



**UNIVERSITÀ
DI PARMA**

**Il distacco transnazionale,
lo spirito e l'oggetto della disciplina europea.**

Prof. Enrico Gragnoli

Ordinario di Diritto del Lavoro presso l'Università di Parma

1. Il distacco transnazionale, la retribuzione e la protezione di diritto europeo. 2. Il difficile coordinamento fra il sistema italiano e quello europeo sul distacco transnazionale. 3. Gli obiettivi della disciplina europea sul distacco nelle ultime indicazioni giurisprudenziali. 4. Gli scopi e i limiti della disciplina sul distacco transnazionale. 5. Il distacco transnazionale e la promozione della concorrenza. 6. Una recente revisione del concetto di dumping sociale e il contrasto al lavoro compiuto in condizioni di illegittimità.

1. Il distacco transnazionale, la retribuzione e la protezione di diritto europeo.

Nelle ultime evoluzioni, in particolare a proposito delle “clausole sociali”, la giurisprudenza comunitaria non ha modificato in modo sostanziale la sua posizione¹, non molto favorevole alla protezione della retribuzione² e, in genere, del lavoratore distaccato; il problema è originario, almeno per quanto attiene al nostro Paese, poiché isolare le cosiddette “clausole sociali” dal contesto regolativo è in contraddizione con la loro storia, soprattutto per quelle inerenti alla sola

¹ V.: Pallini, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 525 ss..

² V. Corte di giustizia 3 aprile 2008, C. – n. 346 del 2006, *Rueffert c. Land Niedersachsen*, in *Raccolta*, 2008, 1989.

remunerazione³, se mai da vedere come sviluppo dell'art. 36 cost. e dell'art. 36 St. lav., almeno finché tali intese restano nel loro alveo e conservano legittimità costituzionale⁴. I principi comunitari non possono prescindere da una lettura complessiva del nostro sistema sindacale e, per quanto si voglia considerare l'economia integrata di oggi⁵, l'ordinamento italiano e la connessa teoria generale del contratto collettivo non devono subire intromissioni forzate della disciplina europea, se questa non si confronta con il loro significato ultimo e non lo accetta, come parte irrinunciabile del nostro diritto.

La giurisprudenza comunitaria non ha cambiato la sua impostazione “rispetto ai sistemi volontaristici di relazioni industriali, condannati (...) all'irrelevanza rispetto alla fissazione delle condizioni minime di impiego dei *posted workers*”⁶, poiché la posizione originaria⁷ non è alterata⁸. Non muta la prospettiva la decisione riguardante l'ordinamento finlandese, dove esiste un sistema di attribuzione di efficacia soggettiva generale ai negozi sindacali. Anzi, le tesi contrarie alle clausole sociali sono state confermate per una disciplina tedesca, del *Land Renania settentrionale – Vestfalia*⁹, seppure a proposito di lavoratori che espletavano la loro stabile attività fuori dalla Germania, mentre una impostazione più aperta è stata enunciata in seguito¹⁰ per dipendenti del “potenziale appaltatore, che ha presentato ricorso contro la propria esclusione dalla procedura di aggiudicazione”, e i quali “avrebbero lavorato in Germania, in quanto l'appalto concerne la raccolta, il trasporto e la distribuzione di corrispondenza nella città di Landau”¹¹. In questo caso, “la retribuzione minima da applicarsi risultava dettata

³ V.: Ghera, *Le cosiddette clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 133 ss..

⁴ V.: F. Scarpelli, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 753 ss..

⁵ V.: Lassandari, *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, 973 ss..

⁶ V.: Corti, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 512 ss..

⁷ V. Corte di giustizia 18 dicembre 2007, C. - n. 341 del 2005, *Laval un Partneri Ltd. c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet ed altri*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 777.

⁸ V. Corte di giustizia 12 febbraio 2015, C. - n. 396 del 2013, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 551.

⁹ V. Corte di giustizia 18 settembre 2014, C. - n. 549 del 2013, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, 33.

¹⁰ V. Corte di giustizia 17 novembre 2015, C. - n. 115 del 2014.

¹¹ V. Corti, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, *loc. cit.*, 511 ss., il quale osserva che, alla stregua della direttiva 96 / 71 / Ce, “in presenza di un salario minimo, fissato direttamente dalla legge o in virtù di contratti collettivi estesi *erga omnes* (...), una clausola sociale relativa alla retribuzione negli appalti pubblici potrebbe non superare il *test* di necessità o

direttamente dalla legge regionale, e non già attraverso un rinvio dinamico alla contrattazione collettiva di settore, e (...) al tempo nessuna altra previsione di legge di livello federale prevedeva una retribuzione più bassa per il settore dei servizi postali rispetto a quella dettata dal contratto collettivo”¹².

A fronte del conflitto fra l’interesse alla ragionevole remunerazione e quello alla libera esplicazione del distacco¹³, il quadro resta sfavorevole per il negoziato impostato nel nostro Paese, poiché, rispetto alla direttiva 96 / 71 / Ce, residua la carenza (per fortuna) di contratti a efficacia generale¹⁴. Se si teme¹⁵ una possibile pronuncia sulla compatibilità con l’ordinamento comunitario delle previsioni sulle clausole sociali del decreto n. 50 del 2016¹⁶, si attribuisce comunque alle nostre sentenze scarsa attenzione per il problema e si ravvisa una ricostruzione del decreto n. 163 del 2006 indifferente alle decisioni della Corte di giustizia¹⁷, con un atteggiamento non cambiato dopo il 2016 e l’avvento del decreto n. 50, in particolare a proposito dei contratti nazionali¹⁸.

A prescindere dall’incoerenza del decreto n. 50 del 2016 con l’art. 39 cost.¹⁹ e, quindi, del fatto che i problemi sul versante europeo sono meno gravi di quelli presenti nel nostro ordinamento²⁰, si aggiungono fondate perplessità su possibili decisioni della Corte di giustizia²¹. Queste sono da temere, poiché, si dice, le

proporzionalità, in quanto l’interesse dei lavoratori sarebbe già sufficientemente garantito dalla disciplina di applicazione generale”.

¹² V.: Pallini, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, loc. cit., 534 ss..

¹³ V.: Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, 2013, 49 ss., e, dello stesso A., *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, in *Lav. dir.*, 2020, 285 ss..

¹⁴ V.: Giubboni, *Salario minimo e distacco transnazionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, 227 ss..

¹⁵ V.: Costantini, *Directive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, in *WPSCDLE “Massimo D’Antona”*, it., 2016, n. 309, 7 ss..

