



Associazione per gli Studi internazionali e comparati
sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni Industriali

L'obbligo di tenuta dei documenti di lavoro nella giurisprudenza comunitaria

FABIO PULVIRENTI

Sommario: **1.** Mobilità intracomunitaria e protezione dei lavoratori: il delicato equilibrio tra unione economica ed unione sociale. – **2.** Libertà di prestazione dei servizi e parità di trattamento dei lavoratori distaccati: la direttiva n. 71/96. – **3.** Tutela dei lavoratori ed attività ispettiva degli Stati membri. – **4.** La giurisprudenza in materia di tenuta dei documenti sociali e di lavoro. La sentenza della Corte di Giustizia 18 luglio 2007.

Working Paper n.50/2008

Publicazione registrata il giorno 11 novembre 2001
presso il Tribunale di Modena. Registrazione n. 1609

1. Mobilità
intra-comunitaria
e protezione
dei lavoratori:
il delicato equilibrio
tra unione economica
ed unione sociale

L'obiettivo principale del Trattato istitutivo della Comunità Europea, secondo una prospettiva marcatamente liberista, era quello di realizzare la massima espansione delle imprese produttrici di merci, creando uno spazio comune. Il principio generale di non discriminazione di cui all'articolo 7 (ora articolo 12) trova, pertanto, *concreta applicazione*¹ nelle norme riguardanti la circolazione dei lavoratori (articolo 39), il diritto di stabilimento (articolo 43) e la libera prestazione di servizi (articoli 49 e 50), nell'ottica di garantire l'effettiva partecipazione degli operatori economici nazionali ad un mercato comune cui gli Stati membri avevano inteso dar vita. Nella costante interpretazione operata dalla Corte di Giustizia le norme del Trattato, dotate di tale chiarezza da spiegare efficacia diretta nei confronti dei singoli², vietano qualsiasi discriminazione a danno dei lavoratori di uno Stato membro ed impongono la soppressione di qualsiasi restrizione al libero esercizio di un'attività subordinata o autonoma, permanente o puramente occasionale³.

Il rischio, facilmente prevedibile, insito in una impostazione sbilanciata a favore della tutela della concorrenza e dell'aumento di produttività, è sempre stato quello di erodere le garanzie di sicurezza dei lavoratori e la tutela delle condizioni contrattuali, individuali e collettive. La progressiva e dinamica apertura del mercato del lavoro e l'incremento della mobilità intra-comunitaria a seguito dell'allargamento dell'Unione Europea hanno comportato da un lato notevoli vantaggi per le imprese, specie se operanti in diversi Stati membri, potendo affrontare con minor disagio eventuali carenze di manodopera; dall'altro lato, tuttavia, non si è sviluppato un altrettanto valido percorso di arricchimento delle tutele predisposte nei confronti dei lavoratori, con il risultato della diminuzione di alcune prerogative fondamentali. L'eccessiva competitività determina, infatti, pericolose ricadute in ordine al ribasso del costo del lavoro e soprattutto al mantenimento dei livelli occupazionali.

Le norme sulla libera circolazione dei lavoratori considerano questi ultimi principalmente come fattori produttivi e tengono in considerazione il fenomeno della mobilità da un punto di vista spaziale, ossia come libertà di movimento e di accesso all'interno del mercato al fine di rispondere ad un'offerta di lavoro proveniente da qualsiasi impresa comunitaria. Non vi è, nell'impostazione tradizionale, alcun riferimento alla prevenzione delle pratiche di *dumping* sociale, ossia di squilibrio delle condizioni contrattuali dei lavoratori comunitari. Il Trattato, invero, non ha disciplinato questa evenienza, limitandosi alla previsione, sancita dal combinato disposto degli articoli 46 e 55, di derogare legittimamente al principio di libertà di circolazione in presenza di motivi di ordine, sicurezza e sanità

pubblici. Nel momento in cui la libertà economica entra in conflitto con altri principi di eguale dignità, come il miglioramento delle condizioni lavorative, la sicurezza del posto di lavoro, la tutela della salute ed il contrasto all'occupazione illegale, la tradizionale visione della Comunità Europea, incentrata sulla rimozione di ogni ostacolo alla libera concorrenza, si dimostra insufficiente a presidiare le istanze di protezione sociale dei lavoratori⁴.

Non è un caso, pertanto, se il rafforzamento dell'ossatura dei diritti sociali fondamentali e la prevenzione degli abusi nei confronti dei lavoratori impiegati in Stati diversi da quelli d'origine sia avvenuta in via pretoria. La difficoltà maggiore dei giudici comunitari nel contemperare ragioni di mercato ed istanze sociali è stata quella di promuovere un catalogo di diritti fondamentali in assenza di precise gerarchie di valori, di cui ad oggi, nonostante gli sforzi verso la integrale costituzionalizzazione⁵, l'Unione Europea è priva. Di primaria importanza è stata, sin dagli anni Settanta, l'affermazione secondo cui la Comunità non si limita a sostenere solo l'unione economica, ma deve garantire «il progresso sociale» e «il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro»⁶. Inoltre, la tutela sociale dei lavoratori rientra, secondo la Corte, tra le «ragioni imperative di interesse generale» idonee a giustificare la restrizione alla libera prestazione di servizi⁷.

