

Giovanni Orlandini

Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro

Diritto del Lavoro

NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI,
INTEGRATI E TRANSNAZIONALI

Collana fondata da Giuseppe Pera
Diretta da Franco Liso, Luca Nogler
e Silvana Sciarra

FRANCOANGELI



Collana fondata da Giuseppe Pera

*Diretta da Franco Liso, Luca Nogler e
Silvana Sciarra*

Comitato scientifico: Maria Vittoria Ballestrero (Università di Genova) – Nicola Countouris (University College London) – Riccardo Del Punta (Università di Firenze) – Maximilian Fuchs (Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt) – Sir Bob Hepple, QC, FBA, (University of Cambridge) – Antonio Lo Faro (Università di Catania) – Mario Napoli (Università Cattolica del Sacro Cuore) – Magdalena Nogueira Guastavino (Universidad Autónoma de Madrid) – Paolo Pascucci (Università di Urbino) – Roberto Pessi (Università Luiss Guido Carli) – Roberto Romei (Università di Roma 3) – Valerio Speciale (Università di Pescara) – Quanxing Wang (Shanghai University of Finance and Economics)

I contributi pubblicati sono sottoposti a referaggio anonimo "double blinde"

Con l'integrazione innescata dalla globalizzazione dei mercati economici e finanziari, il diritto del lavoro è entrato dovunque in una fase di ripensamento dei propri presupposti sistematici e valoriali. I sistemi nazionali tendono a integrarsi in quelli sovranazionali e si affermano nuove relazioni transnazionali, che richiedono di essere individuate, analizzate e regolamentate con strumenti vincolanti e non.

La prestigiosa Collana di diritto del lavoro, già diretta dall'indimenticato Giuseppe Pera, viene così riattivata in un contesto che presenta forti elementi di novità, sia dal punto di vista dei fenomeni regolati, sia delle risposte regolative, sia della metodologia d'analisi.

La Collana, aperta a contributi relativi a tutti i sistemi giuridici, intende favorire il confronto con le nuove prassi internazionali e con l'analisi economica, nella prospettiva di misurare le conseguenze delle diverse scelte regolative. I direttori auspicano che il confronto tra sistemi nazionali di diritto del lavoro possa essere il frutto di analisi comparate metodologicamente corrette, aperte all'analisi del contesto socio-economico, culturale e antropologico di riferimento.

Nella consapevolezza che il diritto del lavoro oggi non possa prescindere da un dialogo sistematico con le altre discipline giuridiche, né da un confronto con l'evoluzione del pensiero giuridico nel contesto europeo e "mondiale", la Collana intende ospitare contributi di studiosi non solo italiani ed è aperta alla prospettiva di pubblicazioni in lingue diverse. Per raggiungere questi obiettivi, la Collana ospita nel comitato scientifico studiosi di varie nazionalità, in modo che siano rappresentate le culture accademiche delle differenti parti del pianeta.

La Collana vuole, inoltre, contribuire a un'esigenza di rinnovamento che è ormai ampiamente avvertita nell'accademia italiana e dedica la massima attenzione alla verifica della qualità dei prodotti scientifici, utilizzando rigorosi criteri di valutazione.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio "Informatemi" per ricevere via e.mail le segnalazioni delle novità.

Giovanni Orlandini

Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro

**Diritto
del Lavoro**

NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI,
INTEGRATI E TRANSNAZIONALI

FRANCOANGELI

Volume pubblicato con il contributo del Dipartimento di Scienze politiche e internazionali dell'Università degli Studi di Siena.

Grafica della copertina: Elena Pellegrini

Copyright © 2013 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

a Gerardo ed Evelina

Indice

Premessa	pag.	11
1. Dumping sociale e distacco transnazionale nell'ambito del mercato dei servizi	»	13
1. All'origine del <i>dumping</i> sociale: la rivoluzione silenziosa del mercato dei servizi	»	13
2. La tutela dei lavoratori come "ragione imperativa d'interesse generale"	»	17
3. Il test di proporzionalità e la "riemersione" del principio della parità di trattamento tra lavoratori stranieri e nazionali	»	21
4. La direttiva 96/71/CE: dall'"interesse generale" all'"ordine pubblico" come principio regolatore del mercato del lavoro	»	26
5. I vincoli posti dalla direttiva 96/71 all'applicabilità dei contratti collettivi: le sentenze <i>Laval</i> e <i>Rüffert</i>	»	31
5.1. segue: i contratti collettivi ed il limite dell'ordine pubblico nella sentenza <i>Commissione c. Lussemburgo</i>	»	36
6. La direttiva 96/71 come fonte speciale di diritto internazionale privato	»	38
7. Mercato unico e tutela del lavoro dopo Lisbona: principi nuovi ed equilibri vecchi	»	43
8. L'azione sindacale nel mercato dei servizi: un diverso bilanciamento è possibile?	»	49
8.1. Un approccio alternativo al problema del rapporto tra autonomia collettiva e libertà di mercato	»	53

