

Politiche sociali e politiche di liberalizzazione dei mercati: il caso Bolkestein

Massimo Pallini

1. Il dibattito italiano

In Italia soltanto in questi ultimi mesi la proposta di direttiva Bolkestein è uscita dagli angusti ambiti del dibattito accademico-scientifico cui era stata confinata, guadagnando la ribalta del dibattito politico-sindacale nazionale. Ha contribuito in modo decisivo a destare l'attenzione pubblica italiana l'eco della rilevanza che è stata attribuita in Francia a tale proposta di direttiva durante la campagna referendaria per il Trattato costituzionale europeo.

È problematico ricostruire sinteticamente le diverse posizioni espresse dalle forze sociali e politiche senza cadere in fuorvianti, se non errati, schematismi di contrapposizioni. E infatti, se nelle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative (Cgil, Cisl, Uil) e nei partiti di sinistra (in particolare Rifondazione comunista e la corrente più radicale dei Democratici di sinistra) prevale diffidenza e ostilità nei confronti del disegno di riforma delle prestazioni di servizi dettati dalla proposta Bolkestein, in particolare per i temuti effetti negativi sulle condizioni di lavoro e sugli ambiti riservati ai servizi pubblici; allo stesso tempo queste forze non sono aprioristicamente contrarie agli obiettivi perseguiti dalla direttiva di una maggiore apertura all'accesso alle attività dei servizi negli Stati membri dell'Unione Europea, nonché di semplificazione e sburocratizzazione della regolazione dell'esercizio di dette attività.

Sul fronte opposto, il Governo Berlusconi ha professato una manifesta adesione al progetto di direttiva, tanto che il suo ministro ai rapporti con l'Unione Europea, La Malfa, è giunto a dichiarare che l'Italia dovrebbe addiventare al recepimento nell'ordinamento nazionale delle disposizioni del disegno di direttiva senza neppure attendere l'adozione da parte dell'Unione. Detto governo non è però rimasto sordo ai timori che hanno formulato gli

* Massimo Pallini è docente di Diritto del lavoro presso l'Università di Milano.

ordini professionali (ad esempio avvocati, medici, commercialisti, ingegneri, architetti, notai) e i concessionari privati di servizi per cui sussistono monopoli od oligopoli cosiddetti naturali (ad esempio servizi telefonici, radiotelevisivi, di fornitura di energia elettrica) di possibili scadimenti della qualità delle prestazioni e della tutela degli utenti, nonché – più egoisticamente – delle difficoltà nel sostenere la competizione degli altri operatori stranieri cui sarebbero improvvisamente esposti. Di qui gli inviti dei suoi ministri alla cautela e alla necessità di operare distinzioni tra i diversi servizi.

Come noto, l'aspetto centrale della proposta sul piano sistematico è quello di elevare a diritto fondante della libertà di prestazione dei servizi nel mercato interno il *principio del paese d'origine*, secondo cui ogni impresa deve ritenersi sottoposta – non solo per tutte le condizioni di accesso a un'attività ma anche per quelle di esercizio – unicamente alla legislazione del paese in cui è stabilita, mentre gli altri Stati membri ospitanti non possono imporre restrizioni ai servizi forniti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro (art. 16). Si realizzerebbe così una rivoluzione copernicana per cui non troverebbe più applicazione in via generale la legge dello Stato in cui viene concretamente prestato il servizio, salvo che non si rilevi che questa produce effetti discriminatori e restrittivi della libera circolazione, ma al contrario la legge dello Stato di stabilimento dell'impresa. Sarebbero gli Stati ospitanti, dunque, a essere gravati dell'onere di provare sia che le norme nazionali non producono tali effetti, sia – ove non riescano a dimostrarlo – che rispondono a criteri di necessità e proporzionalità. La deroga all'applicazione del principio del paese di origine, infatti, è prevista in via generale esclusivamente per quei servizi che nello Stato ospitante sono oggetto di un «divieto totale» o sono condizionati al possesso di «requisiti specifici» giustificati da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di salute pubblica (art. 17).

Il principale nodo tecnico e politico da sciogliere, sul quale si è inevitabilmente incentrata la discussione italiana, è quello degli effetti che l'adozione del disegno di direttiva è destinata a produrre sui mercati del lavoro nazionali. Da più parti, infatti, si paventa il pericolo che il testo attualmente proposto dalla Commissione sia giuridicamente in grado di legittimare un *social dumping* tra gli Stati membri, dando il via a una corsa al ribasso delle condizioni economiche e normative applicate ai rapporti di lavoro al fine di attirare le imprese straniere e trattenere quelle nazionali, corsa che sarebbe destinata ad arrestarsi soltanto al raggiungimento di un'armonizzazione «nega-



tiva» della regolazione dei rapporti di lavoro, ivi impiegati, al livello del minimo comune denominatore tra tutti gli Stati dell'Unione, vecchi e nuovi membri nell'Europa a 25.

