

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA  
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE  
E STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea *Magistrale* in



TITOLO TESI

Il distacco di personale nell'Unione europea: dalla  
direttiva 96/71 alla direttiva 957/2018, con uno  
sguardo all'allargamento ad est

*Relatore:* Prof. ANDREA SITZIA

*Laureando:* PIERO  
PAGGETTI  
matricola N.  
2039333  
A.A 2023/2024

---

## Il distacco di personale nell'Unione europea: dalla direttiva 96/71 alla direttiva 957/2018 e le prospettive dell'allargamento ad est

### INTRODUZIONE

#### CAPITOLO 1

##### Evoluzione normativa dell'istituto

- 1.1 Genesi, ratio e campo di applicazione della direttiva 96/71
- 1.2 L'ordine pubblico nel contesto nazionale e comunitario
- 1.3 Principio del mutuo riconoscimento
- 1.4 Percorso regolativo tra legislazione e giurisprudenza

#### CAPITOLO 2

##### Inquadramento del distacco di manodopera: nuove prospettive del diritto dell'Ue

- 2.1 Oggetto della direttiva 957/2018
  - 2.1.1 La parità di trattamento e limiti al salario
- 2.2 Il dumping sociale nel contesto dell'Unione europea
  - 2.2.1 Il dumping sociale nel processo di nascita dell'Unione europea: il rapporto Ohlin e Spaak
- 2.3 Rischio di dumping: evoluzione del contesto comunitario
- 2.4 Regolamento 883/2004: il principio del paese di origine
  - 2.4.1 Nozione di distacco ai fini dell'applicazione della disciplina sulla sicurezza sociale e della lotta all'abuso
- 2.5 Possibili scenari sull'evoluzione del dumping: crescita o decrescita del fenomeno?

#### CAPITOLO 3

##### La contrattazione collettiva nella dimensione transnazionale

- 3.1 Il diritto del lavoro nel contesto della globalizzazione
- 3.2 La dimensione della contrattazione collettiva europea
- 3.3 La strategia europea tra globalizzazione e contrattazione collettiva: uno sguardo alle direttive 94/45/CE e 2009/38/CE
- 3.4 I limiti della contrattazione collettiva

#### CAPITOLO 4

##### Prospettive di allargamento ad est: il caso dell'Ungheria come paese d'invio

- 4.1 Allargamento ad est: opportunità o minaccia?
- 4.2 Convergenze e divergenze tra Italia e Ungheria: confronto di alcuni aspetti giuridici

#### 4.3 Il concetto di distacco nell'ordinamento giuridico ungherese

##### 4.3.1 Regolamentazione del lavoro transfrontaliero

##### 4.3.2 Il sistema di sicurezza sociale: genesi e punti di vista

##### 4.3.3 La nozione di retribuzione secondo il codice del lavoro ungherese

#### CONCLUSIONE

## INTRODUZIONE

Il distacco di personale costituisce un fenomeno intrinsecamente connesso alle dinamiche di un mercato del lavoro sempre più globalizzato e interconnesso. Nel contesto europeo, in particolare, la pratica del distacco si manifesta come un elemento centrale delle strategie aziendali, facilitando la mobilità transfrontaliera di risorse umane e contribuendo al soddisfacimento delle esigenze di manodopera in settori diversificati che per vari motivi sono legati perlopiù a strategie organizzative delle aziende.

Questo fenomeno, tuttavia, non è privo di complessità e sfide. Il distacco dei lavoratori può infatti presentare non pochi rischi sul piano dello sfruttamento, delle disparità nelle condizioni di lavoro, minacciando i valori della coesione sociale e della giustizia economica. In risposta a tali problematiche l'Unione europea ha sviluppato una serie di direttive volte a garantire un trattamento equo e adeguato.

La direttiva 96/71, che ha introdotto il principio del paese di origine ed una importante seppur non molto precisa analisi del concetto di temporaneità, è stata fondamentale nella creazione di un quadro giuridico per il distacco di manodopera. Tale direttiva, che diverse volte è stata oggetto di discussioni a livello europeo anche in seguito ai numerosi interventi della Corte di giustizia europea, e, da ultimo, modificata con la direttiva 2018/957, istituisce un generale meccanismo di armonizzazione di quelli che possono essere considerati i punti fondamentali del sistema di tutele che devono essere garantite ai prestatori di lavoro distaccati; agli stati membri viene chiesto di assicurare diritti e condizioni di lavoro eque ai lavoratori in distacco, garantendo al tempo stesso un ambiente di concorrenza equo tra le imprese le quali cercano di ottimizzare le risorse umane attraverso la mobilità dei lavoratori.

Anche nel contesto dell'ordinamento giuridico italiano il tema del distacco di manodopera costituisce una realtà complessa e dinamica che riflette l'intersezione tra normative nazionali ed europee.

Il presente studio si propone di esplorare in dettaglio il contesto del distacco dei lavoratori nell'ambito europeo, concentrandosi sulle dinamiche specifiche che emergono quando si verifica il distacco di manodopera tra paesi membri.

Attraverso un'analisi approfondita delle normative esistenti, degli impatti sociali ed economici e delle sfide intrinseche a questa pratica, cercheremo di gettare luce sulle complessità e le opportunità connesse al distacco dei lavoratori nell'Unione europea.

## CAPITOLO 1

### 1.1 GENESI, OGGETTO E CAMPO DI APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA 96/71

Solo in anni recenti la disciplina comunitaria ha direttamente inciso sullo status e sul trattamento giuridico dei lavoratori che hanno iniziato a circolare all'interno del mercato comune. Tra il concetto di mobilità verso l'impiego e mobilità all'interno dell'impiego, la categoria che sicuramente ci interessa ai fini dello studio è la seconda che trova fondamento giuridico anzitutto nell'articolo 49 del TFUE relativamente ai principi, mentre nella direttiva 96/71, conosciuta anche come direttiva madre, relativamente alla disciplina giuridica in dettaglio. Sulla base di quanto sancito dall'articolo 49 TFUE, infatti, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi assicurano la mobilità delle imprese e dei professionisti all'interno dell'Unione europea. Le categorie come quella dei lavoratori autonomi e dei professionisti possono, su base temporanea, offrire o fornire i loro servizi in altri stati membri seppure risiedano nel loro stato d'origine; la realizzazione di detti obiettivi trova piena effettività nell'abolizione degli ostacoli di natura discriminatoria, e non, che impediscono l'esercizio effettivo di questa libertà, e la libertà così riconosciuta implica la possibilità delle imprese da una parte di esercitare determinati diritti nell'ambito della libertà di iniziativa economica e dall'altra parte di usufruire di prestazioni temporanee inerenti alla gestione organizzativa dell'azienda<sup>1</sup>.

I principi cardine su cui si basa il diritto europeo, quali la libera circolazione dei beni e dei servizi e la libertà di stabilimento delle imprese, possono occasionalmente entrare in conflitto con le normative nazionali volte a proteggere i diritti dei lavoratori, e questo conflitto si presenta quando la salvaguardia dei diritti dei lavoratori rischia di essere trascurata a favore della realizzazione del mercato unico europeo.

Al contempo sorge una preoccupazione legata al timore di fenomeni di dumping sociale e alle disparità di trattamento nelle condizioni contrattuali dei lavoratori. Queste disparità possono emergere soprattutto con l'ingresso nel mercato europeo di paesi che adottano degli standard di protezione sociale inferiori. Tale questione assume una rilevanza

---

<sup>1</sup> *Libertà di circolazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi nell'ordinamento comunitario. Stefano Giubboni, URGE Working paper 1/2009, pag. 1*

notevole, considerando l'impegno dell'Unione europea a evitare che l'integrazione del mercato interno e la rimozione degli ostacoli alla libera concorrenza avvengano a spese dei diritti individuali dei lavoratori.<sup>2</sup>

In questa prospettiva la Direttiva 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi transnazionali, si configura come l'espressione di una nuova consapevolezza all'interno della comunità europea. Questa consapevolezza è basata sull'assunto che il progresso sociale all'interno dell'Unione europea sia collegato alla tutela delle condizioni contrattuali dei lavoratori, sia a livello individuale sia a livello collettivo. La direttiva 96/71 rappresenta una delle iniziative più importanti promosse dalle istituzioni europee, essa infatti è nata come risposta ad un trend in crescita che riguardava la costante richiesta di manodopera proveniente da stati membri stranieri e più nello specifico da imprese distaccanti. L'obiettivo del legislatore europeo è essenzialmente quello di dare un coordinamento alle discipline nazionali dei vari paesi cercando di imporre alle imprese straniere distaccanti l'intero impianto giuridico giuslavoristico nazionale del paese membro ospitante, ovvero dare vita ad un corpus di regole finalizzato all'eliminazione degli ostacoli che impediscono una piena realizzazione del principio della libera prestazione dei servizi nell'Unione europea, mentre la visione a connotazione protezionista, fondata sull'inapplicabilità delle leggi straniere, che si era diffusa prima dell'intervento del legislatore europeo viene perciò giudicata in contrasto con i principi in materia di libera prestazione dei servizi nell'Ue<sup>3</sup>.

Nella sostanza la prima disciplina legislativa europea in materia di distacco transnazionale di manodopera si pone il proposito di eliminare le titubanze che minacciano l'applicazione dei principi alla base della libera prestazione dei servizi, al fine di consentire l'individuazione di quelle che possono essere considerate le condizioni di lavoro applicabili a quella categoria di prestatori di lavoro che eseguono materialmente una prestazione lavorativa in uno stato membro diverso rispetto a quello la cui legislazione regola il rapporto di lavoro, incrementando l'efficacia degli strumenti di sicurezza giuridica<sup>4</sup>. La nascita di una nuova tipologia di mobilità che peraltro si emancipa dalla più tradizionale forma di mobilità caratterizzata dai lavoratori migranti, il

---

<sup>2</sup> *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro. Costantino Cordella, Giappichelli 2021*

<sup>3</sup> *Distacco transfrontaliero, lo spirito e il campo di applicazione della legislazione UE. Enrico Gragnoli, fascicolo 1-2021. Variazioni su temi di diritto del lavoro. Giappichelli*

<sup>4</sup> *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi. Fabrizio Bano, il Mulino 2008, pag.141*

cui diritto viene esplicitamente sancito dal trattato della comunità europea, implica pertanto delle ripercussioni sociali che comportano la necessità di dare una risposta soprattutto sul piano legislativo<sup>5</sup>. Altri motivi, che spingono la direttiva a dare una risposta ad una nuova forma di mobilità, consistono nel cercare di controllare questo nuovo fenomeno di dimensioni transnazionali contribuendo a dar vita ad una situazione di leale cooperazione e concorrenza tra le imprese degli stati membri<sup>6</sup>. Di conseguenza il raggiungimento dell'equilibrio tra quelle che sono le istanze liberiste e le istanze di tutele lavoristiche ha il duplice obiettivo da un lato di determinare il giusto andamento del mercato concorrenziale ed il rispetto del principio della sovranità territoriale, e dall'altro di prevenire il diffondersi di preoccupazioni che derivano dalle discussioni attorno alla questione dell'applicabilità della disciplina lavoristica nazionale; la rilevanza degli uni o degli altri principi, ovvero libertà economiche e diritti sociali, ha dato vita a due differenti modi di interpretare la direttiva in maniera pressoché alternativa: un primo filone interpretativo corrisponde a quello che si evince dalla direttiva stessa, in forza del quale vengono fissati degli standard di tutela con l'obiettivo di schivare possibili competizioni sui mercati locali tra imprese nazionali ed estere, mentre il secondo filone interpretativo, più di impronta liberista, secondo cui l'imposizione di standard minimi di tutela andrebbe solo ed esclusivamente a vantaggio degli stati membri che rappresentano lo stato di destinazione dei prestatori di servizi, dando meno risalto alle imprese straniere<sup>7</sup>. La sentenza *Rush Portuguesa* costituisce un punto di svolta nel processo di sviluppo della normativa europea, e non solo, in materia di distacco dei lavoratori; tale sentenza, infatti, aveva coinvolto in un primo momento gli stati membri maggiormente attratti nell'orbita della mobilità transnazionale della manodopera e che per primi avevano deciso di dotarsi degli strumenti legislativi per ovviare alle implicazioni sociali che questa nuova forma di mobilità avrebbe determinato: Francia, Austria e Germania sono state le prime nazioni a porre in essere una disciplina delle condizioni di lavoro che riguardasse la fattispecie del distacco di manodopera<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi. Fabrizio Bano, il Mulino 2008, cit., pag. 141*

<sup>6</sup> *Diritto del lavoro, Fabrizio Bano, cit., pag. 142*

<sup>7</sup> *Diritto del lavoro, Fabrizio Bano, cit., pag. 143*

<sup>8</sup> *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea, Fabrizio Bano. Il Mulino 2008, pag 144*

La direttiva considerata anomala poiché, pur confrontandosi con un tema relativo al diritto internazionale privato, essa diventa a tutti gli effetti una fonte integrante della convenzione di Roma; dal punto di vista del contenuto inoltre, la direttiva non rientra nei tradizionali strumenti di *hard law* europeo che armonizzano le leggi nazionali; al contrario, essa stabilisce le condizioni di lavoro a cui un'impresa ospitante deve conformarsi, senza procedere all'armonizzazione di regole considerate come obbligatorie. Il principio fondamentale della direttiva si basa sul riferimento alle norme imperative di protezione minima del paese ospitante; in pratica, si può dire che il regime di circolazione del lavoro all'interno dell'Unione europea delineato dalla direttiva si basa sul controllo dello stato ospitante rispondendo alle istanze protezionistiche degli stati membri, senza tuttavia modificare l'assetto che era stato implementato dal giudice comunitario<sup>9</sup>. La direttiva ha inteso di dare una interpretazione restrittiva del concetto di ordine pubblico evidenziato all'articolo 3: ciò significa che per il legislatore europeo una lettura non ridimensionata del criterio dell'ordine pubblico non avrebbe consentito di raggiungere un certo equilibrio tra quelli che sono considerati due criteri piuttosto confliggenti ovvero da una parte la libertà di iniziativa economica e dall'altra parte la tutela dei lavoratori. In particolare, viene stabilito che al fine di tutelare i lavoratori nell'ipotesi in cui le imprese si avvalgono della libera prestazione dei servizi devono essere garantite le condizioni di lavoro fondamentali applicabili ai lavoratori distaccati relativamente ai periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, alla durata minima dei congedi annuali retribuiti, ai tassi di salario minimo, compresi quelli maggiorati per le ore supplementari, alla salute, sicurezza e igiene sul lavoro<sup>10</sup>.

In relazione al distacco di lavoratori, così come configurato dalla normativa europea, possiamo rilevare due aspetti giuridici importanti ai fini della comprensione della stessa poiché se da un lato, in base a quanto viene esplicitato dall'articolo 1, abbiamo tre diverse configurazioni del distacco transnazionale ovvero si possono avere tre differenti ipotesi, dall'altro lato possiamo affermare che tutte le ipotesi di distacco hanno in comune tre caratteristiche: la temporaneità della prestazione, la presenza di un destinatario che beneficia della prestazione nello stato di ricezione o dell'impresa distaccataria e l'esistenza di un rapporto di lavoro tra l'impresa distaccante e il lavoratore.

---

<sup>9</sup> *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi*, Fabrizio Bano. Il Mulino 2008, pag. 145

<sup>10</sup> *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro*. Costantino Cordella, Giappichelli 2020, pag. 30 ss.

In prima battuta il distacco non può non essere temporaneo. In base a questa caratteristica è possibile, infatti, fare una prima distinzione tra quella che è la libertà di prestare servizi rispetto alla libertà di stabilimento, che non ha durata limitata.

E' complicato quando si cerca di definire la temporaneità del distacco di manodopera come un limite di durata. L'ambiguità del termine "durata limitata", non è data solamente dalla temporaneità, di fatti l'interpretazione considera il distacco tale solo se la sua durata coincide o è inferiore al tempo necessario per svolgere la prestazione. La relazione, tra questi due elementi, ha pertanto reso il regime di tutela del lavoratore distaccato sempre meno soddisfacente agli occhi della giurisprudenza. Secondo la caratteristica della temporaneità, infatti, non è mai semplice riuscire a capire quando un'attività è da ritenere temporanea o stabile, e la soluzione non può non prescindere dalla presenza di un duplice regime che si caratterizza per una diversa intensità del rapporto giuridico con lo Stato ospitante: un'intensità dal carattere stabile nel caso dello stabilimento del lavoratore e dal carattere occasionale per la prestazione di un servizio. Inoltre, la temporaneità non deve essere semplicemente ridotta al significato di un tempo di breve durata che quasi mai non viene identificata dal legislatore ma, anzi, in via giurisprudenziale: questa caratteristica può essere analizzata, infatti, attraverso una più complessiva valutazione che non solo tiene conto della durata temporale della prestazione ma anche della frequenza, della periodicità e della continuità dell'attività del lavoratore distaccato. In uno dei più recenti interventi del giudice europeo, a conferma di un ampliamento della nozione di temporaneità, in un contenzioso tra Germania e Portogallo la corte di giustizia europea aveva sostenuto che la nozione di servizi comprendeva servizi di natura molto diversa, anche se questi venivano forniti con regolarità e per un periodo prolungato.<sup>11</sup>

Tra gli altri elementi che giustificano il distacco transnazionale di manodopera c'è la prestazione di un servizio in un altro stato membro basato su un contratto commerciale con un destinatario. Questa disposizione esclude esplicitamente i distacchi interni nello stesso stato, dando così una prima forma al campo di applicazione della direttiva: essa si applica solo se il prestatore offre servizi in uno stato diverso da quello in cui i lavoratori sono abitualmente impiegati e la stessa previsione esclude l'ipotesi in cui il lavoratore distaccato svolge attività all'estero presso un destinatario per scopi diversi dalla

---

<sup>11</sup> *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione europea. Fabrizio Bano, il Mulino 2008, pag. 144*

prestazione di servizi in base a un contratto commerciale. Altro elemento comune consiste nell'esistenza di un rapporto di lavoro tra il lavoratore che svolge la prestazione in uno stato membro straniero e l'impresa distaccante. E' essenziale qui comprendere il cambiamento che ha interessato il mercato del lavoro europeo, che soprattutto a partire dagli anni '90 del ventesimo secolo ha assunto sempre più una connotazione post-fordista. Lo sviluppo e la diffusione delle nuove tecnologie hanno intensificato la competizione tra le imprese a livello globale, portando una ristrutturazione delle regole organizzative aziendali. Il risultato sono le nuove forme di esternalizzazione in grado di promuovere standard produttivi elevati, insieme alla tendenza di sfruttare interpositori per impiegare manodopera a basso costo e approfittare del dumping salariale tra i paesi.

In termini di effettività la normativa non ha avuto i risultati auspicati, in quanto gli stati membri e i professionisti spesso hanno riscontrato grandi difficoltà nel tentativo di applicare ed implementare la direttiva, arrivando a forzare la stessa nella misura in cui avrebbe dovuto agevolare la piena attuazione del principio della libera prestazione dei servizi. Ciononostante, le persistenti incertezze sulla effettiva applicazione della direttiva, essa ha modificato una visione abbastanza condivisa secondo cui il lavoro andava eseguito presso il luogo materiale dove l'impresa datrice ha la sua sede in quanto, soprattutto prima della diffusione dei fenomeni di esternalizzazione, una cospicua quantità di manodopera veniva utilizzata da imprese committenti. Nel corso di questa sempre più consolidata consapevolezza nasce una forma di interposizione di manodopera moderna perché si prevede, proprio in virtù di quanto stabilito dalla direttiva madre, che nel corso del rapporto di lavoro ai fini della realizzazione della libera prestazione dei servizi, il potere direttivo può essere esercitato da un soggetto diverso rispetto a quello con il quale è stato sottoscritto un rapporto di lavoro<sup>12</sup>.

Il campo di applicazione della direttiva non consiste in una semplice attività di interpretazione, infatti, il legislatore europeo ha dato vita ad una sorta di puzzle i cui pezzi devono essere inseriti nella loro giusta posizione. principalmente sono due gli elementi portanti del distacco: la prestazione transnazionale dei servizi e il distacco del lavoratore<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro. Costantino Cordella, Giappichelli 2020, pag. 7*

<sup>13</sup> *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi, Fabrizio Bano. Il mulino 2008, pag.146*

Tre sono le forme peculiari attraverso le quali è possibile declinare dal punto di vista giuridico le diverse ipotesi di distacco specificate all'articolo 1 della direttiva 96/71. La prima riguarda l'esercizio dei poteri direttivi da parte dell'impresa distaccante. Questo primo caso attiene alle ipotesi in cui l'impresa distacca i suoi lavoratori nello stato straniero ed inoltre si occupa di gestire l'organizzazione aziendale per completare un certo servizio, in altre parole ci troviamo all'interno di un appalto di servizi. In assenza di questi presupposti non avremmo il riferimento giuridico previsto dalla direttiva ma si guarderebbe al regolamento di Roma I con il giusto coordinamento delle norme sanzionatorie previste dallo stato di destinazione per i distacchi illeciti.

La seconda ipotesi ha un campo di applicazione più ristretto: la fattispecie giuridica prevede che il lavoratore distaccato non sia parte del mercato del lavoro del paese di destinazione che pertanto viene distaccato da un'impresa verso uno stato membro straniero ospitante dove ha sede l'impresa distaccataria. La restrizione del campo di applicazione risiede nel vincolo giuridico che lega l'impresa che distacca e l'impresa che riceve il servizio cosicché la fornitura di manodopera ai fini della prestazione del servizio avviene tra due imprese appartenenti al medesimo gruppo, in altri termini parliamo di una fornitura di manodopera che si realizza tra un'azienda controllante e una controllata. Questa seconda ipotesi ha ad oggetto un'accezione diversa di prestazione che ha più le caratteristiche di un servizio, nozione accolta dalla giurisprudenza della corte di giustizia europea. In questa fattispecie ci si riferisce al concetto di servizio poiché né la sottoscrizione di un contratto commerciale né la necessità da parte dell'impresa distaccante di prendere la responsabilità sulla direzione del lavoratore la caratterizzano.

Al riguardo di questa seconda categoria sono emersi diversi dubbi circa il presupposto per cui il lavoratore distaccato potesse essere di fatto sottoposto al potere direttivo del datore dell'impresa distaccataria, e quindi del destinatario del servizio, seppure si tratti di un'impresa controllata<sup>14</sup>. L'ipotesi di cui sopra riguarderebbe solo ed esclusivamente il caso in cui l'impresa fornisca una prestazione che è autonoma rispetto alla sola fornitura di manodopera, cosa che invece accade nella terza ipotesi. Le tipologie di imprese che rientrano nella terza fattispecie, infatti, si distinguono dalle altre perché il distacco si realizza solo ed esclusivamente con la fornitura di lavoratori. Al contrario, questa ipotesi

---

<sup>14</sup> *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro. Costantino Cordella, Giappichelli 2020, cit., pag. 15 ss.*

prevede un ampliamento del campo giuridico di applicazione sulla base di una non necessaria esistenza di un rapporto giuridico tra impresa distaccante e impresa distaccataria.

Con riferimento a quest'ultima fattispecie le disposizioni della normativa sottolineano che la categoria di imprese che forniscono manodopera possono essere tanto aziende di lavoro temporaneo quanto aziende che svolgono come attività principale la fornitura di lavoratori. Non vengono definiti, tuttavia, i presupposti che le aziende devono soddisfare per operare in questo contesto. La direttiva non individua profili giuridici che possono essere utilizzati per distinguere le imprese in questa specifica situazione, difatti non si evince una richiesta di requisiti di professionalità o di solidità finanziaria, escludendo di conseguenza che le caratteristiche di un soggetto che distacca i lavoratori debbano rientrare nei criteri di specializzazione del diritto europeo. La responsabilità di selezionare le imprese che possono fornire la manodopera a livello transnazionale è demandata pertanto agli stati membri i quali stabiliscono i requisiti che le imprese devono possedere e le procedure da seguire. una scelta, questa, che ha un forte significato protezionista dal momento che la competenza dei singoli stati potrebbe ostacolare alla effettiva realizzazione del principio della libera prestazione di servizi ex articolo 59 TfUE poiché ogni paese membro può introdurre degli oneri più gravosi rispetto ai fornitori di manodopera che hanno la sede in quello stato membro; tuttavia, il principio della libera prestazione dei servizi continua a svolgere un ruolo cruciale nel preservare uno spazio giurisdizionale nel quale le misure restrittive degli stati membri non possono incidere in quanto si sfocerebbe in una chiara violazione degli standard minimi di tutela sanciti dal livello centralistico-europeo<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori tra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva 96/71.. Orlandini, G. 1999, pag. 465 ss.*

## 1.2 LE CLAUSOLE DI ORDINE PUBBLICO NEL CONTESTO DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO E NAZIONALE

L'analisi del concetto di ordine pubblico, termine che diverse volte abbiamo richiamato durante l'approfondimento della direttiva 96/71, risulta essere importante per capire che l'obiettivo del legislatore europeo in sede di approvazione della direttiva era quello di non consentire agli stati di avere un ampio margine di manovra nel definire gli ambiti nei quali essi sarebbero potuti intervenire al fine di poter estendere le tutele, già previste per i lavoratori locali, alla manodopera distaccata sul loro territorio in via temporanea. Il legislatore europeo nel dettare delle regole di coordinamento delle diverse discipline nazionali ha ridimensionato il potere regolatorio statale che al contrario era diventato abbastanza incisivo con la sentenza *Rush Portuguesa*.<sup>16</sup>

La clausola di ordine pubblico rappresenta non solo un mezzo attraverso il quale lo stato ospitante può estendere il campo delle tutele per i lavoratori distaccati ma ha inoltre l'obiettivo di evitare che possano essere sfruttati spazi di tutela che vadano in deroga al principio della libera prestazione dei servizi. Inizialmente o comunque nel seguito della sentenza sul caso *Rush Portuguesa*, la giurisprudenza europea riteneva compatibili il sistema di leggi e delle norme di contrattazione collettiva nazionale degli stati ospitanti, rivolte a prestare maggiori tutele nei confronti dei lavoratori in distacco con la libertà di prestare servizi. In questo senso l'ordine pubblico ben si conciliava con la libera prestazione dei servizi perché essa poteva essere limitata a fronte del perseguimento di un interesse legittimo dello stato ospitante, ovvero l'applicazione di norme più protettive dello stato ospitante erano considerate idonee e proporzionate rispetto allo scopo da raggiungere. In altre parole il modello regolativo che venne introdotto dalla giurisprudenza europea a seguito dei primi interventi del giudice europeo sul distacco transnazionale di manodopera, come la già citata sentenza *Rush Portuguesa*, prevedeva che gli stati membri di destinazione potessero definire le modalità e il contenuto della tutela a favore dei lavoratori stranieri ovvero potevano garantire le medesime tutele riconosciute in base al principio della parità di trattamento con i lavoratori dello stato ospitante<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro. Costantino Cordella, Giappichelli 2020, pag.91-92*

<sup>17</sup> *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro, cit., pag. 92-93*

Con la direttiva madre in materia di armonizzazione e coordinamento della disciplina sul distacco transnazionale di manodopera, sono stati introdotti elementi di discontinuità rispetto a quanto sancito dalla giurisprudenza, infatti secondo quanto esplicitato dall'articolo 3 della direttiva la nozione di ordine pubblico cambia nella misura in cui il legislatore europeo ha stabilito che vi è un nucleo di materie tassative per le quali è obbligatorio riconoscere le tutele previste dalla propria normativa di diritto del lavoro. Al di fuori degli ambiti di tutela che non sono compresi nel nucleo di materie tassative è possibile che lo stato membro ospitante possa riconoscere un certo livello di tutela sulla base delle disposizioni di ordine pubblico, definite ai paragrafi successivi dell'articolo 3. La tutela del lavoro, infatti, con l'introduzione dell'accezione di ordine pubblico è passata ad essere da deroga a carattere non discriminatorio un elemento che ostacolava l'esercizio della libertà di prestare servizi a carattere discriminatorio, del quale ci si poteva servire solamente in ipotesi eccezionali. Pertanto, il passaggio dalle ragioni imperative di interesse generale alle ragioni di ordine pubblico ha comportato un notevole ridimensionamento del potere statale di introdurre garanzie lavoristiche per la manodopera distaccata. In base a quanto affermato, all'interno della comunicazione del 25 luglio del 2003 della commissione europea, gli stati membri non possono utilizzare strumenti normativi per estendere tutte le leggi nazionali in materia giuslavoristica alla manodopera distaccata sul proprio territorio, sottolineando che qualsiasi misura concernente l'estensione delle tutele deve essere compatibile con l'articolo 56 TFUE inerente alla libera prestazione dei servizi<sup>18</sup>.

