

Università degli Studi di Napoli Federico II



Facoltà di Economia

Corso di dottorato in Diritto dell'Economia

XXIV CICLO

TESI DI DOTTORATO

**“LA PROTEZIONE SOCIALE DELLA MOBILITA’
DEL LAVORATORE ALL’INTERNO
DELL’UNIONE EUROPEA”**

RELATORE

CH.MO PROF. Mariorosario Lamberti

CANDIDATO

Federica Saulino

LA PROTEZIONE SOCIALE DELLA MOBILITA' DEI LAVORATORI ALL'INTERNO DELL'UNIONE EUROPEA

INDICE

Introduzione.

Capitolo I

La libertà di circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione europea

1. La normativa europea sulla libertà di circolazione dei lavoratori.
2. Il campo di applicazione della disciplina. 3. La parità di trattamento tra i lavoratori degli Stati membri. La parità di accesso all'impiego. 3.1. La parità di trattamento nelle condizioni di lavoro. 3.2. La parità di trattamento in riferimento ai vantaggi sociali e alla tutela della famiglia.

Capitolo II

La sicurezza sociale del lavoratore migrante

1. Le fonti. 2. Il coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale e i suoi principi. 2.1. L'unicità della legislazione applicabile. 2.2. Il principio dell'uguaglianza di trattamento. 2.3. L'esportabilità delle prestazioni. 2.4. La totalizzazione. 3. Il campo di applicazione

personale della disciplina di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale. 3.1. L'estensione del regolamento n. 883/2004 ai cittadini di Paesi terzi. 4. Il campo di applicazione materiale. 5. Il coordinamento dei sistemi nazionali di previdenza complementare.

Capitolo III

La tutela del lavoratore nell'ambito della prestazione di servizi transnazionale

1. La libera prestazione di servizi nell'Unione europea e la direttiva 96/71/CE sul distacco dei lavoratori all'estero. 2. Il campo di applicazione della direttiva 96/71/CE. 3. La legge applicabile al rapporto di lavoro del dipendente distaccato all'estero. 4. La disciplina previdenziale del distacco transnazionale.

Bibliografia.

Introduzione

La ricerca dottorale in oggetto prende avvio dall'importanza della realizzazione del mercato unico europeo ai fini della mobilità dei lavoratori sul territorio dell'Unione, per poi focalizzarsi sulla necessità di garantire agli stessi lavoratori in mobilità la protezione sociale dei loro diritti. È opportuno, infatti, che siano neutralizzati gli effetti negativi che sul piano sociale sono prodotti dai fenomeni della mobilità transnazionale, che siano questi imputabili alle legislazioni nazionali di sicurezza sociale dalle quali derivino discriminazioni dirette o indirette nei confronti dei lavoratori migranti, ovvero siano imputabili alle imprese che sfruttano l'arretratezza dei regimi di sicurezza sociale di alcuni paesi, ivi beneficiando della riduzione dei costi del lavoro a discapito dei lavoratori.

La ricerca tiene in considerazione gli ultimi aggiornamenti della normativa europea sul coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale, in particolare dell'entrata in vigore a partire dal 1° maggio 2010 del regolamento n. 883 del 29 aprile 2004 e i recenti orientamenti della Corte di Giustizia, in gran parte recepiti dal legislatore europeo nei regolamenti di attuazione nn. 987/2009 e 988/2009, nonché dei recentissimi regolamenti sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione del 5 aprile 2011, n. 492 che abroga il reg. n. 1612/68, con l'intento di semplificare la

disciplina previgente e potenziare la collaborazione degli Stati membri in materia, e quello sull'estensione dei regg. nn. 833/2004 e 987/09 ai cittadini di paesi terzi, del 24 novembre 2010, n. 1231.

Lo studio sul tema è, inoltre, arricchito dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza francese sulla protezione sociale del lavoratore migrante che, durante il soggiorno presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Nantes, finanziato dall'Università di Napoli "Federico II" nell'ambito del Progetto di scambio per la breve mobilità 2010/2011 si è avuto modo di apprezzare per la bontà dei molteplici contributi offerti.

Il mercato del lavoro globale è da sempre stato interessato da fenomeni di mobilità transnazionale, i quali, attualmente, non sono più rappresentati unicamente dai tradizionali spostamenti di lungo periodo da un Paese all'altro per la ricerca di migliori condizioni di vita e di lavoro, ma anche dai processi di esternalizzazione della produzione all'estero, che possono portare i lavoratori ad eseguire la propria attività sul territorio di uno Stato diverso da quello dove abitualmente sono occupati. La mobilità dei lavoratori all'interno dell'Unione europea è agevolata dalla realizzazione del mercato interno, in virtù del quale l'ordinamento europeo promuove, tra le c.d. quattro libertà fondamentali, la libera circolazione dei lavoratori (art. 45 TFUE, già art. 39 TCE) e la libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE, già art. 49 TCE). In particolare l'attuazione del mercato interno offre ai lavoratori la possibilità di rispondere a offerte di lavoro effettive sul territorio di uno Stato membro diverso da quello di residenza, di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro e di rimanervi, dopo aver occupato un impiego. Tutto questo implica l'abolizione di ogni

discriminazione fondata sulla nazionalità sia nell'accesso all'impiego che nell'esecuzione della prestazione lavorativa, ma anche il godimento da parte del lavoratore migrante degli stessi vantaggi sociali e fiscali del lavoratore nazionale. Tuttavia per la possibilità di un esercizio effettivo del diritto alla libertà di circolazione, è ugualmente necessario che venga garantito il mantenimento dei diritti di natura previdenziale che il lavoratore abbia acquisito con lo svolgimento della propria attività lavorativa sul territorio di Stati diversi dell'Unione europea. Di fatti, come afferma la Corte di Giustizia europea, se i lavoratori dovessero essere privati dei vantaggi previdenziali garantiti dalla legge di uno Stato membro - ovvero trovarsi in una situazione meno favorevole - nel campo della previdenza sociale, sarebbero dissuasi dall'esercitare il diritto loro garantito dal Trattato. Assicurare la protezione sociale del lavoratore migrante, allora, costituisce un obiettivo fondamentale per l'attuazione del mercato interno, di cui le istituzioni europee si fanno carico attraverso la creazione di un sistema di coordinamento dei differenti regimi nazionali di sicurezza sociale, affinché ognuno di questi riconosca al lavoratore che si sposta sul territorio dell'Unione, i diritti maturati presso un regime nazionale diverso, permettendo il cumulo dei periodi assicurativi compiuti nei diversi Stati membri e il pagamento delle prestazioni nello Stato di residenza (art. 48 TFUE, già art. 42 TCE). La scelta verso lo strumento della coordinazione deriva dalla volontà delle autorità statali di preservare la specificità dei loro sistemi previdenziali, per evitare di alterare i delicati equilibri dei mercati del lavoro interni; per lo stesso motivo l'Unione europea è priva di competenze specifiche in materia di politica sociale, se non

nel limite in cui il suo intervento è finalizzato ad eliminare gli effetti socialmente indesiderati dell'integrazione economica.

Al sistema di coordinamento è stata data attuazione con l'adozione del regolamento n. 1408/71 del 14 giugno del 1971, sostitutivo del precedente regolamento n. 3/58. Tale regolamento ha dettato la disciplina base in materia, mentre le relative modalità di applicazione erano fissate nel regolamento di attuazione n. 574/72, del 21 marzo 1972. Nel corso degli anni è maturato il bisogno di riformare la disciplina per adeguarla necessariamente non solo agli sviluppi normativi a livello comunitario, quali l'introduzione con il Trattato di Maastricht del '91 del concetto di "cittadinanza europea", l'estensione del diritto di circolazione anche alle categorie non attive avvenuta con le direttive nn. 364, 365 e 366 del 1990, e la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha avviato quel processo di estensione soggettiva ed oggettiva del campo di applicazione del regolamento, ma anche alle modifiche legislative intervenute a livello nazionale. Tali fattori hanno contribuito a rendere ancora più complesse le norme di coordinamento in materia di sicurezza sociale, più di quanto non lo fossero già per loro natura, considerato che quando come in questo caso si legifera all'unanimità, il risultato è sempre una normativa di compromesso. Da qui la necessità di modernizzare e semplificare la disciplina, per rendere più effettiva e concreta la libera circolazione delle persone. Così nel 2004 è stato emanato il regolamento n. 883/04 che, in attesa della normativa di attuazione di cui ai regolamenti 987/09 e 988/09, è entrato in vigore solo a partire dal primo maggio 2010 abrogando il regolamento n. 1408/71. Il coordinamento tra i regimi dei diversi Stati membri presuppone il superamento del principio di territorialità della legge di sicurezza sociale, in virtù del quale essa

trova applicazione solo all'interno del territorio dello Stato in cui viene emanata e si applica a tutti coloro i quali risiedono o lavorano sul territorio nazionale. Tale principio costituisce l'ostacolo principale alla libera circolazione dei lavoratori, dal momento che non assicura loro il mantenimento dei diritti previdenziali allorquando si spostano sul territorio di un altro Stato membro. L'ordinamento europeo supera tale ostacolo attraverso l'affermazione di una serie di principi che favoriscono l'operatività della coordinazione fra gli Stati e assicurano la protezione sociale del lavoratore migrante: a) il principio di parità di trattamento; b) l'unicità della legislazione applicabile; c) l'esportabilità delle prestazioni; d) la totalizzazione. Il riconoscimento da parte delle autorità statali della parità di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori appartenenti ad uno Stato diverso, significa che gli ultimi godono delle stesse prestazioni e sono soggetti agli stessi obblighi dei primi, per tanto non è consentita alcuna discriminazione diretta o indiretta fondata sulla nazionalità (art. 4 reg. n. 883/04). Tale principio è stato arricchito, in seguito all'entrata in vigore del nuovo regolamento, dalla previsione normativa del principio di c.d. assimilazione dei fatti (art. 5 reg. n. 883/2004), fino ad allora vivente solo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Secondo tale principio, se uno Stato subordina la concessione di un beneficio previdenziale o assistenziale ad un avvenimento, fatto, reddito o prestazione, dovrà prendere in considerazione gli avvenimenti, i fatti, i redditi o le prestazioni accorse sotto la legislazione di un altro Stato membro come se avessero avuto luogo sul proprio territorio. Solo in questo modo si oltrepassa la valenza formale del principio di non discriminazione e si riesce a garantire una parità di trattamento sostanziale tra lavoratori di differente nazionalità. In

secondo luogo il coordinamento presuppone che il lavoratore che si sposta da un paese all'altro dell'Unione sia soggetto ad un unico regime di sicurezza sociale, di modo che si eviti la sovrapposizione di legislazioni nazionali diverse, con le complicazioni che ne possono derivare, come il rischio per il lavoratore di essere soggetto a doppia contribuzione. La normativa comunitaria ha predisposto così un insieme di regole di conflitto per l'individuazione della legislazione applicabile che, se nel testo del reg. 1408/71 si presentava complesso e irregolare, oggi risulta invece semplificato a mezzo dell'aggiornamento di cui al Titolo II del reg. n. 883/2004. La regola generale è quella della *lex loci laboris* per i lavoratori subordinati e autonomi, mentre per le persone non attive è la legge dello Stato di residenza, fermo restando quelle eccezioni concepite allo scopo di evitare difficoltà burocratiche per imprese e lavoratori, come ad esempio nei casi dei lavoratori distaccati fino ad un periodo di 24 mesi, dei frontalieri e dei marittimi. Il principio di esportabilità delle prestazioni si fonda sull'abolizione delle clausole di residenza, in seguito alla quale le prestazioni in denaro dovute a titolo della legislazione di uno o più Stati membri non sono più soggette a riduzioni, modifiche, sospensioni o soppressioni per il fatto che il beneficiario o i familiari risiedano in uno Stato membro differente da quello in cui si trova l'istituzione competente (art. 7 reg. n. 883/04). In questo modo si assicura il mantenimento dei diritti a prestazioni di un lavoratore in mobilità sul territorio dell'Unione, anche se talvolta, in riferimento a prestazioni di natura speciale che siano collegate all'ambiente economico e sociale, la legislazione dello Stato può condizionare la fruizione del beneficio alla residenza sul proprio territorio. Un esempio sono le prestazioni di disoccupazione, la cui esportabilità al di fuori del territorio dello

Stato competente è limitata a tre mesi, prorogabili a sei in virtù della nuova previsione di cui all'art. 64 del reg. n. 883/04. Ma la deroga più importante è rappresentata dalle prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo, con le quali l'art. 70 reg. n. 883/04 intende quelle prestazioni previste dalla legge statale che hanno caratteristiche tanto della legislazione in materia di sicurezza sociale, quanto di quella relativa all'assistenza sociale. Queste prestazioni sono erogate esclusivamente nello Stato membro in cui l'interessato risiede, secondo la sua legislazione e da parte dell'istituzione competente. Il coordinamento dei sistemi nazionali dipende, infine, dall'attivazione dei meccanismi di totalizzazione, che consistono nel cumulo dei periodi assicurativi diacronici maturati sotto la legislazione di ciascun Stato membro ai fini dell'acquisizione e del mantenimento del diritto alle prestazioni, nonché del calcolo di queste. Tali meccanismi assicurano al lavoratore il riconoscimento del diritto a prestazioni da parte dello Stato membro competente, quand'anche secondo la sua legislazione l'interessato non avesse maturato i presupposti per il godimento del diritto, in quanto attraverso la totalizzazione, ai periodi assicurativi maturati sotto la legislazione dello Stato competente si aggiungono quelli compiuti sotto le legislazioni degli altri Stati membri. Tuttavia si richiede affinché sia possibile la totalizzazione dei periodi assicurativi, l'esistenza di un periodo minimo di assicurazione pari ad un anno, per cui i periodi inferiori all'anno maturati al di fuori dello Stato competente saranno da questo presi in considerazione solo per il calcolo della prestazione (art. 57 reg. n. 883/04).

È da considerare il quinto pilastro dell'architettura della coordinazione delle legislazioni nazionali, così come ristrutturata

dalla nuova disciplina, la cooperazione amministrativa, la quale si rivela assolutamente necessaria per far convivere 31 sistemi nazionali di sicurezza sociale. A tal proposito, oltre alla creazione di un nuovo organismo di raccordo tra i diversi paesi dell'Unione, la Commissione amministrativa per la coordinazione dei sistemi di sicurezza sociale, che svolge una funzione di orientamento e di risoluzione dei conflitti tra i diversi Stati membri, il regolamento n. 883/04 chiama le istituzioni statali competenti alla massima disponibilità nei confronti dei cittadini che richiedano informazioni e assistenza. Inoltre è stato dato avvio al processo di informatizzazione dei flussi di informazioni tra le diverse istituzioni nazionali attraverso il progetto EESSI (Electronic Exchange of Social Security Information). Tale progetto mira a sostituire gradualmente i formulari e i moduli cartacei con documenti elettronici strutturati, per favorire lo scambio informatico, accelerare i processi decisionali e abbattere i tempi necessari per il calcolo e la liquidazione delle prestazioni. Il progetto è in fase di sperimentazione in 6 paesi dell'Unione, tra cui l'Italia, per un periodo di 24 mesi dall'entrata in vigore del regolamento n. 833/2004.

Il campo di applicazione soggettiva della disciplina di coordinamento risulta sensibilmente ampliato dai nuovi regolamenti, i quali hanno realizzato quel processo di universalizzazione soggettiva della normativa avviato da molti anni dalla giurisprudenza europea. Come precisa il primo considerando del reg. 883/04, le norme di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale nazionali s'iscrivono nell'ambito della libera circolazione non solo dei lavoratori, ma delle persone *tout court*, per tanto all'art. 2 s'individuano quali destinatari della normativa di

riferimento non più i soli lavoratori, bensì tutti i cittadini di uno Stato membro, gli apolidi e i rifugiati residenti in uno Stato membro, nonché i loro familiari o superstiti. Anche il legislatore ha così concesso l'applicazione della disciplina di coordinamento alla categoria dei soggetti non attivi, ma a patto che, trattandosi di cittadini europei residenti in uno Stato diverso da quello di appartenenza, abbiano diritto di soggiorno. Ai sensi dell'art. 7 della direttiva 38/2004 che ha modificato la direttiva 90/364/CE, il cittadino europeo per poter beneficiare del soggiorno in un paese diverso da quello di appartenenza per un periodo superiore a tre mesi, deve in primo luogo disporre di un'assicurazione di malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante, nonché deve disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il soggiorno. Tuttavia la Corte di Giustizia, perseverando nell'intento di generalizzazione della disciplina di coordinamento, ha talvolta riconosciuto alcuni benefici previdenziali anche a persone non attive carenti, al momento della domanda, dei requisiti di cui all'art. 7 della direttiva n. 38/2004. Precisamente il giudice comunitario ha ritenuto che il diritto di soggiorno non può essere revocato automaticamente dalle autorità nazionali a seguito della richiesta di un sostegno temporaneo dell'assistenza sociale. Anzi questo deve essere riconosciuto dall'istituto competente al cittadino che per un certo numero di anni ha beneficiato del diritto di soggiorno senza gravare sul sistema di sicurezza sociale dello Stato ospitante, ma che per un periodo di tempo definito richieda una certa provvidenza (casi *Martinez Sala*, *Grzelczyk*). Il processo di universalizzazione soggettiva continua con il regolamento n. 1231 del 24 novembre

2010, che ha esteso i regolamenti n. 883/2004 e n. 987/2009 ai cittadini di Paesi terzi cui tali regolamenti non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità, nonché ai loro familiari e superstiti. A tal fine è necessario che questi risiedano legalmente nel territorio di uno Stato membro e abbiano fruito del diritto alla libertà di circolazione sul territorio dell'Unione.

Non vi è stata eguale estensione dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina di coordinamento, giacché il regolamento n. 883/04 ha aggiunto alle prestazioni di malattia, di maternità, alle prestazioni di invalidità, di vecchiaia, per infortunio sul lavoro e malattie professionali, di disoccupazione, assegni in caso di morte, alle prestazioni e assegni familiari per disoccupati, prestazioni per figli a carico di titolari di pensioni o rendite e prestazioni per orfani, già contemplate all'art. 3.1 del regolamento 1408/71, le prestazioni di prepensionamento (ma solo di fonte legale e con discutibile esclusione del principio di aggregazione) e quelle di paternità che vengono assimilate a quelle di maternità. Restano invece, ancora escluse dal campo di applicazione della normativa le prestazioni assistenziali in genere, l'assistenza sanitaria, le prestazioni in favore delle vittime di guerra, anche se tale esclusione va a ridimensionare se non addirittura contraddire le suddette finalità ampliative della disciplina alla categoria delle persone non attive. Riguardo ai sistemi di previdenza complementare, il regolamento n. 1408/71, menzionava soltanto i regimi legali, con esclusione di quelli complementari o integrativi istituiti su base convenzionale, determinando un forte impedimento alla libera circolazione dei lavoratori. Per questo, notevole rilievo ha avuto la direttiva 98/49/CE che, con l'obiettivo di salvaguardare i diritti a pensione complementare dei lavoratori subordinati ed

autonomi che si spostano sul territorio dell'Unione europea, impone agli Stati membri di assicurare il mantenimento dei diritti a pensione maturati dagli iscritti ad un regime pensionistico complementare, nei confronti dei quali non vengono più versati contributi per il fatto di spostarsi in uno Stato membro diverso.

La libera prestazione di servizi nell'Unione europea e il distacco transnazionale. La realizzazione del mercato interno vieta ogni restrizione alla libera prestazione di servizi, dalla quale possa derivare pregiudizio ai cittadini stabiliti nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di destinazione dei servizi (art. 56 TFUE, già art. 49 TCE). In tal modo viene offerta la possibilità per la prestazione di servizi transnazionali, inducendo le imprese a distaccare temporaneamente all'estero i loro dipendenti per eseguire il lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello dove sono abitualmente occupati. Tuttavia la transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro esige un controllo rigoroso da parte delle istituzioni europee e nazionali al fine di garantire la leale concorrenza tra le imprese e il rispetto dei diritti dei lavoratori sul territorio dell'Unione, contro l'espansione di fenomeni di dumping sociale. Per questo i problemi che nascono in ordine all'individuazione della legislazione applicabile al rapporto di lavoro e del sistema di sicurezza sociale nazionale competente, vanno risolti in maniera tale da evitare che il lavoratore venga privato dei diritti fondamentali che gli spetterebbero nel caso in cui esercitasse la sua prestazione sul territorio dello Stato in cui abitualmente è impiegato. La disciplina che si applica al rapporto di lavoro nell'ambito di un distacco transnazionale è contenuta nella direttiva 96/71/CE, che pone come obiettivo quello di imporre l'applicazione obbligatoria delle condizioni di lavoro riguardanti le

materie di cui all'art. 3, par. 1 della direttiva, che sono assicurate dalla legislazione dello Stato in cui il lavoratore esegue la sua prestazione temporanea. Tali condizioni concernono l'orario di lavoro, la durata minima delle ferie, le tariffe minime salariali, la sicurezza e l'igiene sul lavoro, il divieto di ogni discriminazione e le condizioni di cessione temporanea di lavoratori e rappresentano quel nocciolo duro di regole di protezione minimale del lavoro, che va assolutamente garantito. Le disposizioni applicabili in materia di prestazioni e contributi previdenziali e assistenziali sono invece contenute nel regolamento n. 883/04 all'art. 12, il quale stabilisce, in deroga al principio della *lex loci laboris*, che il lavoratore distaccato sul territorio di uno Stato membro diverso da quello ove ha sede l'impresa distaccante, rimane soggetto alla legislazione di quest'ultimo Stato, a condizione che il distacco non superi i 24 mesi. In questo modo la normativa europea preserva le imprese e i lavoratori dalle complicazioni amministrative che deriverebbero da un duplice cambiamento di sistema, prima per passare a quello del luogo di lavoro temporaneo, poi per ritornare al sistema del luogo di lavoro abituale. Questa previsione ha dato, però, origine a pratiche fraudolente di distacco transnazionale, perché consente alle imprese di aggirare la normativa previdenziale dello Stato in cui hanno sede, stabilendo una delle loro società sul territorio di uno Stato diverso, dove i costi del lavoro sono chiaramente ridotti. In questo modo le imprese regolarizzano le assunzioni di personale nella sede secondaria e poi lo distaccano presso quella principale, impegnandosi a rispettare il limite temporale previsto dalla regolamentazione europea, affinché venga mantenuta la competenza del regime di sicurezza sociale dello Stato di assunzione. Al riguardo è intervenuta la Corte di Giustizia europea

che ha fissato dei criteri di individuazione dei “falsi distacchi”, per smascherare l’uso fraudolento dell’istituto, considerando, però, che per perseguire tale obiettivo è sempre necessaria la cooperazione tra gli Stati membri, i quali devono vigilare sul rispetto delle condizioni di lavoro da parte delle imprese.