D'altronde gli Stati *newcomers* non fanno certo mistero di puntare – almeno nel medio termine – prevalentemente sul basso costo della loro forza lavoro per attirare investimenti di capitali e lo stabilimento di imprese dagli altri Stati membri. I *newcomers* ritengono infatti inaccettabile che gli Stati membri di più datata adesione all'Unione Europea abbiano acconsentito all'allargamento a condizione che i loro mercati nazionali fossero governati dai principi di libera concorrenza e di libero movimento di merci, capitali e beni, e poi gli impediscano di avvalersi della migliore arma competitiva che hanno a disposizione: il minor costo del lavoro.

All'interno delle forze progressiste italiane, proprio alle diverse valutazioni tecniche sugli effetti della proposta di direttiva Bolkestein sul mercato del lavoro conseguono diverse posizioni politiche in merito all'opportunità o meno di approvazione della stessa.

Chi ritiene che il principio del paese di origine non trovi applicazione alla regolazione normativa e contrattuale dei rapporti di lavoro, conclude per l'insussistenza di un reale pericolo di *social dumping*. Secondo questa lettura, infatti, le imprese che si recano in un *host State member* per prestare servizi avvalendosi di proprio personale distaccato (i cosiddetti *posted workers*) dovrebbero comunque applicare a questo personale, come di fatto accade attualmente, il *labour law* di detto Stato ospitante nella sua interezza. Tale convinzione conforta i suoi assertori nel sostenere l'approvazione del disegno di direttiva per i prevedibili effetti positivi che questa sarebbe destinata a produrre nel senso della crescita e della dinamicità del mercato dei servizi, nonché dell'incremento della qualità e quantità dell'offerta ai consumatori.

A sostegno di quest'ultima interpretazione della portata della proposta Bolkestein viene invocato il testo dell'art. 24, comma 1, che prevede espressamente che le *materie disciplinate dalla direttiva 96/71/CE* siano escluse dall'ambito di applicazione del principio del paese di origine; si ravvisa in questo rinvio alla disciplina della direttiva 96/71, dunque, l'esclusione di tutta la regolazione del rapporto di lavoro dall'ambito di applicazione del principio del paese d'origine.

Coloro che osteggiano l'approvazione della direttiva Bolkestein, invece, ritengono che sia errato ritenere che l'esclusione delle materie di cui alla direttiva 96/71 possa garantire la piena sovranità dello Stato ospitante nella rego-

lazione dei rapporti di lavoro dei *posted workers*, poiché la direttiva 96/71 impone l'applicazione del diritto dello Stato ospitante non già nella sua interezza, ma solo per alcuni profili che sono assai più circoscritti di quanto comunemente si pensi, comunque tali da lasciar spazio a una significativa concorrenza tra imprese nazionali e imprese distaccanti sulle condizioni normative e sul costo della forza lavoro impiegata. Il rischio di una migrazione delle imprese fornitrici di servizi alla ricerca continua degli Stati membri che offrono la disciplina del rapporto di lavoro meno onerosa sarebbe dunque concreto.

2. Il diritto nazionale del lavoro è integralmente escluso dall'ambito di applicazione della direttiva Bolkestein?

La direttiva 96/71 ha come propria base giuridica non già le disposizioni in materia di politica sociale del Trattato costituzionale europeo, ma gli artt. 46 (ex 57) e 55 (ex 66), che hanno quale fine proprio la tutela della libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi. Questa direttiva è stata il frutto di un difficile compromesso. Da un lato, la Commissione intendeva proteggere le imprese di servizi dalle misure giuslavoristiche con finalità o effetti restrittivi della libertà di circolazione, che possono costituire un'ingiustificata barriera al loro ingresso nel mercato di un altro Stato membro; dall'altro, gli Stati membri cosiddetti *conservative*, in particolare Germania, Francia e Italia, intendevano proteggere i livelli occupazionali e delle condizioni di lavoro nazionali (e conseguentemente delle imprese nazionali che sono tenute ad applicarli) dalla concorrenza delle imprese provenienti da Stati membri con costi economici e gestionali del lavoro più contenuti. Tale natura compromissoria si riscontra in tutte le parti della direttiva.

La direttiva 96/71 vincola in realtà le imprese che prestano temporaneamente servizi in un *host State member* ad applicare ai propri *posted workers* soltanto un «*nocciolo duro di norme protettive chiaramente definite*»¹ dell'ordinamento di questo Stato. Il paragrafo 1 dell'art. 3 prevede infatti che le imprese debbono applicare ai lavoratori distaccati le disposizioni normative dello *host State* che disciplinano: «a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; b) durata minima delle ferie annuali retribuite; c) tariffe minime salariali comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente

¹ Così recita il quattordicesimo considerando della direttiva.



punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria; d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro; f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione».