¹⁶ V. Corti, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, loc. cit., 518 ss., con una motivata ricostruzione delle ragioni di tale prospettiva, sulla scorta dei principi desumibili dalla giurisprudenza comunitaria, soprattutto per la natura dei contratti collettivi italiani e la carenza di una loro efficacia soggettiva generale.

¹⁷ V.: Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 179 ss.; Forlivesi, *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in *WPSCDLE “Massimo D’Antona”*, it., 2015, n. 295, 17 ss..

¹⁸ V.: Izzi, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino, 2018, 83 ss..

¹⁹ V.: Venturi, *La nozione di tariffe minimi salariali nel distacco transnazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 552 ss..

²⁰ V.: F. Scarpelli, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, 753 ss..

²¹ V.: Corti, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, loc. cit., 519 ss., a proposito dell’art. 50 del decreto n. 50 del 2016, poiché, “pure ammettendo che l’appaltatore sia tenuto alla riassunzione soltanto se e nella misura in cui decida di procedere a un incremento di

clausole sociali in materia di appalti non sarebbero sottratte “non solo dall’ambito di applicazione della disciplina in materia di distacco di lavoratori tra Paesi membri dettata dalla direttiva” 96 / 71 / Ce, ma anche dall’art. 56 del Trattato sul funzionamento dell’Unione²².

2. Il difficile coordinamento fra il sistema italiano e quello europeo sul distacco transnazionale.

Per il sistema europeo resta centrale la libera prestazione dei servizi nell’attuale frangente²³, ormai da molti anni, sebbene non si riscontrino eccessive tensioni nel nostro ordinamento, che non ha dato adito ad alcuna decisione²⁴, anche per la scarsa incisività delle iniziative straniere rispetto a molte delle nostre selezioni per appalti ad alta intensità di manodopera con le pubbliche amministrazioni. In contrasto con quanto ritiene una parte della dottrina²⁵, sarebbe singolare nutrire preoccupazioni eccessive sul destino di disposizioni deboli come quelle del decreto n. 50 del 2016, con un obbligo di recepimento dell’intero trattamento convenzionale; il problema non è di difendere queste prescrizioni, se mai caratterizzate da un allontanamento voluto e non ragionevole dall’art. 36 St. lav.²⁶. Le norme del decreto n. 50 del 2016 possono essere lasciate senza remore al loro destino e ne deve essere contestata la legittimità ai sensi dell’art. 39 cost..

organico in ragione dell’aggiudicazione dell’appalto, è evidente che le imprese straniere sarebbero svantaggiate rispetto a quelle italiane dal fatto di dovere rinunciare a lavoratori reclutati in patria e all’utilizzo del distacco transnazionale”.

²² V.: Pallini, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, loc. cit., 535 ss., anche sulla genesi di tale tesi, sebbene lo stesso A. soggiunga che occorre attendersi che i giudici europei “tornino a valutare la compatibilità dell’art. 56 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea delle clausole sociali dettate dalle legislazioni nazionali quale condizione di aggiudicazione di appalti pubblici sulla base dei canoni elaboratori dalla loro giurisprudenza anteriore all’adozione della direttiva” 96 / 71 / Ce.

²³ V.: Carabelli, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte di prestazione dei servizi nella Ce*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, 55 ss., con una condivisibile valutazione sull’importanza del problema.

²⁴ V.: Ratti, *Autonomia collettiva e tutela dell’occupazione. Elementi per un inquadramento delle clausole di riassunzione nell’ordinamento multilivello*, Padova 2018, 145 ss..

²⁵ V.: Varva, *Promozione dei soggetti svantaggiati negli appalti pubblici. La regolazione locale e la direttiva n. 2014 / 24 / Ue*, in *Lav. dir.*, 2016, 53 ss..

²⁶ V.: Meli, *Clausole sociali. “Fair – outsourcing” delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità*, prima parte, in *Dir. merc. lav.*, 2014, 719 ss..

Il problema generale attiene alla sintesi fra sistemi prescrittivi differenti²⁷, cioè fra quello europeo, imperniato su una stretta esegesi di fonti scritte, e quello sindacale italiano, in cui le regole di efficacia dei contratti seguono una loro traiettoria, affidata a criteri generali. Il decreto n. 50 del 2016 pone oggettivi problemi proprio perché vuole imporre l'obbligo di applicazione di negozi difformi dal modello accettato dalla direttiva 96 / 71 / Ce, cioè di accordi senza una efficacia *erga omnes* vincolante, con una discrasia confermata dal decreto n. 136 del 2016²⁸. Come si commenta, “le inedite sfide che il diritto europeo lancia a quello nazionale si saldano (...) con il rinfocolato dibattito interno sul salario minimo legale e sulla struttura e l'efficacia della contrattazione collettiva: nel ridisegnare il volto del diritto sindacale italiano sarà di fondamentale importanza tenere conto anche delle delicate dinamiche del sistema (...) multivello in cui il nostro Paese è (...) inserito”²⁹. Se l'affermazione è suggestiva, potrebbe sottintendere una certa passività del nostro pensiero, orientato a subire le intrusioni della giurisprudenza comunitaria, senza sottoporle a un complessivo vaglio, il quale non si può collegare solo alla ricostruzione dell'una o dell'altra fonte europea, ma al richiamo dei valori centrali del nostro diritto.

La competizione fra ordinamenti è stata vista come una causa di trasformazione del sistema di relazioni industriali³⁰, alla luce delle tensioni indotte dall'attuale crisi; in realtà, tali processi erano avviati da molto tempo e, in buona parte, l'impatto della grande capacità produttiva dei Paesi di minore industrializzazione era già stato avvertito, con una concorrenza inevitabile, agevolata dai differenti sistemi di protezione sociale³¹. Di fronte a questa sfida, è

²⁷ V.: Allamprese – Orlandini, *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva appalti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, I, 172 ss..

²⁸ V.: Corti, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, loc. cit., 521 ss., con l'unica critica per cui l'A. ricorda che il decreto n. 136 del 2016 continua a considerare i contratti collettivi del nostro ordinamento equipollenti a quelli ex art. 3, paragrafo 8”, della direttiva 96 / 71 / Ce. Se l'affermazione è ineccepibile, stona l'avverbio “purtroppo”, poiché, se mai, il nostro ordinamento deve imporre l'accettazione del suo sistema da parte delle istituzioni comunitarie, facendo valere il rilievo costituzionale e l'importanza per una equilibrata concezione della stessa cittadinanza.

²⁹ V.: Corti, *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, loc. cit., 521 ss..

³⁰ V.: Giubboni – Orlandini, *Labour mobility and social dumping in Europe, today*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 907 ss..