La commissione europea stessa, attraverso il richiamo ad alcune delle sentenze della Corte di giustizia europea, ha illustrato come la clausola di ordine pubblico possa risultare compatibile con il principio della libera prestazione dei servizi facendo leva soprattutto sulle due caratteristiche ovverosia sulla mutevolezza e sulla continuità dei contenuti della clausola di ordine pubblico, perché questi due elementi di fatto dimostrano come la sua applicazione possa variare da paese a paese all'interno dell'Unione europea e come essa sia normalmente legata alla concreta possibilità che l'integrità degli interessi fondamentali dello stato possa essere fortemente minacciata. La nuova nozione di ordine pubblico troverebbe perciò applicazione in senso restrittivo e solo quando tale applicazione sia giustificata dalla minaccia agli interessi fondamentali dello Stato.

---

<sup>18</sup> *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro, cit., pag. 95*

Altra prospettiva legata alla clausola di ordine pubblico affrontata dalla Commissione europea nella già citata comunicazione del 25 luglio 2003, riguarda il contesto del diritto internazionale privato. Più nel dettaglio si è posta l'attenzione sulla circostanza che nell'ambito del distacco transnazionale di manodopera le disposizioni di ordine pubblico sono differenti, o perlomeno si basano su di una diversa interpretazione, a seconda che si tratti di norme connesse al quadro giuridico nazionale o internazionale. Per quanto riguarda la prima tipologia, esse rappresentano un insieme di norme volte a proteggere il soggetto debole del rapporto contrattuale mentre la seconda tipologia costituisce un novero di norme che richiamano alla salvaguardia degli interessi dello stato, che possono essere utilizzate a prescindere dalla legge che regola il contratto.

Già in alcune delle sentenze, avente ad oggetto l'applicabilità delle norme di ordine pubblico, il giudice europeo è intervenuto per approfondire la compatibilità tra disposizioni di o.p e la libertà di prestare servizi ex articolo 56 TFUE. Le sentenze “ Laval “ e “ Commissione c. Lussemburgo “ costituiscono due filoni di analisi centrali se vogliamo esaminare i vari livelli di interpretazione della nozione di ordine pubblico. Entrambe in particolare approfondiscono il tema della riconducibilità delle norme di contrattazione collettiva alle fonti giuridiche dello stato ovvero se attraverso gli accordi collettivi è possibile introdurre delle norme che abbiano il medesimo valore delle disposizioni di ordine pubblico per i prestatori di lavoro distaccati in uno stato straniero. In linea generale emerge chiaramente l'orientamento per il quale le disposizioni di ordine pubblico non possono essere considerate un mezzo del quale le parti sociali possono servirsi in quanto non essendo soggetti di diritto pubblico non sono legittimati a conferirgli efficacia sostanziale, dando così la stessa forza giuridica tipica delle fonti giuridiche statali, che consentirebbe ai privati ovvero alle associazioni sindacali e parti datoriali di incidere direttamente sull'estensione delle tutele giuslavoristiche per i lavoratori in distacco anche al di fuori di una cornice giuridica statale<sup>19</sup>. Le parti sociali in questione, infatti, possono stabilire mediante contrattazione le condizioni di lavoro solo nelle materie previste dal legislatore nazionale nonché nel rispetto dei criteri previsti dalla direttiva 96/71 in materia di contrattazione collettiva qualificata. Se da un lato il giudice europeo ha espresso una posizione a favore di una inclusione della fonte collettiva tra quelle applicabili nel caso in cui una legge dello stato è competente a regolamentare una

---

<sup>19</sup> *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro, Cordella 2020, cit., pag. 149 ss.*

fattispecie contrattuale in materia giuslavoristica con profili internazionali, allo stesso tempo dalle disposizioni della normativa europea sono stati desunti dei limiti al potere negoziale e regolamentare delle associazioni sindacali, di fatti i soli accordi collettivi applicabili ai contratti di lavoro con profilo internazionale sono quelli inerenti al nucleo tassativo di materie, mentre è attribuita alla sola autorità legittimata a legiferare, ovvero all'autorità statale, la facoltà di introdurre disposizioni di ordine pubblico. Il tema del rinvio legale alla contrattazione collettiva come fonte qualificata per l'introduzione di norme concernenti le condizioni di lavoro e occupazione considerate di ordine pubblico è stato esteso ulteriormente nella seconda delle decisioni con cui il giudice europeo si è espresso su questo argomento ossia la Commissione c. Lussemburgo C-319/06.

In base a quanto emerso da questa decisione, la Corte ha escluso che gli accordi collettivi possano essere considerati generalmente come una fonte di ordine pubblico, o meglio esse non possono essere riconosciute come un certo tipo di atti dal momento che non vi è alla base una motivazione che dal punto di vista sostanziale giustificerebbe un tale rinvio dalla fonte legale alla fonte collettiva come fonte di disposizioni di ordine pubblico. Dunque, tanto nella definizione di norme collettive tanto nella determinazione delle norme di o.p. il legislatore nazionale è soggetto al diritto dell'Unione europea e alle norme dei trattati. Dal punto di vista sostanziale una disposizione di ordine pubblico, per essere qualificata come tale, richiede da una parte l'adozione del principio del mutuo riconoscimento che mira a bilanciare gli interessi sia statali che la libertà di iniziativa privata, e dall'altra parte il rispetto del principio della parità di trattamento in confronto alle disposizioni alle quali le imprese locali sono soggette. In questa seconda parte dell'evoluzione giurisprudenziale che si è avuta relativamente alla nozione di ordine pubblico, il giudice è di nuovo tornato sul significato della stessa riprendendo un po' il percorso che era stato intrapreso dalla commissione europea nel 2003 che puntava a dare un inquadramento preciso delle disposizioni di ordine pubblico.

In sostanza il contenuto della nozione di ordine pubblico è stato reinterpretato alla luce dell'importanza del bilanciamento tra interessi statali e libera prestazione dei servizi, di conseguenza il concetto di o.p. è visto come una deroga al principio della libertà di prestazione dei servizi sottolineando al tempo stesso che non è possibile stabilire in via unilaterale da parte di uno stato membro il contenuto delle norme di ordine pubblico, in particolare alla base della spiegazione di questa scelta interpretativa v'è l'argomento

secondo cui il principio di mutuo riconoscimento attua un ulteriore ridimensionamento circa l'utilizzo delle disposizioni di ordine pubblico<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro, Cordella 2020, cit., pag. 153 ss.*

### 1.3 IL PRINCIPIO DI MUTUO RICONOSCIMENTO

Il tema relativo al mutuo riconoscimento può essere inquadrato nell'ambito della competizione e della concorrenza tra più ordinamenti giuridici; ci interessa pertanto affrontare quelle che sono le relazioni esistenti, da un punto di vista giuridico, tra i vari sistemi di diritto all'interno dell'Unione europea.

Dall'attività interpretativa e giurisprudenziale della corte di giustizia europea, è possibile comprendere come le diverse pronunce abbiano contribuito ad applicare in concreto le libertà fondamentali previste dal trattato istitutivo della CEE, adesso rispettivamente il trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e non invece a porre in essere un tentativo con il quale si sarebbe voluto mettere in competizione gli ordinamenti giuridici dei paesi europei. Tuttavia, esistono ancora per il cittadino comunitario dei limiti intrinseci al diritto europeo che gli impediscono di sottoporre determinati rapporti giuridici alla disciplina legislativa che egli ritiene più favorevole per sé. La contrapposizione tra uniformazione legislativa e concorrenza tra ordinamenti rappresenta una questione non semplice da dirimere in quanto da una parte la norma giuridica all'interno del mercato unico europeo tende ad essere considerata sempre più al pari di un bene di consumo<sup>21</sup>.

Nel segmento proprio del mercato del lavoro ben configura la coesistenza tra regole in competizione tra loro e regole uniformemente applicate. Alcune considerazioni in merito a questo conflitto interno, partono dalla centralità che il principio di scelta del diritto nazionale più favorevole riveste nell'attività di interpretazione della normativa europea che, però, soprattutto nell'area relativa al diritto del lavoro europeo è nel complesso piuttosto circoscritto in quanto dalla Convenzione di Roma 1980 e dalla direttiva europea 96/71, emergono degli ostacoli di natura giuridica circa l'applicabilità del principio della legge nazionale più favorevole a vantaggio di una normativa che, al contrario, garantisce l'attuazione della normativa lavoristica nazionale del paese membro ospitante nei confronti dei lavoratori distaccati, come peraltro accade nella fattispecie del distacco di manodopera intra-europea. Inoltre, altra caratteristica fondamentale del diritto del lavoro è sempre consistita nel fornire di una protezione una delle parti del rapporto contrattuale,

---

<sup>21</sup> *Posted workers, la condizione dei lavoratori in distacco transnazionale in Europa*. Rossana Cillo, Fabio Perocco. *Cà Foscari* 2022, pag. 71-72

nel caso di specie nei confronti del prestare di lavoro poiché la sua figura rappresenta per antonomasia la parte debole del rapporto giuridico<sup>22</sup>.

Il trattato sul funzionamento dell'Unione europea riconosce esplicitamente il principio del reciproco o mutuo riconoscimento, al quale vengono attribuite determinate funzioni fondamentali per l'attività interpretativa del giudice europeo alla luce delle varie dispute giurisprudenziali presenti soprattutto nel panorama giuridico attuale europeo ed in relazione al fenomeno del distacco di manodopera intra-europeo. La poliedricità di questo principio il quale assolve a diverse funzioni, lo ha reso nel tempo oggetto di una vasta gamma di interventi che ne hanno determinato la sua struttura che ha iniziato ad assumere una certa forma a partire dalla elaborazione della sentenza *Cassis de Dijon* proprio quando era stato stabilito per la prima volta che il principio del mutuo riconoscimento sarebbe stato utilizzato come soluzione alternativa rispetto alle norme di armonizzazione europee, infatti quando l'incompatibilità tra differenti principi nazionali non consentiva di arrivare ad un obiettivo di uniformazione del diritto europeo, il mutuo riconoscimento era in grado di trasformare l'insieme di quelle diversità di vedute, che influenzavano i vari principi nazionali, in regole interne omogenee tanto che la sua costante applicazione in sede giurisprudenziale aveva portato ad una piena realizzazione dei principi europei contenuti nei trattati e al tempo stesso si era raggiunta una effettiva tutela delle tradizioni legislative degli stati membri<sup>23</sup>.

In questo specifico caso, gli scopi che determinano l'applicazione di questo principio lasciano lo spazio a materie per le quali è già prevista una legislazione europea di garanzia minima, ovvero la direttiva 96/71 interviene per fissare le materie nelle quali è consentito l'intervento del legislatore in quanto si parla di direttiva di armonizzazione. L'attuazione del principio di mutuo riconoscimento non prevale pertanto sugli ordinamenti di provenienza perché è la direttiva stessa che fissa delle misure minime di protezione dei lavoratori che vengono distaccati in esecuzione di una prestazione di servizi nell'ambito della fattispecie del distacco transnazionale di manodopera, quindi sono gli ordinamenti dei paesi di provenienza a trasportare gli standard minimi di tutela sanciti dalla normativa europea e ciò ha inoltre l'effetto di scongiurare qualsivoglia controllo di equivalenza con la legislazione dello stato membro di destinazione del lavoratore distaccato.

---

<sup>22</sup> *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione europea*, Fabrizio Bano, *il mulino*, pag., 76-77

<sup>23</sup> *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione europea*, *op. cit.*, pag. 78

L'orientamento che principalmente viene seguito dalla giurisprudenza europea maggioritaria si caratterizza per l'utilizzo dei criteri tipici del principio del mutuo riconoscimento ovvero sulla regola generale in base alla quale lo stato di destinazione può assoggettare il prestatore di servizi straniero alle tutele che impone a quest'ultimo solo se il prestatore di servizi non è già vincolato in base alla legge in vigore nel suo stato di provenienza; al contrario, dal punto di vista della dottrina, il mutuo riconoscimento è anche strettamente connesso con la lettura dell'articolo 153 tfue in virtù del quale gli Stati hanno la competenza ad estendere le tutele fissate, sulla base di standard minimi di protezione, dalle direttive di armonizzazione: gli stati membri possono estendere le garanzie giuslavoristiche con l'obiettivo di offrire una maggiore tutela a livello nazionale, ma non in ogni caso, e la tutela stabilita dall'ordinamento giuridico interno può essere applicata in via esclusiva alla manodopera distaccata.

E' necessario infatti capire se l'equivalenza delle tutele previste tra stato di provenienza e stato ospitante può essere accertata in relazione al livello minimo di tutela stabilito dalla direttiva o in relazione agli standard più elevati di tutela sanciti dalla legislazione dello stato ospitante in un il prestatore di servizi distacca la manodopera. Nella prima ipotesi ai lavoratori in distacco non possono essere fornite le tutele giuridiche secondo i più elevati standard di protezione introdotti dallo stato ospitante per i prestatori di lavoro locali; nella seconda ipotesi la legge dello stato ospitante che si applica ai contratti di lavoro funge da criterio sulla base del quale possono essere stabiliti standard più alti di protezione giuridica, pertanto in quest'ultimo caso sarà la legislazione dello stato ospitante prevarrà sul principio del mutuo riconoscimento. A riguardo in considerazione di quanto esplicitato dall'articolo 153 tfue, qualora gli stati decidessero di potenziare gli standard minimi posti dalla direttiva di armonizzazione europea si deve, in forza del principio del mutuo riconoscimento, appurare che le nuove regole imposte ai lavoratori in distacco non vadano a contrastare con il principio della libera prestazione di servizi<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro*, Costantino Cordella, Giappichelli 2020, pag. 102 ss.

## 1.4 PERCORSO REGOLATIVO TRA LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA

Sin dall'istituzione della comunità della CECA alla nascita della Comunità economica europea per arrivare al 1993, quando venne promulgato il trattato della Comunità europea, in relazione soprattutto alle prospettive contenute all'articolo 39, il sistema normativo comunitario in materia di libera circolazione dei lavoratori ha sempre continuato ad essere uno degli ambiti con maggiore propensione alla dinamicità intesa come capacità di evoluzione all'interno del processo di integrazione europea.

La distinzione analitica tra l'articolo 39, il quale parla di libera di circolazione dei lavoratori subordinati, e l'articolo 49 del trattato della comunità europea, il quale configura la fattispecie del distacco di manodopera nell'ambito di una prestazione transnazionale dei servizi, serve a porre una netta divisione tra due forme di mobilità dei lavoratori europei che nel corso degli anni hanno costituito il principale terreno di scontro ai fini della creazione di un corpus di regole su misura dei lavoratori comunitari<sup>25</sup>.

La differenza concettuale e sostanziale che attiene a questi due modi di spiegare i principi alla base della libera circolazione dei lavoratori merita di essere esaminata perché questa distinzione caratterizza la perenne tensione tra l'esercizio delle libertà economiche all'interno dell'Ue e l'autonomia dei sistemi di diritto nazionali di diritto del lavoro.

Il principio della libera circolazione dei lavoratori subordinati contenuto all'articolo 39 del trattato CE riconosce la libertà di movimento dei lavoratori subordinati ovvero un diritto che implica l'eliminazione di ogni discriminazione sulla base della sola nazionalità per quanto attiene all'impiego, alla retribuzione e alle altre condizioni di lavoro. Dunque, non esistono in forza di questa libertà, riconosciuta come diritto fondamentale, degli ostacoli di natura discriminatoria che possano impedire ad un cittadino di uno stato membro dell'Ue di spostarsi in un altro stato membro per rispondere ad una offerta di lavoro. Per la Corte di giustizia europea solo alcuni limiti potevano essere opposti a questo diritto, attraverso una interpretazione restrittiva della corte stessa relativa al paragrafo 4 dell'articolo 39 con riferimento alle clausole di ordine pubblico, alle norme in materia di pubblica sicurezza e della sanità pubblica; queste tre categorie di norme costituiscono le uniche eccezioni che possono essere opposte all'esercizio di questo diritto.

---

<sup>25</sup> *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, Balandi G. G. 1998, pag. 29 ss.

L'affermazione di un principio incondizionato di parità di trattamento nelle condizioni lavorative garantite dallo stato ospitante, che ha il suo fondamento normativo nell'articolo 39 del trattato della comunità europea, conferisce uno status giuridico equiparato al lavoratore comunitario rispetto al lavoratore locale. Questa equiparazione rappresenta una novità nella regolamentazione delle migrazioni economiche, imposta e garantita dai trattati istitutivi e dal diritto derivato.

Il trattato originario non faceva distinzione tra forme di accesso al mercato del lavoro del paese ospitante caratterizzate da una certa stabilità o da situazioni puramente temporanee. Il diritto alla libera circolazione, come evidenziato anche dal Regolamento n°1612 del 1968, si applicava a tutti i lavoratori indipendentemente dalla loro situazione di permanenza, stagionalità, o di lavoro frontaliero o dalla natura temporanea delle loro prestazioni di servizi. Gli articoli che vanno dal 48 al 51 del trattato della comunità europea sono strettamente collegati alla libertà di stabilimento, da un lato, e alla libera circolazione dei servizi, dall'altro, ovvero rispettivamente la libertà di movimento del lavoratore per rispondere a delle offerte di lavoro all'interno di uno stato membro diverso rispetto a quello nel quale risiede, e la temporanea prestazione di servizi da parte di un soggetto imprenditore la cui impresa risiede in uno stato membro diverso da quello in cui l'impresa stessa effettua la prestazione. Verso la fine degli anni ottanta del secolo scorso, la Corte di giustizia europea avviò un processo di revisione giuridica dei trattati che come risultato portò lo strumento della mobilità temporanea nell'orbita dell'articolo 49 del trattato della comunità europea, sottraendo dunque questo principio al dettato dell'articolo 39 ed allo stesso tempo gettando le basi del processo di formazione della direttiva europea 96/71 e segnando una svolta epocale nel trattamento giuridico dei lavoratori migranti<sup>26</sup>.

Questa trasformazione che si è avuta ad opera del giudice europeo ha dato inizio ad un nuovo percorso di evoluzione del diritto comunitario del lavoro in quanto per la prima volta s'introduce una regolamentazione che fino ad allora aveva protetto le libertà economiche previste dai trattati a scapito dei diritti sociali dei lavoratori, introducendo la dialettica home state e home state control. Questo processo di trasformazione può essere sintetizzato essenzialmente in tre tappe che sono state cruciali al fine della sua

---

<sup>26</sup> *Un (possibile) equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione.* Borrelli, S. 2008, pag. 125 ss.

realizzazione. In particolare, le prime due sentenze Webb (C-279/80) e Seco (C-62/81) hanno segnato l'inizio di questa fase di innovazione della giurisprudenza europea che si è successivamente perfezionata con la sentenza *Rush Portuguesa* (C-113/89) che in sostanza ha anticipato la sentenza sul distacco di manodopera intra-europea. Fin dalle prime sentenze della Corte di giustizia europea il tema relativo alla compatibilità della norma sulla tutela del lavoro dello stato di destinazione con l'articolo 49 del trattato della comunità europea, è stata una questione molto dibattuta perché l'effettuazione di una prestazione di servizi in uno stato diverso rispetto a quello nel quale ha sede l'impresa che distacca i lavoratori ha sempre posto un problema di norme che tutelassero i diritti dei lavoratori distaccati e dall'altra parte una questione, ancora dibattuta, delle libertà economiche all'interno dell'Ue ai fini del raggiungimento degli obiettivi dei trattati per la realizzazione del mercato unico europeo<sup>27</sup>. In tutte queste occasioni, la Corte di giustizia ha affermato che il divieto di discriminazione all'interno dello stato di destinazione non implica altresì l'applicazione integrale di norme relative alle prestazioni di lavoro permanenti anche ad attività di lavoro temporanee svolte da imprese di altri stati membri attraverso il distacco della loro manodopera. Proprio con l'ultima sentenza, prima che fosse introdotta la direttiva, vengono gettate le basi concettuali relative alla figura del lavoratore come emerge dall'articolo 39 e dall'articolo 49 del tratta CE; infatti l'elemento che distingue la tipologia di lavoratore in entrambi risiede nella specificità che in base all'articolo 39 il prestatore migrante ha un accesso diretto al mercato del lavoro potendo a sua volta vantare i medesimi diritti di un lavoratore locale; dal punto di vista dell'articolo 49, al contrario, il prestatore di lavoro resta stabilito nel suo paese d'origine, ma segue il suo datore di lavoro il quale attraverso la sua impresa fornisce una prestazione transnazionale di servizi. In base a quest'ultima affermazione, sempre in ossequio al principio della libera prestazione dei servizi, i principi di diritto comunitario non possono ostacolare l'attuazione dei principi di diritto interno e dei contratti collettivi nell'ipotesi di una prestazione di servizi all'interno dello stato di destinazione indipendentemente dallo stato di provenienza dell'impresa che distacca la manodopera. Questa lettura però contribuì a far emergere una certa ambiguità in quanto i principi istitutivi dei trattati sulla libera prestazione dei servizi furono inizialmente sacrificati sull'altare di una visione

---

<sup>27</sup> *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking. Antonio lo faro. Lavoro e diritto 2008, pag. 70-71*

maggiormente protezionista che di fatto impediva la piena realizzazione degli obiettivi del trattato in materia di prestazione dei servizi, poiché la mobilità temporanea metteva in discussione il bilanciamento degli interessi tra stati membri e comunità europea in termini di tutela dei diritti dei lavoratori e dei principi economici sui quali le stesse istituzioni sovranazionali si fondavano.

Tuttavia non si potrebbe avere una comprensione esaustiva rispetto al percorso che portò il legislatore europeo alla direttiva 96/71 senza aver citato la seconda tappa che corrisponde ad un più generale principio di interpretazione dell'articolo 49 del trattato CE. Attraverso la sentenza *Säger* (C-76/90) infatti l'articolo 49 assume in sostanza un nuovo significato che per la prima volta intende affermare un principio di diritto innovativo, per cui se da una parte la prestazione di un servizio transnazionale non poteva essere impedita da ragioni discriminatorie dirette o indirette, dall'altra parte elimina, almeno concettualmente, qualsiasi tentativo di demonizzazione di misure legislative che tendono ad ostacolare lo svolgimento di una prestazione di servizi a carattere temporaneo e che impediscono l'accesso temporaneo nel mercato del lavoro e dei servizi di un determinato stato membro, minando in questo senso la realizzazione degli obiettivi del mercato unico europeo e pertanto le libertà economiche poste alla base della prestazione transnazionale dei servizi; d'altronde nell'ipotesi di una prestazione di servizi a carattere transnazionale il solo trattamento non discriminatorio non pare costituire, seppure fondamentale per l'accesso al mercato del lavoro del paese membro di riferimento, il solo elemento in grado di assicurare un concreto ingresso nel mercato dei servizi del paese membro ospitante<sup>28</sup>. L'assoggettamento del prestatore di servizi alla regolamentazione del paese di destinazione, che si aggiunge alle tutele già previste dallo stato di provenienza, può rappresentare, tralasciando la possibilità di una eventuale discriminazione o meno alla nazionalità del prestatore di servizi, il solo ostacolo atto ad impedire concretamente le suddette possibilità di accesso nello spazio economico del paese di destinazione con un conseguente ridimensionamento della libertà di prestare servizi all'interno dello spazio comunitario<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> *Posted workers, la condizione dei lavoratori in distacco transnazionale in Europa*. Rossana Cillo, Fabio Perocco, *Ca' Foscari* 2022, pag. 228-229

<sup>29</sup> *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*. Giubboni S., Orlandini G. Franco Angeli 2018, pag. 907 ss.

Il nuovo corso aperto proprio con la sentenza *Säger* ha, in seguito, modificato gli equilibri circa il bilanciamento degli interessi da una parte vantati dagli stati membri, ovvero da una parte l'interesse ad una maggiore protezione dell'ordinamento giuridico interno, e dall'altra l'interesse all'accesso al mercato dei servizi europeo. Da qui, il passaggio da un approccio che generalmente dava più rilevanza alla circostanza che un sistema di regole non fosse per caratteristiche discriminatorio ad un approccio che tendenzialmente guardava oltre il principio della parità di trattamento dando più risalto al principio del libero accesso al mercato comune dei servizi. Sulla scia del nuovo principio desumibile dall'interpretazione giurisprudenziale dell'articolo 49 del trattato CE, in base alla quale le libertà economiche in un certo senso possono prevalere sulle condizioni di tutela dei lavoratori distaccati, si delinea una nuova concezione di libera prestazione dei servizi.

In linea di massima, se le norme relative alla tutela del lavoro dello stato ospitante sono più favorevoli, l'impresa che effettua il distacco della propria manodopera, nell'ambito di una prestazione di servizi, in via temporanea e a favore di un altro soggetto imprenditore che non risiede nello stesso stato membro, avrebbe dei costi derivanti dall'operazione del distacco e pertanto non verrebbe agevolata da una legislazione accomodante che disincentiva i servizi transfrontalieri. A questo punto l'attuazione della legislazione in materia di tutela del prestatore di lavoro costituirebbe una via eccezionale che comprime il principio alla libera circolazione in quanto questa eccezione si fonda essenzialmente su ragioni di tutela dell'interesse pubblico, tra le quali il giudice europeo ammette esplicitamente la tutela del prestatore di lavoro distaccato.

Solo in forza del principio della libera circolazione ex articolo 39 del trattato CE, la tutela del prestatore di lavoro si realizza nella misura in cui essa è considerata un interesse fondamentale dello stato; quest'ultimo, un trattamento che non si evince nell'ambito della mobilità temporanea dei lavoratori riconducibile all'articolo 49 del trattato CE, inerente all'ambito della prestazione transnazionale dei servizi che, invece, predilige l'applicazione della disciplina legislativa del paese membro d'origine del prestatore di lavoro, potendo pertanto prevedere l'assoggettamento dello stesso alla regolamentazione del paese di destinazione solo sulla base di criteri quali la necessità e la proporzionalità<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze. Giubboni, S., Orlandini, G, il mulino 2007*

In questa ottica la direttiva 96/71 rappresenta il raggiungimento di un fragile compromesso perché da un lato si caldeggia la libera prestazione dei servizi e dall'altro si cerca di rinforzare il tessuto giuslavoristico del sistema di diritto interno degli stati membri a fronte di una sempre più incombente minaccia corrosiva da parte di forme di concorrenza sleale ovvero del dumping sociale. Nel tentativo di realizzare un bilanciamento tra questi interessi, essenziali per la tenuta e la coesione della comunità europea, viene emanata la Direttiva Bolkestein, o direttiva dei servizi, la quale gioca un ruolo chiave nel dare rilevanza ed attuazione ai principi generali del diritto comunitario, in particolare per quanto concerne la libera circolazione dei servizi. Il settore dei servizi è, infatti, un tema cruciale e strategico per la comunità europea ai fini della crescita economica e di una maggiore competitività che mirano a dare un forte impulso alla realizzazione del principio della libera prestazione dei servizi.

