

Massimiliano Delfino

Ultima direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori e trasposizione in Italia nel prisma del bilanciamento degli interessi*

Sommario: **1.** La Corte di giustizia e la “libera prestazione di servizi su base equa”. **2.** Il bilanciamento con i diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello di Unione. **3.** La centralità dell’ordine pubblico nella determinazione dei “costi” e dei “benefici” del distacco. **4.** La via italiana alla trasposizione delle direttive europee sul distacco transnazionale. **5.** La questione dei contratti collettivi e il nodo della retribuzione.

1. La Corte di giustizia e la “libera prestazione di servizi su base equa”

In questa sede non si intende ripercorrere la storia e le ragioni che hanno portato ad approvare la direttiva 2018/957 del 28 giugno 2018, che regola da ultimo il distacco di lavoratori nell’ambito della prestazione di servizi – fenomeno in aumento nell’Unione¹ – né analizzare nel dettaglio tutte

* Questo contributo sarà pubblicato anche in CORTI (a cura di), *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale europea*, Vita e pensiero, 2021.

¹ Secondo i dati disponibili nel 2014 i lavoratori distaccati nell’Unione erano oltre 1,9 milioni (pari allo 0,7% della forza lavoro totale dell’UE), con un aumento del 10,3% rispetto al 2013 e del 44,4% rispetto al 2010. In sintesi, un fenomeno piuttosto limitato sui dati complessivi della forza lavoro anche se in rapido aumento. Per quanto riguarda le ragioni di questo crescente utilizzo del distacco, uno studio – Eurofound, *Fraudulent contracting of work: Abusing the posting of workers (Belgium, Finland and Italy)*, Eurofound, Dublin, 2017 – indica i seguenti: 1) la maggiore concorrenza sul mercato; 2) la difficoltà di trovare lavoratori con competenze adeguate. La concorrenza sul mercato richiede una riduzione dei costi, in particolare la riduzione del costo del lavoro. L’esistenza di differenziali nei tassi di sicurezza sociale negli Stati membri dell’Unione potrebbe indurre le imprese, in particolare nei settori ad alta intensità di manodopera come

le previsioni della fonte secondaria. Invece l'obiettivo è esaminare la più recente normativa (europea e italiana) sul distacco transnazionale dei lavoratori nell'ottica del contemperamento fra interessi contrapposti. A tal fine, è utile partire da alcune affermazioni contenute nelle sentenze della Corte di giustizia *Ungheria e Polonia*² che faranno da filo conduttore del presente contributo. È opportuno prendere le mosse da quanto detto da entrambe le pronunce (ed anticipato nel preambolo della fonte europea), e cioè che l'ultima direttiva garantisce la libera prestazione di servizi su base equa, affermazione che rende appieno l'idea del bilanciamento alla base delle direttive 1996/71 del 16 dicembre 1996, 2014/67 del 15 maggio 2014 e 2018/957. Infatti, a giudizio della Corte, tali fonti mirano “a conciliare due interessi, ossia, da un lato, garantire alle imprese di tutti gli Stati membri la possibilità di fornire prestazioni di servizi nell'ambito del mercato interno distaccando lavoratori dello Stato membro in cui esse sono stabilite verso lo Stato ... in cui ... effettuano le loro prestazioni e, dall'altro, tutelare i diritti dei lavoratori distaccati”³. Le modifiche della direttiva 96/71 vanno nella direzione di accrescere i diritti dei lavoratori distaccati, come ad esempio il riconoscimento della parità di trattamento in tema di retribuzione e non più soltanto di minimi salariali⁴. Ciò si è rivelato necessario perché dal 1996 in poi si è verificato l'ingresso nel “mercato delle imprese di Stati membri nei quali, generalmente, erano applicabili condizioni di lavoro e di occupazione lontane da quelle ... [previste] negli altri Stati membri”⁵. L'ampliamento delle tutele dei lavoratori distaccati non passa attraverso il riconoscimento di diritti identici a quelli dei lavoratori delle imprese dello Stato di stabilimento, di modo che la libera concorrenza nel mercato comune sembra essere garantita dal

l'edilizia, a utilizzare lavoratori distaccati (generalmente provenienti dagli Stati membri centrali dell'UE) al fine di beneficiare di contributi previdenziali inferiori e per diventare più competitivi.

² Rispettivamente, C. Giust. 8 dicembre 2020, C-620/18, *Ungheria c. Parlamento europeo* e C. Giust. 8 dicembre 2020, C-626/18, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*.

³ Sentenza *Ungheria*, punto 50.

⁴ La Corte afferma che “né la sostituzione della nozione di ‘tariffe minime salariali’ con quella di ‘retribuzione’, all'articolo 3, paragrafo 1, primo comma, lettera c), della direttiva 96/71 modificata, né l'applicazione ai lavoratori distaccati delle condizioni di lavoro e di occupazione dello Stato membro ospitante relativamente al rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio dei lavoratori lontani dal loro domicilio per motivi professionali finiscono per porre questi ultimi in una situazione identica o analoga a quella dei lavoratori impiegati da imprese stabilite nello Stato membro ospitante”: sentenza *Ungheria*, punto 148.

⁵ Sentenza *Ungheria*, punto 62.

fatto che la direttiva del 2018 non ha “effetto sugli altri elementi dei costi delle imprese che distaccano simili lavoratori, quali la [loro] produttività o ... efficienza”⁶. Insomma, la Corte di giustizia sottolinea che il rispetto del principio di libera concorrenza è garantito perché la competizione non si fa soltanto attraverso le differenziazioni in tema di condizioni di lavoro e occupazione, a partire da quelle salariali, ma anche sulla base degli altri elementi ricordati nella sentenza in grado di incidere sui costi imprenditoriali e in virtù degli altri profili riportati nel considerando 16 della direttiva del 2018, ovvero il livello d’istruzione e di competenza della forza lavoro, la qualità dei loro beni e servizi, nonché lo stadio di innovazione degli stessi. Inoltre, come sottolinea sempre la Corte⁷, l’ultima direttiva non riconosce la parità di trattamento fra lavoratori distaccati e dipendenti delle imprese dello Stato ospitante con riguardo a tutte le condizioni d’impiego e d’occupazione, ma appunto soltanto a quelle indicate dal (nuovo) art. 3.1, dir. 96/71, fra le quali spiccano la retribuzione e il rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio dei lavoratori lontani dal loro domicilio per motivi professionali.

