. *supra*, in questo stesso cap., par. 5.

<sup>98</sup> V. C. Giust., *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, cit., pt. 48. V., nello stesso senso, anche la sentenza *Viking*, cit., pt. 53 e giurisprudenza ivi citata.

dell'art. 28 della Carta (dei diritti sociali fondamentali dell'Unione Europea), tale *diritto debba essere esercitato in conformità alle norme dell'Unione*"<sup>99</sup>.

### **11. Dopo il *Laval quartet*<sup>100</sup>. Al cuore del diritto dell'Unione: la libera prestazione di servizi.**

Non sembra che la Corte di Giustizia abbia recentemente ripreso di petto il problema del rapporto tra libertà economiche e diritti sociali, in particolare diritto di negoziazione collettiva e sciopero. Al centro degli interessi della Corte vi è piuttosto sempre la restrizione che alla libera prestazione di servizi possono provocare normative nazionali le quali, specie nel caso di appalti pubblici, impongono agli offerenti e ai loro appaltatori di impegnarsi a versare un salario minimo al personale che effettua la prestazione oggetto dell'appalto.

Così, nel caso *Bundesdruckerei* del 18 ottobre 2014, in applicazione dell'art. 56 TFUE e della direttiva 2004/18/CE (poi abrogata dalla direttiva 2014/24/UE) la Corte di Giustizia ha sancito che una normativa nazionale che imponga una retribuzione minima ai subappaltatori di un offerente, stabiliti in uno Stato membro diverso da quello a cui appartiene l'amministrazione giudicatrice e in cui le tariffe minime salariali sono inferiori, costituisce un onere economico supplementare atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Una tale misura nazionale può essere giustificata in linea di principio dall'obiettivo della protezione dei lavoratori onde evitare sia il "dumping sociale" sia la penalizzazione delle imprese concorrenti che concedono una congrua retribuzione ai loro dipendenti. Ma la misura nazionale, nel caso di cui si discute, non è idonea a raggiungere l'obiettivo suindicato, dal momento che non si applica anche agli appalti privati; inoltre, nei limiti in cui la normativa si applica ai lavoratori che eseguono un appalto pubblico in uno Stato membro diverso da quello cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice e in cui le tariffe mi-

---

<sup>99</sup> Cfr. C. Giust., *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, cit., pt. 43.

<sup>100</sup> Si tratta delle sentenze *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, *Commissione c. Lussemburgo*. Qualcuno parla anche di *Laval quintet* includendo *Commissione c. Germania*.

nime salariali sono inferiori (e con un costo della vita nettamente inferiore), appare sproporzionata<sup>101</sup>.

Nel caso Regio Post GmbH & Co. KG., invece, la Corte di Giustizia è giunta alla conclusione che l'imposizione ad opera di una norma di legge del Land Renania-Palatinato di un salario minimo agli offerenti nel procedimento di aggiudicazione di un qualsiasi appalto pubblico non è contrastante con l'art. 26 della direttiva 2004/18/CE. Nella motivazione, la Corte precisa, tra l'altro, che "contrariamente alla legge del *land* Bassa Sassonia sugli appalti pubblici che era oggetto della causa conclusasi con la sentenza Rüffert", la legge del land Renania-Palatinato "fissa essa stessa la tariffa minima salariale" (punto 62)<sup>102</sup>. Pertanto, poiché in questo caso la previsione di un salario minimo deriva direttamente dalla legge, ed "è applicabile, in linea di principio, in maniera generale all'aggiudicazione di qualsiasi appalto pubblico in Renania-Palatinato, indipendentemente dal settore interessato" (punto 75), la Corte ha ritenuto che tale restrizione alla libera prestazione di servizi potesse ritenersi giustificata in quanto idonea a conferire "una protezione sociale minima giacché, all'epoca dei fatti nel procedimento principale [...] nessun'altra normativa nazionale imponeva [...] un salario minimo di livello inferiore" (punto 76)"<sup>103</sup>.

