

Il lavoro con elementi di transnazionalità



Lina Del Vecchio

Associata di Diritto del lavoro
Università degli Studi dell'Aquila

Abstract: Il saggio esamina il lavoro con elementi di transnazionalità ponendo l'attenzione sulla legge applicabile ai contratti individuali di lavoro ed agli strumenti giuridici che consentono l'utilizzo della prestazione "oltre confine". Tale analisi sarà propedeutica alla riflessione su come la flessibilizzazione del criterio della "localizzazione spaziale" della fattispecie ai sensi del Regolamento n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali e le "deroghe" al principio della "territorialità" della legislazione previdenziale applicabile (di cui al Regolamento n. 833/2004) consentano l'individuazione di criteri "alternativi" invocabili nell'ambito di attività multilocalizzate e caratterizzate dalla smaterializzazione del luogo di lavoro.

Parole chiave: Legge applicabile – Principio ordine pubblico – Norme di applicazione necessaria – Contratto di espatrio – Distacco

Work "beyond borders" and work "without borders"

This essay examines transnational elements in employment law, specifically focusing on the applicable law for individual employment contracts and the legal instruments governing cross-border services. It analyses how the flexibility of the "spatial location" criterion under Regulation No. 593/2008 affects contractual obligations. Additionally, it explores the derogations from the principle of territoriality in social security legislation as outlined in Regulation No. 833/2004. This analysis will lead to a reflection on alternative criteria that can be invoked in the context of multi-located activities, especially those characterized by the dematerialization of the workplace.

Keywords: Applicable law – Public order principle – Mandatory provisions – Expatriation contract – Posting

ISSN: 3103-4721

Copyright © 2026 Lina Del Vecchio

The text is licensed under the Creative Commons BY 4.0 International License <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro: la scelta delle parti e norme a tutela del lavoratore. – 3. L’eccezione alle norme di conflitto: ordine pubblico. – 4. La distinzione tra norme di applicazione necessaria e ordine pubblico. – 5. Gli strumenti giuridici che consentono l’utilizzo delle prestazioni “oltre confine”. – 6. Il distacco – 7. Il distacco previdenziale e deroghe al principio di “territorialità”.

1. Premessa

Il tema dei “Confini del diritto del lavoro” nell’attuale contesto di transizione digitale, ecologica e geopolitica offre lo spunto per riflettere sui rapporti di lavoro la cui caratteristica è quella di presentare, sotto il profilo soggettivo (attinente alle parti del rapporto come, ad esempio, la cittadinanza) o sotto il profilo oggettivo (attinente ad altri elementi come, ad esempio, il luogo di esecuzione della prestazione o di conclusione del contratto di lavoro), o sotto entrambi i profili, un elemento di “estraneità” ed, al tempo stesso, di “collegamento” con un altro ordinamento.

A rendere particolarmente attuale questa tematica contribuisce la globalizzazione, che, da un lato, alimenta la propensione di molti lavoratori, soprattutto giovani, a prestare la propria attività lavorativa all’estero (Perulli 1999), e, dall’altro lato, rallenta il processo, che in passato è stato anche incentivato fiscalmente, di rientro in Italia dei cittadini che hanno lavorato, studiato o conseguito una specializzazione *post lauream* all’estero.

Il processo di globalizzazione, in atto a livello economico e favorito dalla capillarità dei trasporti e dal forte sviluppo delle tecnologie informatiche e digitali, ha evidenti ripercussioni sulla mobilità individuale transnazionale (Lo Faro 2005, p. 437) non solo di quei soggetti che si mettono in cerca di un’occupazione all’estero (mobilità individuale transazionale “per il lavoro”), ma anche di coloro che abbiano già un lavoro (mobilità individuale transazionale “nel lavoro”) (Gottardi 2012, p. 26).

Tale disarticolazione “esterna” spesso si accompagna ad una disarticolazione dello spazio “interno” dell’impresa stessa, con i processi di frammentazione ed esternalizzazione del ciclo produttivo, che donano nuova centralità alle tecniche giuridiche di individuazione del datore di lavoro in riferimento, soprattutto, alle ipotesi di collegamento fra imprese, di cui il tipico esempio è quello del gruppo di imprese, quale strumento di organizzazione e di gestione di una struttura complessa. Da quanto detto emergerà anche la complessità degli “strumenti giuridici” (tra i quali rientrano, ad esempio, il distacco) che in concreto consentono l’effettivo utilizzo delle prestazioni di lavoratori italiani alle dipendenze di imprese nazionali o anche di imprese collegate attive all’estero e/o di nazionalità straniera.