Al contempo il paragrafo 10 dello stesso art. 3 consente agli Stati membri di estendere questa delimitazione, prevedendo che questi possano imporre l'applicazione ai lavoratori distaccati delle *condizioni di lavoro e di occupazione* previste dal proprio ordinamento anche in materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, ma a condizione che si tratti di disposizioni di *ordine pubblico*.

La mancanza di un'espressa qualificazione nel Trattato dei caratteri dell'«ordine pubblico» ha fatto (strumentalmente) ritenere ad alcuni Stati membri di poter fare ricorso alla nozione dei propri ordinamenti nazionali, quindi di essere legittimati a estendere – in sede di recepimento della direttiva – gli ambiti di applicazione alle imprese «transfrontaliere» del proprio diritto del lavoro, sino a ricomprenderlo *in toto*, o quantomeno in grandissima parte, in seno alla nozione di «disposizione di ordine pubblico».

Inoltre, mentre il paragrafo 1 dell'art. 3 della direttiva 96/71 prevede che le previsioni della contrattazione collettiva relative alle materie specificamente elencate trovino applicazione esclusivamente ai lavoratori distaccati per la prestazione di servizi nel settore edilizio, il paragrafo 10 consente, poi, agli Stati membri di estendere l'obbligatorietà dell'applicazione ai lavoratori distaccati non solo di tutte le *condizioni di lavoro e di occupazione* stabilite dai contratti collettivi nazionali, prescindendo quindi dall'indicazione delle materie di cui al paragrafo 1, ma oltretutto per la prestazione di servizi in qualsiasi settore.

Ciò che la direttiva 96/71 non chiarisce è se tra le *condizioni di lavoro e di occupazione* previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva, la cui applicazione può essere estesa dallo Stato membro ospitante ai lavoratori distaccati, possano ritenersi ricomprese anche le condizioni di costituzione e di risoluzione del rapporto di lavoro. Questione non certo di secondaria importanza, considerato che la flessibilità «in entrata e in uscita» costituisce uno dei costi o vantaggi gestionali principali per le imprese nell'impiego delle risorse umane. In concreto: uno Stato membro può prevedere, avvalendosi della facoltà di cui al paragrafo 10 dell'art. 3 della direttiva, che un lavoratore di-

staccato nel suo territorio da un'impresa di un altro Stato membro possa essere impiegato con un rapporto di lavoro già instaurato a tempo determinato soltanto qualora questo risponda ai requisiti causali di apposizione del termine imposti dalla legge dello stesso Stato ospitante, anche qualora questi requisiti risultino più restrittivi di quelli dettati dalla direttiva? O ancora: lo Stato ospitante potrebbe prevedere che durante la prestazione del servizio nel suo territorio i lavoratori distaccati possano essere licenziati soltanto se sussistono le motivazioni tipiche previste dal proprio ordinamento? Interrogativi, questi, che oggi sono senza risposta certa. Il tenore letterale dell'espressione *condizioni di lavoro e occupazione* e la casistica giurisprudenziale sembrerebbero far propendere per una risposta negativa; ma – in assenza di lumi da parte della Corte di Giustizia – è veramente difficile avanzare in questa sede una soluzione esegetica se non in modo ampiamente, o piuttosto totalmente, dubitativo.

Gli Stati membri non hanno saputo (o potuto) resistere alla tentazione di avvalersi delle maglie larghe che la formulazione testuale della direttiva 96/71 offriva loro per «blindare» il proprio diritto del lavoro nazionale imponendone l'applicazione integrale alle imprese «transfrontaliere», con la sola eccezione in controtendenza della Gran Bretagna.

Il governo italiano con il d.lgs 25 febbraio 2000, n. 72, con cui è stata recepita la direttiva 96/71, si è avvalso di tutte le possibilità di estensione dei limiti di applicabilità del diritto del lavoro nazionale ai lavoratori distaccati nel proprio territorio sino a prevederne l'applicazione integrale delle disposizioni sia legali sia contrattuali, per tutte le materie e per tutti i settori. L'art. 3, comma 1, del d.lgs. prevede, in modo che non si presta a equivoci di sorta, che al rapporto di lavoro tra le imprese di altri Stati membri che distaccano propri lavoratori nel territorio italiano per prestare servizi per un periodo delimitato di tempo, ivi comprese le imprese che offrono lavoro temporaneo, e agli stessi lavoratori distaccati «si applicano, durante il periodo del distacco, le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori svolgono la propria attività in posizione di distacco».