2. Le condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori distaccati in Italia	pag.	62
1. Introduzione	»	62
2. L'ambito di applicazione della disciplina: la nozione di lavoratore distaccato	»	63
2.1. segue: le tre ipotesi di distacco transnazionale	»	65
3. Le disposizioni di legge applicabili ai lavoratori distaccati	»	67
4. Retribuzione e ruolo dei contratti collettivi	»	70
5. Obblighi di contribuzioni a fondi previdenziali contrattuali e iscrizione alle casse edili	»	74
6. I vincoli imposti nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici	»	77
7. Il regime della responsabilità solidale: un puzzle di norme di ardua soluzione	»	80
8. La somministrazione transnazionale	»	86
9. L'impatto della dottrina <i>Laval</i> nella prassi sindacale italiana	»	89
3. La tutela dei diritti dei lavoratori distaccati: strumenti di controllo e di contrasto agli abusi	»	94
1. Introduzione	»	94
2. Le misure adottabili per garantire l'applicazione della direttiva 96/71 secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia	»	96
3. Gli obblighi di preventiva comunicazione di distacco: i distacchi dei lavoratori europei	»	101
3.1. segue: ...ed i distacchi di lavoratori di Stati terzi	»	103
4. Obblighi di documentazione dell'impresa straniera ed esercizio dei poteri ispettivi	»	106
4.1. segue: gli obblighi di documentazione gravanti sull'utilizzatore "italiano"	»	108
5. Contestazione delle infrazioni e regime sanzionatorio applicabile al datore straniero	»	111
6. Illegittimità del distacco e sua sanzionabilità	»	114
7. Uno scenario in evoluzione: la proposta di direttiva della Commissione	»	117
7.1. segue: le condizioni di legittimità del distacco ed il contrasto agli abusi	»	120
7.2. segue: i poteri di controllo ed il vincolo solidale	»	123

4. Le clausole sociali nell'ordinamento dell'UE	pag. 128
Introduzione	» 128
<i>Parte I – Clausole sociali negli appalti pubblici e distacco transnazionale (il caso Rüffert)</i>	
1. Alle origini della sentenza <i>Rüffert</i> : le clausole sociali nell'ordinamento tedesco	» 129
2. L'incompatibilità delle clausole sociali con la direttiva 96/71 e con i principi del mercato interno	» 132
3. Gli effetti della sentenza <i>Rüffert</i> negli ordinamenti nazionali alla luce del caso tedesco	» 135
<i>Parte II – Vincoli sociali e apertura dei mercati nella normativa europea sugli appalti pubblici</i>	
1. La direttiva 2004/18 in materia di appalti pubblici: finalità e base giuridica	» 138
2. Le condizioni di lavoro da rispettare nel luogo di esecuzione dell'appalto	» 141
3. Le “considerazioni sociali” come criteri di aggiudicazione e condizioni di esecuzione degli appalti pubblici	» 144
4. I casi <i>Commissione c. Germania</i> e <i>Fair Trade</i> : l'apparente discontinuità nella giurisprudenza della Corte di giustizia	» 147
5. La riforma della direttiva appalti: un'occasione mancata in partenza?	» 151
6. La Convenzione OIL 94 ed i vincoli del mercato interno	» 156
<i>Parte III – Le clausole sociali di riassunzione: quali indicazioni dalla giurisprudenza sui servizi aeroportuali?</i>	
1. Clausole di riassunzione e mercato dei servizi: il caso dei servizi aeroportuali	» 161
2. La tutela dell'occupazione nel mercato interno	» 163
3. Clausole di riassunzione, obblighi di confronto sindacale e tutela delle libertà economiche	» 166
4. Dai servizi “liberalizzati” agli appalti pubblici	» 169
5. Le clausole sociali nell'ordinamento italiano alla prova delle regole di mercato	» 173
1. La clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori: sua legittimità costituzionale	» 173