Quest'ultima sentenza sembra dunque attribuire una nuova legittimazione sul piano del diritto europeo alle clausole sociali che impongono-

---

<sup>101</sup> Per un commento alla sentenza cfr. S. GUADAGNO, *(Sub)appalto transnazionale e ambito di applicazione delle norme sul salario minimo*, in RGL, 2015, II, 33 ss.; M. FORLIVESI, *La clausola sociale di garanzia del salario minimo negli appalti pubblici al vaglio della Corte di Giustizia europea: il caso Bundesdruckerei*, in RIDL, 2015, II, 558 ss.

<sup>102</sup> Come si ricorderà, nel caso Rüffert, la legge censurata del land Bassa Sassonia consentiva invece "l'aggiudicazione di appalti per lavori edili solo alle imprese che, alla presentazione dell'offerta, si impegn[assero] per iscritto a corrispondere ai loro dipendenti, per le rispettive prestazioni, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo ed al tempo dell'effettuazione di tali prestazioni" (punto 6 della citata sentenza).

<sup>103</sup> Tra i commenti alla pronuncia si v. M. FORLIVESI, *L'atteso reassessment della Corte di Giustizia sulle clausole sociali relative al "salario minimo" negli appalti pubblici*, in RIDL, 2016, II, 535 ss.; G. CAROSIELLI, *La sentenza RegioPost e l'anima "dimezzata" della Corte di giustizia europea nella tutela dei lavoratori impegnati negli appalti pubblici*, in DRI, 2016, III, 881 ss.; S. GUADAGNO, *Salario minimo, distacco di lavoratori e appalti pubblici: un nuovo equilibrio per i diritti sociali?*, in ADL, 2016, 4-5, 840 ss.



no il rispetto di determinati livelli salariali minimi ai fini dell'aggiudicazione di una gara d'appalto pubblica. Tuttavia, le condizioni in presenza delle quali simile obbligo risulterebbe compatibile con l'ordinamento europeo rimangono alquanto stringenti. Inoltre, nonostante qualche dissonanza sia ravvisabile rispetto all'iter logico seguito nei precedenti *Rüf-fert* e *Bundesdruckerei*, la Corte si mostra molto attenta a non porsi in contraddizione, bensì in continuità (almeno formale), con tali decisioni. Nell'atteggiamento dei giudici di Lussemburgo permane quindi una certa dose di ambiguità, che, in mancanza di un intervento netto da parte del legislatore europeo in materia di appalti pubblici<sup>104</sup>, potrà essere chiarita solo a seguito di successive pronunce.

## 12. Le tecniche di bilanciamento della Corte di giustizia. Il principio di proporzionalità.

Sia consentita qualche considerazione conclusiva sulle tecniche di giudizio utilizzate dalla Corte di Giustizia allorché venga in questione un contrasto tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali. La Corte opera un bilanciamento tra le prime (*in primis* libera prestazione di servizi) e i secondi e tale bilanciamento viene effettuato secondo un giudizio di proporzionalità. Questo giudizio di proporzionalità è stato da più parti criticato perché la Corte prediligerebbe un'applicazione per così dire creativa dello stesso, che si tradurrebbe in un controllo a senso unico sui diritti sociali fondamentali<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> Come ritenuto anche da A. ALLAMPRESE, G. ORLANDINI, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*, in *RGL*, 2014, I, 172 ss., la nuova direttiva sugli appalti pubblici (2014/24/UE), lungi dal prendere una posizione chiara in merito al bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche, sembra al contrario tradire "la volontà (frutto della logica compromissoria che ne ha consentito l'adozione) di non risolvere il nodo problematico sollevato dalla Corte di Giustizia".