Anche il legislatore italiano ha quindi ritenuto di poter qualificare «in blocco» tutte le previsioni del diritto del lavoro nazionale come «disposizioni di or-

dine pubblico» a norma del paragrafo 10 dell'art. 3 della direttiva. Come è stato correttamente rilevato, però, la nozione di ordine pubblico cui occorre far riferimento a questi fini non può che essere quella elaborata dalla Corte di Giustizia in relazione agli artt. 49 ss. del Trattato costituzionale europeo.

La Corte di Giustizia, incalzata dalla Commissione, ha iniziato però già dalla fine degli anni novanta un sindacato più rigoroso sulle modalità con cui gli Stati membri si sono avvalsi della possibilità di estendere l'applicazione del proprio diritto di lavoro, oltre le materie espressamente indicate dall'art.1 della direttiva 96/71, invocando ragioni di ordine pubblico.

La Corte ha ribadito che, in via generale, il diritto europeo non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione della legge e della contrattazione collettiva nazionali ai lavoratori distaccati nel loro territorio, anche qualora i livelli di tutela siano più elevati (e conseguentemente più onerosi) di quelli previsti dagli *standard* minimi dettati dal diritto derivato dell'Unione Europea, ma condiziona il legittimo esercizio di questa facoltà al superamento di tre *test*: a) di parità (formale e sostanziale) di trattamento tra imprese nazionali e straniere, b) di effettività e genuinità della tutela in favore del lavoratore distaccato, c) di proporzionalità tra questa tutela e gli effetti restrittivi della libera circolazione dei servizi prodotti.

Sotto il primo profilo la Corte ha ribadito il principio che – in senso assoluto – nessuna finalità può giustificare l'applicazione alle imprese di altri Stati membri di discipline legislative o contrattuali aggiuntive rispetto a quelle che trovano applicazione nei confronti delle imprese nazionali, salvo che la diversità di disciplina non possa rigorosamente attribuirsi a differenze obiettive esistenti tra imprese straniere e imprese nazionali². Se la misura normativa nazionale è rispettosa del principio di parità «formale» di trattamento, occorre poi valutare – in senso relativo – se assicurati anche la parità «sostanziale» tra imprese nazionali e straniere, se cioè non sia destinata a produrre in concreto effetti discriminatori a danno di quest'ultime così da restringerne l'accesso al mercato nazionale dei servizi³. In tal caso, misure

² Vedi Corte di Giustizia, sent. 25 ottobre 2001, C 49/98, C 50/98, C 52/98, C 54/98, C 68/98, C 71/98, *Finalarte*, cit.; Corte di Giustizia, sent. 24 gennaio 2002, C 164/99, *Portugaia Construcoes Lda*, cit.; Corte di Giustizia, sent. 25 ottobre 2001, C 493/99, *Commissione v. Repubblica federale di Germania*, in Racc. (2001), I-8163, e in Foro it. (2001), IV, 513; Corte di Giustizia, sent. 21 ottobre 2004, C 445/03, *Commissione v. Granducato di Lussemburgo*.

³ Vedi di recente Corte di Giustizia, sent. 17 ottobre 2002, C-79/01, *Payroll data service*, in Racc. (2002), I-8923.

normative che indirettamente producano effetti restrittivi della concorrenza possono essere ammesse solo a condizione che rispondano a *ragioni imperative d'interesse generale*⁴. La Corte ha chiarito al riguardo – con evidenti riflessi sulla condizione di cui all'art. 3 par. 10 legittimante l'estensione della disciplina legale giuslavoristica alle imprese straniere – che la qualificazione da parte del legislatore nazionale di una norma come *legge di polizia e di pubblica sicurezza* non la sottrae al sindacato di effettiva rispondenza ai caratteri propri delle disposizioni di «ordine pubblico», volte appunto alla tutela dell'«interesse generale»⁵.

Quasi ossessivamente, invece, la Corte ripete in tutte le pronunce che senza dubbio rispondono a questa finalità le norme a *tutela dei lavoratori* e dunque, come tali, possono operare legittimamente la compressione delle libertà di circolazione di beni e servizi⁶. In questo caso, però, i giudici di Lussemburgo intendono chiaramente riferirsi non già ai lavoratori appartenenti al mercato del lavoro nazionale, bensì ai *posted workers*, ai lavoratori distaccati temporaneamente da imprese stabilite in altri Stati membri. La Corte ha al riguardo inequivocabilmente chiarito che ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Trattato i lavoratori distaccati non possono essere considerati dal legislatore nazionale come parte del proprio mercato del lavoro in quanto questi lavoratori non intendono accedere stabilmente a questo mercato, poiché essi tornano nel loro paese di origine o di residenza dopo aver prestato la loro attività. In questi casi, quindi, non trovano applicazione le disposizioni sulla libera circolazione dei lavoratori di cui all'art. 39 ss. del Trattato costituzionale europeo, ma esclusivamente quelle che disciplinano la libera circolazione dei servizi⁷.