Capitolo I

La libertà di circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione europea

1. La normativa europea sulla libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini dell'Unione.

L'art. 18 del TFUE (già art. 12 TCE) sancisce il principio di non discriminazione fondata sulla nazionalità, imponendone il rispetto nel campo di applicazione dei Trattati e senza pregiudizio delle disposizioni particolari da questi previste. Tale principio costituisce il fondamento del diritto alla libertà di circolazione delle persone, nella misura in cui assicura a ciascun cittadino dell'Unione la possibilità di spostarsi da uno Stato membro all'altro senza ricevere un trattamento discriminatorio a ragione della sua diversa nazionalità. L'art. 21 TFUE (già art. 18 TCE) riconosce espressamente ad ogni cittadino il diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, invitando le istituzioni europee a promuovere ove necessario le azioni destinate a porre in essere tale obiettivo. Tali sono state l'adozione del regolamento CEE n. 1612/68 relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, della direttiva 68/30/CEE relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie; della direttiva

73/148/CEE in materia di stabilimento e di prestazione di servizi; della direttiva 90/364/CEE sul diritto di soggiorno; della direttiva 90/365/CEE sul diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale e della direttiva 93/96/CEE sul diritto di soggiorno degli studenti. Tali testi legislativi hanno costituito la disciplina in materia, fino all'entrata in vigore della direttiva 38/2004 la quale, ritenendo necessaria un'opera di codificazione degli strumenti comunitari vigenti, al fine di rafforzare il diritto di libera circolazione e soggiorno di tutti i cittadini dell'Unione, ha parzialmente modificato il testo del reg. n. 1612/68 e abrogato tutti gli altri. Fino ad allora la disciplina si presentava divisa per settori, giacché trattava separatamente dei lavoratori subordinati, dei lavoratori autonomi, degli studenti e degli altri soggetti inattivi, senza che si accordasse al cittadino di ciascun Stato membro uno status unitario indipendentemente dall'attività svolta ovvero dal tipo. In realtà prima che intervenissero le direttive del '90, il diritto derivato si limitava a disciplinare la libertà di circolazione delle sole persone attive, considerato che la mobilità della manodopera nella Comunità contribuiva nel contempo a soddisfare le necessità dell'economia degli Stati membri. La libertà di circolazione delle persone, di fatti, prima di assumere una valenza sociale ha avuto un significato economico, essendo stata considerata quale mezzo necessario insieme alla libertà di circolazione delle merci, dei capitali e dei servizi, per l'attuazione del mercato unico europeo. I lavoratori sono stati concepiti come fattori di produzione dei quali andava assicurato il libero scambio all'interno dell'Europa, consentendo così alle imprese di assumere lavoratori di nazionalità diversa senza

vincoli o condizioni, a patto che riservassero loro lo stesso trattamento previsto per i lavoratori nazionali.

Con il Trattato di Maastricht del 1991 l'introduzione del concetto di "cittadinanza europea", per cui ciascun cittadino di uno Stato membro è cittadino dell'Unione (art. 20 TFUE, già art. 17 TCE) ha donato nuova forza al diritto di circolazione delle persone, dal momento che il riconoscimento della cittadinanza europea accomuna tutti i cittadini degli Stati membri, neutralizzando le differenze costituite dalla nazionalità e conferisce a "ciascun cittadino dell'Unione il diritto primario e individuale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri" (v. 1 *Considerando* della direttiva 38/2004).

La cittadinanza europea va a costituire, così, uno status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che attribuisce a ciascuno di essi i diritti e i doveri previsti dal Trattato, tra cui il diritto alla libertà di circolazione e di soggiorno, senza contare se si tratti di persona attiva o inattiva.

In primo luogo la direttiva n. 38/2004 sancisce all'art. 4 il diritto di uscita dal territorio di uno Stato membro a ciascun cittadino dell'Unione che intenda recarsi in un altro Stato membro per qualunque scopo anche non legato all'esercizio di un'attività lavorativa, con il solo limite del possesso di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità. Nessun visto di uscita o altra formalità equivalente può essere imposto a tal fine dagli Stati membri.

In secondo luogo la direttiva riconosce a ciascun cittadino il diritto di soggiornare nello Stato membro ospitante fino a tre mesi, senza alcuna condizione che non sia il possesso di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità (art. 4.1). Per soggiorni superiori a

tre mesi, gli Stati membri possono chiedere l'iscrizione del cittadino dell'Unione presso le autorità competenti del luogo di residenza, con rilascio di un attestato di iscrizione, fermo restando che il diritto individuale di soggiornare in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza è conferito direttamente dal Trattato e non deriva dall'espletamento delle formalità amministrative richieste. L'art. 25 della direttiva, di fatti, specifica che il possesso dei documenti di soggiorno non può essere assolutamente un prerequisito per l'esercizio del diritto, in quanto la qualità di titolare può essere dimostrata con qualsiasi altro mezzo di prova ammesso dallo Stato ospitante.

Tuttavia per i periodi di soggiorno superiori a tre mesi, condizioni aggiuntive sono imposte ai cittadini inattivi, ai quali la direttiva richiede di disporre, per loro stessi e i loro familiari, di risorse economiche sufficienti e di un'assicurazione di malattia. In tal modo si vuole evitare che il cittadino in mobilità e la sua famiglia divengano un onere eccessivo a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

Come espressamente stabilito dall'art. 14.3 della direttiva 38/2004, il ricorso da parte del cittadino dell'Unione al sistema di assistenza sociale non giustifica automaticamente un provvedimento di allontanamento. In tal senso si è espressa più volte la Corte di Giustizia, secondo la quale lo Stato ospitante, prima di disporre l'allontanamento del cittadino straniero, dovrebbe esaminare innanzitutto se si tratta di difficoltà temporanee, prendere in considerazione la durata del soggiorno fino a quel momento, nonché la situazione personale del cittadino e l'ammontare del beneficio concesso (Corte di Giustizia 20 settembre 2001, C-184/99

Grzelczyk; 12 maggio 1998, C-85/96 *Martinez Sala*; 7 settembre 2004, C-456/02 *Trojani*).

Ai fini di un'integrazione reale da parte del cittadino straniero sul territorio dello Stato ospitante, è previsto che il cittadino dell'Unione che abbia soggiornato legalmente per cinque anni nello Stato membro ospitante acquisti il diritto al soggiorno permanente in detto Stato, senza essere soggetto alle condizioni previste dal capo III della direttiva 38/2004 per il soggiorno temporaneo (art. 16). Tale diritto si acquisisce in virtù di un soggiorno continuativo, laddove sono ammesse senza pregiudizio solo assenze temporanee che non superino complessivamente i sei mesi all'anno, ovvero assenze giustificate dall'assolvimento di obblighi militari anche se superiori al predetto periodo, assenze dovute allo stato di maternità o gravidanza, malattia grave, studio, aggiornamento professionale o distacco per motivi di lavoro che non superino al massimo i dodici mesi consecutivi. Una volta acquisito, il diritto di soggiorno permanente non dovrà essere soggetto ad alcuna condizione per il suo esercizio, salvo il caso di perdita in seguito ad assenze consecutive di due anni dallo Stato ospitante. La prova della continuità del soggiorno può essere data con qualsiasi mezzo ammesso dallo Stato ospitante, ai fini del rilascio del documento che attesta l'acquisizione del diritto.

Un regime di favore è previsto per i lavoratori che hanno svolto un'attività subordinata o autonoma nello Stato ospitante, in quanto l'art. 17 della direttiva consente, in deroga all'art. 16, l'acquisizione del diritto al soggiorno permanente prima del compimento del periodo continuativo di 5 anni. Tale deroga ha effetto se nel momento in cui cessa l'attività, il lavoratore ha raggiunto l'età prevista dalla legislazione dello Stato ospitante per il

conseguimento del diritto a pensione di vecchiaia, ovvero se l'attività cessa in seguito a pensionamento anticipato, avendo lavorato almeno negli ultimi dodici mesi precedenti e avendo soggiornato nello Stato ospitante per oltre tre anni consecutivi. Laddove la legislazione dello Stato interessato non preveda per i lavoratori autonomi un regime pensionistico di vecchiaia, allora la deroga ha effetto a partire dal compimento dei 60 anni.

Per i lavoratori che hanno cessato la loro attività in seguito ad una sopravvenuta incapacità lavorativa permanente, il diritto al soggiorno permanente è acquisito in via anticipata se hanno soggiornato per un periodo continuativo di oltre due anni, a meno che l'incapacità al lavoro non sia dovuta a infortunio sul lavoro o malattia professionale in virtù dei quali il lavoratore percepisce un'indennità a carico del regime pensionistico dello Stato ospitante, nel qual caso non è richiesto un periodo di soggiorno minimo antecedente. Dopo un soggiorno continuativo di tre anni, lo stesso vantaggio è riconosciuto al lavoratore il quale eserciti un'attività subordinata o autonoma in un altro Stato membro, ma continui a soggiornare nel territorio dello Stato ospitante, facendovi ritorno ogni giorno o almeno una volta alla settimana.

Il diritto di circolazione può subire restrizioni solo per motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica secondo quanto espressamente previsto dall'art. 45.3 TFUE (già art. 39 TCE) e recepito dall'art. 27 della direttiva. Tali motivi vanno intesi in senso assolutamente restrittivo, tanto è vero che la stessa norma, sulla spinta del giudice europeo, ribadisce che non possono essere adottati per fini economici. Ad ogni modo eventuali misure limitative per ragioni di ordine pubblico, vanno adottate nel rispetto del principio di proporzionalità, giammai per motivi legati ad un

generico rischio di pericolosità sociale, ma esclusivamente in relazione ad un comportamento personale del cittadino che rappresenti una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da recare pregiudizio ad un interesse fondamentale dello Stato. Per tanto il provvedimento di allontanamento del cittadino di un altro Stato membro non può mai discendere da una politica di prevenzione generale, né generare in via diretta da una condanna penale, ma può solo costituire un mezzo per la rimozione di un pericolo effettivo, laddove provvedimenti simili restrittivi della libertà di circolazione sono adottati anche nei confronti dei cittadini nazionali che abbiano avuto la medesima condotta (Corte di Giustizia 28 ottobre 1975, C-36/75 *Rutili*).

Sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, la quale ritiene necessario bilanciare le esigenze di ordine pubblico con quelle d'integrazione del cittadino straniero nello Stato membro ospitante, la direttiva ha espressamente previsto che prima dell'adozione di un provvedimento di allontanamento dal suo territorio, lo Stato deve tener conto della situazione complessiva in cui versa l'interessato, con riguardo all'età, al suo stato di salute, alla situazione familiare ed economica, al fine di conoscere il grado di inserimento dello stesso nella realtà sociale e culturale del paese ospitante e il legame con il suo paese d'origine. A riguardo va detto che a seconda della durata del soggiorno, cambia la misura in cui si consentono restrizioni alla libertà di circolazione, giacché se è acquisito il diritto al soggiorno permanente, il cittadino potrà essere allontanato solo se i motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza risultano gravi; mentre se il soggiorno perdura da dieci anni si richiedono motivi imperativi di sicurezza pubblica definiti dallo Stato membro.

Secondo l'art. 29 della direttiva, una misura di allontanamento può essere adottata per motivi di sanità pubblica, solo in vista di un pericolo di epidemia derivante da malattie individuate dall'Organizzazione mondiale della sanità, ovvero quando si tratti di altre malattie infettive o parassitarie contagiose, che abbiano comunque generato disposizioni di protezione applicate anche ai cittadini nazionali. In ogni caso se tali malattie dovessero generarsi dopo un periodo di tre mesi dall'arrivo, l'allontanamento non è giustificato.

La direttiva ha predisposto una serie di garanzie procedurali in modo da assicurare da un lato un certo grado di tutela dei cittadini europei in caso di diniego d'ingresso o di soggiorno in uno Stato membro diverso da quello di appartenenza, dall'altro il rispetto del principio dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi (v. *considerando 25* direttiva n. 38/04). Innanzitutto l'art. 30 richiede che ogni provvedimento adottato per motivi di ordine pubblico o pubblica sicurezza sia notificato per iscritto, in maniera tale che sia assicurata la conoscenza del contenuto e del significato da parte dell'interessato. Il provvedimento deve essere motivato, affinché gli si possa garantire la possibilità effettiva di difendere i propri diritti e impugnare il provvedimento innanzi agli organi giurisdizionali o all'autorità amministrativa, indicati nella notifica insieme al termine per l'impugnazione. I mezzi di impugnazione garantiscono il vaglio della legittimità del provvedimento, nonché l'esame dei fatti e delle circostanze che hanno giustificato l'adozione alla luce del principio fondamentale della proporzionalità; lo Stato può disporre l'allontanamento dell'interessato dal suo territorio con efficacia immediata, salvo la richiesta di sospensione dell'esecuzione del provvedimento, in virtù della quale lo Stato sarà

chiamato ad attendere l'esito della pronuncia da parte degli organi competenti. Tuttavia nel corso del procedimento lo Stato non può impedire all'interessato di presenziare personalmente a difesa dei suoi diritti, a meno che la sua presenza non provochi gravi turbative all'ordine pubblico o alla pubblica sicurezza, ovvero il provvedimento abbia ad oggetto il diniego d'ingresso. Riguardo al provvedimento che dispone il divieto d'ingresso nel territorio dello Stato, la direttiva s'impegna ad assicurare che l'efficacia di tale provvedimento sia limitata nel tempo, dal momento che consente dopo un certo periodo, la cui congruità sia determinata in base alle circostanze e sia comunque superiore ai tre anni, la possibilità per l'interessato di agire per ottenere la revoca del diniego d'ingresso, dimostrando l'avvenuto mutamento delle circostanze che hanno dato origine al provvedimento.

Il rifiuto, l'estinzione o la revoca del diritto di soggiorno può derivare anche da abuso del diritto stesso o da frode, quale ad esempio l'accordo di un matrimonio fittizio, contratto al solo fine di fruire della disciplina della direttiva.

2. Il campo di applicazione della disciplina

La normativa europea in tema di libera circolazione e diritto di soggiorno presenta aspetti più vantaggiosi per i lavoratori. Ad essi sono dedicate, in via esclusiva, le norme del Trattato di cui agli artt. 45-48, il regolamento n. 1612/68, nonché quell'insieme di disposizioni della direttiva 38/2004 che in via diretta o attraverso un meccanismo derogatorio, disciplinano con maggior favore l'esercizio dei diritti del lavoratore rispetto a quelli del cittadino economicamente inattivo.

Per tale motivo diviene fondamentale individuare l'esatta definizione di lavoratore ai fini dell'applicazione della disciplina europea, sebbene né il Trattato né il diritto derivato ne abbiano fornito una. All'uopo è intervenuta la Corte di Giustizia, la cui giurisprudenza dà continuamente prova di essere fondamentale per la risoluzione dei nodi interpretativi della normativa europea e che sul punto è giunta a risultati oramai consolidati nel tempo.

Il giudice europeo ritiene che la definizione di lavoratore vada individuata al di là delle nozioni proprie dei diritti nazionali, piuttosto va ritrovata nel diritto europeo, altrimenti gli Stati sarebbero messi nelle condizioni di poter variare la portata della definizione, escludendo in via discrezionale alcune categorie di persone dai benefici concessi (v. Corte di Giustizia 19 marzo 1964, C-75/63, *Unger*).

Ancora la Corte, per accordare maggior ampiezza al campo di tutele, stabilisce che le nozioni di lavoratore e di attività di lavoro dipendente non vanno interpretate in senso restrittivo, anzi vanno riconosciute secondo il significato che *correntemente* si attribuisce (Corte di Giustizia 23 marzo 1982, C-53/81, *Levin*). In particolare il giudice ha estrapolato tre criteri identificativi, rappresentanti il minimo comune denominatore della nozione di "attività di lavoro subordinata" di tutti gli Stati membri: svolgimento di una prestazione lavorativa, in condizione di subordinazione, dietro pagamento di una retribuzione. Nel caso *Lawrie-Blum* la Corte ha stabilito che la caratteristica essenziale di un rapporto di lavoro subordinato è determinata dal fatto che "una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione" (Corte di Giustizia 3 luglio 1986, C-66/85),

indipendentemente dalla natura privata o pubblica del datore di lavoro (ma v. l'art. 45.4 TFUE sull'impiego nelle pubbliche amministrazioni) e a prescindere dalla tipologia di lavoro flessibile. La disciplina sulla libera circolazione si applica anche ai *part-timers*, quand'anche non percepiscano, in ragione del tempo di lavoro, una retribuzione adeguata al minimo vitale, secondo gli usi dello Stato dove si svolge la prestazione (Corte di Giustizia 23 marzo 1982, *Levin* cit.); si applica ai lavoratori a termine, indipendentemente dalla brevità della durata del rapporto, (in *Ninni-Orasche* la Corte di Giustizia ha riconosciuto la qualità di lavoratore dipendente al prestatore che ha lavorato in virtù di un contratto di lavoro di due mesi e mezzo, 6 novembre 2003, C-413/01); ai tirocinanti che siano retribuiti (Corte di Giustizia, 26 febbraio 1992, *Bernini*); ad un ricercatore che prepara un dottorato e beneficia a tal fine di una borsa di studio (Corte di Giustizia, 17 luglio 2008, *Roccanelli*).

La Corte ha giudicato, invece, non riconducibile ad una prestazione di lavoro subordinato ai fini della disciplina sulla libertà di circolazione, quelle “*attività talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie*” per il numero assai esiguo di ore svolte (Corte di Giustizia 23 marzo 1982, *Levin*; 26 febbraio 1992 *Raulin*), nonché quelle attività che rappresentano “*solo uno strumento per la rieducazione o il reinserimento degli interessati*” (Corte di Giustizia, 31 maggio 1989, *Bettray*, secondo la quale la disciplina sulla libertà di circolazione non è applicabile in favore di chi svolge un'attività lavorativa nell'ambito di un programma di recupero di tossicodipendenti finanziato con fondi pubblici). Un orientamento più aperto della Corte si riscontra nel caso *Steymann*, laddove ha riconosciuto la qualità di lavoratore subordinato a chi

abbia fornito la propria attività presso una comunità religiosa, in cambio del proprio sostentamento (Corte di Giustizia, 15 ottobre 1988, C-196/87), così come nel caso *Trojani*, (Corte di Giustizia, 7 settembre 2004, C-456/02), nel quale precisa che, anche se una persona svolga una prestazione lavorativa nell'ambito di un progetto di reinserimento a favore di un centro di accoglienza, va comunque verificato il carattere reale ed effettivo dell'attività subordinata ai fini dell'applicazione dell'art. 39 TCE. Tale valutazione spetta ai giudici nazionali, i quali godono così di ampia discrezionalità, derivando dall'esito dell'esame dei fatti in sede di giudizio di merito, l'applicazione del diritto di circolazione dei lavoratori. La Corte di Giustizia, però, in una sentenza relativa alla nozione di lavoratore nel quadro della convenzione CEE-Turchia, ha fornito delle indicazioni al giudice nazionale per l'esatta individuazione del rapporto di lavoro: è da prendere in considerazione a tal fine l'orario di lavoro, la retribuzione, il diritto a congedi retribuiti, la conservazione della retribuzione in caso di malattia, l'applicazione al rapporto di lavoro di un contratto collettivo e, infine, la durata del rapporto di lavoro (Corte di Giustizia 4 febbraio 2010, C- 14/09 *Genc*).

Un'importante considerazione discende dal dettato normativo dell'art. 1 del regolamento n. 1612/68, il quale dispone che “*ogni cittadino di uno Stato membro (...) ha il diritto di accedere ad un'attività subordinata*”. Da tanto si evince che ai fini dell'applicabilità delle regole sulla libera circolazione non è necessario che il cittadino sia identificato quale lavoratore subordinato nello Stato di provenienza, potendo recarsi in uno Stato diverso proprio per cercare un impiego. Infatti l'art. 45 TFUE prevede che si possa esercitare il diritto di circolazione per

rispondere ad offerte di lavoro effettive. In tal senso si è orientato il giudice europeo nel corso del tempo, stabilendo che il cittadino di uno Stato membro che si rechi presso un altro Stato membro in cerca di occupazione, non può essere allontanato se dà prova di essere alla ricerca di un posto di lavoro e vi sia la possibilità concreta di trovarlo (Corte di Giustizia 26 febbraio 1991, C-292/89; 26 maggio 1993, C-171/91; 20 febbraio 1997, C-344/95; 23 marzo 2004, *Collins*).

Nella direttiva 38/2004, all'art. 14.4 lett. b) il legislatore europeo ha recepito alla lettera l'orientamento della Corte di Giustizia, tra l'altro l'esercizio del diritto alla libertà di circolazione dei lavoratori perderebbe di utilità, se si escludessero dal novero dei destinatari della disciplina i cittadini in cerca di lavoro. Anzi il fenomeno migratorio da sempre è stato indotto dalla ricerca di un'occupazione e la costruzione di un mercato unico senza frontiere non deve far altro che agevolare tali spostamenti, sebbene nei limiti in cui il cittadino e la sua famiglia non diventino un onere eccessivo per l'assistenza sociale del paese ospitante. La direttiva, quindi, prende in considerazione la situazione del cittadino dell'Unione che si sposta da un paese all'altro dell'Unione per cercare un posto di lavoro e a questi riconosce il mantenimento del diritto di soggiorno temporaneo, anche oltre il superamento dei tre mesi, purché dimostri di essere alla ricerca effettiva di un'occupazione e vi siano buone possibilità di trovarla. Lo stesso ha diritto, ai sensi dell'art. 24.1, alla parità di trattamento rispetto ai cittadini nazionali, tuttavia lo Stato ospitante non è tenuto a concedere, prima dell'acquisizione al diritto di soggiorno permanente, aiuti di mantenimento agli studi o di sostegno alla formazione professionale consistenti in borse di studio o prestiti per studenti. Diversamente la Corte di Giustizia si è

pronunciata per le prestazioni economiche a sostegno della ricerca di un impiego, le quali non possono essere escluse dall'applicazione del divieto di discriminazione tra cittadini stranieri e nazionali, in ragione dell'istituzione della cittadinanza europea, ma tali prestazioni sono condizionate all'esistenza di un legame reale dell'interessato con il mercato del lavoro dello Stato ospitante, la cui prova viene valutata ancora una volta dai giudici nazionali (Corte di Giustizia 23 marzo 2004, C-138/02, *Collins*; 2 luglio 2002, *D'Hoop*).

La tendenza estensiva della nozione di lavoratore ai fini della normativa sulla libertà di circolazione porta a ricomprendere al suo interno anche il cittadino europeo il rapporto di lavoro è cessato. L'art. 7.3 della direttiva, recependo la giurisprudenza della Corte, ha stabilito che il cittadino dell'Unione che abbia cessato l'esercizio di un'attività di lavoro autonomo o subordinato conserva tuttavia la qualità di lavoratore nel caso divenga temporaneamente inabile al lavoro a seguito di malattia o infortunio, ovvero si trovi in condizione di disoccupazione involontaria debitamente provata, nel qual caso mantiene la qualità di lavoratore senza limiti di tempo se si trova ad aver lavorato precedentemente per oltre un anno e si sia registrato presso l'ufficio di collocamento competente per la ricerca di un'occupazione; invece si considera ancora lavoratore per un periodo limitato di tempo che non può essere inferiore a sei mesi, chi abbia terminato un contratto a tempo determinato di durata inferiore ad un anno o il cui rapporto di lavoro sia cessato nel corso dei dodici mesi e si sia registrato presso gli uffici di collocamento, ovvero chi segua un corso di formazione professionale, per tutta la durata dello stesso, che sia collegato all'attività precedentemente svolta, salvo l'ipotesi in cui il cittadino si trovi in situazione di

disoccupazione involontaria. Nel caso in cui la condizione di disoccupazione non sia involontaria, il diritto al soggiorno non può più essere mantenuto dal cittadino disoccupato a titolo di lavoratore. In questo caso l'interessato, dal momento che non ha acquistato il diritto al soggiorno permanente, può continuare a soggiornare nel territorio dello Stato ospitante alle condizioni di cui alla lett. b) dell'art. 7.1, ossia se dispone di risorse economiche sufficienti e di un'assicurazione di malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante.

Va ricordato che ai fini dell'acquisto del diritto al soggiorno permanente, tutti i periodi di disoccupazione involontaria, debitamente comprovati dagli uffici competenti, nonché i periodi di sospensione del lavoro per motivi indipendenti dalla volontà del lavoratore sono considerati come periodi di occupazione (art. 17.1 direttiva 38/04).