A partire dal caso *Marsman* la Corte ha elaborato un principio fondamentale in base al quale l'ordinamento di ciascuno Stato membro assicura anche ai non residenti, occupati nel suo territorio, il «complesso dei vantaggi attribuiti ai propri cittadini»⁸. Fermo restando il riconoscimento della libertà di movimento, i lavoratori hanno diritto a vedersi applicate importanti regole stabilite dallo Stato membro nel quale essi si recano per svolgere, anche temporaneamente, un lavoro subordinato, ad esempio in materia di tutela contro il licenziamento⁹ e di sostegno delle categorie più deboli¹⁰, ed in generale hanno diritto all'applicazione delle retribuzioni minime fissate dai contratti collettivi del paese *loci executionis* indipendentemente dallo Stato membro in cui è stabilito il datore di lavoro¹¹.

In definitiva, il diritto di libera circolazione, oltre la sua primitiva finalizzazione liberista, viene ad essere riempito di ulteriori contenuti, inerenti alle concrete e personali condizioni di vita e di lavoro¹².

Il problematico bilanciamento tra la soppressione dei vincoli alla libera circolazione e la salvaguardia dei diritti fondamentali dei lavoratori si riproduce con estrema complessità in tutti quei casi in cui l'attività lavorativa viene effettuata in regime di

2. Libertà di prestazione dei servizi e parità di trattamento dei lavoratori distaccati: la direttiva n. 71/96

distacco, ossia esercitata per un periodo di tempo limitato¹³ sul territorio di un Paese europeo diverso da quello in cui il lavoratore abitualmente svolge la propria prestazione¹⁴.

In presenza di una simile circostanza, vengono a scontrarsi le due «anime», mercantile e solidaristica, che animano lo spazio comune europeo.

Da un lato, infatti, vi è la pretesa degli operatori economici comunitari di esercitare liberamente la propria attività, e ad applicare – in tutto o in parte – la disciplina legale e contrattuale di origine¹⁵. Dall'altro lato sta la preoccupazione del mondo del lavoro secondo cui, data la molteplicità degli ordinamenti nazionali, potrebbero verificarsi gravi disparità di trattamento, salariale ma soprattutto normativo, a fronte dell'esecuzione delle medesime prestazioni lavorative nello stesso luogo di lavoro¹⁶.

Prima dell'adozione di una specifica direttiva in materia, si fronteggiavano due diversi orientamenti.

L'interpretazione più radicale, fatta propria dalla Corte di Giustizia nel celebre caso *Rush Portuguesa*, comportava l'integrale applicazione del diritto del lavoro dello Stato ospitante¹⁷.

L'obiettivo dei giudici di Lussemburgo era quello di ottenere un livellamento delle condizioni di concorrenza tra le imprese senza che ciò andasse a discapito delle condizioni di lavoro dei soggetti temporaneamente occupati in uno Stato membro diverso da quello di provenienza, cui va assicurata la parità di trattamento.

La Commissione Europea, fedele alla visione tradizionale della Comunità, basata sulla libertà economica degli operatori commerciali, proponeva invece l'applicazione di un nucleo uniforme di regole da rispettare nel *locus executionis*¹⁸.

La soluzione adottata dal legislatore comunitario si inquadra, pertanto, nell'ambito di un compromesso giuridico ed ideologico¹⁹ che, se da un lato fissa degli standard inderogabili, dall'altro non risolve del tutto il problema del *dumping* sociale. Il «nocciolo duro» di norme protettive è costituito da alcune fondamentali materie del diritto del lavoro²⁰.

Altri istituti²¹, invece, sono esclusi dal campo di applicazione della direttiva, fatto salvo un ampliamento giustificato in base ad esigenze di ordine pubblico²².

L'attuale assetto di tutela, almeno nella carta, non dovrebbe essere modificato dalla recente direttiva di liberalizzazione dei servizi, n. 2006/123/CE, c.d. *Direttiva Bolkestein*²³. L'ambigua formula utilizzata dall'articolo 1, paragrafo 6²⁴, tuttavia, non offre alcun criterio positivo per dirimere i dubbi relativi alla conformità al diritto comunitario delle differenti legislazioni nazionali, specie in materia di controlli volti alla tutela delle condizioni di occupazione applicate ai lavoratori distaccati.

3. Tutela dei lavoratori ed attività ispettiva degli Stati membri

L'articolo 4 della direttiva n. 96/71 enfatizza il principio di cooperazione amministrativa²⁵ tra le autorità degli Stati membri incaricate di vigilare «sulle condizioni di lavoro e di occupazione di cui all'art. 3». Tale principio comporta, o dovrebbe comportare, la collaborazione tra le Amministrazioni Pubbliche nazionali in ordine alla prevenzione di possibili abusi a danno dei lavoratori e casi di attività transnazionali illegali. Altro corollario fondamentale, come precisato dalla Commissione Europea nelle sue «Comunicazioni riguardanti il distacco di lavoratori»²⁶, è l'obbligo per gli Stati ospitanti di verificare il rispetto delle condizioni occupazionali minime, elencate dalla direttiva n. 96/71, nei confronti dei lavoratori distaccati nel proprio territorio.