⁴ Vedi Corte di Giustizia, sent. 23 novembre 1999, C 369/96, C 366/96, *Arblade*, punto 34, in Racc. (1999), I-8453; Corte di Giustizia, sent. *Commissione v. Repubblica federale di Germania*, cit., punto 20; Corte di Giustizia, sent. *Finalarte*, cit., punto 31; Corte di Giustizia, sent. *Portugaia Construcoes Lda*, cit., punto 19.

⁵ Vedi Corte di Giustizia, sent. *Arblade*, cit., punti 30, 31; Corte di Giustizia, sent. *Finalarte*, cit., punto 33; Corte di Giustizia, sent. *Portugaia Construcoes Lda*, cit., punto 20; Corte di Giustizia, sent. 31 maggio 2001, C 283/99, *Commissione v. Repubblica italiana*.

⁶ Vedi Corte di Giustizia, sent. *Arblade*, cit., punto 36; Corte di Giustizia, sent. *Commissione v. Repubblica federale di Germania*, cit., punto 20.

⁷ Vedi Corte di Giustizia, sent. *Finalarte*, cit., punto 22; Corte di Giustizia, sent. *Commissione v. Granducato di Lussemburgo*, cit., punto 38; ma già in precedenza nel medesimo senso: Corte di Giustizia, sent. *Rush Portuguesa*, cit., punto 15; Corte di Giustizia, sent. *Vander Elst*, cit., punto 21.

La tutela offerta al lavoratore distaccato deve inoltre risultare effettiva, deve risultare, cioè, non solo astrattamente ma autenticamente e concretamente vantaggiosa per questo⁸. La garanzia di diritti che poi risultano assai difficilmente azionabili da parte del lavoratore distaccato, una volta che sia ritornato nello Stato di provenienza, o che soddisfino «bisogni» insussistenti, si traduce per la Corte in una barriera all'ingresso nel mercato nazionale delle imprese provenienti da altri Stati membri e, conseguentemente, in una misura di protezione del mercato nazionale in violazione dell'art. 49 del Trattato costituzionale europeo.

Infine, la norma nazionale deve superare un'ulteriore prova: quella di «proporzionalità» della disciplina *in melius* offerta ai lavoratori distaccati in relazione all'entità degli effetti restrittivi della libera circolazione prodotti⁹. Ogni minima tutela aggiuntiva a vantaggio dei lavoratori distaccati non può certo giustificare una rilevante e radicale compressione della concorrenza intrastatale nell'offerta di servizi. Così come, al contrario, un beneficio sostanziale per i lavoratori distaccati può ben giustificare una significativa restrizione della concorrenza sul mercato nazionale delle imprese di servizi provenienti da altri Stati membri. Il dosaggio tra tutela della concorrenza e tutela del diritto del lavoro nazionale non è dato chiaramente dalla Corte, che si limita a fornire indicazioni dalle quali non è certo agevole dedurre sicuri criteri di valutazione per il giudice nazionale, cui, anche in questo caso, la Corte ha rimesso ogni sindacato di merito¹⁰.

I giudici di Lussemburgo hanno elaborato questi orientamenti esaminando casi relativi a periodi anteriori al termine di recepimento della direttiva 96/71 e, pertanto, hanno valutato la compatibilità delle norme nazionali censurate soltanto in relazione al disposto dell'art. 49 del Trattato costituzionale europeo e non della direttiva. Alcuni passaggi delle motivazioni delle pronunce in materia di *posted workers*, però, lasciavano abbastanza chiaramente intendere che i ragionamenti della Corte si sviluppavano con attenzione anche agli ambiti di applicazione del diritto del lavoro dello Stato ospitante di-

⁸ Vedi Corte di Giustizia, sent. *Arblade, cit.*, punti 52-54; Corte di Giustizia, sent. *Mazzoleni, cit.*, punti 34-37; Corte di Giustizia, sent. *Portugaia Construcoes Lda, cit.*, punto 29; Corte di Giustizia, sent. *Finalarte, cit.*, punto 48.

⁹ Corte di Giustizia, sent. *Arblade, cit.*, punto 75; Corte di Giustizia, sent. *Mazzoleni, cit.*, punti 30, 41; Corte di Giustizia, sent. *Finalarte, cit.*, punti 49-52.