In altre parole, da quanto detto dai giudici di Lussemburgo sembra potersi ricavare che la direttiva 96/71, modificata nel 2018, garantisce un certo equilibrio fra alcuni valori meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento sovranazionale. È innegabile infatti che le misure previste dalla fonte secondaria europea abbiano una coloritura protezionistica⁸ – derivante dalla circostanza che l’art. 3.1, imponendo agli Stati membri di applicare “ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie elencate” previste dalla legislazione e dalla contrattazione collettiva interne – garantisce l’applicazione della disciplina nazionale su alcune materie fondamentali quali la retribuzione e impedisce così alle imprese estere distaccanti, soprattutto da alcuni Stati membri ove le tutele dei lavoratori sono generalmente ridotte, di sfruttare il minor costo del lavoro rispetto alle imprese italiane. Tuttavia, l’effetto protezionistico appare secondario rispetto ad altre esigenze, come anzitutto il principio di parità di trattamento considerato un valore rilevante anche per l’ordinamento dell’Unione.

⁶ Sentenza *Ungheria*, punto 128.

⁷ Sentenza *Polonia*, punto 50.

⁸ ZOPPOLI I., *Questioni semantiche e percorsi di mondialisation alla luce della Direttiva UE 2018/957*, in GARGIULO, RANIERI (a cura di), *Protezionismo e diritto del lavoro. Spunti di riflessione*, in *Quad. di q. Rivista*, 2020, 9, p. 184.

2. *Il bilanciamento con i diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello di Unione*

Nella prospettiva scelta l'altro elemento (più o meno) simbolico nelle modifiche alla direttiva distacco approvate nel 2018 è il riferimento contenuto nell'art. 1, par. 1 *bis*, dir. 96/71, secondo il quale la fonte secondaria "non pregiudica in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello di Unione, compresi il diritto o la libertà di sciopero o il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali. Essa non pregiudica neppure il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi, o di intraprendere azioni collettive in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali". Queste affermazioni vanno nella direzione del bilanciamento fra valori messo in evidenza dalle sentenze della Corte di giustizia prima richiamate e rappresentano il contraltare di quanto affermato dalla medesima Corte nel quattetto *Laval* e più recentemente nella pronuncia *Iraklis*⁹. L'idea è che, nonostante la direttiva abbia la sua base giuridica nella libera circolazione dei servizi e non nell'art. 153 Tratt. Funz. UE, non va dimenticata l'operatività della Carta dei diritti fondamentali e, in particolare, per quel che interessa in questa sede, dell'art. 28. Si è argomentato altrove¹⁰ che i diritti contenuti in quella norma della Carta, come lo sciopero e la serrata, avrebbero un'applicazione limitata *per tabulas* al solo livello sovranazionale, in quanto si tratta di situazioni, che, salvo modifiche delle norme del Trattato, non possono dar luogo ad un'attuazione del diritto dell'Unione, com'è confermato dall'art. 51, ultimo periodo del paragrafo 1 e paragrafo 2, della Carta¹¹, sì da risultare inapplicabili, almeno *prima facie*, agli ordinamenti interni.

In questa logica si è distinto fra gli effetti prodotti sull'ordinamento

⁹ Sul punto v. PALLINI, *La nuova disciplina del distacco transnazionale dei lavoratori tra diritto europeo e nazionale*, in *VTDL*, 2021, 1, p. 118.

¹⁰ Si consenta il rinvio a DELFINO, *La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi fondamentali*, in *q. Rivista*, 2014, p. 176 ss. e DELFINO, *Ancora sul campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali: Poclava vs Florescu?*, in *DLRI*, 2018, p. 183.

¹¹ Infatti, il *rispetto* dei diritti e l'osservanza dei principi da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione va fatto "nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione e nei trattati", in quanto la Carta "non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di fuori delle competenze, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati".

dell'Unione e quelli cagionati sugli ordinamenti degli Stati membri. Con riguardo all'ordinamento europeo, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione, richiamati nell'art. 51, devono rispettare i diritti, osservare i principi e promuoverne l'applicazione nell'esercizio delle competenze attribuitegli dai Trattati. E ciò vale principalmente, come d'altronde ha autorevolmente sostenuto la Commissione europea¹², per le istituzioni, gli organi e gli organismi che partecipano alla formazione del diritto dell'Unione, cosicché le previsioni contenute negli atti normativi secondari, indipendentemente dalla materia su cui vertono, non possono essere in contrasto con i diritti e i principi tutelati dalla Carta di Nizza¹³ e, comunque, nei casi dubbi vanno interpretati in conformità a quei diritti e a quei principi. Probabilmente ciò è avvenuto con la direttiva del 2018 che non è un caso contenga una norma del tenore di quella prima richiamata. In altre parole, l'art. 28 contribuisce a stimolare l'approvazione di norme secondarie che tengano conto di quanto in esso previsto. Eloquente è anche l'art. 2 della proposta di Regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi mai approvata¹⁴, secondo il quale “l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi sancite nel trattato rispetta il diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, così come l'esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, rispetta queste libertà fondamentali”. La formulazione di tale norma è diversa dall'omologa previsione del Regolamento 2679/98 del 7 dicembre 1998 sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri, antecedente sia alla giurisprudenza europea in materia di bilanciamento del diritto di sciopero e delle libertà fondamentali, sia al riconoscimento del valore vincolante alle norme della Carta di Nizza. Non è un caso, infatti, che, secondo quanto disposto dall'art. 2, il reg. 2679/98 “non può essere interpretato in modo tale da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il di-

¹² V. la Comunicazione, *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2010)573 final del 19 ottobre 2010.

¹³ La Comunicazione della Commissione del 2010 afferma infatti che gli atti giuridici della Commissione medesima, del Parlamento e del Consiglio “devono essere pienamente conformi alla Carta” (p. 3).

¹⁴ COM(2012) 130 final del 21 marzo 2012.

ritto o la libertà di sciopero”. E ciò senza che vi sia alcuna traccia del discorso del bilanciamento¹⁵.