3. La parità di trattamento tra i lavoratori degli Stati membri. La parità di accesso all'impiego.

Il diritto di libera circolazione richiede che sia assicurata di fatto e di diritto la parità di trattamento tra i lavoratori nazionali e i lavoratori stranieri per quanto riguarda l'accesso all'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro (art. 45 TFUE, già art. 39 TCE). L'affermazione di tale principio esaudisce un duplice fine, giacché da un lato assicura che i lavoratori stranieri non vengano discriminati rispetto ai lavoratori nazionali per tutto ciò che concerne l'esercizio stesso di un'attività di lavoro subordinato, dall'altro preserva i lavoratori nazionali dagli effetti svantaggiosi che potrebbero derivare dall'applicazione di condizioni di lavoro

peggiorative agli stranieri. I datori di lavoro, infatti, se avessero la possibilità di ridurre il livello delle tutele dei lavoratori migranti, limitando così i costi del lavoro, sarebbero indotti a preferirli nelle assunzioni rispetto ai lavoratori nazionali (v. Corte di Giustizia 4 aprile 1974, *Commissione v. Repubblica francese*).

Il principio di parità di trattamento viene ripreso all'art. 7.1 del regolamento n. 1612/68, secondo il quale il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio di un altro Stato membro, a causa della diversa nazionalità, un trattamento differente rispetto ai lavoratori nazionali per quanto riguarda le condizioni d'impiego e di lavoro. Un trattamento discriminatorio può dipendere non solo dall'applicazione della disciplina legale, regolamentare o amministrativa dello Stato ospitante, ma anche dall'applicazione di clausole contrattuali individuali e collettive che prevedano condizioni di lavoro differenti per i lavoratori stranieri, delle quali è prevista la nullità secondo l'art. 7.4, reg. n. 1612/68. Tale previsione è confortata dalla giurisprudenza della Corte nel caso *Walrave*, secondo la quale l'obbligo di non applicare condizioni di maggior sfavore ai lavoratori stranieri rispetto ai nazionali, grava non solo in capo agli Stati membri, ma va rispettato anche da tutti gli organismi suscettibili di incidere sulla disciplina del rapporto di lavoro del cittadino straniero (Corte di Giustizia, 12 dicembre 1974, C-36/74). Il giudice europeo riconosce, così, piena efficacia diretta verticale e orizzontale all'art. 45 TFUE (già art. 39 TCE), sottoponendo non solo i singoli Stati membri al rispetto della norma, ma censurando anche la condotta di soggetti privati che in qualche modo ostacolano il libero esercizio della libertà di circolazione (Corte di Giustizia 15 dicembre 1995, C-415/93, *Bosman*: la Corte condanna l'associazione calcistica che limitava la

possibilità dei club di ingaggiare calciatori professionisti stranieri; C-281/98, *Angonese*, nel quale la Corte ha giudicato lesivo della libertà di circolazione, il rifiuto di un datore di lavoro privato all'assunzione di un lavoratore straniero a causa della sua nazionalità).

Per riconoscere una portata massima alle disposizioni del Trattato in materia di libera circolazione dei lavoratori, il diritto derivato vieta non solo le discriminazioni direttamente fondate sulla nazionalità, ma anche le c.d. discriminazioni indirette, ben più frequenti nelle disposizioni legislative e nelle pratiche amministrative statali. Quest'ultime producono effetti discriminatori dissimulati dietro clausole che prescrivono trattamenti differenziati fondati non già direttamente sulla nazionalità, ma su condizioni che, apparentemente neutre, sono tuttavia più facilmente realizzabili da parte dei lavoratori nazionali. Per tanto hanno la stessa efficacia selettiva di una discriminazione diretta, sebbene applicabili senza distinzione di nazionalità. L'interpretazione estensiva del concetto di discriminazione fu adottata dalla Corte per la prima volta nel caso *Sotgiu* (Corte di Giustizia 12 febbraio 1974, C- 152/73). Un chiaro esempio di discriminazione indiretta è rappresentato dalle clausole di residenza, dal momento che è più facile che i non-residenti nel territorio dello Stato membro ospitante siano i non-nazionali (Corte di Giustizia 7 maggio 1998, C-350/96, *Clean car Autoservice*). Il fatto di essere lavoratori frontalieri, ossia lavoratori che eseguono la propria prestazione sul territorio di uno Stato diverso da quello di residenza, che normalmente è lo Stato di origine, non può giustificare un trattamento discriminatorio rispetto ai lavoratori nazionali residenti nello Stato membro ospitante (Corte di Giustizia, 27 novembre

1997, C-57/96, *Meints*). Un grande esempio di applicazione del divieto di discriminazioni indirette è rappresentato dal caso italiano dei lettori di lingua straniera impiegati nelle università: la Corte ha censurato la normativa italiana che limitava alla durata di un anno i contratti di lavoro dei lettori di lingua straniera, limitazione non prevista per tutti gli altri insegnanti, in considerazione del fatto che tali contratti sono stipulati per la maggior parte con lavoratori stranieri, generando così di fatto una discriminazione nei loro confronti rispetto a tutti gli altri insegnanti nazionali (Corte di Giustizia, 30 maggio 1989, C-33/88, *Allué*).

Il rispetto del principio di uguaglianza di trattamento porta, anche, a considerare i fatti sopravvenuti sul territorio di uno Stato membro come se fossero accaduti sul territorio dello Stato membro ospitante, esemplare è il caso *Ugliola*, nel quale la Corte ha preso in considerazione, ai fini del computo dell'anzianità di servizio, il periodo di servizio militare compiuto dal lavoratore migrante nel proprio paese d'origine, come se l'avesse compiuto nello Stato ospitante (Corte di Giustizia, 15 ottobre 1969, C-15/69).

L'adozione da parte di uno Stato membro di clausole indirettamente discriminatorie non subisce, tuttavia, una censura sistematica e automatica, potendo talvolta essere giustificata da motivazioni plausibili secondo il diritto europeo, in quanto commisurate all'obiettivo perseguito secondo il canone della proporzionalità (Corte di Giustizia 23 maggio 1996, C-237/94, *O' Flynn*). La valutazione circa la fondatezza delle motivazioni addotte alla base di un trattamento discriminatorio indiretto viene effettuata dal giudice europeo *a priori*, quindi guardando agli effetti che potenzialmente è in grado di produrre e non *a posteriori* in base alle

conseguenze discriminatorie prodotte, offrendo così una tutela molto più ampia contro ogni tipo di discriminazione.

Il regolamento 1612/68 si pone come obiettivo quello di assicurare di diritto e di fatto la parità di trattamento tra lavoratori migranti e lavoratori nazionali per tutto ciò che si riferisce all'esercizio stesso di un'attività subordinata e di eliminare tutti gli ostacoli alla libera mobilità dei lavoratori, specie favorendo il ricongiungimento familiare e l'integrazione della famiglia nella società dello Stato ospitante.

Il Titolo I della Parte I disciplina le condizioni necessarie per garantire la parità di accesso ad un'attività di lavoro subordinato conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali dello Stato ospitante. In primo luogo l'art. 1.2 dichiara che il lavoratore migrante gode della stessa precedenza riservata ai cittadini dello Stato nel quale si reca per accedere agli impieghi disponibili. A tal fine sono vietate tutte le disposizioni che limitano o subordinano la domanda e l'offerta d'impiego di lavoratori stranieri a condizioni non previste per i cittadini nazionali o che, sebbene applicabili senza distinzioni di nazionalità, hanno come effetto quello di escludere dall'accesso agli impieghi disponibili i cittadini degli altri Stati membri. L'art. 3.2, in particolare, vieta l'adozione di quelle disposizioni che rendono obbligatorio il ricorso a procedure di reclutamento di manodopera speciali per i lavoratori stranieri, che limitano l'offerta di impiego, ovvero subordinano l'accesso all'impiego a condizioni d'iscrizione agli uffici di collocamento, ostacolando il reclutamento nominativo, quando si tratta di lavoratori non residenti sul territorio dello Stato.

Ancora per favorire l'ingresso dei cittadini di uno Stato membro sul territorio di un altro Stato membro per intraprendervi un'attività lavorativa, il regolamento dispone la non applicazione nei confronti di quest'ultimi, delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che limitano per impresa, per ramo di attività o su scala regionale o nazionale, l'impiego di lavoratori stranieri (la Corte di Giustizia ha dato pronta applicazione alla disposizione nel caso *Commissione v. Repubblica francese*, C-167/73, laddove ha censurato una norma del *Code du travail maritime*, secondo la quale sulle navi battenti bandiera francese è necessario che una determinata percentuale dell'equipaggio fosse composta da cittadini francesi; lo stesso ha fatto nel caso *Bosman*, di cui *v. supra*); specifica che ogni volta che la legge subordina la concessione di taluni vantaggi alle imprese che impiegano una percentuale minima di lavoratori nazionali, i cittadini degli altri Stati membri devono essere computati come lavoratori nazionali (art. 4).

Il principio di parità di trattamento impone che i lavoratori appartenenti ad uno Stato membro diverso da quello che li ospita, ricevano la stessa assistenza, da parte degli uffici di collocamento, che viene offerta ai lavoratori nazionali (art. 5) e non siano sottoposti a test medici, professionali in ragione della loro diversa nazionalità, ai quali non siano obbligati i lavoratori nazionali che intendano esercitare la medesima attività (art. 6.1).

Da tali disposizioni si evince in definitiva la regola della priorità del mercato unico europeo del lavoro, tanto è vero che l'entrata in vigore del regolamento 1612/68 ha eliminato il possibile ricorso alla clausola di salvaguardia prevista dal regolamento n. 38/64.

Fondamentale per garantire un esercizio proficuo della libertà di circolazione è assicurare l'efficienza dei meccanismi di contatto e

di compensazione tra domanda e offerta di lavoro su tutto il territorio dell'Unione, attraverso una collaborazione diretta tra i servizi per l'impiego degli Stati membri. È necessario, infatti, che i cittadini di ciascun singolo paese europeo siano informati sulle condizioni di vita e di lavoro degli altri paesi, per orientarsi nella ricerca di un'occupazione e per rispondere ad offerte di lavoro provenienti dall'estero. L'art. 2 del regolamento 1612/68 garantisce ai lavoratori e ai datori di lavoro, cittadini europei, la possibilità di scambiare le loro domande e offerte d'impiego, di concludere contratti di lavoro e darvi esecuzione secondo i dettami della disciplina nazionale che si applica indipendentemente dalla nazionalità. Tale norma, tra l'altro, è stata invocata non solo dai lavoratori, ma anche dai datori di lavoro, al fine di occupare nello Stato membro in cui sono stabiliti, lavoratori non nazionali (Corte di Giustizia, 7 maggio 1998, C-350/96, *Clean Car Autoservice*; 11 gennaio 2007, C-208/05, *ITC*).

La Parte II del regolamento, così come modificata dal regolamento n. 2434/1992, disciplina le azioni per mettere in contatto e per compensare la domanda e l'offerta di lavoro, prevedendo a tal fine, all'art. 13, la collaborazione tra gli uffici competenti degli Stati membri e la Commissione. L'intento è quello di creare un unico canale di informazioni che passa attraverso gli uffici competenti di tutti gli Stati membri e della Commissione, al fine di diffondere le offerte di lavoro suscettibili di essere soddisfatte da cittadini di altri Stati membri e le richieste dei cittadini che abbiano dichiarato di voler impiegarsi in uno Stato diverso da quello di appartenenza. Il responsabile tecnico delle operazioni di compensazione e contatto della domanda e dell'offerta di lavoro, è l'Ufficio europeo di coordinamento, istituito dall'art. 21 del regolamento, le cui funzioni

sono puntualmente descritte all'art. 22. Questi è incaricato di tutti i compiti tecnici che gravano sulla Commissione in materia di compensazione delle offerte e delle domande d'impiego, fornendo una sintesi delle informazioni ricevute dai servizi nazionali specializzati, al fine di evidenziare gli elementi utili in merito alla possibile evoluzione del mercato del lavoro europeo.

Il divieto di discriminazioni tra lavoratori nazionali e lavoratori stranieri nell'accesso all'impiego può, tuttavia, subire dei temperamenti per tre ordini di ragioni: le conoscenze linguistiche; i diplomi o gli attestati di qualificazione professionale; l'impiego nelle pubbliche amministrazioni.

L'art. 3 del regolamento riconosce espressamente la legittimità delle clausole che subordinano l'accesso all'impiego, in ragione della sua natura, alla richiesta di conoscenze linguistiche. La Corte ha dato un'interpretazione della disposizione particolarmente restrittiva dal momento che ha stabilito che una tale limitazione alla libertà di accesso all'impiego possa essere giustificata solo dalla specifica natura dell'impiego offerto e dalle ragioni di ordine politico sottese. In tal senso il giudice europeo si è espresso nel caso *Groener*, ricorrendo ancora una volta al principio di proporzionalità quale mezzo indispensabile per limitare la portata della deroga alla libertà di circolazione. Si trattava di una normativa irlandese che richiedeva un certo grado di conoscenza della lingua ufficiale ai fini dell'accesso all'insegnamento negli istituti pubblici di formazione professionale; tale normativa s'inquadrava nell'ambito di una politica di promozione dell'uso della lingua gaelica come mezzo di espressione dell'identità nazionale, come tale indirizzata appunto agli insegnanti di istituti pubblici di formazione (Corte di Giustizia 28 novembre 1989, C-379/87).

Diversa è la questione delle qualificazioni professionali, laddove le regole per il rilascio degli attestati possono differire da uno Stato all'altro e ostacolare il loro mutuo riconoscimento. Per tale motivo già il regolamento 1612, all'art. 45, aveva previsto che la Commissione avrebbe presentato al Consiglio delle proposte volte a facilitare l'accesso all'impiego dei lavoratori di uno Stato membro sul territorio di un altro Stato, laddove il mancato riconoscimento reciproco dei diplomi e degli attestati ostacoli la mobilità degli agenti economici. In effetti diverse sono state le direttive settoriali emanate con riferimento a determinate attività professionali, in particolare per le professioni sanitarie, la professione di architetto e quella di avvocato, che hanno come scopo di stabilire un sistema generale di riconoscimento delle formazioni professionali. In mancanza di una normativa europea per il mutuo riconoscimento di qualifiche professionali specifiche, la Corte ha statuito che lo Stato membro non può rifiutare automaticamente l'accesso all'impiego offerto in mancanza di un attestato o diploma rilasciato dalle competenti autorità nazionali, ma deve prima effettuare una valutazione oggettiva della qualifica professionale posseduta dal cittadino proveniente da un altro Stato membro, guardando bene se le conoscenze e le qualifiche attestate dal certificato rilasciato presso quello Stato membro siano, se non identiche, quantomeno equivalenti a quelle attestate da un certificato nazionale (Corte di Giustizia 15 ottobre 1987 C-222/86, *Heylens*).

Riguardo all'accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione, invece, è lo stesso Trattato all'art. 45.4 (già art. 39 TCE) che esclude l'applicazione del divieto di discriminazioni dei lavoratori in ragione della nazionalità. Anche in questo caso la Corte ha fornito un'interpretazione rigorosa della disposizione, dal momento

che da un lato la giustifica in virtù del fatto che l'impiego nella pubblica amministrazione presuppone l'esistenza in capo al suo titolare di un rapporto di solidarietà nei confronti dello Stato, derivante dalla reciprocità di diritti e di doveri discendenti dallo status di cittadino (Corte di Giustizia, 27 novembre 1991 C-4/91, *Bleis*), dall'altro ne limita la portata alle ipotesi in cui l'impiego offerto implichi l'esercizio di pubblici poteri e la tutela di interessi generali dello Stato (Corte di Giustizia 17 dicembre 1980, C-149/79 *Commissione v. Belgio*). Solo in quest'ultimo caso si può parlare di pubblico impiego ai fini dell'applicazione dell'art. 45.4, e per tanto il giudice europeo ha escluso che si possa applicare la deroga in esame ai posti di ricercatore presso il CNR, a quelli di lettore di lingua straniera nelle Università, al lavoro di infermiere, all'insegnamento nelle scuole superiori pubbliche o private. In seguito la Corte ha ristretto ancor più la capacità applicativa dell'art. 45.4 TFUE, stabilendo che per poter escludere i lavoratori stranieri da certi impieghi pubblici, l'esercizio di poteri di imperio deve essere effettivo e praticato in modo abituale, non invece costituire una parte limitata dell'attività svolta (Corte di Giustizia, 30 settembre 2003, C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina mercante Esapnola*). Ad ogni modo rientrano nell'ambito della deroga, come chiarito anche dalla Commissione nella comunicazione del 18 marzo 1988, gli impieghi nelle forze armate, nella polizia e nelle altre forze dell'ordine, nella magistratura, nell'amministrazione finanziaria e nella diplomazia, dove più forte è il legame di solidarietà e la responsabilità nei confronti dello Stato.

Nell'ipotesi in cui si consenta l'accesso di un cittadino di un altro Stato membro agli impieghi pubblici offerti, questi non potrà

ricevere a causa della sua nazionalità, un trattamento differenziato rispetto ai nazionali, se non nel caso in cui una progressione di carriera lo porterebbe a svolgere l'esercizio di fatto di pubblici poteri. La stessa Corte, infatti, ha previsto che lo Stato può, conformemente al Trattato, riservare ai propri cittadini, all'interno di una carriera, lo svolgimento di funzioni che implicano l'esercizio di pubblici poteri (Corte di Giustizia, 16 giugno 1987, C-225/85, *Commissione v. Italia*).

3.1. La parità di trattamento nelle condizioni di lavoro.

L'art. 7 del regolamento 1612/68 prevede che il lavoratore cittadino di uno Stato membro che presti la propria attività sul territorio di uno Stato membro diverso, non può ricevere, a causa della sua nazionalità, un trattamento differente rispetto ai lavoratori nazionali né per quanto riguarda le condizioni d'impiego né per le condizioni di lavoro, facendo particolare riferimento al trattamento retributivo, al licenziamento, alla reintegrazione professionale e al ricollocamento. Tale ultima elencazione non ha pretese di esaustività, posto che nei *considerando* del regolamento, ci si propone di estendere il divieto di discriminazione a tutto ciò che concerne l'esercizio di un'attività di lavoro subordinato. Trattasi, quindi, di riferimenti ad aspetti rilevanti del rapporto di lavoro, che però non esauriscono l'insieme delle tutele che la normativa nazionale deve predisporre in favore del lavoratore indipendentemente dalla sua nazionalità, si pensi ad esempio alla tutela in tema di sicurezza sul posto di lavoro, alla tutela della maternità, alle previsioni di periodi massimi di lavoro e minimi di

riposo, alla parità senza distinzioni di sesso e così via. La parità di trattamento deve riguardare la totalità delle condizioni di lavoro se si vuole rendere effettivamente eguale la posizione dei lavoratori cittadini di Stati membri diversi rispetto a quelli nazionali, l'applicazione selettiva e discriminante di una qualsiasi disposizione di natura legale, regolamentare, amministrativa annullerebbe l'effetto utile del diritto alla libertà di circolazione dei lavoratori su tutto il territorio dell'Unione (sul trattamento dei lavoratori distaccati all'estero, v. *infra* § 3). L'art. 45.2 TFUE infatti parla genericamente di "condizioni di lavoro", concedendo il più ampio spazio per l'interpretazione del divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità.

Inoltre, in virtù dell'efficacia orizzontale riconosciuta all'art. 39 TCE, il regolamento ha disposto la nullità delle clausole contrattuali individuali e collettive che comportino discriminazioni tra lavoratori dipendenti appartenenti a Stati membri diversi. Tanto rileva, in particolare, ai fini dell'applicazione del trattamento retributivo, il quale spesso si compone di indennità specifiche corrisposte in virtù della contrattazione collettiva ovvero in via facoltativa dal datore di lavoro (in proposito v. Corte di Giustizia, 12 febbraio 1974 *Sotgiu*, cit.).

A proposito delle condizioni di lavoro concernenti il trattamento retributivo, la Corte precisa che la nozione di retribuzione ai fini dell'applicazione dell'art. 39 TCE va considerata come comprensiva di tutte le indennità che la costituiscono (Corte di Giustizia, 12 febbraio 1974 *Sotgiu*, cit.); tra le altre condizioni di lavoro delle quali va garantita la parità di applicazione rientrano le regole in tema di anzianità di servizio (nel caso *Ugliola*, cit., il giudice europeo ha stabilito che nel caso in cui i lavoratori nazionali

possono far valere, ai fini del computo dell'anzianità di servizio, il periodo di tempo in cui sono stati sotto le armi, anche i lavoratori stranieri possono far valere a tal fine il periodo di servizio militare trascorso nello Stato membro di cui sono cittadini; nel caso *Commissione v. Grecia*, C-187/96, la Corte ha affermato che in virtù del principio di parità di trattamento, vanno computati, ai fini del calcolo della retribuzione, i periodi di servizio che un pubblico dipendente abbia svolto presso l'amministrazione di un altro Stato membro, i quali per tanto vanno presi in considerazione come se fossero stati svolti presso l'amministrazione dello Stato ospitante).

La parità di trattamento nelle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori appartenenti ad un altro Stato membro rispetto ai nazionali, sarebbe imperfetta se non implicasse anche una parità di accesso alle organizzazioni sindacali e un eguale esercizio dei diritti sindacali. Tanto è previsto espressamente all'art. 8 del regolamento 1612, il quale estende ai lavoratori non cittadini l'esercizio del diritto di voto e di eleggibilità negli organi di rappresentanza dei lavoratori nell'impresa e l'accesso ai posti amministrativi o direttivi di un'organizzazione sindacale; tuttavia, in concomitanza con quanto disposto dall'art. 45.4, in merito alla deroga prevista per l'impiego nelle pubbliche amministrazioni, il lavoratore può essere escluso dalla partecipazione alla gestione di organismi di diritto pubblico e dall'esercizio di una funzione di diritto pubblico, tali potrebbero essere i casi degli organi di natura giurisdizionale come i *conseils de prud'hommes* francesi ovvero degli organi aventi funzioni di arbitraggio nei conflitti di lavoro; in Italia tale esclusione potrebbe interessare la composizione delle Commissioni regionali permanenti tripartite per l'impiego, previste dall'art. 4, lett b) del d.lgs. n. 469/1997, ovvero le Commissioni di conciliazione

previste dall'art. 410 c.p.c. Ma la Corte, anche in questo caso, ha adottato un'interpretazione restrittiva della deroga, come testimonia la sentenza del 16 settembre 2004 *Commissione v. Austria*, che applica pienamente il principio di parità di trattamento al diritto di eleggibilità nelle commissioni di lavoro incaricate della rappresentanza e della difesa degli interessi dei lavoratori.

3.2. La parità di trattamento in riferimento ai vantaggi sociali e alla tutela della famiglia.

Allo scopo di promuovere un'integrazione effettiva del cittadino straniero sul territorio dello Stato membro ospitante, il diritto derivato estende il principio della parità di trattamento al godimento dei vantaggi sociali e fiscali riconosciuti ai lavoratori nazionali (art. 7.2 reg. 1612) e offre parimenti condizioni favorevoli all'integrazione della famiglia dopo averne agevolato il ricongiungimento. In questo modo si è data piena e ampia attuazione all'art. 39 TCE (art. 45 TFUE), includendo all'interno del principio di parità di trattamento anche quelle condizioni che prescindono da un contratto di lavoro, ma che sono legate al semplice fatto della residenza sul territorio nazionale (Corte di Giustizia, 31 maggio 1979, C-207/78, *Even*).

