

Posted workers

La condizione dei lavoratori in distacco transnazionale in Europa

a cura di Rossana Cillo e Fabio Perocco

Distacco transnazionale e contrasto al dumping in Italia Passi in avanti e questioni irrisolte

Giovanni Orlandini

Università degli Studi di Siena, Italia

Abstract The chapter analyses the main legal issues that make the application of the rules on posted workers in the Italian legal system problematic. Indeed, the Italian labour market is still exposed to dumping by companies based in other countries. The protective regime of the worker posted in Italy, while emerging strengthened by the 2020 reform, continues to suffer from the effects of a pathologically unregulated collective bargaining system and the weakness of the inspection activity.

Keywords Posted workers. Employment conditions. Wage dumping. Inspection activity. European Union.

Sommario 1 Introduzione. – 2 La fattispecie del distacco transnazionale e l'ambito di applicazione della disciplina. – 3 Distacco fraudolento e contrasto agli abusi. – 4 Gli obblighi amministrativi e la cooperazione tra servizi ispettivi. – 5 Regime sanzionatorio e responsabilità solidale. – 6 Retribuzione e limiti di applicazione dei contratti collettivi. – 7 Distacchi di lunga durata e disposizioni di ordine pubblico.

1 Introduzione

Nel confrontarsi con la disciplina del distacco transnazionale non si può non prendere le mosse da un dato che ne segnala in maniera evidente il principale profilo di criticità. A vent'anni dall'appro-

vazione del d.lgs. 72/00, che per primo l'ha regolata, i repertori di giurisprudenza non segnalano alcun caso di contenzioso attivato da un lavoratore distaccato in Italia per rivendicarne la corretta applicazione. La (scarsissima) giurisprudenza reperibile è dei giudici amministrativi e attiene a ricorsi attivati da imprese (italiane) che contestano l'aggiudicazione di un appalto pubblico ad un'impresa straniera, in ragione del minor costo del lavoro da questa sopportato grazie al suo stabilimento in un altro Stato membro.¹ Il che non sorprende più di tanto, vista l'estrema debolezza contrattuale del lavoratore distaccato e considerando come le norme poste a sua tutela siano talvolta da questi perfino percepite contrarie al proprio interesse, perché limitano le opportunità di lavoro offerte dall'accesso ai mercati stranieri.

D'altra parte, l'intera normativa euro-unitaria sul distacco transnazionale si fonda su un 'non-detto' implicito: la sua primaria funzione non è tanto quella di tutelare i lavoratori stranieri temporaneamente inviati all'estero, quanto di difendere i mercati nazionali dagli effetti più destrutturanti del dumping, reso possibile (anche) all'interno del territorio dell'UE dagli squilibri che caratterizzano i diversi mercati del lavoro nazionali; squilibri figli di un'integrazione di mercato attuata in assenza di un'effettiva integrazione sociale.² A ben poco dunque serve riconoscere ai lavoratori distaccati il potere di rivendicare i propri diritti davanti al giudice italiano (in deroga alle regole del diritto internazionale processuale)³ se questi non hanno non solo la forza, ma spesso neppure l'interesse a farlo.

È evidente allora come il principale problema cui dà origine la normativa sul distacco transnazionale sia la sua scarsa effettività, dipendente nei fatti, in maniera pressoché esclusiva, dall'azione del personale ispettivo. Per questo motivo, nel commentarla, l'attenzione del giurista deve porsi non solo alle norme di carattere sostanziale, tese a stabilire gli standard di tutela da garantire ai lavoratori,

1 Il caso più noto resta quello sfociato nella sentenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. IV, 1 marzo 2006, nr. 928, che conferma TAR Bolzano 19 aprile 2005, nr. 140), con la quale i giudici amministrativi giustificano la mancata iscrizione alla locale Cassa edile (imposto alle imprese aggiudicatrici di un appalto pubblico da una legge della Provincia Autonoma di Bolzano) da parte di un'impresa con sede in Austria, in ragione della sua iscrizione ad un analogo fondo convenzionale nel Paese d'origine.

2 Questo profilo di ambiguità, che attiene alle finalità della direttiva 96/71/CE e, dunque, alla sua base legale (le norme del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi), è evidenziato (criticamente) da Davies (1997), in quello che resta uno dei più lucidi commenti alla direttiva 96/71/CE.

3 L'art. 5 del d.lgs. 136/16, nel recepire l'art. 6 della direttiva 96/71/CE, prevede una deroga alle regole generali fissate dall'art. 21 del regolamento (UE) nr. 1215/2012 (c.d. *Bruxelles Ibis*) che identifica il foro competente a dirimere controversie di lavoro in quello del Paese del domicilio del datore o dove il lavoratore svolge abitualmente la sua attività (cioè, in caso di distacco, il suo Paese d'origine).

ma anche (e forse ancor più) alle norme di carattere amministrativo e procedurale che attengono, appunto, all'esercizio dell'attività ispettiva.

Non c'è dubbio che, sotto questo profilo, sia stato compiuto un decisivo passo avanti grazie al recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva 2014/67/UE (c.d. direttiva *Enforcement*)⁴ operato con il d.lgs. 136/16, che ha colmato la principale lacuna della disciplina previgente, sino ad allora pressoché priva di disposizioni in materia di ispezioni (Venturi 2018, 26). Tuttavia, il quadro resta tutt'altro che confortante: la perdurante debolezza strutturale del nostro sistema ispettivo si associa alla difficoltà di attivare la cooperazione con i servizi ispettivi degli altri Stati, senza la quale un efficace controllo sul fenomeno della mobilità transnazionale resta impraticabile.⁵

A complicare ulteriormente l'attività di contrasto al dumping sul territorio italiano c'è poi una normativa sostanziale oggettivamente complessa e ancora caratterizzata da molteplici profili di ambiguità. Anche su questo piano vanno salutate con favore le recentissime novità introdotte con il d.lgs. 122 del 15 settembre 2020, di recepimento della direttiva (UE) 2018/957. Ma, di nuovo, i pur apprezzabili sforzi chiarificatori del legislatore non permettono di fugare buona parte delle incertezze interpretative che accompagnano *ab origine* la normativa. Fatto è che queste incertezze derivano in buona parte dalle caratteristiche del nostro sistema di relazioni sindacali, segnato da un marcato pluralismo (sia sul fronte sindacale sia, sempre più, su quello datoriale) e da un basso tasso di istituzionalizzazione dovuto alla storica assenza di una legge di attuazione dell'art. 39 Cost.: caratteristiche che, favorendo il dumping contrattuale operato dagli attori nazionali, riducono i margini per contrastare quello realizzato da attori stranieri e rendono oltremodo complesso il recepimento della normativa europea nel nostro ordinamento.

A queste problematiche si sommano quelle che trovano la loro origine nella stessa direttiva 96/71/CE, non a caso oggetto di un'amplissima e controversa giurisprudenza della Corte di Giustizia. Il legislatore europeo ha inteso ricercare un equilibrio tra opposte esigenze, di tutela dei lavoratori distaccati (e, di conseguenza, di contrasto al dumping) da una parte e di rispetto della libertà economica dell'impresa che quei lavoratori distacca dall'altra. Nel leggere la normativa sul distacco non si può prescindere da questa *ratio* 'compromissoria', che ne svela un'ambivalenza di fondo: si tratta di una normativa con un'anima al tempo stesso lavoristica e mercantile, tant'è che nelle norme del Trattato sul Funzionamento dell'UE (TFUE) che sottendo-

⁴ Per un commento alla direttiva 2014/67/UE, cf. Mattei 2017.