³¹ V.: Mastinu, *Le clausole sociali nel diritto del lavoro. Ordinamento nazionale, comunitario e internazionale a confronto*, in Aa. Vv., *Il lavoro nelle carte internazionali*, a cura di Corti, 2016, 59 ss..

discutibile il postulato sul quale sono state impiegate le tradizionali convinzioni giuspositivistiche, vale a dire la centralità dello Stato, quale promotore della sintesi fra le ragioni dei dipendenti e quelle degli imprenditori. Né rappresenta una alternativa credibile il diritto comunitario, almeno in una prospettiva di lungo periodo, perché questo vede come prioritaria la valorizzazione delle libertà, non il loro contenimento.

La contrattazione collettiva non può essere messa sullo stesso piano delle libertà economiche protette dall'ordinamento comunitario³², in quanto gli accordi sono espressione della cittadinanza e perseguono lo strutturale obiettivo di limitare la competizione; anche questo giustifica la loro impostazione a livello nazionale, senza che si debbano confrontare con vincoli comunitari cogenti³³, proprio per il rispetto della loro missione³⁴, che non è “affidata” (espressione evocativa di una impensabile “funzionalizzazione”), ma è originario frutto della costitutiva libertà. L'impostazione della giurisprudenza comunitaria è inaccettabile per le sue affermazioni di principio, per cui le limitazioni alla concorrenza presupporrebbero un contributo diretto “al miglioramento di una delle condizioni di lavoro”³⁵. Ciò implica un controllo esterno sugli esiti negoziali, in contrasto con l'art. 39, primo comma, cost., che funge da controlimito³⁶ rispetto al diritto europeo³⁷; del resto, non avrebbe senso chiedersi se i negozi sindacali ottengano un “miglioramento”, perché manca il termine di riferimento, vista la completa libertà dell'associazione

³² V.: Sciarra, *Diritto del lavoro e regole della concorrenza in alcuni casi esemplari della Corte di giustizia europea*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, 587 ss..

³³ V. Corte di giustizia 21 settembre 1999, C. – n. 67 del 1996, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie*, in *Foro it.*, 1999, IV, 489, per cui, tra l'altro, “un fondo pensione incaricato della gestione di un regime pensionistico integrativo, istituito da un accordo collettivo stipulato tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori di un determinato settore, con iscrizione resa obbligatoria dalle autorità pubbliche per tutti i lavoratori del settore stesso, costituisce una impresa ai sensi degli art. 85 ss. del Trattato”.

³⁴ V. Corte di giustizia 21 settembre 1999, C. – n. 67 del 1996, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie*, *cit.*, che, seppure in un contesto non molto favorevole al riconoscimento del significato originario dell'autonomia privata, “ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato, le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle regole sulla concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”.

³⁵ V. Corte di giustizia 21 settembre 1999, C. – n. 67 del 1996, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie*, *cit.*.

³⁶ In generale, v. Cordella, *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro*. Torino, 2020, 205 ss..

³⁷ V.: Brino, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, Padova, 2012, 111 ss., per una posizione diversa.

nell'impostazione delle trattative, a maggiore ragione in questa stagione del frequente abbassamento delle tutele, in specie dopo l'epidemia, che intensificherà tali fenomeni³⁸.

La mancata comprensione del significato dell'azione collettiva è evidente nella giurisprudenza comunitaria³⁹ e una lettura possibilista delle sue impostazioni urta contro la loro "funzionalizzazione" dell'esperienza sindacale⁴⁰, appunto colta come una fonte e non come espressione delle decisioni di un gruppo. Il problema non è quanta libertà questo abbia⁴¹, ma quale sia la sua posizione, cioè se sia un tassello del tessuto istituzionale e una pedina di un disegno governato o accreditato anche dall'Unione europea o se goda di una condizione protetta. Nessuna soluzione difforme si può imporre sull'art. 39 cost., per la sua centralità nella configurazione del nostro diritto; pertanto, sindacato e promozione della concorrenza si collocano su piani differenti⁴², perché nessuno concede al primo di essere se stesso e, al contrario, tale sfera di autonomia deve essere salvaguardata anche nei confronti dello Stato e di qualunque istituzione, comprese quelle transnazionali⁴³. Sono vietate "condizioni di compatibilità" del contratto collettivo con il diritto europeo, poiché questo non può interferire con i principi fondativi del nostro vivere civile e fra essi si iscrive l'art. 39, primo comma, cost.; la timida reazione contro la giurisprudenza europea⁴⁴ è segno di una pavidità ingiustificabile nella dottrina, che ha il compito opposto.

³⁸ V.: Gottardi, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, 541 ss., molto meno radicale nella sua critica.

³⁹ Invece, v. Di Via, *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2000, 279 ss., in qualche modo adesiva alle tesi della giurisprudenza.

⁴⁰ V.: Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in *WPCSDLE "Massimo D'Antona"*, int., 2006, 23 ss..

⁴¹ Invece, se bene si comprende, v. Ravelli, *Mercato, solidarietà, autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, 303 ss..

⁴² V.: Corti, *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, 797 ss..

⁴³ V.: Pallini, *Gli effetti positivi sulle performances del mercato del lavoro quale condizione di compatibilità della norma nazionale con il diritto europeo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 449 ss., che accetta in larga parte le tesi della giurisprudenza. Però, dello stesso A., v. *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 209 ss..

⁴⁴ V.: Corte di giustizia 12 settembre 2000, C. - n. 180 – n. 184 del 1998, *Sig. Pavlov c. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, per cui "costituisce attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato". Al contrario, l'attività negoziale non ha nulla a che vedere con i servizi e l'equiparazione è un puro arbitrio logico.

3. *Gli obiettivi della disciplina europea sul distacco nelle ultime indicazioni giurisprudenziali.*

In un quadro frastagliato del confronto fra le libertà economiche e la protezione dei lavoratori⁴⁵ e nonostante il pessimismo sia ancora necessario, assume valore notevole una recente sentenza⁴⁶, per cui “le misure di coordinamento volute dal legislatore dell’Unione (...) devono non soltanto avere l’obiettivo di facilitare l’esercizio della libertà di prestazione dei servizi, ma anche di garantire (...) la tutela di altri interessi fondamentali che tale libertà può pregiudicare”. Se si ripropone una conciliazione fra scopi opposti, spesso realizzata ai danni delle finalità sociali, la disciplina relativa al distacco transnazionale deve assicurare “la libera prestazione di servizi su base equa, vale a dire in un quadro normativo che garantisca una concorrenza” non “fondata sull’applicazione, in uno stesso Stato membro, di condizioni di lavoro e di occupazione di livello sostanzialmente diverso a seconda” del fatto che “il datore di lavoro sia (...) stabilito in tale Stato”⁴⁷. Se, poi, ciò è attuato con scarsa simpatia per il nostro sistema sindacale, almeno l’indirizzo complessivo rispecchia un orientamento preciso e la decisione si sofferma sulle trasformazioni apportate all’impianto originario della direttiva e sul loro significato⁴⁸, rispetto all’idea iniziale della regolazione comunitaria⁴⁹.