Innanzitutto rientrano tra i vantaggi sociali quelli presi in considerazione direttamente nel regolamento, quali la fruizione, alle stesse condizioni dei cittadini nazionali, dell'insegnamento delle scuole professionali e dei centri di riadattamento e di rieducazione (art. 7.3); il godimento dei diritti accordati ai nazionali per quanto riguarda l'alloggio (art. 9.1); la possibilità per i figli del lavoratore

migrante di frequentare nelle migliori condizioni corsi d'insegnamento generale, di apprendistato, di formazione professionale così come previsto per i figli dei lavoratori nazionali (art. 12). La Corte di Giustizia, poi, ha condotto sotto la nozione di vantaggi sociali i trattamenti più svariati come i mutui senza interessi concessi da un istituto di credito di diritto pubblico con finanziamenti dallo Stato, in favore delle famiglie a basso reddito per favorire la natalità (Corte di Giustizia 14 gennaio 1982, C-65/81, *Reina*, nel quale caso precisa che “*la nozione di vantaggio sociale – comprende non solo le agevolazioni attribuite come diritto, ma anche quelle concesse discrezionalmente*”); la garanzia di un reddito minimo attraverso la corresponsione del *minimex* previsto dalla legge belga (Corte di Giustizia 27 marzo 1985, C-249/83, *Hoeckx*); l'uso in un procedimento penale di una lingua diversa da quella nazionale (Corte di Giustizia 11 luglio 1985, C-137/84, *Mutsch*); la possibilità di ricongiungimento tra il lavoratore migrante e la convivente *more uxorio*, se tale convivenza sia resa possibile anche tra cittadini nazionali (Corte di Giustizia 17 aprile 1986, C-59/85, *Reed*).

Il riconoscimento ai lavoratori stranieri degli stessi vantaggi fiscali concessi ai cittadini è funzionale alla garanzia di una parità di trattamento retributivo effettiva, se si considera, come affermato dalla Corte di Giustizia, che le disposizioni in materia fiscale incidono sul reddito del lavoratore, di modo che un'applicazione impari delle stesse andrebbero a detrimento dell'uguaglianza di trattamento relativo alla retribuzione (Corte di Giustizia 8 marzo 1990, C-175/88, *Biehl*). In un'importante pronuncia del 14 febbraio 1995 (C- 279/93, *Schumacker*) il giudice europeo ha constatato la presenza di una discriminazione indiretta fondata sulla nazionalità,

in una disposizione tedesca che riservava un regime fiscale meno favorevole a coloro che non risiedessero sul territorio statale, in quanto la condizione di residenza fosse più facilmente soddisfatta dai nazionali. In virtù di tale disposizione i lavoratori frontalieri sarebbero discriminati rispetto ai lavoratori che risiedono sul territorio nazionale, senza tener invece conto del carico familiare e di tutte le altre condizioni personali rilevanti ai fini fiscali. Allo stesso modo la Corte di Giustizia ha riconosciuto l'applicazione del beneficio dell'imposizione collettiva dei coniugi prevista dalla normativa tedesca, indipendentemente dalla circostanza che i due coniugi risiedessero sul territorio dello Stato d'imposizione (Corte di Giustizia 16 maggio 2000, C-87/99, *Zurstrassen*). Tuttavia, va detto, che affinché si possa applicare il principio di parità di trattamento in materia fiscale è comunque necessario che la maggior parte del reddito imponibile sia prodotta nello Stato in cui il lavoratore presta la sua attività, perché solo in questo caso sussiste una parità di condizioni tra il lavoratore residente e il lavoratore frontaliere che non giustificherebbe un trattamento differenziato a livello fiscale (Secondo le indicazioni della Commissione, è necessario che il reddito imponibile prodotto dal lavoratore nello Stato di occupazione sia pari ad almeno il 75% del reddito complessivo affinché si possa beneficiare degli stessi vantaggi fiscali concessi ai lavoratori residenti, Raccomandazione 94/79, GUCU, L 39 del 10 febbraio 1994). La Corte ha assunto tale posizione nella sentenza del 14 settembre 1999 nel caso *Gschwind*, nella quale riconosceva la legittimità rispetto all'art. 39 del Trattato della normativa tedesca che concedeva certe agevolazioni fiscali ai coniugi non residenti, soltanto se almeno il 90% del loro reddito complessivo fosse prodotto in Germania. È chiaro che quando si

tratta di materia fiscale, entra in gioco l'interesse nazionale alla stabilità del bilancio, di qui, dunque, la necessità di applicare con cautela il principio della parità di trattamento in materia fiscale, subordinandolo alla verifica dell'esistenza di una situazione realmente paritaria tra i residenti e i non residenti. Ad ogni modo l'Unione europea è priva di competenze in materia fiscale, per tanto, senza rischiare di invadere la riserva statale, l'applicazione paritaria delle disposizioni fiscali s'impone agli Stati membri in nome del principio della leale cooperazione, secondo il quale gli Stati dovrebbero astenersi dall'adozione di misure suscettibili di ostacolare la realizzazione degli obiettivi posti dal Trattato.

Favorire il ricongiungimento familiare e l'integrazione nella società dello Stato ospitante della famiglia del lavoratore migrante, sono considerate condizioni imprescindibili per la garanzia di una libertà effettiva di circolazione. Tutelare la famiglia del lavoratore che si sposta da un paese all'altro dell'Unione significa sostenere il lavoratore, il quale è più libero di lasciare il proprio Stato se gli si riconosce il diritto di ricongiungersi con la famiglia, creando con essa nuove e migliori condizioni di vita in un paese diverso da quello di appartenenza.

Il regolamento 1612/68 si pone come scopo quello di eliminare gli ostacoli al ricongiungimento familiare e all'integrazione della famiglia nella società del paese ospitante, ed è nell'art. 7.2 che la Corte di Giustizia ha fondato il diritto dei familiari del lavoratore migrante alla parità di trattamento rispetto ai familiari del lavoratore nazionale, in virtù del riconoscimento degli stessi vantaggi sociali riservati ai cittadini (Corte di Giustizia 20 giugno 1985, C-94/84, *Deak*). Ma è la direttiva 38/2004 che predispone una disciplina di

tutela completa per i familiari, dal momento che prevede per gli stessi la concessione di un analogo diritto alla libertà di circolazione (*Considerando 5*, direttiva 38/2004). L'ampiezza della tutela si riscontra già nella definizione stessa di "familiare", nella quale la direttiva include anche il partner che ha contratto un'unione registrata, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio. Anche al partner è quindi riconosciuto il diritto di libera circolazione e di soggiorno così come al coniuge, ai discendenti diretta di età inferiore a 21 anni o a carico e a quelli del partner, agli ascendenti in linea retta a carico e a quelli del coniuge o del partner (art. 2.2 direttiva 38/2004). Per il resto la direttiva agevola l'ingresso e il soggiorno, nel rispetto della normativa nazionale, anche di ogni altro familiare se è carico o convive nel paese di provenienza o se sussistono gravi motivi di salute che ne impongono la convivenza, e del partner con cui il cittadino abbia semplicemente una relazione stabile comprovata, che sia accertata dallo Stato ospitante, pena il rifiuto del loro ingresso o soggiorno (art. 3.2).

La direttiva si applica ai familiari che siano cittadini europei e ai familiari non aventi la cittadinanza di uno Stato membro, ma mentre ai primi è riconosciuto un diritto identico a quello del cittadino che si sposta da un paese all'altro, tanto è vero che potrebbero acquisire un diritto autonomo al soggiorno se soddisfacessero le condizioni richieste in via generale dalla direttiva, ai secondi invece sono concesse una serie di agevolazioni in materia amministrativa per favorirne il ricongiungimento. Per tanto i familiari cittadini europei sono ammessi sul territorio di un altro Stato membro senza formalità ulteriori rispetto al possesso di una carta d'identità o di un passaporto in corso di validità, mentre i

familiari che non abbiano la cittadinanza europea sono soggetti al visto d'ingresso, che però va rilasciato gratuitamente e in base ad una procedura accelerata (art. 5). Per il soggiorno superiore a tre mesi dei familiari non cittadini è necessario il rilascio della carta di soggiorno, che va richiesta entro un termine minimo di tre mesi dall'arrivo. Tale carta ha un periodo di validità di 5 anni dalla data del rilascio o per la durata del soggiorno del cittadino dell'Unione al quale si ricongiunge se tale periodo è inferiore a 5 anni. La validità non è inficiata da assenze temporanee dal territorio dello Stato ospitante che non siano superiori a sei mesi l'anno, né da assenze di durata maggiore per l'assolvimento degli obblighi di leva militare, ovvero da assenze fino a dodici mesi consecutivi per motivi rilevanti quali la gravidanza e la maternità o la malattia grave, studi o formazione professionale, ovvero distacco per motivi di lavoro in un altro paese (art. 11).

Ai familiari aventi la cittadinanza dell'Unione è riconosciuta la conservazione del diritto di soggiorno in caso di decesso o di partenza del cittadino dell'Unione se soddisfano le condizioni previste in via generale per il soggiorno temporaneo dall'art. 7.1, a meno che non abbiano già acquisito il diritto al soggiorno permanente. Per i familiari non aventi la cittadinanza dell'Unione è necessario ai fini del mantenimento al diritto di soggiorno nello Stato ospitante, che vi abbiano soggiornato almeno per un anno precedente al decesso del cittadino (art. 12).

Il mantenimento del diritto al soggiorno dei familiari sussiste anche in caso di divorzio, annullamento del matrimonio o di scioglimento delle unioni registrate, alle stesse condizioni di cui all'art. 7 per i familiari aventi la cittadinanza dell'Unione, maggiori vincoli

invece sono previsti per i familiari non cittadini dall'art. 13.1 lett a),
b), c), d).

Capitolo II

La sicurezza sociale del lavoratore migrante

1. Le fonti.

Esercitare liberamente il diritto di circolazione presuppone la garanzia del mantenimento dei diritti di natura previdenziale che il lavoratore abbia acquisito con lo svolgimento della propria attività lavorativa sul territorio di Stati diversi dell'Unione europea. Come afferma la Corte di Giustizia europea, se i lavoratori dovessero essere privati dei vantaggi previdenziali garantiti dalla legge di uno Stato membro - ovvero trovarsi in una situazione meno favorevole - nel campo della previdenza sociale, sarebbero dissuasi dall'esercitare il diritto loro garantito dal Trattato (Corte di Giustizia 9 giugno 1964, C-92/63, *Nonnenmacher*; 25 febbraio 1986, C-284/84, *Spruyt*; 20 settembre 1994, C-12/93, *Drake*). Assicurare la protezione sociale del lavoratore migrante, allora, costituisce un obiettivo fondamentale per l'attuazione del mercato unico, di cui le istituzioni europee si fanno carico attraverso la creazione di un sistema di coordinamento dei differenti regimi nazionali di sicurezza sociale, affinché ognuno di questi riconosca al lavoratore che si sposta sul territorio dell'Unione, i diritti maturati presso un regime nazionale diverso, permettendo il cumulo dei periodi assicurativi compiuti nei diversi Stati membri e il pagamento delle prestazioni nello Stato di residenza (art. 48 TFUE, già art. 42 TCE).

La tutela della sicurezza sociale del cittadino di uno Stato membro migrante da un paese all'altro dell'Europa è stata considerata all'interno del Trattato come mezzo più che come fine, essendo indispensabile per la liberalizzazione del mercato del lavoro. L'art. 51 del Trattato di Roma sulla sicurezza sociale (già art. 42 del TCE, oggi art. 48 TFUE) è stato, infatti, collocato nella parte intitolata alla "libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali", proprio a voler significare che l'adozione di un sistema di tutele delle posizioni assicurative maturate dai cittadini in diversi Stati membri va iscritta nel più ampio disegno della realizzazione del mercato unico.

Con il regolamento n.3/58 il diritto comunitario ha compiuto il primo passo verso una disciplina organica della materia, costruendo quello che ancora oggi rappresenta l'asse del sistema di coordinamento della sicurezza sociale costituito dal principio di non discriminazione fondato sulla nazionalità, dal principio di cumulo dei periodi assicurativi (cd. totalizzazione), dal principio dell'unicità della legislazione applicabile che coincide con la *lex loci laboris*, dal principio di cooperazione amministrativa tra gli Stati membri.

Questa struttura, infatti, è stata mantenuta dal regolamento n. 1408/71 del 14 giugno del 1971, che ha sostituito il regolamento n. 3/58, ampliando e specificando la portata dei suddetti principi, costituendo la disciplina base in materia per alcuni decenni. La normativa di applicazione, invece, era fissata nel regolamento di attuazione n. 574/72, del 21 marzo 1972.

Il bisogno di riformare il sistema vigente di coordinamento maturò in seguito allo sviluppo normativo avutosi non solo a livello comunitario, quali l'introduzione con il Trattato di Maastricht del

'91 del concetto di “cittadinanza europea”, l'estensione del diritto di circolazione anche alle categorie non attive avvenuta con le direttive nn. 364, 365 e 366 del 1990, e la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha avviato quel processo di estensione soggettiva ed oggettiva del campo di applicazione del regolamento, ma anche a livello nazionale. Tali fattori hanno contribuito a rendere ancora più complesse le norme di coordinamento in materia di sicurezza sociale, più di quanto non lo fossero già per loro natura, considerato che quando come in questo caso si legifera all'unanimità, il risultato è sempre una normativa di compromesso. Da qui la necessità di modernizzare e semplificare la disciplina, per rendere più effettiva e concreta la libera circolazione delle persone. Così nel 2004 è stato emanato il regolamento n. 883/04 che, in attesa della normativa di attuazione di cui ai regolamenti 987/09 e 988/09, è entrato in vigore solo a partire dal primo maggio 2010 abrogando il regolamento n. 1408/71.

2. Il coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale e i suoi principi.

Il più grande ostacolo all'attuazione dell'art. 51 TCEE (poi art. 42 TCE, oggi art. 48 TFUE) era costituito dalla diversità dei regimi nazionali di sicurezza sociale e dalla separazione netta esistente tra loro a causa dell'applicazione del principio di territorialità. Tale principio pregiudica il diritto alla mobilità dei lavoratori *in primis* nella misura in cui il godimento delle prestazioni corrisposte da un regime sociale nazionale è sottoposto a una condizione di residenza, rendendole *a priori* non esportabili al di fuori del territorio nazionale; in secondo luogo perché sono presi in considerazione

dalla legislazione nazionale ai fini del riconoscimento del diritto a prestazioni solo i fatti intervenuti sul territorio statale, quali ad esempio la realizzazione dei rischi (malattia, infortunio...) ovvero il versamento dei contributi. Per tanto la legge di sicurezza sociale trova applicazione solo all'interno del territorio dello Stato in cui viene emanata e si applica a tutti coloro i quali risiedono o lavorano sul territorio nazionale. In questo modo non è assicurato il mantenimento dei diritti maturati o in fase di maturazione nel caso in cui il lavoratore dovesse spostarsi sul territorio di un altro Stato membro e questo porta a disincentivarne la mobilità.

Per garantire allora una libertà effettiva di circolazione è opportuno che si eviti la rottura ovvero l'interruzione del diritto a prestazione maturato dal lavoratore in uno Stato membro, in conseguenza dello spostamento sul territorio di un altro Stato membro; a tal fine l'art. 51 TCEE (poi art. 42 TCE, oggi art. 48 TFUE) ha previsto che le istituzioni europee adottino le misure necessarie in materia di sicurezza sociale affinché si dia vita ad un sistema che garantisca il cumulo di tutti i periodi presi in considerazione dalle legislazioni sociali per il sorgere e il calcolo delle prestazioni, nonché il pagamento nello Stato di residenza.

L'intervento delle istituzioni europee per l'attuazione dell'art. 51 TCEE si è formalizzato nell'adozione di un sistema di coordinazione delle legislazioni nazionali, tralasciando sia la possibilità di un'armonizzazione dei sistemi di sicurezza sociale nazionali sia la creazione di un sistema di sicurezza sociale *ad hoc* per i migranti. La scelta verso lo strumento della coordinazione deriva dalla volontà delle autorità statali di preservare la specificità dei loro sistemi previdenziali, per evitare di alterare i delicati equilibri dei mercati del lavoro interni; per lo stesso motivo

L'Unione europea è priva di competenze specifiche in materia di politica sociale, se non nel limite in cui il suo intervento è finalizzato ad eliminare gli effetti socialmente indesiderati dell'integrazione economica. Gli Stati membri infatti sono liberi di individuare i beneficiari del proprio regime di sicurezza sociale, il livello delle prestazioni offerte o ancora le condizioni necessarie per poterne godere, cosicché ogni sistema nazionale mantiene il suo carattere proprio. La legislazione europea lascia sussistere tale diversità tra i regimi statali di sicurezza sociale, come testimoniato dalla stessa lettera dell'art. 51 TCEE, il quale fa esplicito riferimento alle "legislazioni nazionali", palesando la volontà di non sostituirsi alle disposizioni interne in vigore.

Il metodo di coordinamento presuppone il superamento del principio di territorialità e la messa in comunicazione tra i diversi regimi di sicurezza sociale, attraverso l'affermazione di una serie di principi che favoriscono una "denazionalizzazione" della legislazione sociale e assicurano la protezione sociale del lavoratore che migra da un paese all'altro: a) il principio di parità di trattamento; b) l'unicità della legislazione applicabile; c) l'esportabilità delle prestazioni; d) la totalizzazione.

Il riconoscimento da parte delle autorità statali della parità di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori appartenenti ad uno Stato diverso, significa che gli ultimi godono delle stesse prestazioni e sono soggetti agli stessi obblighi dei primi, per tanto non è consentita alcuna discriminazione diretta o indiretta fondata sulla nazionalità (art. 4 reg. n. 883/04). Tale principio è stato arricchito, in seguito all'entrata in vigore del nuovo regolamento, dalla previsione normativa del principio di c.d. assimilazione dei fatti (art. 5 reg. n. 883/2004), fino ad allora vivente solo nella

giurisprudenza della Corte di Giustizia. Secondo tale principio, se uno Stato subordina la concessione di un beneficio previdenziale o assistenziale ad un avvenimento, fatto, reddito o prestazione, dovrà prendere in considerazione gli avvenimenti, i fatti, i redditi o le prestazioni accorse sotto la legislazione di un altro Stato membro come se avessero avuto luogo sul proprio territorio. Solo in questo modo si oltrepassa la valenza formale del principio di non discriminazione e si riesce a garantire una parità di trattamento sostanziale tra lavoratori di differente nazionalità.

In secondo luogo il coordinamento presuppone che il lavoratore che si sposta da un paese all'altro dell'Unione sia soggetto ad un unico regime di sicurezza sociale, di modo che si eviti la sovrapposizione di legislazioni nazionali diverse, con le complicazioni che ne possono derivare, come il rischio per il lavoratore di essere soggetto a doppia contribuzione. L'ordinamento europeo ha predisposto un insieme di regole di conflitto per l'individuazione della legislazione applicabile che, se nel testo del reg. 1408/71 si presentava complesso e irregolare, oggi risulta invece semplificato a mezzo dell'aggiornamento di cui al Titolo II del reg. n. 883/2004. La regola generale è quella della *lex loci laboris* per i lavoratori subordinati e autonomi, mentre per le persone non attive è la legge dello Stato di residenza, fermo restando quelle eccezioni concepite allo scopo di evitare difficoltà burocratiche per imprese e lavoratori, come ad esempio nei casi dei lavoratori distaccati fino ad un periodo di 24 mesi, dei frontalieri e dei marittimi.

Il principio di esportabilità delle prestazioni si fonda sull'abolizione delle clausole di residenza, in seguito alla quale le prestazioni in denaro dovute a titolo della legislazione di uno o più Stati membri non sono più soggette a riduzioni, modifiche, sospensioni o

soppressioni per il fatto che il beneficiario o i familiari risiedano in uno Stato membro differente da quello in cui si trova l'istituzione competente (art. 7 reg. n. 883/04). In questo modo si assicura il mantenimento dei diritti a prestazioni di un lavoratore in mobilità sul territorio dell'Unione, anche se talvolta, in riferimento a prestazioni di natura speciale che siano collegate all'ambiente economico e sociale, la legislazione dello Stato può condizionare la fruizione del beneficio alla residenza sul proprio territorio. Un esempio sono le prestazioni di disoccupazione, la cui esportabilità al di fuori del territorio dello Stato competente è limitata a tre mesi, prorogabili a sei in virtù della nuova previsione di cui all'art. 64 del reg. n. 883/04. Ma la deroga più importante è rappresentata dalle prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo, con le quali l'art. 70 reg. n. 883/04 intende quelle prestazioni previste dalla legge statale che hanno caratteristiche tanto della legislazione in materia di sicurezza sociale, quanto di quella relativa all'assistenza sociale. Queste prestazioni sono erogate esclusivamente nello Stato membro in cui l'interessato risiede, secondo la sua legislazione e da parte dell'istituzione competente.

Il coordinamento dei sistemi nazionali dipende, infine, dall'attivazione dei meccanismi di totalizzazione, che consistono nel cumulo dei periodi assicurativi diacronici maturati sotto la legislazione di ciascun Stato membro ai fini dell'acquisizione e del mantenimento del diritto alle prestazioni, nonché del calcolo di queste. Tali meccanismi assicurano al lavoratore il riconoscimento del diritto a prestazioni da parte dello Stato membro competente, quand'anche secondo la sua legislazione l'interessato non avesse maturato i presupposti per il godimento del diritto, in quanto attraverso la totalizzazione, ai periodi assicurativi maturati sotto la

legislazione dello Stato competente si aggiungono quelli compiuti sotto le legislazioni degli altri Stati membri. Tuttavia si richiede affinché sia possibile la totalizzazione dei periodi assicurativi, l'esistenza di un periodo minimo di assicurazione pari ad un anno, per cui i periodi inferiori all'anno maturati al di fuori dello Stato competente saranno da questo presi in considerazione solo per il calcolo della prestazione (art. 57 reg. n. 883/04).

2.1. L'unicità della legislazione applicabile.

Il principio di unicità della legislazione applicabile costituisce uno dei meccanismi dello strumento di coordinazione dei sistemi nazionali di sicurezza sociale e si articola in un insieme di regole per la risoluzione del conflitto della legge applicabile alla persona soggetta a regimi sociali di più Stati membri. Tale principio presuppone che il lavoratore che si sposta da un paese all'altro dell'Unione vada soggetto ad un unico regime di sicurezza sociale nazionale, di modo che si eviti la sovrapposizione di legislazioni nazionali diverse, con le complicazioni che ne possono derivare, come il rischio per il lavoratore di essere soggetto a doppia contribuzione.

Le regole di conflitto contenute nel vecchio regolamento n. 1408/71 si sono rivelate inadatte e insufficienti a disciplinare il fenomeno migratorio attuale, considerato che fino agli anni '80 questo consisteva nello spostamento di manodopera in un altro paese per lungo tempo per la ricerca di migliori condizioni di vita e di lavoro, oggi invece gli spostamenti sono veloci, continui e diversamente giustificati, spesso, infatti, scaturiscono da logiche aziendali di esternalizzazione della produzione ovvero da meccanismi di

scambio intra-gruppo. Inoltre il campo di applicazione soggettiva della disciplina di coordinamento risulta sensibilmente ampliato dai nuovi regolamenti, i quali hanno realizzato quel processo di universalizzazione soggettiva della normativa avviato da molti anni dalla giurisprudenza europea. Come precisa il primo *considerando* del reg. n. 883/04, infatti, le norme di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale nazionali s'iscrivono nell'ambito della libera circolazione non solo dei lavoratori, ma delle persone *tout court*, per tanto all'art. 2 s'individuano quali destinatari della normativa di riferimento non più i soli lavoratori, bensì tutti i cittadini di uno Stato membro, gli apolidi e i rifugiati residenti in uno Stato membro, nonché i loro familiari o superstiti.

Per tutti i suddetti motivi l'ambizione del nuovo regolamento, così come esposta al *considerando* n. 3, è quella di sostituire le vecchie regole, modernizzandole e adattandole ai tempi, cogliendo l'occasione per semplificarle al fine di rendere effettiva la libera circolazione delle persone. Di fatti era necessaria un'opera di semplificazione della disciplina che riducesse i casi particolari ai quali il vecchio regolamento riservava un regime d'eccezione in virtù della specificità dell'attività svolta (personale marittimo, dipendenti pubblici, equipaggio, personale delle missioni diplomatiche e consolari) ovvero della situazione in cui questa veniva svolta (persone chiamate alle armi, persone che esercitano la loro attività in imprese attraversate dalla frontiera comune di due stati membri).