La direttiva Bolkestein prevedeva, ai fini del completamento del mercato unico, una serie di misure atte a dare una chiara definizione alla libertà di circolazione dei servizi, estendendo la regolamentazione in materia di beni alla disciplina dei servizi attraverso l'introduzione della regola del paese d'origine per mezzo del quale la giurisdizione sulle prestazioni di lavoro temporanee eseguite in altri stati membri è competente la legislazione vigente nel paese di stabilimento dell'impresa che ha prestato manodopera. Sebbene l'importanza dei servizi abbia nel tempo assunto una maggiore rilevanza, dovuta in modo speciale alla crescita che ha interessato questo settore, vi sono ancora persistenti barriere caratterizzate da una profonda eterogeneità normativa tra paesi membri della comunità europea accomunati dall'obiettivo, in un certo senso legittimo, di proteggere i prestatori di servizi locali dalla concorrenza che negli ultimi anni tende sempre più ad accentuarsi.

Se il principio di libera circolazione è andato estendendosi fino a diventare un principio di mutuo riconoscimento per quanto concerne la circolazione dei beni prodotti all'interno dell'Unione europea riconoscendo quindi che i beni prodotti secondo standard di uno stato membro devono poter essere commercializzati liberamente senza restrizioni in qualsiasi stato membro, non è c'è stato lo stesso processo estensivo nell'ambito dei servizi per il quale la giurisprudenza europea lascia ancora delle riserve e delle contraddittorietà<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> *La direttiva Bolkestein e i diritti dei lavoratori europei. Giubboni S., Orlandini G., 2007, pag. 99-102*

## CAPITOLO 2

### 2.1 OGGETTO DELLA DIRETTIVA 2018/957

A seguito dei numerosi e ripetuti interventi da parte del giudice europeo e dei successivi interventi del legislatore europeo che si sono verificati a stretto intervallo temporale, è facilmente comprensibile come il tema legato alla fattispecie del distacco di manodopera intra-europeo sia ancora uno dei più cruciali che riguarda direttamente la capacità degli stati membri, e in particolare delle istituzioni europee, di creare un sistema di regole uniformi e omogenee che siano in grado di garantire una maggiore coesione sociale tra i paesi dell'Unione europea<sup>32</sup>.

Ciò che rileva nella nuova disciplina della direttiva europea consiste nell'insistente tentativo di determinare un mutamento dell'orientamento legislativo cercando di incidere sulla modifica delle legislazioni di stati membri che si caratterizzano per avere un costo del lavoro mediamente più alto ed un sistema di leggi in materia giuslavoristica più protettivo, con il risultato di ottenere una diminuzione degli standard di tutela sociale in termini di efficacia. La presenza di standards di tutela deboli da un punto di vista sostanziale a fronte di una concorrenza spietata tra le imprese dei vari stati membri ha portato alla conseguenza naturale delle ipotesi di delocalizzazioni in virtù delle quali diversi soggetti imprenditori avevano deciso di spostare parzialmente, o nel complesso, la produzione della loro impresa in stati membri dell'Ue che offrivano un terreno di gioco più favorevole. Alcuni stati membri, perciò, sull'onda di una situazione di crescita economica favorevole, offrivano condizioni di maggior vantaggio per mezzo delle quali era possibile portare avanti un'attività economica organizzata che consentiva di distaccare i propri lavoratori per l'esecuzione di una prestazione di servizi gestendo però il lavoro da uno stato membro diverso da quello del precedente stabilimento. Un primo aspetto, questo, della direttiva che legittima, in forza dei principi istitutivi dei trattati, una modalità di organizzazione imprenditoriale radicata in quelli che sono due pilastri fondamentali del mercato unico ovvero la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento delle imprese. La direttiva 2018/957 non solo modifica in modo incisivo l'ambito di

---

<sup>32</sup> *La nuova disciplina del distacco transnazionale dei lavoratori tra diritto europeo e nazionale. Rivista “ variazioni su temi di diritto del lavoro “. Massimo Pallini, fascicolo 1- 2021, Giappichelli.*

applicazione oggettivo e soggettivo dei profili del distacco già delineati dalla direttiva 96/71 ma arriva inoltre, in un certo senso, al chiarimento del significato circa il criterio della temporaneità<sup>33</sup>. Essa infatti in base ad una prima accezione si assume come la temporaneità di un servizio svolto, in un determinato stato membro ospitante, da un'impresa che ha il suo stabilimento nello stato membro in cui risiede, anche detto home state, mentre sulla scorta della seconda accezione s'intende la temporaneità del distacco dei prestatori di lavoro dipendenti dell'impresa che lavorano usualmente nello stato in cui risiede l'impresa distaccante.

Da diversi anni, ovvero dalla direttiva madre 96/71, la caratteristica della temporaneità del servizio non ebbe grande rilevanza tale da mettere questo elemento al centro della trattazione che portò all'introduzione della normativa da parte di consiglio dell'Ue e del parlamento europeo, né il regolamento 593/2008 né il testo della direttiva 96/71 avevano espresso esplicitamente una chiara definizione di temporaneità, che invece è stata dettagliata da altre fonti del diritto europeo, ossia dalla giurisprudenza della corte di giustizia europea, sebbene la nozione introdotta dal giudice di Lussemburgo è quantomai ambigua ed ampia tale da ricomprendervi lo svolgimento di qualsivoglia servizio che basilariamente prevede con certezza un completamento. Anche il criterio della temporaneità non viene definito dettagliatamente, potendosi interpretare il suo significato sulla base di una mancanza di precisione nel definire il quantum della durata temporale rendendo di conseguenza non semplice l'individuazione, di tale significato, ai fini pratici della prestazione temporanea di un servizio. Da un lato essa ha spiegato come né la ripetizione costante nel tempo né la presenza di una sede in rappresentanza dell'impresa distaccante nel paese di destinazione siano degli elementi che di fatto possono venire in ausilio all'interprete ed essere pertanto dei canali facilitatori nel processo di identificazione pratica dell'elemento della temporaneità<sup>34</sup>.

La connessione della legittimità del distacco ad una nozione confusa ed ambigua di temporaneità aveva quindi lasciato spazio ad innumerevoli e diffusi abusi che nel corso degli anni aveva accentuato una concorrenza già in atto tra le imprese degli stati membri. Se per il dettato della direttiva 96/71 il concetto di temporaneità era legato al distacco del

---

<sup>33</sup> *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori. Andrea Allamprese, Silvia Borelli, Giovanni Orlandini.*

<sup>34</sup> *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell'UE: dal damping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo. Matteo Corti. Fascicolo 1-2021, pag. 48 ss.*

prestatore di lavoro che di fatto avveniva nel paese ospitante differente dal luogo in cui l'impresa distaccante aveva il suo stabilimento, per la giurisprudenza europea un criterio formale è costituito dalla definizione di luogo abituale: la corte di giustizia tende a misurare il luogo abituale non come quello in cui l'impresa ha fissato il suo stabilimento, ma come il luogo dove avviene o a partire dal quale si svolge la prestazione; quest'ultima tra l'altro essenziale anche per identificare quale la disciplina legislativa applicabile al rapporto di lavoro del prestatore di lavoro distaccato. Anche dalla giurisprudenza non è possibile dedurre dunque i criteri che permettono di identificare nella pratica l'elemento della temporaneità, soffermandosi solo ed esclusivamente al luogo abituale di lavoro.

Un supporto interpretativo che proviene dalla direttiva 2014/67 parte dalla considerazione di alcuni elementi per appurare se la fattispecie del distacco avviene legittimamente, ovvero genuinamente, o viene abusata. L'attività svolta dal lavoratore distaccato nello stato di destinazione infatti si connota di elementi che consentono di comprendere se l'attività che è svolta nel paese ospitante ha i caratteri della temporaneità, o se ha i caratteri dell'abitudine dovendo pertanto verificare se l'attività viene svolta nel paese dove ha sede l'impresa. Anche se, tuttavia, rimane un'attività, quella di verificare ex ante la possibilità che un lavoratore distaccato ritorni in modo definitivo nel paese dove risiede la sua impresa, contraddistinta da una notevole indeterminatezza degli elementi fattuali della fattispecie che lasciano spazio ad abusi ed interpretazioni fuorvianti. La direttiva 2018/957 ha il merito di intervenire sulla seconda declinazione del requisito di temporaneità ossia sull'aspetto relativo alla durata del distacco che pertanto diventa essenziale ai fini dell'individuazione della durata temporale oltre la quale il prestatore di lavoro non verrebbe più considerato come lavoratore distaccato ma bensì come un lavoratore che svolge la prestazione lavorativa alle dirette dipendenze dell'impresa distaccataria. La stessa direttiva del 2018 fissa un termine oltre il quale si esce dall'orbita del campo di applicazione della direttiva madre 96/71, in conseguenza del quale troverebbe attuazione il regime della disciplina legislativa previsto dallo stato ospitante, qualora preveda condizioni in *mejus* rispetto al paese d'origine<sup>35</sup>. Ciononostante la direttiva 96/71 prevede due eccezioni, che in sostanza vengono riprese dalla direttiva 2018/957, per le quali determinati ambiti della materia giuslavoristica vengono esclusi dall'applicazione della legge e della contrattazione collettiva dello stato ospitante,

---

<sup>35</sup> *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell'UE. Matteo Corti, cit., pag. 51 ss.*

dovendo al contrario fare riferimento alla legge ed agli accordi collettivi del paese d'origine sebbene vengano superati i 12 mesi, durata massima consentita per il distacco di manodopera dalla direttiva 96/71. Da una parte parliamo di norme inerenti a procedure, formalità e condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto di lavoro, incluse le clausole di non concorrenza; non si entra pertanto nell'ambito delle condizioni di lavoro essenziali del prestatore di lavoro. Dall'altra parte le norme concernenti i regimi pensionistici integrativi di categoria. Se con l'articolo 1-bis della direttiva 96/71, emendato e introdotto con la direttiva 2018/957, si prevede che il limite massimo della durata temporale del distacco avvenga entro i dodici mesi, con la stessa direttiva viene introdotta una eventuale ipotesi per la quale un prestatore di lavoro può essere distaccato per una durata temporale che può arrivare fino ai diciotto mesi ma che deve essere motivata sulla base delle esigenze dell'impresa distaccante. I motivi che però legittimerebbero il prolungamento del distacco, configurandosi come giustificazioni sostanziali di tale atto, non sono menzionati nella norma europea che pertanto in via implicita attribuisce agli stati membri la delega a legiferare sulle motivazioni, tenendo sempre in considerazione l'obiettivo di conciliare le libertà economiche con il principio di parità di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori locali residenti nello stato di destinazione. Occorre tuttavia tenere conto che la normativa di recepimento nazionale nulla prevede in relazione ai motivi che giustificerebbero il procrastinamento del termine del distacco in quanto non avendo il legislatore nazionale posto in essere un intervento per attuare quanto specificato nella direttiva madre.

La nuova direttiva, che concerne la modifica della direttiva 96/71 sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione dei servizi transnazionale, parte sempre dalla stessa considerazione ovvero nel considerare il distacco dei lavoratori una fattispecie che nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione identifica l'invio di lavoratori in altri stati membri per l'esecuzione di appalti, per lo svolgimento di una prestazione alle dipendenze di agenzie di somministrazione, o nell'ambito di un distacco infragruppo<sup>36</sup>.

Il legislatore europeo ricorre inoltre ai regolamenti 883/2004 e 987/2009, già in precedenza utilizzati per disciplinare le condizioni lavorative applicabili ai prestatori di lavoro in distacco, al fine di legiferare in materia di previdenza. Tra il regime di previdenza e il regime relativo al rapporto contrattuale emergono di fatti delle differenze

---

<sup>36</sup> *La nuova direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori. Cit., pag. 133*

sostanziali tra quelle che sono le disposizioni che determinano i regolamenti e le disposizioni della direttiva 957/2018, che va ad integrare quanto già sancito dalla direttiva madre 96/71. Con i regolamenti il legislatore europeo poneva come condizione il limite per cui sino ai ventiquattro mesi dall'inizio del distacco il regime previdenziale applicabile al prestatore di lavoro distaccato doveva essere quello dello stato d'origine, superato questo termine il lavoratore sarebbe stato soggetto al regime previdenziale dello stato ospitante. Con la direttiva 957/2018 la distinzione della natura temporanea o permanente della prestazione lavorativa svolta in distacco è fondamentale per comprendere che il vero obiettivo dei promotori di questa direttiva fosse quello di estendere e non di restringere il campo di applicazione, evidenziando che la normativa avente ad oggetto il rapporto contrattuale, e non il rapporto previdenziale, consentiva di applicare il diritto del lavoro dello stato di provenienza al lavoratore che veniva distaccato per un periodo dai dodici ai diciotto mesi. Come risulta infatti dal dettato della direttiva 957/2018, quest'ultima prevede che si possa continuare ad applicare il regime contrattuale dello stato ospitante fino ad un massimo di diciotto mesi se il lavoratore distaccato è effettivamente stato utilizzato per una prestazione di servizio temporanea a tutti gli effetti<sup>37</sup>. Se il lavoratore distaccato viene, al contrario, impiegato per la prestazione di un servizio che non può dirsi temporaneo ma permanente gli si applicherà dall'inizio della prestazione in distacco il regime contrattuale in vigore nello stato ospitante. L'intento è certamente quello di evitare che nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi l'impresa distaccante possa eludere l'applicazione della disciplina in vigore nello stato di destinazione attraverso la rotazione di più lavoratori che per un periodo inferiore ai dodici mesi vengono distaccati; per questo motivo lo scopo della direttiva prevedeva altresì il compito da parte del legislatore nazionale di individuare i criteri di determinazione che avrebbero consentito di predisporre una normativa efficace da un punto di vista sostanziale tenendo in considerazione la natura del servizio, il lavoro da effettuare e l'indirizzo del luogo di lavoro; ma anche in questo caso il legislatore italiano è venuto meno al suo impegno istituzionale. Un altro aspetto fondamentale sul quale la direttiva interviene, considerato tra l'altro un altro punto dolente della direttiva 96/71, è costituito dall'individuazione del trattamento minimo retributivo al quale i lavoratori distaccati sono assoggettati. La questione relativa al trattamento minimo retributivo già dalla

---

<sup>37</sup> *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell'UE. Matteo Corti, cit., pag. 60 ss.*

direttiva 96/71 rappresentava uno dei punti più sensibili in materia di distacco di manodopera intra-europea perché spesso questo elemento che sicuramente apporta tutele aggiuntive ai lavoratori è stato strumentalizzato dando vita ad una conseguenza conosciuta come concorrenza sleale ovvero dumping sociale. In base a quanto sancito dall'articolo 3.1 della direttiva 96/71 la retribuzione minima era una delle voci per le quali era prevista l'applicazione della legge vigente nel paese di destinazione del lavoratore distaccato. La prima importante modifica apportata dalla direttiva del 2018 riguarda l'introduzione della nozione di retribuzione che va a sostituire proprio la nozione di tariffa minima salariale, lasciando sostanzialmente al legislatore nazionale il compito di determinare la soglia minima retributiva che il lavoratore in distacco ha il diritto di ricevere. Si estende anche il concetto di retribuzione dovendosi fare riferimento a tutti gli elementi principali che sono, in base a quanto espresso dalla direttiva, ricompresi in via obbligatoria ovvero tutti gli elementi costitutivi che sono stati introdotti da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative ed inoltre dagli accordi collettivi o da arbitrati la cui efficacia sia stata riconosciuta a livello nazionale. Nonostante l'introduzione di una nuova accezione di retribuzione per cui deve essere garantita la parità di trattamento tra lavoratori locali e lavoratori che vengono inviati nel paese ospitante nell'ambito del distacco transfrontaliero, esistono tuttavia dei vuoti normativi che lasciano libere le imprese distaccatarie che usufruiscono del distacco pressoché libere di contrattare al ribasso le retribuzioni da corrispondere a questi ultimi.

Nello specifico la direttiva introduce in sostanza un duplice cambiamento: il primo consiste nella sostituzione dell'elemento delle tariffe minime di retribuzione alla locuzione degli elementi costitutivi della retribuzione che sono resi obbligatori, in conseguenza del quale ogni elemento della retribuzione sia applicato al prestatore di lavoro inviato in distacco presso lo stato membro di destinazione. Di fatto, tutte le indennità e gli elementi di supplemento inclusi nella categoria di retribuzione non venivano affatto valutati come elementi minimi della retribuzione. A seguito dell'introduzione dell'emendamento alla direttiva, questi vantaggi economici diventano obbligatori per tutti i datori di lavoro, e pertanto rientreranno nella sfera degli elementi obbligatori della retribuzione. Una modifica addizionale apportata sempre dalla direttiva consiste nel fatto che la direttiva ha pressoché eliminato la differenza tra rimborso di viaggio, vitto e alloggio ed altri elementi inclusi nel novero della retribuzione. Nel

complesso, i suddetti elementi prima della direttiva non erano incorporati alla nozione di salario minimo, il che poneva i lavoratori distaccati e i lavoratori locali su di un piano differente da un punto di vista della tutela in termini pratici, in conseguenza del quale i costi effettivamente sostenuti per il distacco non venivano rimborsati. Anche se i rimborsi sono, in virtù della nuova direttiva, sono considerati separatamente hanno una tutela analoga agli elementi compresi nella nozione di retribuzione obbligatoria, tale da garantire il diritto ad un trattamento paritario. La parità di trattamento viene così garantita sia per gli elementi retributivi obbligatori che per i rimborsi, tuttavia, esiste una netta distinzione tra le due categorie. Sul piano pratico sarà possibile confrontare gli elementi della retribuzione non in modo separato ma nel loro insieme potendo in sostanza fare riferimento al medesimo salario tra stato ospitante e stato di origine<sup>38</sup>. Non sarebbe, infatti, all'apparenza equo ricomprendere nell'importo lordo del salario minimo il rimborso dei costi derivanti dal distacco dovuti al dipendente che sarebbero considerati pertanto alla stregua dei costi legati alla prestazione lavorativa effettivamente resa.

---

<sup>38</sup> *A sender state's response to the new posting rules: the amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary. Gábor Kártyás, Hungarian Labour Law E-journal 2020/1, pag. 79*

### 2.1.1 LA PARITA' DI TRATTAMENTO E I LIMITI AL SALARIO

Uno dei problemi cruciali che condizionano la politica della maggior parte dei paesi membri, in materia di distacco di manodopera intra-europea, che non prevedono una disciplina che fissa una retribuzione minima fissa, consiste nell'assenza di un meccanismo basato sull'efficacia erga omnes attraverso l'estensione degli accordi collettivi, come ad esempio accade in Italia. L'articolo 3.1 della direttiva 96/71 dispone che ogni impresa distaccante è obbligata a corrispondere una retribuzione che non deve essere inferiore al minimo stabilito, nello stato ospitante, da previsioni legislative, regolamentari o da accordi collettivi e arbitrati. Sull'onda di quanto stabilito dal suddetto articolo della direttiva, il legislatore tedesco ha fortemente voluto evidenziare chiaramente che l'introduzione della retribuzione oraria minima legale fosse un atto innovativo dal punto di vista giuridico che aveva l'obiettivo di far rispettare non solo alle aziende locali ma anche alle aziende distaccanti la determinazione del trattamento retributivo che pertanto diventata vincolante per tutti; tantomeno, alla mancanza di un sistema per l'attribuzione e il riconoscimento dell'applicazione di accordi collettivi non può sostituirsi la previsione di accordi collettivi o di arbitrati generalmente applicabili alle imprese stipulati da organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale, territoriale o aziendale, perché in materia di parità di trattamento è pur sempre l'ordinamento nazionale che deve garantire il diritto ad una retribuzione equa tra imprese nazionali ed imprese straniere distaccanti: se non vi è un obbligo di osservare quanto previsto dagli accordi collettivi per un'impresa nazionale non può essere obbligatorio per le imprese straniere distaccanti osservare quanto dettato dagli stessi.<sup>39</sup>

Il percorso del legislatore italiano verso un riconoscimento di una retribuzione minima legale è stato più tortuoso ed inconcludente in quanto si evince chiaramente un atteggiamento di indifferenza nei confronti delle domande sollevate dalla dottrina che propendeva per una sistematica disciplina che regolasse l'istituto della retribuzione proprio come dichiarato dal legislatore europeo. Nonostante i tentativi della dottrina di rendere consapevole il legislatore italiano dei problemi che potevano derivare

---

<sup>39</sup> *La nuova disciplina sul distacco transnazionale dei lavoratori tra diritto europeo e nazionale. Di Massimo Pallini. Fascicolo 1-2021, variazioni su temi di diritto del lavoro, Giappichelli.*

dall'assenza di una normativa nazionale sulla retribuzione, quest'ultimo decide di proseguire con quanto già previsto dal decreto legislativo 136/2016 che quindi costituisce il nucleo del decreto legislativo 122/2020 che recepisce la direttiva 957/2018. Il D.lgs 122/2020 non modifica infatti il contenuto del precedente decreto, lasciando invariato il termine di dodici mesi prima e dopo del quale, per le materie previste dalla direttiva 96/71 le imprese distaccanti sono obbligate ad attuare i trattamenti retributivi non inferiori a quelli già previsti dagli accordi collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale. Questo improvvido atteggiamento del legislatore ordinario non ha però tenuto conto che i contratti collettivi nell'ordinamento italiano sono sprovvisti di efficacia erga omnes essendo tuttora l'articolo 39 della Costituzione rimasto inattuato, non avendo pertanto le associazioni sindacali personalità giuridica.<sup>40</sup> I soli contratti collettivi previsti a norma dell'articolo 1 del decreto legislativo 122/2020 sono quelli che danno attuazione ai rinvii della legge: secondo questo schema ai contratti collettivi non può essere attribuita un'efficacia generalizzata nel momento in cui non svolgono una funzione normativa. Tutte le materie previste dalla direttiva 96/71 si collocano al di fuori dal processo di rinvio della legge alla contrattazione collettiva, per questa ragione né le imprese nazionali né le imprese distaccanti stabilite in un paese membro diverso sono in via obbligatoria soggette ad aderire o dar attuazione alle disposizioni previste da accordi collettivi a qualsiasi livello, salvo che queste imprese non vi abbiano aderito in via spontanea. Tutto ciò avviene proprio sulla base del principio della parità di trattamento. E' anche vero che la giurisprudenza italiana assegna una efficacia giuridica che di fatto rende, sulla base dei requisiti di sufficienza e generalità, applicabile la normativa sul trattamento minimo retributivo stabilito dalla contrattazione collettiva, sebbene un tale sistema di individuazione della retribuzione che deve essere utilizzato anche dalle imprese straniere che distaccano i lavoratori in Italia non risponde a criteri di certezza e verificabilità prescritti invece dalla giurisprudenza europea, poi recepite dalla direttiva 957/2018, che quantomeno permettono di sanzionare le imprese che non si adeguano.<sup>41</sup> L'efficacia generalizzata dei contratti collettivi opererebbe seconda la giurisprudenza infatti solo in relazione all'elemento della retribuzione base e

---

<sup>40</sup> *La nuova disciplina sul distacco transnazionale dei lavoratori tra diritto europeo e nazionale. Massimo Pallini, fascicolo 1-2021, variazioni su temi di diritto di lavoro, Giappichelli.*

<sup>41</sup> *Distacco transnazionale e tutela dei diritti: il diritto del lavoro accompagna il lavoratore distaccato in ambito Ue. Stefano Maria Corso, fascicolo 1-2021, variazioni su temi di diritto del lavoro, Giappichelli*

non agli emolumenti ed alle maggiorazioni che hanno la loro fonte solo ed esclusivamente nei contratti territoriali ed aziendali, sicché non è per nulla agevole identificare. Quelli che sono le voci della retribuzione considerate concretamente obbligatorie. Ma soprattutto in un contesto fortemente frammentato dovuto alla presenza di accordi sindacali a tutti i livelli, come quelli dell'Italia, genera una forte competizione tra contratti collettivi che intervengono nel medesimo settore dando vita a decine e decine di contratti collettivi determinando un annullamento della maggiore rappresentatività. Questo quadro giuridico rappresenta una fonte di incertezza per le imprese distaccanti che inviano i propri lavoratori nel territorio italiano perché ne deriva la genuina incapacità di queste imprese di rilevare quel contratto collettivo con le più adeguate condizioni di retribuzione<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro. Costantino Cordella. Giappichelli 2021*

## 2.2 IL DUMPING SOCIALE NEL CONTESTO DELL'UNIONE EUROPEA

### 2.2.1 DEFINIZIONI, GENESI E CAUSE

Il dumping sociale la cui origine può essere individuata nell'ambito del processo di integrazione dell'Unione europea, rappresenta un fenomeno che in modo cronico e a fasi alterne ha sempre cercato di indebolire il sistema della politica sociale europea; a intervalli regolari il dumping sociale è stato il fulcro del dibattito mediatico riguardo la tenuta politica ed economica degli stati membri. Una prima definizione di dumping sociale propone di definire questo fenomeno come una forma di concorrenza sleale che certi operatori economici alimentano sfruttando la divergenza, ovvero la differente tutela che gli stati membri europei offrono, che riguarda i diritti sociali all'interno dell'Unione europea; questa divergenza altro non è che il risultato finale di una politica attuata da un certo stato membro al fine di rafforzare la propria posizione concorrenziale all'interno del mercato europeo <sup>43</sup>. In questo senso l'introduzione di un livello di tutela debole o una inefficace attuazione della normativa nazionale a tutela dei diritti sociali che caratterizzano una certa politica intrapresa dagli stati membri, allo stesso tempo realizza un consolidamento della sua posizione concorrenziale rispetto agli altri stati; non necessariamente, tuttavia, l'obiettivo di queste politiche è in via automatica rivolto ad alimentare fenomeni di dumping sociale perché questi differenti livelli di tutela spesso sono direttamente connessi a situazioni più generali di sviluppo economico o ad una certa cultura di uno stato. Un'altra definizione che va un po' in contrasto con la prima, in quanto tende ad evidenziare i risvolti negativi del fenomeno del dumping proviene dall'assemblea nazionale francese la quale sottolinea che il dumping non è altro che una pratica scorretta che, attuata da uno stato o da un'impresa, ha il principale scopo di aggirare ed eludere i diritti sociali in vigore che in generale tutelano le parti deboli, che siano questi diritti di fonte comunitaria, nazionale o internazionale, al fine di trarne un vantaggio di natura economica e che allo stesso tempo favorisce la competitività <sup>44</sup>. Il tema del dumping sociale assume una rilevanza particolare nel quadro del processo di costruzione e d'integrazione dell'unione europea; il fenomeno del dumping tra gli stati

---

<sup>43</sup> J. Donaghey et P. Teague. *The free movement of workers and social Europe: maintaining the European ideal*, *Industrial Relations Journal*, 2006, Vol.37, pag 657

<sup>44</sup> Alexandre Defossez. *Le dumping social dans l'Union européenne*, *Larcier* 2014, pag 28-30,

membri, infatti, si collega a due ambiti connessi tra di loro ma al tempo stesso distinti: da una parte la liberalizzazione degli scambi economici e dall'altra la divisione delle competenze nel sistema della politica dell'Unione europea.<sup>45</sup> Già a partire dalla carta costitutiva dell'organizzazione mondiale del lavoro, nel 1919, veniva evidenziato il rapporto che legava la liberalizzazione, la concorrenza normativa e la possibilità dell'erosione del sistema di leggi a causa del dumping, non a caso la stessa costituzione invitava gli stati a non adottare un regime giuslavoristico che avrebbe impedito la realizzazione di un sistema concorrenziale sano a tutela di una sana concorrenza. Si sarebbe al contrario dovuto riconoscere la capacità delle norme di migliorare il futuro dei lavoratori evitando di incoraggiare una competitività scorretta basata su pratiche distorsive della concorrenza tra stati.<sup>46</sup> Concorrenza normativa e dumping sociale sono tra loro altamente correlati dal momento che entrambi sono la conseguenza di una corsa alla normazione più agevole per affinché venga favorito un certo sistema economico e non i diritti sociali; soprattutto in presenza di una organizzazione decentralizzata delle competenze in materia di diritti sociali, ed in assenza di un quadro di norme comune, si lascia concretamente aperta la possibilità che gli stati membri possano determinare la concorrenza normativa producendo norme al fine, appunto, di attirare le imprese nel proprio territorio. Paradossalmente il principio di sussidiarietà ha consolidato il ruolo degli stati in questa concorrenza normativa, per cui gli stessi attraverso questo pilastro dell'Ue mirano ad escludere qualsiasi tipo d'interferenza da parte delle istituzioni europee specialmente in materia di diritti sociali; La crescente liberalizzazione degli scambi economici rappresenta un fattore importante e “ strategico “ per i fenomeni di dumping sociale, più aumentano gli spazi della liberalizzazione più i legislatori nazionali tendono a rendere più competitiva la legislazione, e quindi più appetibile degli altri stati<sup>47</sup>. Eventi, infatti, come la divisione internazionale del lavoro, la finanziarizzazione dell'economia e la capacità sempre più raffinate degli attori economici di svincolarsi dalla territorialità del loro stato di appartenenza caratterizzano una evoluzione del libero scambio; un processo, questo, che negli ultimi anni ha avuto una sensibile accelerazione che ha causato l'emergere di piani commerciali che in sostanza tendono ad aumentare il rischio di ipotesi