Tuttavia, a un giurista italiano e legato alla concezione tradizionale e insuperata del diritto del lavoro come strumento di riequilibrio delle opportunità e, quindi, di una limitazione dell’originario potere aziendale, in funzione della protezione del dipendente, questa strutturale visione compromissoria non può piacere e, a ragione, se ne ravvisa l’attuazione a proposito del distacco⁵⁰; per la sua naturale possibilità di espansione, la libertà di iniziativa economica non necessita

⁴⁵ V.: Tursi, *La giurisprudenza uni – europea sul rapporto tra libertà economiche e diritto del lavoro*: discerni oportet, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 835 ss..

⁴⁶ V.: Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 626 del 2018, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*, in *Variet. temi dir. lav., sito*, 2020,

⁴⁷ V.: Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 626 del 2018, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*, *cit.*.

⁴⁸ V.: Orlandini, *Salari e contrattazione alla prova dei vincoli del mercato interno*, *loc. cit.*, 285 ss..

⁴⁹ V.: Orlandini, *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori in Italia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, 70 ss..

⁵⁰ V.: Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 626 del 2018, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*, *cit.*.

in assoluto di una specifica garanzia o, comunque, non in misura pari alla tutela dei prestatori di opere, sebbene la conclusione non possa essere condivisa dalla giurisprudenza europea, per cui, al contrario, “alla luce dell’obbiettivo che la direttiva 96 / 71 / Ce perseguiva, ossia garantire la libera prestazione dei servizi transnazionale in seno al mercato interno nell’ambito di una concorrenza leale e il rispetto dei diritti dei lavoratori”, l’Unione “poteva legittimamente ritenere necessario adeguare l’equilibrio sul quale la direttiva 96 / 71 / Ce si basava, rafforzando i diritti dei lavoratori distaccati nello Stato membro ospitante in modo tale che la concorrenza tra le imprese che distaccavano lavoratori in tale Stato membro e le imprese stabilite in questo ultimo si sviluppasse in condizioni più eque”⁵¹.

Riconosciute le modificazioni dell’impianto originario del diritto comunitario, la sua impostazione attuale non è ricondotta alla semplice protezione dei prestatori di opere⁵², nonostante il distacco spesso sia in sé un fattore di rischio nel lineare svolgersi delle loro vite e per la loro esperienza umana, familiare e professionale. Questo scopo si coordina con quello di promozione della competizione e, non a caso, si giustifica “un onere economico e amministrativo aggiuntivo”, poiché “i prestatori di servizio che distaccano lavoratori in uno Stato membro diverso da quelli in cui sono stabiliti sono soggetti non soltanto alla normativa del loro Stato membro di origine, ma anche a quella dello Stato membro ospitante”⁵³. Per il solo fatto che questo esito necessiti di una riflessione giustificativa, la regolazione ha un voluto taglio compromissorio⁵⁴, perché non si elimina “l’eventuale vantaggio concorrenziale di cui avrebbero beneficiato i prestatori di servizi di taluni Stati membri, dal momento che (...) la suddetta direttiva non ha in alcun modo l’effetto di eliminare qualsiasi concorrenza fondata

⁵¹ V.: Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 626 del 2018, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*, cit..

⁵² V.: Giubboni, *Libertà economiche fondamentali, circolazioni dei servizi e diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, I, 811 ss..

⁵³ V.: Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 626 del 2018, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*, cit., per cui, ancora, “l’onere amministrativo ed economico aggiuntivo che può risultare per tali prestatori deriva dagli obbiettivi perseguiti con la modifica della direttiva 96 / 71 / Ce, la quale (...) implicava (...) già prima (...) che i prestatori di servizi che distaccavano (...) fossero soggetti congiuntamente alle normative del loro Stato membro di origine e dello Stato membro ospitante”.

⁵⁴ V.: Cassar, *Il distacco transnazionale intracomunitario*, in *Mass. giur. lav.*, 2019, 283 ss..

sui costi”⁵⁵. L’affermazione è tanto esatta, quanto condivisibile e, anzi, ci si deve chiedere se non sia questo il problema, sia dal punto di vista del diritto del lavoro⁵⁶, sia da quello italiano⁵⁷, poiché un contemperamento fra la protezione del lavoro e quella della concorrenza sacrifica il primo in modo inevitabile⁵⁸.

Dall’Unione europea non si sarebbe potuto attendere alcunché di diverso⁵⁹; non è un problema limitato al distacco⁶⁰, sebbene, a tale riguardo, sia perentoria l’affermazione per cui la disciplina europea “non ha (...) l’effetto di vietare qualsiasi concorrenza fondata sui costi, in particolare quella che deriva dalle differenze di produttività o di efficienza” dei soggetti distaccati⁶¹. Se la ricostruzione della sentenza corrisponde allo spirito della regolazione europea, la pone in contrasto con la nostra idea di diritto del lavoro, volto a introdurre disposizioni inderogabili di tutela dei prestatori di opere, nella convinzione per cui la naturale espansione del potere aziendale non abbia bisogno di alcun incoraggiamento.

4. *Gli scopi e i limiti della disciplina sul distacco transnazionale.*

Analoghi concetti sono espressi in una coeva sentenza⁶², per cui la disciplina comunitaria sul distacco “è idonea a rafforzare la libera prestazione dei servizi su

⁵⁵ V.: Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 626 del 2018, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*, cit.,

⁵⁶ V.: Fuchs, *The legal panorama of European labour and social security law*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, I, 7 ss..

⁵⁷ V.: De Mozzi, *La tutela dei lavoratori nell’appalto transnazionale*, in Aa. Vv., *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, a cura di M. T. Carinci – Cester – Mattarolo – Scarpelli, Torino, 2011, 175 ss..

⁵⁸ V.: Carabelli, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte di prestazione dei servizi nella Ce*, loc. cit., 55 ss..

⁵⁹ V.: Bano, *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell’Unione europea*, Bologna, 2008, 175 ss..

⁶⁰ V.: Bombelli, *Appalto di servizi e distacco transfrontaliero: le criticità successive all’attuazione italiana della direttiva 2014 / 67 / Ue cosiddetta enforcement*, in *Labor*, 2018, fasc. 1, 55 ss..