<sup>105</sup> Cfr., *ex multis*, A. PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale, quali rimedi?*, in *LD*, 2011, 13 ss.; V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, cit., 107 ss. Ma anche la letteratura internazionale è in generale molto critica: v., nella letteratura sterminata, almeno M. FREEDLAND, J. PRASSL, *Viking, Laval and Beyond*, cit. ed *ivi*, per una lettura in parte dissonante, che prende in considerazione il punto di vista dei Paesi meno sviluppati e esportatori di manodopera, D. LEC-

Quanto al test di proporzionalità, la Corte rinvia al giudice nazionale il compito di verificare l'adeguatezza, la necessità e la proporzionalità in senso stretto dell'azione collettiva; tuttavia, la stessa Corte non si esime dal dettare linee guida per l'azione del giudice interno: in particolare, essa afferma che quest'ultimo deve, *in primis*, accertare se il fine dell'azione sindacale sia la tutela dei lavoratori e se il comportamento tenuto dalla impresa e contro il quale si sono mossi i sindacati risulti nei fatti lesivo dei rapporti di lavoro e delle condizioni contrattuali. E, solo qualora tale ipotesi fosse riscontrata dal giudice, egli sarà tenuto ad appurare se l'azione risulta adeguata allo scopo e non ecceda ciò che è necessario per conseguirla<sup>106</sup>.

In sostanza, nella sterminata letteratura che si è formata su queste sentenze, prevale l'idea che sia possibile operare un diverso bilanciamento tra diritto di sciopero e libertà economiche, capace di preservare gli equilibri dei sistemi sindacali nazionali. Il vizio dell'argomentazione della Corte starebbe nel non avere temperato adeguatamente le libertà di mercato con il diritto di sciopero e di negoziazione collettiva, finendo per svuotare di significato l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali<sup>107</sup>.

Secondo alcuni, la direzione presa dalla Corte in *Viking* e *Laval*, e confermata in ambiti diversi in *Rüffert* e *Lussemburgo*, ha mostrato qualche segnale di mutamento in Commissione v. Germania, che rappresenterebbe un interessante terreno per capire se e quanto incida il nuovo assetto normativo derivante dal trattato Lisbona, con la vincolatività della Carta di Nizza<sup>108</sup>.

Si è sottolineato che, sia pure *in nuce*, vi è un passaggio nell'*iter* argomentativo della Corte, precisamente quello per cui il rispetto delle direttive – qui in materia di appalti pubblici – non risulta inconciliabile con la realizzazione della finalità sociale perseguita dalle parti firmatarie del contratto collettivo, per cui sembra che “il fine sociale rappresenti tra i due elementi di comparazione quello principale, il cui raggiungimento

---

ZYKIEWICZ, *Conceptualising Conflict between the Economic and the Social in EU Law after Viking and Laval*, 307 ss.

<sup>106</sup> V., ad es., C. Giust., *Viking*, cit., ptt. 80-84.

<sup>107</sup> Cfr., *ex multis*, G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 50, ove riferimenti bibliografici; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., 66 ss.

<sup>108</sup> V. *supra*, in questo stesso cap., par. 1.

costituisce obiettivo principale rispetto all'altro"<sup>109</sup>, così tendendosi a superare il contemperamento "solo fittizio ed apparente"<sup>110</sup> tanto criticato.

### 13. Le prospettive dopo il Trattato di Lisbona.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1, TUE), secondo qualcuno, e secondo le conclusioni dell'avvocato generale nella causa Santos Palhota, nella misura in cui la protezione dei lavoratori diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati, "non ci troviamo più dinanzi ad una mera deroga non scritta e ricavata dalla giurisprudenza. Il nuovo sistema del diritto primario, imponendo obbligatoriamente un elevato grado di protezione sociale, sta facendo sì che gli stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a porre limiti ad una libertà e li autorizza a ciò senza che il diritto dell'Unione consideri siffatta limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto ad una valutazione restrittiva"<sup>111</sup>. Ma accettando, come è inevitabile, il giudizio di bilanciamento, alla luce della impostazione del Trattato, non necessariamente ne deriva un mutamento nello schema del ragionamento giuridico della Corte<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> Così V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, cit., 158.