---

<sup>45</sup> Defossez, *Le dumping social dans L'Union Eurpèenne*, cit. p. 30-31

<sup>46</sup> Defossez, *le dumping social dans l'Union Européenne*, cit., p. 32

<sup>47</sup> Defossez, *le dumping social dans l'Union Européenne*, cit., p. 33

di dumping sociale, determinando la liberalizzazione degli scambi quale pietra angolare del processo di costruzione e d'integrazione europea. Storicamente il dumping è un fenomeno la cui nascita può essere collegata all'epoca dell'instaurazione delle prime forme di liberalizzazione degli scambi; i primi casi si ebbero in Francia, nel diciottesimo secolo a seguito della liberalizzazione del grano, e nel Regno Unito a seguito del dibattito che nacque sulla scia delle discussioni che avrebbero portato ad una limitazione dell'orario di lavoro che a sua volta avrebbe determinato una perdita della competitività delle imprese a livello internazionale; la prospettiva dell'aumento del libero scambio ha comportato nel corso dei secoli un'intensificazione della concorrenza tra imprese tanto quanto tra gli stati e più nello specifico i legislatori nazionali sono sempre più andati nella direzione di cercare di coinvolgere e di attirare un sempre più grande numero di investitori " giocando " al ribasso sulle tutele offerte ai lavoratori ovvero a coloro che si trovavano nel punto più basso della catena commerciale; nella gran parte dei casi infatti gli effetti negative della liberalizzazione degli scambi interessano, prima di altri, quei lavoratori che si collocano all'interno delle fasce meno qualificate<sup>48</sup>. Chiaramente la perenne tensione che vige dentro un sistema nel quale il principio di libero scambio e le possibili conseguenze di dumping sociale rappresentano due elementi essenziali, riflette in modo approssimativo non solo il confronto tra legislatori nazionali e giudici, in particolare la Corte di giustizia europea, ma anche i conflitti economici che sorgono tra paesi ricchi e paesi poveri. Infatti se i primi accusano i secondi di trarre vantaggio da certe condizioni di lavoro considerate inaccettabili; i secondi rimproverano i primi avere una legislazione sociale eccessivamente protettiva e quindi li rimproverano di essere smaccatamente protezionisti: le principali cause del dumping sociale sono, pertanto, il prodotto finale di profonde divergenze che persistevano e tuttora persistono tra gli stati membri in materia di sviluppo di diritto sociale, ovvero nella politica sociale europea; se, al contrario, gli stati s'impegnassero a raggiungere standard di tutela uguali o quantomeno simili, la variabile dei diritti sociali non avrebbe più il ruolo strategico nelle decisioni di localizzare una produzione in uno stato piuttosto che in un altro<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Defossez, *le dumping social dans l'Union Européenne*, cit., pag. 37-42

<sup>49</sup> Defossez, *le dumping social dans l'Union Européenne*, cit., pag 39

## 2.2.2 IL DUMPING NEL PROCESSO DI NASCITA DELLA COMUNITA' EUROPEA: IL RAPPORTO OHLIN E SPAAK

All'entrata in vigore del Trattato di Roma nel 1957, le disposizioni in tema di tutela dei diritti sociali avevano avuto una scarsa considerazione; o meglio le questioni sociali non erano proprio dei temi all'ordine del giorno per i padri fondatori della comunità europea, e non è altresì corretto affermare che l'impronta che i padri fondatori avrebbero voluto dare ai trattati fosse solo ed esclusivamente di stampo liberale, sacrificando pertanto ogni iniziativa che avesse cercato di difendere in qualche modo anche un settore, quello dei diritti sociali, che successivamente avrebbe acquisito molta più importanza<sup>50</sup>. A livello nazionale tutti gli stati membri praticavano una certa forma di protezionismo sociale cercando sempre di trovare un certo equilibrio tra il principio di liberalizzazione degli scambi e la tutela dei diritti sociali, anche al fine di assicurare un bilanciamento degli interessi della comunità economica europea, da una parte, e dall'altra gli interessi degli stati membri; il merito più importante del trattato di Roma consiste, infatti, nel tentativo di aver cercato di raggiungere un perfetto equilibrio tra libero scambio e diritti sociali al fine di generare un'equa ricchezza all'interno del mercato europeo<sup>51</sup>. In dottrina, esistono diverse posizioni in merito al raggiungimento di un possibile compromesso tra il principio del libero scambio e la tutela dei diritti sociali: c'è chi insiste per una maggiore apertura nei confronti del liberalismo oppure chi propende per un atteggiamento di fiducia nei confronti dei principi del libero scambio, oppure chi tenta di insistere per un'autonomia degli stati nella materia della politica sociale o sull'opinione che la costruzione dell'Unione europea passa anche e soprattutto da ruolo più incisivo degli stati membri, e quindi propendono per una visione maggiormente interventista, proprio come il modello di *european welfare state* del settore agricolo<sup>52</sup>

Di contro, non è possibile non prescindere dalla constatazione che il trattato che istituì la Comunità europea del carbone e dell'acciaio contenesse un maggior numero di disposizioni in materia di diritti sociali; spesso infatti è stato ritenuto che il trattato CECA fosse meno liberale ed, anzi, più dirigista del trattato della Comunità economica europea;

---

<sup>50</sup> Alexandre Defossez, *le dumping sociale dans l'Union Européenne*, Larcier 2014, pag. 47-48

<sup>51</sup> Defossez, *le dumping sociale dans l'Union Européenne*, cit., pag. 48

<sup>52</sup> Defossez, *le dumping sociale dans l'Union Européenne*, cit., pag. 49

sulla base di questa circostanza il trattato CECA conterrebbe più norme di impronta interventistica che evidenziano come i rischi di dumping sociale vengano effettivamente visti come una minaccia per la tutela dei diritti sociali<sup>53</sup>. Il confronto delle disposizioni in materia di diritti sociali contenute nel trattato CECA e nel trattato CEE, permette di evidenziare come ci sia tuttavia un punto di convergenza rappresentato dal modo di concepire l'idea di crescita economica intesa come il fondamento della costruzione di un mercato unico europeo che contiene una serie di punti in comune, tra i due trattati, che diventano fondamentali nell'attività di contrasto al dumping sociale<sup>54</sup>. Questo processo ha accordato una certa rilevanza alle norme per la tutela del libero scambio ma ha anche significato l'introduzione di norme a tutela dei diritti sociali che in certo senso dovevano servire a creare un sistema di protezione giuridica soprattutto a difesa dei prestatori di lavoro a fronte di una apertura dei mercati tra gli stati dell'unione europea; è possibile tuttavia scorgere dietro ai trattati che istituirono la comunità europea dell'acciaio e la comunità economica europea un primo tentativo di armonizzazione sociale che venne portato avanti dai rapporti Ohlin e Spaak che avevano l'obiettivo di preparare i lavori che avrebbero portato all'approvazione dei trattati; la riflessione dei padri fondatori della comunità economica europea venne influenzata infatti da questi lavori preparatori, sulla base dei quali sarebbe stato approvato il progetto della nascita di una comunità di stati europei<sup>55</sup>. Il rapporto Ohlin rappresenta un documento importante al fine di comprendere la relazione tra diritti sociali e processo di integrazione economica nell'ambito del mercato unico europeo, che consiste nello studio dei rapporti tra liberalizzazione dei mercati e sviluppo dei diritti sociali; in sostanza si è trattato di verificare se i benefici derivanti dai principi di libero scambio potessero coesistere con un procedimento di armonizzazione dei diritti sociali<sup>56</sup>. In base alle conclusioni di una prima valutazione del rapporto non venne ritenuto necessario l'introduzione di un meccanismo di armonizzazione sociale per ottenere dei benefici in seguito all'apertura del mercato unico tra paesi membri perché grazie all'applicazione dei principi teorici del libero scambio si sarebbero prodotti benefici generalmente positivi in termini di benessere e produttività.

---

<sup>53</sup> Defossez, *le dumping sociale dans l'Union Européenne*, cit., pag. 49-50

<sup>54</sup> Defossez, *le dumping sociale dans l'Union Européenne*, cit., pag. 74

<sup>55</sup> Defossez, *le dumping sociale dans l'Union Européenne*, cit., pag. 74-75

<sup>56</sup> Defossez, *le dumping sociale dans l'Union Européenne*, cit., pag. 83-84-85

Inoltre gli strumenti di cooperazione economica costituivano il principale elemento attraverso il quale la neonata Europa mirava ad evitare che i paesi membri, e più in particolare le industrie, potessero esporsi alla concorrenza proveniente dall'estero, e quindi in questo primo caso dai paesi fortemente industrializzati, e alla concorrenza proveniente da paesi con degli standard sociali mediamente più bassi. C'è una maggiore attenzione però nei riguardi delle divergenze salariali dei lavoratori che differiscono sulla base di divergenze di produttività, perché i paesi con uno scarso livello di standard sociali se da una parte hanno un vantaggio sulla base del minor costo del lavoro, dall'altra parte sono più numerosi; in questo senso il divario presente tra pesi del nord e del sud Europa, secondo il rapporto, presentava un margine di ampliamento che poteva essere rafforzato proprio dalla politica del libero scambio<sup>57</sup>. Ancora, la maggiore concentrazione di capitali nei paesi maggiormente industrializzati aveva come principale conseguenza il sostegno ad un sistema produttivo inefficiente nei paesi del sud, che pur rappresentando un livello di sviluppo inferiore dal punto di vista socioeconomico, poteva determinare un vantaggio nell'ambito della concorrenza internazionale tra paesi membri; lo stesso rapporto però evidenziava come le ragioni alla base delle divergenze dovute dalla divergenza di produttività trovassero delle spiegazioni in ragioni più complesse, ovvero la relazione insisteva su elementi come l'inefficacia del ruolo dei sindacati e dello strumento dell'indicizzazione automatica dei salari che pertanto si aggiungevano alle differenze di produttività<sup>58</sup>. In relazione, quindi, ad un quadro socioeconomico del genere s'insisteva sull'importanza dei sindacati, sul rispetto delle disposizioni a tutela dei salari e sulla possibilità di intervenire sui tassi di cambio con lo scopo di attenuare le differenze salariali soprattutto in tempi di crisi; le divergenze salariali che riguardavano ogni settore, sottolineavano come il basso livello salariale poteva costituire una pericolosa fonte di concorrenza sleale: da questa valutazione emergeva una difficoltà non indifferente circa la possibilità di approfondire, con un'analisi, la complessità di una situazione caratterizzata da una distorsione della concorrenza soprattutto nei primi anni '50 del ventesimo secolo<sup>59</sup>. L'armonizzazione delle politiche sociali, almeno per i redattori del rapporto, costituiva un passo importante a fronte della creazione di una politica sociale

---

<sup>57</sup> Defossez, *le dumping sociale dans l'Union Européenne, cit., pag. 86*

<sup>58</sup> Defossez, *le dumping sociale dans l'Union Européenne, cit., pag. 87*

<sup>59</sup> Defossez, *le dumping sociale dans l'Union Européenne, cit., pag.88-89*

europea, ma le conclusioni del rapporto tendevano a caldeggiare la teoria della convergenza economica che attribuiva una certa rilevanza agli effetti del commercio internazionale in quanto l'apertura dei mercati si otteneva un appianamento delle disparità economiche e sociali. Il rapporto Spaak invece, redatto successivamente alla stesura del rapporto Ohlin, si presenta come un documento che, allo stesso modo del suo predecessore, sposa i principi dell'economia liberale. Anche nel rapporto Spaak veniva descritta una realtà complessa dal momento che si sosteneva che il processo di armonizzazione dei diritti sociali non poteva essere la soluzione alle divergenze tra paesi europei, dove tuttavia la questione relativa al dumping sociale veniva affrontata con un approccio differente; entrambi i rapporti condividono alla base del progetto di un mercato unico europeo, che si fonda sui principi del libero scambio, l'idea della convergenza economica ovvero della convergenza dei livelli di vita tramite una crescita economica ottenuta per mezzo dell'abbattimento delle frontiere, ed il mercato comune attraverso la divisione del lavoro, l'eliminazione dello spreco di risorse ed una maggiore sicurezza di approvvigionamento garantisce inoltre pari opportunità<sup>60</sup>. Questo modello almeno nel primo periodo di esistenza della comunità europea non dare spazio ai diritti sociali e mettere da parte la minaccia del dumping sociale spegnendo la luce sulla questione relativa alla politica sociale europea.

Anche se proprio il rapporto Spaak, in tema di armonizzazione sociale evidenzia una preoccupazione, e in un primo tempo fa una distinzione importante tra le varie divergenze sociali che possono comportare una distorsione della concorrenza e quelle che non determinano una distorsione della concorrenza; mentre in seconda battuta la questione del dumping sociale viene trattata con riguardo al principio della libera circolazione dei lavoratori: l'avvio del mercato unico non ostacolerebbe la libera circolazione dei lavoratori con una pressione dei salari al ribasso, pertanto l'immigrazione non rappresenta un ostacolo se combinata al principio di non discriminazione<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Defossez, *le dumping sociale dans l'Union Européenne*, cit., pag. 91-92

<sup>61</sup> Defossez, *le dumping sociale dans l'Union Européenne*, cit., pag. 93

## 2.3 RISCHIO DI DUMPING: EVOLUZIONE DEL CONTESTO COMUNITARIO

Il risultato a cui si arrivò alle fine del trattato di Roma, che istituì la Comunità economica europea, altro non era se non la mancanza di una consapevolezza circa il rischio di dumping sociale che costituiva un pericolo per l'unità politica ed economica della comunità stessa; la negazione di questo pericolo da parte degli stati membri della comunità si traduceva nella scarsa considerazione delle disposizioni in materia di diritti sociali e da una chiara fiducia nei risultati che si sarebbero dovuti conseguire in ossequio al principio del libero scambio, ed emergeva inoltre anche dall'assenza dell'opinione tra gli stati che le divergenze sociali determinavano l'urgenza di un processo di armonizzazione sociale che doveva essere antecedente alla costruzione della comunità economica europea ma soprattutto alla concorrenza intra-europea.

L'unica eccezione è rappresentata dall'articolo 119 CEE il quale trova un compromesso che attiene all'equità salariale tra uomo e donne, un principio che da solo non rende affatto il dibattito politico sulla politica sociale europea un tema posto all'ordine del giorno da parte dei paesi che hanno negoziato le condizioni del trattato. I problemi che infatti furono posti al centro del dibattito riguardavano in particolare le strategie che le imprese transnazionali dovevano adottare in virtù dei nuovi principi che caratterizzavano il libero mercato che ormai era diventato l'unico orizzonte di riferimento del progetto di costruzione della comunità economica europea; solo più avanti la questione sulla minaccia del rischio di dumping sociale, quando il progresso e l'ampliamento del mercato interno lo richiedevano, veniva portata al centro del dibattito europeo attraverso l'esigenza di avviare un processo di armonizzazione delle condizioni di concorrenza con l'obiettivo di consolidare la politica sociale europea<sup>62</sup>.

Se la politica sociale europea diventava sempre più importante nel dibattito politico, il suo carattere particolarmente di impronta interventista poneva delle problematiche alla base dei principi di costituzione della comunità economica, sicché questo approccio rendeva complicato attribuire alla sua struttura una certa sistematicità, e quindi una logica strutturale. Al contrario, ciò che la caratterizzava era una logica frammentaria che portava a degli interventi giustificati dall'emergenza di un certo momento; dunque la libertà rimaneva ancora la condizione essenziale al mantenimento della comunità europea. Il

---

<sup>62</sup> *Le dumping social dans l'Union européenne*, Alexandre Defossez, Larcier 2014, pag. 99 ss.

concetto di dumping sociale non aveva ancora grande sostegno, o comunque non era considerato un motore efficace per iniziare a parlare dell'introduzione di una normativa sull'armonizzazione delle disposizioni in materia di concorrenza, che si ebbe solo con l'adozione dell'Atto unico europeo che consentì l'inizio del processo di emancipazione della politica sociale europea. Fino ai primi anni '70 del secolo scorso il dumping sociale non costituiva sicuramente una delle priorità a livello europeo, anche se il processo di costruzione portava inevitabilmente le autorità nazionali e comunitarie a misurarsi con fenomeni di concorrenza sleale che facevano riemergere le discussioni relative ai pro e contro delle strategie adottate alle imprese. In primo luogo l'aumento della concorrenza normativa che derivava dall'esclusiva competenza degli stati membri in materia di diritti sociali, ed l'aumento di una sempre più totale e progressiva eliminazione delle barriere doganali e tariffarie facevano emergere con più forza la problematica sulla concorrenza sociale. Ancora di più, i cambiamenti relativi all'assetto politico istituzionale e all'aumento degli stati aderenti al progetto di espansione della comunità europea hanno certamente influito sulla nascita di un diverso atteggiamento politico riguardo il tema del dumping sociale, in particolare con l'ampliamento orizzontale quando dal 1995 al 2013 gli stati appartenenti alla comunità europea da 15 sono diventati 28; l'espansione verticale invece è connessa alla circostanza che le istituzioni comunitarie sono entrate in diversi aspetti del mercato interno ma soprattutto nella vita economica degli stati, e la Corte europea di giustizia ha fatto diversi richiami al rischio di dumping cercando di smuovere in qualche modo le coscienze degli stati membri sull'aumento della concorrenza normativa e sociale che non avrebbe facilitato il processo di crescita economica a cui si faceva spesso riferimento all'inizio del processo di costruzione europea.

Né l'estensione verticale né l'estensione orizzontale della comunità europea hanno pertanto avevano spento l'interesse circa l'approfondimento relativo alla minaccia di una distorsione sia della concorrenza normativa che della concorrenza sociale, che al contrario era diventata nuovamente una questione da affrontare in modo più appropriato rispetto anche a quanto era stato fatto con il trattato di Roma nel 1957<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Defossez, *le dumping social dans l'Union européenne*, cit., pag. 106 ss.

## 2.4 REGOLAMENTO 883/2004: IL PRINCIPIO DEL PAESE D'ORIGINE

La direttiva europea 96/71 non rappresenta il solo strumento di diritto derivato europeo a disciplinare il fenomeno dei lavoratori distaccati, esistono infatti altre normative europee che intervengono in merito alle loro condizioni di lavoro. L'analisi della legislazione in vigore prima della direttiva dimostra chiaramente come si parlasse dell'applicazione del principio del paese di destinazione, che veniva utilizzato pertanto come criterio ai fini della individuazione della legislazione applicabile al contratto di lavoro del lavoratore che veniva inviato in un paese diverso da quello di appartenenza. L'introduzione di una normativa sul distacco il cui principio cardine si fonda sul tacito postulato del contrasto del dumping sociale rende l'idea di una netta discontinuità con l'orientamento giuridico del passato. Anche il regolamento 883/2004, oltre alla direttiva madre, svolge un ruolo importante, se non chiave, nella disciplina di una sfera fondamentale dei diritti del prestatore di lavoro distaccato ovvero il regolamento si riferisce alla questione della determinazione del diritto applicabile al regime di sicurezza sociale che deve tutelare il lavoratore migrante. In materia di distacco di manodopera intra-europeo, il regolamento ai fini della legge applicabile adotta il principio del paese di origine nella misura in cui l'obiettivo primario consiste nell'agevolare la libera circolazione, nell'ambito della libera prestazione di servizi, e di dare una maggiore efficacia alla legislazione giuslavoristica, e pertanto dare una maggiore effettività ai diritti dei lavoratori<sup>64</sup>. Il ruolo del paese di origine assume inoltre una forte rilevanza anche in virtù di quanto previsto dal regolamento Roma I e dal regolamento Bruxelles I perché entrambi attribuiscono valore alla legge applicabile al contratto di lavoro del lavoratore temporaneamente distaccato, intesa come legge del paese di origine, relativamente agli aspetti inerenti alla sicurezza sociale. Rimane infatti una parte fondamentale del contratto del lavoro, dei prestatori di lavoro distaccati, alla quale deve applicarsi la disciplina vigente nel paese di esecuzione della prestazione, ovvero del paese di destinazione della manodopera. In materia di sicurezza sociale il regolamento 883/2004 interviene senza apportare alcuna innovazione, ma al fine di chiarire una regolamentazione precedente considerata piuttosto confusa viste le numerose modifiche che sono sopraggiunte negli anni; in sostanza salvo ipotesi eccezionali che possono essere determinate da situazioni di abuso, il principio elettivo ai

---

<sup>64</sup> *Le dumping social dans l'Union européenne, Alexandre Defossez. Larcier 2014, pag. 258 ss.*

fini dell'applicazione della legge al contratto di lavoro è quello del paese di origine del lavoratore. In questo caso si tratta di una regolamentazione compatibile con la visione dei trattati istitutivi della comunità europea in quanto secondo questa formulazione la fattispecie giuridica del distacco non sarebbe in alcun modo paragonabile ad una forma di dumping sociale; la lotta contro le frodi e contro gli abusi sono due aspetti di cui il regolamento tiene conto prevedendo una deroga all'applicazione del principio del paese di origine in luogo dell'applicazione della normativa sulla sicurezza sociale dello stato di destinazione. Ed inoltre la responsabilità del paese d'origine viene consolidata con la previsione della emissione dei documenti che attestano il distacco, cercando anche di mettere lo stato membro di destinazione nella condizione migliore per collaborare al fine di scongiurare i rischi di dumping sociale, e quindi di stimolare collaborazione tra stati membri. La normativa europea in materia di sicurezza sociale non prevede un'unica direzione, o meglio si potrebbe descrivere come una disciplina ambivalente perché se da una parte compromette il principio della libera circolazione dei lavoratori in quanto il prestatore di lavoro potrebbe trovarsi senza una tutela in forza di un regime di sicurezza sociale applicabile; dall'altra parte invece il prestatore di lavoro si troverebbe assoggettato allo stesso tempo ad un duplice regime di sicurezza sociale. Però dal punto di vista giuridico la normativa è costituita da un sistema di regola che sono direttamente applicabili ai lavoratori migranti che quindi si trovano ad effettuare una prestazione anche in via temporanea in un paese diverso da quello di loro appartenenza, per mezzo della regola generale dell'unicità della legge del luogo di lavoro<sup>65</sup>. Se il per il lavoratore subordinato l'individuazione della normativa applicabile risulta essere facile, non è lo stesso per il prestatore di lavoro che in forza della peculiarità e caratteristiche intrinseche della sua attività lavorativa effettua la sua prestazione contemporaneamente in diversi stati; ad esempio la questione circa la normativa applicabile ai dipendenti delle compagnie aeree diverse volte aveva dato luogo a dibattiti relativi alla vacuità delle regole alle quali il personale di dette compagnie sarebbe potuto essere assoggettato ai fini dell'applicazione della legislazione in materia di sicurezza sociale. Secondo una previsione modificata, dell'articolo 11 del regolamento 883/2004, ed entrata in vigore a partire dal giugno 2012, l'attività di un membro dell'equipaggiamento di una compagnia aerea, sia di trasporto passeggeri che merci, è considerata effettuata nello stato membro in cui il dipendente ha

---

<sup>65</sup> Defossez, *le dumping social dans l'Union européenne*, Larcier 2014, cit., pag. 260 ss.

la sua base di servizio, come era già specificato dal regolamento 3922/91 CEE. Questa nuova nozione che ha come riferimento il luogo in cui inizia e termina tutto il periodo del servizio o una serie di servizi che il prestatore di lavoro ha effettuato durante la pendenza del suo rapporto di lavoro, attribuisce una maggiore efficacia al sistema di regole, contro l'aderenza opportunistica ad un criterio in base al quale la normativa sulla sicurezza sociale applicata sarebbe quella di un paese con il quale non vi sussiste alcun tipo di legame concreto; l'obiettivo del legislatore europeo in base alla nuova versione del regolamento 883/2004 consiste nel cercare di sancire il principio di unicità del diritto applicabile ovvero l'applicazione della disciplina legislativa del luogo di lavoro abituale. Dunque ai lavoratori distaccati per conto di un soggetto economico che, nell'ambito della libera circolazione dei servizi, svolge un'attività economica in un determinato paese dell'Unione europea si applica l'articolo 12 del regolamento il quale prevede che il regime di sicurezza sociale del paese di origine del prestatore di lavoro distaccato possa trovare attuazione per un periodo massimo che può essere prolungato fino ai ventiquattro mesi dall'inizio della prestazione, e purché la medesima persona non sia già stata inviata per sostituzione di un altro lavoratore della medesima impresa. Il limite temporale di 24 mesi non rappresenta però un criterio rigido ai fini dell'applicazione esclusiva del principio del paese di origine, perché in via derogatoria il regolamento prevede un margine di manovra possibile per le autorità degli stati membri che sono interessati dall'ipotesi di distacco, per la quale si ritiene opportuno stipulare un accordo inter partes, con effetto retroattivo, che consente di assoggettare il lavoratore alla legislazione del paese di origine, procrastinando il limite temporale previsto dalla normativa europea.

La regola generale del regolamento 883/2004 ha quindi il precipuo obiettivo di favorire una concreta attuazione del principio della libera prestazione dei servizi, cercando di appianare le complicità di tipo amministrativo che deriverebbero da un distacco temporaneo di manodopera in un altro stato membro, in quanto il prestatore di lavoro pur prestando attività lavorativa in uno stato membro diverso da quello di appartenenza continuerà ad essere assoggettato alla disciplina legislativa in materia di sicurezza sociale dello stato di provenienza. Il legislatore europeo pertanto attribuisce una forte rilevanza alla possibilità che possa attuarsi questa deroga cercando attraverso il regolamento di garantire oltre una certa soglia una tutela effettiva ai lavoratori in distacco e rendendo

effettivamente il principio del paese d'origine una via eccezionale al principio del luogo di lavoro abituale.

#### **2.4.1 NOZIONE DI DISTACCO AI FINI DELL'APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA SULLA SICUREZZA SOCIALE E DELLA LOTTA ALL'ABUSO**

Il regolamento di esecuzione del regolamento della Commissione, ovvero il regolamento 883/2004, porta con sé una serie di precisazioni che in sostanza non erano contenute nella direttiva madre 96/71; in particolare la norma europea interviene cercando di fare luce sulla definizione e sul significato che possono essere ricavati dalla conoscenza della nozione di distacco, prestatore di lavoro distaccato e di prestatore di servizio anche al fine di contribuire a far emergere significati che non diano spazio a speculazioni, e quindi per assicurare una più facile lettura all'interno del contesto europeo.<sup>66</sup>

Il requisito di cui bisogna tener conto, almeno per quanto riguarda la nozione di prestatore di lavoro distaccato, consiste nella conservazione, anche quindi dopo la realizzazione fisica del distacco, di una relazione organica tra datore di lavoro e lavoratore inviato temporaneamente presso uno stato di destinazione in distacco; la concreta esistenza di questo legame o vincolo si caratterizza di certi elementi tangibili come il contratto di lavoro, la retribuzione, possibilità di licenziamento, potere di determinare la mansione e la responsabilità di recruitment. La previsione della conclusione del contratto di lavoro in forza, per esempio, di una messa a disposizione del prestatore di lavoro già distaccato, è data invece per ovviare a qualsivoglia tentativo da parte dei soggetti economici di aggirare le norme sull'accesso al mercato del lavoro.