⁶¹ V. Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 626 del 2018, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*, cit., per cui, ancora, “nessun passaggio della direttiva (...) qualifica come ‘sleale’ la concorrenza che sarebbe fondata su tali differenze. Tale direttiva ha l’obiettivo di preservare la libera prestazione dei servizi su base equa garantendo la tutela dei lavoratori distaccati mediante, in particolare, l’applicazione a questi ultimi di tutti gli elementi costitutivi della retribuzione resi obbligatori dalla normativa dello Stato membro ospitante”.

⁶² V. Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 620 del 2018, *Ungheria c. Parlamento europeo*, in *Variaz. temi dir. lav.*, sito, 2020.

base equa” e questo sarebbe “l’obiettivo principale che essa persegue, in quanto garantisce che le condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori distaccati siano le più vicine possibili a quelle dei lavoratori impiegati presso imprese stabilite nello Stato membro ospitante, consentendo al contempo a tali lavoratori distaccati di beneficiare di condizioni di lavoro e di occupazione in tale Stato membro più protettive di quelle previste” dall’originaria impostazione della direttiva del 1996. L’affermazione è discutibile, poiché prende come punto di partenza la razionalità dell’attuale assetto della disciplina europea, dando per scontata la sua coerenza con i principi dei trattati e la sua conformità alla giustizia sostanziale, profili invece da dimostrare⁶³. Infatti, in nessun modo può essere ritenuto di per sé evidente il raggiungimento del migliore equilibrio possibile fra promozione della concorrenza e protezione dei lavoratori, anche a volere dare per assodato il fatto che questo fosse lo scopo inevitabile del diritto comunitario e che l’iniziativa delle imprese avesse bisogno di una tale valorizzazione⁶⁴.

Senza alcuna verifica effettiva sul conseguimento degli obiettivi della direttiva e, cioè, con una impostazione assolutoria predeterminata e, in realtà, immotivata, la sentenza conferma lo scopo della disciplina comunitaria⁶⁵, cioè accetta il modello regolativo europeo, considerato per definizione adeguato, senza alcun approfondimento critico, in virtù di una inevitabile solidarietà fra le istituzioni comunitarie, vincolate a una stessa concezione riduttiva del significato e degli scopi del diritto del lavoro⁶⁶. Ciò è affermato nei confronti della rivendicazione di una

⁶³ V. Commissione europea, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo relativa all’applicazione e all’attuazione della direttiva 2014 / 67 / Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014*, pag. 11 ss..

⁶⁴ V. Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 620 del 2018, *Ungheria c. Parlamento europeo, cit.*, per cui “il legislatore dell’Unione, adottando la direttiva impugnata, ha cercato di garantire la libera prestazione dei servizi su base equa, vale a dire in un quadro normativo che garantisca una concorrenza che non sia fondata sull’applicazione, in uno stesso Stato membro, di condizioni di lavoro e di occupazione di livello sostanzialmente diverso a seconda” del fatto “che il datore di lavoro sia (...) stabilito in tale Stato membro, offrendo al contempo una maggiore tutela ai lavoratori distaccati, tutela che costituisce (...) il mezzo per salvaguardare la libera prestazione dei servizi su base equa”.

⁶⁵ V. Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 620 del 2018, *Ungheria c. Parlamento europeo, cit.*, per cui la direttiva vuole “garantire ai lavoratori gli elementi costitutivi della retribuzione resi obbligatori”, con la sottovalutazione programmata dei sistemi di contrattazione collettiva senza efficacia generale.

⁶⁶ V. *Commission staff working document* in data 25 settembre 2019, pag. 7 ss..

maggior protezione della libertà di competizione⁶⁷, ma assume un valore generale, come riconoscimento pianificato dell'equilibrio intrinseco delle scelte del legislatore. Non si pone neppure il problema di una tutela del lavoro in contrasto e come limite di quella di concorrenza.

Ridotta in questi termini, la protezione del lavoratore non ha molto senso, tanto che la difesa della direttiva è basata sul ridimensionamento della sua portata, poiché “né la sostituzione della nozione di ‘tariffe minime sindacali’ con quella di ‘retribuzione’ (...), né l'applicazione ai lavoratori distaccati delle condizioni di lavoro e di occupazione dello Stato membro ospitante relativamente al rimborso delle spese di viaggio, vitto e alloggio dei lavoratori lontani dal loro domicilio per motivi professionali finiscono per porre questi ultimi in una situazione identica o analoga a quella dei lavoratori impiegati da imprese stabilite nello Stato membro ospitante”⁶⁸. Pertanto, la difesa del sistema normativo europeo è basata su una sua interpretazione riduttiva e sul tentativo di ridimensionare la sua portata limitativa della competizione fra sistemi economici, con la promozione di quelli con la minore protezione sociale⁶⁹.

Invece, “un mercato che si voglia qualificato da una genuina libertà di concorrenza non funziona se, nelle regioni in cui si estende, il lavoro è oggetto di norme troppo diverse. Ecco dunque la necessità di garantire ai lavoratori il diritto di spostarsi da un capo all'altro della Comunità ed ecco l'esigenza di sopprimere, tra le discrepanze legislative regionali, quelle che possono distorcere la competizione”⁷⁰. A ragione si parla di una “mercattizzazione dello Stato nel senso che i vari ordinamenti (...) sono messi in competizione tra loro e può essere prescelto quello più favorevole. Sul mercato si può comprare anche il diritto più conveniente”⁷¹. Tuttavia, questa deriva può essere contestata se l'ordinamento italiano è saldo nel difendere il suo sistema sindacale.

⁶⁷ V. Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 620 del 2018, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit..

⁶⁸ V. Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 620 del 2018, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit..

⁶⁹ V. *Commission staff working document* in data 25 settembre 2019, pag. 7 ss..

⁷⁰ V.: G. F. Mancini, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in *Dir. comm. scambi intern.*, 1986, 588 ss..

⁷¹ V.: S. Cassese, *la crisi dello Stato*, Roma, 2002, 116 ss..

Se mai, si aprono interessanti prospettive nel settore dei trasporti, poiché “l’articolo 3, paragrafo 3, della direttiva (...) si limita a prevedere che essa si applicherà al settore del trasporto su strada a decorrere dalla data di applicazione di un atto legislativo che” modifichi “la direttiva 2006 / 22, la quale aveva come base giuridica l’articolo 71, paragrafo 1 (...), facente parte delle disposizioni del titolo del Trattato (...) relativo ai trasporti e corrispondente all’art. 91” del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, così che “l’articolo 3, paragrafo 3, della direttiva” non “è diretto a disciplinare la libera prestazione dei servizi nel settore dei trasporti e non può (...) essere contrario all’art. 58” del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea⁷², con una apertura alla regolazione di tale fondamentale area economica⁷³.