Tutto ciò si collega, inevitabilmente, al tema della “flessibilità spaziale” che caratterizza il lavoro “remotizzato” il quale accentua la mobilità transnazionale del lavoratore il quale, attraverso l’uso di dispositivi digitali può (più “agilmente” che in passato) lavorare spostandosi tra più Stati (Monte-rossi 2024).

Il complesso tema dei confini del diritto del lavoro e del lavoro con elementi di transnazionalità, quindi, non può che essere esaminato nei suoi principi fondamentali nell’ottica di una loro riconduzione a sistema dell’“ordinamento multilivello” (Ales 2015, p. 462). Il livello nazionale attraverso l’art. 35 della Costituzione tutela il lavoro in tutte le sue forme, riconosce la libertà di migrazione e tutela il lavoro italiano all’estero, promuovendo e favorendo gli accordi e le organizzazioni internazionali intese ad affermare e regolare i diritti del lavoro; il livello internazionale attraverso principalmente l’azione normativa dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro alla quale si devono i primi interventi dei diritti dei lavoratori che svolgono la loro attività all’estero (Convenzione n. 97 del 1 luglio 1949); il livello sovranazionale, nel quale evidentemente la mobilità individuale transnazionale trova, in primo luogo, un aggancio normativo nella disposizione del Trattato dell’Unione europea in tema di libera circolazione dei lavoratori ed, in secondo luogo, nelle norme uniformi di diritto internazionale privato in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali attraverso, in particolare, con il Regolamento n. 593/2008 del 17 giugno 2008 (cd Reg. Roma I).

2. La legge applicabile ai contratti individuali di lavoro: la scelta delle parti e norme a tutela del lavoratore

Il Regolamento n. 593/2008 sostituisce la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, n. 80/934/Cee sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Ballarino 2009, p. 45; Pocar 2007, p. 88) e si propone, anzitutto, di uniformare le norme di conflitto degli Stati membri in materia contrattuale non soltanto nelle relazioni intracomunitarie ma anche in quelle che coinvolgono Stati terzi. Il Regolamento, inoltre, ha introdotto una disciplina internazionalprivatistica “coerente” con quella del Regolamento Ce 44/2001 sulla giurisdizione (Bruxelles I) e di quello 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II). Quanto detto evidenzia la progressiva “europeizzazione” del diritto internazionale privato ed il grande “salto di qualità” (Traversa 2015, p. 326) che ha rappresentato il passaggio da una convenzione internazionale ad un regolamento dell’Unione europea sia dal punto di vista della diversa *natura* dell’atto ma anche per il suo *contenuto*.

La *ratio* delle norme di conflitto in materia di lavoro contenute nel Reg. Roma I è di tutelare la parte debole, come evidenziato, tra l’altro dal conside-

rando 23 che recita «per quanto riguarda i contratti conclusi da soggetti deboli, è opportuno proteggere tali soggetti tramite regole di conflitto più favorevoli ai loro interessi di quanto non lo siano le norme generali».

L'art. 8, rubricato "Contratti individuali di lavoro" detta una disciplina che si applica a qualsiasi contratto di lavoro che presenti elementi di internazionalità, ovvero che abbia uno o più elementi di collegamento con un ordinamento straniero. Tale articolo prevede una successione di criteri, per così dire "a cascata", aventi ad oggetto la determinazione della legge applicabile al contratto individuale di lavoro.

Il primo di tali criteri, conformemente alla regola generale di cui all'art. 3 del Regolamento stesso, è quello consistente nella libera scelta delle parti del diritto applicabile al contratto o a parte di esso. L'art. 8, comma 1, utilizzando una logica di massima valorizzazione di tale volontà, dispone infatti che un contratto individuale di lavoro è disciplinato dalla legge scelta dalle parti conformemente all'articolo 3.

Tuttavia, tale scelta non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma dei paragrafi 2, 3 e 4 dell'art. 8. La pietra angolare del sistema è, dunque, la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile.

Il Reg. Roma I, inoltre, nell'individuare la legge applicabile al rapporto di lavoro, limita il principio generale della libertà di scelta delle parti stabilendo, a ben guardare, tre livelli di vincoli.