Passando al piano degli ordinamenti nazionali, va ricordato che i diritti e i principi vanno rispettati o osservati anche nell’attuazione del diritto dell’Unione europea. E, in generale, questo riferimento non può essere inteso in senso restrittivo, e quindi non può significare che i diritti e i principi garantiti dalla Carta si applichino soltanto nel procedimento di attuazione riguardante l’istituto cui il diritto o il principio fa specificamente riferimento, ma devono essere rispettati nel momento in cui si procede ad attuare *tutte* le fonti secondarie dell’Unione e, principalmente, le direttive. Tuttavia, un discorso a parte va fatto proprio per il diritto di intraprendere azioni collettive di cui all’art. 28. Appare difficile sostenere che tale diritto debba essere assicurato anche nella trasposizione di direttive su istituti non presi in considerazione dalla norma della Carta, ma “a rischio di impatto” con il diritto in oggetto, come, ad esempio, il distacco transnazionale dei lavoratori. Infatti, stando alla lettera della spiegazione all’art. 51, visto che la Carta non può avere l’effetto di estendere le competenze dell’Unione “il rinvio alla Carta nell’articolo 6 del Trattato sull’Unione europea non può essere inteso come un’estensione automatica della gamma degli interventi degli Stati membri che vanno considerati ‘attuazione del diritto dell’Unione’”¹⁶. In altre parole, sulla base di questa spiegazione, l’assenza di competenza sovranazionale sembra impedire che il diritto di intraprendere azioni collettive sia direttamente

¹⁵ Mi pare che sul diritto all’azione collettiva di cui all’art. 28 non si possa dire molto di più, in considerazione del fatto che le spiegazioni all’art. 51 ribadiscono che la Carta non può avere l’effetto di ampliare le competenze e i compiti assegnati all’Unione, cosicché “i diritti fondamentali garantiti nell’Unione producono effetti solo nell’ambito delle competenze determinate dai trattati”. Sostengono invece l’irrelevanza delle spiegazioni del *Praesidium*, nonostante la lettera del preambolo della Carta dei diritti fondamentali (“la Carta sarà interpretata dai giudici dell’Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l’autorità del praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta”), SCIARRA, *Considerazioni conclusive. Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in CARUSO, MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”. *Collective Volumes* - 1/2011, p. 85 e BRONZINI, *Happy Birthday; il primo anno di “obbligatorietà” della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in CARUSO, MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali*, cit., p. 41, anche se tale autore riconosce che la Corte costituzionale italiana “nella ... sentenza n. 138/2010 sulle nozze gay ha utilizzato le spiegazioni come limite al riconoscimento del diritto” (nt. 38).

¹⁶ Spiegazioni relative all’art. 51, par. 3.

azionabile dai privati nella trasposizione del diritto dell'Unione, come accadrebbe nell'ipotesi in cui la normativa interna attuativa della direttiva sul distacco fosse in contrasto con l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali. Naturalmente, questo è un discorso teorico perché, come si vedrà, non può dirsi che sia riscontrabile un contrasto di tal genere tra la normativa italiana e il diritto riconosciuto da quella disposizione della Carta.

Diversa è la situazione, con riferimento agli ordinamenti interni, per il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi previsto sempre dall'art. 28, grazie al fatto che in materia c'è competenza dell'Unione. Di modo che se una normativa traspositiva della direttiva sul distacco violasse espressamente il diritto *de quo* sarebbe possibile per il giudice interno, sollecitato dal lavoratore, disapplicare la previsione nazionale non conforme alla stessa direttiva.

Comunque, a parte gli effetti dell'art. 28 sugli ordinamenti coinvolti, è molto evidente che l'idea del bilanciamento fra diritti e libertà fondamentali sposata dalla direttiva 2018/957 è in sintonia con il riconoscimento, nel 2009, alle norme della Carta dello stesso rango giuridico di quelle dei Trattati. Analoga sintonia è riscontrabile con il Pilastro europeo dei diritti sociali del 2017, che nel suo insieme è considerato come un elenco di diritti volto a rilanciare la politica sociale europea e a fungere da contraltare rispetto alle libertà fondamentali. Ovviamente, con un limite in più rispetto alla Carta dei diritti fondamentali, rappresentato dalla sua non vincolatività.

3. *La centralità dell'ordine pubblico nella determinazione dei "costi" e dei "benefici" del distacco*

C'è un altro profilo della direttiva (e della normativa di trasposizione) che appare centrale nel discorso che si sta qui conducendo in merito al bilanciamento fra interesse delle imprese e tutela dei lavoratori, sul quale non sono stati sciolti i dubbi rispetto alla versione originaria della fonte secondaria europea, ovvero la definizione delle "disposizioni" di ordine pubblico. Com'è noto, l'ordine pubblico è menzionato nell'articolo 3.10 della direttiva 96/71, secondo la quale, "la presente direttiva non osta a che gli Stati membri ... applichino alle imprese nazionali e a quelle di altri Stati membri, sulla base della parità di trattamento, condizioni di lavoro e di occupazione..., laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico".

È evidente che l'ordine pubblico dell'Unione è diverso dall'ordine pub-

blico internazionale e che, a seconda dell'opzione interpretativa scelta, potrebbe coincidere oppure no con l'ordine pubblico interno. Si fa riferimento in questo contesto ai contenuti dell'ordine pubblico con riguardo alla dimensione internazionale, ove le categorie di ordine pubblico non sono in conflitto tra loro. Lo dimostra una sentenza della Corte di Cassazione del 2017¹⁷, secondo la quale “il rapporto tra l'ordine pubblico dell'Unione e quello di fonte nazionale non è di sostituzione, ma di autonomia e coesistenza”.

Naturalmente, occorre tracciare i confini dell'ordine pubblico nazionale, soprattutto nell'interesse delle imprese, che hanno la necessità di conoscere il grado di tutela previsto per i lavoratori distaccati in Italia, ricordando che alla base della legislazione italiana abrogata nel 2016 vi era un concetto ampio di ordine pubblico comprensivo dell'intero sistema di norme imperative applicabili in Italia¹⁸. A prima vista, i principi fondamentali della Costituzione italiana potrebbero essere considerati disposizioni di ordine pubblico. E ciò sembra essere confermato anche dalla sentenza della Cassazione poc'anzi menzionata, che fa riferimento a “materie, come per esempio quella del lavoro ... che sono presidiate da un insieme di norme di sistema che attuano il fondamento della Repubblica”.