5. Il distacco transnazionale e la promozione della concorrenza.

Come a ragione si osserva, il distacco “è una peculiare forma di mobilità o circolazione della manodopera, ma in concreto opera come vettore di mobilità lavoristiche nazionali, con esiti (...) importanti per gli ordinamenti statuali in quanto è un istituto (...) da inquadrare nell’ambito del regime di libera circolazione dei servizi”⁷⁴, e l’affermazione colloca il significato complessivo delle direttive e delle loro trasformazioni⁷⁵, fino dall’inizio del dibattito europeo⁷⁶. La difesa della competizione ha riportato in primo piano la conciliazione fra obiettivi diversi e, soprattutto, ha messo in crisi la concezione statualista del sistema di protezione del prestatore di opere⁷⁷, se la regolazione comunitaria è vista come un meccanismo di definizione della legge applicabile⁷⁸, con una intuizione esatta, ma con qualche

⁷² V. Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 620 del 2018, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit..

⁷³ V.: Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 626 del 2018, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*, cit..

⁷⁴ V.: Bano, *Il distacco nella recente normativa europea: fra cooperazione e competizione*, in questo fascicolo.

⁷⁵ V.: Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, cit., 13 ss..

⁷⁶ V. Corte di giustizia 17 marzo 1990, C. – n. 113 del 1989, *Rush portuguesa Lda*. V.: Corti, *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell’Unione europea: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, in questo fascicolo.

⁷⁷ V.: Bano, *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in *Lav. dir.*, 2015, 583 ss..

⁷⁸ V.: Bano, *Il distacco nella recente normativa europea: fra cooperazione e competizione*, loc. cit..

eccesso. Infatti, la direttiva 96 / 71 / Ce non si limita a questo⁷⁹, ma introduce una salvaguardia apposita, seppure compromissoria e collegata alla considerazione della competizione, che dovrebbe essere “equa”⁸⁰.

Richiamato a più riprese nella giurisprudenza⁸¹, l’aggettivo ha un valore tautologico, poiché non fa riferimento a parametri assiologici o giuridici eterodeterminati⁸², ma solo al punto di equilibrio codificato dalla disciplina, appunto con la difesa strenua della sua struttura dialettica. Quanto ne risulti in termini di protezione degli interessi aziendali⁸³ e di quelli dei lavoratori è la definizione della “equa” competizione, così che l’attributo specifica solo la conciliazione dei due valori, considerata necessaria e rimessa alle scelte politiche dell’Unione e alla loro trasformazione storica; in tale prospettiva, non a caso, non sono stati sviluppati i profili previdenziali⁸⁴, poiché se la concorrenza “equa” è tale in quanto compromissoria⁸⁵, la salvaguardia dei dipendenti è parziale o, se si preferisce, selettiva, quindi imperniata su decisioni discrezionali⁸⁶, piuttosto che mirate all’intero spettro delle loro necessità⁸⁷.

L’obiettivo è perseguito anche con una apposita disciplina della legge applicabile⁸⁸, come, in generale, in questa fase è frequente nel diritto europeo, per

⁷⁹ V.: Van Hoek e Houwerzijl, *Where do EU mobile workers belong, according to Rome I and the (E)PWD?*, in AA. Vv., *Residence, employment and social rights of mobile persons: on how EU law defines where they belong*, Cambridge, 2016, 215 ss..

⁸⁰ V. Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 626 del 2018, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*, cit..

⁸¹ V. Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 620 del 2018, *Ungheria c. Parlamento europeo*, cit.. V. già Corte di giustizia, terza sezione, 14 novembre 2018, C. – n. 18 del 2017, *Spa Danieli & C. Officine meccaniche e altri c. Regionale Geschäftsstelle Leoben des Arbeitsmarktservice*.

⁸² V.: Borelli – Orlandini, *Appunti sulla nuova legislazione sociale europea. La direttiva sul distacco transnazionale e la direttiva sulla trasparenza*, in *Questione giustizia*, 2019, fasc. 4, 134 ss..

⁸³ V. già Corte di giustizia, terza sezione, 14 novembre 2018, C. – n. 18 del 2017, *Spa Danieli & C. Officine meccaniche e altri c. Regionale Geschäftsstelle Leoben des Arbeitsmarktservice*.

⁸⁴ V.: Sgroi, *Profili previdenziali del distacco nell’Unione europea*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, 67 ss..

⁸⁵ V.: Corti, *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell’Unione europea: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, cit., con una posizione più ottimista.

⁸⁶ V.: Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. – n. 626 del 2018, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*, cit..

⁸⁷ Con minore pessimismo, v. V.: Corti, *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell’Unione europea: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, cit..

⁸⁸ V.: Bano, *Il distacco nella recente normativa europea: fra cooperazione e competizione*, in questo fascicolo.

esempio a proposito del trasporto aereo⁸⁹ e della sicurezza sociale⁹⁰. Tuttavia, nella sua evoluzione, la direttiva 96 / 71 / Ce ha portato a una regolazione sostanziale, “configurando un vero e proprio diritto alla parità retributiva tra lavoratori distaccati e (...) nazionali, esteso tra l’altro a tutti i settori economici e non solo a quello edilizio, come era invece previsto dalla direttiva del 1996”⁹¹. Simili principi configurano una apposita e mirata protezione, seppure con i limiti rivendicati a fondamento dell’intervento europeo⁹².

Sono inevitabili le minacce all’effettività di tale salvaguardia del lavoratore e non dipendono solo dalla complessità dei principi o dalle tentazioni elusive delle imprese⁹³, ma proprio dalla scarsa penetrazione di questi criteri nel tessuto economico, con una ridotta consapevolezza dei datori di lavoro. Il ricorso a contratti di appalto con il mancato rispetto dei parametri della direttiva 96 / 71 / Ce non è solo il frutto di spregiudicate e lucide iniziative, ma, spesso, della sottovalutazione del problema, per la sua relativa novità e per la sua difficoltà concettuale. Come risulta da ricerche sul campo in corso di completamento⁹⁴, è basso il livello di aggiornamento delle aziende italiane e ragionamenti simili sono stati riferiti all’autotrasporto⁹⁵, sempre nella ricerca di una maggiore diffusione delle indicazioni comunitarie, la cui attuazione è affidata all’incerto presidio del sistema ispettivo.