Di contro il requisito minimo affinché il distacco di un prestatore di lavoro possa essere considerato lecito rimane l'assunzione del lavoratore presso l'azienda che, anche nel momento immediatamente successivo all'assunzione, provvede a distaccare il lavoratore neoassunto; in questo caso la ratio di questa misura del legislatore europeo risiede nella circostanza, o nell'unica condizione indispensabile, che il prestatore di lavoro deve essere assoggettato al regime di previdenza sociale del paese di origine o d'invio; anche la corte di giustizia europea sulla scia di questo principio ammette questa possibilità, escludendo però che solo i prestatori di lavoratori che abbiano accumulato una anzianità minima di servizio presso l'impresa distaccante o presso un'altra impresa collocata nel territorio del paese di origine, possano essere considerati effettivamente come lavoratori in regime di

---

<sup>66</sup>*Le dumping social dans l'Union européenne, Larcier 2014, Alexandre Defossez, pag. 265*

distacco; al contrario, secondo un altro orientamento, ovvero quello degli stati membri, il termine minimo oltre il quale la situazione di un certo prestatore di lavoro inviato in distacco possa considerarsi tale, e pertanto assoggettabile al regime di sicurezza sociale del paese di origine, è pari ad almeno un mese effettivo<sup>67</sup>. Ribadendo l'orientamento del giudice europeo, non sarebbe vietato ai soggetti economici di nuova costituzione utilizzare la fattispecie giuridica del distacco di manodopera, ma queste costituiscono ipotesi che verosimilmente devono essere valutate singolarmente. Inoltre è importante in questa sede chiarire il significato circa la normale attività del datore di lavoro nel paese di origine; il regolamento infatti prevede che il soggetto datore di lavoro debba esercitare nel suo paese di origine un'attività imprenditoriale sostanziale che si distingue rispetto alla mera attività di amministrazione e gestione dell'attività d'impresa; un'altra precisazione, questa, che ha l'obiettivo di sottrarre l'ipotesi di distacco della manodopera da possibili tentativi di abuso e di non consentire alle società di utilizzare lavoratori in distacco per il solo scopo di godere di vantaggi normativi e fiscali derivanti dal distacco stesso<sup>68</sup>.

In esecuzione del regolamento, viene approfondito il contenuto di quelle che sono le attività sostanziali in riferimento alla nozione di attività d'impresa ai fini della liceità del distacco di manodopera; nell'attività di verifica dell'esecuzione del distacco infatti le autorità statali possono basarsi su elementi come il luogo della sede dell'impresa e il luogo nel quale vengono adottate decisioni fondamentali ai fini dell'amministrazione della stessa azienda, oppure il luogo dove il personale amministrativo viene effettivamente impiegato, se nello stato membro di stabilimento dell'impresa oppure nell'altro stato membro dove, ad esempio, avviene il distacco; la disciplina applicabile ai contratti che l'impresa stipula con i lavoratori, il luogo in cui vengono assunti i prestatori di lavoro in distacco, ed i fatturati realizzati in un certo periodo che pertanto riguardano un determinato numero di contratti eseguiti nel paese di origine ovvero d'invio.

Ognuno di questi criteri non sono considerati come estremamente limitativi, al contrario devono essere, in ogni ipotesi di distacco, adattati alle specifiche situazioni che fanno da contorno alla fattispecie giuridica; infatti, se si prende il fatturato come criterio di

---

<sup>67</sup> Defossez, *le dumping social dans l'Union Européenne*, cit., pag. 266-268

<sup>68</sup> Defossez, *le dumping social dans l'Union Européenne*, cit., pag. 269

riferimento per la valutazione, questo sarà differente a seconda che si tratti di una impresa di vecchia o di nuova costituzione.

La funzione che, invece, la nozione di distacco ha nell'ambito del contrasto alle pratiche abusive del distacco di manodopera emergono con la sentenza Plum la quale presenta una situazione parecchio diffusa all'interno dell'Unione europea in quanto un'impresa svolge integralmente, nel settore della costruzione, un'attività economica ed organizzata professionalmente in uno stato membro diverso rispetto a quello in cui ha il suo stabilimento e pertanto tutti i suoi dipendenti sono inviati in distacco presso uno stato di destinazione, nel caso di specie dai Paesi bassi alla Germania. L'orientamento della Corte di giustizia europea stabilisce che, ad esclusione di attività di amministrazione e gestione dell'impresa, un'impresa di costruzione che ha sede in un determinato stato membro ma svolge pressoché la totalità delle sue attività in un altro stato membro o stato di destinazione, non potrà usufruire del regime di previdenza sociale e delle norme di sicurezza sociale del paese di origine, nel quale vi è una palese assenza delle attività che precedentemente abbiamo definito, intese come attività sostanziali relative all'esercizio dell'attività d'impresa<sup>69</sup>. E' chiaro pertanto che nell'ambito del contrasto alle forme abusive di distacco di manodopera, più che il formale legame tra datore e lavoratore, ad assumere una certa rilevanza è l'attività primaria svolta dal soggetto imprenditore. In conclusione si può affermare che la disciplina legislativa europea che scaturisce dal regolamento europeo 883/2004 sulla questione della sicurezza sociale, tende a favorire come principio guida, per l'applicazione delle norme in materia di previdenza e sicurezza sociale, il diritto del paese di origine del prestatore di lavoro distaccato; ciononostante per far fronte a possibili tentativi di uso fraudolento o abusivo di questo principio, in particolare per simulare delle false ipotesi di distacco, la stessa nozione di distacco è stato oggetto di diverse precisazioni che l'hanno resa particolarmente dettagliata, in modo che un distacco potesse essere considerato tale solo ed esclusivamente sulla base di inequivocabili condizioni; facendo del principio del diritto del paese di origine la regola generale ed il diritto del paese di destinazione la regola eccezionale, il legislatore europeo, e in un secondo momento anche il giudice europeo, hanno essenzialmente seguito l'orientamento che nel complesso era già emerso con i trattati istitutivi della Comunità europea: la tutela del principio della libera circolazione, nello specifico, nell'ambito della

---

<sup>69</sup> Defossez, *le dumping social dans l'Union européenne*, Larquier 2014, cit., pag. 269 ss.

manodopera distaccata, aveva un ruolo di primo piano rispetto all'esigenza di proteggere il sistema della politica sociale da possibili rischi di dumping sociale e quindi di concorrenza normativa sleale; nel dettaglio la salvaguardia della libera circolazione dei lavoratori doveva essere affiancata da una leale cooperazione tra gli stati membri dell'Unione europea.

## **2.5 POSSIBILI SCENARI SULL'EVOLUZIONE DEL DUMPING: CRESCITA O DECRESCITA DEL FENOMENO?**

Generalmente l'indirizzo della giurisprudenza europea in tema in tema di distacco di manodopera intra-europea è stato sottoposto negli anni a diverse critiche perché non poneva gli stati membri nelle condizioni di assicurare una certa linea di contrasto al dumping sociale, facilitando pertanto la creazioni di situazioni di concorrenza normativa tra gli stati membri d'Europa; la Corte europea di giustizia è nonostante ciò, decisamente essere coerente con le basi giuridiche dei trattati istitutivi della Comunità europea che attribuiscono maggiore rilevanza ai al principio della libera circolazione dei lavoratori e al principio della libera prestazione dei servizi, cercando di alleggerire gli stati membri dagli oneri amministrativi e di garantire, allo stesso tempo, il rispetto dei diritti dei lavoratori. Al di sopra delle circostanze di concorrenza sleale che possono essere causate da fenomeni di dumping sociale, infatti, le esigenze derivanti dai prestatori di lavoro in distacco, la tutela della certezza del diritto, della libera circolazione dei lavoratori, l'obbligo di leale collaborazione tra stati, rappresentano tutti degli obiettivi che hanno una rilevanza strategica nell'ottica della realizzazione del progetto di costruzione del mercato unico europeo, e la tutela di questi obiettivi è una strategia che contrasta con il riconoscimento degli stati di destinazione come luogo la cui legislazione debba essere ravvisata come la disciplina applicabile, almeno generalmente, agli aspetti relativi al contratto di lavoro del prestatore di lavoro distaccato. Né le autorità centrali dello stato di destinazione né l'autorità giudiziaria dello stato in questione possono pertanto avere efficaci strumenti di verifica circa la legittimità dei documenti che certificano il distacco se queste verifiche non sono accordate a delle forme di collaborazione tra autorità del paese d'origine e le autorità del paese di destinazione. La comunicazione tra autorità amministrative di entrambi gli stati rappresenta, nella prospettiva di una opposizione alle forme di dumping sociale, una procedura che permette di individuare quelle che potrebbero configurarsi come potenziali situazioni fraudolente<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> *Le dumping social dans l'Union européenne, Alexandre Defossez, Larcier 2014, pag. 275 ss.*

## CAPITOLO 3

### 3.1 IL DIRITTO DEL LAVORO NEL CONTESTO DELLA GLOBALIZZAZIONE

L'importanza che l'ordinamento comunitario assume sempre di più nel corso degli anni, porta i principali attori del panorama politico a porsi le giuste domande in relazione alle necessità ed alle opportunità di un riassetto dell'Unione Europea soprattutto dal punto di vista istituzionale, anche per poter assicurare una maggiore legittimazione democratica delle istituzioni stesse<sup>71</sup>. Si è inoltre parlato spesso di scarso vigore dei pilastri della politica sociale europea che ha comunque avuto un ruolo fondamentale di processo di consolidamento della comunità europea; in particolare il progressivo indebolimento dell'elemento della sovranità nazionale, che peraltro era stata il perno centrale all'inizio del progetto di costruzione europea, maggiori funzioni affidate ai sindacati e al crescere dell'autonomia collettiva a scapito di istituzioni di natura politica ed amministrativa, hanno costituito le ragioni e le condizioni in base alle quali si è avuta una profonda crisi delle radici del diritto del lavoro<sup>72</sup>.

Le implicazioni dei processi di globalizzazione senza dubbio presentano delle prospettive molto più ampie se si considera che il diritto del lavoro può ancora giocare un ruolo molto importante anche in uno scenario più complesso dove ad essere protagoniste sono, e saranno sempre di più, le imprese globali o imprese multinazionali in quanto queste categorie all'interprete e agli attori sociali non pochi problemi che hanno una portata sociale vasta e che possono coinvolgere i tessuti giuridici di più paesi contemporaneamente, particolarmente i paesi dell'Unione europea nel caso in esame<sup>73</sup>.

L'influsso esercitato da questa una nuova dimensione economica, fondata sui principi del liberismo, caratterizzata dalla tutela della concorrenza come fondamento dei sistemi giuridici sovranazionali ha fortemente influenzato anche il diritto comunitario che sulla

---

<sup>71</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali. Stefania Scarponi, Giuffrè editore, 2001, pag. 1*

<sup>72</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro. Stefania Scarponi, cit., pag. 1*

<sup>73</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro. Stefania Scarponi, cit., pag. 2*

base di un approccio funzionalista ha creato un sistema di norme a tutela dei diritti dei lavoratori; è stata infatti la Corte europea di giustizia europea a dare una vera e propria sistematicità ai diritti fondamentali dei lavoratori, cercando di prendere le distanze dall'impostazione originaria che ha avuto una scarsa considerazione di queste tutele, che poi arrivano ad essere codificato con il trattato di Amsterdam. Al di là dei cambiamenti che si riferiscono direttamente all'assetto degli ordinamenti sovranazionali, anche l'aspetto che riguarda l'assetto delle relazioni sindacali è piuttosto cambiato. L'approdo infatti ad un sistema di relazioni più ampie, e quindi ad un sistema di dinamiche di mutamento transnazionale, ha portato ad una maggiore flessibilità del lavoro, e al levarsi di interessi differenti da quelli che vengono tutelati e rappresentati dai sindacati<sup>74</sup>.

La crisi del principio di sovranità, l'esplosione dei diritti fondamentali, la rottura del sistema delle fonti rappresentato alcuni riferimenti alla globalizzazione che tende a trasformare il terreno giuridico-istituzionale sul quale avvengono i cambiamenti di natura normativa che segnano l'inizio di nuovi ordinamenti e nuovi modi di vedere le relazioni tra attori politici ed economici<sup>75</sup>.

Il fenomeno della delocalizzazione costituisce una delle esplicazioni pratiche della crisi del principio della sovranità, una crisi che contrasta con la tutela effettiva dei diritti; il progressivo annullamento della dimensione nazionale, l'uscita da una dimensione di cittadinanza nazionale per approdare ad una dimensione europea, se non mondiale, sono elementi che delineano il passaggio da un efficace sistema di regole che valgono all'interno di un certo contesto statale, ad un sistema nel quale cambia notevolmente la produzione delle regole, ovvero si passa da un sistema di deregulation interna ad un sistema di deregulation su scala mondiale; esistono sempre più settori dove la mancanza di normazione determina la presenza di strumenti più tradizionali come le convenzioni internazionali ed i trattati; ed inoltre, in diversi casi, risulta evidente la necessità di rendere flessibili le norme giuridiche attribuendo ad esse una funzione non meramente regolatrice, ma bensì omeostatica rispetto ai mutamenti economici e sociali in modo che possa prevalere la capacità di autoregolazione dell'assetto socio-economico<sup>76</sup>. In particolare, le materie direttamente collegate con l'internazionalizzazione delle fattispecie giuridiche,

---

<sup>74</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 9*

<sup>75</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 40*

<sup>76</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 44*

queste sono normate in molti casi da più fonti, a conferma della presenza diffusa di una molteplicità di attori giuridici e di centri di produzione delle norme giuridiche. Tra queste fonti possiamo annoverare i trattati, gli accordi internazionali, le direttive e i regolamenti dell'Ue, le norme statali e le linee guida provenienti da organismi internazionali oppure modelli contrattuali uniformi. Oltre a questi strumenti regolativi, un altro dispositivo è costituito dalla cosiddetta *Lex mercatoria*, perché nel quadro della globalizzazione spesso gli attori economici utilizzano i meccanismi della *Lex mercatoria* per emanciparsi da quelli che sono i principi regolativi comuni, diversi da quelli che il libero mercato incorpora<sup>77</sup>; il fenomeno della mondializzazione dell'economia genera una serie di situazioni complesse che spingono verso la creazione di regole che imitano il mercato ovvero che rispondono alla logica del *mimic the market*.

Uno dei molteplici aspetti che scaturiscono dalla crisi di sovranità riguarda certamente il tema relativo alla dimensione sovranazionale che i diritti fondamentali occupano nel panorama mondiale ed in particolare la loro funzione all'interno del panorama giuridico internazionale ed europeo. In sostanza, la categoria dei diritti fondamentali dell'uomo dopo il fallimento delle democrazie popolari sembra aver preso il posto di un'altra categoria ovvero della sovranità popolare; quello dei diritti fondamentali dell'uomo rappresenta un sistema di norme che, nell'attuale panorama della globalizzazione, tende ad affrancarsi rispetto ai principi della sovranità popolare e della sovranità nazionale ovvero è stato istituito uno spazio dei diritti dove la dimensione costituzionale e la dimensione sovranazionale coincidono, ed insieme costituiscono il principio fondatore dell'Unione europea ed il presupposto per la sua legittimità: il risultato di questa combinazione ha infatti portato all'elaborazione, nel 1999, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>78</sup>. Il terzo ed ultimo aspetto relativo alle implicazioni di un contesto globalizzato fa riferimento alla trasformazione del senso, della percezione e del ruolo della disciplina giuridica. Non avviene solo la modifica dello spazio giuridico ma anche del tempo giuridico; la dimensione globale e locale s'intersecano in modo che il diritto stesso non è più utilizzato all'interno di un contesto stabile ma in una dimensione caratterizzata da una forte e continua instabilità generata dagli eventi; pertanto il diritto non ha più solo il compito esclusivo di dare la possibilità al pluralismo di esprimersi ma

---

<sup>77</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 45*

<sup>78</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 48*

anche il dovere di idearsi come una struttura omeostatica capace di adeguarsi al cambiamento repentino generato dagli eventi sociali ed economici nell'era della globalizzazione<sup>79</sup>.

Con il termine *globalizzazione* si suole indicare una serie di elementi che di fatto identificano il fenomeno della *mondializzazione*, ossia un processo nel quale è possibile individuare almeno cinque diverse realtà oggettive: l'intensificazione degli scambi commerciali su scala planetaria, l'intensificazione della concorrenza internazionale tra produttori di beni e servizi, l'accrescimento del numero e della potenza dei gruppi transnazionali di imprese o delle reti transnazionali di imprese, la globalizzazione delle loro strategie, della loro organizzazione produttiva. Una delle maggiori implicazioni del fenomeno della mondializzazione è rappresentata da un progressivo logoramento degli Stati ma più nel dettaglio dei sistemi giuridici specialmente per quanto concerne l'ordinamento lavoristico per il quale si ammette l'esistenza di un dibattito inerente alla perenne tensione tra estrema mobilità del capitale e ad una quasi immobilità della forza lavoro; perlomeno quest'ultimo è un paragone che sicuramente fa riflettere rispetto a quelli che sono gli strumenti legislativi e giuridici che le istituzioni europee mirano ad introdurre per affrontare delle distorsioni generate dal processo di liberalizzazione degli scambi<sup>80</sup>.

Il processo di trasformazione economica negli anni recenti sembra più minaccioso soprattutto nei confronti del diritto del lavoro dell'Europa centrale ovvero per i paesi di quell'area geografica europea i cui sistemi normativi maggiormente efficienti si contraddistinguono per un *welfare state* ed una protezione sociale che per una questione di cultura giuridica non appartengono a quei paesi europei dove il fattore lavoro ha un costo minore oppure è più flessibile, conseguenza, questa, di scelte di delocalizzazione delle produzioni verso quei paesi con bassi standard di tutela<sup>81</sup>. Il modello di diritto del lavoro presente tra i paesi che s'ispirano ad un certo sistema di protezione sociale si basa da una parte su delle regole di lavoro subordinato che garantiscono diritti e tutele in materia di salute e sicurezza sul lavoro, mentre dall'altro lato riconoscono forme di autorganizzazione sindacale, di azione collettiva e quindi diritti di sciopero e libertà di

---

<sup>79</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 52 ss.*

<sup>80</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 55 ss.*

<sup>81</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 57 ss.*

negoziante collettiva, che consentono ai prestatori di lavoro di influenzare le decisioni più importanti, che possono avere potenzialmente delle ripercussioni sociali ed economiche sulla loro vita, prese in ambito imprenditoriale<sup>82</sup>. In questo senso l'interazione tra mondializzazione e diritto del lavoro costituisce uno dei campi di analisi privilegiati perché è essenziale comprendere quelli che possono essere gli effetti del primo sul secondo, ma anche l'incidenza delle dinamiche del secondo sul primo; ecco perché si parla di rispettivamente di effetti di frontiera ed effetti di livello. Entrambe le categorie di effetti mettono alla prova la capacità di resistenza dei sistemi normativi nazionali; nello specifico gli effetti frontiera derivano da una incompatibilità insita nella cultura politico-istituzionale dei paesi dell'Unione europea in particolare nei confronti dei paesi dell'Europa dell'est; ogni sistema giuridico di diritto del lavoro statale ha un suo proprio modello, ovvero ha una cultura seconda la quale intende le relazioni di lavoro; in linea generale si considera l'imprenditore una persona fisica o giuridica che detiene i mezzi di produzione dei quali egli stesso è proprietario, al tempo stesso egli è anche il centro di imputazione di atti giuridici nonché la persona alla quale vengono imputate le decisioni riferite all'attività aziendale; rappresenta un soggetto le cui decisioni possono essere orientate attraverso procedure di consultazione o di contrattazione previste dalla legge<sup>83</sup>. Seppure questi modelli regolativi fanno riferimento alla legislazione nazionale degli stati membri, esistono comunque modelli regolativi che regolamentano dei rapporti giuridici transfrontalieri che a causa dei differenti livelli di tutela giuridica incidono su differenti livelli in termini di concorrenza che può sorgere tra gli imprenditori dei vari stati, ed il vero problema attiene alla difficoltà di ricorrere ad una determinata normativa applicabile ad un rapporto che va oltre la frontiera di uno stato<sup>84</sup>.

Gli effetti di livello si riferiscono a quelle che possono essere le incidenze del diritto del lavoro sulla mondializzazione. In sostanza è possibile rilevare delle differenze tra standards sociali che nella pratica si riducono in diversi livelli di vincoli, di rigidità della legge o di costi del lavoro che vengono dalla disciplina legislativa dei vari paesi ai soggetti imprenditori e che di conseguenza producono un sistema che incoraggia certi aspetti della mondializzazione; a margine del principio della libera prestazione dei servizi, come

---

<sup>82</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 58*

<sup>83</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 65 ss.*

<sup>84</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 66*

sappiamo uno dei pilastri fondamentali del mercato unico europeo e stabilità già con il trattato di Roma, era già nato un contenzioso arrivato alla Corte di giustizia europea che aveva rilevato un caso di shopping sociale al tempo della sentenza *Rush Portuguesa* nell'ambito della quale si era verificato un effetto perverso del principio della libera prestazione dei servizi in quanto il rapporto di lavoro dei lavoratori dipendenti della società *Rush Portuguesa* non doveva essere assoggettato alla normativa di diritto del lavoro del Portogallo, che era il paese di origine dei lavoratori, ma alle condizioni di lavoro previste del paese dove veniva effettuata la prestazione<sup>85</sup>. Proprio la direttiva 96/71 sosteneva infatti che, in materia di distacco del lavoratore nell'ambito di una prestazione dei servizi, gli stati membri avrebbero dovuto applicare ai prestatori di lavoro in distacco le norme previste dall'ordinamento lavoristico del paese nel quale si svolgeva la prestazione; rimane ciononostante la conferma che all'interno dello spazio comunitario il terreno prescelto per l'attuazione di modelli organizzativi e di insediamento legati a valutazioni rispetto ai livelli di tutela garantiti ai diritti sociali nei diversi stati membri<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 61 ss.*

<sup>86</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 62 ss.*

### 3.2 LA DIMENSIONE DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA EUROPEA

Nell'ambito di uno spazio che attraversa ogni area geografica del mondo e che sembra non avere né regole né istituzioni di governo che lo sorreggono, e che si considera essere il generatore di quel fenomeno che tutti noi definiamo *globalizzazione* che si presenta come un'area nella quale il determinismo tecnologico, alla base della lettura di un certo significato di globalizzazione, funge da barriera al progresso sociale. Non solo, perché sulla base di questa interpretazione, nella sua forma attuale la globalizzazione tende a consumare qualsiasi forma di governo e istituzione democratica creando effettivamente un deficit di democrazia che mette in squilibrio certi rapporti di potere, soprattutto quelli che legano le istituzioni con i cittadini. Sotto questo aspetto, la nascita dell'Unione europea mira a creare uno spazio democratico e di dialettica tra attori politico-istituzionali ed attori sociali; in questa direzione, infatti, il ruolo delle parti sindacali diventa essenziale affinché i cittadini, ed in questo caso specialmente i lavoratori possano avere un ruolo attivo nel processo di costruzione e di evoluzione della globalizzazione<sup>87</sup>.

Una delle caratteristiche più importanti della rappresentanza sindacale a livello generale, ma in particolare a livello sovranazionale, è che il processo di mondializzazione esaspera in un certo senso i dubbi che vengono posti in capo alla questione che si apre in merito a quello che potrebbe essere il ruolo svolto dai sindacati, e che essi svolgono a partire dagli ultimi decenni. In particolare, ci si riferisce alla crisi che la rappresentanza sindacale attraversa da diversi anni come soggetto che rappresenta la forza lavoro a tutela degli interessi di genere, di razza, di sesso. Gli effetti della globalizzazione portano essenzialmente all'exasperazione dei sintomi di una contrapposizione sociale tra diverse categorie di lavoratori. Un'altra prova del fatto che stiamo assistendo ad un incremento delle problematiche e degli interrogativi posti al ruolo della tutela sindacale risiede nella mancanza di capacità di riuscire a comprendere quale possa essere il ruolo della rappresentanza sindacale in relazione all'emergere di una pluralità di tipologie di rapporti di lavoro, in particolare rispetto alla categoria del lavoro autonomo, che appare meritevole di tutela come il lavoro subordinato. Se si discute di rappresentanza sindacale e delle

---

<sup>87</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 170 ss.*

regole della stessa, non si può non prescindere da un criterio di misurazione della rappresentanza al fine di ridurla ad un'entità pratica ovvero la nozione di rappresentatività, una categoria giuridica che in via concrete consente di misurare quelli che sono i consensi raccolti dal sindacato; anche a livello europeo si è sempre posta pertanto si è posto il bisogno di rendere misurabile la rappresentatività con adeguati strumenti di verifica<sup>88</sup>.

La rappresentatività all'interno dell'Unione europea, diversamente dagli ambiti che fanno riferimento ai singoli stati membri, si costituisce di un processo complesso che si sviluppa su un doppio livello. Il primo livello riguarda la costruzione di uno spazio collettivo sindacale che si è venuto formando nel corso del tempo, in particolare a partire dal periodo post-ideologico, quando si è pensato di abbattere le pregresse spaccature ideologiche dando vita ad un vero e proprio sindacato europeo; nella dimensione europea esiste pertanto un soggetto sindacale autonomo ed indipendente nato da un processo di lenta costruzione che ha visto non solo il formarsi di un coordinamento sindacale affrancato rispetto ai soggetti sindacali nazionali, ma anche di una capacità di rappresentazione efficace data anche grazie alla riforma degli statuti della confederazione europea dei sindacati (CES). Il secondo livello concerne un'altra tipologia di processo di formazione della rappresentatività sindacale ovvero quella attinente all'azione legislativa comunitaria; quest'ultimo elemento merita una notevole considerazione in quanto è anche grazie all'attività di normazione delle istituzioni europee che è stata possibile la realizzazione di una specifica identità delle rappresentanze sindacali a livello europeo, attraverso quindi il riconoscimento di un'entità dotata di diritti e doveri e la concessione di poteri regolativi che si estrinsecano per mezzo della contrattazione collettiva.

---

<sup>88</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 175 ss.*

### **3.3 LA STRATEGIA EUROPEA TRA GLOBALIZZAZIONE E CONTRATTAZIONE COLLETTIVA: UNO SGUARDO ALLE DIRETTIVE 94/45/CE E 2009/38/CE**

L'asimmetria che da sempre caratterizza il rapporto tra diritto ed economia, e più nello specifico in questo caso il rapporto tra globalizzazione e diritto del lavoro, genera sicuramente uno squilibrio tra quelli che sono i caratteri strutturali della prima e il modello protettivo del secondo in quanto la funzione principale di quest'ultimo consiste nel tutelare una certa categoria di soggetti, ovvero i lavoratori, a fronte degli effetti dirimpenti di una economia globalizzata che a volte sembra non avere controllo. Le ragioni di questo squilibrio non risiedono solo ed esclusivamente sulla ipotetica arretratezza di un sistema di regole che può pertanto definirsi indietro rispetto ai progressi economici ma anche nella difficoltà di creare a livello sovranazionale un'autonomia collettiva che almeno a livello nazionale era stata in grado di far emergere un sistema di relazioni industriali in grado di fronteggiare certe scelte economiche che spesso andavano in contrasto con i diritti sociali dei lavoratori<sup>89</sup>.