<sup>110</sup> Cfr. S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., 66 ss. Ma v. anche B. CARUSO, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, cit., 105; R. SANTAGATA, *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche dopo Lisbona: un altro controverso intervento della Corte di Giustizia (nota a Corte di giustizia 15 luglio 2010, C-271/08, Commissione c. Germania)*, in DLM, 2011, 304 ss., che critica la posizione della Corte soprattutto a causa dell'applicazione in senso unidirezionale del test di proporzionalità.

<sup>111</sup> Così le conclusioni dell'avvocato generale Cruz Villalón, nella causa *Santos Palhota*, del 22 aprile 2010, C-515/08, pt. 51. Le conclusioni sono valorizzate da B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in CSDLE, It, n. 81/2010, 17 e da V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, cit., 170 ss.

<sup>112</sup> V., infatti, le conclusioni di C. Giust., 7 ottobre 2010, C-515/08, *Santos Palhota*,

Il vero è che *la tecnica di bilanciamento* ed i suoi corollari (*ragionevolezza e proporzionalità*) continuerà – e non può non continuare – ad essere metodo di decisione che la Corte manterrà nell'ipotesi di concorso-conflitto tra più diritti o tra diritti e libertà economiche; ciò in linea con quel che è da tempo patrimonio della giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali<sup>113</sup>. Ed è probabile che il protagonismo dei giudici non si ridurrà, “anche in ragione della tecnica di redazione della Carta ove i diritti sono descritti più che disciplinati”<sup>114</sup>.

La tutela giurisdizionale sovranazionale dei diritti è un processo inevitabile, in ragione del fatto che la globalizzazione dell'economia tende a seguire inevitabilmente la globalizzazione dei relativi rapporti e quindi anche dei diritti. E l'alchimia europea, “lungi dal sollecitare paure irrazionali”, dovrà essere considerata una dimensione in cui la stessa struttura dei diritti e la loro tutela sono destinate ad un ripensamento nell'Unione europea da parte delle angolazioni nazionali<sup>115</sup>.

---

per la quale, se è vero che la tutela dei lavoratori figura tra le ragioni imperative di interesse pubblico e induce a giustificare una restrizione alla libera prestazione di servizi, occorre però che tale interesse sia tutelato dalle norme cui il prestatore è sottoposto nello Stato membro in cui è stabilito, che la restrizione sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto necessario per il suo raggiungimento. Di qui la non conformità agli artt. 56 e 57 TFUE di una normativa (quella belga) che subordina l'inizio dell'attività dei lavoratori distaccati ad una comunicazione e una registrazione, sostanzialmente autorizzatrici; mentre compatibile con gli artt. 56 e 57 è la previsione relativa all'obbligo di tenuta a disposizione delle autorità dello Stato ospitante, a fini di controllo del rispetto della direttiva 96/71/CE, dei documenti di lavoro richiesti dalla normativa dello Stato di stabilimento.

<sup>113</sup> Cfr. B. CARUSO, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, in A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, cit., 105. Sul principio di proporzionalità, in generale, e su come viene utilizzato nelle giurisdizioni nazionali ai fini del governo del diritto di sciopero, G. DAVIDOV, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford University Press, 2016, 180 ss.

<sup>114</sup> Cfr. B. CARUSO, *op. cit.*, 118, per il quale l'entrata in vigore della Carta come fonte giuridica vincolante potrebbe al più limitare la giurisprudenza “creativa” della Corte, almeno nel punto in cui essa non potrà più selezionare liberamente le fattispecie tutelabili, ma dovrà fare riferimento ad un più compiuto catalogo.