⁵ Sui problemi emergenti dalla prassi ispettiva che continuano a minare l'effettività della normativa in materia, si soffermano diffusamente Iannuzzi e Sacchetto (2019).

no alla piena integrazione del mercato interno essa trova il suo originario fondamento.⁶

Nelle pagine che seguono si evidenzieranno le principali questioni giuridiche che complicano l'applicazione della disciplina del distacco nell'ordinamento italiano, contribuendo ad esporlo al dumping operato da imprese con sede in altri Stati dell'UE e lo si farà soffermando in particolare sui profili della disciplina sui quali ha inciso il d.lgs. 122/2020. Restano fuori dal campo di analisi i profili previdenziali del distacco, non certo perché non siano rilevanti – anzi, in buona parte da essi derivano i differenziali del costo del lavoro di cui beneficiano le imprese straniere – ma perché la regolazione di questi profili è *in toto* rimessa alle fonti dell'UE (il regolamento (CE) nr. 883/2004 sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e il connesso regolamento d'attuazione (CE) nr. 987/09) e sfugge perciò alla potestà del legislatore nazionale.⁷

2 La fattispecie del distacco transnazionale e l'ambito di applicazione della disciplina

Il d.lgs. 136/16 identifica il suo ambito di applicazione facendo riferimento alle imprese che distaccano lavoratori «in favore di un'altra impresa, anche appartenente allo stesso gruppo, o di un'altra unità produttiva o di un altro destinatario» (art. 1, co. 1); il che permette di ricondurre al distacco transnazionale, oltre alla mobilità intragruppo (s'intende, multinazionale), l'utilizzo di lavoratori in appalto⁸ (o comunque sulla base di altro contratto commerciale tra l'impresa stabilita in un altro Stato membro e l'utilizzatore stabilito in Italia), nonché la somministrazione di lavoratori da parte di un'agenzia con sede all'estero (ipotesi questa espressamente prevista dall'art. 1, co. 3).⁹

⁶ La base giuridica delle direttive in materia di distacco è costituita dalle norme del TFUE relative alla libertà di prestazione dei servizi (art. 53, par. 1 e art. 62).

⁷ In merito al travagliato (e ad oggi fallimentare) processo di revisione dei regolamenti sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, si veda Giubboni, Orlandini 2018.

⁸ L'appalto può essere sia privato sia pubblico, lo impone una lettura conforme al diritto dell'UE (CGUE 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*), compatibile con la lettera dell'art. 1, d.lgs. 136/16 che identifica l'utilizzatore dei lavoratori distaccati, oltre che in un'«altra impresa» o «unità produttiva» anche in un «altro destinatario».

⁹ Come prescritto dalla direttiva 96/71/CE (art. 1, par. 3), la disciplina vincola anche le imprese situate al di fuori del territorio dell'UE (art. 1, co. 5, d.lgs. 136/16), al fine di evitare che queste ultime possano beneficiare di vantaggi competitivi rispetto alle imprese 'europee'; per le imprese extra-UE non valgono però le disposizioni di natura 'procedurale' incompatibili con lo stabilimento dell'impresa distaccante in Stati terzi, perché presupponenti obblighi di cooperazione tra le autorità ispettive dei diversi Stati membri dell'UE.

I principali profili di incertezza circa l'ambito di applicazione della disciplina del distacco sono sorti in relazione al settore del trasporto su strada. L'oggettiva difficoltà di individuare quali tra le diverse tipologie contrattuali utilizzate in questo settore potessero ricondursi alla fattispecie del distacco transnazionale, ha portato il legislatore europeo prima e nazionale poi, ad attrarre nell'ambito di applicazione della direttiva 96/71/CE il cabotaggio di merci e di persone,¹⁰ regolato rispettivamente dai regolamenti (CE) 1072/2009 e 1073/2009 (art. 1, co. 4).¹¹ La mancata approvazione del cosiddetto *Mobility Package* ha impedito però di regolare organicamente a livello europeo la materia, con ciò rendendo inoperante il rinvio ad essa contenuto nell'art. 3, par. 3 della direttiva (UE) 2018/957.¹² Il legislatore italiano, nel riformare il d.lgs. 136/16, ha comunque confermato che esso vale a regolare il cabotaggio, il che appare, se non del tutto rispettoso delle fonti UE, una soluzione ragionevole per ovviare all'*impasse* del processo di integrazione.

Le incertezze in merito alle regole da applicare nel settore, tuttavia, sono ancora rilevanti (come segnalato dallo stesso Ispettorato Nazionale del Lavoro, INL),¹³ non essendo chiaro quali siano gli obblighi dei vettori stranieri che operano sul territorio italiano nelle ipotesi di trasporto internazionale non riconducibili al cabotaggio. Se certamente non trovano applicazione gli obblighi amministrativi previsti dal d.lgs. 136/16, in merito alle condizioni di lavoro non resta che ricorrere ai generali criteri fissati dal regolamento (CE) nr. 593/2008 (c.d. Roma I) per individuare la legge applicabile a contratti di lavoro 'internazionali', criteri che valgono anche a regolare i rapporti di lavoro nell'am-

10 L'attività di cabotaggio internazionale ricomprende le operazioni di autotrasporto comportanti carico e scarico di merci e persone in Italia, svolte da un vettore stabilito all'estero (per un'accurata analisi delle connesse problematiche lavoristiche, solo accennate nel testo, si rinvia a Proseccchi 2018).

11 La norma di diritto interno recepisce quanto previsto dai regolamenti (CE) 1072/2009 (considerando 17) e 1073/2009 (considerando 11) in merito al fatto che «le disposizioni della direttiva 96/71/CE si applicano alle imprese di trasporto che effettuano trasporti di cabotaggio».

12 L'art. 3, par. 3, direttiva (UE) 2018/957 prevede che «la presente direttiva si applica al settore del trasporto su strada a decorrere dalla data di applicazione di un atto legislativo che modifica la direttiva 2006/22/CE per quanto riguarda le prescrizioni di applicazione e stabilisce norme specifiche in relazione alla direttiva 96/71/CE e alla direttiva 2014/67/UE per il distacco dei conducenti nel settore dei trasporti su strada»; atto legislativo appunto non ancora adottato. A complicare ulteriormente il quadro è sopravvenuta la sentenza *Dobersbeger* (CGUE 19 dicembre 2019, C-16/18) con la quale la Corte di giustizia ha escluso i lavoratori dei trasporti dall'ambito di applicazione della direttiva 96/71/CE (esclusione che non può riguardare però il cabotaggio, visto l'esplicito richiamo della direttiva 96/71/CE nei regolamenti (CE) 1072/2009 e 1073/2009). Sui possibili effetti della sentenza cf. Rocca 2020.