La prima risposta del legislatore comunitario alla ineluttabilità dei processi economici è stata la prima direttiva sui Consigli aziendali europei 94/45/CE che istituiva un comitato aziendale europeo, una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori di tutte le imprese transnazionali<sup>90</sup>. Questa iniziativa del legislatore europeo segna l'inizio di un percorso di resistenza all'interno dei meccanismi di funzionamento del mercato interno caratterizzato da concentrazioni di imprese a seguito di fusioni transfrontaliere, di acquisizione di controllo o di associazioni tra imprese ed in conseguenza di processi di transnazionalizzazione di imprese; a livello transnazionale, dove l'informazione e la consultazione che costituiscono uno dei modelli di democrazia industriale che si era voluto introdurre con la direttiva 94/45/CE, i comitati aziendali europei, almeno sulla base di quanto venne introdotto dalla prima direttiva comunitaria che dava attuazione all'articolo 138 del trattato della Comunità europea in materia di consultazione ed informazione sindacale, appaiono giuridicamente deboli ma pur sempre l'unico modello

---

<sup>89</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali. Stefania Scarponi, Giuffrè editore, 2001, pag. 181*

<sup>90</sup> *La nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia? Anna Alaimo, Biblioteca 20 maggio- 2/2009, pag. 2*

che poteva essere utilizzato in quel momento<sup>91</sup>. La prima parte della strategia da attuare per poter affrontare la sfida della globalizzazione economica consta dei correttivi istituzionali ed economici in quanto le nuove tendenze dell'economia possono mettere in pericolo i processi tradizionali di difesa dei gruppi e dei sindacati, però la progressiva crisi dei sistemi di welfare nazionale e la mancanza di un sistema europeo integro a livello di sindacato sovranazionale rappresentano le debolezze che mettono in crisi le capacità aggregative e negoziali dei collettivi. Già a partire dai primi anni del duemila si discuteva a proposito di un'agenda economica e sociale per l'Europa affinché potesse essere dato maggior peso al tema della politica sociale, che veniva considerata comunque una questione importante anche nel trattato di Roma. Ad esempio, nel trattato di Amsterdam si parla del perseguimento di elevati standards di occupazione e protezione sociale nel quadro quanto stabilito nell'articolo 2 del Trattato della Comunità europea.

Partendo dalle difficoltà che riguardano in primis l'identità e le funzioni degli attori sindacali del sistema dei rapporti collettivi, il sindacalismo europeo propende per una strategia transnazionale che sia ampia tanto quanto la grandezza dello scontro sociale che coinvolge diverse a parti a livello istituzionale e non; soprattutto il sindacato europeo all'interno di questo campo di scontro delle forze sociali viene individuato come potenziale soggetto al quale viene demandata la funzione di completamento delle azioni rivendicative dei diritti sociali da parte di istanze nazionali, o al quale viene assegnato il compito di colmare il vuoto lasciato dalle istituzioni europee al fine di sopperire al deficit di legittimità democratica. Su questa considerazione trova spazio il riconoscimento, da parte della Corte di giustizia europea nei confronti del sistema dei gruppi collettivi, del compito di intervenire a supplenza del parlamento europeo nella procedura di formazione degli accordi, ma l'unità di orientamento perde consistenza diventa necessario individuare quelli che sono i meccanismi di tutela che i sindacati devono porre in essere allo scopo di dare vita alle norme sociali e a spazi di regolazione autonoma le cui previsioni erano presenti prima nel trattato di Maastricht e poi rinforzati con il trattato di Amsterdam. Il dilemma tra autonomia ed eteronomia si ripropone in quanto da sempre all'interno della cultura sindacale, sia nazionale che sovranazionale, si afferma una perenne uguaglianza tra la dignità della legge e della contrattazione collettiva poiché entrambe considerate alla pari due fonti regolatrici: da un lato si caldeggia la legge in

---

<sup>91</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro, Stefania Scarponi, cit., pag. 183 ss.*

quanto l'unica in grado di fissare i minimi applicabili ad ogni livello rispetto, al contrario, a quanto invece la seconda possa fare, salvo una diversa distribuzione dei poteri che attribuirebbe maggior rilievo al parlamento europeo che consoliderebbe il ruolo della contrattazione collettiva a livello europeo nell'ambito della procedura di formazione degli accordi<sup>92</sup>.

L'istituzione del Comitato aziendale europeo (CAE) con la direttiva 94/45/CE apre un processo che va nella direzione di colmare un deficit democratico vista la mancanza di uno strumentario giuridico che potesse attribuire efficacia ad un sistema sindacale europeo; ma se l'obiettivo di questa normativa europea era quello di assicurare una certa concretezza dei diritti di consultazione e di informazione transnazionale dei lavoratori, dall'altro lato i risultati auspicati non sono stati all'altezza delle aspettative in quanto le questioni e gli apporti significativi erano già emersi dalla giurisprudenza comunitaria prima che la direttiva entrasse in vigore<sup>93</sup>. Dalla direttiva 94/45/CE si approda alla nuova direttiva 2009/38/CE con un procedimento quasi del tutto diverso almeno rispetto alle modalità che seguirono all'iter legislativo della prima direttiva, perché il ruolo delle parti sociali ha assunto una maggiore pregnanza nella partecipazione consultiva a loro concessa, prevista dall'articolo 138 del trattato della comunità europea; un processo di revisione durato più di dieci anni e che sicuramente non è proporzionato, rispetto alle modifiche contenute, in confronto al tempo che è stato impiegato per la redazione e l'introduzione della nuova direttiva<sup>94</sup>.

L'anomalia che riguarda la procedura di revisione della direttiva che ha condizionato il processo medesimo, riflette un blocco che più volte si è verificato nel circuito della contrattazione collettiva europea; in questo caso, infatti dal momento che alle parti sociali venivano attribuite, nell'orbita delle proposte della Commissione, una funzione consultiva e una più normativa, esse si sono spinte ad abdicare all'esercizio del potere normativo a loro consentito a norma dell'articolo 138 TCE allo scopo di dare una essenziale priorità alla funzione consultiva nonché alla fonte negoziale, dando meno rilevanza a quella istituzionale ed eteronoma: il risultato aveva portato, dunque,

---

<sup>92</sup> *Globalizzazione e diritto del lavoro*, Stefania Scarponi, cit., pag. 186 ss.

<sup>93</sup> *La nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia? La revisione della direttiva sui CAE: dal 1999 al 2009, un percorso lungo con un approdo deludente*. Anna Alaimo, *Biblioteca* 20 maggio- 2/2009, pag. 2

<sup>94</sup> *La nuova direttiva sui comitati aziendali europei*, cit.

all'abbandono di una prassi per la quale l'intervento normativo istituzionale, anche se influenzato dal potere consultivo delle parti sociali, prevaleva su quello negoziale attraverso gli *statutory agreements* ovvero accordi direttamente regolativi della materia<sup>95</sup>. Un altro elemento singolare che ha in sostanza caratterizzato il processo di adozione della direttiva 2009/38/CE è costituito da un documento, l'Avviso comune, attraverso il quale UNICE, CES, UEAPME, CEEP hanno proposto di emendare il testo della direttiva, che assume la natura di un testo contrattuale che ha una natura sicuramente diversa rispetto all'accordo pre-legislativo ex articolo 138 TCE, e che si avvicina di più ad un testo dai tratti informali riportando l'attività negoziale delle confederazioni sul terreno dell'autonomia piuttosto che quelle delle dinamiche etero-regolate<sup>96</sup>.

La tendenza prevalente delle parti sociali a non prediligere una funzione normativa a vantaggio di una funzione consultiva, anche attraverso forme che si trovano ben al di fuori di quelle forme di autonomia collettiva stabilite dal trattato della comunità europea, pone la questione relativa ai sintomi del declino di una contrattazione collettiva più istituzionale che negoziale, riducendo pertanto la contrattazione collettiva da risorsa regolativa ad una semplice tecnica pre-legislativa nel contesto comunitario. Già nel preambolo della direttiva è esplicitamente presente la volontà di assicurare una effettiva informazione e consultazione dei lavoratori delle imprese transnazionali, cercando di superare le incertezze emerse a seguito dell'applicazione pratica della direttiva 94/45/CE<sup>97</sup>. Le nuove definizioni di informazione e consultazione si allineano alla volontà del legislatore europeo di dare maggior peso ai lavoratori nelle questioni transnazionali, ed alle dipendenze di imprese multinazionali ovvero "questioni riguardanti imprese di dimensioni comunitarie, un gruppo di imprese nel loro complesso o relative ad almeno due imprese o stabilimenti dell'impresa o del gruppo ubicati in due stati membri diversi"; questioni che rientrano nell'ambito di competenza dei comitati aziendali europei<sup>98</sup>. Nel dettaglio, se la consultazione si sostanzia in un coinvolgimento effettivo dei lavoratori, seppure il parere emesso come risultato di essa non sia considerato come obbligatorio, l'informazione è invece vista come un momento prodromico alla

---

<sup>95</sup> *La nuova direttiva sui comitati aziendali europei, cit., pag. 3*

<sup>96</sup> *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario, Giuffrè, 1999, pag. 257*

<sup>97</sup> *Direttiva 2009/38/CE*

<sup>98</sup> *Biblioteca 20 maggio- 2-2009, Anna Alaimo, cit., pag. 5*

consultazione stessa creando in questo modo una serie di fasi partecipative attraverso le quali si rende maggiormente efficace il potere di incidere sui processi decisionali aziendali. La nuova direttiva comunitaria, a differenza della direttiva del '94, è supportata da un *excursus* normativo ovvero da un periodo nel corso del quale si sono alternati diversi testi normativi che hanno più o meno cercato di dare definizioni esaustive di informazione e consultazione.

Di fatti la direttiva 2009/38/CE integra alcune interpretazioni giurisprudenziali che erano state delineate dalla Corte di giustizia europea. Da alcune controversie arrivate sino al massimo giudice europeo, infatti, la stessa aveva il significato e l'importanza sia dell'informazione sia della consultazione come momenti fondamentale ai fini della formazione dei comitati aziendali europei, in particolare però ci si riferisce all'elemento dell'informazione il quale consiste in un vero e proprio obbligo di garantire informazioni preliminari per la formazione dei comitati aziendali europei, e che comprendono inoltre informazioni sulla struttura dell'impresa o del gruppo ed il numero di dipendenti. Sulla base del principio dell'effetto utile ciascuna impresa del gruppo, e quindi non solo la direzione centrale, ha l'obbligo di assicurare tutte le informazioni necessarie affinché possano essere avviati i negoziati e per garantire una tutela effettiva dei lavoratori attraverso la formazione del comitato aziendale europeo per mezzo dei rappresentanti interni dei lavoratori; il processo di fornitura delle informazioni obbligatorie include non solo i flussi verticali, ma anche i flussi orizzontali che ricoprono quindi la comunicazione tra direzione centrale e tutte le altre imprese del gruppo<sup>99</sup>.

---

<sup>99</sup> *Biblioteca 20 maggio- 2-2009, Anna Alaimo, cit., pag. 7 ss.*

### 3.4 I LIMITI DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA EUROPEA

Il tema del coordinamento e dell'efficacia della contrattazione collettiva al livello dei sindacati europei rappresenta sicuramente una questione centrale nell'ambito dello sviluppo dei diritti sindacali dei lavoratori di imprese di dimensione europea. In primo piano il coordinamento delle politiche di contrattazione dei sindacati europei viene ostruito in particolare da due categorie di fattori: le dinamiche relative ai sistemi nazionali di relazioni industriali e dalle differenti prassi negoziali, la cui comparabilità sul piano transnazionale è pressoché limitata dalle divergenze di sviluppo dei rispettivi sistemi.

I mezzi e gli strumenti per coordinare la contrattazione collettiva europea, infatti, non considerano in sostanza i contesti giuridico-istituzionali e gli elementi delle prassi negoziali dei rispettivi paesi membri; riguardo agli sviluppi a medio e lungo termine dei sistemi nazionali di relazioni industriali e del mercato del lavoro sono diversi i fattori che influenzano i salari e le condizioni lavorative, ciononostante esistono tre principali tendenze che identificano quelle che sono le priorità di ciascuna legislazione, limitando l'analisi appunto a quelle che sono le tendenze che ostacolano una visione più ampia di quella che attualmente ha la contrattazione collettiva europea<sup>100</sup>.

In primo luogo la crescita dei settori a basso salario, nei quali la regolamentazione del salario minimo influisce notevolmente, riduce il potere sindacale nella definizione dei salari e questa situazione specifica si verifica in particolare nel settore del commercio al dettaglio e delle costruzioni; un'altra tendenza che rivela evidenti difficoltà di coordinamento delle istituzioni nell'ambito della contrattazione collettiva europea è rappresentata da impedimenti, in alcuni paesi come la Germania, dove ad esempio la crisi della contrattazione collettiva che deriva da una tendenza salariale negativa ostacola un concreto coordinamento delle politiche salariali a livello europeo; in terzo luogo, la presenza di strutture sindacali deboli e decentrate riducono l'influenza dei sindacati ai fini della determinazione dei salari; soprattutto nei paesi dell'Europa centro orientale dove i salari sono prevalentemente stabiliti a livello aziendale, in corrispondenza del quale la rappresentanza sindacale e i diritti di partecipazione dei lavoratori sono spesso limitati,

---

<sup>100</sup>Glassner, Philippe Pochet. *Il coordinamento transnazionale della contrattazione collettiva. Limiti, sfide e prospettive future.. Fascicolo 4, autunno 2010, pag. 611*

ed inoltre l'assenza di strutture di livello superiore e di istituzioni come le associazioni datoriali e di categoria determina il frequente intervento dello stato sulla materia della contrattazione collettiva<sup>101</sup>. Con l'allargamento dell'Unione europea, si è manifestata una divisione nei sistemi di contrattazione collettiva, con alcune nazioni che favoriscono negoziazioni principalmente tra sindacati e associazioni datoriali, ovvero propendono per una contrattazione *multi employer*, mentre in altre nazioni assistiamo prevalentemente ad un tipo di contrattazione che avviene tra aziende e sindacati e tra rappresentanti dei lavoratori o singoli lavoratori, ovvero la cosiddetta contrattazione *single- employer*<sup>102</sup>.

Nei paesi con contrattazione *single-employer*, la contrattazione collettiva non ricopre un ruolo essenziale nell'ambito della tutela sociale dei lavoratori, il contrario invece accade nei paesi dove la contrattazione si definisce *multi-employer*, nei quali a prevalere sono più alti tassi di copertura della contrattazione. Per quanto riguarda il coinvolgimento delle parti sociali nella definizione delle politiche pubbliche e nella fissazione dei salari, molti stati dell'Unione europea hanno diverse istituzioni, secondo uno schema tripartito che prevede la presenza del governo centrale, le associazioni datoriali e le associazioni sindacali infatti l'influenza delle parti sociali nella politica ai fini della fissazione dei salari, ad esempio, può essere notevolmente debole, e questo soprattutto accade nell'Europa centro-orientale; le differenze dei sistemi di relazioni industriali e nelle pratiche negoziali tra i paesi dell'Unione europea complicano anche il coordinamento transfrontaliero della contrattazione collettiva<sup>103</sup>. La differenza relativa alla durata dei contratti collettivi mette, inoltre, rende difficile l'armonizzazione degli aumenti salariali ai fini anche della loro comparazione; esistono poi i sistemi a doppio binario come Danimarca e Svezia nei quali, appunto, gli aumenti del salario sono stabiliti a livello settoriale ma i salari effettivi sono invece negoziati a livello aziendale: questi sistemi sono piuttosto diffusi in Europa. La tendenza verso una decentralizzazione delle politiche salariali in Europa, in particolare durante i periodi di crisi economica, accentua ulteriormente le difficoltà di comparare gli aumenti salariali negoziati attraverso accordi settoriali. La validità e l'efficienza di azioni poste in essere dai sindacati per raggiungere

---

<sup>101</sup> Glassner, Philippe Pochet. *Il coordinamento transnazionale della contrattazione collettiva. Limiti, sfide e prospettive future. Cit., pag. 612*

<sup>102</sup> Glassner, Philippe Pochet. *Il coordinamento transnazionale della contrattazione collettiva. Limiti, sfide e prospettive future. Cit., pag. 613*

<sup>103</sup> Glassner, Philippe Pochet. *Il coordinamento transnazionale della contrattazione collettiva. Limiti, sfide e prospettive future. Cit.*

dei risultati nell'ambito del coordinamento transfrontaliero della contrattazione collettiva è ostacolata dalla natura volontaria degli obiettivi di contrattazione: ciò significa che soprattutto le parti negoziali nazionali considerano le linee guida delle istituzioni europee come norme non vincolanti per le prassi negoziali nazionali, mancando di un concreto intervento che possa concretamente armonizzare i sistemi di relazioni industriali dei paesi dell'Unione europea. Nella prospettiva di un progetto di armonizzazione vi è una ipotesi per la quale i comitati aziendali europei (CAE) possono di fatto favorire la comparazione e la collaborazione tra rappresentanze dei lavoratori di diversi paesi europei che sono coinvolti nei comitati; questi attori possono avere l'opportunità di incontrarsi regolarmente e scambiarsi informazioni dando maggiore rilevanza alle relazioni informali ed alla comunicazione fondamentali per il dialogo tra rappresentanze di lavoratori al fine di superare le barriere geografiche, culturali e soprattutto politiche. In particolare, per il sindacato, che è più strettamente legato al contesto istituzionale e alle peculiarità nazionali rispetto all'impresa, queste barriere ostacolano la formazione di attori collettivi e di una contrattazione transnazionale, pertanto la creazione di reti di comunicazione informali può stimolare le parti, specialmente in aziende con sindacati ben organizzati, a formalizzare posizioni comuni nelle negoziazioni nazionali e spingere le direzioni centrali delle imprese a coordinare le posizioni negoziali a livello transnazionale<sup>104</sup>.

---

<sup>104</sup> *Diritto delle relazioni industriali, Rivista semestrale della Associazione Lavoro e Ricerche. Luciano Spagnuolo Vigorita e Marco Biagi, Giuffrè editore, anno 5- numero 2 luglio 1995, pag. 51 ss.*

## CAPITOLO 4

### 4.1 L'ALLARGAMENTO AD EST: OPPORTUNITA' O MINACCIA?

L'allargamento dell'Unione europea ad est ha dato origine, soprattutto nelle ultime fasi di redazione degli accordi, a delle consistenti perplessità circa quelli che possono costituire gli impatti causati dagli effetti di questa nuova apertura dei paesi della vecchia Europa nei confronti dei paesi della nuova Europa ovvero dell'est Europa. In particolare con riferimento al tema dell'occupazione e del mercato del lavoro si sono alternati dibattiti e riflessioni su di una prevedibile emigrazione massiccia di lavoratori dai paesi di nuovo ingresso; tra le questioni più importanti che sono state poste all'ordine del giorno vi è proprio la libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea, tema sicuramente importante ovvero stiamo parlando di una delle quattro libertà fondamentali riconosciute dal trattato di Maastricht.

Questa discussione, che nasce intorno alle possibili conseguenze che possono mutare gli equilibri sociali e giuridici che si erano già consolidati all'interno dell'Unione europea, merita una certa attenzione dal momento che i paesi ammessi non sembrano avvezzi ad eliminare situazioni di incertezza legislativa tanto più nel settore dei diritti sociali e nel mercato del lavoro, probabilmente per lasciare intatto un ambito molto competitivo sul fronte salariale. La mancanza di una legislazione nazionale in tema di sistemi fiscali e bancari, di certe condizioni di lavoro in tema di contrattazione collettiva o di concertazione come componente fondamentale del dialogo sociale determina la nascita di una superficiale ed inefficace base al fine di costruire un lineare e chiaro processo di armonizzazione che possa essere dare una soluzione ai problemi sociali ed economici.

L'allargamento ad es dell'Europa costituisce un evento senza precedenti storici in quanto diverse sono le implicazioni di questo processo soprattutto da un punto di vista economico: l'espansione dei principi del libero mercato, e pertanto del mercato unico europeo a paesi dell'ex blocco sovietico, infatti desta in generale notevoli preoccupazioni ed interrogativi in prima battuta relativamente a quelli che sono i costi che devono essere sostenuti per accompagnare la crescita economica dei nuovi paesi membri dell'Unione europea ovvero di Polonia, Ungheria, Repubblica ceca, Repubblica slovacca, Romania, Bulgaria, Estonia, Lituania, Lettonia e Slovenia; il processo di accompagnamento di

questi paesi, che avevano un reddito *pro capite* molto più basso rispetto ai paesi dell'Europa occidentale scatenò l'emergere di timori prevalentemente diffusi che si avevano a riguardo le conseguenze che ci sarebbero state riguardo la libera circolazione dei cittadini.

L'ultima ondata di allargamento dell'Unione europea ha generato reazioni contrastanti tra le nazioni europee. Se da un lato c'erano consensi per le opportunità commerciali ed economiche offerte all'ingresso dei paesi dell'Europa centro-orientale, dall'altro c'erano i timori e preoccupazioni riguardo al futuro funzionamento di una Unione europea composta, da quel momento, da venticinque stati. L'allargamento è stato visto in particolare come un efficace strumento straordinario di politica estera, grazie anche ai cosiddetti strumenti di *soft power*, i quali hanno esercitato e suscitato una forte attrazione nei confronti dei nuovi paesi membri dell'Europa orientale. Questi paesi erano d'altra parte interessati al benessere economico, alla possibilità di modernizzare i propri sistemi produttivi e specialmente ai valori condivisi, come i diritti e i principi che rendono l'Europa uno spazio solidale e democratico. Di fatto, la scelta di ampliare l'unione europea ai paesi PECO (Paesi dell'Europa centrale ed orientale) è stata una decisione politica con il precipuo fine di garantire stabilità e sicurezza al fine di accompagnare il processo di realizzazione della crescita economica a cui quei paesi ambivano. L'obiettivo era facilitare, inoltre, il processo di democratizzazione nei paesi del precedente blocco sovietico senza causare rotture dirompenti ed evitare un collasso economico che avrebbe avuto conseguenze catastrofiche nel cuore dell'Europa. L'ingresso di dieci nuovi paesi, che oltre ai già citati comprendono Malta e Cipro, ha generato dubbi e preoccupazioni per il futuro dell'Unione europea: il numero crescente di membri ha alterato il normale funzionamento interno delle istituzioni europee, rendendo il processo decisionale comunitario più intricato, come già affrontato dal trattato di Nizza entrato in vigore nel 2001.

L'ampliamento dei confini geografici e l'incremento della popolazione hanno trasformato l'Ue in un'area commerciale più vasta del NAFTA, ma hanno anche portato ad una maggiore eterogeneità interna. Questa diversità riguarda i sistemi economici, politici sociali ed istituzionali dei nuovi membri, contribuendo all'immagine di un'unione distante e dominata da una burocrazia comunitaria. L'opinione pubblica dei quindici, che al 2004 costituivano i membri iniziali, ha percepito in sostanza una minaccia al proprio

benessere, in quanto i timori riguardavano direttamente la minaccia di un alto tasso di disoccupazione, i bassi tassi di crescita che caratterizzavano l'economia di quei paesi e gli standard di vita inferiori, paventando un'imminente immigrazione massiccia in grado di mettere a rischio il modello economico e sociale raggiunto faticosamente.

## **4.2 CONVERGENZE E DIVERGENZE TRA ITALIA ED UNGHERIA: ALCUNI ASPETTI A CONFRONTO**

Con il decreto legislativo n. 122/2020, con il quale l'ordinamento giuridico italiano ha recepito quanto stabilito dalla nuova direttiva 957/2018 in materia di distacco di personale intra-europeo, vengono apportate significative modifiche al precedente testo del decreto legislativo 136/2016; ovvero le modifiche che vengono introdotte attraverso il decreto si riferiscono essenzialmente a tre principali ambiti della materia del distacco di manodopera che sono l'ambito di applicazione della nuova normativa, le condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori in distacco, il cui paese di destinazione è rappresentato dall'Italia ed il nuovo termine oltre il quale non è consentita la durata massima del distacco.

Le disposizioni contenute nella nuova normativa di recepimento applicabili nei confronti dei lavoratori distaccati da imprese collocate in altri stati membri oltre che in Italia, si focalizzano su tre aspetti che costituiscono rispettivamente modifiche relative all'estensione dei destinatari della normativa sul distacco, le nuove condizioni di lavoro e di occupazione dei lavori distaccati, e della durata massima del distacco transnazionale che abbia come stato di destinazione l'Italia. Inoltre, il campo di applicazione della disciplina legislativa è stata estesa a più complessi rapporti di servizi tra agenzie di somministrazione ed utilizzatori facenti parte a stati membri diversi. Quanto sancito all'articolo 1 bis co. 2, infatti, che attiene nello specifico ai nuovi destinatari della normativa, si applicherà alle agenzie somministratrici di lavoro che hanno sede in uno stato membro diverso dall'Italia che distaccano manodopera nel territorio italiano presso una impresa autonoma, o ad altra, appartenente ad una propria unità produttiva, nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi che differisce dalla mera somministrazione; pertanto i lavoratori, in questa fattispecie, s'intenderanno distaccati da parte dell'agenzia di somministrazione con la quale s'instaura il rapporto di lavoro.

La disposizione italiana in questione non specifica la situazione dei lavoratori coinvolti in complessi rapporti di servizi tra tre soggetti ossia l'agenzia interinale, un'impresa utilizzatrice ed un'altra impresa, anche definita impresa terza, quando le parti coinvolte sono stabilite in tre stati differenti dell'Unione europea, tuttavia alla luce dell'ultima normativa comunitaria, questi lavoratori devono considerarsi distaccati nel terzo stato

membro nel quale questi vengono a loro volta inviati dall'utilizzatore che, nel caso di specie, corrisponde all'Italia. In questo contesto è necessario che la normativa italiana si coordini con quella dello stato membro in cui i lavoratori, precedentemente somministrati in Italia, vengano inviati dall'utilizzatore a un'impresa localizzata in un altro stato membro. La coordinazione tra le normative, infatti, è essenziale per gestire correttamente la situazione dei lavoratori distaccati e garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie in materia. L'introduzione di nuove ipotesi di somministrazione comporta la necessità di fornire informazioni dettagliate e trasparenti, proprio in virtù dell'importanza acquisita dal principio di trasparenza, tra le imprese coinvolte in processi di somministrazione transfrontaliera; il suddetto adempimento informativo mira ad assicurare una maggiore chiarezza e comprensione tra le parti coinvolte nelle diverse fasi della somministrazione di lavoratori distaccati.

Per quanto concerne il secondo campo di applicazione oggettivo della normativa italiana di recepimento, ovvero relativo alle condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori distaccati come ci segnala la modifica apportata al comma 1 dell'articolo 4 con l'obiettivo di garantire una speciale tutela ai lavoratori distaccati, i quali solo entro certi limiti rimangono dipendenti al lavoratore distaccante e soggetti alla disciplina del medesimo regime di sicurezza sociale. In linea con la direttiva europea 957/2018 vengono specificati quelli che sono gli ambiti in cui è prevista l'applicazione delle leggi dello stato ospitante che, come abbiamo già detto, costituiscono il nucleo essenziale: periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo, durata minima dei congedi annuali retribuiti, retribuzione intesa in ogni suo elemento costitutivo, le condizioni di somministrazione dei lavoratori distaccati, in particolare con riguardo alle ipotesi di distacco fornite dalle agenzie di somministrazione, salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, parità di trattamento tra uomo e donna secondo quanto previsto in conformità con il principio di non discriminazione, condizioni di alloggio conformi a standard di sicurezza ed igiene. Da come viene delineato tutto l'impianto legislativo nazionale, la ratio che permea tutta la modifica apportata si basa tanto sul principio della parità di trattamento tra lavoratore distaccato e locale quanto sull'inibizione di qualsiasi pratica tesa a discriminare i lavoratori in base alla nazionalità, principio dal quale è possibile, inoltre, ricavare la parità retributiva fra le due categorie di lavoratori.