Tuttavia, la giurisprudenza in materia di ordine pubblico nel diritto del lavoro non è uniforme. Oltre alla suddetta pronuncia, altre decisioni hanno affermato che l'ordine pubblico è una nozione interna, da definirsi attraverso una clausola generale. In altre parole, l'ordine pubblico non è costituito né da singole norme imperative né da principi generali dell'ordinamento giuridico, né da disposizioni costituzionali. Alcuni giudici hanno sottolineato che la stabilità dell'occupazione è un valore che appartiene all'ordine pubblico italiano¹⁹. Al contrario, altre sentenze hanno affermato che l'ordine pubblico internazionale non corrisponde necessariamente all'ordine pubblico interno e che l'efficacia della legislazione straniera non può essere limitata ai soli casi in cui tale legislazione è più favorevole ai lavoratori rispetto a quella italiana. Ciò esclude la possibilità di confrontare i trattamenti complessivi dei lavoratori in ciascuno degli ordinamenti giuridici interessati²⁰. Secondo quest'ultima serie di sentenze, il giudice dovrebbe operare una di-

¹⁷ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017 n. 16601.

¹⁸ IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Giappichelli, 2018, p. 126.

¹⁹ Cass. 11 novembre 2002 n. 15822.

²⁰ Cass. 11 novembre 2000 n. 14662; Cass. 26 novembre 2004 n. 22332.

stinzione tra i principi fondamentali, che sono peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, e quelli che tale ordinamento ha in comune con gli altri ordinamenti interni, al fine di dichiarare inapplicabili solo le disposizioni nazionali straniere in contrasto con gli ultimi principi richiamati.

Pertanto, se si segue la prima serie di sentenze, i principi fondamentali nazionali e le previsioni legali di attuazione di tali principi sono applicabili ai lavoratori distaccati presso un'impresa stabilita in Italia. Ne sono un esempio l'art. 39, co. 1, Cost., che tutela la libertà sindacale e la legislazione attuativa in materia di diritti sindacali (organismi di rappresentanza sindacale, riunioni, ecc.), contenuta nello Statuto dei lavoratori. Queste disposizioni possono essere considerate di ordine pubblico e la tutela da esse fornita può essere applicata ai lavoratori distaccati da un'impresa situata in un altro Stato membro dell'Unione²¹.

Tuttavia, se si dà seguito all'altro orientamento, i cui fondamenti appaiono più robusti, si può giungere a conclusioni diverse. L'ordine pubblico internazionale è costituito sia dai principi fondamentali della Costituzione sia dalle norme convenzionali internazionali a tutela dei diritti individuali, cosicché, secondo quest'orientamento, sarebbero di ordine pubblico soltanto quei principi riconosciuti da entrambi gli ordinamenti (italiano e internazionale). Volendo fare un esempio, secondo questa giurisprudenza, una disposizione di ordine pubblico sarebbe quella secondo la quale i licenziamenti sono legittimi soltanto se giustificati. Affermazione che si fonderebbe sia sull'art. 4 della Costituzione, dal quale deriva che il diritto al lavoro non è affidato alla mera discrezionalità del datore di lavoro, sia sull'art. 30, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che prevede espressamente la tutela contro ogni licenziamento ingiustificato²².

Tale interpretazione è abbastanza simile a quella proposta dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Laval* e *Commissione c. Lussemburgo*²³, che limitavano la capacità degli Stati membri di definire unilateralmente le condizioni di lavoro riconducibili all'ordine pubblico e quindi di applicarle ai lavoratori distaccati²⁴.

²¹ CORDELLA, *L'ordine pubblico nel distacco transnazionale dei lavoratori*, in *q. Rivista*, 2019, p. 263.

²² Cass. 22 dicembre 2013 n. 4545.

²³ C. Giust. 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval* e C. Giust. 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*.

²⁴ ROCCA, *The reform of the EU directive on posting of workers. Fortune smiles on the Juncker*

Nondimeno, anche se si accetta l'idea che, nel caso del distacco transnazionale dei lavoratori, le disposizioni di ordine pubblico hanno le loro radici soltanto nei principi fondamentali nazionali, va ricordato che la nozione si applica caso per caso. Inoltre, va osservato che una nozione più ampia di ordine pubblico, comprendente, ad esempio, le norme imperative del diritto del lavoro, produrrebbe il rischio di un ritorno alla legislazione abrogata che recepiva in Italia la direttiva 96/71 nella sua versione originaria, in base alla quale tutte le tutele dei lavoratori erano garantite anche ai lavoratori distaccati, normativa che però violava la disciplina sovranazionale²⁵.

A prescindere dalla nozione di ordine pubblico che si intende accogliere occorre ricordare che il riferimento normativo con riguardo al distacco transnazionale è rappresentato dall'art. 3.10, dir. 96/71, modificato nel 2018. Come si è anticipato, questa previsione non impedisce agli Stati membri di applicare alle imprese nazionali e di altri Stati "condizioni di lavoro e di occupazione ... laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico". L'unico requisito che la norma prevede è che tali condizioni riguardino "materie diverse da quelle contemplate al primo comma del paragrafo 1", cosicché l'ampliamento delle materie per le quali viene garantita la parità di trattamento influisce necessariamente sulla nozione di ordine pubblico secondo un rapporto di inversa proporzionalità.

Inoltre, non è opportuno confondere le "disposizioni" di ordine pubblico di cui alla direttiva del 1996 dai "motivi" di ordine pubblico previsti dall'art. 52 Tratt. Funz. UE, come giustificazione per l'applicazione di un regime particolare per i cittadini stranieri in materia di libertà di stabilimento. Si tratta evidentemente di due concetti solo in parte sovrapponibili che hanno una *ratio* diversa: il primo è volto a riconoscere ai lavoratori stranieri distaccati, ad esempio in Italia, tutele aggiuntive rispetto a quelle riconosciute dalla direttiva e una parità di trattamento con i lavoratori stabiliti nel Paese con riguardo a condizioni di lavoro ulteriori rispetto a quelle indicate nel-

presidency?, in CASALE, TREU (a cura di), *Transformations of Work: Challenges for the National Systems of Labour Law and Social Security*. XXII World Congress of the International Society for Labour Law and Social Security Law, Turin, 4-7 September 2018, Giappichelli, 2018, p. 1172.