13 L'INL, nella circolare nr. 1/2017 del 9 gennaio 2017 invita gli ispettori alla «prudenza» nel contestare violazioni della normativa italiana a chi opera su tratte internazionali, in attesa di «chiarimenti a livello europeo».

bito del trasporto marittimo e aereo. Con la conseguenza che, di norma, troverà applicazione la legge del Paese «a partire dal quale» il lavoratore svolge la sua missione e nel quale torna al termine della stessa (come appunto prescrive l'art. 8, par. 2, regolamento Roma I).¹⁴

Dubbi interpretativi permangono anche in relazione ai cosiddetti distacchi a catena, la cui fattispecie è adesso prevista espressamente dal 'nuovo' art. 1, co. 2bis, d.lgs. 136/16 (inserito dal d.lgs. 122/20). La norma recepisce l'omologa disposizione della direttiva (UE) 2018/957 con la quale si è inteso contrastare le diffuse pratiche elusive degli obblighi imposti dalle direttive UE, attuate attraverso 'triangolazioni' tra diversi Stati membri. Viene così identificata una specifica ipotesi di distacco a catena, operato da un'agenzia di somministrazione situata in uno Stato membro a beneficio di un utilizzatore con sede nello stesso o in un altro Stato membro, che a sua volta distacca il lavoratore in Italia; ovvero a beneficio di un utilizzatore con sede in Italia che distacca il lavoratore in un diverso Stato membro. In tal modo si sciolgono i dubbi sul fatto che, se l'utilizzatore 'finale' è stabilito in Italia, il lavoratore debba essere considerato a tutti gli effetti 'distaccato' dall'agenzia di somministrazione nel nostro Paese e si impongono allo stesso utilizzatore obblighi di informazione a garanzia della trasparenza dell'intera operazione (nuovo art. 10bis).

Analogamente a quanto osservato in merito al trasporto su strada, resta però da capire quali regole valgano in altri casi di distacchi a catena, non implicanti la somministrazione transnazionale,¹⁵ come il subappalto, l'impiego in un appalto di lavoratori distaccati nell'ambito di un gruppo di imprese o la trasferta all'estero di un lavoratore distaccato; per tacere dei distacchi a catena il cui 'terminale' (sia esso impresa o agenzia di somministrazione) abbia sede fuori dal territorio dell'UE.¹⁶ Per evitare irragionevoli disparità di

¹⁴ Una via per recuperare l'applicazione delle norme di protezione 'italiane' previste dal d.lgs. 136/16 al di fuori del suo ambito di applicazione, passa dal considerarle 'norme di applicazione necessaria' ai sensi dell'art. 9 del regolamento Roma I e, in quanto tali, da garantire comunque in qualsiasi controversia incardinata davanti ad un giudice italiano (per un'analisi del rapporto tra direttiva 96/71/CE e il sistema delle fonti internazionale-privatistiche si rinvia a Van Hoeck, Houwerzijl 2016, 215).

¹⁵ Come detto, la norma nazionale recepisce quanto previsto nella direttiva (UE) 2018/957, che contempla la sola ipotesi di 'catene' il cui 'terminale' sia costituito da un'agenzia di somministrazione (o comunque un'impresa che fornisce di manodopera, in base alla legge dello Stato di stabilimento); è probabile che tale scelta sia stata condizionata dal caso *Danieli* (CGUE 18 dicembre 2019, C-18/17) pendente durante la fase di approvazione della direttiva, che riguardava appunto tale fattispecie.

¹⁶ L'INL, nelle sue *Linee guida per l'attività ispettiva in materia di distacco transnazionale* del 2019, si confronta con il problema dei distacchi a catena per valutarne la liceità, ma solo con riferimento a fattispecie nelle quali committente e appaltatore operino in Italia e il subappaltatore sia stabilito all'estero; non affronta dunque il problema della regolazione di distacchi attuati attraverso 'triangolazioni' transnazionali.

trattamento, dovrebbe prevalere una lettura estensiva dell'ambito di applicazione del d.lgs. 136/16, capace di includervi anche le ipotesi elencate. È vero che tale interpretazione è resa opinabile proprio dalla disposizione speciale relativa alla 'sola' somministrazione transnazionale; tuttavia, la definizione del campo di applicazione contenuta nell'art. 1, co. 1, d.lgs. 136/16 è sufficientemente ampia da giustificare l'opzione interpretativa proposta, che scongiura la necessità di dover ricorrere anche in questo caso ai generali criteri fissati dal regolamento Roma I per identificare la legge applicabile ai rapporti di lavoro.

3 Distacco fraudolento e contrasto agli abusi

I confini della fattispecie del distacco transnazionale sono ulteriormente precisati dalle disposizioni che ne individuano i presupposti di legittimità, onde permettere (in primo luogo alle autorità ispettive)¹⁷ di sanzionare le ipotesi di ricorso abusivo e fraudolento al distacco per eludere la normativa di tutela lavoristica (e previdenziale) nazionale.

Gli indici elencati dall'art. 3, d.lgs. 136/16 (riproducendo quasi alla lettera quanto previsto in merito dalla direttiva *Enforcement*) sono funzionali ad accertare sia che la presenza del lavoratore distaccato in Italia sia realmente 'temporanea', sia che il datore distaccante sia titolare di un'attività genuinamente imprenditoriale nel Paese d'origine. L'attività di contrasto alle cosiddette *letterbox company* è resa però ardua non solo dalle carenze già richiamate che ancora caratterizzano il coordinamento e la cooperazione tra servizi ispettivi nazionali e stranieri (sulle quali si tornerà oltre), ma anche dalle stesse regole di funzionamento del mercato unico: regole che tutelano la libertà di stabilimento (sancita dall'art. 49 TFUE) permettendo ad un'impresa di porre la propria sede anche in un Paese nel quale non svolge alcuna attività economicamente rilevante (qualora la legge di quel Paese lo consenta).¹⁸ Ancor più arduo è contestare la genuinità di un distacco operato attraverso la fornitura o somministrazione di manodopera, dal momento che in alcuni Stati membri tale attività non è neppure condizionata alla preventiva autorizzazione da parte delle autorità pubbliche.

¹⁷ Gli indici di regolarità del distacco elencati nell'art. 3, d.lgs. 136/16 sono indirizzati agli «organi di vigilanza», cioè al personale ispettivo, al quale spetta operare una «valutazione complessiva di tutti gli elementi della fattispecie» (art. 3, co. 1, d.lgs. 136/16); ma naturalmente gli stessi indici possono servire anche ad orientare l'attività dell'autorità giudiziaria per dirimere una controversia in merito alla legittimità del distacco.

¹⁸ Da ultimo, lo ha ricordato la Corte di giustizia nella sentenza del 25 ottobre 2017, C-106/16, *Polbud*, punti 38 e 40, in sintonia con la precedente giurisprudenza.

In caso di accertamento dell'illiceità del distacco, il lavoratore straniero deve considerarsi «a tutti gli effetti» (dunque anche previdenziali)¹⁹ alle dipendenze dell'impresa o del destinatario nell'interesse dei quali è stato distaccato (art. 3, co. 4).²⁰ Viene così a configurarsi un'ipotesi 'speciale' di interposizione vietata, sanzionata con la costituzione *ex lege* del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore. Il che dà origine a problemi di coordinamento con le norme che regolano le ipotesi di appalto e somministrazione illecita. In quanto norma speciale, l'art. 3, co. 4 del d.lgs. 136/16 dovrebbe prevalere sulla disciplina generale prevista dagli artt. 29, co. 3*bis* e 30, co. 4*bis* del d.lgs. 276/03 (appalto e distacco illegittimo) e dall'art. 38 del d.lgs. 81/15 (somministrazione irregolare), che però (salvo l'ipotesi di somministrazione priva di forma scritta) subordinano la costituzione del rapporto all'azione del lavoratore. Il distacco transnazionale illecito poi non coincide necessariamente con le altre fattispecie interpositorie: basti pensare al caso di un 'distacco' operato da un'impresa straniera utilizzando lavoratori già presenti sul territorio italiano nell'ambito di un regolare contratto di appalto.²¹

Il maggior rigore del regime sanzionatorio associato al distacco transnazionale si spiega evidentemente con la necessità di garantire effettività alla disciplina, considerando che il lavoratore straniero ben difficilmente agisce in giudizio per rivendicare la costituzione del rapporto con l'utilizzatore italiano. Resta il dubbio che la conseguente disparità di trattamento tra imprese nazionali e straniere possa considerarsi giustificata. Per evitare i rischi di contrasto con il diritto dell'Unione e sciogliere i problemi di coordinamento con la disciplina generale, sarebbe stato allora preferibile sancire che, in presenza di un distacco non genuino, al lavoratore dovesse semplicemente applicarsi la legislazione italiana, ivi compresa, eventualmente, quella che disciplina i limiti di liceità dell'appalto, del distacco e della somministrazione.