Il primo sta nella garanzia, anche nel caso di esercizio della scelta, dell'applicazione delle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma dei paragrafi 2, 3 e 4 dell'art. 8.

Il secondo sta nella garanzia dell'applicazione, da parte del giudice, delle norme (cosiddette di applicazione necessaria) che disciplinino imperativamente il rapporto di lavoro indipendentemente dalla legge individuata come applicabile (art. 9).

Il terzo sta nel cosiddetto ordine pubblico del foro (art. 21). La precisazione di questi vincoli non è agevole (come si vedrà nei paragrafi 3 e 4), visto che ciascuno di essi, almeno per una parte si sovrappone a quello successivo. È utile pertanto effettuare una graduazione e una distinzione non solo di tipo "quantitativo" (lasciata per lo più alla discrezionalità del giudice) ma anche di tipo "qualitativo" basata su principi superiori a quelli che governano l'individuazione della legge applicabile.

Il criterio di collegamento principale per individuare la legge applicabile al rapporto di lavoro, in assenza di scelta, è quello della *lex loci laboris* (luogo abituale di esecuzione della prestazione) che porta a selezionare la legge del «paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecu-

zione del contratto svolge abitualmente il suo lavoro. Il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo» (art. 8.2 Reg. Roma I).

Se il primo criterio di collegamento (*lex loci laboris*) non è identificabile si applica il criterio del paese della sede di assunzione (art. 8.3 del Regolamento). Ambedue i criteri citati rappresentano l'espressione di un metodo di coordinamento tra i vari ordinamenti giuridici tradizionale e, al tempo stesso, caratteristico delle norme di conflitto, ovvero della "localizzazione spaziale" della fattispecie (cioè della allocazione in un dato ordinamento statale in base a connessioni di tipo spaziale). L'art. 8.3 riguarda, dunque, l'eventualità che il lavoratore sia stato assunto nella previsione che la sua attività non debba abitualmente svolgersi in un unico Stato o che, comunque assunto, in concreto lavori in più Stati senza che risulti possibile ricostruire una localizzazione abituale. Applicabile in questa eventualità è la legge dello Stato dove si trova la sede dell'impresa che ha proceduto ad assumere il lavoratore.

Il criterio della sede del datore di lavoro per l'ipotesi in cui il lavoratore sia destinato a svolgere abitualmente il suo lavoro in più Stati (lavoratore "itinerante"), è apparso come quello più idoneo a collegare il rapporto di lavoro con la legge di un dato luogo: esso corrisponde non solo alle aspettative del datore di lavoro, ma presumibilmente anche a quelle del lavoratore che, stipulando un contratto di lavoro con un'impresa straniera, avrà fatto riferimento alle legge del paese dove si trova tale impresa (Villani 1983, p. 286).

Entrambi i criteri previsti rispettivamente dall'art. 8.2 e dall'art. 8.3, infatti, possono cedere il passo nel caso in cui "dall'insieme delle circostanze" emerga un "collegamento più stretto" del contratto con un diverso paese (art. 8.4).

Il criterio del "collegamento più stretto" è menzionato in chiusura dell'art. 8, e ha un valore sostanzialmente diverso rispetto ai primi due criteri, anche se, come quelli, è rivolto all'intera disciplina del rapporto dove manchi una scelta delle parti, oppure, quando la scelta esista, a fornire l'eventuale contenuto di norme protettive. Il Reg. Roma I ricerca il coordinamento tra i vari ordinamenti giuridici non solo attraverso il metodo tradizionale cosiddetto delle norme di conflitto, ovvero della localizzazione spaziale della fattispecie (v. artt. 8.2 e 8.3), ma anche attraverso il metodo che si fonda sul principio di prossimità, il quale mira a valorizzare, nel singolo caso concreto, la "vicinanza" ad un certo ordinamento; "vicinanza" la cui valutazione il legislatore demanda al giudice, il quale ha un ampio potere di tipo discrezionale (Mosconi 1990, p. 240).

La Corte di Giustizia, a seguito di vari rinvii pregiudiziali ad essa pervenuti da giudici del lavoro di diversi Stati membri, ha via via "specificato" le dispo-

sizioni del paragrafo 8.2¹, del paragrafo 8.3² e 8.4³. Da ultimo la Corte di Giustizia è intervenuta nuovamente con una decisione del dicembre 2025⁴ a specificare i criteri in esame stabilendo «che, qualora il lavoratore, dopo aver svolto il suo lavoro per un certo periodo in un determinato luogo, si trovi a dover svolgere le sue attività in un luogo diverso, destinato a divenire il nuovo luogo di lavoro abituale di tale lavoratore, occorre tener conto di quest'ultimo luogo, nell'ambito dell'esame dell'insieme delle circostanze, al fine di determinare la legge che sarebbe applicabile in mancanza di scelta delle parti».