²⁵ Più specificamente violava la direttiva e la libertà dei servizi garantita dall'art. 56 Tratt. Funz. UE. La ragione di tale disposizione era chiara: tutelava il mercato italiano dalla concorrenza delle imprese situate in Stati membri caratterizzati da un minor costo del lavoro. Sul punto v. ESPOSITO, *Prestazione transnazionale di servizi e distacco dei lavoratori nel nuovo contesto comunitario*, in *q. Rivista*, 2006, p. 571.

l'art. 1, par. 1 della direttiva; al contrario, la nozione contenuta nella norma del Trattato consente, come si diceva, l'applicazione di un regime speciale agli stranieri (e quindi anche ai lavoratori esteri distaccati in Italia) per la presenza di motivi eccezionali, quali, oltre all'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica, che sembrano riguardare il rapporto fra lo straniero e lo Stato e non invece, come accade nel distacco, la relazione contrattuale fra lavoratore (straniero) e datore di lavoro (impresa estera)²⁶. Peraltro, la Corte di giustizia ha chiarito che l'applicazione dei "motivi" di ordine pubblico (e degli altri motivi) è stata intesa in senso restrittivo ed "è stata circoscritta ai casi in cui esiste una minaccia grave e attuale allo Stato membro ospitante"²⁷. Venendo a vicende concrete, la pandemia da Covid-19 non sembra possa essere considerata né un "motivo" né una "disposizione" di ordine pubblico in grado di ampliare il campo di applicazione delle condizioni di lavoro per le quali è garantita la parità di trattamento fra lavoratori esteri e lavoratori interni²⁸. Semmai la pandemia è un motivo di sanità pubblica a causa del quale si può prevedere (e si è previsto) per i cittadini stranieri un regime particolare in materia di libertà di circolazione e stabilimento che ha portato in alcuni casi anche alla sospensione di tali libertà. La situazione pandemica ha prodotto conseguenze sulle materie per le quali è garantita la parità di trattamento *ex art. 3, par. 1* della direttiva 96/71 perché la disciplina emergenziale è applicabile anche ai lavoratori distaccati in Italia, ma non al punto di accrescere il numero di materie per le quali è assicurata la parità di trattamento. Al contrario, può influire sull'estensione delle tutele con riguardo a quegli istituti presi in considerazione. Esempificando quanto detto con riferimento ad una delle materie previste dalla direttiva, ossia la "durata minima dei congedi annuali retribuiti", la normativa emergenziale si applicherà ai lavoratori distaccati soltanto se riguarderà lo specifico istituto indicato e non potrà modificare i "confini" dell'istituto, includendo, ad esempio, la disciplina delle cause di sospensione del rapporto di lavoro diverse dal congedo²⁹.

Un problema maggiore riguarda le materie più ampie, come la sicu-

²⁶ Su questo punto v. CORDELLA, *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro*, Giappichelli, 2020, pp. 109–111.

²⁷ Così CORDELLA, *Distacco transnazionale*, cit., che richiama la giurisprudenza a p. 110, nelle note 61 e 62.

²⁸ ORLANDINI, *Il distacco transnazionale dopo il d.lgs. 122/2020*, in *DLRI*, 2020, p. 764.

²⁹ In senso contrario ORLANDINI, *Il distacco transnazionale*, cit., p. 764.

rezza, la salute e l'igiene sul lavoro, poiché in questo caso sono molteplici le previsioni della legislazione emergenziale che non c'è dubbio si applicano anche ai lavoratori distaccati sempre per il tramite del principio di parità di trattamento. Dunque, tutte le prescrizioni in tema di salute e sicurezza sul lavoro previste nel periodo dell'emergenza, il più delle volte in via temporanea, sono applicabili ai lavoratori "stabiliti" e a quelli "distaccati". Tale interpretazione sembra inevitabile anche se non c'è bisogno di ricorrere a un'estensione della nozione di ordine pubblico per affermare che le disposizioni concernenti le materie indicate nella direttiva e nella normativa di attuazione, temporanee e definitive, debbano applicarsi ai lavoratori distaccati. Inoltre, quest'interpretazione è in grado di andare incontro alle esigenze delle imprese straniere che distaccano in Italia, le quali non potrebbero fronteggiare anche una possibile estensione delle materie per le quali si applica la parità di trattamento, poiché sono già tenute, entro i confini di quelle materie, ad applicare le eventuali tutele emergenziali, e, più in generale, le (eventuali) disposizioni di ordine pubblico nel senso precedentemente indicato. Se si accedesse a una diversa interpretazione l'incertezza per tali imprese sarebbe troppo elevata.

4. *La via italiana alla trasposizione delle direttive europee sul distacco transnazionale*

Passando alla legislazione interna, occorre fare riferimento alle norme legali di recepimento delle direttive del 1996, del 2014 e del 2018, che, come noto, intervengono sulla base dell'articolo 23³⁰ del Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (cd. Roma I), derogando così alle disposizioni di tale Regolamento in materia di contratti individuali di lavoro³¹. Resta fermo il taglio scelto e quindi si privilegeranno le previsioni ove è più evidente la relazione fra interesse dell'impresa e tutela dei lavoratori.

Nonostante il percorso traspositivo sia stato articolato³², le disposizioni

³⁰ IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 154.

³¹ Sul punto v. LOFFREDO, *Datore di lavoro transnazionale e dumping sociale nell'Unione europea*, in *q. Rivista*, 2019, p. 239 ss.

³² La Direttiva 96/71 è stata recepita in Italia per la prima volta nel 2002, mentre nel 2016 è stata varata una nuova disciplina legale per dare nuovamente attuazione alla Direttiva del 1996

normative di cui tenere conto sono contenute nel d.lgs. 17 luglio 2016 n. 136 poiché il d.lgs. 15 settembre 2020 n. 122 si innesta su quello precedente. La legislazione di trasposizione si ispira alle stesse finalità della disciplina europea, riproponendo a livello nazionale, con poche modifiche, quanto era già stabilito sul piano sovranazionale. Inoltre, tale normativa mira a racchiudere in un unico testo la disciplina applicabile in materia di distacco transnazionale dei lavoratori.