<sup>115</sup> Così, giustamente, B. CARUSO, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, cit., 119. Sulla stessa lunghezza d'onda S. SCIARRA, *Diritti collettivi*

## 14. Il dialogo tra Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo.

In sintonia con l'approccio dei commentatori, molto critico nei confronti della giurisprudenza della Corte di giustizia, grande attenzione è stata prestata all'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), che ha ricondotto nell'alveo protettivo dell'art. 11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)<sup>116</sup>, relativo alla libertà di associazione, il diritto di contrattazione collettiva e di azione sindacale. La CEDU, firmata a Roma nel 1950, è il più significativo documento adottato dal Consiglio d'Europa, costituito nel 1949 con sede a Strasburgo. E, a presidio del rispetto delle sue previsioni, vi è la Corte europea dei diritti dell'uomo.

La CEDU contiene principalmente diritti civili e politici; nondimeno ha rilevanza per il lavoro, perché include due previsioni che lo riguardano direttamente e molte che hanno almeno un interesse notevole per lo stesso.

---

*e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Rüffert, Lussemburgo*, cit., 105 che, tra l'altro, condivisibilmente stigmatizza che la critica ad una giurisprudenza controversa si trasformi in una visione delegittimante della Corte, una istituzione centrale nell'equilibrio dell'ordinamento europeo, costretta a compenetrare al suo interno culture giuridiche nazionali fra loro molto distanti. Ma v. anche S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, cit., 75 ss., il quale sottolinea come qualsiasi tentativo di ripristino di una sorta di separazione funzionale fra l'economico e il sociale (attraverso l'immunizzazione di quest'ultimo dai condizionamenti del primo) non può reggere: un confronto, ben governato, con le regole di mercato e un certo grado di apertura alla concorrenza hanno dimostrato di poter governare i processi di riforma dei sistemi nazionali di *welfare*.

<sup>116</sup> La CEDU è un trattato internazionale, ratificato da 47 Stati, di cui 28 dell'Unione europea. Al testo originario della Convenzione sono stati aggiunti numerosi protocolli. A seguito del Trattato di Lisbona, l'Unione europea dovrebbe aderire alla CEDU (v. art. 6, par. 2, TUE: "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"). L'adesione è tuttavia assoggettata alla complessa procedura prevista per la stipulazione di un accordo internazionale (art. 218 TFUE). Un negoziato per l'adesione ha preso avvio il 7 luglio 2010. In particolare, l'art. 11 sulla libertà di associazione pone il principio di libertà sindacale (disponendo, al 1° co., che "ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi").

Vi è un altro documento del Consiglio d'Europa che riguarda i diritti fondamentali: è la Carta sociale europea, adottata nel 1961 ed attualmente ratificata da pressoché tutti i Paesi membri del Consiglio d'Europa. Essa tuttavia, a differenza della CEDU, non fonda diritti azionabili dai singoli <sup>117</sup>.

Ebbene, non solo la Corte europea dei diritti dell'uomo ha preso a ricondurre la contrattazione collettiva e lo sciopero all'art. 11 della Convenzione, ma una prospettiva di maggior sovrapposizione tra i piani di manovra della Corte di giustizia e della Corte EDU può delinearsi in considerazione delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona. L'art. 6 TUE, infatti, oltre a stabilire (par. 3) l'adesione dell'Unione alla CEDU, che, attualmente, è tuttavia ancora ben lungi dall'essere completata, attribuisce (par. 1) alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei trattati. Non solo, dunque, ne esce rafforzato il diritto di negoziazione e di azione collettiva di cui all'art. 28, ma è anche suscettibile di assumere particolare rilievo la previsione (di cui all'art. 52, par. 3) secondo cui, nel caso in cui la Carta di Nizza stessa contenga diritti corrispondenti a quelli riconosciuti dalla CEDU, "il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione". In tal modo, sembra assumere portata più stringente la necessità, per la Corte di giustizia, di tenere in debito conto la giurisprudenza della Corte EDU.