¹⁰ Vedi Corte di Giustizia, sent. *Arblade, cit.*, punto 75; Corte di Giustizia, sent. *Mazzoleni, cit.*, punti 37, 41.

segnati dalla direttiva 96/71¹¹. Non sorprende, quindi, che ora, affrontando un caso in cui finalmente trovava applicazione il disposto della direttiva, la Corte non abbia minimamente modificato il suo ultimo orientamento, ritenendo che nessuna materia disciplinata dal diritto del lavoro degli Stati membri, neppure quelle specificamente enumerate al paragrafo 1 dell'art. 3 della direttiva¹², possa dirsi esentata *di per sé* dal rispetto della libertà di circolazione dei servizi, ma ciascuna è indifferentemente assoggettata alle condizioni di parità di trattamento, di equivalenza sostanziale e di proporzionalità.

3. Cosa significa che il principio del paese di origine si applica solo alle imprese «transfrontaliere»?

La Corte di Giustizia, che ha sempre circoscritto la libertà di circolazione di cui all'art. 49 del Trattato costituzionale europeo ai soli servizi cosiddetti «transfrontalieri», cioè ai servizi prestati da un'impresa stabilita in uno Stato membro in favore di contraenti residenti in un altro Stato, senza la necessità di operare direttamente nel territorio di quest'ultimo o quantomeno di operarvi solo occasionalmente e non stabilmente, ha senza dubbio limitato la capacità deregolativa di questa norma, ma non l'ha certo eliminata.

In assenza di un'espressa previsione da parte del Trattato di un limite temporale entro cui il prestatore di servizi possa continuare a considerarsi «transfrontaliero» pur operando con proprio personale all'interno di un altro Stato membro, la Corte ha ritenuto legittimati dalla libertà di circolazione dei servizi, senza doversi fare applicazione delle norme a tutela della libertà di stabilimento, periodi di permanenza presso lo Stato ospitante di durata particolarmente lunga, anche sino a un anno¹³, e persino l'apertura di un ufficio o uno studio stabile, necessario per assolvere alle esigenze dell'impresa di recapito, promozione e adempimenti accessori alla prestazione del servizio finale¹⁴. Proprio l'indeterminatezza della durata massima della «temporaneità» della prestazione di servizi nel territorio di un diverso Stato membro ha attribuito

¹¹ Vedi Corte di Giustizia, sent. *Arblade*, cit., punto 30.

¹² Vedi Corte di Giustizia, sent. 12 ottobre 2004, C 60/03, *Wolff & Muller GmbH & Co. Kg v. José Filipe Pereira Felix*.

¹³ Vedi Corte di Giustizia, sent. *Arblade*, cit., punto 20.

¹⁴ Vedi Corte di Giustizia, sent. 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhar v. Consiglio dell'ordine degli avvocati di Milano*, in Racc. (1995), I-4165.

alla libera circolazione dei servizi un ambito di applicazione estremamente esteso¹⁵. Sembra quasi doversi dedurre che per la Corte qualsiasi prestazione di servizio possa definirsi temporanea qualora abbia un termine determinato, indipendentemente dalla sua durata che potrebbe persino essere pluriennale. Definire il momento in cui il susseguirsi di prestazioni di servizi temporanei comporti necessariamente l'esercizio dell'impresa non già della libertà di circolazione di cui all'art. 49 del Trattato costituzionale europeo, ma del diritto di stabilimento in un diverso Stato membro con la conseguente applicazione integrale dell'ordinamento di quest'ultimo, allo stato attuale della giurisprudenza della Corte di Giustizia equivarrebbe ad azzardare una profezia.

Un tetto massimo temporale alla «temporaneità» dei distacchi non è previsto né dalla direttiva 96/71 né tantomeno dalla proposta di direttiva Bolkestein, seppure quest'ultima ribadisca di trovare applicazione ai soli servizi «transfrontalieri».

Gli ampi e indeterminati confini della nozione di servizi «transfrontalieri» sono un altro aspetto che incentiverebbe le imprese a stabilirsi in quei paesi dell'Unione Europea che offrono loro il «pacchetto» di regolazione normativa più favorevole, per poi prestare i propri servizi «inviandoli» da questi Stati negli altri che conoscono sistemi di regolazione più vincolistici od onerosi per l'impresa.

In particolare è stato ravvisato nella posizione da ultimo espressa in materia di diritto di stabilimento delle persone giuridiche un *favor* della Corte per l'instaurazione di un rapporto competitivo tra gli ordinamenti degli Stati membri. La Corte ha, infatti, affermato – mutando il suo precedente orientamento – che le società sono soggette alla regolazione delle condizioni costitutive, statutarie, di limitazione e ripartizione della responsabilità anche nei confronti dei terzi dettata dall'ordinamento dello Stato membro in cui sono state costituite, e non già all'ordinamento in cui operano stabilmente¹⁶.