Il regolamento n. 1408/1971, così come modificato nel 2001, stabiliva che le persone sono sottomesse alla legislazione di un solo Stato membro che è, innanzitutto, lo Stato sul quale territorio queste esercitano la loro attività, assicurando in questo modo la parità di

trattamento tra i cittadini che lavorano nello stesso paese. L'applicazione preferenziale della *lex loci laboris* rivela le origini professionali della sicurezza sociale e l'attaccamento storico delle regole di conflitto alla mobilità di origine professionale, ma presenta degli inconvenienti, oggi che la disciplina di coordinamento va ad interessare le persone *tout court* e quindi anche la categoria degli inattivi.

La differenza tra il vecchio e il nuovo regolamento, allora, sembra solamente formale, giacché è stata soppressa la distinzione tra lavoratori dipendenti e lavoratori autonomi così come lo stesso termine "lavoratori", che è stato sostituito dall'espressione "persona che esercita un'attività subordinata o autonoma", tuttavia continua a persistere come regola fondamentale quella dell'applicazione della legge del luogo di lavoro.

La novità del regolamento 883/2004 è prevista all'art. 11, par. 2, secondo il quale "*le persone che ricevono una prestazione in danaro a motivo o in conseguenza di un'attività subordinata o di un'attività lavorativa autonoma sono considerate come se esercitassero tale attività*". Da tale previsione ne deriva un'applicazione estesa della *lex loci laboris* a tutte le altre situazioni in cui l'attività lavorativa è temporaneamente interrotta. Ad esempio una persona che sospende l'attività lavorativa perché malata e per tanto percepisce un'indennità di malattia, continua ad essere soggetta alla legge del luogo di lavoro, anche se dovesse risiedere in un altro paese. Tale regola tuttavia non vale per le pensioni d'invalidità, vecchiaia o reversibilità, per le rendite per infortuni sul lavoro, malattie professionali, né per le prestazioni in denaro per malattie che comportano cure di durata illimitata, perché in questi casi è la legislazione dello Stato di residenza ad essere

competente (art. 11, par. 3, lett. e). Un lavoratore in pensione, allora, sarà soggetto alla legislazione dello Stato in cui ha lavorato solo se vi risiede ancora, fermo restando che pur risiedendo in uno Stato diverso da quello dove ha lavorato, avrà diritto comunque a percepire una pensione di vecchiaia dal o dagli altri Stati in cui ha prestato la sua attività precedentemente.

Diverse, sebbene estremamente ridotte rispetto alla previgente disciplina, sono le eccezioni alla regola generale della *lex loci laboris*: ai dipendenti pubblici si applica la legge dello Stato al quale appartiene l'amministrazione da cui dipendono (art. 11 par. 3 lett. b); le persone che beneficiano di un'indennità di disoccupazione in virtù della legge dello Stato membro di residenza, sono soggette alla legislazione di questo Stato per le altre prestazioni, in particolare per le prestazioni di malattia, nonostante non abbiano versato contributi in questo Stato¹ (art. 11 par. 3, lett. c); le persone chiamate alle armi in uno Stato membro, sono soggette alla legislazione di questo Stato (art. 11 par. 3, lett. d). Riguardo all'equipaggio delle navi, continua ad applicarsi il c.d. "principio della bandiera", per cui la legislazione applicabile è quella dello Stato, la quale bandiera si batte sulla nave (art. 11 par. 4).

Per ciò che concerne l'ipotesi in cui una persona eserciti un'attività subordinata sul territorio di due o più Stati membri, il reg. n. 1408/71 utilizzava come regola generale quella della legge del

¹ Così ad esempio se il lavoratore frontaliero che risiede in Francia, ma che lavora in Lussemburgo, perde il suo lavoro, sarà sottomesso alla legge francese tanto per le prestazioni di disoccupazione che per quelle di malattia;

² Ai sensi degli artt. L.243-1-2 e R.243-8-1 del Code de la sécurité social, l'URSAAF di Strasburgo è stato designato per esercitare queste competenze in favore dei datori la cui impresa non abbia sede in Francia.

³ Dal canto suo la Francia ha previsto che gli agenti incaricati del controllo possono scambiare con gli agenti investiti di potere analogo negli Stati membri esteri, sotto riserva di reciprocità, tutte le informazioni e tutti i documenti necessari alla valutazione dei diritti e all'adempimento delle obbligazioni risultanti dal codice di sicurezza sociale e dalle

domicilio dell'impresa, eccezion fatta per quei dipendenti di una succursale che si trovassero in uno Stato diverso da quello della sede principale, nel qual caso si applicava la legge dello Stato della sede secondaria. Per quei dipendenti occupati prevalentemente nel territorio dello Stato di residenza era la legge di questo Stato ad applicarsi anche se la sede dell'impresa aveva luogo in uno Stato diverso (art. 14 par. 2-a). In tutti gli altri casi in cui la persona esercitava la sua attività per più imprese o datori di lavoro aventi la propria sede o domicilio in Stati differenti, si applicava la legge dello Stato di residenza, se ivi esercitava parte della sua attività; se la persona non risiedeva in nessuno degli Stati membri ove esercitava la propria attività, allora tornava l'applicazione della *lex domicilia*. Tuttavia il problema sorto dall'applicazione di queste regole è derivato dal fatto che gli Stati non definiscono alla stessa maniera il significato di attività (salarziata o autonoma) in virtù della quale accettano l'affiliazione al proprio regime di sicurezza sociale. Infatti alcuni Stati prendono in considerazione a tal fine anche poche ore di lavoro, altri invece esigono che una parte importante dell'attività sia svolta sul loro territorio.

Il nuovo art. 13 del regolamento n. 883/04 adotta una soluzione differente. Il primo paragrafo dedicato ai lavoratori dipendenti stabilisce che la persona che esercita un'attività subordinata su due o più Stati è soggetta alla legislazione dello Stato di residenza, *a)* se ivi svolge una parte sostanziale della sua attività, *b)* se dipende da più imprese con sede o domicilio in Stati diversi. La persona che non svolge una parte sostanziale della sua attività nello Stato di residenza sottostà alla legislazione dello Stato in cui l'impresa o il datore hanno sede o domicilio.

Tale soluzione sembrerebbe di più facile applicazione, se non fosse che la nozione di “parte sostanziale” non è definita nel regolamento di base. A tale inconveniente cerca di porre rimedio il regolamento di attuazione n. 987/09, il quale descrive la “parte sostanziale” quale quella parte quantitativamente importante dell’attività svolta senza che si tratti necessariamente della maggior parte dell’attività (art. 14, par. 8). Individua poi una serie di criteri identificativi per la parte sostanziale dell’attività di tipo subordinato, che sono il tempo di lavoro e/o la remunerazione; per l’attività di lavoro autonoma sono il fatturato, l’orario di lavoro, il numero di servizi prestati e/o il reddito. Inoltre precisa che una quota inferiore al 25% di detti criteri è indicatore del fatto che non si tratti di “parte sostanziale” dell’attività.

In realtà tali precisazioni, seppur finalizzate ad offrire un indicatore concreto per l’esatta applicazione delle regole di conflitto, genera problemi se si pensa che la quantità di lavoro compiuto nei diversi Stati membri può modificarsi da un anno all’altro, di modo che un anno potrà lavorare per oltre il 25% dei criteri di selezione, un altro per meno del 25%, dovendo così cambiare luogo di affiliazione e di pagamento dei contributi. Tali considerazioni valgono ancor più per i lavoratori autonomi per i quali i criteri di identificazione della “parte sostanziale” di attività sono maggiormente suscettibili di cambiamento. Gli autonomi sono soggetti alla legge dello Stato di residenza se ivi svolgono parte sostanziale della loro attività, in caso contrario sono soggetti alla legge dello Stato in cui si trova il centro d’interessi delle loro attività (par. 2, art. 13 del reg. 883/04). I criteri identificativi del centro d’interessi sono il luogo della sede fissa e permanente delle attività del lavoratore autonomo, il carattere abituale o la durata delle attività, il numero dei servizi

prestati e la sua volontà quale risulta da tutte le circostanze (art. 14, par. 9 reg. n. 987/09). Questa regola si applica anche quando il lavoratore autonomo risiede fuori dagli Stati in cui esercita la propria attività.

Il regolamento non ha disciplinato il caso in cui il lavoratore che risieda in uno Stato membro diverso da quelli in cui lavora simultaneamente, ma per due datori differenti. In questo caso si dovrebbe applicare, ma ciò appare poco coerente con la *lex loci laboris*, la legge dello Stato di residenza, ovvero quella dello Stato ove ha sede o domicilio l'impresa o il datore di lavoro, ma quest'ultimo criterio creerebbe un'*empasse* dato che le imprese sono due.

Singolare è anche il fatto che il regolamento non disciplini il caso in cui un lavoratore che non svolga parte sostanziale della sua attività nello Stato di residenza e sia dipendente di un'impresa che non ha sede nell'Unione europea. In questo caso, non potendo trovare applicazione la *lex domicili* di cui alla lett. b) par. 1 art. 13, dovrebbe applicarsi la legge dello Stato di residenza, con l'assurda conseguenza che, in spregio al principio di parità di trattamento, mentre un dipendente polacco di un'impresa americana, che non esercita almeno il 25% della sua attività in Polonia, ma in Germania, vedrà applicarsi la legge polacca, un altro lavoratore polacco nella stessa situazione, ma dipendente di un'impresa tedesca, vedrà applicarsi la legge tedesca.

Nell'ipotesi in cui un lavoratore presti in Stati membri diversi, simultaneamente, un'attività subordinata e una autonoma, l'art. 13 par. 3, semplificando di molto il regime previgente, prevede esclusivamente l'applicazione della legge del paese in cui svolge l'attività subordinata, sopprimendo le eccezioni previste dal vecchio

regolamento all'allegato VII, nei quali casi si prevedeva una doppia contribuzione nei due Stati membri dove venivano esercitate rispettivamente l'attività subordinata e quella autonoma, in proporzione ai redditi acquisiti in funzione delle stesse.

Riguardo alle persone impiegate presso imprese che svolgono servizi di trasporto internazionale per via ferroviaria, stradale o fluviale, il nuovo regolamento nulla dice, a differenza del vecchio che poneva la regola della legge del luogo in cui aveva sede l'impresa (art. 14, par. 2, reg. 1408/71). Per tanto oggi trovano applicazione le regole di cui all'art. 13, par.1, considerando però che in questo caso la prova della quantità del lavoro prestato risulta molto più complicata, essendo difficile ad esempio conservare la traccia del numero di ore che un conducente e/o camionista trascorre nel proprio Stato di residenza, quindi la regola del 25% sarà di difficile applicazione. C'è il rischio di cambiamento della legge di applicazione e del regime a cui versare i contributi, se anno per anno dovessero modificarsi i tempi e la remunerazione del lavoro svolto in ciascun Stato. In questo modo alcuna certezza giuridica sarebbe garantita ai lavoratori né tantomeno alle imprese che devono adempiere ai relativi oneri sociali.

Altri dubbi circa l'individuazione della legge applicabile, sussistono nel caso delle persone che lavorano successivamente in diversi Stati membri per diverse società appartenenti allo stesso gruppo (mobilità intra-gruppo). In questo caso il reg. n. 883/04 non prevede un regime particolare, il quale pur tuttavia urge, considerato che non può essere applicata la normativa sul distacco, trattandosi di contratti di lavoro differenti e determinati, né tantomeno quella sull'impiego simultaneo.

Come già previsto dal regolamento 1408/71, gli Stati possono convenire in accordo bilaterale regole differenti di conflitto della legge, nell'interesse di talune persone o categorie di persone (art. 16 reg. n. 883/04). Forse proprio uno sviluppo massivo degli accordi bilaterali di cui all'art. 16, permetterà di trovare soluzioni ai conflitti di legge più individualizzati, anche se grande incertezza insiste sul significato di "interesse di talune persone o categorie di persone".

In termini pratici il principio di unicità della legislazione applicabile comporta che i contributi sociali cui ha diritto il lavoratore devono essere versati in un solo Stato membro, poco importa che l'attività sia svolta in più Stati membri o che l'interessato eserciti simultaneamente due o più attività in più Stati membri. In particolare l'art. 21 del regolamento di attuazione n. 987/09 formalizza il pagamento extraterritoriale dei contributi, stabilendo che il datore la cui sede sociale o luogo dell'attività sia situata fuori dallo Stato membro competente adempie agli obblighi previsti dalla legislazione applicabile al suo dipendente, in particolare all'obbligo di versare i contributi previsti da tale legislazione, come se la sede o il luogo di attività fosse situato nello Stato membro competente. Per facilitare tale pagamento l'art. 21, par. 2 prevede che il datore e il lavoratore possano convenire che quest'ultimo adempia per conto del datore di lavoro agli obblighi che a questo spettano per quanto riguarda il versamento dei contributi, fatti salvi gli obblighi di base. Il datore notifica tale accordo all'istituzione dello Stato competente².

² Ai sensi degli artt. L.243-1-2 e R.243-8-1 del Code de la sécurité social, l'URSAAF di Strasburgo è stato designato per esercitare queste competenze in favore dei datori la cui impresa non abbia sede in Francia.

Nella realtà però accade che i contributi sociali siano, invece, versati in due paesi, sia perché i datori di lavoro o le casse di sicurezza sociale non sono a conoscenza del fatto che il lavoratore dipendente esercita un'attività per conto di due datori in due Stati membri diversi ovvero, più semplicemente, perché ignorano l'esistenza di queste regole di conflitto o le scartano per ragioni di comodità.

Per completezza va precisato che, sul piano pratico, esiste una distinzione tra “legislazione applicabile” (*legislazione competente* nel testo del regolamento) e legislazione applicata, in quanto una persona può essere soggetta alla legislazione di uno Stato membro, ma beneficiare delle prestazioni sociali di un altro Stato membro: è il caso del lavoratore distaccato che continua ad essere soggetto alla legislazione sociale dello Stato in cui esercita il lavoro abituale, ma è trattato come un assicurato locale nello Stato in cui è distaccato nel caso in cui vi risieda.

Per gli inattivi, invece, la legge competente è quella del luogo di residenza. Questi ultimi, mentre avevano accesso limitato alla disciplina previgente del reg. n. 1408/71 che riservava il suo campo di applicazione ai lavoratori subordinati o autonomi, oggi sono invece destinatari della nuova normativa. In particolare per “inattivi” l'art. 11, par. 3 lett. e) del reg. n. 883/04, intende qualsiasi altra persona che non sia inclusa nelle categorie di cui alle lett. a) – d).

Ma a questo punto è essenziale capire cosa s'intenda per “residenza”. Tale concetto presenta in questi casi un significato che è proprio dei regolamenti di coordinazione e per tanto differisce dal concetto di residenza in materia fiscale o civile. Tuttavia, onde evitare interpretazioni utilitaristiche della normativa in oggetto, la

Corte di Giustizia ha individuato delle linee direttrici per l'esatta applicazione della regola della residenza, recepite e sviluppate nel regolamento di attuazione n. 987/09 all'art. 11, par. 1. Questo individua, in caso di divergenza tra gli Stati, una serie di criteri che vanno valutati globalmente al fine di individuare la residenza dell'interessato ai fini del regolamento, fra i quali: la durata e la continuità della presenza nel territorio degli Stati membri interessati; la natura e le caratteristiche dell'attività esercitata, in particolare il luogo in cui è esercitata, la stabilità dell'attività e la durata di qualsiasi contratto di lavoro; la situazione e i legami familiari, la permanenza dell'alloggio, il domicilio fiscale. In ultimo il par. 2 individua quale criterio residuale, nel caso i suddetti criteri non aiutassero le istituzioni a designare lo Stato di residenza, la volontà della persona, in particolare le ragioni che lo hanno indotto al trasferimento.

Il reg. 883/2004 non sostituisce da subito e integralmente i reg. 1408/71 e 574/62 giacché ai sensi della nuova disciplina, il lavoratore potrebbe andar soggetto ad una legge diversa da quella prevista dal reg. 1408/71. Per questo motivo i lavoratori resteranno soggetti alla vecchia normativa per un periodo non superiore a 10 anni dalla data di applicazione del nuovo regolamento, a meno che non propongano domanda entro tre mesi successivi all'entrata in vigore per l'applicazione della nuova disciplina. In tal caso il nuovo regime verrà loro applicato dall'entrata in vigore del regolamento o a decorrere dal primo giorno successivo alla domanda. Tutto questo crea profonde difficoltà nella gestione delle pratiche da parte del personale e delle istituzioni che dovranno ogni volta verificare l'inizio della situazione di migrazione internazionale.

In conclusione le nuove regole non differiscono poi così tanto dalle vecchie, sebbene quest'ultime vennero pensate per coordinare sei Stati membri in un momento in cui la migrazione consisteva semplicemente in uno spostamento di lungo periodo in uno Stato estero vicino. La modernizzazione della disciplina, quindi, non sembrerebbe aver interessato in modo particolare l'insieme delle regole di conflitto della legge applicabile, non essendo state prese in considerazione le situazioni dei lavoratori frontalieri, né quelle in cui le forme di lavoro sono difficilmente localizzabili nello spazio, né lo sviluppo crescente dell'universalizzazione della sicurezza sociale, che prescinde sempre più dall'esercizio di un'attività professionale e dal pagamento preliminare dei contributi (si pensi alle prestazioni a carattere non contributivo, all'assistenza sociale, all'estensione del campo di applicazione della disciplina di coordinamento agli inattivi).

Inoltre le norme sulla legislazione applicabile sono disconnesse da quelle che regolano il diritto alla libera circolazione e soggiorno (direttiva 2004/38/CE) e da quelle sul diritto del lavoro, contenute nel reg. n. 593/2009 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I) e nella direttiva 96/71/CE sul distacco dei lavoratori nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, creando maggiori difficoltà nel coordinamento dei vari aspetti giuridici della mobilità dei lavoratori.

2.2. Il principio d'uguaglianza di trattamento.

La soppressione delle discriminazioni tra nazionali e cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea costituisce un principio fondamentale del Trattato presente all'art. 18 TFUE e all'art. 45

TFUE in relazione alla libertà di circolazione della persone. In quanto tale è logicamente confermato dai regolamenti di coordinamento e attualmente figura all'art. 4 del regolamento n. 883/2004, il quale afferma che *“le persone alle quali si applica il presente regolamento godono delle stesse prestazioni e sono soggette agli stessi obblighi di cui alla legislazione di ciascuno Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di tale Stato”*. Tale principio si applica a tutte le persone che beneficiano di una prestazione presso uno dei regimi di sicurezza sociale degli Stati, da oggi anche se risiede in uno Stato terzo in virtù della modifica apportata alla disciplina dal regolamento 647/2005. In precedenza l'art. 3 del regolamento 1408/71 garantiva il divieto di discriminazioni alle sole persone che risiedessero sul territorio di uno Stato membro.

Logicamente l'interpretazione data dalla Corte del principio di uguaglianza di trattamento nell'ambito della coordinazione dei regimi di sicurezza sociale rivela numerose similitudini con quelle fornite in tema di libera circolazione dei lavoratori (v. *supra* §3). I giudici di Lussemburgo insistono in particolare sul fatto che sono proibite tutte le discriminazioni dirette e quelle indirette; se le prime si fondano apertamente sul criterio della nazionalità, essendo per tanto assai poco frequenti dal momento che gli Stati si sono impegnati nel garantire il coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale, le seconde invece continuano ad esistere, sebbene appaiono come indifferentemente applicabili ai nazionali e ai migranti, ma di fatto trattasi di condizioni più difficilmente realizzabili da parte di quest'ultimi. Si pensi ad esempio alla normativa francese censurata dalla Corte nel caso *Toia* (12 luglio 1979, C-237/78), la quale concedeva una prestazione di sostegno

alle madri aventi figli di nazionalità francese; questa condizione è chiaramente più difficile da soddisfare per i cittadini di Stati membri diversi, per tanto introduce una discriminazione indiretta a svantaggio dei migranti. Allo stesso modo, il fatto di far dipendere il beneficio di una prestazione da una durata minima di residenza sul territorio nazionale è stata giudicata discriminatoria dalla Corte, che ha constatato la contrarietà ai principi del Trattato della normativa belga e lussemburghese nella parte in cui subordinano a tale condizione il beneficio di prestazioni in favore di soggetti con handicap, in favore delle nascite ovvero per la fruizione del minimex (Corte di Giustizia 10 novembre 1992, C-326/90 *Commissione v. Belgio*; 10 marzo 1993, C- 111/91, *Commissione v. Lussemburgo*).

Tuttavia è necessario sottolineare che di fronte a dei casi di discriminazioni indirette, la Corte considera sempre quelle che possono eventualmente essere tollerate alla duplice condizione di essere oggettivamente giustificate e proporzionate all'obiettivo perseguito (Corte di Giustizia, 21 settembre 2000, C-124/99, *Borawitz*).

Le discriminazioni indirette operano per la maggior parte attraverso l'apposizione di clausole di residenza, ragion per cui l'8° considerando del regolamento 883/2004 insiste sul fatto che “il principio generale della parità di trattamento è di particolare importanza per i lavoratori che non risiedono nello Stato membro in cui lavorano, compresi i lavoratori frontalieri”. È bene citare un'importante sentenza della Corte di Giustizia del 15 gennaio 1986, relativa al caso *Pinna I*, nella quale il giudice europeo, richiamando al rispetto delle norme del Trattato le stesse istituzioni europee, ha censurato l'art. 73 §2 del regolamento 1408/71 nella

parte in cui concedeva alla Francia il beneficio di derogare all'applicazione integrale del principio di parità di trattamento in merito al regime delle prestazioni familiari. Queste, secondo la legge francese, venivano concesse a tutti i lavoratori che esercitavano la propria attività sul territorio francese, a condizione che anche la loro famiglia risiedesse in Francia. Si trattava di una condizione valida per tutti i lavoratori nazionali e migranti, ma che per quest'ultimi poteva essere di difficile realizzazione (La Francia, tuttavia, mantenne in vigore tale normativa nell'attesa di una modifica del regolamento 1408/71, nonostante la censura della Corte, la quale quindi è tornata tre anni più tardi dichiarando che la sua prima decisione aveva carattere esecutivo e che le regole di coordinamento predisposte in attuazione dell'art. 51 TCEE, andavano rispettate indipendentemente dall'adozione del regolamento modificativo; Corte di Giustizia, 2 marzo 1989 C-359/87, *Pinna II*. La modifica all'art. 73 §2 venne apportata dal regolamento 3427/89 del 30 ottobre 1989).

Attualmente in seguito alla riforma della disciplina avvenuta con il regolamento 883/2004 il principio della parità di trattamento risulta rinforzato dall'adozione di un nuovo principio, quello di assimilazione dei fatti intervenuti sul territorio di qualunque Stato membro. Tale principio già ampiamente adottato dalla Corte di Giustizia viene preso in considerazione al 9° considerando del regolamento e esplicitamente affermato all'art. 5, secondo il quale laddove prestazioni, redditi, fatti o avvenimenti condizionano il beneficio di prestazioni di sicurezza sociale, lo Stato membro competente deve tener conto di questo tipo di elementi quale che sia lo Stato nel quale si sono verificati.

Prima della sua codificazione i giudici di Lussemburgo hanno applicato il principio di assimilazione nel caso *Mora Romero* del 25 giugno 1997 (Corte di Giustizia, 25 giugno 1997, C-131/96, *Mora Romero*), nel quale è stato dichiarato discriminatorio il rifiuto di assimilare, ai fini del beneficio di una rendita agli orfani, il servizio militare compiuto in un altro Stato membro a quello prestato nello Stato membro competente (particolare importanza assume l'applicazione del principio di assimilazione in relazione al computo dei periodi d'impiego necessari ai fini del beneficio di prestazioni di disoccupazione o d'indennità per infortunio sul lavoro, v. Corte di Giustizia 18 aprile 2002, C-286/00, *Duchon* e 9 novembre 2006, C-346/05, *Chateignier*).