2. La nuova regolazione della clausola sociale nel Codice dei contratti pubblici	pag. 176
3. La selezione del CCNL applicabile nella giurisprudenza amministrativa sui pubblici appalti: l'orientamento prevalente	» 180
3.1. segue: ed i timidi segnali di apertura alla logica di mercato	» 183
4. La selezione del CCNL applicabile nella giurisprudenza amministrativa sui servizi aeroportuali: la piena apertura alla logica di mercato	» 185
5. Le clausole di riassunzione alla luce dei principi costituzionali	» 191
6. Tutela dell'occupazione ed esigenze dell'impresa nella giurisprudenza amministrativa sulle clausole di riassunzione	» 195
6.1. segue: e negli atti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici	» 201
7. Osservazioni conclusive	» 204
Indice bibliografico	» 207

*Premessa**

Il presente lavoro giunge a completamento di un percorso di ricerca che nel corso degli ultimi anni mi ha portato ad analizzare i diversi piani di incidenza dell'integrazione del mercato interno dei servizi sui sistemi di diritto del lavoro e di relazioni industriali nazionali. Dai miei precedenti scritti traggio spunto per approfondire e sviluppare tematiche in parte in essi non trattate, in parte oggetto di successivi processi evolutivi che meritano ulteriore attenzione.

Nel capitolo introduttivo si intende evidenziare come l'"infiltrazione" delle regole del mercato nei sistemi di diritto del lavoro nazionali sia stata determinata sia dall'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alla libera prestazione dei servizi da parte della Corte di giustizia, sia dalla scelta "politica" delle istituzioni dell'UE di limitare la possibilità per gli Stati membri di difendere il mercato del lavoro dal *dumping* sociale. Una scelta concretizzatasi nella direttiva 96/71/CE sul distacco transnazionale dei lavoratori, che ha amplificato le dinamiche di concorrenza deregolativa tra ordinamenti prodotte dall'allargamento ad est dell'Unione.

Il confronto tra il quadro di regole poste dal diritto dell'UE e la normativa italiana di recepimento della direttiva 96/71 (d.lgs. n. 72/2000) imporrà nel secondo capitolo di prospettare una lettura adeguatrice di quest'ultima, necessaria per non riconoscerne la contrarietà alle prime. Il legislatore italiano si è infatti mosso in una logica di protezione del proprio mercato del lavoro incompatibile con l'evoluzione del processo d'integrazione del mercato dei servizi. L'elemento di maggior criticità della regolazione italiana del fenomeno del distacco transnazionale si coglie però nel fatto che ad una simile logica si è contraddittoriamente associata l'assenza di attenzione rispetto all'esigenza di garantire l'effettività dei diritti dei lavoratori stranieri temporaneamente presenti sul territorio nazionale. È quanto emerge dall'analisi condotta nel terzo capitolo, nel quale si rileverà come non siano stati sfruttati gli spazi pur concessi dal diritto dell'UE per adottare misure

* Sono particolarmente grato ai due anonimi Lettori del mio lavoro, che mi hanno fornito utili spunti critici di riflessione. Su alcune questioni che ho cercato di approfondire alla luce di tali spunti ho ritenuto comunque di mantenere inalterato il mio personale punto di vista.

di controllo sulle condizioni di lavoro dei lavoratori stranieri distaccati in Italia e per contrastare l'utilizzo fraudolento del distacco finalizzato all'elusione della normativa lavoristica.

Nella seconda parte del libro si evidenzierà come l'integrazione del mercato dei servizi incida sulla normativa di tutela del lavoro nazionale al di là dello stretto ambito di applicazione della disciplina del distacco transnazionale. La questione si pone in particolare con riferimento alla regolazione delle procedure di appalto pubblico, posto che sulle disposizioni del Trattato che tutelano la libera prestazione dei servizi si fonda anche la direttiva 2004/18/CE contenente la disciplina quadro in materia. Tenendo conto di quanto previsto in tale direttiva, nel quarto capitolo ci si interrogherà sui margini concessi dal diritto dell'UE all'utilizzo delle c.d. clausole sociali nelle procedure di aggiudicazione degli appalti; ciò con riferimento sia alle c.d. clausole di "prima generazione" (strumento di contrasto alla concorrenza giocata sul costo del lavoro), sia a quelle di "seconda generazione" (strumento di tutela della stabilità dell'occupazione).