Resta poi inevaso il problema dei lavoratori di Stati terzi i quali, in caso di distacco illegittimo, non possono comunque beneficiare

19 Sotto questo profilo però la norma nazionale promette più di quanto possa mantenere. L'accertamento in sede ispettiva dell'illegittimità del distacco transnazionale non determina infatti l'automatica iscrizione presso l'INPS (né il conseguente recupero dei contributi evasi), non ammessa in assenza di una revoca da parte delle autorità competenti dello Stato d'origine del modello AI (che certifica l'iscrizione del lavoratore nel regime di sicurezza sociale); in caso di contrasto tra le istituzioni dei diversi Stati membri viene attivata la procedura di mediazione davanti alla speciale Commissione amministrativa con sede a Bruxelles.

20 In presenza di un distacco non genuino, il distaccante e l'utilizzatore della prestazione sono altresì puniti con una sanzione amministrativa pecuniaria (50 euro per ogni lavoratore) che diventa penale nel caso si configuri uno sfruttamento di minori (arresto fino a 18 mesi e ammenda) (art. 3, co. 5, d.lgs. 136/16).

21 Così anche INL circolare nr. 1/2017, 7.

del regime sanzionatorio (cioè dell'automatica imputazione del rapporto in capo all'utilizzatore), non essendo provvisti del permesso di soggiorno necessario per accedere al mercato del lavoro nazionale.²²

4 Gli obblighi amministrativi e la cooperazione tra servizi ispettivi

Si è già detto dell'importanza delle norme che favoriscono l'attività ispettiva introdotte dal legislatore del 2016, prima tra tutte quella che prevede l'obbligo di comunicazione preventiva in capo all'impresa straniera, da adempiere entro le ore 24 del giorno antecedente l'inizio del distacco (art. 10, co. 1). La comunicazione (indirizzata per via telematica al Ministero del Lavoro) fornisce alle autorità competenti le informazioni relative all'impresa, al numero e alle generalità dei lavoratori, ai tempi e alle modalità del distacco.²³ La comunicazione deve altresì indicare generalità e domicilio sia del referente, domiciliato in Italia, incaricato di ricevere atti e documenti per conto dell'impresa (art. 10, co. 3, lett. b)), sia del referente «con poteri di rappresentanza per tenere i rapporti con le parti sociali interessate a promuovere la negoziazione collettiva di secondo livello», che il datore distaccante è tenuto ad individuare (art. 10, co. 4). Disposizione quest'ultima dal significativo rilievo sistematico (considerando il clamore suscitato dal celebre caso *Laval* anche nel nostro Paese), in quanto riconosce il diritto dei sindacati nazionali di contrattare nell'interesse dei lavoratori stranieri distaccati e quindi, implicitamente, di scioperare, visto che il diritto di sciopero è il necessario corollario della libertà di contrattazione.²⁴

²² Il problema è segnalato da Borelli 2020, 301. In caso di distacco il T.U. sull'immigrazione (e connesso regolamento d'attuazione) prevede speciali regole per il rilascio del permesso di soggiorno, in deroga al regime generale condizionato al rispetto delle quote d'ingresso (art. 27, co. 1 lett. i), d.lgs. 286/98).

²³ Nel recepire (quasi) alla lettera la direttiva 2014/67/UE, il legislatore italiano non ha sfruttato la possibilità di integrare l'elenco delle informazioni oggetto di comunicazione, riconosciuta dalla stessa direttiva (pur nel rispetto del generale principio di proporzionalità): in particolare sarebbe stato opportuno richiedere (come suggerito dal fronte sindacale) l'indicazione dell'ammontare esatto della retribuzione corrisposta ai lavoratori (per semplificare la comparazione con quella dovuta) e dell'eventuale precedente utilizzo dello stesso o di altro lavoratore in distacco per le medesime mansioni (per permettere il controllo sul cosiddetto *rotational posting*).

²⁴ Sul referente individuato dall'impresa straniera grava l'«obbligo di rendersi disponibile in caso di richiesta motivata delle parti sociali» (la cui violazione è per altro sanzionata in sede amministrativa ex art. 12). Non sembra che da ciò possa però ricavarsi un obbligo per l'impresa distaccante di avviare la negoziazione collettiva, né tanto meno di concludere un accordo; lo esclude la necessità di tener conto del diritto e delle prassi nazionali imposta dalla direttiva 2014/67/UE (art. 9, par. 1, lett. f)). Resta però - in caso di mancata disponibilità a negoziare - la possibilità di ricorrere ai mezzi

Sull'impresa distaccante grava anche l'obbligo di conservare i documenti sociali relativi all'orario e al pagamento della retribuzione (in copia tradotta in italiano), come previsto dalla direttiva 2014/67/UE. L'obbligo di conservazione è poi esteso dal legislatore nazionale alla comunicazione pubblica di instaurazione del rapporto (o documento equivalente previsto dalla legislazione del Paese d'origine) e al certificato A1 che attesta l'iscrizione al regime di sicurezza sociale (art. 10, co. 3, lett. a), d.lgs. 136/16). Tali obblighi permangono durante il distacco e fino a due anni dalla sua cessazione, il che può sollevare problemi di compatibilità con i principi del mercato interno, sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità.²⁵

L'inclusione dei distacchi a catena nell'ambito di applicazione del d.lgs. 136/16 ha imposto una specifica articolazione degli obblighi amministrativi, ripartiti tra gli 'snodi' costituenti la catena. Posto che il lavoratore s'intende distaccato in Italia se ivi l'ha inviato l'impresa utilizzatrice con sede in un altro Stato membro, grava sull'agenzia l'obbligo di fornire con la comunicazione preventiva anche i dati identificativi di quest'ultima (art. 10, co. 1, lett. *ibis*)), mentre l'utilizzatore con sede in Italia è tenuto ad informare l'agenzia delle condizioni di lavoro e occupazione che essa deve applicare ai lavoratori e a conservare copia dell'informativa per due anni dopo la fine del distacco. Si tratta in entrambi i casi di obblighi non previsti dalla direttiva (UE) 2018/957 (da cui, di nuovo, la loro assoggettabilità al test di proporzionalità), che si limita ad imporre un obbligo di informazione all'agenzia a carico dell'utilizzatore, circa il suo invio del lavoratore in un altro Stato membro (obbligo recepito nell'art. 10*bis*, co. 2).

Per agevolare gli adempimenti dell'agenzia di somministrazione, il legislatore italiano ha poi imposto un obbligo di comunicazione (in relazione alle caratteristiche del distacco) anche in capo all'utilizzatore con sede all'estero nei confronti dell'agenzia (art. 10*bis*, co. 3); ma in questo caso davvero sembra essersi spinto oltre il suo ambito di competenza, non potendo la normativa italiana trovare applicazione in relazione a soggetti (l'agenzia e l'utilizzatore/distaccante) che operano al di fuori del territorio nazionale.

di pressione propri delle dinamiche sindacali, ivi compreso lo sciopero, il cui rispetto è garantito espressamente dall'art. 1, par. 2, direttiva 2014/67/UE e dall'art. 1, par. 1*bis* introdotto nella direttiva 96/71/CE dalla direttiva (UE) 2018/957.