¹⁵ Da ultimo la Corte di Giustizia, nella sentenza 11 dicembre 2003, C-215/01, *Schmitzer*, in Racc. (2003), ha affermato che la natura temporanea della prestazione del servizio deve essere determinata «non soltanto alla luce della durata della prestazione del servizio ma anche della sua regolarità, naturale temporaneità o continuità» (par. 28); inoltre «nessuna previsione del trattato permette di determinare, in astratto, la durata o la frequenza oltre la quale l'offerta di un servizio o di un certo tipo di servizio in un altro Stato membro non possa più essere considerata come una prestazione di servizio nel senso adottato dal Trattato» (punto 31) (mia traduzione).

¹⁶ Vedi Corte di Giustizia, sent. 9 marzo 1999, C-212/97, *Centros Ltd.*, in Racc. (1999), I-1459; Corte di Giustizia, sent. 5 novembre 2002, C-208/00, *Überseering BV*,

Ciò che più si rileva nelle argomentazioni della Corte è l'esplicito *placet* che in questi casi viene espresso per una sorta di *shopping* della regolazione che più aggrada, legittimo anche nei casi in cui la costituzione della società sia stata effettuata in uno Stato membro diverso da quello in cui i soci intendono operare proprio strumentalmente al fine di sottrarsi all'applicazione della regolazione giuridica di quest'ultimo, e di avvalersi di quella di un altro Stato ritenuta meno onerosa e vincolante.

Ad esempio, nel caso *Centros* la Corte ha affermato senza incertezze che «il fatto che un cittadino di uno Stato membro che desidera creare una società scelga di costituirlo nello Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrino meno severe e crei succursali in altri Stati membri non può costituire di per sé un abuso del diritto di stabilimento», e ai motivi di ordine pubblico invocati dal governo danese a fondamento della normativa nazionale ha così replicato: «poiché la società di cui si tratta nella causa *de qua* si presenta come una società di diritto inglese, e non di diritto danese, i suoi creditori sono informati del fatto che essa è soggetta a una normativa diversa da quella che disciplina in Danimarca la costituzione di società a responsabilità limitata».

Questo nuovo atteggiamento della Corte è stato evidentemente letto dalla Commissione come un'implicita legittimazione della concorrenza tra ordinamenti degli Stati membri quale leva – nell'immediato – per l'effettiva apertura dei mercati nazionali e – nel lungo termine – per la completa armonizzazione dei diversi ordinamenti che li regolano. La Commissione ha così rispolverato il suo libro bianco del 1985, in cui il diritto delle imprese all'applicazione del diritto del loro paese di origine era elevato a principio fondamentale a tutela delle libertà di circolazione; la proposta di direttiva Bolkestein, infatti, si fonda sostanzialmente su questo principio.

4. Chi controlla cosa nella proposta Bolkestein?

L'ostilità che le organizzazioni sindacali italiani rivolgono alla Bolkestein è anche motivata dal sistema di controlli in merito al rispetto delle condizioni

in Racc. (2002), I-9919; Corte di Giustizia, sent. 30 settembre 2003, C-167/01, *Inspire Art ltd.*, in Racc. (2003), I-10155.

normative e contrattuali di lavoro applicabili che la proposta disegna. Si prevede che lo Stato di distacco non possa imporre all'impresa distaccante, o ai lavoratori distaccati di cui si avvale nell'eseguire la prestazione, di ottenere un'autorizzazione dalle autorità competenti nazionali o di esser registrata presso di esse o di assolvere altri obblighi equivalenti, né di presentare una dichiarazione, salvo fino al 2008 nei lavori edili indicati all'allegato della direttiva 96/71, neppure di disporre di un rappresentante sul suo territorio e di possedere o conservare documenti sociali sul suo territorio o alle condizioni ivi applicabili (art. 24).

La proposta di direttiva prevede che lo Stato membro di distacco conserva il diritto di operare nel suo territorio ispezioni e indagini per verificare che siano rispettate le condizioni di lavoro applicabili a norma della direttiva 96/71 e, in caso di inosservanza, di sanzionare le imprese stabilite in altri Stati membri. Lo Stato di provenienza dell'impresa deve prestare assistenza allo Stato ospitante e deve garantire che, fino a due anni dopo la fine del distacco, l'impresa distaccante sia tenuta a conservare e comunicare al secondo l'identità dei lavoratori distaccati, la qualifica e le mansioni attribuite, le condizioni di occupazione e di lavoro di questi, l'indirizzo del destinatario dei servizi, il luogo e la durata del distacco (art. 24, comma 2).