3. L'eccezione alle norme di conflitto: ordine pubblico

Occorre a questo punto evidenziare che, muovendosi prevalentemente per mezzo di norme di carattere strumentale e secondo la logica della “localizzazione spaziale” della fattispecie da regolare, il legislatore di diritto internazionale privato si fa carico del problema di giustizia generalmente soltanto in via mediata. In altre parole si limita a stabilire “dove” debba venire ricercata la disciplina del caso in esame e non “quale” detta disciplina debba essere.

Un'enfasi particolare viene, infatti, posta dal Regolamento Roma I sulla ricerca della «uniformità delle soluzioni» (Mosconi e Campiglio 2010, p. 170) ma questa non può essere vista come un valore assoluto perché si deve prendere atto dell'immancabile presenza di regole in controtendenza. Basti pensare al riguardo al limite dell'ordine pubblico.

L'art. 21 (Ordine pubblico del foro) del Reg. Roma I, omologamente all'art. 16 della Convenzione di Roma, prevede che «l'applicazione di una norma della legge di un paese designata dal presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro».

¹ C. giust., 15.03.2011, C-29/10, *Heiko Koelzsch c. État du Grand-Duché de Luxembourg*, in cui la Corte ha precisato che nell'ipotesi in cui il lavoratore svolga le sue attività in più di uno Stato, il paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro, è quello in cui o a partire dal quale, tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano tale attività, «il lavoratore adempie la parte sostanziale delle sue obbligazioni nei confronti del suo datore di lavoro».

² C. giust., 15.12.2011, C-384/10, *Jan Voogsgeerd v Navimer SA*, in cui la Corte ha precisato che la sede che ha proceduto ad assumere va riferita alla «sola conclusione del contratto di lavoro».

³ C. giust., 12.09.2013, C-64/12, *Firma Anton Schlecker c. Melitta Josefa Boedeker*, in cui la Corte ha attribuito rilevanza, ai fini della valutazione dell'esistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 8.4 del Reg. Roma I, al domicilio fiscale e/o contributivo del lavoratore.

⁴ C. giust., 11.12.2025, C-485/24, *Locatrans Sàrl c. ES*.

È comprensibile infatti che, pur aprendosi verso valori giuridici esterni e pur perseguendo la ricerca dell'uniformità delle soluzioni, un ordinamento statale non possa rinunciare a proteggere la propria armonia interna ed eviti, quindi, di impegnarsi ad applicare quelle norme straniere che, sebbene appartenenti all'ordinamento in principio considerato "competente", nel caso di specie produrrebbero nel foro effetti intollerabili in quanto contrastanti con i fondamentali principi morali e giuridici che lo caratterizzano in via generale o che ne caratterizzano uno specifico settore.

L'esigenza primaria alla quale il legislatore europeo intende dare risposta con la clausola d'eccezione di ordine pubblico è quella della preservazione dell'armonia e della coerenza interna dell'ordinamento del foro, precludendo l'applicazione da parte del giudice italiano di norme straniere suscettibili di produrre effetti inaccettabili, ossia effetti non compatibili con i principi etici, economici, politici e sociali che condizionano il modo d'essere degli istituti del nostro ordinamento giuridico soprattutto nelle relazioni di lavoro, ma anche in ogni altro campo della convivenza sociale.

L'ordine pubblico rappresenta una nozione «generica e elastica», in ordine alla quale ogni sforzo di concretizzazione in via certa ed esaustiva risulta difficile (Feraci 2012, p. 9). Esso costituisce, infatti, un concetto funzionale, il cui contenuto si precisa in relazione alla funzione cui lo stesso è preordinato e che, pertanto, risulta inesorabilmente rimesso all'apprezzamento del giudice. L'ordine pubblico rappresenta la nozione a contenuto variabile per eccellenza del diritto internazionale privato (Rigaux 1984, p. 237), non solo per la funzione che esso svolge nell'ambito di questa materia, ma anche perché esso si presenta variabile a livello spaziale e temporale (Badiali 1990, p. 2).