Oltre a questo, per contrastare fenomeni di abuso dello strumento giuridico del distacco²⁷, i competenti organismi dello Stato di invio e dello Stato di occupazione sono autorizzati a verificare l'esistenza e la permanenza delle condizioni che legittimano il ricorso a tale istituto, quali il legame organico tra impresa distaccante e lavoratore distaccato²⁸, l'esercizio di attività significative nello Stato di origine²⁹ oppure la presenza, presso tale Stato, di infrastrutture necessarie all'esercizio di un'attività autonoma³⁰.

Nell'ottica di perseguire una sorta di «mutuo riconoscimento» della reciproca attività ispettiva, il legislatore comunitario si propone, fra l'altro, l'obiettivo di eliminare oneri aggiuntivi per le imprese in merito al dovere di ottenere specifiche autorizzazioni e/o di mettere a disposizione documenti, registri e scritture.

Ancora una volta, però, in assenza di regole puntuali e precettive, l'applicazione concreta in materia è avvenuta in via pretoria. La Corte di Giustizia, con interpretazione pressoché univoca in materia, ha considerato legittimi i controlli svolti ai suddetti fini dagli Stati membri ospitanti, purché rispettino i limiti derivanti dalla libera prestazione di servizi, e siano proporzionati allo scopo perseguito³¹. Inoltre, le attuali carenze nell'organizzazione di un sistema di cooperazione e di scambio di dati ed informazioni tra gli Stati membri³² giustificano l'adozione di iniziative nazionali strumentali alla tutela dei lavoratori distaccati³³.

Il rapporto di proporzionalità tra mezzo e scopo è stato finora escluso dai giudici comunitari solo in presenza di obblighi di autorizzazione preventiva all'utilizzo di lavoratori in regime di distacco. Con orientamento costante in materia³⁴, la Corte ha ritenuto che le esigenze di prevenire i rischi di sfruttamento abusivo di manodopera impiegata unicamente ai fini del distacco e di reprimere le pratiche di *dumping* sociale, garantendo la parità di trattamento in materia sociale e retributiva, possano

4. La giurisprudenza in materia di tenuta dei documenti sociali e di lavoro. La sentenza della Corte di Giustizia 18 luglio 2007

essere meglio soddisfatte mediante semplici comunicazioni preliminari attestanti la presenza *in loco* di lavoratori distaccati, nonché le condizioni di impiego degli stessi, specie in materia di retribuzione e sicurezza sul luogo di lavoro³⁵.

Tra gli strumenti di controllo più diffusi riveste particolare importanza l'obbligo di redazione e tenuta, da parte delle imprese distaccanti, dei documenti sociali contenenti le condizioni retributive e contrattuali applicate ai lavoratori distaccati presso il *locus executionis laboris*.

La bontà di tali documenti, ai fini dell'assolvimento da parte degli Stati membri degli obblighi di verifica, è fuori discussione, in quanto consentono alle autorità preposte alla vigilanza di operare il necessario confronto con le condizioni lavorative previste dalla legislazione e dalla contrattazione collettiva dello Stato ospitante, onde stabilire il rispetto o meno del «nocciolo duro» di norme protettive di cui all'articolo 3 della direttiva n. 96/71. Rispetto alla comunicazione preliminare ricordata *supra*, i documenti sociali presentano il vantaggio di essere redatti in formule solitamente standardizzate e di facile aggiornamento in caso di modificazione delle condizioni di distacco. Nell'ambito della verifica del perdurare dei requisiti legittimanti il distacco stesso, infine, l'analisi di tutte le clausole contrattuali applicate può sicuramente agevolare il controllo del legame organico con il datore di lavoro d'origine al fine di un'eventuale segnalazione di invalidità dei formulari E 101 ed E 102 – attestanti l'iscrizione dei lavoratori autonomi o subordinati al regime previdenziale dello Stato di provenienza – nei confronti dell'ente preposto al rilascio dei suddetti certificati³⁶.

La direttiva n. 96/71, tuttavia, nulla dispone in ordine della tenuta ed esibizione dei documenti di lavoro. Il legislatore comunitario, probabilmente influenzato da una visione economica dell'Unione, ha ritenuto eccessivo l'obbligo in questione, produttivo di spese e oneri amministrativi aggiuntivi a carico delle imprese, a danno della loro competitività e concorrenzialità. Il sistema esistente, come detto nel paragrafo precedente, fa leva unicamente sulla leale cooperazione tra le autorità nazionali³⁷, quale mezzo per garantire agli organi ispettivi di far fronte agli obblighi in materia di controllo e di contrasto alle pratiche illecite³⁸.

Sarebbe stato più opportuno richiamare il principio di proporzionalità consolidatosi a partire dalla sentenza *Arblade*³⁹ in base al quale sussiste il diritto dello Stato membro ospitante di esigere la tenuta dei documenti sociali (o di loro copia) «in luogo accessibile e chiaramente identificato del territorio dello Stato membro ospitante»⁴⁰ in quanto funzionale ad un'effettiva tutela dei lavoratori distaccati, qualora non possa essere

surrogato dalla produzione, entro un termine ragionevole, dei documenti di lavoro presenti nello Stato di origine⁴¹.