Il decreto 136 fa riferimento al “distacco dei lavoratori” ma avrebbe dovuto usare il termine più ampio “mobilità”³³, poiché si riferisce anche ai contratti d’appalto transnazionali e ora anche alle agenzie di somministrazione di lavoro stabilite in uno Stato membro diverso dall’Italia che inviano i lavoratori a svolgere l’attività lavorativa nel nostro Paese³⁴.

Per contro, è apprezzabile che il decreto abbia modificato l’ambito di applicazione della normativa di recepimento rispetto alla precedente disciplina. L’art. 1, co. 1, d.lgs. 136/16, ai sensi dell’articolo 1.3, lettera a), della direttiva 96/71, prevede infatti che la normativa nazionale si applichi alle imprese situate in uno Stato membro, che inviano lavoratori non solo ad altra impresa o ad un altro stabilimento all’interno del territorio italiano, ma anche ad un altro “destinatario della prestazione di servizi”. L’uso di questo termine implica che i lavoratori possano essere inviati anche presso il cliente di un appalto pubblico aggiudicato dal prestatore di servizi estero, dando così

e dare attuazione per la prima volta alla Direttiva del 2014. Infine nel 2020 si è proceduto ad attuare la Direttiva del 2018 mediante il decreto legislativo 122.

³³ V. in merito BORELLI, GUAZZAROTTI (a cura di), *Labour mobility and transnational solidarity in the European Union*, Jovene, 2019.

³⁴ Il co. 2-bis dell’art. 1, d.lgs. 136/16, introdotto dal d.lgs. 122/20, prevede quanto segue. “Il presente decreto si applica alle agenzie di somministrazione di lavoro stabilite in uno Stato membro diverso dall’Italia che distaccano presso un’impresa utilizzatrice con sede nel medesimo o in un altro Stato membro uno o più lavoratori da tale ultima impresa inviati, nell’ambito di una prestazione transnazionale di servizi, diversa dalla somministrazione, presso una propria unità produttiva o altra impresa, anche appartenente allo stesso gruppo, che ha sede in Italia; in tal caso i lavoratori sono considerati distaccati in Italia dall’agenzia di somministrazione con la quale intercorre il rapporto di lavoro. Il presente decreto si applica altresì alle agenzie di somministrazione di lavoro stabilite in uno Stato membro diverso dall’Italia che distaccano presso un’impresa utilizzatrice che ha la propria sede o unità produttiva in Italia, uno o più lavoratori da tale ultima impresa inviati, nell’ambito di una prestazione transnazionale di servizi, diversa dalla somministrazione, nel territorio di un altro Stato membro, diverso da quello in cui ha sede l’agenzia di somministrazione; anche in questo caso il lavoratore è considerato distaccato dall’agenzia di somministrazione con la quale intercorre il rapporto di lavoro”.

luogo a interferenze, nella determinazione del trattamento dei lavoratori, tra la disciplina italiana del distacco transnazionale e il Codice dei contratti pubblici³⁵.

Secondo la legislazione italiana, un “lavoratore distaccato” è un lavoratore che è normalmente impegnato in uno Stato membro e svolge la sua attività lavorativa in Italia per un periodo limitato, determinato in anticipo o prevedibile con riferimento a un evento futuro e certo³⁶.

Il presupposto più importante per la legittimità del distacco transnazionale dei lavoratori è la sua natura temporanea, mentre la normativa italiana di recepimento non richiede un interesse del datore di lavoro distaccante e questa è una differenza importante con il distacco interno dei lavoratori³⁷. La temporaneità nel distacco transnazionale dei lavoratori è stata oggetto di varie interpretazioni giurisprudenziali e dottrinali anche prima dell’entrata in vigore del decreto legislativo del 2016. A seconda delle diverse soluzioni, la provvisorietà non implica necessariamente la predeterminazione temporale del rapporto di lavoro, ma corrisponde alla natura non definitiva del distacco. Pertanto, il periodo durante il quale il lavoratore è distaccato presso imprese situate in uno Stato membro diverso non deve essere necessariamente predeterminato. La giurisprudenza italiana ha sottolineato che il carattere temporaneo può persistere fino alla cessazione del rapporto di lavoro³⁸.

5. *La questione dei contratti collettivi e il nodo della retribuzione*

A proposito della durata del distacco, la normativa italiana necessitava di essere modificata per recepire la direttiva del 2018, che, come è noto, pre-

³⁵ V. da ultimo IZZI, *Lavoro negli appalti*, cit., p. 100.

³⁶ Allo scopo perseguire effetti antielusivi, il d.lgs. 136/16 chiarisce i criteri per la definizione dell’effettivo distacco dei lavoratori, che devono essere opportunamente valutati da alcuni organi di controllo e, in particolare, dall’Osservatorio, istituito presso il Ministero Lavoro e Politiche Sociali, “con compiti di monitoraggio sul distacco dei lavoratori finalizzato a garantire una migliore diffusione tra imprese e lavoratori delle informazioni sulle condizioni di lavoro e di occupazione” (art. 6, co. 1).

³⁷ Sul punto v., da ultimo, TEBANO, *Lavoro, potere direttivo e trasformazioni organizzative*, Editoriale scientifica, 2020, p. 84 ss.

³⁸ Cass. 8 febbraio 1985 n. 1013. Per approfondimenti v. AVONDOLA, *Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali in materia di distacco transnazionale: “segnali dal futuro” per la lotta al dumping salariale*, in *RDSS*, 2019, 4, p. 147.