2.3. L'esportabilità delle prestazioni.

La garanzia dell'esportabilità delle prestazioni, assicurata dal Trattato stesso all'art. 48 TFUE (art. 51 TCEE, già art. 42 TCE), quando impone “*il pagamento delle prestazioni alle persone residenti sul territorio degli Stati membri*”, è sancita oggi dall'art. 7 del regolamento 883/2004 intitolato “Abolizione delle clausole di residenza”.

Il principio di esportabilità comporta il divieto di riduzione, modifica, sospensione, soppressione o confisca delle prestazioni in danaro dovute a titolo della legislazione di uno Stato membro, per il fatto che il beneficiario risieda in uno Stato membro differente. Per tanto assicurare la trasferibilità delle prestazioni implica la soppressione di tutte le esigenze di domiciliazione, evitando così che il migrante perda il proprio diritto a prestazione nel momento in

cui fissa la propria residenza in uno Stato membro differente rispetto a quello in cui si trova l'istituzione debitrice.

La riforma delle regole di coordinamento intervenuta con il regolamento 883/04, ha esteso la portata del principio di trasferibilità che il regolamento previgente n. 1408/71 limitava alle sole prestazioni di durata indeterminata (pensioni di invalidità, di vecchiaia, prestazioni ai superstiti, rendite per infortunio sul lavoro o malattia professionale...); l'art. 7 infatti fa riferimento a *“tutte le prestazioni in danaro dovute a titolo della legislazione di uno o più Stati membri”*.

Tuttavia questa generalizzazione della portata applicativa del principio di trasferibilità comunque sopporta delle deroghe, che figurano nelle disposizioni particolari del titolo III; si tratta della categoria delle prestazioni speciali a carattere non contributivo di cui al Capitolo 9 e delle prestazioni di disoccupazione di cui al Capitolo 6, le quali presentano un regime differente. Il 16° considerando tiene conto di questi casi specifici in cui le prestazioni hanno un legame con l'ambiente economico e sociale dell'interessato e ammette così la possibilità di imporre delle clausole di residenza ai fini del beneficio.

La deroga prevista per le prestazioni a carattere non contributivo ad un'applicazione piena del gioco della coordinazione, ha lo scopo di evitare che una prestazione di sussistenza, il cui ammontare sia calcolato in considerazione del livello di vita del paese in cui si trova l'istituzione debitrice, sia versata ad un cittadino dell'Unione che risieda in un altro Stato membro in cui il contesto economico e sociale sia sensibilmente differente. Perciò l'art. 10-bis del regolamento 1408/71 prevedeva che questo tipo di prestazioni non fossero versate che sul territorio dello Stato membro che le

riconosce, disposizione che la Corte ha avuto modo di convalidare rispetto alla previsione dell'art. 48 TFUE (Corte di Giustizia 4 novembre 1997, *Snares*; confermata in Corte di Giustizia 11 giugno 1998, C-297/96, *Partridge*).

Il regolamento 883/2004 ha riproposta tale deroga all'art. 70 - unica disposizione del capitolo 9 dedicato alle prestazioni speciali a carattere non contributivo - che conferma la resistenza degli Stati membri a versare questo tipo di prestazioni al di fuori del territorio nazionale. Così si dispone che il principio di trasferibilità di cui all'art. 7 non si applica a questo tipo di prestazioni e si precisa che queste vengono erogate esclusivamente nello Stato membro in cui risiedono gli interessati e ai sensi della sua legislazione.

Tuttavia anche in questo caso il giudice europeo non si risparmia di esame le clausole di residenza sotto il duplice profilo della giustificazione oggettiva e della proporzionalità, tradizionalmente applicabile a tutte le discriminazioni indirette, per evitare un conflitto tra le regole di coordinamento e il principio di libera circolazione dei lavoratori (Corte di Giustizia, 11 settembre 2007, C-287/05, *Hendrix*).

Riguardo le prestazioni di disoccupazione, nessun significativo miglioramento delle condizioni necessarie alla sua concessione è stato apportato dal regolamento 883/04 rispetto al regolamento previgente. Il regolamento n. 1408/71, infatti, all'art. 69 prevedeva che un cittadino dell'Unione che percepiva un'indennità di disoccupazione nel territorio di uno Stato membro, recandosi presso un altro Stato membro, avrebbe continuato a percepire tale indennità per una durata massima di tre mesi e a condizione che fosse iscritto presso i servizi d'impiego dello Stato membro competente, fosse rimasto a disposizione di questi per un periodo

minimo di quattro settimane, non necessariamente ininterrotte, prima di spostarsi sul territorio di un altro Stato membro e si fosse iscritto presso i servizi d'impiego dello Stato membro ospitante entro il settimo giorno successivo al suo arrivo. Tale regime previsto per le prestazioni di disoccupazione è stato convalidato anche dalla Corte di Giustizia, la quale ha condiviso l'esigenza degli Stati membri di controllare coloro i quali percepiscono tali prestazioni (Corte di Giustizia 18 luglio 2006, C-406/04 *De Cuyper*).

Il nuovo regolamento ha mantenuto il carattere solo temporaneo dell'esportabilità delle prestazioni di disoccupazione, anzi, a dispetto del 32° considerando che afferma che *“per promuovere la mobilità dei lavoratori, è particolarmente opportuno facilitare la ricerca di un'occupazione nei vari Stati membri. È pertanto necessario assicurare un coordinamento più stretto e più efficace tra i regimi di assicurazione contro la disoccupazione e gli uffici del lavoro in tutti gli Stati membri”*, l'art. 64 riproduce a grandi linee il dispositivo precedente.

Le uniche modifiche migliorative della disciplina previgente sono rappresentate dalla possibilità per gli Stati membri di estendere il periodo di tempo in cui viene garantita l'esportabilità della prestazione da tre a sei mesi e dall'obbligo di versamento della prestazione posto direttamente a carico dell'istituzione dello Stato competente e non più dello Stato sul cui territorio il disoccupato si reca in cerca di lavoro.

2.4. La totalizzazione.

Il principio di totalizzazione è imposto dall'art. 48 TFUE e rappresenta uno dei principi cardine della protezione sociale dei lavoratori migranti. Esso si ripropone all'art. 6 del regolamento 883/04 il quale ingiunge all'istituzione competente di tener conto dei periodi di assicurazione, d'impiego, di attività lavorativa autonoma o di residenza compiuti sotto la legislazione di ciascun altro Stato membro, come se si trattasse di periodi compiuti sotto la legislazione che l'istituzione applica, ogni qual volta tali periodi determinano l'acquisizione, il mantenimento, la durata o il recupero del diritto alle prestazioni, l'ammissione al beneficio di una legislazione, l'accesso all'assicurazione obbligatoria, facoltativa continuata o volontaria, o l'esenzione dalla medesima.

Questo significa, quindi, che i diritti acquisiti da un assicurato a titolo della legislazione di sicurezza sociale di uno qualunque degli Stati membri sono presi in considerazione per determinare il suo diritto a ricevere la prestazione nel quadro della legislazione di un altro Stato membro, designato come Stato competente in applicazione delle disposizioni del Titolo III.

Il principio di totalizzazione presenta una forte somiglianza con il principio di assimilazione dei fatti di cui all'art. 5, per questo il 10° considerando del regolamento 883/04 specifica che *“il principio di trattare certi fatti o avvenimenti verificatisi nel territorio di un altro Stato membro come se fossero avvenuti nel territorio dello Stato la cui legislazione è applicabile non dovrebbe interferire con il principio della totalizzazione dei periodi di assicurazione, di occupazione, di lavoro autonomo o di residenza maturati sotto la legislazione di un altro Stato membro con quelli maturati sotto la legislazione dello Stato membro competente. I periodi maturati sotto la legislazione di un altro Stato membro dovrebbero quindi*

essere presi in considerazione unicamente ai fini dell'applicazione del principio della totalizzazione dei periodi''.

Essenzialmente rilevante nel calcolo delle prestazioni a lungo termine, la totalizzazione è tuttavia uno strumento suppletivo che si utilizza solo se la legislazione nazionale applicabile non garantisce il conferimento all'assicurato di un diritto pieno in considerazione dei soli periodi maturati sotto il suo regime.

L'applicazione del principio di totalizzazione implica in realtà il ricorso ad una tecnica complementare c.d. prorattizzazione. Il 27° considerando prevede la necessità di elaborare un sistema di liquidazione che permetta di ripartire il carico finanziario delle prestazioni tra i differenti regimi ai quali l'interessato è stato successivamente sottomesso, per evitare così che lo Stato membro competente si assuma il carico di un livello di prestazioni non rapportato ai periodi effettivamente compiuti sotto il suo regime.

Per questo motivo le regole di coordinamento prevedono una ripartizione *pro rata temporis* del carico delle prestazioni tra le istituzioni dei differenti Stati membri interessati, in modo tale che, di fatto, il beneficiario non percepisca da ciascun regime, che quella parte della prestazione proporzionale al periodo effettivamente compiuto sotto il suo impero.

La prorattizzazione, tuttavia, è chiamata ad applicarsi solo per le prestazioni a lungo termine, quali le pensioni di vecchiaia, d'invalidità, ai superstiti, poiché per le altre (prestazioni di malattia, maternità, disoccupazione) la totalizzazione dei periodi permette semplicemente di far beneficiare il migrante e la sua famiglia delle prestazioni offerte dal regime di sicurezza sociale al quale è sottomesso al momento in cui le percepisce.

La regola della prorattizzazione è di fatti descritta agli art. 50 e 52 del capitolo 5 dedicato alle pensioni di vecchiaia e ai superstiti, ed è applicabile *mutatis mutandis* alle prestazioni d'invalidità.

Innanzitutto, quando un diritto a prestazioni non è riconosciuto se non in virtù del ricorso alla totalizzazione dei periodi, l'art. 50 impone a ciascuna istituzione interessata di determinare il diritto dell'interessato, ai sensi di tutte le legislazioni degli Stati membri ai quali è stato soggetto. Questo non significa, tuttavia, che l'interessato debba inviare una domanda di liquidazione della prestazione a ciascuna istituzione dei diversi Stati membri coinvolti, in quanto il regolamento di attuazione 987/09 prevede all'art. 47, a carico dell'istituzione cd. di contatto, l'obbligo di trasmettere immediatamente la domanda alle altre istituzioni potenzialmente competenti.

Tuttavia il 28° considerando afferma che l'applicazione del metodo della totalizzazione e della prorattizzazione avvenga solo nel caso in cui la legislazione nazionale si riveli meno favorevole. Di fatti l'art. 52 del regolamento individua la necessità di effettuare una comparazione tra l'importo della pensione cd. autonoma o nazionale e la pensione prorattizzata o comunitaria. La prima è calcolata secondo la sola legislazione dello Stato competente, in relazione al periodo effettivamente compiuto sotto il suo regime; la seconda presuppone dapprima il calcolo di un importo teorico, pari alla prestazione cui l'interessato avrebbe diritto se tutti i periodi di assicurazione e/o residenza compiuti sotto la legislazione dei diversi Stati membri, fossero maturati sotto la legislazione dello Stato competente, poi il calcolo dell'importo effettivo attraverso l'applicazione del metodo della prorattizzazione. Ai fini del calcolo dell'importo teorico, la Corte ha precisato che bisogna prendere in

considerazione anche quelle prestazioni di carattere complementare destinate a garantire al beneficiario un livello minimo di pensione fissato dalla legislazione nazionale (Corte di Giustizia 24 settembre 1998, C-132/96 *Stinco e Panfilo*; ma v. Corte di Giustizia 21 luglio 2005, C-30/04 *Koschitzki*).

In definitiva l'interessato vedrà corrispondersi l'importo che in base ai due tipi di calcolo risulti più favorevole, considerando il complesso gioco delle regole nazionali anticumulo (art. 53 a 56). La comparazione tra pensione autonoma e pensione pro-rata ovviamente ha senso solo nell'ipotesi in cui sia possibile considerare una pensione autonoma, ossia quando le condizioni richieste per averne diritto siano soddisfatte esclusivamente a norma del diritto nazionale.

3. Il campo di applicazione personale della disciplina di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale.

Il regolamento 883/04 si apre alla definizione del campo di applicazione *ratione personae* delle norme sul coordinamento con il 7° considerando, nel quale si fanno presenti le importanti differenze esistenti in quest'ambito tra i sistemi nazionali di sicurezza sociale. Per tanto si è ritenuto opportuno optare per un campo di applicazione personale omogeneo, definito dall'art. 2 del regolamento e che si estende “*a tutti i cittadini di uno Stato membro, agli apolidi e ai rifugiati residenti sul territorio di uno Stato membro che sono o sono stati soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri, nonché ai loro familiari*”. Tale definizione generica che ingloba tutti i cittadini degli Stati membri quale che sia la loro condizione, dal momento che sono o sono stati assicurati

presso il regime di sicurezza sociale di uno o più Stati membri, apporta un significativo miglioramento, rinunciando all'approccio categoriale anteriore che presentava il limite di focalizzarsi sull'attività professionale distinguendo tra i lavoratori subordinati, i lavoratori autonomi e gli studenti (art. 2 del reg. 1408/71) e presentava una lunga e puntigliosa elencazione di potenziali beneficiari della coordinazione (art. 1 *a*) punti i) a iv) del regolamento 1408/71).

Oltre ad essere un mezzo di semplificazione, la sostituzione del criterio dell'attività professionale con quello dell'assicurazione sociale rappresenta un sicuro vettore per la modernizzazione della normativa di coordinamento.

Si tratta in realtà della consacrazione di un movimento di estensione progressiva del campo di applicazione personale della coordinazione, animato dal legislatore e dal giudice europei. Originariamente applicabile ai soli lavoratori subordinati migranti, in base all'art. 51 TCEE che non permetteva estensioni ulteriori, la disciplina di coordinazione si è rapidamente indirizzata ai lavoratori autonomi e ai membri della loro famiglia in virtù del ricorso alle competenze sussidiarie dell'art. 235 TCEE (divenuto art. 308 TCE, oggi art. 352 TFUE). Oggi l'art. 48 TFUE stesso, in seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, ha esteso la tutela della sicurezza sociale del lavoratore migrante anche ai lavoratori autonomi, a sostegno della promozione delle altre due libertà fondamentali quali la libertà di stabilimento e quella della libera prestazione di servizi.

Una seconda modifica è intervenuta nel 1998, in virtù della sentenza della Corte di Giustizia resa nel caso *Vougioukas* (Corte di Giustizia 22 novembre 1995, C- 443/93, *Vougioukas*), integrando i

dipendenti pubblici nel campo di applicazione personale del regolamento, poi nel 1999 sono stati definiti beneficiari del coordinamento gli studenti migranti, primo passo verso l'ammissione degli inattivi tra la platea dei destinatari della disciplina di coordinamento.

Attualmente dal momento che i cittadini degli Stati membri sono ormai genericamente compresi nell'ambito di applicazione del regolamento 883/04, alla sola condizione di essere o essere stati assicurati secondo la legislazione di uno o più Stati membri, il campo è dunque aperto anche ai soggetti economicamente inattivi, indipendentemente dal loro status di studenti.

Il passaggio normativo dalla definizione di lavoratore a quella di assicurato quale soggetto destinatario della normativa di coordinamento, non è stato del tutto innovativo, giacché dapprima la Corte di Giustizia, precisamente nell'ambito della sua giurisprudenza sulla nozione di "lavoratore" ai sensi del regolamento 1408/71, aveva considerato non necessario l'esercizio attuale di un'attività professionale (Corte di Giustizia 31 marzo 1979, *Pierik*; così già Corte di Giustizia 19 marzo 1964, *Unger*); per tanto anche colui che aveva esercitato il suo diritto alla libertà di circolazione dopo aver cessato un'attività professionale nello Stato di provenienza nel quale ha acquisito la qualità di assicurato è stato considerato destinatario del regolamento sulla coordinazione (Corte di Giustizia 10 marzo 1992, C-215/90 *Twomey*).

La tendenza all'ampliamento del campo di applicazione *ratione personae* della disciplina di coordinamento muove anche dallo stesso legislatore europeo, il quale già con le tre direttive del 1990, poi definitivamente con la direttiva 38/04 ha riconosciuto il diritto

alla libertà di circolazione e soggiorno agli inattivi, in virtù dell'istituzione della cittadinanza europea (v. *supra*).

Da ultimo è importante considerare che in questo modo la normativa europea s'incontra con la tendenza crescente dei sistemi nazionali di sicurezza sociale all'universalizzazione della protezione da loro concessa ai cittadini.

Al fine di incoraggiare la mobilità è necessario tenere conto della situazione familiare di coloro che esercitano il diritto alla libertà di circolazione, estendendo ai loro prossimi i benefici della coordinazione, favorendo la mobilità della famiglia, fattore di integrazione per i migranti.

3.1. L'estensione del regolamento n. 883/2004 ai cittadini di Paesi terzi.

È importante ricordare innanzitutto che sono esplicitamente considerati quali beneficiari della coordinazione, i rifugiati e gli apolidi, così come definiti ai sensi rispettivamente della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e della Convenzione di New York del 28 settembre 1954, i quali risiedono sul territorio di uno Stato membro e sono o sono stati soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri (art. 1 lett. *g*) e *h*)).

In secondo luogo il regolamento 883/04 si applica ai cittadini dei paesi dell'AELE, in virtù dell'Accordo relativo allo Spazio economico europeo (SEE) tra questi, la CECA e la CEE del 2 maggio 1992 a Porto; ai cittadini svizzeri, in seguito ad uno specifico accordo tra la CEE e suoi Stati membri e la Confederazione svizzera, la quale rifiutò la partecipazione al SEE. L'estensione dell'applicazione della disciplina di coordinamento ai

paesi firmatari dei suddetti accordi – tra cui oggi non restano altro che la Svizzera, la Norvegia, l’Islanda e il Liechtenstein, in ragione dell’adesione degli altri Stati dell’AELE all’Unione europea – si traduce nella menzione in seno al titolo del regolamento 883/04 di “*Testo rilevante ai fini della SEE e per la Svizzera*”. Tuttavia l’art. 90 del regolamento dispone la permanenza in vigore del vecchio regolamento n. 1408/71 ai fini della SEE e dell’accordo tra la Confederazione svizzera e la CEE e gli Stati membri, fino a quando questi non saranno sostituiti da nuovi accordi.

Infine a partire dall’entrata in vigore del regolamento 1231/2010 del 24 novembre 2010, che ha abrogato il regolamento n. 859/2003, il regolamento 883/04 si estende a tutti gli altri cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro e si spostano da uno Stato membro all’altro, in sostituzione della vecchia disciplina del regolamento 1408/71. La previsione di un’estensione della normativa di coordinamento anche ai cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente sul territorio di uno Stato membro, è finalizzata a garantire una migliore integrazione degli stessi all’interno dell’Unione europea, tuttavia come specificato dal 10° considerando del regolamento 1231/2010, l’applicazione del regolamento 883/04 non conferisce loro il diritto all’ingresso, al soggiorno o alla residenza in uno Stato membro, né da diritto all’accesso al mercato del lavoro di detto Stato. Per tanto gli Stati sono comunque liberi di rifiutare o ritirare un permesso d’ingresso, di residenza, di soggiorno o di lavoro conformemente al diritto dell’Unione.

4. Il campo di applicazione materiale.

Se l'obiettivo della semplificazione e della modernizzazione appare certo nella determinazione dei soggetti beneficiari delle norme di coordinamento, dei quali il regolamento 883/04 dona una definizione più chiara e ampia, le modifiche migliorative sono meno importanti per ciò che riguarda il campo di applicazione materiale, il quale resta molto simile a quello definito nel regolamento previgente 1408/71.

L'art. 3 procede ad una doppia delimitazione del campo di applicazione *ratione materiae*, una in senso positivo l'altra in senso negativo. Al primo paragrafo stabilisce che il regolamento si applica *a tutte le legislazioni relative ai settori di sicurezza sociale*, fornendo una lista esaustiva delle prestazioni che riprende quella stabilita nel regolamento n. 1408/71: a) le prestazioni di malattia; b) le prestazioni di maternità e di paternità assimilate; c) le prestazioni d'invalidità; d) le prestazioni di vecchiaia; e) le prestazioni per i superstiti; f) le prestazioni morte; h) le prestazioni di disoccupazione; i) le prestazioni di pensionamento anticipato; j) le prestazioni familiari.

Nonostante gli obiettivi di modernizzazione che hanno guidato la riforma, si può notare come le uniche novità introdotte nel campo di applicazione materiale del regolamento rispetto alla disciplina previgente siano le prestazioni di paternità e quelle di prepensionamento. Quest'ultime sono definite al punto x) dell'art. 1 come *“tutte le prestazioni in denaro diverse dalle indennità di disoccupazione e dalle prestazioni anticipate di vecchiaia, erogate a decorrere da una determinata età ad un lavoratore che abbia ridotto, cessato o sospeso le attività professionali, fino all'età alla quale egli ha diritto alla pensione di vecchiaia o a quella di pensionamento anticipato e il cui beneficio non è subordinato alla*

condizione di porsi a disposizione degli uffici del lavoro dello Stato competente”.

A proposito della nozione di prestazione di sicurezza sociale, la Corte, in un primo tempo, ha affermato che una prestazione di sicurezza sociale deve essere necessariamente un vantaggio legato alla realizzazione di uno dei rischi previsti dal regolamento di coordinazione (Corte di Giustizia 1 dicembre 1965, C-33/65, *Dekker*), successivamente ha considerato che se la protezione dai rischi costituisce il nocciolo duro delle prestazioni di sicurezza sociale, non si può tuttavia circoscrivere la nozione a queste sole ipotesi, senza considerare la tendenza elastica dei regimi di sicurezza sociale. Così la Corte ha riconosciuto quali prestazioni di sicurezza sociale quelle misure preventive relative al settore della tutela della salute (le azioni di prevenzione), poiché collegabili al settore delle prestazioni di malattia (Corte di Giustizia 16 novembre 1972 C-14/72, *Heinze*); lo stesso ragionamento è valso per gli aiuti alla formazione professionale, dal momento che sono collegabili al settore delle prestazioni di disoccupazione, sebbene il lavoratore che li percepisce è ancora in attività ma l'impiego è seriamente minacciato. In quest'ultimo caso il rischio di disoccupazione non si è ancora realizzato, ma la legislazione sociale agisce in via di prevenzione (Corte di Giustizia 4 giugno 1987 C-375/85, *Campana*). Ad ogni modo la Corte precisa che è rimesso alle autorità nazionali competenti, stabilire la realtà della minaccia che grava sull'attività del lavoratore beneficiario della prestazione.

I regimi di prepensionamento, invece, erano spesso esclusi dal giudice europeo dal campo di applicazione della coordinazione, specialmente quando le prestazioni erano concesse nel periodo tra il licenziamento del lavoratore e il momento in cui questi raggiunge

l'età per la pensione (Corte di Giustizia 11 settembre 1996, C-25/95, *Otte*). Tale esclusione, tra l'altro, era giustificata dalla grande varietà dei regimi di prepensionamento esistenti nei diversi Stati membri, dei quali la maggior parte è organizzata su base convenzionale. Si percepisce così l'importanza dell'estensione della disciplina di coordinazione ai regimi di prepensionamento da parte del nuovo regolamento, sebbene limitata ai soli regimi legali, secondo un principio tradizionalmente accolto in via generale dagli Stati membri.