La Corte di giustizia ha negato la possibilità di imporre il rispetto delle prime alle imprese aggiudicatarie stabilite all'estero. La censura sulle seconde ha riguardato invece la normativa (italiana e tedesca) relativa alla liberalizzazione dei servizi aeroportuali. Si tratta di capire se ed in che misura gli effetti di tale giurisprudenza si ripercuotano sulla disciplina generale degli appalti, in Italia dettata dal Codice dei contratti pubblici del 2006 (d.lgs. n. 163/2006). All'analisi di tale fonte normativa e del modo con cui è interpretata dalla giurisprudenza amministrativa è dedicato il capitolo finale del libro. Il che permetterà di far emergere il modo (di nuovo) affatto peculiare con cui l'ordinamento italiano si confronta con la necessità di ripensare i propri tradizionali istituti lavoristici per renderli compatibili con i vincoli posti da un mercato aperto e in libera concorrenza.

Sia la materia del distacco transnazionale che quella degli appalti pubblici sono oggetto di proposte di direttive che si iscrivono nell'insieme di iniziative annunciate dalla Commissione europea nel suo "*Atto per il mercato unico*" del 2011 per portare a completamento il processo d'integrazione del mercato. I tempi di pubblicazione del presente volume non hanno consentito di attenderne la definitiva approvazione. Vista la loro rilevanza per i temi in esame, tali proposte saranno comunque oggetto di analisi critica, condotta tenendo conto delle significative modifiche ad esse apportate nel corso dell'*iter* legislativo rispetto alla versione originaria adottata dalla Commissione.

1. Dumping sociale e distacco transnazionale nell'ambito del mercato interno dei servizi

1. All'origine del *dumping* sociale: la rivoluzione silenziosa del mercato dei servizi

Quando Federico Mancini formulò il suo famoso giudizio sulla “frigidità sociale” della Comunità europea molto era già cambiato rispetto al contesto originario nel quale il Trattato CE era stato adottato¹. In realtà i padri fondatori erano tutt'altro che privi di sensibilità sociale. Il Trattato di Roma è firmato nel pieno della *Golden Age* del *Welfare State* grazie alla quale ha preso forma il c.d. modello sociale europeo. Siamo alla fine degli anni cinquanta, un'epoca nella quale tutti i governi europei, anche quelli conservatori, erano orientati ad adottare politiche *pro-labour*².

L'attribuzione di funzioni meramente economiche alla Comunità Europea, con la conseguente riserva agli Stati nazionali di quelle sociali, non era in contraddizione con tali politiche, ma rispondeva alla convinzione che fosse possibile tenere separati i due ambiti di competenza; e che anzi ciò fosse funzionale alla realizzazione delle politiche di *welfare* a livello nazionale³. La realizzazione del mercato comune avrebbe comportato quello sviluppo e progresso economico condizione per permettere ai Governi degli Stati membri di tutelare e dare sostanza ai diritti sociali sul piano nazionale. Per questo motivo la CE fu concepita secondo un modello rigidamente duale: alla Comunità il compito di creare un mercato comune e di tutelare le libertà economiche che lo rendono realizzabile, agli Stati quello di adottare le politiche sociali e di garantire i diritti che di queste costituiscono il presupposto⁴.

¹ Mancini, 1988, 26.

² Per tutti si rinvia al già classico Judt, 2005, spec. 360 ss.

³ Giubboni, 2003, 65 ss.

⁴ Joerges, 2005, 471; Ferrera, 2005, 92, che richiama la famosa formula di Gilpin, 1987, 355 “*Smith abroad, Keynes at home*”.

Alarcón Caracuel, sovvertendo il giudizio manciniano, ha colto una sorta di “*marxismo preterintenzionale*” in questo peculiare rapporto tra struttura economica sovranazionale e sovrastruttura sociale lasciata nelle mani del potere politico nazionale⁵. Ma in realtà non fu né il pensiero marxista né quello liberale neo-classico ad influire sulla scelta originaria in merito alla struttura da dare alla CE. Più convincente piuttosto la posizione di Christian Joerges che identifica nelle idee economiche ordo-liberali della scuola di Friburgo l’orizzonte teorico che giustificò la scelta di dare alla CE la caratteristica di Comunità di mercato definita nel Trattato di Roma⁶. Presupposto ideologico della costruzione europea stava tutto nella convinzione che non vi fosse contraddizione né contrasto alcuno tra l’esercizio delle libertà economiche sul piano sovranazionale e la tutela dei diritti sociali sul piano nazionale. E la conciliazione tra questi due piani è riassunta nell’idea di “*economia sociale di mercato*”, concetto sviluppato appunto dagli studiosi tedeschi della scuola di Friburgo.