Il concetto di ordine pubblico ha, infatti, subito nel corso del tempo un'evoluzione sul piano dei contenuti: ad un ordine pubblico strettamente "interno" ossia preposto alla difesa dei fondamenti politici e sociali della comunità nazionale si è via via affiancato una nozione di ordine pubblico "internazionale" in senso stretto, diretto a tutelare i principi di diritto pubblico o privato comuni alle nazioni civili ed espressione della partecipazione dell'ordinamento interno alla comunità internazionale.

La giurisprudenza ha sottolineato in più occasioni la distinzione tra i due concetti. La Cassazione ha utilizzato, quindi, l'espressione ordine pubblico "interno" per riferirsi al «complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un certo momento storico» e quella di ordine pubblico "internazionale" per riferirsi, invece, ai «principi a carattere universale, comuni a molte nazioni di civiltà affine, intesi alla tutela dei alcuni diritti fondamentali dell'uomo, spesso sanciti in di-

chiarazioni o convenzioni internazionali »⁵. Talora la giurisprudenza enuncia alcuni “criteri-guida” secondo cui i principi di ordine pubblico devono ravvisarsi nei principi fondamentali della nostra Costituzione, o in quelle altre regole che, pur non trovando in essa collocazione, rispondono all’esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell’uomo, o che informano l’intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti dell’intero assetto ordinamentale⁶.

4. La distinzione tra norme di applicazione necessaria e ordine pubblico

Il Reg. Roma I identifica anche le norme di applicazione necessaria in quelle «disposizioni il cui il rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, quali la sua organizzazione politica, sociale ed economica». Il considerando n. 37 del Reg. Roma I precisa, inoltre, che il concetto di norme di applicazione necessaria di cui all’art. 9 va inteso «in maniera più restrittiva» rispetto alle «disposizioni non derogabili convenzionalmente» di cui all’art. 8, par. 1 dello stesso Regolamento.

Come è stato rilevato da un’attenta dottrina (Cester 2009, p. 32), tra le norme “non derogabili convenzionalmente” e le “norme di applicazione necessaria” (nonché, come si vedrà in seguito, il principio di “ordine pubblico”) esiste, in primo luogo, una differenza di tipo “quantitativo”, rimessa alla più ampia valutazione discrezionale del giudice, il quale si esprimerà, caso per caso, sui diversi “gradi di inderogabilità” della norma. Esiste comunque anche una differenza “qualitativa”, com’è quella che individua le norme di applicazione necessaria come quelle che attengono a profili essenziali dell’organizzazione politica, sociale ed economica dello Stato, talora anche solo sotto il profilo del suo concreto funzionamento; da taluno, infatti, le norme di applicazione necessaria sono state indicate come “super-imperative” (Magnani 2004, p. 392).

Quanto poi all’ordine pubblico del foro, si tratterebbe dei principi di fondo che costituiscono “l’eticità dell’ordinamento” e che verrebbero in considerazione là dove non arrivano né le norme non derogabili convenzionalmente, né quelle di applicazione necessaria.

Queste ultime costituiscono un limite che opera “ex ante” rispetto alla norma di conflitto. La norma di applicazione necessaria svolge una funzione preventiva poiché esige di essere applicata dal giudice prima ancora che que-

⁵ Cass. 08.01.1981, n. 189.

⁶ Cass. 26.11.2004, n. 22332.

sti possa determinare quale diritto straniero sarebbe richiamato dalla norma di conflitto. Il limite dell'ordine pubblico internazionale è un limite generale all'applicazione del diritto straniero operante "ex post" rispetto alla norma di conflitto, disattivandola a posteriori (Lagarde 1959, p. 188).

Inoltre, le norme di applicazione necessaria si ancorano appunto a "norme" giuridiche per cui occorrerà valutare se la norma sia espressione di un interesse di primaria importanza per lo Stato alla realizzazione del quale non è disposto a rinunciare. Il limite dell'ordine pubblico è invece un limite di "principi": in altri termini i principi non sono suscettibili di applicazione diretta ma operano come limite all'applicazione di norme straniere contrastanti.