La CEDU, come si è detto, si è imposta come un *corpus* regolativo che guarda in via preferenziale ai diritti civili e politici, riconoscendo uno spazio residuale ai diritti socio-economici. Nella sentenza *Demir e Baykara* <sup>118</sup>, invece, l'art. 11 CEDU viene invocato a tutela, sia del diritto di associazione collettiva, sia del diritto di sciopero; e, a seguito della successiva *Enerji Yapi-Yol Sen* <sup>119</sup>, si è sostenuto che la Corte di Strasburgo avrebbe utilizzato il principio di proporzionalità "non per relativizzare

---

<sup>117</sup> Le sue previsioni sono indirizzate agli Stati membri. Non vi è una "giurisdizione" internazionale che ne controlli l'applicazione, ma vi è un meccanismo di supervisione cui prendono parte quattro organi (il Comitato europeo dei diritti sociali, il Comitato governativo, il Comitato dei Ministri e l'Assemblea parlamentare). Sebbene questo sistema non sia di natura giudiziale, esso ha portato a molti miglioramenti nella legislazione e nelle prassi degli Stati membri. V., in proposito, anche *infra*, in questo stesso cap., nt. 129.

<sup>118</sup> Corte EDU, 12 novembre 2008, *Demir e Baykara c. Turchia*, ricorso n. 34503/97.

<sup>119</sup> Corte EDU, 21 aprile 2009, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, ricorso n. 68959/01.

il diritto sociale (come ha fatto la Corte di giustizia in Laval) ma per garantirne l'effetto pienamente utile"<sup>120</sup>.

Nel caso Demir, la Corte, su ricorso del presidente e di un membro di un sindacato turco dei pubblici dipendenti, ha dichiarato la violazione da parte della Turchia dell'art. 11 CEDU in quanto le autorità nazionali avevano adottato comportamenti tali da ostacolare l'esercizio della libertà sindacale, riconosciuta dalle fonti internazionali e dalle prassi nazionali indifferentemente ai dipendenti pubblici e a quelli privati. La Corte, da un lato, identifica il diritto di contrattazione collettiva come un elemento essenziale del diritto di costituire un sindacato ed associarsi ad esso, tutelato dall'art. 11 CEDU; dall'altro, non ravvisa motivi validi per arrecare pregiudizio all'esercizio del diritto di contrattazione collettiva, posto che i pubblici dipendenti, fatta eccezione per alcuni ambiti particolari (forze di polizia, esercito, ecc.), devono essere trattati allo stesso modo dei dipendenti privati e, soprattutto, non esistono interessi pubblici che giustificano un'eventuale limitazione della libertà sindacale.

Nel caso Enerji, originato da un ricorso del sindacato turco dei funzionari (pubblici) del catasto e dell'energia, la Corte, una volta incluso il diritto di sciopero nell'ambito di applicazione dell'art. 11, ha concluso per la violazione della CEDU perché una circolare della presidenza del consiglio dei ministri del 1996 inibiva, pena l'infrazione di sanzioni disciplinari, al sindacato di organizzare uno sciopero finalizzato al riconoscimento del diritto di contrattazione collettiva. Secondo la Corte, la disposizione viola l'art. 11 della Convenzione in quanto introduce una restrizione all'esercizio di una libertà sindacale che, oltre a risultare ingiustificata (non potendo invocarsi i motivi derogatori di cui all'art. 11, 2° co., CEDU), appare sproporzionata rispetto ai fini perseguiti.

Secondo alcuni, la Corte valorizza i principi di tutela sindacale ammettendo eventuali limitazioni solo in presenza di motivi adeguatamente giustificati che rimandano, essenzialmente, al buon funzionamento di una "società democratica", come espressamente sancito dall'art. 11 CEDU<sup>121</sup>. L'equazione diritti di matrice sindacale = deroghe alle libertà economi-

---

<sup>120</sup> V. A. PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale*, cit., 13 ss., spec. 33-34.