25 L'art. 9, par. 1, lett. *c*), della direttiva 2014/67/UE prevede la possibilità di richiedere che i documenti conservati durante il distacco vengano trasmessi alle autorità dello Stato ospitante dopo il periodo di distacco; l'adottabilità di misure 'aggiuntive' (e più gravose), pur ammessa, è limitata dalla necessità di rispettare il generale principio di proporzionalità posto a tutela della libera prestazione dei servizi (in sintonia con la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito: tra le altre, CGUE 7 ottobre 2010, C-515/08, *Santos Palhota*).

Per quanto possano essere estesi gli obblighi di comunicazione e documentazione in capo alle imprese straniere, la loro efficacia resta condizionata dalle debolezze strutturali del nostro sistema ispettivo, che, nonostante i recenti processi di razionalizzazione e riorganizzazione,²⁶ continua ad essere penalizzato da carenze di organico e di risorse. Né d'altra parte l'azione ispettiva può comunque prescindere dalla più volte richiamata collaborazione e cooperazione degli organismi competenti dello Stato d'origine del lavoratore, dove ha sede l'impresa distaccante. Lo strumento per attuare tale cooperazione è il sistema IMI (la rete telematica di informazione del mercato interno), che l'INL è tenuto ad utilizzare per rispondere tempestivamente alle richieste motivate delle autorità competenti straniere (art. 8, co. 1), sollecitando «le autorità o gli organismi che le detengono» qualora non ne sia in possesso (art. 8, co. 9bis).²⁷ Tuttavia è ovvio che, per quanto attiene ai lavoratori distaccati in Italia, quello che più rileva è il modo con cui questi obblighi di cooperazione e informazione sono adempiuti nel Paese dove ha sede l'impresa distaccante e ciò, va da sé, non dipende dalla normativa italiana, che si limita a prevedere un obbligo di tempestiva segnalazione dell'INL alla Commissione in caso di «omissioni o ritardi persistenti a rendere le informazioni necessarie da parte dell'autorità competente dello Stato ospitante» (art. 8, co. 9bis, secondo periodo). Davvero decisivo su questo piano può essere il ruolo che in futuro sarà chiamata a svolgere l'Autorità Europea del Lavoro (ELA), cui l'Unione affida il compito di agevolare e rafforzare «la cooperazione tra gli Stati membri nell'applicazione della pertinente normativa dell'Unione sul territorio dell'Unione, anche mediante ispezioni concertate e congiunte» (art. 2, regolamento (UE) nr. 2019/1149).²⁸

26 Alla riforma organica dei sistemi ispettivi attuata con il d.lgs. 124/04 ha fatto seguito il più recente processo di accentramento e razionalizzazione (d.lgs. 149/15) che ha portato alla nascita dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, cui si devono le indicazioni operative per orientare l'attività ispettiva in materia di distacco transnazionale (in particolare la circolare nr. 1/2017, e le successive *Linee guida per l'attività ispettiva in materia di distacco transnazionale* del 2019).

27 Per favorire un più efficace controllo sulla mobilità transnazionale, l'art. 6 del d.lgs. 136/16 prevede anche la costituzione presso il Ministero del Lavoro di un Osservatorio (a composizione tripartita) con compiti di monitoraggio sul distacco dei lavoratori che può, tra l'altro, formulare proposte circa le informazioni relative alle condizioni di lavoro e di occupazione da pubblicare sul sito del Ministero di cui all'art. 7 dello stesso decreto.

28 Borelli (2019) a ragione coglie le questioni più problematiche attinenti all'azione ispettiva nelle carenze di risorse e di organico che affliggono i sistemi ispettivi dei Paesi d'origine dei lavoratori e, soprattutto, nella mancanza di reale interesse del personale ispettivo di quei Paesi a contrastare abusi dei quali si avvantaggia il proprio sistema previdenziale; questioni che, evidentemente, non possono essere risolte con il mero coordinamento promosso dalla neoistituita Autorità.

5 Regime sanzionatorio e responsabilità solidale

Lo stabilimento all'estero del datore di lavoro rende complessa anche l'esecuzione delle sanzioni irrogate dal personale ispettivo, per la quale è prevista l'attivazione di un'articolata procedura che, di nuovo, presuppone la collaborazione tra autorità nazionali (INL) e straniere (artt. 13-17 e, per le richieste di esecuzione provenienti da altri Stati membri, artt. 18-24, d.lgs. 136/16); anche in questo caso la neo-costituita ELA dovrebbe svolgere un ruolo chiave nell'agevolare il funzionamento dei meccanismi di notifica e recupero delle sanzioni.

Ancor più irta è la strada per rafforzare la tutela giurisdizionale dei lavoratori distaccati, attraverso l'azione in giudizio nei confronti del proprio datore. Su questo piano il legislatore italiano pecca nel non aver recepito quanto previsto dalla direttiva (UE) 2018/957 in merito alla possibilità per lavoratori e/o loro rappresentanti di disporre di «procedure adeguate ai fini dell'esecuzione degli obblighi previsti» dalla direttiva. Pesa, nel nostro ordinamento, l'assenza di una generale legittimazione sindacale per il recupero dei crediti dei lavoratori (Razzolini 2018), che invece esiste in altri Stati membri.

Lo strumento più rilevante posto a garanzia dei crediti dei lavoratori distaccati è senz'altro la responsabilità solidale, che il legislatore del 2016 prevede in caso di distacchi operati nell'ambito sia dell'appalto che della somministrazione transnazionale, richiamando il regime generale relativo ai due istituti (rispettivamente, ex art. 29, co. 2, d.lgs. 276/03 e art. 35, co. 2, d.lgs. 81/15) (art. 4, co. 4, del d.lgs. 136/16).²⁹ Ne consegue che il lavoratore distaccato possa agire in giudizio direttamente nei confronti dell'utilizzatore/appaltante stabilito in Italia entro due anni dalla cessazione del distacco, per chiedere l'adempimento dei crediti retributivi maturati nei confronti del proprio datore (ivi comprese le eventuali quote del trattamento di fine rapporto). Anche in questo caso però, l'applicazione delle disposizioni nazionali ai lavoratori distaccati dà origine a problemi applicativi, da risolvere sul piano interpretativo.

In primo luogo infatti l'art. 29, co. 2 estende la responsabilità solidale all'intera catena di subappalto, mentre evidentemente ciò può valere solo nei confronti degli (eventuali) subappaltatori stabiliti in Italia; d'altra parte, come detto, qualora il subappaltatore sia stabilito in un altro Stato membro (ovvero se la catena si snoda sul territorio di tre Stati membri), la stessa applicabilità del d.lgs. 136/16 è revocabile in dubbio. Ancor più problematica è poi l'operatività della

²⁹ Il lavoratore distaccato può agire davanti al giudice italiano sia nei confronti del proprio datore che del responsabile in solido, in forza dell'art. 5 del d.lgs. 136/16, in deroga ai generali criteri di selezione del foro competente stabiliti dall'art. 21 del regolamento Bruxelles Ibis.

responsabilità per i crediti contributivi, che è espressamente prevista in caso sia di appalto che di somministrazione. Nonostante la diversa opinione dell'INL,³⁰ il vincolo solidale in questo caso non sembra poter trovare applicazione, essendo il lavoratore distaccato iscritto al sistema di sicurezza sociale del Paese d'origine³¹ e non potendo la normativa italiana regolare il conseguente regime dei crediti previdenziali gravanti sul datore straniero.