Lo sforzo di "concretizzazione" di tali concetti è molto evidente nella materia lavoristica, come è testimoniato dalla giurisprudenza intervenuta sul punto. Alla luce di tale giurisprudenza, ad esempio, integra la nozione di ordine pubblico, il principio fondamentale inerente al diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo (soggettivo od oggettivo) ovvero il principio di necessaria giustificazione del licenziamento⁷. Un ulteriore esempio di ordine pubblico è quello del principio di proporzionalità e sufficienza della retribuzione di cui all'art. 36 della Costituzione⁸. Ed ancora il principio di non discriminazione tra uomo e donna, il principio del divieto di lavoro minorile, il principio di libertà sindacale e il principio di tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro nonché quello di tutela della dignità personale e della privacy del lavoratore.

Occorre, inoltre, considerare che la esemplificazione maggiormente idonea a dare concretezza alle norme di applicazione necessaria può essere desunta dalle norme che fissano standard minimi di tutela nelle materie elencate dall'art. 3, par. 1 della 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 come modificata dalla Direttiva Unione Europea 28 giugno 2018, n. 957/2018, espressamente definite come "norme di applicazione necessaria" dallo stesso considerando n. 34 del Regolamento Roma I.

La Direttiva 96/71/CE, riesce a dare una esemplificazione delle norme di applicazione necessaria elencando le regole che fissano standard minimi di tutela nelle materie elencate (periodi massimi di lavoro e quelli minimi di riposo; la durata minima delle ferie retribuite; la retribuzione; le condizioni della messa a disposizione dei lavoratori, in particolare da parte di imprese di somministrazione; la sicurezza, sanità e igiene sul luogo di lavoro; le misure di protezione relative alle donne incinte, alle lavoratrici madri, ai bambini e

⁷ Cass. 09.05.2007, n. 10549.

⁸ Cass. 26.11.2004, n. 22332.

ai minori; la parità di trattamento uomo–donna e le altre disposizioni in tema di non discriminazione ecc.). In questo modo si comprende anche che la Dir. 96/71/CE, individuando le norme di applicazione necessaria, assolve ad una “funzione integratrice” del Reg. Roma I. La Direttiva, infatti, non ha l’obiettivo di armonizzare il contenuto materiale delle regole applicabili nei diversi paesi, ma di elaborare criteri per l’identificazione di tali regole.

Alla luce di quanto esaminato possono considerarsi, ad esempio, norme di applicazione necessaria nell’ambito della legislazione italiana in materia di lavoro, l’art.1, legge n. 604 del 1966 in materia di giustificatazza del licenziamento; l’art. 2087 c.c. nonché l’art. 28 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 sull’oggetto della valutazione dei rischi; gli artt. 7 e 10 del d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66 in materia, rispettivamente, di riposo giornaliero e di ferie annuali; l’art. 16 del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, che prevede il divieto assoluto di adibire la lavoratrice ad un qualunque lavoro durante i due mesi precedenti la data presunta del parto e durante i tre mesi successivi all’evento del parto; gli artt. 28 del d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198 sul divieto di discriminazione concernente un qualunque aspetto o condizione delle retribuzioni. Tali norme sono, seppur in modi diversi, espressione di un interesse di primaria importanza per lo Stato alla realizzazione del quale quest’ultimo non è disposto a rinunciare. A questo punto non è dubitabile che la norma di applicazione necessaria “concretizzi” il principio di ordine pubblico.

5. Gli strumenti giuridici che consentono l’utilizzo delle prestazioni “oltre confine”

Gli strumenti giuridici che consentono l’utilizzo delle prestazioni di lavoro all’estero sono molteplici. La prima ipotesi riguarda l’assegnazione del lavoratore alla sede estera del datore di lavoro italiano “senza” alcuna sospensione dell’originario rapporto di lavoro di diritto italiano. In questo caso l’invio del lavoratore all’estero può avvenire tramite i classici strumenti del trasferimento e della trasferta.

Nell’esperienza concreta l’invio del lavoratore presso una società estera si può realizzare anche attraverso pattuizioni tra loro collegate in base alle quali, da un lato, viene concordata con il lavoratore la sospensione del rapporto che si svolge in Italia, e, dall’altro, viene costituito un separato e distinto rapporto di lavoro con la consociata estera, con l’ulteriore previsione che, alla cessazione di quest’ultimo, riprenderà vita il rapporto di lavoro “italiano” (Proia 2014, p. 1706). Si parla in questo caso di “aspettativa non retribuita”.