<sup>121</sup> V. G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in RIDL, 2009, II, 975 ss.

che fondamentali sarebbe così rovesciata: la Corte “*takes Convention rights and not economic freedoms as the starting point, and assesses the proportionality of restrictions to those rights*”<sup>122</sup>. E la diversa “sensibilità” manifestata dalla Corte EDU rispetto alla Corte di giustizia<sup>123</sup> avrebbe un importante significato non solo politico ma anche giuridico. In particolare, si ricorda l’art. 53<sup>124</sup> della Carta di Nizza in base al quale il livello di protezione assicurato dev’essere il più elevato, prevalendo sulla Carta eventuali disposizioni di miglior favore di diritto internazionale, ivi comprese le disposizioni della Convenzione dei diritti dell’uomo. In questo senso, verrebbero configurandosi i presupposti per invocare il trattamento di miglior favore riconosciuto dai giudici di Strasburgo<sup>125</sup>.

Altri adottano un atteggiamento più scettico: nei casi decisi dalla Corte di Strasburgo si trattava di violazioni di diritti sindacali evidenti e gravi e la conclusione cui essa è pervenuta non sorprende<sup>126</sup>. Ma si tratta di una conclusione che nulla dice in merito alla questione affrontata dalla Corte di giustizia nei casi Viking e Laval. Resta, infatti, senza risposta la domanda in merito al rilievo che, in base all’art. 11, 2° co.,

---

<sup>122</sup> Così P. SYRPIS, *Reconciling Economic Freedoms and Social Rights-The Potential of Commission v. Germany (Case C-271/08, Judgment of 15 July 2010)*, in ILJ, 2011, 228.

<sup>123</sup> Tuttavia, come ricorda G. VETTORI, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in EDP, 2011, 640, “il bilanciamento che può essere operato dalla Corte Edu e dalla Corte di giustizia è diverso perché la prima pone la persona come termine essenziale di confronto mentre la seconda non può trascurare che le libertà economiche sono i pilastri su cui si è cercato di edificare il Mercato unico”.

<sup>124</sup> Ai sensi del quale “nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”.

<sup>125</sup> Cfr. V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato*, cit., 166.

<sup>126</sup> Peraltro più delicata si presenta la valutazione di altre pronunce ove l’operazione di bilanciamento del diritto di associazione sindacale e di sciopero con il limite indicato nel 2° co., art. 11 CEDU (mantenimento della sicurezza e buon funzionamento di una società democratica) hanno condotto a negare la sussistenza delle violazioni denunciate: cfr. Corte EDU, 5 marzo 2009, *Barraco v. France*, ricorso n. 31684/05; Corte EDU, 9 luglio 2013, *Sindicatul Pastorul cel Bun v. Romania*, ricorso n. 2230/09.



CEDU, possa essere riconosciuto alle libertà economiche fondamentali come limite all'azione sindacale<sup>127</sup>.

I più scettici, infatti, osservano che neppure è agevole fondare sugli *standard* internazionali deducibili dalle fonti OIL<sup>128</sup> e dalla Carta sociale europea<sup>129</sup> la legittimazione di uno sciopero attuato dai sindacati di uno Stato diverso, specie se questi ultimi, come nel caso Laval, non partecipano all'azione collettiva: insomma, "una volta ritenute applicabili le regole del mercato interno all'azione sindacale non si vede come sia possibile configurare una relazione tra quest'ultima e le libertà economiche che non ne comporti un certo grado di ridimensionamento rispetto al modo in cui esso è riconosciuto e regolato negli ordinamenti nazionali"<sup>130</sup>.

Da questo punto di vista, anche le più recenti sentenze analizzate in precedenza<sup>131</sup>, pur non riguardando specificamente la materia sindaca-

---

<sup>127</sup> Così G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 51.