Questa convinzione ha cominciato ad incrinarsi già nel corso degli anni settanta, a fronte delle crisi economiche che hanno segnato la fine della fase espansiva delle economie occidentali. È in questi anni che la CE inizia ad abbandonare la logica “*astensionista*” in ambito sociale e adotta una serie di direttive (in materia di licenziamenti collettivi, di trasferimento d’azienda e di insolvenza del datore) che hanno avuto un’incidenza di estremo rilievo sui sistemi nazionali. Ma la logica che ispira il legislatore europeo in questa fase del processo d’integrazione è ancora quella originaria⁷, tant’è che il fondamento giuridico di quelle direttive sta nella norma di chiusura del Trattato CE finalizzata a garantire l’armonizzazione delle condizioni di mercato (il “*vecchio*” articolo 235). Insomma, se l’oggetto dell’intervento delle istituzioni europee sono i diritti dei lavoratori, il fine resta sempre l’integrazione del mercato e la tutela della concorrenza⁸.

Bisogna aspettare la fine degli anni ottanta perché l’idea di tener separato il piano delle politiche sociali nazionali da quello del mercato europeo riveli definitivamente la sua natura illusoria. Bisogna aspettare cioè che, proprio per rispondere ai problemi posti dal nuovo scenario dell’economia “*globalizzata*”, il processo d’integrazione del mercato interno entri in una nuova fase che porterà alla sua piena realizzazione. Questa fase è inaugurata dal Libro Bianco sul completamento del mercato interno di Jacques Delors del 1985⁹, preludio dell’Atto Unico Europeo del 1987, ma è stata la

⁵ Alarcón Caracuel, 2000, 607.

⁶ Joerges, 2005, 461 ss.

⁷ Logica definita “*funzionalista*” da D’Antona, 1996, 22.

⁸ Sciarra, 2009, 9.

⁹ Commissione CE, *Il completamento del mercato interno: Libro Bianco della Commissione per il Consiglio europeo*, COM(85)310 def., 28-29.6.1985.

“rivoluzione silenziosa”¹⁰ compiuta dalla Corte di giustizia negli anni precedenti a rendere possibile il compimento del processo. Grazie al principio dell’“effetto diretto” prima e del “mutuo riconoscimento” poi, le libertà economiche diventano un formidabile strumento di disarticolazione del potere degli Stati membri di controllare e regolare i mercati nazionali e l’integrazione del mercato interno inizia ad erodere la sovranità nazionale in qualsiasi materia la cui regolazione sia capace di influenzarne il funzionamento¹¹.

Quando la rivoluzione silenziosa ha investito il mercato dei servizi questi effetti si sono concretizzati nel modo più evidente, incidendo profondamente sui sistemi di protezione sociale nazionali. Momento di svolta nella giurisprudenza della Corte di giustizia è segnato dalla sentenza *Säger* nella quale la Corte abbandona l’originaria lettura della libertà di prestazione dei servizi riconosciuta dall’art. 49 TCE (attuale 56 TFUE)¹² come *status* che impone la sola 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, anche se questi derivano dall’applicazione di misure indistintamente applicabili a imprese nazionali e straniere¹³. Da questo momento le norme di protezione sociale vigenti nello Stato

¹⁰ Il riferimento è alla celebre espressione (“*quite revolution*”) coniata da Weiler, 1994, 510.

¹¹ Momento di svolta nel processo d’integrazione del mercato interno è notoriamente individuato nelle sentenze Cgce, 11.7.1974, *Dassonville*, causa C-8/74 e Cgce 16.12.1976, *Rewe Centrale* (“*Cassis de Dijon*”), causa C-120/78, con le quali la Corte associa il principio del mutuo riconoscimento all’esercizio della libertà di circolazione delle merci. Tra i primi ad affrontare il tema dell’impatto del diritto comunitario della concorrenza e del mercato sulle politiche sociali e del lavoro nazionali, Lyon Caen G., 1992, 313 ss. e Davies P., 1994, 49 ss.; in Italia, Roccella, 1997, spec. 25 ss.