6 Retribuzione e limiti di applicazione dei contratti collettivi

Mutuando da Berntsen e Lillie (2016, 171) un'efficace tassonomia delle diverse strategie di utilizzo dei distacchi transnazionali da parte delle imprese, si può distinguere un dumping 'patologico', frutto di comportamenti fraudolenti ed elusivi della normativa protettiva dello Stato ospitante, da un dumping 'fisiologico', reso possibile dalle stesse norme che regolano il fenomeno. Queste ultime infatti, se trovano la loro giustificazione nel contrasto alle pratiche sleali di dumping sociale, permettono comunque alle imprese con sede all'estero di beneficiare di un certo grado di vantaggio competitivo legato ai differenti standard di tutela lavoristica presenti nei vari Stati dell'UE. Non c'è dubbio che le recenti evoluzioni della normativa europea (le direttive del 2014 e del 2018) abbiano ridotto i margini di tali vantaggi; tuttavia, è altrettanto vero che i principi del mercato interno (iscritti nei Trattati e formulati dalla Corte di Giustizia) escludono la pura e semplice parificazione tra lavoratori nazionali e lavoratori stranieri che operano alle dipendenze di un datore stabilito in un altro Stato membro. E infatti, la direttiva 96/71/CE (anche dopo la sua riforma), se da una parte richiama il principio della parità di trattamento (nel considerando 6), dall'altra lo declina solo in relazione alle materie che essa stessa individua (nell'art. 3, par. 1). La parità di trattamento, quindi, non può attenere all'intero sistema di norme lavoristiche vigenti nello Stato ospitante,³² ma deve limitarsi al so-

30 INL, circolare nr. 1/2017, 9.

31 Analogamente cf. CGCE 9 novembre 2006, C-433/06, *Commissione c. Regno del Belgio*, dove la Corte nega che la responsabilità solidale per i crediti tributari possa estendersi alle imprese straniere.

32 La piena parità di trattamento tra lavoratori distaccati e lavoratori nazionali trova però applicazione in caso di distacco operato da un'agenzia di somministrazione (art. 4, co. 3, d.lgs. 136/16 di attuazione dell'art. 3, par. 9, direttiva 96/71/CE), in ragione del 'sostanziale' inserimento del lavoratore nel mercato del lavoro dello Stato ospitante (così, CGUE 10 febbraio 2011, Cause riunite da C-307/09 a C-309/09, *Vicoplus*); ciò ovviamente, in relazione alle condizioni di lavoro e di occupazione, giacché per i profili previdenziali resta valida la deroga al principio di territorialità prescritta dall'art. 12 del regolamento (CE) nr. 883/2004.

lo ‘nocciolo duro’ di norme di protezione minima elencate tassativamente dal legislatore europeo.³³

Il principio della parità di trattamento poi opera anche (e in primo luogo) a vantaggio delle imprese che distaccano lavoratori, le quali non possono essere poste in condizioni di svantaggio concorrenziale rispetto a quelle nazionali. Si spiega così l’articolato meccanismo previsto dalla direttiva 96/71/CE per permettere l’estensione dei contratti collettivi alle imprese straniere, possibile solo se «la loro applicazione alle imprese [straniere] assicuri la parità di trattamento [...] fra tali imprese e le altre imprese [...] che si trovano in una situazione analoga» (art. 3, par. 8, non modificato dalla direttiva (UE) 2018/957).

Il riflesso delle problematiche da ultimo evidenziate è particolarmente evidente nell’ordinamento italiano e si manifesta proprio in relazione al trattamento retributivo dei lavoratori distaccati, ovvero alla materia sulla quale si giocano principalmente le pratiche di dumping.

Grazie al recepimento della direttiva (UE) 2018/957 ad opera del d.lgs. 122/20, ai lavoratori distaccati spetta adesso la stessa «retribuzione» erogata ai lavoratori nazionali, comprensiva delle «maggiorazioni per straordinario» (e non già le sole «tariffe minime salariali», come previsto in precedenza). Si tratta però di una novità più apparente che reale, perché i livelli salariali da corrispondere ai lavoratori distaccati non possono (per le ragioni appena dette) discostarsi da quelli che sono tenute a rispettare le imprese italiane operanti nel settore di riferimento, ovvero dai minimi identificati per via giudiziaria come integranti la retribuzione costituzionalmente equa ai sensi dell’art. 36 Cost.³⁴

La persistente anomia del sistema sindacale italiano rende poi difficile (se non impossibile) identificare preventivamente gli standard minimi di omogenea applicazione in un determinato settore economico. L’incertezza attiene non solo alle voci retributive che compongono la retribuzione costituzionalmente equa,³⁵ ma anche l’identificazione del CCNL da assumere come parametro; un problema, questo, am-

33 L’espressione «nocciolo duro di norme protettive» è contenuta nel considerando 14 della direttiva 96/71/CE, ed è espressamente utilizzato per iscrivere le norme di tutela dei lavoratori distaccati tra le norme di applicazione necessaria che, ai sensi dell’art. 9 del regolamento Roma I, trovano applicazione indipendentemente dalla legge applicabile al rapporto di lavoro.

34 Nella circolare nr. 1/2017 l’INL fornisce un elenco delle voci delle retribuzioni previste dal CCNL da considerare per calcolare l’importo spettante ai lavoratori distaccati; ma si tratta di un elenco opinabile, perché non del tutto sintonico con i maggioritari orientamenti giurisprudenziali in materia di art. 36 Cost.

35 L’orientamento maggioritario della Cassazione che identifica nella paga base e nell’indennità di contingenza le voci integranti il minimo inderogabile ex art. 36 Cost., convive con letture più generose della norma costituzionale che portano ad includere nel suo ambito di applicazione voci ulteriori (quale ad esempio la tredicesima e gli scatti di anzianità) (per tutti, Pascucci 2018, 45 ss.).

plicatosi a dismisura per effetto del noto processo di moltiplicazione dei CCNL verificatosi negli ultimi anni in tutti i settori produttivi (Centamore 2020, 58 ss.). Il d.lgs. 136/16 utilizza il consolidato criterio selettivo della maggior rappresentatività comparata, per selezionare il contratto collettivo 'parametro' (il cosiddetto CCNL *leader*)³⁶ ma ciò non basta a risolvere il problema della possibile disparità di trattamento che ne può derivare per le imprese straniere, se quelle italiane possono applicare un contratto collettivo più 'conveniente'. Opinabile è poi la possibilità di estendere ai lavoratori distaccati l'applicazione degli eventuali contratti collettivi territoriali, cui la normativa italiana fa riferimento,³⁷ nonostante l'espressa indicazione in senso contrario contenuta nella direttiva 96/71/CE.³⁸ Da ciò il persistente rischio che gli obblighi retributivi imposti alle imprese straniere (calcolati sulla base del CCNL *leader* ed eventualmente del relativo contratto territoriale), possano da queste essere contestati invocando il minor onere sostenuto da altre imprese operanti nel settore.³⁹

Ancor più esposto a rischi di contestazione per contrasto con la direttiva 96/71/CE è l'obbligo di applicare i contratti collettivi con riferimento alle materie diverse dalla retribuzione, dal quale le imprese italiane possono sottrarsi. È vero però che con il problema dell'efficacia dei contratti collettivi lo stesso legislatore europeo non sembra aver fatto i conti fino in fondo, nel momento in cui (con la direttiva (UE) 2018/957) prescrive la parità di trattamento con riferimento alle «condizioni di alloggio adeguate» fornite dal datore distaccante (art. 3, par. 1, lett. *i*), direttiva 96/71/CE) e alle «indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori lontani da casa per motivi professionali» (art. 3, par. 1, lett. *h*), direttiva 96/71/CE),⁴⁰ materie di norma regolate dai contratti collettivi, il che può giustificare l'applicazione delle clausole dei CCNL di riferimento che prevedono tali istituti, indipendentemente dalla loro generale vincolatività. E tale conclusione è ulteriormente rafforzata (specie

³⁶ L'art. 2, lett. *e*), d.lgs. 136/16 rinvia ai «contratti collettivi di cui all'art. 51 del decreto legislativo nr. 81 del 2015», vale a dire ai contratti collettivi «stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

³⁷ Nel richiamare l'art. 51, d.lgs. 81/15, l'art. 2, lett. *e*) esclude il riferimento ivi contenuto ai «contratti aziendali» ma non a quelli «territoriali».