<sup>128</sup> Con riguardo ai diritti di natura sindacale, si fa riferimento alla Convenzione n. 87 del 1948, "sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale", alla Convenzione n. 98 del 1949, sul "diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva" e alla Convenzione n. 135 del 1973, sulla "protezione dei rappresentanti dei lavoratori nell'azienda".

<sup>129</sup> V. *supra*, nt. 116 e testo corrispondente. Il profilo più problematico della Carta sociale europea è quello relativo all'effettività. A differenza delle fonti normative dell'UE, per le quali, in forza delle peculiarità di tale organizzazione sovranazionale, sono in vigore i principi di efficacia diretta negli ordinamenti nazionali e del primato sul diritto interno in caso di contrasto con esso, la Carta sociale europea è un documento sorto in seno al Consiglio d'Europa. Come tale, essa non ha un potere giuridico vincolante, perché gli Stati che compongono il Consiglio d'Europa non hanno compiuto alcuna cessione di sovranità in favore di esso. Il Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS) può tuttavia svolgere un procedimento che a sua volta può sfociare in una raccomandazione. Si tratta di un'attività quasi giurisdizionale che può comunque esercitare un'influenza sull'attività di altre "Corti" (si vedano proprio i casi *Demir e Baykara*, cit.).

<sup>130</sup> Così G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 52 ss., per il quale, "accettando il giudizio di bilanciamento tra diritto di sciopero e libertà economiche, non c'è margine per evitare che il processo di integrazione del mercato interno determini una limitazione degli spazi di praticabilità dell'azione sindacale tale da indebolire il ruolo dell'autonomia collettiva come strumento di contrasto al *dumping* sociale".

<sup>131</sup> Cfr. *retro*, par. 11.

le, sembrano comunque confermare la necessità di un bilanciamento tra i diritti sociali e le libertà economiche<sup>132</sup>.

### 15. Riflessioni a margine dell'ipertrofico dibattito dopo Viking e Laval.

Il dibattito suscitato dalle sentenze della Corte di Giustizia (in particolare Viking, Laval, Rüffert, Commissione c. Lussemburgo) è stato, da una parte, ipertrofico, d'altra parte falsato dal porsi esclusivamente in una prospettiva nazionale, se non addirittura nazionalistica, e da una concezione dei diritti sociali intrisa di "protezionismo, nazionalismo di ritorno, e anche di corporativismo conservatore"<sup>133</sup>. La giurisprudenza della Corte di giustizia, al di là di singole prese di posizione obiettivamente discutibili, dimostra che anche i diritti fondamentali sono bilanciabili. È quanto fa la nostra giurisprudenza quando parla di limiti interni e limiti esterni del diritto di sciopero; è quanto fanno le altre giurisprudenze nazionali anche se, come vedremo, con tecniche diverse (ad es. la Corte federale del lavoro tedesca che adotta proprio il test di proporzionalità in ordine alla liceità dello sciopero). Va peraltro anche considerato che la giurisprudenza della Corte di giustizia si muove in uno spazio giuridico sovranazionale in cui l'affermazione delle libertà economiche, ed in particolare quella di libera circolazione, non costituisce espressione del principio individualistico/proprietario, ma è correlata al principio costituzionale supremo dell'integrazione europea: la piena valorizzazione della libertà di circolazione di imprese e servizi è da sempre considerata, nella giurisprudenza della Corte, come il vaccino più efficace contro ogni visione protezionistica degli Stati, che negherebbe l'idea stessa di integrazione europea<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Per quanto, almeno nella sentenza RegioPost, la Corte sembra per una volta spostare il punto di equilibrio di tale bilanciamento in favore dei diritti sociali.

<sup>133</sup> Così B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?*, cit., 41.

<sup>134</sup> Cfr., per tutte queste osservazioni, B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?*, cit., 28 ss. e, per indicazioni prospettiche, B. CARUSO, V. PAPA, *I percorsi "accidentati" della Carta dei diritti fondamentali ... Eppure la talpa scava*, in RGL, 2014, II, 185 ss.