Non verrebbe quindi eliminato il diritto dello Stato ospitante di determinare e controllare le condizioni applicate ai rapporti di lavoro del personale distaccato nel suo territorio; le forme di controllo, però, sarebbero esercitabili prevalentemente *ex post* invece che *ex ante*, e sarebbe in ogni caso determinante la fattiva e leale collaborazione dello Stato dove l'impresa esercita il diritto di stabilimento.

5. Sono fondati i timori dei sindacati italiani?

La proposta di direttiva Bolkestein, dunque, non reca *di per sé* contenuti di riforma rivoluzionari che legittimerebbero – come pure è stato detto – un «gigantesco capolarato europeo» di lavoratori impiegati negli Stati membri con più elevati livelli di protezione sociale ma alle condizioni significativamente inferiori previste negli Stati che hanno adottato la strategia dello «Stato minimo». La proposta si è limitata a sollevare il coperchio, disvelando ciò che già bolle nella pentola del diritto comunitario in

merito ai trattamenti normativi e contrattuali da applicarsi ai *posted workers* in applicazione della direttiva 96/71.

Ciò non significa che possano essere sbrigativamente liquidati come allarmistici i timori manifestati dalle organizzazioni sindacali italiane. Risulta reale il rischio che la radicale e improvvisa liberalizzazione della prestazione dei servizi nel mercato interno, che comporterebbe l'adozione del «principio del paese di origine», incentiverebbe le imprese nazionali a trasferirsi stabilmente in altri Stati membri, in particolare nei *newcomers* dell'Europa a 25, trasformandosi in imprese «transfrontaliere». Queste imprese potrebbero inviare senza ostacoli dalle nuove sedi oltre confine il loro personale per prestare servizi sempre nel territorio dello Stato in cui avevano originariamente sede, godendo però di una più favorevole legislazione (quella applicabile nel nuovo Stato di stabilimento) per i regimi autorizzatori, l'imposizione fiscale, ma anche gli oneri contributivi e la regolazione della gestione del rapporto di lavoro (condizioni di licenziamento, di apposizione del termine, di disponibilità convenzionale dei diritti, di rappresentanza sindacale, di diritto di sciopero ecc.), che sembrano rimanere estranee all'ambito di applicabilità della legge dello Stato ospitante a norma della direttiva 71/96.

In questo modo si realizzerebbe indirettamente e progressivamente il medesimo effetto deregolatorio che si otterrebbe applicando in via diretta il principio del paese di origine anche alla disciplina del rapporto di lavoro. Se i lavoratori di uno Stato membro non saranno in grado di compensare lo scarto del loro maggior costo complessivo con una produttività superiore in misura corrispondente, si troveranno costretti ad «armonizzare» al ribasso i loro livelli di retribuzione e di tutela per trattenere le imprese datrici dalla tentazione di trasmigrare in altri Stati membri dell'Unione.

In un approccio squisitamente economico si ritiene che i differenziali salariali tra gli Stati membri dovrebbero riflettere nel mercato unico solo la diversa produttività della forza lavoro e, in tal caso, risultare indifferenti sul piano della concorrenza interstatale tra le imprese, perché quelle che sono gravate da un costo del lavoro più elevato non sarebbero in alcun modo svantaggiate in quanto godono di una superiore produttività del personale. Se invece le differenze di costo del lavoro sussistono nonostante non vi sia un corrispondente differenziale di produttività in seno ai diversi Stati membri, la pressione che la libera circolazione esercita sul livellamento verso i minimi retributivi meno elevati dovrebbe spingere le

imprese europee a praticare politiche salariali strettamente legate alla loro effettiva competitività in quel settore, o a specializzarsi e concentrarsi solo nei settori in cui la loro competitività è garantita da altri fattori di produzione (in particolare dalla qualità e innovatività del prodotto o dal *know how* tecnologico). Intesa in questo modo l'assenza di tutela del diritto del lavoro rispetto alle erosioni operate dalla libera circolazione dei beni e dei servizi diviene fonte di efficienza complessiva del mercato europeo, come se ciascuno Stato fosse libero di applicare alle proprie imprese il diritto del lavoro che preferisce a condizione che il sistema nazionale nel suo complesso sia in grado effettivamente di «permettersele».

È evidente che in questo approccio si considera la regolazione delle condizioni di lavoro esclusivamente quale elemento che incide sul costo di una risorsa che, indirettamente, poi condiziona la determinazione del prezzo del bene (prodotto o servizio) finale. Si svaluta totalmente (e, a mio avviso, astoricamente) la diversa funzione, concorrente a quella appena descritta, che gli ordinamenti nazionali fondati sul pluralismo democratico attribuiscono alla disciplina lavoristica (legale e contrattuale) e delle relazioni industriali: quella di strumento principe sia nella ripartizione della ricchezza prodotta tra capitale e lavoro sia nella redistribuzione di questa tra le diverse tipologie professionali e sociali di lavoratori.