¹² La libertà di prestare e ricevere “servizi” nel diritto dell’UE ha una valenza residuale rispetto alle altre libertà, dovendosi considerare “servizi” “*le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolati dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone*” (così, testualmente, l’art. 57, par. 1 TFUE). La Corte di giustizia ha contribuito ad ampliare la nozione di servizio comprendendovi anche prestazioni che implicano una prolungata presenza sul territorio di uno Stato membro, posto che “*il carattere temporaneo dell’attività dev’essere valutato non soltanto in rapporto alla durata, ma anche tenendo conto della frequenza, periodicità o continuità della stessa [...] e non esclude la possibilità per il prestatore di servizi [...] di dotarsi nello Stato ospitante di una determinata infrastruttura (ivi compreso un ufficio o uno studio) se questa infrastruttura è necessaria al compimento della prestazione di cui trattasi*” (Cgce, 11.11.2003, *Schnitzer*, causa C-215/01, punto 28).

¹³ Cgce, 25.7.1991, *Säger*, causa C-76/90, punto 12, dove si legge che “*l’art.59 del Trattato [ora 56 TFUE] prescrive non solo l’eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa di applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o ostacolare in altro*

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 d'origine).

Il principio del "paese d'origine", variante lessicale del principio del mutuo riconoscimento¹⁴, viene così posto dai giudici di Lussemburgo a fondamento del processo d'integrazione del mercato dei servizi. Tale principio implica una presunzione "relativa" di contrarietà al diritto dell'UE di qualsiasi norma nazionale che renda più oneroso l'esercizio della libera prestazione di servizi da parte di chi è stabilito in un altro Stato membro. Per dimostrare la legittimità della normativa nazionale, allo Stato ospitante è infatti rimessa la prova in merito al fatto che essa trovi il suo fondamento in una "*ragione imperativa di pubblico interesse*" compatibile con il diritto dell'UE, e che tale ragione non porti a comprimere in maniera "sproporzionata" l'altrui libertà economica¹⁵.

Il controllo della Corte di giustizia sugli ostacoli alla libera prestazione dei servizi passa dunque dall'applicazione del c.d. test di proporzionalità, assunto a meta-principio regolatore del funzionamento del mercato interno¹⁶. Esso si articola in un duplice momento. Il primo, teso a verificare se la misura che ostacola la libertà economica sia adeguata al fine d'interesse pubblico perseguito (c.d. test di idoneità o adeguatezza); il che non è se tale interesse è già tutelato da analoghe misure nel paese di stabilimento. Il secondo finalizzato ad escludere l'adottabilità di misure meno restrittive della libertà economica sulla quale si incide (c.d. test di necessità o di proporzionalità in senso stretto)¹⁷.

Come osserva Loïc Azoulay, per effetto di una simile riformulazione dei principi regolatori del mercato dei servizi, gli Stati sono chiamati a ripensare tutte le politiche nazionali in una prospettiva transnazionale; a ricontestualizzarle cioè tenendo sempre conto degli interessi di chi proviene da un altro Stato membro¹⁸. Questi interessi richiedono di essere considerati, alla luce del test di proporzionalità, in un giudizio di bilanciamento con i legiti-

modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi". Sul c.d. *Market Access Approach* inaugurato con la sentenza *Säger* cfr. ampiamente Barnard, 2010, 253 ss.

¹⁴ Così, Giubboni, 2012, 53.

¹⁵ Cgce, *Säger*, causa C-76/90, punto 15.

¹⁶ Sul principio di proporzionalità la più lucida e completa analisi resta quella di Tridimas, 2006, 136 ss.

¹⁷ Come si legge nella sentenza *Gebhard*, causa C-55/94, punto 37 va accertato se "*l'applicazione delle normative nazionali di uno Stato membro ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri [sia] idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento*".

¹⁸ Azoulay, 2008, 1342.

timi interessi pubblici perseguiti dallo Stato nel quale il servizio è prestato. Da tale “denazionalizzazione” del diritto interno non si sottrae nessun ambito dell’ordinamento nazionale, neppure le materie riservate dal TFUE all’esclusiva competenza degli Stati membri¹⁹.