Il termine "*legislazione*" viene definito dall'art. 1, punto *l*) del regolamento come la legge, i regolamenti, le altre disposizioni legali e ogni altra misura di attuazione relativi a ciascun Stato membro, riguardanti i settori di sicurezza sociale di cui all'art. 3, paragrafo 1. Utilizzando la formula adottata dalla Corte di Giustizia, la nozione di legislazione comprende semplicemente *l'insieme delle misure nazionali applicabili in materia* (Corte di Giustizia 31 marzo 1977, C-87/76 *Bozzone*). Si tratta di una definizione molto ampia ma che tuttavia esclude i regimi fondati su base convenzionale.

L'art. 3, paragrafo 2 precisa, tuttavia, che la coordinazione si applica ai regimi di sicurezza sociale generali e speciali, contributivi o non contributivi, lasciando agli Stati membri la facoltà di prevedere dell'esclusioni specifiche, in virtù dell'annesso XI di cui al regolamento di attuazione n. 987/09. I regimi contributivi sono quelli le cui prestazioni sono in qualche modo compensate dal versamento dei contributi, quelli non contributivi si fondano esclusivamente sulla solidarietà nazionale.

La delimitazione esatta del campo di applicazione materiale della coordinazione dipende dalla dichiarazione degli Stati membri di cui

all'art. 9 del regolamento 883/04 (che riprende il dispositivo precedentemente descritto all'art. 5 del regolamento 1408/71), i quali sono così chiamati a notificare per iscritto alla Commissione europea “*le legislazioni e i regimi di cui all'art. 3*”, in vista di una pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'UE. Tuttavia tale meccanismo ha una portata limitata, nel senso che la dichiarazione degli Stati membri non vale ad escludere dal campo di applicazione materiale della coordinazione alcuni elementi della legislazione nazionale di sicurezza sociale (in tal senso, Corte di Giustizia 15 luglio 1964, C-100/63, *Van der Veen*; 27 gennaio 1981, C-70/80, *Vigier*), nello stesso senso la possibilità per uno Stato membro di menzionare una legge all'interno della sua dichiarazione è comunque condizionata alla previsione del regolamento di coordinamento sulle prestazioni accordate (Corte di Giustizia 29 novembre 1977, C-35/77 *Beerens*). Tali considerazioni valgono chiaramente anche sotto la vigenza del regolamento 883/04.

5. Il coordinamento dei sistemi nazionali di previdenza complementare.

Il nuovo regolamento come il reg. 1408/71 esclude dall'ambito di applicazione della coordinazione i regimi di sicurezza sociale su base convenzionale, tale esclusione riguarda essenzialmente i regimi complementari.

Tuttavia nella prospettiva di promuovere la mobilità professionale su tutto il territorio dell'Unione europea, è indispensabile tener conto del fatto che la protezione sociale dei lavoratori è oggi garantita dalla combinazione di regimi legali con regimi

complementari. Questa esclusione dovuta anche alla diversità dei regimi complementari nazionali, comporta gravi difficoltà riconosciute dalla Commissione già nel Libro verde del 1997 sulle pensioni complementari nel mercato unico. Tra i maggiori ostacoli alla coordinazione dei regimi complementari figurano la durata dei periodi necessari per l'acquisizione del diritto, il mantenimento e la trasferibilità dei diritti acquisiti in caso di cambiamento del regime, il pagamento transfrontaliero delle prestazioni, le difficoltà d'affiliazione transfrontaliera per i lavoratori che si spostano temporaneamente in un altro Stato membro e, infine, i problemi fiscali legati al rischio della doppia imposizione.

Un primo passo verso la soluzioni di questi problemi si è avuto con l'adozione della direttiva 98/49/Ce relativa alla salvaguardia dei diritti a pensione complementare dei lavoratori subordinati e autonomi. Tale direttiva si applica agli affiliati di tutti i regimi pensionistici di natura complementare non sottoposti alle regole della coordinazione, definiti come *“utti i regimi pensionistici di categoria stabiliti in conformità delle legislazioni e delle prassi nazionali, come contratti di assicurazione di gruppo, regimi a ripartizione convenuti da uno o più rami o settori, regimi basati su fondi pensione o promesse di pensione garantite da riserve contabili, qualsiasi sistema collettivo o altro sistema analogo, intesi a fornire una pensione complementare a lavoratori subordinati o autonomi”*.

L'obiettivo della direttiva, espressa all'art. 1, è di proteggere i diritti a pensione complementare degli affiliati a questo tipo di regime, i quali si spostano sul territorio dell'Unione e di contribuire così alla soppressione di certi ostacoli individuati dalla Commissione,

attraverso quattro misure di protezione enumerate successivamente nelle disposizioni del Capitolo III.

Si tratta in primo luogo di assicurare l'uguaglianza di trattamento per ciò che riguarda il mantenimento dei diritti a pensione acquisiti dai lavoratori subordinati e autonomi, i quali sono costretti a lasciare un regime complementare a motivo della loro migrazione professionale verso un altro Stato membro. In quest'ottica, la direttiva garantisce una conservazione dei diritti acquisiti *nella stessa misura riservata agli iscritti nei confronti dei quali i contributi non vengono più versati, ma che restano nel primo Stato membro.*

In secondo luogo la direttiva mira a garantire il pagamento transfrontaliero delle prestazioni offerte dai regimi complementari, assicurandone l'esportabilità su tutto il territorio dell'Unione europea. L'articolo 5, così, prevede che le prestazioni devono essere versate al netto delle imposte e delle spese di transazione eventualmente applicabili.

La direttiva prende in considerazione, poi, la situazione dei lavoratori distaccati in favore dei quali l'art. 6 dispone che *gli Stati membri adottano le misure necessarie per consentire che i contributi ad un regime pensionistico complementare con sede in uno Stato membro continuino ad essere versati da o per conto del lavoratore distaccato che è iscritto a detto regime, durante il periodo del suo distacco in un altro Stato membro.* In questo caso la direttiva, per semplificare le formalità che riguardano il ricorso al distacco, riconosce la possibilità, per i lavoratori distaccati, di restare affiliati al regime complementare dello Stato membro d'origine. Questa possibilità di affiliazione transfrontaliera suppone, da un lato, la continuazione a versare i contributi al regime

complementare di origine, dall'altra, l'esenzione per il lavoratore o nel caso del suo datore di lavoro, dall'obbligo di contribuzione ad un regime complementare nello Stato membro di distacco.

A dispetto delle intenzioni proclamate nel titolo, la direttiva garantisce una tutela imperfetta dei diritti a pensione complementare, essendo ancora lontana dall'aver eliminato tutti gli ostacoli all'esercizio libero del diritto di circolazione dei lavoratori affiliati a regimi pensionistici complementari.

Capitolo III

La tutela del lavoratore nell'ambito della prestazione di servizi transnazionale

1. La libera prestazione di servizi nell'Unione europea e la direttiva 96/71/CE sul distacco dei lavoratori all'estero.

In Europa la mobilità dei lavoratori subordinati si fonda sul principio di libera circolazione dei lavoratori di cui all'art. 45 TFUE (già art. 39 TCE). Il lavoratore subordinato, in via di principio, è soggetto alla legislazione dello Stato nel quale lavora, tuttavia, le regole applicabili al rapporto di lavoro saranno differenti se la mobilità del lavoratore subordinato non è che un mezzo di realizzazione di una prestazione di servizi; questo succede quando il datore di lavoro conclude un affare in un altro Stato membro e ivi distacca alcuni dei suoi dipendenti ai fini della sua esecuzione. In questo caso, dunque, la libertà di circolazione dei lavoratori viene a sostegno di un'altra libertà economica fondamentale espressa all'art. 56 TFUE (già art. 49 TCE).

A questo punto occorre domandarsi se si può autorizzare un prestatore di servizi straniero a procedere ad un distacco dei suoi dipendenti sul territorio di un altro Stato membro per l'esecuzione della prestazione; in altre parole, se per eseguire un affare concluso in un altro Stato membro, il prestatore di servizi può fare appello ai suoi propri dipendenti, dei quali conosce le qualità, l'esperienza, la formazione, la qualificazione. In questo caso l'impresa del prestatore entrerebbe in concorrenza con le imprese stabilite sul territorio dello Stato membro destinatario della prestazione, ma tale circostanza è una conseguenza del riconoscimento della libertà di prestazione dei servizi di cui all'art. 56 TFUE (già art. 49 TCE).

Dal momento che la risposta alla questione supposta è positiva, si tratta di determinare qual è il diritto applicabile ai lavoratori distaccati presso uno Stato membro diverso da quello al quale appartengono; in altri termini se continua a trovare applicazione la legge dello Stato dal quale vengono distaccati o quella dello Stato sul quale territorio eserciteranno la prestazione.

La risposta è fondamentale sia da un punto di vista economico che sociale, in ragione delle disparità esistenti tra le legislazioni lavoristiche dei diversi Stati membri, in particolare in temi di costi del lavoro; la questione è tanto più delicata quando si tratta di quei paesi recentemente entrati a far parte dell'Unione europea, il cui livello di sviluppo in campo sociale risulta lontano dal livello raggiunto dai paesi che invece storicamente ne sono membri. Così la scelta di applicare la legge del paese di provenienza comporterà il rischio che certi datori di lavoro cercheranno di sfruttare tali disparità per trarre un vantaggio concorrenziale, considerato che in questo caso il prezzo delle loro prestazioni di servizi si rivelerebbe maggiormente attraente rispetto a quello delle prestazioni fornite

dai nazionali, per i costi meno elevati di quelli che vigono nel paese di destinazione, c.d. dumping sociale. Al contrario, privilegiare la legge del paese ospitante non metterebbe a riparo da reazioni protezionistiche lo Stato nel quale la prestazione di servizi è realizzata, potendo essere tentato a irrigidire le proprie pretese al fine di dissuadere le imprese straniere.

Il problema originariamente affrontato solo per la parte economica è oggi ha acquisito rilevanza sociale, come dimostrato dalla previsione del 5° considerando della direttiva 96/71, il quale precisa che la promozione della prestazione di servizi in un quadro transnazionale necessita di regole che garantiscano una leale concorrenza, ma anche di misure che tutelino i diritti dei lavoratori.

Anteriormente all'adozione della direttiva, la Corte di Giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione su esposta, si tratta del caso *Rush Portuguesa* avente ad oggetto la prestazione di servizi fornita da un'impresa portoghese sul territorio francese, dove aveva distaccato i propri dipendenti per lo svolgimento di lavori pubblici sul cantiere della TGV Atlantique (Corte di Giustizie 27 marzo 1990, C-113/89 *Rush Portuguesa*). In occasione di un controllo sul cantiere, gli ispettori francesi avevano constatato che i lavoratori portoghesi non erano in possesso di un permesso di lavoro richiesto per l'esercizio di un'attività di lavoro subordinato ad un'impresa straniera. La Corte di Giustizia ha ritenuto che un'impresa stabilita in Portogallo che effettua una prestazione di servizi in Francia può spostarsi con il proprio personale per la durata dei lavori oggetto della prestazione, e lo Stato ospitante non potrà imporre delle condizioni al prestatore di servizi concernenti l'impiego di manodopera quali la necessità di un'autorizzazione di lavoro per il personale portoghese. Non permettere di distaccare i propri

dipendenti per l'esecuzione di una prestazione sul territorio di uno Stato estero, comporterebbe una discriminazione nei confronti del prestatore di servizi in rapporto ai suoi concorrenti stabiliti nel paese ospitante che invece possono servirsi liberamente del loro personale.

Va detto che anche se le preoccupazioni di carattere sociale sono prese in considerazione dalla direttiva, bisogna fare i conti con la difficoltà di conciliare la normativa di trasposizione adottata dagli Stati membri per l'attuazione della direttiva e il rispetto del principio di libera prestazione di servizi riconosciuto dal Trattato, nonché con l'applicazione della convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, trasposta nel regolamento "Roma I".

La direttiva 96/71 si pone come norma speciale rispetto alle disposizioni generali del regolamento "Roma I", come tale va applicata a tutte le situazioni rientranti nel campo materiale e geografico individuato nel testo, in prevalenza rispetto alla disciplina contenuta nel regolamento. Tra l'altro la stessa Convenzione di Roma all'art. 20 prevede che non vengano pregiudicate le disposizioni particolari che regolano i conflitti di legge applicabile nelle specifiche materie, considerazione ripresa nel 34° considerando del regolamento il quale recita che *"la norma sul contratto individuale di lavoro non dovrebbe pregiudicare l'applicazione delle norme di applicazione necessaria del paese di distacco, prevista dalla direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi"*.

2. Il campo di applicazione della direttiva 96/71/CE.

La direttiva si applica *“alle imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino lavoratori, ... sul territorio di un altro Stato membro”*. È quindi indirizzata alle sole situazioni di distacco intra-comunitario. Per *“prestazione di servizi transnazionale”* la direttiva intende *o l’esecuzione di lavori da parte di un’impresa, per conto proprio e sotto la sua direzione, nell’ambito di un contratto concluso da tale impresa con il destinatario della prestazione di servizi, o la cessione temporanea di lavoratori ad un’impresa utilizzatrice nel quadro di un appalto pubblico o privato (4° considerando)*. Per tanto è chiaro che nelle situazioni prese in considerazione nessun contratto è concluso tra il lavoratore e il destinatario finale della prestazione lavorativa.

Il paragrafo 3 dell’art. 1 individua le differenti misure transnazionali, la cui adozione determina il rispetto delle disposizioni della direttiva: alla lett. a) descrive la situazione delle imprese che distaccano un lavoratore, per conto proprio e sotto la sua direzione, sul territorio di un altro Stato membro, in virtù di un contratto concluso tra l’impresa distaccante e il destinatario della prestazione di servizi stabilito nello Stato ospitante, purché durante il distacco esista comunque un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l’impresa che lo invia; alla lett. b) sono menzionate quelle imprese che distaccano un lavoratore sul territorio di un altro Stato membro, presso lo stabilimento o un’impresa che appartiene al gruppo, purché durante il distacco esista comunque un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l’impresa che lo invia (cd. mobilità intragruppo); alla lett. c) infine individua quale destinatarie della direttiva le imprese di lavoro temporaneo o che effettuano la cessione temporanea di

lavoratori, che distacchino un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente sede o centro di attività nel territorio di un altro Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente.

In tutti e tre i casi la direttiva precisa che deve sussistere comunque un rapporto di lavoro tra il lavoratore distaccato e l'impresa distaccante, mentre poco importa se la messa a disposizione del lavoratore in favore di un'altra impresa presente sul territorio di uno Stato membro diverso, avvenga a titolo principale, come nel caso dell'impresa di lavoro temporaneo (lett. c), ovvero a titolo accessorio nell'ambito di un'operazione più vasta, come il caso della prestazione di servizi (lett. a).

In merito alla definizione di lavoratore subordinato l'art. 2, paragrafo 2 della direttiva rimanda a quella stabilita dalla legislazione degli Stati membri, rinunciando così a fornire una nozione sua propria. In questo modo il diritto europeo ha voluto evitare che un'impresa aggiri l'applicazione della disciplina, negando l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato in rapporto alla definizione presentata dalla direttiva. Il paragrafo 1, invece, definisce il lavoratore distaccato, come qualunque lavoratore che, durante un periodo limitato, esercita la propria prestazione sul territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui è abitualmente impiegato. Per tanto è necessario ai fini del distacco che il lavoratore sia normalmente impiegato presso lo Stato membro dal quale viene inviato, escludendo dal campo di applicazione tutte le situazioni in cui il lavoratore viene assunto proprio per essere distaccato all'estero. Inoltre il distacco dev'essere limitato nel tempo, ma la direttiva non fissa un periodo

massimo, limitandosi a precisare che la durata del distacco è calcolata su un periodo di riferimento di un anno a partire dall'inizio del distacco (art. 6).

3. La legge applicabile al rapporto di lavoro del dipendente distaccato all'estero.

L'obiettivo della direttiva, così come si evince dalle molteplici considerazioni introduttive, è di rendere obbligatoria l'applicazione, per il prestatore di servizi, di un nocciolo duro di regole imperative di protezione minimale per il lavoratore distaccato. A tal fine, in linea con la giurisprudenza espressa nel caso *Rush Portuguesa*, la direttiva opta per l'assoggettamento, durante tutto il periodo del distacco, al diritto del luogo in cui si effettua la prestazione lavorativa. Tuttavia non si tratta di un'applicazione integrale del diritto locale, per tanto è necessario precisare quali sono le garanzie offerte e le fonti normative applicabili.

L'art. 3, paragrafo 1 enumera le garanzie che devono essere rispettate dal prestatore di servizi nei confronti di ciascun lavoratore distaccato ai sensi della direttiva. Il ricorso ad un'elencazione precisa elimina le incertezze che invece s'incontrano nel regolamento "Roma I" per delineare la definizione di legge di polizia e di legge alla quale non si può derogare per contratto.

È opportuno sottolineare, però, che l'elenco di garanzie posto dalla direttiva non include che aspetti relativi al rapporto individuale di lavoro, senza far menzione invece alle disposizioni relative ai rapporti collettivi e al diritto della protezione sociale.

Le imprese coinvolte in una prestazioni di servizi transnazionale sono, così, obbligate ad applicare ai lavoratori distaccati le

disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero i contratti collettivi che contemplano la disciplina dei periodi massimi di lavoro e minimi di riposo; la durata minima delle ferie annuali retribuite; le tariffe minime salariali e quelle maggiorate per lavoro straordinario; le condizioni di cessione temporanea dei lavoratori; la sicurezza, la salute e l'igiene sul lavoro; la tutela delle donne gestanti o puerpere, nonché dei bambini e dei giovani, la tutela contro le discriminazioni per ragioni di sesso, razza, religione e altro.

L'art. 3 paragrafo 7 permette, in ogni caso, l'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli ai lavoratori rispetto a quelle che risultano dall'applicazione della direttiva, mentre il paragrafo 10 consente agli Stati membri d'imporre alle imprese straniere il rispetto di condizioni aggiuntive rispetto a quelle elencate al paragrafo 1, laddove vi siano motivi di ordine pubblico.

Riguardo all'individuazione delle fonti normative applicabili ai fini della direttiva, fermo restando che queste s'individuano nelle disposizioni di legge, regolamento o di natura amministrativa, problemi sorgono in relazione ai *contratti collettivi o arbitrati dichiarati di applicazione generale*. Ai sensi del paragrafo 8 dell'art. 3, s'intendono *quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate*, ma tale definizione non elimina le difficoltà che sorgono quando non esiste un sistema di dichiarazione di applicazione generale nello Stato interessato. Lo Stato allora può decidere di prendere in considerazione *i contratti collettivi o le sentenze arbitrali che sono in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito di*

applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o i contratti collettivi o arbitrati che sono conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati su tutto il territorio nazionale. Tuttavia la loro applicazione alle imprese distaccanti deve assicurare la parità di trattamento quanto alle materie indicate al primo paragrafo dell'art. 3, rispetto alle imprese similari che si trovano nello Stato destinatario della prestazione; tale similarità sussiste quando le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga, sono soggette agli stessi obblighi delle imprese distaccanti.

La difficoltà nell'applicazione della direttiva su questo punto è evidenziata da due pronunce della Corte di Giustizia, che hanno segnato le cronache giurisprudenziali degli ultimi tempi; la prima è quella relativa al caso *Laval* (Corte di Giustizia 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*). L'oggetto della questione riguardava l'ammontare della retribuzione spettante a dei lavoratori distaccati da uno Stato membro (Lettonia) verso un altro (Svezia) per l'esecuzione di una prestazione di servizi, in particolare per la costruzione di una scuola. L'impresa lettone aveva rifiutato di sottoscrivere il contratto collettivo svedese in quanto l'adesione avrebbe comportato il pagamento ai suoi dipendenti di una retribuzione più elevata rispetto a quella che avrebbe pagato se fossero rimasti in Lettonia. La Corte ha considerato che in Svezia i salari minimi non sono fissati dalla legge, ma dai contratti collettivi d'azienda o di settore non aventi portata generale. Tali minimi salariali, dunque, non sono suscettibili di essere imposti all'impresa lettone.

La seconda decisione è quella seguente al caso *Ruffert* (Corte di Giustizia 3 aprile 2008, C-346/06 *Ruffert*), avente ad oggetto questa volta il sistema contrattuale collettivo tedesco. In occasione della pubblicazione di una gara d'appalto per la costruzione di una prigione, un Land aveva imposto una clausola per cui le imprese aggiudicatrici avrebbero dovuto rispettare i contratti collettivi e, in particolare, i minimi tariffari stabiliti dal contratto del settore "Costruzioni e lavori pubblici". Tale obbligo non veniva rispettato dall'impresa polacca aggiudicataria di una parte dei lavori. La Corte ha giudicato tale imposizione da parte delle autorità locali tedesche contraria all'art. 49 TCE, non potendo obbligare i prestatori di servizi appartenenti ad un altro Stato membro al rispetto di un tasso minimo salariale previsto da disposizioni di carattere collettivo non qualificabili di applicazione generale ai sensi della direttiva 96/71.

La direttiva prevede tre ipotesi di deroga parziale alla previsione dell'art. 3.1. In primo luogo le disposizioni concernenti la durata minima delle ferie e le tariffe minime salariali non si applicano ai lavori di assemblaggio iniziale e/o di prima installazione di un bene, previsti in un contratto di fornitura di bene, che siano indispensabili per mettere in funzione il bene fornito e siano eseguiti da lavoratori qualificati dell'impresa distaccante, quando la durata del distacco non è superiore a otto giorni. Tale deroga non trova però applicazione per le attività proprie del settore edilizio (art.3 paragrafo 2).

In secondo luogo la direttiva permette agli Stati membri di derogare per via legislativa o contrattuale, le sole disposizioni relative ai salari minimi quando la durata del distacco non supera un mese. Tale deroga non trova applicazione, però, per le imprese di lavoro

temporaneo o quelle che operano una cessione temporanea di personale (art. 3, paragrafi 3 e 4).

In fine l'art. 3 paragrafo 5 prevede che gli Stati membri possono accordare una deroga alle disposizioni concernenti il periodo minimo di ferie e le tariffe minime salariali, se i lavori da effettuare sono di scarsa entità. La definizione di lavori di "scarsa entità" è rimessa agli stati membri che intendono utilizzare tale possibilità di deroga.

A questo punto viene da interrogarsi sulla compatibilità delle disposizioni di garanzia offerte dal diritto derivato ai lavoratori distaccati con l'affermazione del principio di libera prestazione dei servizi da parte del diritto primario dei Trattati. In effetti, esiste un rischio di "protezionismo" contrario al principio stesso della libertà di prestazione, allorquando gli Stati membri utilizzano la possibilità di estendere il campo di protezione attraverso l'inclusione di nuovi contenuti o di nuove fonti. Tali difficoltà sono testimoniate dal ricco contenzioso portato avanti alla Corte di Giustizia in questi ultimi anni, la quale non ha fatto a meno di ricordare che la libertà di prestazione dei servizi è una libertà di natura economica che non può essere limitata che per motivi imperativi di interesse generale che giustificano l'adozione di norme applicabili a tutti coloro che effettuano una prestazione di servizi sul territorio dello Stato destinatario. Rientrano tra le disposizioni adottate per motivi imperativi quelle in tema di salario minimo (Corte di Giustizia 24 gennaio 2002 C-164/99, *Portugaia Construções*) e, più in generale, in tema di protezione del lavoratore (Corte di Giustizia 14 aprile 2005 *Commission c/RFA*). Per contro non è ammissibile una limitazione alla libertà di prestazione di servizi garantita dal Trattato per motivi di ordine puramente amministrativo (Corte di

Giustizia 23 novembre 1999, C-369/96 e C-376/96, *Arblade et Leloup*). Tuttavia se lo scopo di interesse generale è già perseguito dalla legislazione dello Stato in cui ha sede il prestatore di servizi, non c'è motivo di imporre il rispetto di disposizioni che mirano allo stesso obiettivo da parte dello Stato di destinazione della prestazione. Ad esempio, uno Stato membro non può obbligare un'impresa stabilita in un altro Stato membro a versare per il compimento di lavori temporanei, contributi patronali a protezione del rischio di intemperie, quando l'impresa medesima è già obbligata ad un tipo di contribuzione equivalente nello Stato in cui è stabilita, per gli stessi lavoratori e per lo stesso periodo di tempo (Corte di Giustizia 3 febbraio 1982, C-62/81, *Seco, Desquenne e Giral*).