Inoltre, non essendovi uniformità nell'ambito delle legislazioni nazionali, si sarebbe potuto procedere ad una loro armonizzazione, elencando i documenti sociali strumentali ad una protezione sociale «minima» dei diritti dei lavoratori. Al riguardo, si registrano due posizioni solo in parte coincidenti. Secondo la Commissione Europea i prestatori di servizi possono essere obbligati ad esibire agli organi ispettivi unicamente i fogli di presenza relativi al conteggio delle ore lavorate ed i documenti riguardanti le condizioni di salute e sicurezza sul luogo di lavoro⁴². Il Parlamento ha adottato un'interpretazione più ampia, riferendosi all'esibizione di qualsiasi altra documentazione sociale, purché le richieste siano proporzionate all'obiettivo della tutela dei dipendenti distaccati⁴³.

Dal canto suo, la Corte di Giustizia ha mostrato un atteggiamento prudente, conscia delle disarmonie legislative in materia, rimettendo al giudice nazionale, previa verifica di proporzionalità rispetto allo scopo della protezione dei lavoratori, la definizione dei documenti oggetto di obbligo di tenuta ed esibizione⁴⁴. Recentemente la Corte si è spinta oltre, procedendo direttamente ad effettuare il «test di proporzionalità»⁴⁵; nella stessa occasione ha esteso l'obbligo di conservazione ed esibizione dei documenti di lavoro alla loro traduzione nella lingua dello Stato membro ospitante⁴⁶.

La decisione non può che essere salutata con favore, in quanto stabilisce con chiarezza la prevalenza dell'attività di verifica delle disposizioni nazionali in materia di protezione dei lavoratori rispetto all'esigenza di non imporre spese e oneri amministrativi e finanziari supplementari a carico delle imprese che hanno sede in un altro Stato membro. La necessità di controlli efficaci a tutela dei lavoratori, inoltre, non può essere vanificata da ostacoli puramente contingenti quali le competenze linguistiche delle autorità di vigilanza: in assenza di una norma che obblighi l'utilizzo di documenti plurilingui, il divieto di esigere una traduzione delle scritture richieste ai fini della verifica delle condizioni applicate ai lavoratori potrebbe comportare, fatalmente, la negazione dei diritti sociali riconosciuti dalle legislazioni nazionali.

Se il Trattato dell'Unione, pur istituendo il mercato comune, «non volta lo sguardo dinanzi ai lavoratori che sono colpiti dai suoi aspetti negativi»⁴⁷, è auspicabile che il percorso di tutela fin qui elaborato dai giudici comunitari possa consolidarsi rapidamente ed essere recepito da tutte le istituzioni deputate a garantire il rispetto dei diritti dei lavoratori.

In una prospettiva *de iure condendo*, sulla scorta dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia, il legislatore italiano potrebbe

legittimamente introdurre, nelle situazioni sostanzialmente definibili come distacco di manodopera⁴⁸, uno specifico obbligo di traduzione dei documenti sociali e di lavoro concernenti le principali condizioni di occupazione⁴⁹, da affiancare a quello generico di tenuta ed esibizione in conformità alla normativa dello Stato di stabilimento o, se più favorevole, a quella dello Stato ospitante.

* *Fabio Pulvirenti è Funzionario della Direzione provinciale del lavoro di Bologna.*

In ossequio alla circolare n. 18/3/2004 del Ministero del lavoro, si rappresenta che le considerazioni espresse nel presente intervento sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione.

¹ Così si esprime la Corte di Giustizia nella sentenza 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, punto 14.

² In materia di libertà di stabilimento, si veda la sentenza 21 giugno 1974, causa 2-74, *Reyners*; sulla prestazione di servizi, si veda la sentenza 3 dicembre 1974, causa 33-74, *Van Bisbergen*.

³ Tale principio, precisa la Corte, vale tanto nel caso di restrizione diretta, basata cioè sul criterio della cittadinanza, quanto nel caso in cui la restrizione sia effetto finale di una disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa applicabile indistintamente ai prestatori di lavoro nazionali ed a quelli di altri Stati membri (in tal senso, si vedano, ad esempio, le sentenze 25 luglio 1991, causa C-76/90, *Säger*, punto 12, con riferimento alla prestazione di servizi, e 12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu*, punto 3 della motivazione, con riferimento alla libera circolazione dei lavoratori).

⁴ Sino alla stipulazione del Trattato di Amsterdam del giugno 1997, le politiche sociali della Comunità avevano carattere sostanzialmente programmatico, in quanto ancillari allo sviluppo delle attività economiche, sul convincimento che le capacità del libero mercato potessero prevenire conflitti in merito al rispetto dei diritti fondamentali. La necessità di potenziare la qualità della legislazione sociale ha condotto gli Stati membri, nel 1989, a predisporre una Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, priva tuttavia di carattere vincolante. Le norme sul «capitolo sociale», caduta l'ostilità del Governo britannico, sono state trasfuse dal Trattato di Amsterdam nel corpo del Titolo XI del Trattato CE, assumendo un ruolo centrale (oltre che una diversa forza giuridica) in seno all'azione comunitaria.