Ciò vale naturalmente anche per i sistemi nazionali di diritto del lavoro, nel momento in cui essi configurino regole capaci di intralciare la prestazione di servizi da parte di imprese stabilite in un altro Stato membro. Il che può accadere quando tale prestazione è erogata attraverso il temporaneo distacco di lavoratori sul territorio dello Stato nel quale il servizio è prestato. La mobilità all’“interno dell’impiego”²⁰ diventa così il terreno sul quale possono prendere forma dinamiche di *dumping* sociale; dinamiche che l’ampliamento ad est dell’Unione ha contribuito ad amplificare.

2. La tutela dei lavoratori come “ragione imperativa d’interesse generale”

Con il caso *Rush Portuguesa* del 1990 per la prima volta la Corte di giustizia è chiamata ad inquadrare la fattispecie del distacco transnazionale nell’ambito delle disposizioni del mercato interno, per dedurne i limiti di esercizio della discrezionalità degli Stati nel regolarlo²¹. La controversia traeva origine dalla pretesa dell’*Office National d’Immigration* francese di imporre determinate condizioni di ingresso al mercato nazionale (possessione del permesso di lavoro e obbligo di assumere manodopera locale) ad un’impresa edile portoghese che utilizzava in Francia propri lavoratori in distacco in esecuzione di un appalto; pretesa fondata, se il distacco fosse stato ricondotto nell’ambito di applicazione della libera circolazione dei lavoratori, vigendo al momento della causa ancora il regime transitorio che da esso escludeva i lavoratori portoghesi.

La Corte di giustizia riconduce la fattispecie nell’ambito della libera prestazione di servizi in virtù di un argomento che acquista un rilievo fondamentale per il successivo sviluppo della regolazione della mobilità transnazionale del lavoro in Europa: le norme in materia di libera circolazione

¹⁹ Come si legge in Cgce, 16.5.2006, *Watts*, causa C-372/04, punto 147 a proposito all’organizzazione dei servizi sanitari, l’art. 152 TCE (attuale art. 168 TFUE), che riserva la materia agli Stati membri, “non esclude tuttavia che [questi] siano tenuti, a tenore di altre disposizioni del Trattato, come l’art. 49 TCE [...] ad apportare adattamenti al loro sistema di previdenza nazionale, senza peraltro che si possa ritenere che ne venga compromessa, in tal modo, la competenza sovrana in materia”.

²⁰ Così Lyon Caen A., 1991, 108 ss. per primo definisce la mobilità dei lavoratori che si fonda sull’esercizio di una prestazione di servizi del datore, per distinguerla dalla mobilità “verso l’impiego” regolata dall’art. 45 TFUE.

²¹ Cgce, 27.3.1990, *Rush Portuguesa*, causa C-113/89.

dei lavoratori non possono applicarsi a quelli distaccati perché “*tali lavoratori tornano [...] nel loro mercato d’origine dopo aver svolto il loro compito, senza mai accedere al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante*”²². Da ciò l’inammissibilità dei limiti posti al loro ingresso sul territorio francese.

A commento della sentenza, si è osservato come la sottrazione della mobilità all’interno dell’impiego dai principi e dalle regole relative alla libera circolazione dei lavoratori sia stata condizionata dal fatto del tutto contingente da cui la decisione della Corte è scaturita. Non potendosi all’epoca applicare l’art. 39 TCE ai lavoratori portoghesi, era gioco forza che si finisse per far ricorso all’art. 49 TCE²³. Da ciò la conclusione che, sul piano dei principi del mercato interno, sarebbe del tutto plausibile riportare il distacco transnazionale nell’alveo della libera circolazione dei lavoratori. L’argomento è suggestivo, ma non convince perché la Corte avrebbe ben potuto riconoscere come rilevante per la soluzione della causa l’art. 39 TCE, con la semplice conseguenza di ammettere (transitoriamente) la legittimità delle condizioni d’accesso al mercato richieste dalle autorità francesi. Se non l’ha fatto è perché la ricostruzione prospettata appare coerente con la configurazione delle libertà economiche, e con il fatto che l’ambito di applicazione dell’una non possa sovrapporsi a quello dell’altra. Il confine tra le due libertà è delimitato dalla titolarità del rapporto di lavoro, dal momento che, finché questa resta del datore straniero, le condizioni d’impiego e di lavoro imposte dallo Stato ospitante incidono necessariamente sull’esercizio della sua libertà di prestare servizi.