vede un periodo di tempo limitato per il distacco dei lavoratori, dodici mesi³⁹, trascorso il quale i lavoratori, secondo la nuova direttiva, hanno diritto a tutte le condizioni di lavoro e occupazione dello Stato ospitante, con talune eccezioni sulle quali si tornerà a breve. Alcuni autori ritenevano che questa disposizione fosse autoapplicativa e che dopo la scadenza del termine di attuazione della direttiva (il 30 luglio 2020), il periodo di dodici mesi avrebbe potuto essere applicato agli Stati membri anche in assenza di una legislazione specifica di recepimento⁴⁰. Comunque, questo profilo è superato dal momento che l'art. 4-*bis*, d.lgs. 136/16, introdotto nel 2020, prevede che in caso di durata effettiva del distacco superiore ai dodici mesi si applicano, oltre alle condizioni di lavoro e di occupazione (di cui si parlerà di qui a poco), “tutte le condizioni di lavoro e di occupazione previste in Italia da disposizioni normative e dai contratti collettivi nazionali e territoriali stipulati da organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”, con l'esclusione di una serie limitata di eccezioni, che ricalca quanto previsto dalla direttiva, ovvero le procedure e le condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto di lavoro, le clausole di non concorrenza; la previdenza integrativa di categoria, alle quali si applica quindi la disciplina del Paese di origine del lavoratore. L'elencazione non presenta particolari problemi, mentre non può dirsi altrettanto per la garanzia di parità di trattamento, poiché si rinvia ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative, rinvio che, com'è noto, nell'ordinamento italiano non garantisce che quelle fonti negoziali siano dotate dell'efficacia generalizzata richiesta dalla direttiva⁴¹. Pertanto, ha ragione chi rileva “profili di contrasto con il diritto dell'Unione”, cosicché “i giudici europei potrebbero in futuro essere chiamati ad esprimersi”⁴². Peraltro, il nodo della contrattazione collettiva è cruciale anche nella prospettiva scelta, poiché la fonte negoziale è il “luogo”

³⁹ Secondo la direttiva, con notifica motivata, questo periodo di dodici mesi può essere esteso a diciotto mesi.

⁴⁰ ZOPPOLI L., *Il distacco del lavoratore nel quadro giuridico delle fonti multidimensionali*, Paper presentato a una Convegno tenutosi al Tribunale di Milano il 28 marzo 2019, pp. 16-17.

⁴¹ V. l'art. 3, par. 1 *bis*, dir. 96/71 così come modificato nel 2018 e anche l'art. 3, par. 8 che è ancora più chiaro in merito: “per contratti collettivi . . ., 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”.

⁴² ORLANDINI, *Il distacco transnazionale*, cit., p. 763.

naturale di contemperamento di interessi contrapposti e ciò è messo a repentaglio dall'eventuale contrasto con la dimensione sovranazionale delle previsioni interne in materia.

Si diceva che un altro aspetto importante delle disposizioni di legge approvate nel 2016, sempre nell'ottica del bilanciamento, riguarda le condizioni di lavoro e di occupazione che le imprese italiane devono garantire ai lavoratori distaccati e che sono state profondamente modificate per essere più rispettose di quelle previste dalla fonte sovranazionale. Infatti, secondo la normativa italiana, le condizioni di lavoro e occupazione riguardavano una serie di materie⁴³. È noto che il d.lgs. 122/20 si è adeguato alle modifiche apportate dalla direttiva del 2018, prevedendo un nuovo elenco che include alcune materie diverse dalle precedenti⁴⁴, fra le quali spiccano il passaggio dalle tariffe minime salariali alla retribuzione, la sostituzione delle ferie annuali minime retribuite alla durata minima dei congedi annuali retribuiti, l'inclusione fra le condizioni di lavoro delle situazioni di alloggio adeguate e dell'indennità o rimborsi a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori fuori sede.

Va segnalata la centralità del passaggio dai minimi salariali alla retribuzione nel suo complesso, in base al quale i lavoratori distaccati hanno diritto alla stessa retribuzione dei lavoratori locali per lo stesso lavoro nello stesso

⁴³ a) Periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) ferie annuali minime retribuite; c) le tariffe minime salariali, comprese le tariffe per gli straordinari; d) le condizioni di cessione dei lavoratori; e) salute, sicurezza e igiene sul lavoro; f) misure protettive per quanto riguarda i termini e le condizioni di lavoro delle donne incinte o che hanno partorito da poco, dei bambini e dei giovani; e g) parità di trattamento tra uomini e donne e altre disposizioni sulla non discriminazione.

⁴⁴ a) Periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) durata minima dei congedi annuali retribuiti; c) retribuzione, comprese le maggiorazioni per lavoro straordinario. Tale previsione non si applica ai regimi pensionistici di categoria; d) condizioni di somministrazione di lavoratori, con particolare riferimento alla fornitura di lavoratori da parte di agenzie di somministrazione; e) salute e sicurezza nei luoghi di lavoro; f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; g) parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione; h) condizioni di alloggio adeguate per i lavoratori, nei casi in cui l'alloggio sia fornito dal datore di lavoro ai lavoratori distaccati lontani dalla loro abituale sede di lavoro; i) indennità o rimborsi a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori fuori sede per esigenze di servizio. Rientrano in tali ipotesi le spese di viaggio, vitto e alloggio sostenute dai lavoratori distaccati nel territorio italiano, sia nei casi in cui gli stessi debbano recarsi al loro abituale luogo di lavoro, sia nei casi in cui vengano inviati temporaneamente presso un'altra sede di lavoro diversa da quella abituale, in Italia o all'estero.

luogo e la nozione di retribuzione deve essere determinata in base alla legge e/o alla prassi nazionale dello Stato ospitante⁴⁵. È chiaro che la sostituzione dell'espressione "tariffe minime salariali" con il termine "retribuzione" è un aspetto positivo per i lavoratori distaccati, che potrebbero accrescere i loro guadagni, ma potrebbe avere un effetto deterrente sulle imprese straniere, a causa dell'incertezza giuridica che circonda quella nozione. In effetti, la nozione di retribuzione deve essere declinata dagli Stati membri e ciò probabilmente avverrà in molti modi differenti⁴⁶.

Peraltro, secondo alcuni autori, il riferimento alle sole tariffe minime salariali avrebbe lasciato il decreto legislativo 136/16 in balia di diverse interpretazioni, senza fornire un'adeguata tutela contro il *dumping* salariale⁴⁷, cosicché è bene che tale disposizione sia stata modificata al fine di tenere in considerazione la direttiva del 2018.

È possibile riproporre in questa sede quanto poc'anzi detto con riguardo alla parità di trattamento da riconoscere trascorsi i dodici mesi di distacco. Il *punctum dolens* è sempre quello dell'efficacia limitata dei contratti collettivi, soltanto parzialmente "temperato" con riguardo ai trattamenti retributivi dalla ben nota soluzione giurisprudenziale che considera i contratti collettivi come parametri di riferimento della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 Cost.⁴⁸. Si tratta di un problema generale dell'ordinamento giuridico italiano, in questo caso aggravato dalla circostanza che le condizioni di lavoro e occupazione devono essere applicate anche dalle imprese estere che inviano lavoratori in Italia.