⁵ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, proclamata dal Consiglio europeo di Nizza il 7 dicembre 2000, enuclea una serie di prerogative fondamentali dei lavoratori, quali, tra le altre, il diritto all'informazione ed alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. 27), di azioni collettive (art. 28), di tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30) ed il diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose (art. 31). Il Consiglio di Nizza, tuttavia, non le ha attribuito alcuna efficacia giuridica, confinandola pertanto al ruolo di solenne dichiarazione politica. Secondo alcuni commentatori, tuttavia, appare già dotata di una forza «assiologica-sostanziale» (l'espressione è di A. RUGGERI, *La «forza» della Carta europea dei diritti*, in *DPCE*, 2001, 183, secondo cui la Carta potrebbe «sollecitare pratiche interpretativo-applicative», specie in via giurisprudenziale, «ad essa conformi») ed addirittura sarebbe dotata di efficacia immediata, atteso il carattere ricognitivo dei diritti in essa proclamati (A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *GC*, 2001, 195, nota 9).

⁶ Sentenza 8 aprile 1976, causa n. 43/75, *Defrenne v. SA Sabena*, punto 11. La Corte, in quella occasione, facendo leva sul «duplice scopo, economico e sociale», dell'art. 119 della versione originaria del Trattato, stabilì l'efficacia diretta del principio di non discriminazione retributiva tra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile.

⁷ C. Giust. 17 dicembre 1981, causa n. 279/80, *Webb*, punto 19, avente ad oggetto la fornitura di manodopera, materia ritenuta particolarmente delicata in quanto foriera, secondo i giudici europei, di incidere direttamente tanto sul mercato del lavoro quanto su legittimi interessi dei lavoratori.

⁸ C. Giust. 13 dicembre 1972, causa n. 44/72, *Marsman v. Roskamp*, punto 4 della motivazione.

⁹ Nel caso *Marsman* un lavoratore olandese occupato presso un'impresa tedesca, colpito da infortunio sul lavoro tale da diminuirne la capacità lavorativa oltre il 50%, non era stato ammesso ad

usufruire della speciale tutela contro il licenziamento per i grandi invalidi, stabilita dalla legge tedesca, a causa della mancanza del requisito della residenza.

¹⁰ Nel caso *Michel* (causa n. 76/72) un giovane italiano con ridotte facoltà mentali non aveva goduto, per mancanza della cittadinanza, dei vantaggi previsti dalla legislazione belga in materia di riqualificazione e riadattamento dei minorati.

¹¹ C. Giust. 3 febbraio 1982, cause riunite n. 62 e n. 63/81, *Seco e Desquenne*, punto 14 della motivazione. Il principio è stato costantemente ribadito negli anni Novanta (sentenze *Vander Elst* ed *Arblade*) e nel decennio successivo (sentenze *Finalarte* e *Portugaia Construções*).

¹² «L'ordinamento economico europeo è solidamente fondato su un contratto sociale», afferma l'Avvocato Generale Poidades Maduro, nelle conclusioni presentate il 23 maggio 2007 nel caso *Viking line* (punto n. 59, causa n. 438/05): tale contratto, parte integrante del Trattato UE, comporta per le istituzioni comunitarie e gli Stati membri l'impegno alla promozione ed al generale miglioramento delle condizioni di vita dei lavoratori che per primi subiscono le distorsioni del mercato comune.

¹³ In base all'art. 14 del regolamento CEE n. 1408 del 14 giugno 1971, il periodo di distacco può durare fino a 12 mesi con possibilità di prolungamento di 12 mesi in caso di circostanze imprevedibili e previa autorizzazione del Paese di occupazione. Se sin dall'inizio si prevede, invece, un periodo superiore all'anno, lo Stato di invio e quello di occupazione possono concludere uno specifico accordo (art. 17). Il periodo di tempo previsto dal regolamento (12 mesi prorogabili di altri 12) vale anche per i lavoratori autonomi che svolgono temporaneamente attività in uno Stato dell'Unione diverso da quello proprio anche se, per l'assenza di un datore di lavoro distaccante, non si è in presenza di una situazione formalmente definibile come «distacco». Le procedure previste dal regolamento in questione, inoltre, sono sostanzialmente identiche a quelle fissate per i lavoratori dipendenti.

¹⁴ La definizione di lavoratore distaccato può essere tratta dall'art. 14.1.a del regolamento n. 1408/71 e dalla decisione della Commissione amministrativa per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti (Casstm) n. 181 del 13 dicembre 2000, secondo cui è tale ogni «persona che esercita un'attività subordinata nel territorio di uno Stato membro presso un'impresa dalla quale dipende normalmente ed è inviata da detta impresa nel territorio di un altro Stato membro per effettuarvi un lavoro per conto della medesima» (in *DPL*, 2005, 11, XXXII, inserto). La direttiva del 16 dicembre 1996, n. 71, trova applicazione in tre peculiari situazioni, ossia l'invio di lavoratori «distaccati» nell'ambito di appalto di servizi transnazionale, mobilità interaziendale e lavoro interinale, purché, in tutte e tre le ipotesi, durante il periodo del distacco esista un rapporto di lavoro fra il prestatore e l'impresa che lo invia o che lo cede temporaneamente.