Con *Rush Portuguesa* la Corte chiarisce dunque che il problema della regolazione del rapporto di lavoro dei lavoratori distaccati va affrontato sul piano delle regole che sovrintendono al funzionamento del mercato dei servizi. Ed in tale prospettiva va inquadrato l’inciso nel quale viene precisato 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*

²² Cgce, ult. cit., punto 15. Da più parti è stato osservato che *Rush Portuguesa* rappresenterebbe una svolta nella giurisprudenza della Corte, fino ad allora orientata a considerare anche la mobilità “all’interno dell’impiego” espressione della libera circolazione dei lavoratori, e dunque riconducibile nell’ambito di applicazione dell’art. 39 TCE (45 TFUE) (Houwerzijl, 2005, 24; Dølvik, Visser, 2009, 495; Evju, 2009, 162); in realtà per la Corte il problema semplicemente non si era mai posto, essendo pacifico, prima della svolta operata dalla sentenza *Säger*, che anche i lavoratori distaccati in un altro Stato membro potessero beneficiare della parità di trattamento (così, Cgce, 4.4.1974, *Commissione c. Francia*, causa C-167/73 e 3.2.1982, *Seco*, cause C-62 e 63/81).

²³ Lo Faro, 2008, 71.

*datore di lavoro*²⁴. Inciso estraneo all'economia della sentenza, ma evidentemente dettato dalla volontà di rassicurare la Francia dal timore che la decisione potesse legittimare pratiche di *dumping* rese possibili dal più basso costo della manodopera portoghese.

Difficile dire se, nel fare una simile enunciazione di principio, la Corte si sia mossa nel solco della propria giurisprudenza che, come detto, fino ad allora aveva mantenuto fede all'approccio "antidiscriminatorio" nel censurare gli ostacoli alla prestazione di servizi. Fatto è che di lì a pochi mesi questa affermazione ha dovuto fare i conti con il superamento di tale approccio ed è diventato necessario giustificarla alla luce del test di proporzionalità; operazione tutt'altro che agevole, come dimostrano le contraddizioni e le aporie che da subito sono emerse nella giurisprudenza della Corte di giustizia che si è confrontata con il problema.

Nella prima occasione nella quale è stata chiamata a chiarire il fondamento e la portata del principio enunciato nella sentenza *Rush Portuguesa*²⁵, la Corte si è raccordata con i propri risalenti precedenti nei quali aveva già riconosciuto che tra le ragioni imperative d'interesse pubblico (o "generale")²⁶ capaci di comprimere l'esercizio di una libertà economica vi fosse la tutela dei lavoratori²⁷. Si tratta però di una deduzione problematica da giustificare, perché presuppone si dia una risposta alla domanda formulata da Paul Davies con la sua consueta lucidità: "*Should it not be for the home State to impose upon 'its' employers an obligation to meet host State standards, if the justification for such rules is the protection of home state workers?*"²⁸. La risposta passerebbe dall'ovvia considerazione che lo Stato ospitante non intende affatto tutelare i lavoratori stranieri per improbabili finalità "solidaristiche", ma è mosso dalla finalità di difendere il mercato del lavoro nazionale dalla concorrenza da parte di imprese che beneficiano di un più basso costo del lavoro e di norme meno rigide di tutela.

Questo fine, per la sua natura economica, non è però compatibile con i principi del mercato interno. Lo ha ribadito più volte la stessa Corte di giustizia, ricordando come "*misure che costituiscono una restrizione alla libera prestazione di servizi non possono essere giustificate da obiettivi di natura economica, come la protezione delle imprese nazionali*"²⁹. Dal che se

²⁴ Cgce, *Rush Portuguesa*, causa C-113/89, punto 18.

²⁵ Cgce, 23.11.1999, *Arblade*, cause C-369 & 376/96.

²⁶ Nella giurisprudenza in materia di libera prestazione di servizi i due termini sono utilizzati come sinonimi e trovano la loro corrispondenza nella nozione di "ragioni oggettive" utilizzata dalla Corte con riferimento alla libera circolazione dei lavoratori (tra le altre, cfr. Cgce, 23.5.1996, *O'Flynn*, causa C-237/94).

²⁷ Così già dalla sentenza Cgce, 17.12.1981, *Webb*, causa C-279/80.

²⁸ Davies P., 2002, 302.

²⁹ Cgce, 25.10.2001, *Finalarte*, cause C-49/98, 50/98, 52-54/98, 58/98 & 68-71/98, punti