³⁸ L'art. 3, par. 8, direttiva 96/71/CE consente agli Stati di imporre alle imprese straniere (soltanto) il rispetto dei contratti collettivi «conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale che sono applicati su tutto il territorio nazionale».

³⁹ Sul problematico rapporto tra *wage setting system* italiano e i principi di funzionamento del mercato interno evidenziato nel testo, cf. *amplius* Orlandini 2020.

⁴⁰ Nell'includere le materie indicate nel testo all'interno della direttiva 96/71/CE, il legislatore europeo è stato evidentemente condizionato dal caso oggetto della sentenza *Ammattilitto* (CGUE 12 febbraio 2015, C-396/13), che riguardava un sistema (quello finlandese) nel quale i contratti di settore hanno efficacia generale.

in relazione alle condizioni di alloggio) dalla situazione determinata dall'insorgere della crisi sanitaria da COVID-19:⁴¹ invero, qualora l'alloggio sia fornito dal datore, i requisiti di 'adeguatezza' (cui la norma di recepimento fa riferimento) devono conformarsi anche alle misure di prevenzione anticontagio. Nella stessa logica, vincolano le imprese straniere tutte le disposizioni previste dai contratti collettivi (di qualsiasi livello) attuative dei Protocolli di Prevenzione adottati a livello nazionale dalle parti sociali, anch'esse da ritenere universalmente applicabili perché integranti il generale obbligo di sicurezza che grava sul datore ai sensi dell'art. 2087 c.c. (Dovere, Pascucci 2020).

In merito al regime dei rimborsi per le spese di vitto e alloggio sostenute dai lavoratori, il quadro è più articolato. La norma sopra richiamata, che include la materia tra quelle regolate dai contratti collettivi 'italiani', va riferita ai rimborsi eventualmente spettanti per gli spostamenti effettuati all'interno del territorio italiano, giacché i rimborsi spese corrisposti per il distacco restano regolati dalla normativa e dalle prassi dello Stato d'origine.⁴² A questi ultimi il legislatore europeo ha dedicato particolare attenzione, al fine di contrastare la diffusa prassi di qualificare come 'indennità di distacco' quanto corrisposto a rimborso delle spese sostenute dal lavoratore in ragione del distacco all'estero, in modo da includerlo nel computo della retribuzione. La questione attiene alla corretta comparazione tra la retribuzione spettante al lavoratore in base alla direttiva 96/71/CE e la retribuzione che a questi è erogata dal proprio datore, che dipende dalla normativa e dai contratti collettivi vigenti nello Stato d'origine. Nel recepire quanto prescritto dalla direttiva (UE) 2018/957, il legislatore italiano ha quindi previsto che, qualora «la disciplina che regola il rapporto di lavoro nel Paese di stabilimento dell'impresa distaccante» (in cui, s'intende, rientra anche quanto ricavabile dal contratto di lavoro) non specifichi chiaramente quale componente dell'indennità di distacco è corrisposta a titolo di rimborso spese e quale fa parte della retribuzione, l'intera indennità è imputata a titolo di rimborso spese, cioè è esclusa dal computo della retribuzione da comparare con quella dovuta in base ai contratti collettivi vigenti in Italia.

41 Sulle specifiche esigenze di tutela dei lavoratori distaccati sollevate dalla crisi pandemica cf. Rasnača 2020 e *EP Resolution Resolution of 19 June 2020 on European Protection of Cross-Border and Seasonal Workers in the Context of the COVID-19 Crisis* (2020/2664 RSP) con cui si invitano le istituzioni dell'UE ad adottare misure per rafforzare la protezione dei lavoratori stagionali e temporanei.

42 Il che deriva dal fatto che la materia della retribuzione (cioè la regolazione degli elementi che la compongono) è di stretta pertinenza degli Stati membri (ex art. 153, par. 5 TFUE), come ricorda lo stesso legislatore europeo negli articoli 17-20 della direttiva (UE) 2018/957. In merito al complesso problema dell'imputazione delle indennità di distacco e dei rimborsi spese, si rinvia alla ricerca comparata diretta da Rasnača 2019.

Emerge con tutta evidenza la difficoltà di regolare i profili retributivi del rapporto di lavoro dei lavoratori distaccati, a fronte del persistente carattere strettamente 'nazionale' dell'intera materia salariale (sancito dall'art. 153, par. 5, TFUE). Un problema, questo, che si ripercuote ancor di più sui profili previdenziali del rapporto, giacché non solo le aliquote contributive (spesso incomparabilmente più vantaggiose di quelle previste dalla legislazione italiana) ma anche la base imponibile (cioè la componente della retribuzione assoggettata a contribuzione) resta definita dalla legislazione del Paese d'origine; con la conseguente possibilità per il datore distaccante di ridurre la stessa considerevolmente rispetto a quanto prescritto dalla normativa previdenziale vigente in Italia.

7 Distacchi di lunga durata e disposizioni di ordine pubblico

Il legislatore italiano ha recepito pressoché alla lettera la direttiva (UE) 2018/957 anche nel regolare i distacchi di lunga durata. In base al nuovo art. 4bis del d.lgs. 136/16, se la durata del distacco supera dodici mesi (o diciotto, previa notifica motivata al Ministero del Lavoro)⁴³ la parità di trattamento si estende così a tutte le condizioni di lavoro e occupazione previste dalle leggi e «dai contratti collettivi nazionali e territoriali stipulati da organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».⁴⁴ In questo modo però la norma, riferendosi a materie ultronee rispetto al 'nucleo duro' elencato dall'art. 4, co. 1, finisce per imporre l'applicazione di clausole di contratto collettivo prive di efficacia generale. Non essendoci in questo caso margini per un'interpretazione adeguatrice (vista l'inequivoca lettera della legge), ne conseguono profili di contrasto con il diritto dell'UE sul quale i giudici europei potrebbero in futuro essere chiamati ad esprimersi.

La parità di trattamento è comunque esclusa per le norme relative alle «procedure e le condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto di lavoro» (nonché alle clausole di concorrenza e la previdenza integrativa), stavolta in sintonia con quanto prescritto dal legislatore europeo. Vale a dire che la disciplina sia del licenziamento sia delle tipologie contrattuali 'atipiche' resta regolata dalla norma-

⁴³ La definizione della procedura di autorizzazione all'estensione del distacco fino a 18 mesi è rimessa ad un futuro decreto ministeriale

⁴⁴ Il terzo co. dell'art. 4bis contiene una norma antielusiva, che permette il calcolo per sommatoria della durata del distacco, nel caso in cui un lavoratore sia sostituito da un altro per svolgere «le medesime mansioni nello stesso luogo». Tuttavia, il controllo sul cosiddetto *rotational posting* resta problematico dal momento che nella comunicazione preventiva di distacco non è richiesta l'indicazione dei precedenti periodi di distacco.

tiva del Paese d'origine del lavoratore, anche in caso di distacchi di lunga durata e ciò riduce significativamente la portata innovativa dell'art. 4bis, considerando che si tratta di materie cruciali nel determinare gli equilibri di potere nel rapporto di lavoro.