Il problema è molto più esteso⁹⁶, come lamenta una recente ricerca⁹⁷, poiché è constatazione generale il fatto che “l’attività degli ispettorati sia ovunque (seppure

⁸⁹ V. Corte di giustizia, sezione seconda, 14 dicembre 2017, C. - n. 168 del 2016 e C. - n. 169 del 2016, *Nogueira e altri c. Ryanair designated activity company e altri*

⁹⁰ V. Cass. 21 dicembre 2020, n. 29236, ord., in *Variatz. temi dir. lav., sito*, 2020.

⁹¹ V.: Bano, *Il distacco nella recente normativa europea: fra cooperazione e competizione*, in questo fascicolo.

⁹² V. Corte di giustizia, grande sezione, 8 dicembre 2020, C. - n. 626 del 2018, *Repubblica di Polonia c. Parlamento europeo*, cit..

⁹³ V.: Borelli, *Appunti e idee per il contrasto alle letterbox companies*, in Aa. Vv., *Logistica e lavoro*, in *Quad. riv. giur. lav.*, a cura di Allamprese – Bonardi, 2018, 118 ss..

⁹⁴ V. l’intervento di Corso al convegno organizzato dall’Università degli studi cattolica di Porto del 5 febbraio 2020 nell’ambito del progetto *Step up*, finanziato dalla Commissione europea.

⁹⁵ V.: Frosecchi, *Il dumping sociale nel settore dell’autotrasporto europeo: in viaggio tra differenziali di costo e imprese cartiere*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2020, 543 ss..

⁹⁶ V.: Corte di giustizia, grande sezione, 6 febbraio 2018, C. - n. 359 del 2016, *Sig. Altun*, in *Variatz. temi dir. lav., sito*, 2018.

⁹⁷ V.: Ferrante, *Libertà economiche e diritti dei lavoratori. Il contrasto al lavoro “non dichiarato” nella legislazione internazionale europea e nei trattati commerciali*, Milano, 2020, 48 ss.; ma v. già Nunin, *Il contrasto al lavoro sommerso e le iniziative comunitarie e domestiche a favore della*

in misura diversa) insufficiente a fare fronte alle violazioni perpetrate”⁹⁸, mentre, almeno allo stato e in Italia, il distacco transnazionale poco concede alla cognizione dei giudici, per il ridotto numero di lavoratori ricorrenti. Quelli di elevato inquadramento, più informati e consapevoli, sono spesso soddisfatti dei legittimi trattamenti praticati da imprese generose; quelli di professionalità bassa e persino media, per esempio coinvolti in appalti di dubbia legittimità o di sicura illiceità, non chiedono la protezione comunque ora accordata dalla disciplina europea⁹⁹. Per tradizione, se non sono completati dalle azioni individuali, i rimedi di natura ispettiva non danno molte speranze, nel nostro ordinamento, e questo sembra il caso, almeno per ora.

6. *Una recente revisione del concetto di dumping sociale e il contrasto al lavoro compiuto in condizioni di illegittimità.*

Come si osserva di recente, con una esatta comprensione del problema, è “improprio parlare di *dumping* sociale nell’ambito di un mercato senza barriere che limitino la circolazione delle merci e delle persone, di modo che, semmai, è la fragilità dell’apparato di vigilanza, che può nei fatti attribuire alle imprese di un certo Stato un vantaggio competitivo grazie a un’area del tutto sottratta alla corretta applicazione delle leggi nazionali ed europee”¹⁰⁰. Se mai, ricerche empiriche in corso hanno l’obiettivo di dimostrare come le carenze dei sistemi di vigilanza non siano concentrate in alcuni contesti, ma rappresentino una tendenza uniforme su base generale.

promozione di lavoro dichiarato, stabile e sicuro, in Aa. Vv., *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, a cura di F. Carinci – Pizzoferrato, Torino 2010, 223 ss.; Peruzzi, *Lavoro irregolare, sommerso, non dichiarato, illegale: questioni definitorie nella prospettiva interna e dell’Unione europea*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, 115 ss.; Giaconi, *Le politiche europee di contrasto al lavoro sommerso. Tra (molto) “soft law” e (poco) “hard law”*, in *Lav. dir.*, 2016, 439 ss..

⁹⁸ V.: Ferrante, *Libertà economiche e diritti dei lavoratori. Il contrasto al lavoro “non dichiarato” nella legislazione internazionale europea e nei trattati commerciali*, cit., 31 ss..

⁹⁹ V.: Corte di giustizia, grande sezione, 6 febbraio 2018, C. – 359 del 2016, *Sig. Altun*, cit.. Cfr. Perrone, *Recenti sviluppi sul lavoro transfrontaliero: la sentenza Altun della Corte di giustizia europea e la nuova Autorità europea sul lavoro*, in *Labor*, 2018.

¹⁰⁰ V.: Ferrante, *Libertà economiche e diritti dei lavoratori. Il contrasto al lavoro “non dichiarato” nella legislazione internazionale europea e nei trattati commerciali*, cit., 48 ss., con espresso riferimento al distacco transnazionale.

Il ragionamento sulle cause dell'ineffettività¹⁰¹ è fondamentale per la discussione sull'impresa illecita, ma non esaustivo, né basta parlare del cosiddetto "lavoro nero"¹⁰², espressione tradizionale dell'illegittimità¹⁰³, ma non la più innovativa e, per lo meno nell'Italia settentrionale, non la più pericolosa¹⁰⁴. Prima ancora, ci si può chiedere se non vi sia un vizio di origine insito nell'approccio italiano e in quello europeo e, cioè, il mettere in primo piano come motore del diritto del lavoro il paradigma dell'impresa, con l'ingenua e implicita convinzione per cui ne esisterebbero solo di lecite, senza che si consideri come l'ampliarsi e l'approfondirsi degli strumenti di salvaguardia del lavoro eterodiretto creino più allettanti tentazioni in chi pensa al contenimento dei costi in virtù della deliberata trasgressione a interi sistemi regolativi¹⁰⁵.

Se mai, si può discutere sull'affermazione per cui "il riequilibrio dei rapporti di potere fra capitale e lavoro non può essere favorito, se non a livello aziendale, poiché dietro ogni misura di sostegno rivendicata dal sindacato è possibile vedere una forma di restrizione della concorrenza, anche quando (e anzi: proprio quando) la rivendicazione presenti un carattere generale e sia rivolta a ottenere una misura comune"¹⁰⁶, poiché la convergenza di interessi nel commercio internazionale non sarebbe "un naturale portato dello sviluppo dei traffici, ma richiede una specifica azione normativa"¹⁰⁷. Tale ultima affermazione è certo esatta in generale, ma vi è da chiedersi se possa essere condivisa quando si discute del distacco, poiché postula una limitazione strutturale della protezione del lavoro in funzione di quella delle libertà economiche. Infatti, è meno urgente garantire oggi la creazione di un

¹⁰¹ V.: Pinto, *Filiere agro – alimentari e agro – industriali, rapporti di produzione agricola e lavoro nero*, in Aa. Vv., *Economia "informale" e politiche di trasparenza. Una sfida per il mercato del lavoro*, a cura di Ferrante, Milano, 2017, 83 ss., e, dello stesso A., *Gli interventi legislativi di contrasto al lavoro nero e di sostegno all'emersione*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 291 ss..