¹⁵ Il principio del «Paese d'origine» è espressamente stabilito in materia di sicurezza sociale dal regolamento CEE n. 1408/71, a norma del quale il lavoratore distaccato continua ad essere soggetto alla legislazione del proprio Paese di provenienza.

¹⁶ In particolare, gli Stati membri che hanno aderito recentemente all'UE tendono prevalentemente ad esportare manodopera, puntando su regole contrattuali meno rigide e vincolanti di quelle degli Stati ospitanti. Sul punto si veda G. ORLANDINI, *La disciplina comunitaria del distacco di lavoratori fra libera prestazione dei servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella direttiva n. 71/96*, in *ADL*, 1999, 466.

¹⁷ In tale controversia la Corte ha esteso, con riferimento ai lavoratori distaccati ed oltre la sola materia delle retribuzioni minime, il principio di cui alle cause riunite *Seco e Desquenne* secondo cui «il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano l'applicazione delle loro leggi o dei contratti collettivi di lavoro stipulati tra le parti sociali a chiunque svolga un lavoro subordinato, anche temporaneo, nel loro territorio indipendentemente dal paese in cui sia stabilito il datore di lavoro; il diritto comunitario non vieta agli Stati membri neanche d'imporre l'osservanza di queste norme con mezzi adeguati» (punto 18 della motivazione). Facendo applicazione di tale principio la Corte ha rigettato le pretese della Francia, ritenute eccessivamente restrittive, ed ha escluso che un'impresa di servizi edili portoghese operante con lavoratori lusitani in Francia fosse obbligata ad assumere nuovamente *in loco* i propri dipendenti oppure ottenere un permesso di lavoro dalle autorità locali. Va sottolineato che l'orientamento estensivo è stato fatto proprio dal nostro ordinamento in quanto, in sede di attuazione della direttiva in materia di distacco, l'art. 3 del d.lgs. n. 72/2000 ha optato per il richiamo all'intera disciplina lavoristica (legale, regolamentare e collettiva), equiparando pienamente i lavoratori distaccati a quelli stabilmente occupati in territorio italiano.

¹⁸ Si vedano le proposte di direttive del 1° agosto 1991, COM(1991)230, e del 15 giugno 1993, COM(1993)225; l'elenco di materie coincide, nella sostanza, con quello della versione definitiva della direttiva. Anche la Corte di Giustizia, a partire dal caso *Vander Elst*, ha limitato l'estensione dell'applicazione delle leggi o dei contratti collettivi ad una specifica materia – quella dei «salari minimi» – (sentenza 9 agosto 1994, causa n. C-43/93, punto 23 della motivazione). Il caso di specie, simile a quello della nota precedente, riguardava un'impresa belga esercente attività di demolizione in Francia con manodopera marocchina provvista di regolare permesso di lavoro rilasciato dalle autorità belghe.

¹⁹ Il V Considerando della direttiva n. 96/71/CE richiama tanto il principio di *leale concorrenza* quanto quello del *rispetto del diritto dei lavoratori*. La base giuridica del provvedimento, tuttavia, è costituita dagli artt. 57, § 2 (oggi art. 47, § 2), e 66 (oggi 55), relativi alla libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, ad ulteriore prova della centralità della tutela della concorrenza in ambito comunitario e del ruolo, meramente riflesso, della tutela dei lavoratori. Sul punto si veda G. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *QDLRI*, 1998, n. 20, 116.

²⁰ Periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; durata minima delle ferie annuali retribuite; tariffe minime salariali, comprese quelle maggiorate per lavoro straordinario; condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; sicurezza, salute e igiene sul lavoro; provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

²¹ Restano soggetti alla disciplina dello Stato di origine o stabilimento del datore di lavoro le condizioni di assunzioni e soprattutto la tutela verso i licenziamenti ingiustificati ed il diritto di sciopero. Proprio con riferimento a quest'ultima garanzia, ha avuto un vasto eco la questione sollevata dal Tribunale del lavoro svedese sulla possibilità, da parte dei sindacati svedesi, di esercitare un'azione collettiva finalizzata ad obbligare l'impresa lettone Laval ad applicare ai dipendenti distaccati il livello salariale determinato conformemente ad un contratto collettivo svedese riferito alle imprese nazionali del settore edile.

²² Al riguardo la Corte di Giustizia ha precisato come la nozione di ordine pubblico cui occorre fare riferimento non deve essere quella propria degli ordinamenti nazionali, ma quella elaborata dalla giurisprudenza comunitaria (C. Giust. 25 ottobre 2001, causa n. 493/99, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*): in particolare, si richiede l'esistenza di una «minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi fondamentali della collettività» (C. Giust. 27 ottobre 1977, causa n. 30/77, *Bouchereau*). La ricorrenza di una tale minaccia deve essere invece esclusa allorché i motivi di ordine pubblico vengono invocati in realtà per fini economici (sentenza 28 ottobre 1975, causa n. 36/75, *Rutili*, punto 30 della motivazione). La possibilità di estendere, per motivi di ordine pubblico, la disciplina giuslavoristica *loci executionis* è, ancora una volta, espressione del difficile equilibrio tra libertà economica e tutela sociale: tale facoltà non era contemplata, infatti, in nessuna delle proposte elaborate dalla Commissione Europea e menzionate nella nota 17.