Secondo la Corte di Giustizia la protezione sociale dei lavoratori può rappresentare un limite all'esercizio libero della prestazione di servizi transnazionale, ma trattandosi di una deroga ad una libertà fondamentale riconosciuta dal diritto primario, va concepita in senso restrittivo, di tal che il rinvio al diritto del lavoro dello Stato ospitante è concesso in quanto proporzionato ed efficace rispetto all'obiettivo di interesse generale perseguito (Corte di Giustizia 14 aprile 2004, C-60/03, *Wolff e Muller*). Il giudice europeo quindi esercita un controllo di proporzionalità, in particolare per assicurare che gli obblighi di natura amministrativa imposti al prestatore straniero siano proporzionati rispetto al rischio di frode che può comportare un distacco. Così, allo scopo di evitare condotte fraudolente è possibile imporre all'impresa straniera un controllo sulla regolarità delle situazioni dei lavoratori subordinati prima del distacco; ciononostante si ritiene sproporzionata la previsione di una durata minima di esecuzione del contratto di lavoro che preceda

il distacco, perché potrebbe ledere le imprese appena nate (Corte di Giustizia 19 gennaio 2006, C-244/04 *Commissione Ce c/ Germania*). Si può citare una sentenza della Corte del 2007 pronunciata in merito ad un'ipotesi di restrizione giudicata eccessiva dal momento che consisteva nell'imporre alle imprese straniere di lavoro temporaneo una dichiarazione di messa a disposizione dei propri dipendenti a favore delle imprese tedesche, mentre le agenzie di lavoro interinale tedesche non erano sottoposte alla stessa dichiarazione supplementare (Corte di Giustizia 18 luglio 2007, C-490/04 *Commissione c/ RFA*); per contro, con la stessa pronuncia, ha dichiarato legittimo ai fini del Trattato l'obbligo di conservare in cantiere le buste paga e le note sugli orari di lavoro tradotte in tedesco, per permettere il controllo da parte delle autorità competenti.

4. La disciplina previdenziale del distacco transnazionale

La transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro esige un controllo rigoroso da parte delle istituzioni europee e nazionali al fine di garantire la leale concorrenza tra le imprese e il rispetto dei diritti dei lavoratori sul territorio dell'Unione, contro l'espansione di fenomeni di *dumping sociale*.

I problemi che nascono in ordine all'individuazione del sistema di sicurezza sociale nazionale cui sarà soggetto il lavoratore distaccato, vanno risolti in maniera tale da evitare il degradamento dei diritti fondamentali che gli spetterebbero nel caso in cui esercitasse la sua prestazione sul territorio dello Stato in cui abitualmente è impiegato.

Le disposizioni applicabili in materia di prestazioni e contributi previdenziali e assistenziali sono contenute nel regolamento n. 883/04 all'art. 12, il quale stabilisce, in deroga al principio della *lex loci laboris*, che il lavoratore distaccato sul territorio di uno Stato membro diverso da quello ove ha sede l'impresa distaccante, rimane soggetto alla legislazione di quest'ultimo Stato, a condizione che il distacco non superi i 24 mesi (art. 16 reg. n. 883/04). Tale previsione conferma quanto già previsto nel regolamento n. 1408/71, a parte l'estensione del periodo in cui è consentito derogare alla legge del luogo di lavoro, che nella disciplina previgente era di 12 mesi. Tale estensione può dirsi estremamente favorevole alle grandi imprese e ai gruppi internazionali, perché accorda loro la possibilità di continuare a far riferimento alla legislazione dello Stato in cui hanno sede per un periodo più lungo.

Il regolamento di attuazione n. 987/09, in più, apporta diverse precisazioni pratiche sulle modalità di messa in opera del distacco, adottando i criteri contenuti nella guida pratica in materia di distacco della Commissione europea e nella decisione n. 181 del 13 dicembre 2000 della Commissione amministrativa per la sicurezza sociale dei lavoratori migranti, facendoli divenire direttamente applicabili in tutti gli Stati membri e per tanto opponibili alle amministrazioni, alle casse di sicurezza, alle imprese, agli assicurati.

L'elemento decisivo per individuare il distacco di un lavoratore subordinato è la sussistenza di un legame organico esclusivo tra quest'ultimo e il datore di lavoro. Se, infatti, accade che il lavoratore sia ugualmente legato da un contratto di lavoro con l'impresa dello Stato in cui è distaccato, non può aversi distacco ai

fini del regolamento di coordinazione e poco importa che ci sia un distacco ai sensi del diritto del lavoro. La decisione A2 del 12 giugno 2009 della Commissione amministrativa tenta di precisare il concetto di “legame organico”, individuando elementi identificativi ulteriori, quali la responsabilità dell’assunzione, il pagamento della retribuzione (anche se esiste la possibilità che questo avvenga, previo accordo tra le parti, ad opera dell’impresa distaccataria), il potere di licenziare e la capacità di definire la prestazione di lavoro. Ai sensi dell’art. 12 del reg. 883/04 il distacco avviene nell’interesse di un datore di lavoro che *esercita abitualmente le sue attività* sul territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui il lavoratore viene distaccato. Per “attività abitualmente svolta” s’intende un’attività diversa dalla mera gestione interna svolta nel territorio dello Stato in cui il datore è stabilito (par.2, art. 14, reg. n. 987/09).

Inoltre l’art. 14 par. 1 del regolamento 987/09, prevede che un lavoratore può essere assunto anche in vista del distacco, a condizione però che sia già soggetto alla legislazione dello Stato membro in cui il suo datore è stabilito. La decisione A2 precisa che il fatto di essere stati sottomessi per almeno un mese può essere considerata soddisfacente; per i periodi più corti bisogna valutare caso per caso.

Non essendo sempre facile distinguere la situazione in cui un lavoratore è distaccato (art. 12 reg. n. 883/04) da quella in cui esercita abitualmente un’attività subordinata o autonoma in due o più Stati membri (art. 13 par. 1, 2 reg. n. 883/04), l’art. 14 par. 7 del reg. n. 987/09 stabilisce a tal fine di prendere in considerazione la durata dell’attività svolta in due o più Stati membri, in particolare se si tratta di un’attività permanente o a carattere temporaneo e a tal

proposito prendere in considerazione la situazione globale di tutti i fatti pertinenti, tra cui, in caso di lavoro subordinato, il luogo di lavoro definito nel contratto. Per maggiore chiarezza è necessario rinviare ai parr. 5, 6 dell'art. 14 del regolamento di attuazione che definiscono tali situazioni come quelle in cui un lavoratore esercita contemporaneamente o alternativamente due attività distinte in due o più Stati membri.

Il distacco di un lavoratore autonomo corrisponde in generale ad una prestazione di servizi transfrontaliera, ed è soggetto alla disciplina del regolamento di coordinazione se a) l'attività abitualmente svolta non abbia carattere subordinato e b) il lavoratore si rechi in un altro Stato per svolgere un'attività affine. Tale situazione è meglio definita ai paragrafi. 3 e 4 dell'art. 14, reg. n. 987/09, laddove spiegano che il lavoratore deve aver svolto per un certo tempo l'attività in un dato Stato membro prima di impegnarsi temporaneamente in un altro Stato, purché nel primo continui a mantenere i requisiti per il suo esercizio. Mentre per giudicare l'affinità bisogna guardare all'effettiva natura della stessa e non alla sua qualificazione di attività autonoma o subordinata attribuita dallo Stato membro.

Per arginare il fenomeno dei distacchi fraudolenti, la Corte di Giustizia ha previsto una serie di elementi dai quali dipende la legittimità del distacco: il fatto che il lavoratore prima di essere distaccato abbia lavorato per conto del datore distaccante; che il lavoratore sia effettivamente affiliato al regime di sicurezza sociale del paese d'impiego; che l'impresa che distacca eserciti abitualmente le attività sostanziali sul territorio dello Stato membro in cui è stabilita, laddove per giudicare la sostanzialità dell'attività svolta in detto Stato considera il luogo dove ha sede

l'amministrazione dell'impresa e l'effettivo del personale amministrativo, il luogo di assunzione del lavoratore distaccato e quello dove sono conclusi la maggior parte dei contratti con i clienti, l'ammontare degli affari realizzati in un periodo significativo in ogni stato membro interessato.

Nel caso *Plum* la Corte europea ha giudicato fraudolento il distacco operato da un'impresa tedesca che aveva stabilito una delle sue società nei Paesi Bassi, a partire dai quali dirigeva l'insieme delle sue attività di costruzione in Germania. L'obiettivo era quello di beneficiare dei costi di contribuzione sociale più bassi operanti nel regime olandese, impegnandosi a rispettare il limite temporale previsto dalla normativa europea. La Corte ha giudicato fraudolenta la manovra imprenditoriale, consistente nel distaccare un lavoratore in uno Stato diverso da quello dove si ha la sede, ma nel quale si svolge la totalità delle attività, a eccezione delle attività di gestione puramente interne.

Riguardo ai lavoratori distaccati per conto di imprese di lavoro temporaneo, né il vecchio regolamento né il nuovo contengono disposizioni specifiche, per tanto si applica la disciplina sul distacco di cui all'art. 12 del regolamento di base. Spesso, però, le imprese di lavoro interinale si stabiliscono in un dato paese solo perché i costi della contribuzione sono inferiori, ma in realtà svolgono la loro attività sostanzialmente verso l'estero. Di fatti un'azienda potrebbe avere interesse a far assumere un lavoratore da un'impresa di lavoro interinale situata in uno Stato membro in cui i costi della contribuzione siano più ridotti, per poi riceverlo in qualità di impresa distaccataria, cosicché il lavoratore si troverà a lavorare nel paese di residenza, dove si trova il luogo abituale di lavoro, pur essendo stato formalmente assunto in uno Stato diverso.

Per vigilare su questo tipo di pratiche fraudolente è stato creato un Osservatorio europeo per le attività transfrontaliere del lavoro interinale, ma il vero ostacolo alla lotta contro i “falsi distacchi” deriva dal fatto che sia il legislatore sia il giudice europei continuano ad ammettere che l’assunzione possa avvenire in vista del distacco, considerando anche che i controlli sono pochi e manca ancora una cooperazione amministrativa concreta tra le istituzioni nazionali che invece il nuovo regolamento si propone di rendere più effettiva³.

³ Dal canto suo la Francia ha previsto che gli agenti incaricati del controllo possono scambiare con gli agenti investiti di potere analogo negli Stati membri esteri, sotto riserva di reciprocità, tutte le informazioni e tutti i documenti necessari alla valutazione dei diritti e all’adempimento delle obbligazioni risultanti dal codice di sicurezza sociale e dalle disposizioni equivalenti dello Stato membro interessato (art. L.243-7-1- Code de la sécurité sociale). L’organismo francese che da solo è incaricato di vigilare sul rispetto delle condizioni di lavoro ai fini della normativa europea sul distacco è l’URSAAF, la cui attività tuttavia non è ancora sufficientemente sviluppata. Ad ogni modo sarà necessario affinché questo sche,ma funzioni, la cooperazione delle autorità straniere equivalenti.

Bibliografia

Balandi G. G., *La sicurezza sociale in Europa: quadro generale e primi rapporti dai Paesi dell'allargamento*, in DLM, 2009, 531.

Blaise H., *L'emprise de la jurisprudence européenne sur le droit social applicable en France*, in AA.VV. *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussourn*, 1994, Toulouse.

Bonaiuti F. M., *La legge applicabile alle prestazioni di sicurezza sociale nel regolamento Ce n. 883/2004*, in RDSS 2010, 535.

Borghetto M., *Aide sociale*, Juris-Classeur, n. 1/2003, fasc. 870.

Borghetto M., *Aide sociale*, Juris-Classeur, n. 6/2006, fasc. 865.

Borghetto M., *Aide et action sociales*, Juris-Classeur, n. 1/2008, fasc. 859.

Boulouis J., *La fonction normative de la jurisprudence*, DS n. 7/8-1989, 524.

Bozzao P., *Le prestazioni non contributive nel regolamento 1408/71*, in DL, 1999, 184 ss.;

Carinci M. T., *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, in www.labourweb.catania.it, WP C.S.D.L.E.”Massimo D’Antona”. IT – 44/2006;

S. Carty, *Régime general: assurance maladie*, Juris-Classeur 3/2007, fasc. 430 e 431.

Chiaromonte W., *Le incertezze della Consulta sull’accesso degli stranieri alle prestazioni non contributive e le recenti novità in tema di misure assistenziali*, RDSS 2009;

Chiaromonte W., *Stranieri e prestazioni assistenziali destinate al sostentamento della persona: sono illegittime le differenziazioni fondate sulla durata del soggiorno in Italia*, in RIDL, 2010, 947.

Chauchard J. P., *Droit de la sécurité sociale*, 2010, Paris.

Cinelli M., *Diritto della Previdenza sociale*, Giappichelli Editore, 2008;

Cinelli M., *Trasferimento o conferimento di attività economica organizzata, principio di mantenimento dei diritti dei lavoratori e previdenza*, RDSS, 2002/I;

Cinelli M., Giubboni S., *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, 2005, Torino;

Clergerie J.L., Karathanasi C., *La mobilité des patients et le remboursement des dépenses médicales dans l'Union européenne*, RDSS n.3/2009, 463.

Condinanzi M., Lang A., Nascimbene B., *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, 2006, Milano.

Cornelissen R., *Les axes de réforme et les principes généraux du règlement*, n° 883/2004, RDSS n. 1/2010, 3.

Costa A., *Mobilità transnazionale del management nei gruppi d'impresa: la gestione del personale distaccato in Italia*, RDSS, 2008;

Cousins M., *Diritti di soggiorno, sicurezza sociale e il concetto evolutivo di cittadinanza europea*, in RDSS, 2008;

Cuzzocrea, Fiorenza, *Normativa internazionale di sicurezza sociale vincolante per l'Italia*, in *Prev. soc.* 1990, 925 ss.;

Daugareilh I., *Les prestations sociales non contributives et les étrangers non communautaires*, RDSS n. 33/1997, 189.

David-Vezin R., *Régime general: assurance vieillesse*, Juris-Classeur, 1/2006, fasc. 436-10.

David-Vezin R., *Régime general: assurance vieillesse*, Juris-Classeur, 4, 2007, fasc. 440.

De Luca Tamajo R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione: opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002;

De Pauw B., *La coordination des prestations de chômage dans les nouveaux règlements*, n. 1/2010, 53.

Dupeyroux J. J., Prétot X., *Le droit de l'étranger à la protection sociale*, DS n. 1/1994, 69.

Ferraro G., *La flessibilità previdenziale nell'evoluzione del lavoro e delle professioni*, in DL. 2002;

Fiorenza A., *I diritti previdenziali dei familiari dei lavoratori migranti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Inf. Prev., 1996, 1289 ss.;

Foglia L., *Previdenza sociale dei lavoratori migranti e totalizzazione dei periodi contributivi*, in RDSS, 2002, 226 ss.;

Foglia R., *L'applicazione giurisprudenziale del regolamento CEE n. 1408/71*, in DL, 1999, 198 ss.;

Foglia R., *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Milano, 2002;

Foglia R., *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in MGL, 1999, 806.

Foglia R., *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, 2002, Milano.

Forti V., *Trasferimento di azienda e rapporti previdenziali: profili di diritto interno e comunitario*, RDSS 2001;

Fillon J. C., *La machinerie des nouveaux règlements: pilotage et gestion administrative et financière*, n. 1/2010, 65.

Fricotté L., *Prestations familiales*, Juris-Classeur, 4/2009, fasc. 520.

Fricotté L., *Prestations familiales*, Juris-Classeur, 4/2010, fasc. 528 e 529.

Fricotté, L. *Prestations familiales*, Juris-Classeur, 3/2010, fasc. 529-30.

Galantino L., *Diritto comunitario del lavoro*, Giappichelli, 2009;

Garlatti A., *Progressiva estensione del principio di parità di trattamento nell'accesso alle prestazioni assistenziali*, in D&L 2010, 350.

Ghera E., *Sicurezza sociale comunitaria e lavoratori migranti da “paesi terzi”: problemi e prospettive*, DL, 1999/I;

Giubboni S., *Cittadinanza e mercato nella disciplina comunitaria di sicurezza sociale. Spunti per un dibattito sul regolamento n. 883 del 2004*, RDSS, 2002;

Giubboni S., *L'azione comunitaria in materia di sicurezza sociale in prospettiva storica, (Omaggio a Lionello Levi Sandri)*, in RDSS, 2007;

Giubboni S., *Sicurezza sociale comunitaria e lavoratori migranti da “Paesi terzi”: problemi e prospettive*, in DL. 1999, 189 ss.;

Giubboni S., *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE*, RDSS, 2008;

Giubboni S., *Coordinamento europeo della sicurezza sociale e regimi di previdenza complementare*, in RDSS, 2010, 200.

Giubboni S., *Libertà di circolazione e protezione sociale nell'Unione europea*, DLRI, 1998, 83.

Giubboni S., *Libera circolazione delle persone, prestazioni familiari e regole comunitarie anticumulo*, in RDIL, 2010, 478.

Giubboni S., Orlandini G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea: principi e tendenze*, Bologna, 2007;

Hennion S., Le Barbier-Le Bris M., Del Sol M., *Droit social européen et International*, 2010, Paris.

Hennion S., Moreau J., *L'influence du droit social communautaire sur le droit interne*, DS n. 7/8-1992, 736.

Hurt P., *Assurances sociales*, Juris-Classeurs, 6/2001, fasc. 430-50.

Kessler F., *Les nouvelles règles de détermination de la législation applicable*, RDSS n. 1/2010, 14.

Kessler F., Lhernould J. P., *Code annoté européen de la protection sociale*, 2010, Paris.

Kessler F., *Le droit français approuvé: le remboursement de certains "soins programmes coûteux" transfrontaliers peut être soumis à autorisation préalable*, RJS n.2/2011, 104.

Laroque M., *L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française*, DS n.11/1997, 961.

La Terza M., *le pensioni dei lavoratori migranti nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte di cassazione*, RDSS,2008;

Lhernould J. P., *Droit communautaire et protection sociale*, Juris-Classeur I vol., 4/2010, fasc. 212-20.

Lhernould J. P., *Les nouvelles règles de coordination pour les soins de santé: "Tout va très bien, Madame la marquise..."*, RDSS n. 1/2010, 29.

Lhernould J. P., *Les entreprises face à la coordination européenne des régimes nationaux de Sécurité sociale: l'Autre côté du miroir*, DS n. 2/2007, 225.

Lhernould, J. P. *Les sources internationales et communautaires. L'accès des inactifs aux prestations sociales depuis le règlement 883/2004*, RDSS n.4/2006, 653.

Lhernould J. P., *Territorialité et nationalité dans le système français de protection sociale*, Juris-Classeurs I vol., 2/2008, fasc. 210.

Lhernould J. P., *Droit européen de la protection sociale*, Juris-classeur I vol. 3/2010, fasc. 212-15.

Lhernould J. P., *L'éloignement des Roms et la directive 2004/38/CE relative au droit de séjour des citoyens de l'UE*, DS n. 11/2010, 1024.

Lhernould J. P., *L'accès aux prestations sociales des citoyens de l'Union européenne*, DS n. 12/2001, 1103.

Lhernould J. P., *Droit aux prestations familiales dans l'Etat de résidence*, n.2/2011, 105.

Lhernould J.P., *A quelles conditions les règlements de coordination s'appliquent aux ressortissants d'Etats tiers?*, RJS n.2/2011, 106.

Lhernould J. P., *Retraités résidant dans un Etat membre autre que l'Etat débiteur de la pension*, RJS n.2/2011, 107.

Lhernould J. P., *Une caisse de sécurité sociale est-elle tenue de rembourser les frais médicaux engagés par un assuré dans un autre Etat membre?*, RDSS n. 34/1998, 615.

Lhernould J. P., *Conventions bilatérales de Sécurité sociale*, Juris-Classeur, 5/2010, fasc. 211.

Lhernould J. P., *Conventions bilatérales. Prestations*, Juris-Classeur, 5/2010, fasc. 210-27.

Lyon-Caen G., Lyon-Caen A., *Droit social international et européen*, 1993, Paris.

Loy G., *Lavoratori extracomunitari. Disparità di trattamento e discriminazione*, RGL, 2009;

Luzzone, *Nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in *Orient. giur. lav.*, 1999, 79;

Maretti S., *La legislazione previdenziale applicabile ai lavoratori temporanei distaccati all'estero*, in *MGL*, 2000, 538 ss.;

Math A., *L'envoi de migrants détachés dans le cadre de la libre prestation de service transfrontalière. Quel risque pour les systèmes de protection sociale?*, RDSS n.4/2005, 565.

Moreau M. A., *Autour de la justice sociale: perspectives internationales et communautaires*, DS n.3/2010, 324.

Morin J., *La présentation générale de la nouvelle coordination des systèmes de sécurité sociales*, LSE n.247-248/2010, 7.

Olivelli P., *Diritti sociali e “Metodo aperto di coordinamento” in Europa*, ADL 2002;

Olivelli P., *I regolamenti Ue in materia di sicurezza sociale*, RDSS, 2010, 361.

Orlandini G., *I lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato*, RGL, 2009;

Piccininno S., *I presupposti e i riflessi previdenziali della flessibilizzazione dei rapporti di lavoro nella prospettiva comunitaria*, in DL. 2000,141 ss.;

Piccininno S., *Sicurezza sociale e Protocollo Sociale*, in Quad. notiz. giur. lav., 1999, 191;

Pittau P., *Le Convenzioni bilaterali di sicurezza sociale*, in DPL, 1990, 337 ss.;

Prétot X., *Les grands arrest di droit de la Sécurité sociale*, 1998 Paris.

Prétot X., *Les prestations sociales peuvent-elles être assorties d'une condition de résidence?*, DS n.4/1987, 345.

Quadri G., *Processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Napoli, 2004;

Raimondi L., *Cittadini dell'Unione europea in cerca di lavoro e principio di non discriminazione: osservazioni in margine alla sentenza Vatsouras*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, 443.

Roccella M., T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Milano, 2007;

Rodière P., *Droit Social de l'Union européenne*, 2008, Paris.

Rodière P., *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice*, RTD eur. 42/2006, 163.

Sandulli P., *Tecnica della totalizzazione e prestazioni di sicurezza sociale nelle prospettive di revisione del regolamento n. 1408/71*, DL, 1999;

Sauli M. J., *Prestations familiales*, *Juris-Classeurs*, 9/2003, fasc. 529-40.

Sauli M. J., *Assurances sociales*, *Juris-Classeur*, n. 5/2010, fasc. 438.

Sauli M. J., *Assurances sociales*, Juris-Classeur, n. 5/2008, fasc. 434.

Sebbah C., *La protection sociale des travailleurs étrangers en France*, RPDS n. 756/2008, 113.

Shmitt M., *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, DS n. 6/2010, 682.

Tauran T., *Les règles régissant les cumuls en matière de Sécurité sociale*, DS n. 3/2010, 317.

Vachet G., *Régime general: accidents du travail et maladies professionnelles*, Juris-Classeur n. 9/2004, fasc. 314-10.

Van Raepenbush S., *Le service des prestations familiales aux travailleurs migrants soumis à la législation française après l'arrêt Pinna*, RJS n.7/1989, 325.

Verschueren J-H., *Le droit des pensions d'invalité et de veillesse dans le règlement n° 883/2004*, n. 1/2010, 39.

Willmann C., *Assurance chômage*, Juris-Classeur 5/2009, fasc. 853 e 854.