¹⁰² V.: Bellavista, *Le politiche statali di emersione del lavoro nero: strumenti e tecniche*, in Aa. Vv., *Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare*, a cura di Pinto, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, 27 ss..

¹⁰³ V.: D. Garofalo, *Profili giurisprudenziali del lavoro nero*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, I, 335 ss..

¹⁰⁴ V.: M. Barbieri, *L'intervento comunitario di contrasto al lavoro nero alla luce dell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, III, 100 ss..

¹⁰⁵ V.: Bussino, *I controlli dell'Ispettorato del lavoro sugli appalti e su altre forme di decentramento produttivo nel quadro dell'ordinamento europeo*, in Aa. Vv., *Economia "informale" e politiche di trasparenza. Una sfida per il mercato del lavoro*, a cura di Ferrante, Milano, 2017, 171 ss..

¹⁰⁶ V.: Ferrante, *Libertà economiche e diritti dei lavoratori. Il contrasto al lavoro "non dichiarato" nella legislazione internazionale europea e nei trattati commerciali*, cit., 49 ss..

¹⁰⁷ V.: Ferrante, *Libertà economiche e diritti dei lavoratori. Il contrasto al lavoro "non dichiarato" nella legislazione internazionale europea e nei trattati commerciali*, cit., 48 ss..

mercato unico, mentre la disciplina europea si deve al tempo stesso rivolgere sia a promuovere l'offerta di servizi, sia a favorire la salvaguardia dei prestatori di opere.

A questo primo problema si aggiunge un secondo, di effettività della disciplina; pertanto, non convince l'affermazione per cui “la contrapposizione fra libertà economiche fondamentali e tutela dei diritti sociali che si attribuisce agli sviluppi recenti della giurisprudenza della Corte di giustizia, appare del tutto impropria, se non mistificatoria, a chi si metta nella prospettiva dei soggetti che provengono dalle aree economicamente più depresse”¹⁰⁸. Per un verso, la limitata applicazione della disciplina sul distacco, per lo meno in Italia, colpisce proprio i soggetti dei Paesi europei con minore sviluppo capitalistico e presenti in Italia, così che a loro per primi converrebbe il superamento di tale situazione, se mai fosse possibile¹⁰⁹. L'ineffettività della regolazione si riverbera nell'ulteriore allargamento dello spazio di iniziativa delle aziende meno scrupolose e lo spostamento fra diversi Paesi accresce e non lenisce il bisogno, in carenza di adeguata protezione.

Per altro verso, a prescindere dall'inattitudine degli ordinamenti, a cominciare da quello italiano, a imporre il rispetto delle indicazioni comunitarie, la loro matrice ambivalente dà per scontata la necessità di una promozione delle libertà economiche, invece in grado ormai di espandersi da sole; per esempio, non persuade l'affermazione per cui, in carenza di efficacia soggettiva generale, il contratto collettivo mirerebbe “ad assicurare condizioni migliori, rispetto a quelle altrimenti praticate nell'ordinarietà degli scambi contrattuali (...) e, dunque, come tale, non può che restare estraneo al mercato dei servizi, cui accedono imprese provenienti da altri Paesi e temporaneamente impegnate sul suolo straniero, proprio in forza del ribasso dei costi che queste offrono”¹¹⁰. Al contrario, per la sua funzione, non solo per il rinvio dell'art. 36, primo comma, cost., il negozio sindacale si rivolge a ogni iniziativa economica, a prescindere dalla sua durata, a tutela dell'interesse collettivo; il misconoscimento di questo rilievo per la carenza

¹⁰⁸ V.: Ferrante, *Libertà economiche e diritti dei lavoratori. Il contrasto al lavoro “non dichiarato” nella legislazione internazionale europea e nei trattati commerciali*, cit., 51 ss..

¹⁰⁹ Infatti, a ragione, v. Ferrante, *Prefazione*, in Aa. Vv., *Economia “informale” e politiche di trasparenza. Una sfida per il mercato del lavoro*, a cura di Ferrante, Milano, 2017, 11 ss..

¹¹⁰ V.: Ferrante, *Libertà economiche e diritti dei lavoratori. Il contrasto al lavoro “non dichiarato” nella legislazione internazionale europea e nei trattati commerciali*, cit., 52 ss..

di efficacia soggettiva generale contraddice la genesi e lo sviluppo del sistema sindacale italiano, sulla base di un parametro a esso estraneo, in contraddizione con la nostra storia. Il valore privatistico dell'accordo nazionale non incide sulla portata delle sue clausole ed è poco condivisibile non solo sul piano storico, ma proprio su quello istituzionale condizionare il suo rilievo per la sua efficacia soggettiva, in contrasto con l'art. 36 cost. e con l'intera evoluzione del nostro sistema di relazioni industriali.

Il contratto collettivo deve essere accettato in ogni sua componente e per tutte le sfaccettature, e gli obiettivi sono prefissati non da altri, ma dal gruppo nel suo costituirsi e nel suo divenire¹¹¹, senza che si possano distinguere gli esiti, se non alla stregua del diritto comune dei contratti, per esempio a proposito della validità delle clausole. La disciplina di promozione della concorrenza riguarda le imprese, non il negoziato sindacale¹¹², votato per sua originaria conformazione a eliminare il cosiddetto "gioco al ribasso", qualunque obiettivo si prefigga. L'azienda è libera come il sindacato, non protetta contro questo ultimo, poiché, se mai, la regolazione riguarda le loro relazioni su base paritaria, in nome della reciproca buona fede.

¹¹¹ V.: Dell'Olio, *L'organizzazione e l'azione sindacale in generale*, in M. Dell'Olio – G. Branca, *L'organizzazione e l'azione sindacale*, Padova 1980, 95 ss..

¹¹² Invece, v. Lozito, *Le clausole di assorbimento della manodopera negli appalti privati tra vincoli costituzionali ed europei*, in Aa. Vv., *Dall'impresa a rete alle reti di impresa*, a cura di M. T. Carinci, Milano, 2015, 307 ss..