L'ultimo aspetto della normativa italiana di recepimento attiene modifica della legislazione in materia di distacco transnazionale, è costituito dall'introduzione di una nuova fattispecie del distacco definito di lunga durata; la considerazione principale della normativa è quella di considerare il distacco come rapporto di lavoro di natura temporanea, per cui al lavoratore soggetto al distacco nell'ambito del quadro giuridico della prestazione dei servizi è necessario garantire efficaci tutele dopo un determinato periodo di tempo. La durata massima del distacco prevista dalla direttiva e dalla normativa di recepimento subisce infatti un taglio previsto a dodici mesi rispetto ai diciotto precedenti, estendibili comunque a diciotto quando con motivazione notificata da parte del ministero delle politiche sociali; oltre i dodici mesi pertanto dovranno essere applicate tutte le condizioni di lavoro e di occupazione previste dall'ordinamento giuridico italiano previste, anche, dai contratti collettivi di lavoro nazionali. E' chiara anche l'intenzione da parte del legislatore nazionale di assicurare la presenza di una normativa antielusiva che consente di attuare eventuali sostituzioni di lavoratori distaccati che anticipatamente terminano il distacco, e che pertanto devono essere sostituiti; in effetti l'articolo 4 bis comma 3 prevede che nell'ipotesi di sostituzione di uno o più lavoratori distaccati la durata di dodici mesi, o in casi particolari di diciotto, sarà computata attraverso la somma di tutti i periodi di lavoro svolti dai singoli lavoratori che sono stati eventualmente sostituiti<sup>105</sup>.

A partire dal decreto legislativo 276/2003 è possibile individuare una serie di caratteristiche che contraddistinguono la fattispecie giuridica del distacco di personale come delineato nell'ordinamento giuridico italiano rispetto, invece, a come viene configurata la normativa nazionale ungherese la cui evoluzione sotto il profilo giuridico può essere distinta in due periodi: il periodo del diritto socialista ed il periodo del diritto che s'interseca con l'avvento della liberalizzazione dei settori economia che ebbe inizio successivamente al crollo del blocco sovietico.

---

<sup>105</sup> *La nuova disciplina del distacco transnazionale prevista dal D. Lgs. N. 122/2020. Il quotidiano giuridico, di Bossotto Livio, Counsuel studio legale Allen & Overy, pag. 4*

### 4.3 IL CONCETTO DI DISTACCO NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO UNGHERESE

Pochi sono i concetti che, nell'ambito della legislazione ungherese, possiamo considerare complicati da descrivere o di cui parlare; uno di questi concetti è rappresentato proprio dalla fattispecie giuridica del distacco. In sostanza nel diritto del lavoro ungherese possiamo trovare tre differenti significati di distacco e tre conseguenti spiegazioni diverse di questi concetti; il primo caso il distacco rappresenta una categoria giuridica diversa rispetto al contratto di lavoro, nel secondo caso rappresenta un'ipotesi applicabile nell'eventuale prestazione lavorativa temporanea resa al di fuori dello stato di residenza, nello specifico in base a quanto sancito dal diritto internazionale privato, e nel terzo caso parliamo di una ipotesi di distacco nell'ambito del diritto dell'Unione europea ovvero di un distacco, quindi di una prestazione temporanea eseguita in uno stato estero nel quadro del principio della libera prestazione di servizi<sup>106</sup>.

Da un lato, tutti e tre i significati non sono completamente estranei tra di loro, hanno infatti in comune tra di loro una caratteristica molto importante, ossia il distacco ha un solo significato centrale: per distacco s'intende sempre l'impiego in un luogo diverso da quello abituale del dipendente. La principale differenza riguarda due delle tre categorie, ovvero che due dei tre significati erano già in utilizzo nella tradizione giuridica giuslavoristica del diritto ungherese. La circostanza che il termine distacco venga usato per esprimere diversi elementi non determina allo stesso tempo un cambiamento concettuale della parola stessa; stiamo parlando, infatti, di un fenomeno che, all'interno del diritto del lavoro particolarmente, si ripete. Questo vale per alcune ambiti della regolamentazione come, ad esempio, in riferimento alla parola salario, la quale può esplicitare significati diversi a seconda che si tratti di norme a tutela dei salari oppure di norme in materia di parità retributiva. La concezione che esiste nel diritto ungherese relativamente al significato del termine distacco in tutto è molto simile a quella italiana in quanto prevede che distacco fa riferimento all'impiego del lavoratore che avviene in un luogo diverso da quello nel quale il lavoratore medesimo svolge abitualmente il suo lavoro; di conseguenza il distacco avviene su interesse e istruzione del datore di lavoro

---

<sup>106</sup> *Kiküldött munkavállalók az uniós és a magyar jogban. Kártyás Gábor. Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, pag. 167*

con il quale il lavoratore ha stipulato un contratto di lavoro in essere. Se invece per il diritto internazionale privato ci si riferisce al lavoro temporaneo all'estero, nel caso del diritto dell'Ue il lavoro temporaneo svolto in previsione del distacco viene svolto in uno stato membro nell'ambito della fornitura di una prestazione di servizi. Beninteso la legislazione dell'ordinamento giuridico ungherese si riferisce all'ipotesi nella quale un lavoratore dipendente presta lavoro in via temporanea in un luogo di lavoro diverso da quello che era stato stabilito al momento della stipula del contratto. Dal punto di vista dell'adempimento del rapporto di lavoro, si tratta di una circostanza caratterizzata dalla specialità in quanto il dipendente originariamente è tenuto a prestare lavoro nel luogo geografico previsto alla stipula del contratto di lavoro; per motivi di flessibilità viene consentito dalla legislazione ungherese che il datore di lavoro possa in via unilaterale discostarsi da quanto designato nel contratto di lavoro. Il mutamento che c'è stato nel corso del tempo delle norme giuslavoristiche sono state caratterizzate da un più o meno intenso periodo di norme di maggior tutela, come per esempio i rimborsi previsti per spese sostenute per le missioni dei lavoratori in distacco, tipiche di un sistema giuslavoristico diverso a seconda dei momenti storici considerati<sup>107</sup>.

In relazione ad una legislazione ungherese rimasta in vigore fino al 1990, il diritto del lavoro ungherese si basava su di una forte ispirazione al diritto socialista il quale presentava un atteggiamento decisamente permissivo rispetto ad eventuali modifiche che potevano avvenire per esigenze sopravvenute all'esecuzione della prestazione lavorativa, come invero ad una missione la cui esecuzione veniva richiesta dal datore di lavoro al di fuori del luogo di lavoro abituale stabilito nel contratto di lavoro originario. La normativa precedente di fatto non riteneva una modifica del contratto la decisione del datore di lavoro di obbligare un suo dipendente a prestare lavoro fuori dal suo luogo di lavoro stabile, e questa parte del potere direttivo del datore consentiva quest'ultimo, senza limiti, di impiegare il lavoratore in base solo ed esclusivamente ai suoi interessi, un obbligo che però non aveva effetti nei confronti delle donne in gravidanza e puerpere in quanto l'accordo con esse era necessario per poter avallare lo spostamento da un luogo all'altro. La legislazione che, invece, è stata introdotta successivamente al 1990 approda ad un approccio privatistico che capovolge i principi del precedente impianto legislativo; uno degli elementi essenziali di questo nuovo approccio sono la considerazione dell'accordo

---

<sup>107</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit. pag. 169-170*

tra le parti che assume una fondamentale rilevanza all'interno del contratto di lavoro, che non è compatibile con un sistema in cui in ogni ipotesi il datore ha la possibilità di modificare unilateralmente uno degli elementi essenziali del contratto ossia il luogo di lavoro. Per questo solo in casi particolarmente giustificati il datore può consentire la modifica unilaterale del contratto non essendo ciò un danno sproporzionato a svantaggio del lavoratore. In una prima fase della legislazione di approccio privatistico l'obbligo, giustificato, non poteva andare oltre i due mesi nel corso di un anno, ed inoltre la figura della donna non poteva essere per nessun motivo obbligata senza il suo consenso a partire dall'inizio del quarto mese di gravidanza e fino al compimento dei tre anni del bambino. Anche nell'attuale normativa vigente un incarico o un impiego diverso stabilito all'interno del contratto può essere solo temporaneo, non è possibile infatti superare quarantaquattro giorni lavorativi o le 352 ore per anno solare, delineando un limite pressoché ampio per il datore di lavoro che può disporre pertanto il distacco due volte l'anno, e il distacco può inoltre riferirsi ad una parte o alla totalità dell'orario di lavoro<sup>108</sup>.

In aggiunta al criterio della temporaneità la seconda fase di sviluppo della normativa prevede una serie di nuove tutele introdotte a seguito delle nuove modifiche al codice del lavoro le quali hanno limitato la possibilità che un certo gruppo di soggetti specificamente individuati non potessero essere assoggettati alla fattispecie del distacco, ossia parliamo di dipendenti che si prendono cura dei coniugi, dei figli e che per motivi di salute hanno un impedimento fisico che non permette di svolgere la missione, ai quali peraltro può essere richiesta la modifica del luogo di lavoro ma solo con il loro consenso finale. Anche l'aspetto della retribuzione nella nuova dimensione del diritto del lavoro ungherese; il lavoratore dipendente infatti ha diritto, per tutta la durata del distacco, ad una retribuzione equa prevista per la mansione svolta e comunque prevista dal contratto di lavoro, perciò qualora il lavoratore in esecuzione del distacco dovesse essere assegnato ad una mansione che prevede una retribuzione più elevata quest'ultimo avrà automaticamente diritto una retribuzione commisurata al livello della nuova mansione<sup>109</sup>.

Se, al contrario, in esecuzione del distacco il lavoratore dipendente in base alla nuova posizione ricoperta subisse una diminuzione del salario, questo non viene ridotto; sempre

---

<sup>108</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit. pag. 171*

<sup>109</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit. pag. 173*

in ipotesi di distacco, a seconda del luogo nel quale viene svolto se l'impiego svolto non corrisponde al medesimo per il quale il lavoratore percepiva delle maggiorazioni, queste vengono eliminate mantenendo integro il salario di base. In concreto, l'orario di lavoro e le condizioni di lavoro nel luogo di lavoro dove viene eseguito il distacco possono essere difforni tanto da determinare la mancata previsione di determinate indennità che il lavoratore percepiva nel luogo abituale di lavoro.

Dopo aver analizzato il termine distacco secondo quella che è la sua prima accezione ossia una fattispecie giuridica che nel diritto del lavoro ungherese diverge dal normale contratto di lavoro, la seconda accezione attiene al distacco inteso come lavoro temporaneo all'estero relativamente al quale la legge applicabile rientra nell'ambito del diritto internazionale privato. Questa circostanza si presenta quando il lavoratore dipendente lavora temporaneamente nel territorio di un altro stato; in questa particolare contesto ci si domanda frequentemente se il mutamento del luogo di lavoro temporaneo possa condizionare quelle che sono le norme giuslavoristiche del diritto del lavoro applicabile. Il codice del lavoro ungherese come strutturato nel periodo socialista del diritto vincolava tutti i datori di lavoro e tutti i dipendenti che si dimostra insensibile alla circoscrizione di un ambito territoriali senza confini. In un secondo momento la norma comprende un significato più preciso che si estendeva a tutti i rapporti di lavoro stabiliti non solo all'interno del territorio dell'Ungheria ma anche tra un datore di lavoro ungherese ed un cittadino ungherese stabilito all'estero<sup>110</sup>.

Il nuovo codice di diritto privato entrato in vigore nel 1979 viene introdotta la regola generale *lex loci laboris* ovvero viene stabilito il principio della validità della legge applicabile dello stato in cui è stato concluso il contratto; tra le medesime disposizioni emanate dal codice viene esplicitamente previsto che il datore di lavoro soggetto alla legislazione ungherese sia in casi di missione all'estero di uno o più dei suoi dipendenti sia in caso di missione di lungo periodo<sup>111</sup>.

La normativa nazionale ungherese è ulteriormente cambiata a partire dal 2001 quando, nel quadro dell'armonizzazione della convenzione di Roma 1994, era stato avviato il processo di armonizzazione del diritto del lavoro in ambito europeo; per assicurare infatti una coerenza con la convenzione di Roma, il legislatore ungherese ha stabilito che la

---

<sup>110</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit. pag. 174*

<sup>111</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit.*

legge applicabile al contratto di lavoro andasse individuata attraverso il criterio della libertà di scelta della normativa applicabile al contratto di lavoro. Nonostante ciò, per quanto riguarda il lavoro temporaneo all'estero, secondo la modifica inerente al testo che ha recepito la convenzione di Roma, in base alla regola generale applicabile, non cambia il luogo abituale di lavoro se il lavoratore dipendente svolge un periodo di lavoro temporaneo all'estero, pertanto egli sarà comunque soggetto all'applicazione della legislazione del diritto ungherese. Nell'ipotesi di lavoro temporaneo speculare, ovvero inerente ad un lavoratore che presta lavoro temporaneo nel territorio dell'Ungheria, non si applicherà invece il diritto del lavoro ungherese ma rimarrà soggetto al diritto dello stato di provenienza, in quanto sarebbe stato possibile applicare il diritto del lavoro dello stato di destinazione ed in questo caso quello ungherese, sulla base di un esplicito accordo tra le parti<sup>112</sup>.

Relativamente alla terza ed ultima nozione di distacco accolta dal diritto del lavoro ungherese, troviamo la categoria giuridica del significato di distacco che assume in base alla legislazione del diritto dell'Unione europea come inizialmente è stato delineato dalla prima normativa europea in materia di distacco di personale intra-europeo. Il termine distacco come delineato dalle istituzioni europee non è solo caratterizzato dall'elemento della temporaneità del lavoro ma da un ulteriore elemento essenziale al fine di contraddistinguere la nozione di distacco all'interno dell'Unione europea, ovvero che si parli di un lavoratore transfrontaliero in un altro stato membro dell'Unione europea nell'ambito di una prestazione di servizi; in quest'ultimo caso il diritto del lavoro applicabile sarà diversa, ossia la legge dello stato ospitante prevede quelle che sono le materie comprese all'interno del nocciolo duro della normativa europea per il quale ogni stato ospitante deve garantire delle condizioni di lavoro minime al lavoratore mandato in distacco<sup>113</sup>.

Inoltre, per meglio chiarire quelle sono le definizioni concettuali delle tre ipotesi di distacco che vengono disciplinate dal diritto del lavoro ungherese è opportuno specificare che la nozione di distacco secondo il diritto internazionale privato e il diritto dell'Unione europea si distinguono dall'ipotesi di distacco intesa nel significato di un rapporto di lavoro diverso da un normale contratto di lavoro; se il luogo di lavoro, diverso rispetto a

---

<sup>112</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit. pag. 175*

<sup>113</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit. pag. 180*

quello contenuto nel contratto di lavoro, individuato dal datore di lavoro si trova in un altro stato terzo allora si parla di distacco come previsto dal diritto internazionale privato. Se il lavoro all'estero avviene temporaneamente nell'ambito della fornitura di una prestazione di servizi avremo in questo caso una nozione di distacco che riflette la normativa europea sul distacco. Nondimeno la previsione di un luogo di lavoro diverso da quello abituale, e pertanto diverso da quello che era stato stabilito nel contratto di lavoro, può essere stabilita anche nel territorio ungherese stesso e non avvenire nell'ambito di una fornitura di servizi. Come afferma la dottrina nazionale ungherese, il distacco come definito nel codice del lavoro ungherese si basa solo su un'istruzione del datore di lavoro mentre se ci spostiamo alla nozione di distacco come stabilita nell'ambito della legge internazionale di diritto privato e nel diritto dell'Ue un altro elemento essenziali ai fini della distinzione della nozione risiede nell'accordo tra datore e lavoratore dipendente: ne consegue da ciò un'implicazione rilevante ovvero se la missione del lavoro temporaneo si è basata sull'accordo tra le parti, allora anche nel caso di ritiro del lavoratore dipendente il datore avrà la necessità di ottenere il consenso del lavoratore stesso<sup>114</sup>.

Altro elemento che aiuta ad approfondire la distinzione tra le fattispecie di distacco analizzate, riguarda il rapporto tra la nozione di distacco e quella di lavoro temporaneo; nell'ambito del diritto dell'unione europea il prestito del lavoratore dipendente rientra tra gli elementi del distacco, mentre nel diritto internazionale privato il lavoro temporaneo che si svolge all'estero in un paese terzo non prevede esplicitamente come fondamento il prestito ma comunque quest'ultimo costituisce implicitamente un concetto base del lavoro temporaneo. Diversamente, il codice del lavoro ungherese non fa riferimento alla locuzione di lavoro temporaneo in quanto non v'è necessità di indicare il luogo di lavoro nel quale il datore decide di inviare il lavoratore in distacco purché ciò avvenga nei limiti del territorio nazionale<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit. pag. 181*

<sup>115</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit.*

### 4.3.1 REGOLAMENTAZIONE DEL LAVORO TRANSFRONTALIERO

il lavoro temporaneo transfrontaliero era stato introdotto nell'ordinamento giuridico ungherese non prima del luglio 2001. La normativa di recepimento almeno inizialmente presentava una disciplina del lavoro temporaneo che necessitava una serie di correttivi in quanto si poneva in palese contrasto con il principio in materia di libera prestazione dei servizi. Alla data di entrata in vigore del lavoro temporaneo, infatti, in Ungheria era possibile inviare personale in distacco che proveniva solo da istituti di credito che avevano sede nel paese stesso; solo dopo un anno e mezzo l'intervento della Corte di giustizia europea, che aveva ritenuto la legislazione ungherese in materia di distacco non conforme al diritto dell'Ue, il regolamento era stato modificato<sup>116</sup>.

Il caso esemplare che è arrivato anche dinanzi alla Corte di giustizia, ebbe di fatto riguardo alla condizione per cui la regola della sede nazionale, che tra l'altro minava i principi della libera prestazione di servizi, era stata applicata anche dall'Autorità ispettiva dell'Ungheria; il caso aveva ad oggetto un istituto di credito polacco che impiegava i propri lavoratori polacchi presso un ente mutuatario. In sostanza a parere dell'Autorità ispettiva per il lavoro, l'impiego dei lavoratori era avvenuto in violazione della legislazione ungherese la quale fissava come requisito quello di avere la sede legale nel territorio nazionale, per questo stesso motivo venne riconosciuta l'instaurazione di un rapporto di lavoro valido ai fini del diritto del lavoro ungherese: non era pertanto consentito esercitare un'attività di credito senza una sede legale nazionale<sup>117</sup>.

Successivamente al dicembre 2011, circa un anno e mezzo dopo l'intervento della Corte di giustizia, anche le imprese con sede legale in un qualsiasi stato del sistema economico europeo potevano impegnarsi ad eseguire il distacco nel territorio dell'Ungheria secondo quelle che erano le condizioni che fungevano da presupposti del lavoro temporaneo come configurato dalla legislazione nazionale ungherese. Le condizioni previste dal diritto del lavoro ungherese fanno emergere come vi sia una certa mancanza di conformità ai principi europei in materia di distacco di personale nell'ambito dell'alveo della libera prestazione dei servizi. Le medesime condizioni prevedono, tra l'altro, che la validità del lavoro temporaneo in Ungheria dipenda in primis dalla registrazione della società o

---

<sup>116</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit. pag. 191*

<sup>117</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit. pag. 192*

impresa presso l’Agenzia statale per l’impiego sulla base della corresponsione di quindicimila fiorini e l’effettiva garanzia di condizioni adeguate che rispettino gli standard minimi di tutela materiali per tutto il personale impiegato. Ma allo stesso tempo fino al 2016 non esisteva un’autorità centrale che fosse competente a registrare l’arrivo di lavoratori in distacco nel territorio ungherese che per questo motivo risultava impossibile<sup>118</sup>.

In relazione al concetto di retribuzione, che occupa sicuramente un posto importante nell’ambito dell’istituto del distacco in virtù del principio della parità retributiva, il diritto ungherese dà un’interpretazione delle norme a tutela della garanzia del livello salariale minimo piuttosto ampia; la normativa nazionale ungherese, infatti, impone che ai lavoratori distaccati siano applicate tutte le norme relative all’importo dei salari, di conseguenza oltre al salario minimo il lavoratore è soggetto anche ad altre voci supplementari della voce del salario, che comprendono altresì periodi di inattività e indennità di assenza purché la stessa disciplina legislativa ungherese stabilisca delle condizioni applicabili più favorevoli<sup>119</sup>.

Anche il codice del lavoro ungherese riveste un ruolo fondamentale nella regolamentazione di distacco di manodopera. Il nuovo codice del lavoro, infatti, contiene un certo numero di articoli che costituiscono la legge applicabile ai lavoratori in distacco nel territorio nazionale dell’Ungheria e vanno dagli articoli 295-297; questa regolamentazione trova applicazione nell’ipotesi in cui un datore di lavoro assume un lavoratore dipendente nel territorio ungherese per mezzo di un accordo con soggetto terzo o con un’altra controparte che sia altrettanto un soggetto imprenditore il quale appartiene al medesimo gruppo dell’azienda dalla quale proviene il lavoratore distaccato, mentre la regolamentazione inerente alle agenzie di somministrazione di lavoro sono assoggettate ad una disciplina separata; inoltre, il codice del lavoro provvede a disciplinare tutta la materia del lavoro temporaneo ovvero del lavoro interinale, dagli articoli 214-222, che troveranno applicazione nel territorio ungherese anche in materia di distacco di personale tramite agenzie di somministrazione<sup>120</sup>. Nel diritto del lavoro ungherese, il codice del

---

<sup>118</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit. pag. 193*

<sup>119</sup> *Jogtudományi Monográfiák 15. PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020, op cit. pag. 195*

<sup>120</sup> *Posting of workers in Croatia and Hungary. Specific fields of regional development and environmental protection. Published by Faculty of Law, university of Pécs and Faculty of Law, J.J Strossmayer University of Osijek S. Radica 13, Osijek, Croatia, 2013, pag. 481*

lavoro costituisce la fonte normativa più importante; nonostante il codice preveda una procedura di estensione degli accordi collettivi, sul piano pratico gli accordi collettivi stessi giocano un ruolo non di primo piano. Negli ultimi venti anni, infatti, sono stati firmati solo quattro accordi collettivi estesi ad associazioni di datori e sindacati di lavoratori; nel settore edile, ad esempio, esiste un accordo collettivo esteso ed in quest'ultimo caso il codice del lavoro stesso prevede espressamente che i lavoratori impiegati nel settore delle costruzioni devono essere soggetti ad accordi collettivi che coprano l'intera industria o comunque un intero settore.

E' essenziale sottolineare come la normativa ungherese sul distacco chiarisca l'applicazione del principio delle condizioni più favorevoli già fissato dalla direttiva europea: la normativa stabilisce che le disposizioni ungheresi non devono essere applicate se al lavoratore dipendente in distacco viene applicata una disciplina normativa più favorevole che, in questo caso, corrisponde alla legge dello stato mittente. Peraltro, l'articolo 297 del codice del lavoro ungherese prevede una normativa interessante e a vantaggio dei lavoratori in distacco. In base questa regolamentazione, il soggetto datore di lavoro che beneficia del distacco è obbligato a sottoscrivere un'informativa nella quale certifica tutte le condizioni di lavoro applicabili al lavoratore distaccato prima della conclusione del contratto di servizio; nell'ipotesi di mancata descrizione delle informazioni dovute, il beneficiario del servizio del distacco sarà considerato responsabile dal punto di vista finanziario per le eventuali richieste poste dai lavoratori distaccati. L'obiettivo di questa disposizione è essenzialmente quello di stimolare e motivare il datore di lavoro al quale è destinato il servizio in distacco di informare l'impresa straniera sulla normativa ungherese applicabile<sup>121</sup>.

Un altro elemento che nell'ambito della regolamentazione è costituito dalla temporaneità che in altri termini è uno degli elementi più problematici del distacco in quanto secondo il concetto di distacco come delineato dalla direttiva e dalla normativa ungherese, l'impiego nello stato ospitante del lavoratore distaccato deve essere temporaneo. L'applicazione della normativa dello stato di origine sarebbe opportuna dal momento in cui l'impiego del lavoratore distaccato nello stato di destinazione è propriamente temporaneo; più il dipendente distaccato viene impiegato a lungo nello stato ospitante

---

<sup>121</sup> *Posting of workers in Croatia and Hungary. Specific fields of regional development and environmental protection. Radica 13, Osijek, Croatia, 2013, pag. 483*

meno si ha la convinzione che possa trattarsi che quel luogo non sia il suo luogo abituale di lavoro. Una questione chiave della normativa è pertanto comprendere quando si raggiunge il punto chiave in corrispondenza del quale la legge dello stato ospitante, inteso come lo stato in cui c'è il luogo di lavoro abituale, prevale; come già sappiamo però né il regolamento di Roma I né la direttiva 96/71 sul distacco non sono stati chiari in merito. Secondo quella che è la definizione di distacco, che troviamo nella direttiva europea, il distacco deve avvenire almeno sul piano teorico per un periodo limitato nel territorio di uno stato membro diverso rispetto a quello in cui presta lavoro abitualmente; né la direttiva *enforcement* fornisce ulteriori dettagli in merito alla nozione di distacco, nell'articolo 4, infatti, vengono elencati una serie di fattori per valutare se effettivamente se il lavoratore distaccato svolge il servizio temporaneamente nello stato ospitante. Allo stesso tempo però la valutazione degli elementi deve avvenire adattandoli ad ogni caso specifico, tenendo conto delle caratteristiche fattuali di ogni situazione<sup>122</sup>. Il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale rappresenta uno degli strumenti più efficaci a colmare le suddette lacune legislative.

La normativa inerente al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale stabilisce che i lavoratori distaccati devono rimanere assoggettati all'applicazione delle disposizioni in vigore nello stato di provenienza qualora la durata complessiva del distacco non va oltre i 24 mesi. Nondimeno da una parte la direttiva sul distacco e il regolamento di Roma I costituiscono due pezzi a sé stanti della legislazione europea e nulla obbliga a ritenere che ci sia un'analogia obbligatoria<sup>123</sup>. Quindi, fino a quando non c'è stata la modifica della direttiva 957/2018, spettava in sostanza solo alla normativa nazionale disciplinare la durata del distacco ed il che si poneva nettamente come ostacolo problematico all'effettivo processo di armonizzazione legislativa, obiettivo posto dalla direttiva stessa. Va comunque detto che la configurazione della durata del distacco non è agevole perché anzi tutto non può essere definita con certezza prima dell'inizio del distacco medesimo, e la durata stessa del distacco non dipende affatto solo ed esclusivamente dalla volontà delle parti che si accordano per l'esecuzione del servizio: il ritardo dell'esecuzione dei lavori di un cantiere per mancanza di materiali può costituire, esempio, di incertezza circa

---

<sup>122</sup> *A sender state's response to the new posting rules: The amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary. Gábor Kártyás, Hungarian labour law E-journal 2020/1, pag. 75*

<sup>123</sup> *The amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary, op. cit.*

la durata di determinati lavori realizzati attraverso la manodopera di lavoratori inviati in distacco o, ancora, il lavoro agricolo può non essere effettuato in modo tempestivo anche a causa di condizioni meteorologiche avverse. Le nuove regole della direttiva ridimensionano la durata del distacco a 12 mesi che, sulla base di una motivazione scritta da parte del fornitore dei servizi, può essere estesa fino ai 18 mesi; oltrepassato questo limite temporale al lavoratore distaccato verrà di diritto applicata la normativa del diritto dello stato membro ospitante. Una carenza piuttosto evidente si basa sul fatto che la direttiva non provvede ad armonizzare gli elementi sulla base dei quali gli stati membri possono concretamente valutare se l'estensione del distacco sia opportuna o meno, né tantomeno è chiaro se gli stati membri abbiano inteso che l'estensione sia pressoché automatica o se debbano avallare il motivo alla base della giustificazione per la fornitura del servizio. Non è tra l'altro ancora chiaro quali siano le conseguenze sul piano giuridico successive alla scadenza temporale circa la durata del distacco che può arrivare fino ad un massimo di 18 mesi. In linea generale, dopo la scadenza del termine ultimo del distacco, al lavoratore distaccato sarà certamente applicato il diritto del lavoro in vigore nello stato membro ospitante, ma non verrà altrettanto applicato ogni istituto compreso nella normativa in vigore: tra gli elementi che la direttiva stessa cita come gli elementi che, anche dopo la scadenza del limite di tempo, non devono essere applicati al dipendente distacco rientrano le norme in materia di procedure, formalità e condizioni relative alla fase di conclusione e di risoluzione del contratto incluse le clausole di non concorrenza ed i regimi pensionistici integrativi<sup>124</sup>.