²³ La versione definitiva della direttiva, adottata il 12 dicembre 2006, ha, dopo accesi dibattiti parlamentari, eliminato le competenze dello Stato di origine in materia di controllo delle condizioni di distacco, anzi sancisce l'integrale estraneità della direttiva sui servizi rispetto al diritto del lavoro. Sul punto si veda M. PALLINI, *Il caso Laval/Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in *RIDL*, 2006, II, 247; B. CARABELLI, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, Working Paper C.S.D.L.E. «M. D'Antona», 2006, n. 49, 85,86.

²⁴ «La presente direttiva non pregiudica la legislazione del lavoro [...] che gli Stati membri applicano in conformità del diritto nazionale che rispetta il diritto comunitario».

²⁵ Regola che ripete la sua origine nell'art. 10 del Trattato UE.

²⁶ Comunicazioni del 25 luglio 2003, COM(2003)458 def., del 4 aprile 2006, IP/06/423, e del 13 giugno 2007, IP/07/817, adottate sulla base del potere di valutazione e verifica dello stato di attuazione della direttiva n. 96/71 espressamente previsto dall'art. 8 della direttiva stessa.

²⁷ La preoccupazione maggiore delle istituzioni comunitarie è quella che i prestatori di servizi assumano lavoratori stranieri per poi «inviarli» al solo scopo di metterli a disposizione di altre imprese,

realizzando mera somministrazione non autorizzata di manodopera, oppure simulino rapporti di lavoro autonomi, che in quanto tali sono sottratti alle specifiche tutele predisposte dalla direttiva n. 96/71.

²⁸ Il legame organico comporta che l'impresa distaccante disponga di poteri disciplinari nei confronti del lavoratore distaccato, del potere esclusivo di risoluzione del contratto di lavoro, degli obblighi retributivi e contributivi e del potere di determinazione delle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa.

²⁹ Questo requisito è fondamentale nel caso delle imprese di lavoro interinale e legittima il ricorso al distacco di lavoratori qualora dette imprese esercitino la loro attività nello Stato di invio da un determinato lasso di tempo, dispongano di un organico consistente, non composto unicamente da personale amministrativo, sia nello Stato d'invio che in quello di occupazione, e realizzino dei fatturati nell'arco di un periodo di tempo sufficientemente definito.

³⁰ Tale requisito si rivolge ai lavoratori autonomi per i quali si richiede di comprovare l'effettività e la prevalenza dell'autonomia nello svolgimento del servizio, ed il mantenimento delle condizioni necessarie per la ripresa dell'attività autonoma al momento del rientro nel Paese di origine, come ad esempio il versamento di imposte ed il mantenimento di strutture, dotazioni e studi professionali, numero di partita IVA, iscrizioni ad ordini o collegi professionali.

³¹ Sentenza 23 ottobre 2001, cause riunite n. 49/98, n. 50/98, *Finalarte*, punto 32; sentenza 23 novembre 1999, cause riunite n. 369/96, n. 376/96, *Arblade*, punto 35; sentenza 25 luglio 1991, causa n. 76/90, *Säger c. Dennemeyer & Co. Ltd.*, punto 15.

³² Nella Comunicazione del 13 giugno 2007 la Commissione UE promuove l'uso di un sistema centralizzato, Sistema IMI (*International Market Information System*), al fine di ottenere un flusso sicuro e veloce di dati al di là delle esistenti barriere amministrative, strutturali e linguistiche.

³³ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 15 luglio 2004, causa n. 445/03, *Commissione c. Lussemburgo*, punto 42.

³⁴ Sentenza 21 ottobre 2004, causa C-445/03, *Commissione/Lussemburgo*; sentenza 19 gennaio 2006, causa C-244/04, *Commissione/Germania*; sentenza 21 settembre 2006, causa C-168/04, *Commissione/Austria*.

³⁵ La comunicazione preliminare, secondo la Corte, costituirebbe uno strumento meno restrittivo rispetto al controllo preliminare che «presuppone formalità e termini tali da scoraggiare la libera prestazione dei servizi tramite il distacco di lavoratori» (sentenza 21 ottobre 2004, causa C-445/03, punto 30). Inoltre, nonostante la forma di succinta dichiarazione, essa consente alle autorità locali di assicurarsi che i lavoratori distaccati non siano soggetti ad un regime meno favorevole di quello applicabile nello Stato membro ospitante.

³⁶ I modelli in questione, infatti, creando una «presunzione di regolarità» in ordine alla sussistenza di un legittimo distacco e quindi del mantenimento del regime previdenziale del Paese di origine, sono vincolanti per le istituzioni dello Stato membro in cui viene svolta la prestazione lavorativa, comprese le autorità giurisdizionali, e possono essere revocati o invalidati soltanto dall'ente emittente (sul punto si veda, da ultimo, C. Giust. 26 gennaio 2006, causa n. 2/05, *Rijksdienst voor Sociale Zekerheid*, dal punto 20 al punto 33 della motivazione).