Rafforza invece decisamente il bagaglio dei diritti spettanti ai lavoratori distaccati l'inclusione nel nucleo duro di norme protettive della materia della «durata minima dei congedi annuali retribuiti» (art. 4, co. 1, lett. b), d.lgs. 136/16). Rispetto al previgente riferimento alle «ferie retribuite» la novità non è di poco conto, anche se resta da chiarire quali siano i congedi richiamati dalla norma. Il problema attiene alla difficoltà di ricomprendervi congedi per i quali è corrisposto un indennizzo in vece della retribuzione, visto che la natura previdenziale del primo lo attrae nell'ambito di competenza della legislazione del Paese d'origine (il che spiegherebbe l'espresso riferimento ai soli congedi «retribuiti»).

In caso di infortunio, malattia, gravidanza e puerperio l'obbligo retributivo può giustificarsi in base all'art. 2110 c.c., che ne fa carico al datore qualora non sia sostituito da «forme equivalenti di previdenza o assistenza». Questa lettura estensiva della nozione di 'congedo' (invero distonica rispetto all'accezione che il termine ha nel diritto interno)⁴⁵ permetterebbe di colmare una lacuna della disciplina del distacco che si è manifestata con tutta evidenza con il sopravvenire della crisi epidemiologica da COVID-19. Le inedite esigenze di protezione sociale cui questa ha dato origine, suggeriscono anzi di forzare l'interpretazione restrittiva dell'art. 3, par. 10 della direttiva 96/71/CE adottata dalla Corte di Giustizia⁴⁶ e di considerare – almeno finché dura lo stato d'emergenza sanitaria – qualsiasi istituto che garantisce la sospensione (e la stabilità) del rapporto di lavoro⁴⁷ applicabile ai lavoratori distaccati in quanto rispondente ad esigenze di 'ordine pubblico' (o di 'sanità pubblica', che all'ordine pubblico è

⁴⁵ Il termine 'congedo' non è utilizzato dal legislatore italiano per le assenze per malattia e di norma identifica ipotesi di sospensione del rapporto dipendenti da una scelta del lavoratore per far fronte a proprie esigenze di vita (familiari, di cura, di studio o altro).

⁴⁶ L'art. 3, par. 10 della direttiva 96/71/CE consente agli Stati di estendere ai lavoratori distaccati la normativa nazionale oltre il 'nocciolo duro' di norme indicati nel par. 1 dello stesso articolo, qualora si tratti di «disposizioni di ordine pubblico». La nozione di 'ordine pubblico' è stata interpretata però in maniera assai restrittiva dalla Corte di giustizia nella sentenza CGCE 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*, dove per altro proprio le norme relative ai contratti atipici (termine e part time) vi sono escluse.

⁴⁷ L'INPS, con il Messaggio nr. 1633 del 15 aprile 2020, ha prolungato la validità dei formulari A1 (attestante l'iscrizione del lavoratore distaccato nel sistema previdenziale del Paese d'origine) fino al 31 luglio 2020 (prima scadenza del periodo di emergenza), anche in assenza di richiesta di proroga; per la stessa ragione, ai lavoratori distaccati dovrebbero essere garantiti gli stessi diritti riconosciuti ai lavoratori italiani per far fronte alla crisi (dalla sospensione del rapporto al divieto di licenziamento per ragioni economiche), pur restando irrisolti i problemi del diritto alle (eventuali) prestazioni di sostegno del reddito di natura previdenziale.

equiparata dall'art. 52 TFUE), declinando in maniera più attenta alle istanze dei lavoratori quella *ratio* compromissoria che si è detto sottendere all'intera disciplina del distacco transnazionale.

Bibliografia

- Berntsen, L.; Lillie, N. (2016). «Hyper-Mobile Migrant Workers and Dutch Trade Union Representation Strategies at the Eemshaven Construction Site». *Economic and Industrial Democracy*, 37(1), 171-87. <https://doi.org/10.1177/0143831x14537357>.
- Borelli, S. (2019). «Which Way I Ought to Go from Here? The European Labour Authority in the Internal Market Regulation». Borelli, S.; Guazzarotti, A. (eds), *Labour Mobility and Transnational Solidarity in the European Union*. Napoli: Jovene, 143-55.
- Borelli, S. (2020). «Il distacco di lavoratori migranti». Chiaromonte, W.; Ferrara, M.D.; Ranieri, M. (a cura di), *Migranti e lavoro*. Bologna: il Mulino, 295-315.
- Centamore, G. (2020). *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*. Bologna: Bononia University Press.
- Davies, P. (1997). «Single Market or Protection of National Labour Systems?». *Common Market Law Review*, 34(3), 571-602.
- Dovere, S.; Pascucci, P. (2020). «Covid 19 e tutela della salute e sicurezza dei lavoratori». *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 166, 373-95. <https://doi.org/10.3280/gdl2020-166011>.
- Frosecchi, G. (2018). «Distacco, cabotaggio e trasporto internazionale. Un puzzle ancora da comporre». *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 3, 43-53.
- Giubboni, S.; Orlandini, G. (2018). «Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi». *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 160, 907-46. <https://doi.org/10.3280/gdl2018-160010>.
- Iannuzzi, F.E.; Sacchetto, D. (2019). «Italian Labour Inspectors Facing Posted Workers Phenomena». Arnholtz, J.; Lillie, N. (eds), *Posted Work in European Union. The Political Economy of Free Movement*. London: Routledge, 109-27. <https://doi.org/10.4324/9780429031021-6>.
- Mattei, A. (2017). «La direttiva Enforcement 2014/67 e il recepimento nell'ordinamento italiano». *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 67(1), 147-68.
- Orlandini, G. (2020). «Salari e contrattazione alla prova del mercato interno». *Lavoro e Diritto*, 34(2), 285-310.
- Pascucci, P. (2018). *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*. Milano: FrancoAngeli.
- Rasnača, Z. (2019). *Reimbursement Rules for Posted Workers. Mapping National law in the EU* 28. Brussels: ETUI. <https://www.etui.org/sites/default/files/BA%202019.01%20Posted%20workers%20Zane%20WEB.pdf>.
- Rasnača, Z. (2020). *Essential but Unprotected. Highly Mobile Workers in the EU during the COVID-19 Pandemic*. ETUI Policy Brief 9/2020. Brussels: ETUI. https://www.etui.org/sites/default/files/2020-06/COVID%20Highly%20mobile%20workers%20Rasnaca%20Policy%20Brief%202020.09_0.pdf.

- Razzolini, O. (2018). *Azione sindacale e tutela giurisdizionale. Studio preliminare a partire da un'analisi comparata*. Milano: FrancoAngeli.
- Rocca, M. (2020). «One train! (But Different Working Conditions)». *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 14(3), 50-71. <https://doi.org/10.5553/ara/156866392020014003003>.
- Van Hoeck, A.; Houwerzijl, M. (2016). «Where Do EU Mobile Workers Belong, according to Rome I and the (E)PWD?». Verschueren, H. (ed.), *Residence, Employment and Social Rights of Mobile Persons. On How EU Law Defines Where They Belong*. Cambridge: Intersentia, 215-53.
- Venturi, D. (2018). *Il distacco transnazionale di lavoratori. Luci e ombre del d.lgs. n. 136/2016. Working Paper n. 2*. Modena: Adapt University Press.