Altro aspetto da sottolineare attiene all'esclusione dei lavoratori distaccati dall'ambito di applicazione soggettivo degli accordi collettivi non generalmente applicabili dello stato membro ospitante, pertanto qualora gli elementi più importanti del salario dovessero essere regolati dalla fonte collettiva a livello locale o territoriale non sarà possibile per la disciplina collettiva ridurre l'eventuale divario salariale tra manodopera locale e quella in distacco. Il preambolo della direttiva, in aggiunta, pone una questione relativa al momento successivo rispetto alla fine della durata del distacco. Su esplicita raccomandazione del Consiglio, il considerando numero 10 evidenzia che anche quando il distacco ha oltrepassato il limite temporale consentito, le disposizioni applicabili ai lavoratori in distacco devono essere compatibili con la libertà di prestare servizi; ed è consolidata

---

<sup>124</sup> *The amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary, o.p., pag. 76*

giurisprudenza che l'applicazione di restrizioni alla libertà di prestare servizi è consentita solo ed esclusivamente per ragioni imperative di interesse pubblico, sulla base dei criteri di proporzionalità e necessità. Solo gli standard applicabili come previsto dall'articolo 3 della direttiva possono riferirsi ai lavoratori in distacco anche dopo il raggiungimento del limite temporale massimo, al contrario non vi è alcuna garanzia circa l'applicazione degli standard non contenuti nel medesimo articolo 3 della direttiva: gli standard dell'articolo 3 nel loro insieme costituiscono quel nucleo di norme per le quali non esiste un prima e dopo il distacco perché rientrano nell'ambito di quelle disposizioni a tutela dei diritti sociali ed economici di tutte le categorie di lavoratori. Da ultimo, nonostante la direttiva fissa chiaramente un limite temporale per il distacco, non assicura effettivamente un certo equilibrio circa l'uguaglianza tra i lavoratori distaccati a lungo termine e lavoratori locali, e sembra, inoltre, chiaro che il distacco, inteso come istituto che mira ad incentivare un miglioramento del livello di occupazione e dei diritti sociali dei lavoratori in distacco, non porti al risultato di rendere la protezione dell'occupazione del lavoratore distaccato necessariamente più favorevole<sup>125</sup>.

La direttiva sul distacco, infatti, chiarisce che mentre al lavoratore in distacco continua ad applicarsi la legge dello stato di provenienza, e quindi di origine, allo stesso tempo il lavoratore stesso viene assoggettato alla normativa dello stato di destinazione per quanto concerne le regole fondamentali, ma solo se queste regole sono più favorevoli per il lavoratore distaccato; di fatti una questione rilevante della regolamentazione sul distacco rimane l'individuazione di quelle che sono le disposizioni dello stato ospitante che devono applicarsi al dipendente in distacco. In base a quanto previsto dal codice del lavoro ungherese, se il distacco del dipendente il limite temporale di 12 mesi le norme in esso contenute si applicheranno al rapporto di lavoro del lavoratore distaccato sempre nei limiti di quelle che sono le eccezioni previste dalla direttiva europea 957/2018; il limite temporale, inoltre, può essere esteso per ulteriori sei mesi nell'ipotesi di notifica motivata del datore di lavoro straniero da inviare all'autorità ispettiva del lavoro dello stato nel quale il lavoratore viene inviato<sup>126</sup>.

Se da una parte questi criteri, introdotti in seguito al recepimento dell'ultima direttiva comunitaria in materia di distacco, erano in linea con la direttiva stessa dall'altra parte è

---

<sup>125</sup> *The amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary, o.p., pag. 77*

<sup>126</sup> *The amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary, o.p., pag. 77*

necessario sottolineare due aspetti fondamentali. Il primo aspetto è inerente al fatto che il legislatore ungherese non ha tenuto concretamente conto delle preoccupazioni espresse dalla direttiva modificatrice, ovvero dell'ultima direttiva; il secondo aspetto invece, che consiste poi in una conseguenza del primo aspetto, è inerente al fatto che il rapporto di lavoro del dipendente distaccato sarebbe pertanto suscettibile all'applicazione delle norme del codice del lavoro anche dopo la scadenza del limite temporale, rappresentando questa una palese restrizione ingiustificata del principio della libertà di prestare servizi; questa visione, anche a detta della corte di giustizia, rappresenta una visione semplificativa che costituirebbe un ridimensionamento ingiustificato delle norme a tutela della libera prestazione dei servizi; di fatti sarebbe difficile vedere che ci sia un interesse pubblico dietro la normativa sul lavoro avente ad oggetto le ferie annuali, festivi e malattia<sup>127</sup>.

La legislazione ungherese è tuttavia rimasta inerme di fronte alla richiesta delle istituzioni europee di regolamentare un nodo fondamentale attinente soprattutto al concetto di temporaneità, mancando di intervenire sulle richieste di estensione del limite temporale dai 12 mesi ai 18. In sostanza la legge ungherese stabilisce che il limite temporale di 12 mesi possa essere prolungato a 18 mesi sulla base di un unico requisito ovvero della notifica motivata fornita dal datore di lavoro straniero che provvede all'invio del dipendente; emerge pertanto da questo orientamento normativo un'indifferenza per le condizioni sulla base delle quali l'estensione della durata temporale del distacco può avvenire, non lasciando così all'autorità ispettiva del lavoro altra scelta, se non quella di avallare il prolungamento del distacco sulla base della notifica, seppure possano essere richieste delle ragioni espresse che però non possono vincolare l'autorizzazione all'esecuzione del distacco<sup>128</sup>. All'apparenza la normativa di recepimento ungherese non fornisce una soluzione al fine di dare una risposta alle contraddizioni contenute nella direttiva relative alla mancanza di volontà del legislatore europeo di non voler menzionare le condizioni sulle basi delle quali può essere possibile estendere il distacco, in conseguenza ciò non è tantomeno possibile comprendere se l'autorità ispettiva del lavoro possa o meno negare il prolungamento del distacco per insufficienza di motivazioni dedotte dal datore di lavoro straniero.

---

<sup>127</sup> *The amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary, o.p., pag. 77*

<sup>128</sup> *The amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary, o.p., pag. 78*

#### 4.3.2 IL SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE: GENESI E PUNTI DI VISTA

Una delle caratteristiche più importanti della legislazione della sicurezza sociale è generalmente legata a quelli che sono i limiti territoriali. I diritti dei benefici e gli obblighi previsti in virtù del versamento dei contributi sono, infatti, tradizionalmente legati allo status di residente o di cittadino del paese nel quale ci si trova. Questa circostanza determina una situazione di incertezza particolarmente per quei prestatori di lavoro che, per vari motivi, si trasferiscono in un paese estero diverso da quello di loro appartenenza nel quale devono rimanere coperti da un punto di vista socio-economico o dove potrebbero essere costretti a versare contributi duplicati e sulla base degli stessi motivi, per le aziende che intendono espandersi oltre i confini nazionali proprio la legge sulla sicurezza sociale in forza delle sue peculiarità di fondo potrebbe anche costituire un ostacolo per esse<sup>129</sup>. Quanto considerato costituisce la motivazione principale che ha portato diversi paesi a sottoscrivere trattati internazionali al fine di regolamentare lo i diritti e gli obblighi previdenziali dei lavoratori migranti, ed infatti già durante gli anni della prima guerra mondiale proprio in Europa furono conclusi ben undici accordi bilaterali. Successivamente e nel bel mezzo del processo di costruzione europea era apparso chiaramente che una piena tutela e realizzazione del principio della libertà di prestare servizi non poteva essere assicurato senza un meccanismo di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale dei rispettivi stati membri, ma era altrettanto palese che la volontà degli stati membri non era quella di armonizzare i loro sistemi di tutela in materia di sicurezza sociale: da una parte tutti gli stati difendevano la loro autonomia all'interno della sfera della sicurezza sociale, ma dall'altra parte il coordinamento era di fondamentale importanza per eliminare gli ostacoli connessi alla natura territoriale dei sistemi nazionali di sicurezza sociale<sup>130</sup>. A tale proposito le due principali regolamentazioni introdotte risalgono, la prima, al 1958 e la più recente è entrata in vigore a partire dal 2010.

Uno dei principi bussola che guidano il sistema di armonizzazione del coordinamento dei modelli legislativi di sicurezza sociale nel territorio Ue, valido nelle ipotesi che prevedono

---

<sup>129</sup> *Posted workers and the Coordination of Social Security System, Gábor Kártyás. Hungarian labour law E-Journal 2022/1, pag. 51*

<sup>130</sup> *Philippa Watson: EU Social and Employment Law. Oxford, Oxford University Press, 2014, pag. 71–72*

il coinvolgimento di un elemento internazionale, risiede sulla chiarezza circa l'applicabilità di un determinato sistema di regole giuridiche. In sostanza il principio prevede che i prestatori di lavoro che rientrano nel campo di applicazione del sistema di coordinamento della sicurezza sociale devono essere soggette alla disciplina di un solo stato membro che, sulla base del regolamento 883/2004 il quale individua una regola generale, fa riferimento allo stato membro nel quale il prestatore di lavoro effettua una prestazione lavorativa come lavoratore subordinato o come lavoratore autonomo in forza del principio *lex loci laboris*.

Ciononostante questa disposizione di applicazione generale non viene applicata ai prestatori di lavoro in regime di distacco; questi soggetti, infatti, sono abitualmente impiegato presso il loro stato di appartenenza, ovvero lo stato di invio o di origine, e solo in via temporanea vengo impiegati presso un altro stato membro, ossia lo stato di destinazione, in questa circostanza di fatti in base a quanto previsto dall'articolo 12 del regolamento 883/2004 il prestatore di lavoro rimane soggetto all'ambito di applicazione del sistema di sicurezza sociale dello stato di invio<sup>131</sup>. I motivi alla base dell'eccezione di fondo che riguarda il regime di sicurezza sociale dei prestatori di lavoro in distacco deriva dal fatto che l'applicazione della regola generale ai prestatori di lavoro in distacco avrebbe automaticamente significato il perdurare di una disciplina legislativa dello stato ospitante nel quale il dipendente distaccato rimane per un periodo più o meno breve. Questa circostanza avrebbe determinato pressoché l'applicazione di differenti sistemi di sicurezza sociale, anche nell'arco di un breve periodo di tempo; il che porterebbe il lavoratore a non avere il diritto di poter comunque usufruire di parte dei vantaggi sociali ed economici nello stato ospitante, in quanto la maggioranza dei sistemi di sicurezza sociale dei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali non prevede la possibilità di godere di certi benefici sociali per prestazioni lavorative di breve periodo o temporanee. Dalla prospettiva dei soggetti datore di lavori, invece, che in questo caso rappresentano i soggetti imprenditori che forniscono servizi transfrontalieri, essi erano consapevoli del fatto che, in quanto datori di lavoro distaccanti, non avrebbero potuto usufruire di eventuali obblighi probabilmente più vantaggiosi all'interno del sistema di sicurezza sociale nello stato di invio. Di fatto la differenza di aliquote, dei livelli salariali e della normativa fiscale nell'ambito del sistema di contribuzione alla sicurezza sociale

---

<sup>131</sup> *Posted workers and the Coordination of Social Security System, o.p., pag. 52*

consentono, attraverso il regime del distacco, di sostenere di manodopera diversi a seconda delle peculiarità normative della legislazione dello stato di destinazione nel quale il dipendente effettua la missione del distacco<sup>132</sup>.

La stessa eccezionalità alla base della differente modalità di applicazione del sistema di regole di sicurezza sociale ai prestatori di lavoro in regime di distacco mira, inoltre, incoraggia la promozione di un'interpenetrazione economica allo scopo di determinare il venire meno di complicazioni amministrative sia per lavoratori che per imprese: l'obiettivo generale pertanto s'identifica nel tentativo di ovviare a circostanze nelle quali le complicazioni amministrative tra lavoratori, datori di lavoro ed istituti di sicurezza sociale sono idonee ad ostacolare concretamente la libera prestazione di servizi nell'ambito dello spazio giuridico dell'Unione europea. Tuttavia, il regolamento 883/2004 al fine di evitare eventuali abusi prevede una serie di condizioni per le quali è concesso rientrare nell'ambito di applicazione connotato da elementi di eccezionalità per quanto riguarda l'istituto del distacco. In base a quanto stabilisce la regola, un soggetto lavoratore che, svolge abitualmente la propria prestazione lavorativa nel luogo dove ha sede stabile il soggetto datore di lavoro presso il quale egli è assunto, viene inviato temporaneamente in distacco a svolgere la prestazione lavorativa in luogo diverso da quello abituale, sarà assoggettato alla normativa sulla sicurezza sociale del primo stato membro ossia quello di appartenenza e ciò sulla scorta di due condizioni: la prima che il distacco non vada oltre i 24 mesi, mentre la seconda che il lavoratore distaccato non sia stato inviato a sostituire un'altra persona distaccata<sup>133</sup>.

---

<sup>132</sup> *Posted workers and the Coordination of Social Security System, o.p., pag. 52*

<sup>133</sup> *Posted workers and the Coordination of Social Security System, o.p., pag. 53*

### 4.3.3 NOZIONE DI RETRIBUZIONE SECONDO IL CODICE DEL LAVORO UNGHERESE

L'individuazione delle regole applicabili ai dipendenti lavoratori distaccati da parte della legislazione ungherese riflette fedelmente quanto sancito espressamente dall'articolo 3 della direttiva sul distacco di lavoratori. Allo stesso tempo, però, dalla legislazione ungherese emerge una diversa interpretazione relativamente al concetto delle tariffe minime di retribuzione in quanto si ha una nozione di tariffe salariali piuttosto ampia che certamente non fa riferimento a quella contenuta nella direttiva stessa. Il codice del lavoro ungherese infatti prevede che tutte le voci concernenti al salario debbano applicarsi ai prestatori di lavoro distaccati in Ungheria, perciò oltre all'elemento del salario minimo ungherese il dipendente distaccato sarà assoggettato anche a tutti gli elementi accessori della retribuzione, dal tempo di inattività al calcolo della retribuzione al netto delle assenze a condizione che comunque le disposizioni del diritto ungherese siano più favorevoli rispetto a quelle che diversamente si applicherebbero al lavoratore distaccato. Questo orientamento che trova spazio nella pratica giuridica diffusa nella legislazione ungherese è tra l'altro contrario a quanto espresso dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea che non ammette nel novero degli importi minimi di retribuzione alcun componente che possa minare all'equilibrio tra il lavoro effettivamente svolto dal lavoratore e la remunerazione che egli riceve. La norma che ha ad oggetto il recepimento dell'articolo 3 della direttiva, ciononostante, va oltre la mera considerazione dei diversi supplementi salariali prescritti dal codice del lavoro, in quanto l'intenzione del legislatore ungherese mira a rendere ciascun supplemento non un semplice supplemento aggiuntivo, ma tende ad attribuire a queste voci supplementari una considerazione più ampia ed importante, quindi il codice del lavoro va oltre la semplice interpretazione letterale dell'articolo 3<sup>134</sup>. Questa nozione ampia di retribuzione viene ripresa dalla direttiva come modificata, ciò significa che il codice del lavoro ungherese lascia spazio ad un altrettanto ampio significato relativo alla categoria della retribuzione obbligatoria, che implica il fatto che tutte le voci relative alla retribuzione obbligatoria siano vincolanti per tutti i datori di lavoro. Come sancito dagli articoli che vanno dal 136 al 153 del codice del lavoro

---

<sup>134</sup> *A sender state's response to the new posting rules: The amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary. Gábor Kártyás, Hungarian labour law E-journal 2020/1, pag. 80*

ungherese, in base a quanto emerge dal testo della normativa successivamente alla modifica, al lavoratore distaccato nel territorio ungherese sarà applicata la normativa ungherese la quale contempla il concetto di retribuzione generalmente applicabile sul luogo di lavoro. E' tuttavia per certi versi problematica la circostanza per la quale la nozione di retribuzione, nell'ambito della legislazione ungherese prima dell'entrata in vigore della direttiva come modificata si riferisce all'applicazione di una regolamentazione sul minimo salariale più ampia, poiché dopo l'entrata in vigore della direttiva emendata si fa, al contrario, riferimento ad una più limitata definizione da parte della normativa interna. In sostanza, a partire dalla nuova direttiva qualsiasi voce in calce alla nuova nozione di retribuzione prevista dalla legge dell'Ue va applicata ai prestatori di lavoro inviati in distacco, con la conseguenza che solo alcuni aspetti sono regolamentati dal codice del lavoro ungherese. Pertanto, se una legge in base al diritto dell'Ue prevede un elemento salariale come vincolante per tutti i datori di lavoro esso si applicherà ai dipendenti lavoratori distaccati in Ungheria, anche se non previsti dal codice del lavoro<sup>135</sup>. Se la normativa contenuta nel codice del lavoro può essere estesa ai lavoratori distaccati includendo benefici economici vari, il rimborso di vitto, alloggio e di viaggio, l'altra parte della regolamentazione contenuta nell'ultima direttiva non è stata recepita affatto. Questa regolamentazione attinente alla distinzione tra retribuzione e rimborso ha, in modo inatteso, incluso esclusivamente all'interno di una relazione esplicativa della legge quella che per la normativa ungherese rappresenta la distinzione tra retribuzione e rimborso mancando pertanto di chiarezza, proprio come è stato fatto inoltre che, in caso di dubbio, prevale la presunzione che il beneficio consiste in un supplemento non della retribuzione ma del rimborso. Quanto descritto però si basa su di una logica distorta in quanto il diritto dell'Unione europea non può essere recepito da una nota esplicativa della legge, in quanto atto sprovvisto di forza cogente, e dal punto di vista del diritto interno ungherese una presunzione legale può essere prevista solo in forza di una legge<sup>136</sup>.

Per quanto concerne la forma delle norme applicabili, in Ungheria non si è dedicata molta attenzione ai casi connessi alla manodopera in distacco né alla contrattazione collettiva, ma soprattutto non c'è stato un interesse sostanziale dai parte dei delle organizzazioni sindacali né delle associazioni datoriali. In effetti, gli attori sindacali e datoriali nella

---

<sup>135</sup> Kovács, Szabolcs – Takács, Gábor: *Bérszámfejtés a gyakorlatban*. Budapest, Wolters Kluwer, 2018, pag. 71–76.

<sup>136</sup> *The amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary*, op. cit., pag. 81

legislazione ungherese non giocano un ruolo di primo piano, non sorprende infatti anche in virtù del fatto che gli accordi collettivi, inclusi quelli estesi a tutti i settori, hanno poca rilevanza nel diritto interno ungherese. Tuttavia il legislatore attraverso il lavoro di trasposizione della direttiva ha complessivamente fatto in modo che gli accordi collettivi recepissero quanto contenuto nella direttiva stessa; riguardo la forma delle regole ai prestatori di lavoro in distacco in Ungheria deve applicarsi non solo le leggi ma anche tutti gli accordi collettivi estesi. In questo senso il legislatore ha optato per una alternativa prevista dall'articolo 3 della direttiva in base alla quale in tutti i settori, quindi non solo nel campo dell'edilizia, sono applicabili gli accordi collettivi estesi. Sempre in relazione alle regole applicabili ai distacchi di lungo termine va specificato che un altro aspetto fondamentale stabilito dal diritto dell'Ue consiste nel principio per cui la regolamentazione dello stato ospitante si applica se è più favorevole rispetto alla legge dello stato di origine, e continua ad applicarsi anche dopo che il limite della durata del distacco, ora possibile di estensione di ulteriori sei mesi, sia già terminato. Al contrario, però, la legislazione ungherese non prevede l'applicazione del principio della legge più favorevole dopo che sia stato oltrepassato il limite della durata temporale del distacco, in conseguenza di ciò nelle ipotesi di missioni in distacco di lungo periodo la normativa ungherese sarà comunque applicata anche se dovesse essere considerata meno favorevole rispetto alla legge applicabile nello stato di origine del prestatore di lavoro in distacco: questa conclusione si trova in palese contrasto con quanto sancito dalla direttiva europea<sup>137</sup>.

Il compito alla base del lavoro di trasposizione della direttiva è di per sé un una missione non facile, in quanto le leggi dell'Unione europea non aiutano e non forniscono delle soluzioni chiave sulle quali è possibile lavorare per chiarire i diversi aspetti del distacco di manodopera. Uno degli aspetti più complicati della normativa europea riguarda il tema della temporaneità ovvero quando è possibile prolungare il distacco, oppure in tema di quelle che possono costituire le regole addizionali che in materia di tutele per il lavoratore possono essere applicate dallo stato ospitante, anche dopo aver superato il limite di tempo consentito per il distacco. Per l'Ungheria la nuova direttiva in materia di distacco rappresenta un testo molto importante, in quanto è un paese che riveste un ruolo chiave nell'ambito del distacco di personale intra-europea perché uno dei più importanti stati di

---

<sup>137</sup> *The amendment of the posting of workers directive and its transposition in Hungary, op. cit., pag. 82*

invio dal quale la manodopera viene esportata. Ciononostante, il lavoro di armonizzazione del codice del lavoro pone l'Ungheria dal punto di vista dello stato ospitante che pertanto ha maggiormente ad oggetto la situazione giuridica dei lavoratori che vengono distaccati nel territorio ungherese, e probabilmente questo è il motivo principale per il quale le misure di trasposizione appaiono piuttosto semplificative, in particolare per quanto riguarda i distacchi a lungo termine. Proprio perché l'Ungheria gioca un ruolo chiave in quanto principalmente stato di invio, sarà molto importante comprendere come gli altri stati cercheranno di dare una soluzione ai problemi derivanti da un processo di armonizzazione in materia di distacco di personale molto poco soddisfacente. Le decisioni della commissione e gli interventi degli altri stati membri saranno strategiche per capire, pertanto, come la legislazione potrà in futuro evolversi.

## CONCLUSIONE

In conclusione, la nostra esplorazione della direttiva 96/71/CE e del contesto normativo legato al tema del distacco di personale nell'Unione europea rivela una complessa rete di questioni giuridiche, economiche e sociali che coinvolgono gli stati membri dell'Unione europea. La trattazione di una nuova disciplina che ha introdotto una nuova prospettiva, con focus particolare sul criterio della temporaneità, ha sollevato interrogativi fondamentali sulla natura temporanea del distacco di manodopera e ha promosso un meccanismo di armonizzazione della normativa nell'ambito dell'Ue. Le numerose pronunce della Corte di giustizia europea hanno fornito orientamenti chiari ed incisivi, contribuendo a plasmare l'interpretazione e l'applicazione della direttiva. In particolare, l'introduzione del criterio del paese di origine, sottolineato dal regolamento 883/2004, ha rappresentato un'importante innovazione nel contesto del dibattito sul dumping sociale, influenzando la concorrenza normativa, sociale ed economica tra gli stati membri.

L'analisi approfondita del contesto inerente all'ordinamento giuridico ed alla legislazione in Ungheria, uno degli stati membri più significativi come paese di invio della manodopera, ha inoltre messo in luce le complessità del quadro normativo interno e ha evidenziato il persistere della concorrenza normativa e sociale tra gli stati membri dell'Unione europea.

Guardando al futuro, la recente normativa in materia di distacco di manodopera 957/2018/UE indica un impegno continuo verso l'armonizzazione e il superamento delle sfide connesse al dumping sociale. Tuttavia, rimane essenziale monitorare da vicino l'interpretazione e l'applicazione della più recente normativa da parte degli stati membri, al fine di garantire un effettivo allineamento con gli obiettivi prospettici della direttiva stessa.

La disciplina del distacco di manodopera dell'Unione europea è un campo dinamico che richiede un costante adattamento e una attiva cooperazione tra gli stati membri per garantire un equilibrio tra libera circolazione dei lavoratori e la tutela dei prestatori di lavori.

## BIBLIOGRAFIA

- *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro*. Costantino Cordella, Giappichelli 2021.
- *Distacco transfrontaliero, lo spirito e il campo di applicazione della legislazione Ue*. Enrico Gragnoli, *variazioni su temi di diritto del lavoro, fascicolo 1-2021*, Giappichelli.
- *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione europea*. Fabrizio Bano, il Mulino 2008.
- *Posted workers, la condizione dei lavoratori in distacco transnazionale in Europa*. Rossana Cillo, Fabio Perocco. Ca' Foscari 2022.
- *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*. Giubboni S., Orlandini G. Franco Angeli 2018.
- *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*. Giubboni S., Orlandini G., il Mulino 2007.
- *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell'UE: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*. Matteo Corti, *variazioni su temi vari di diritto del lavoro, fascicolo 1-2021*, Giappichelli.
- *A sender state's response to the new posting rules: the amendement of the posting of workers directive and its trasposition in Hungary*. Gábor Kártyás, *Hungarian Labour law E-journal 2020/1*
- *La nuova disciplina sul distacco transnazionale dei lavoratori tra diritto europeo e nazionale*. Massimo Pallini, *Fascicolo 1-2021, variazioni su temi di diritto del lavoro*, Giappichelli.
- *Distacco transnazionale e tutela dei diritti: il diritto del lavoro accompagna il lavoratore distaccato in ambito Ue*. Stefano Maria Corso, *variazioni su temi di diritto del lavoro, fascicolo 1-2021*, Giappichelli.
- *The free movement of workers and social Europe: maintaining the European ideal*. *Industrial relations Journal 2006, Vol. 3*.
- *Le dumping social dans l'Unionne européenne*. Alexandre Defossez, Larcier 2014.

- *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali.* Stefania Scarponi, Giuffrè editore 2001.
- *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario.* Giuffrè 1999.
- *Il coordinamento transnazionale della contrattazione collettiva. Limiti, sfide e prospettive future.* Glassner, Philippe Pochet, Fascicolo 4, 2010.
- *Diritto delle relazioni industriali. Rivista semestrale dell'Associazione Lavoro e ricerche.* Luciano Spagnuolo Vigorita e Marco Biagi. Giuffrè editore, anno 5- numero 2, luglio 1995.
- *Kiküldött munkavállalók az uniós és a magyar jogban.* Kártyás Gábor. *Jogtudományi Monográfiák 15.* PÁZMÁNY PRESS, Budapest 2020.
- *Posted workers and the Coordination of Social Security System,* Gábor Kártyás. *Hungarian labour law E-Journal* 2022/1.
- *Kovács, Szabolcs – Takács, Gábor: Bérszámfejtés a gyakorlatban.* Budapest, Wolters Kluwer, 2018.
- *Posting of workers in Croatia and Hungary. Specific fields of regional development and environmental protection.* Published by Faculty of Law, university of Pécs and Faculty of Law, J.J Strossmayer University of Osijek S. Radica 13, Osijek, Croatia, 2013.
- *La nuova disciplina del distacco transnazionale prevista dal D. Lgs. N° 122/2020.* *Il quotidiano giuridico,* di Bossotto Livio, Counsuel studio legale Allen & Overy.
- <https://www.rivisteweb.it/doi/10.1441/26282>
- <https://air.unimi.it/retrieve/dfa8b9aa-6d6c-748b-e053-3a05fe0a3a96/Pallini%202021%20Distacco%20transnazionale%20-%20Variazioni%20rev..pdf>
- <https://www.diritto-lavoro-bologna.it/distacco-del-dipendente-fattispecie-e-requisiti-di-legittimita>
- [https://iris.unimore.it/retrieve/e31e124b-8fd7-987f-e053-3705fe0a095a/dri\\_2\\_2004\\_bizarro\\_tiraboschi.pdf](https://iris.unimore.it/retrieve/e31e124b-8fd7-987f-e053-3705fe0a095a/dri_2_2004_bizarro_tiraboschi.pdf)
- [file:///Users/pieropaggetti/Downloads/lcatani-343-355\\_GUASCONI.pdf](file:///Users/pieropaggetti/Downloads/lcatani-343-355_GUASCONI.pdf)