³⁷ Secondo l'opinione dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer l'obbligo di «collaborare con i servizi dell'ispettorato del lavoro dello Stato ospitante» grava anche sulle imprese che distaccano propri lavoratori nel territorio di un altro Stato membro «allorché intendono controllare se l'impresa in questione rispetti le leggi sociali vigenti nel suo territorio» (conclusioni presentate il 25 giugno 1998 nel caso *Arblade*).

³⁸ I limiti del sistema basato sull'art. 4 della direttiva n. 96/71 derivano dal fatto che molti documenti di lavoro, come contratti, buste paga ed estratti delle ore lavorate, in realtà non sono custoditi dalle autorità ispettive dello Stato di origine che, pertanto, dovrebbero attivarsi per reperirli e successivamente trasmetterli alle amministrazioni dello Stato ospitante.

³⁹ Il caso *Arblade* ha origine a seguito dei controlli effettuati, nel 1993, dall'ispettorato belga su un cantiere in cui operavano le società francesi *Arblade* e *Leloup* distaccando un totale di 26 lavoratori, controlli a seguito dei quali alle imprese francesi era stato richiesto di produrre diversi documenti sociali previsti dalla normativa belga, tra cui un registro speciale del personale e un conto individuale per ciascun lavoratore distaccato. All'epoca dei fatti non era ancora in vigore la direttiva n. 96/71.

⁴⁰ Sentenza 23 novembre 1999, cause riunite n. 369/96, n. 376/96, punto 61.

⁴¹ In tale circostanza, se i documenti in possesso del datore di lavoro consentono la verifica delle condizioni di lavoro applicate ai dipendenti distaccati, la loro produzione è sufficiente a garantire la tutela dei lavoratori, «a nulla rilevando la mera differenza di forma» (così S. MARETTI, *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione dei servizi*, in *MGL*, 2000, n. 3, 229).

⁴² Posizione espressa negli *Orientamenti relativi al distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi*, datati 4 aprile 2006, COM(2006)159 def.

⁴³ Si veda il punto 12 della *Risoluzione del Parlamento europeo sull'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori*, adottata il 16 ottobre 2006, 2006/2038(INI).

⁴⁴ Nel caso *Finalarte* la Corte ha rimandato al giudice *a quo* la decisione sulla esigibilità da parte della Cassa edile tedesca dei documenti riguardanti le ferie godute dai lavoratori inviati in cantieri ubicati in Germania da otto datori di lavoro portoghesi ed uno inglese (sentenza 23 ottobre 2001, punto 75). Nel caso *Arblade*, la Corte, richiamando le direttive comunitarie relative alle informazioni sulle condizioni applicabili al contratto di lavoro (direttiva 14 ottobre 1991, n. 533) e alle condizioni di sicurezza e salute dei luoghi di lavoro (direttiva 12 giugno 1989, n. 391), ha rinviato ad un sistema informativo «minimo» comprensivo delle misure di prevenzione e protezione in materia di sicurezza e salute e degli elementi essenziali della prestazione lavorativa resa all'estero, come la retribuzione e la durata del lavoro.

⁴⁵ Nella causa n. 490/04, *Commissione/Repubblica federale di Germania*, decisa il 18 luglio 2007, la Corte di Giustizia ha respinto l'addebito di sproporzionalità mosso dalla Commissione UE nei confronti della legge tedesca, escludendo che l'obbligo di conservazione presso i cantieri edili di documenti finalizzati alla protezione dei diritti dei lavoratori, ed in particolare di contratti, buste paga, certificati inerenti orario di lavoro e pagamento degli stipendi, costituisca «un onere amministrativo o finanziario gravoso» (punto 76 della motivazione).

⁴⁶ Anche in questo caso il ragionamento della Corte è estremamente chiaro: l'obbligo di traduzione di documenti, come i contratti di lavoro, le buste paga e i fogli di presenza, «che non sono eccessivamente lunghi e per la redazione dei quali sono generalmente utilizzate formule tipiche» (punto 76 della motivazione), è finalizzato alla protezione sociale dei lavoratori, perché consente la verifica dei salari e dell'orario di lavoro, obiettivo che verrebbe ostacolato qualora i funzionari dello Stato membro ospitante non siano in grado di comprendere la lingua dello Stato membro di stabilimento del datore di lavoro.

⁴⁷ Punto 59 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Poidades Maduro, presentate il 23 maggio 2007 nel caso *Viking line*, causa n. 438/05.

⁴⁸ Si allude, oltre alla fattispecie «classica» dello spostamento temporaneo di lavoratori subordinati, alle ipotesi di lavoro autonomo o economicamente dipendente/parasubordinato per le quali comunque è necessario richiedere il formulario E 101 – «certificato di legislazione applicabile» – e che possono essere soggette a controlli diretti a verificare le condizioni che hanno consentito il distacco medesimo. Si rimanda al contenuto delle note 13, 27 e 30.

⁴⁹ A fini meramente esemplificativi, potrebbero essere inclusi i contratti di assunzione o di mandato d'opera professionale, gli estratti delle ore lavorate, le buste paga, le fatture emesse ed infine i documenti di valutazione dei rischi per la sicurezza e l'igiene degli ambienti di lavoro.