⁴⁵ L'ultima direttiva prevede alcune indennità specifiche per il distacco. Queste indennità devono essere considerate parte della retribuzione del lavoratore distaccato, a meno che non coprano le spese effettivamente sostenute a causa del distacco, come quelle per viaggio, vitto e alloggio. Il datore di lavoro deve rimborsare tali spese in conformità con la legge e/o le prassi nazionale che si applicano al rapporto di lavoro.

⁴⁶ V. RASNAČA, *Identifying the (dis)placement of 'new' Member State social interests in the posting of workers: the case of Latvia*, in *ECLR*, 2018, p. 145.

⁴⁷ V. ORLANDINI, *Note sulla proposta di direttiva recante modifiche alla direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori*, European and International Policies Area, www.europeanrights.eu, 2016. Secondo questo autore, ciò è valido se si considera che a tale nozione viene attribuito il significato che ha nel nostro ordinamento giuridico, ovvero il salario minimo previsto nei contratti collettivi nazionali.

⁴⁸ CORTI, *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell'U.E.: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, in *VTDL*, 2021, p. 74 e PALLINI, *La nuova disciplina del distacco transnazionale dei lavoratori tra diritto europeo e nazionale*, in *VTDL*, 2021, p. 111 sottolineano i limiti di quest'interpretazione.

Invero, la direttiva prevede un'alternativa ai contratti collettivi di applicazione generale, rappresentata dai “contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale ... applicati in tutto il territorio nazionale”⁴⁹. Tuttavia, la previsione italiana che rinvia ai “contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo n. 81 del 2015”⁵⁰, ovvero ai contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, contrasta con la disposizione della direttiva appena menzionata, poiché, mentre la norma interna esclude i contratti aziendali, non prevede analoga esclusione per quelli territoriali, che per loro natura non possono essere applicati in tutto il territorio nazionale⁵¹. D'altronde, l'impossibilità di adoperare accordi territoriali o aziendali, che non garantiscono l'uniformità del trattamento dei lavoratori, e la preferenza per gli accordi interconfederali o nazionali è stata anticipata dalla Corte di giustizia in alcune sentenze, come nel caso *Laval*⁵². In effetti, i sistemi basati sulla negoziazione a livello aziendale, oltre a quanto appena sottolineato, rendono impossibile per il prestatore di servizi conoscere in anticipo le condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori distaccati e quindi sono considerati restrittivi della libera prestazione dei servizi. Inoltre, tali sistemi non garantiscono “la parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere”⁵³ prevista dalla direttiva già nella versione del 1996.

È per tutti i motivi evidenziati che in tale contesto non possono essere utilizzati i contratti collettivi di prossimità, introdotti nel 2011 dall'art. 8 del decreto legge 138. Tali accordi, infatti, hanno efficacia *erga omnes* e possono derogare a disposizioni di legge e contratti collettivi, purché rispettino la Costituzione e le restrizioni derivanti dal diritto dell'Unione e dalle convenzioni internazionali, ma sono, appunto, contratti collettivi territoriali e aziendali.

⁴⁹ Art. 3, par. 8.

⁵⁰ Art. 2, co. 1, lett. e), d.lgs. 136/16 come modificato dal d.lgs. 122/20.

⁵¹ ORLANDINI, *Il distacco transnazionale*, cit., p. 761, CORTI, *Il distacco transnazionale dei lavoratori*, p. 73.

⁵² V. in precedenza C. Giust. 10 luglio 1986, C-235/84, *Commissione c. Italia*; C. Giust. 8 luglio 1999, C-234-97, *Teresa Fernandez de Bocadilla*. Sul punto v. GIUBBONI, ORLANDINI, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *DLRI*, 2018, 4, p. 925.

⁵³ ROCCA, *The reform of the EU directive*, cit., p. 1173. V. anche PALLINI, *Gli appalti transnazionali: la disciplina italiana al vaglio di conformità con il diritto europeo*, in *RGL*, 2017, pp. 490-491; SANTAGATA, *EU law on posting of workers and the attempt to revitalize equal treatment*, in *ILLEJ*, 2020, 2, pp. 149-169.

I limiti della contrattazione collettiva italiana impongono di sospendere il giudizio sulla capacità, peraltro tipica della fonte negoziale, di contemperare gli interessi contrapposti con riferimento alla concreta applicazione del principio di parità di trattamento nella duplice declinazione evidenziata.

Abstract

Il contributo analizza il distacco transnazionale dei lavoratori nella prospettiva del bilanciamento fra interessi dell'impresa e tutele dei lavoratori partendo dal concetto di "libera prestazione di servizi su base equa". Centrali nel discorso sono aspetti quali la relazione delle direttive europee in materia con i diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri e a livello di Unione e la nozione di ordine pubblico ai fini della determinazione dei "costi" e dei "benefici" del distacco. La seconda parte del contributo è dedicata alla via italiana alla trasposizione delle fonti secondarie europee sul distacco transnazionale, caratterizzata dalla questione dei contratti collettivi, la cui efficacia limitata alle parti stipulanti impone di sospendere il giudizio sulla capacità, peraltro tipica della fonte negoziale, di contemperare gli interessi contrapposti.

This contribution analyses the transnational posting of workers with a view to balancing the interests of the company and the protection of workers, starting from the concept of 'freedom to provide services on a fair basis'. Central to this are aspects such as the relationship of the relevant EU Directives with the fundamental rights recognised by the Member States and at the Union level and the notion of public policy for the purpose of setting the 'costs' and 'benefits' of posting. The second part of the contribution is dedicated to the Italian way to transpose the European secondary sources on transnational posting, characterized by the issue of collective agreements, whose effectiveness limited to the signatory parties requires the suspension of judgment on the ability, which is typical of the collective source, to reconcile the opposing interests.

Keywords

Distacco transnazionale dei lavoratori, bilanciamento di interessi, diritti fondamentali, ordine pubblico, contratti collettivi.

Transnational posting of workers, interests balancing, fundamental rights, public policy, collective agreements.