Solitamente, infatti, nelle prassi aziendali dei grandi gruppi societari il datore di lavoro italiano mette in aspettativa il dipendente indicando che svol-

gerà l'attività lavorativa presso un'altra società e, contestualmente, il datore di lavoro estero assume a tempo determinato il dipendente con un contratto che potremmo chiamare, per semplicità, "contratto di espatrio". Quindi il rapporto di lavoro in Italia è sospeso e "riprenderà vita" al momento della cessazione del contratto di lavoro all'estero. Solitamente, inoltre, si verifica una coincidenza temporale tra il "contratto di espatrio" e l'"aspettativa non retribuita"⁹.

La sospensione del rapporto di lavoro di diritto italiano e la costituzione, in parallelo, di un rapporto di lavoro alle dipendenze del datore di lavoro estero genera alcuni profili di criticità relativi agli obblighi e ai poteri attinenti al rapporto di lavoro all'estero. Innanzitutto, per quanto attiene agli obblighi inerenti al rapporto di lavoro subordinato, si può osservare, ad esempio, che l'originario datore di lavoro italiano, non fruendo, durante il periodo di invio all'estero con "contratto di espatrio", delle prestazioni del suo dipendente non è tenuto, nei confronti di esso, ad alcun obbligo retributivo, neanche in applicazione dell'art. 36 della Costituzione¹⁰, ed è anche esonerato da ogni responsabilità per fatti riconducibili al datore di lavoro estero come, ed esempio, la mancata liquidazione da parte del datore di lavoro estero stesso del trattamento di fine rapporto relativo al periodo di lavoro intercorso tra quest'ultimo e il lavoratore¹¹.

In secondo luogo, nel caso di sospensione del rapporto di lavoro di diritto italiano con costituzione di un parallelo un rapporto di lavoro alle dipendenze del datore di lavoro estero, il potere direttivo è attribuito a quest'ultimo, essendo sospeso il potere direttivo in capo al datore di lavoro italiano. Pertanto il datore di lavoro italiano non può, senza un giustificato motivo, richiamare a sé il lavoratore che sta svolgendo la sua attività all'estero.

In regime di sospensione convenzionale del rapporto, dunque, i rapporti restano separati, con conseguente non imputabilità al datore di lavoro italiano, se non diversamente pattuito, delle obbligazioni relative al rapporto all'estero¹².

Tale separatezza rende quindi difficoltoso, al momento del rientro in Italia e della ripresa in vita del rapporto di lavoro italiano, per il lavoratore richiedere il passaggio definitivo e irreversibile alle mansioni più qualificanti alle quali, ad esempio, è stato di fatto assegnato presso il datore di lavoro estero e il conseguente allineamento retributivo.

Poiché i due contratti, ciascuno produttivo degli effetti ad esso peculiari, sono entrambi destinati alla realizzazione della "funzione complessiva" che

⁹ Sulla legittimità della sospensione convenzionale già Cass. 16.07.1986, n. 4604.

¹⁰ Cass. 06.09.1991, n. 9401.

¹¹ Cass. 20.06.1996, n. 5714.

¹² Cass. 05.09.2006, n. 19036.

è l'utilizzo di un lavoratore, ad esempio altamente qualificato e specializzato, presso il datore di lavoro estero è opportuno valorizzare il “collegamento negoziale volontario” (Scognamiglio 1960, p. 377) in modo che la stessa volontà delle parti vada a disciplinare come le vicende di un contratto si riflettono sull'altro.

6. Il distacco

Fattispecie adiacente a quelle finora menzionate è quella del distacco (ex art. 30 del d.lgs. n. 276/2003). Quest'ultimo si può realizzare, da un lato, presso un soggetto estero “completamente autonomo” dal distaccante italiano; dall'altro lato, presso un'azienda estera dello stesso “gruppo” multinazionale; sia presso un'impresa distinta dal distaccante ma legata da varie “forme di cooperazione o integrazione contrattuale”.

Pertanto, la “mobilità transnazionale dei lavoratori” si può avere sia nell'ambito di un percorso che potremmo definire “fisiologico” in quanto funzionale alla realizzazione di un progetto economico unitario (come nel caso del distacco presso un'azienda estera appartenente allo stesso “gruppo multinazionale”) oppure funzionale alla realizzazione di un progetto di integrazione contrattuale tra le imprese (come nel caso del distacco intra-rete).

Questi temi aprono molteplici spazi di indagine sul requisito dell'“interesse del distaccante”: ad esempio è apparso possibile ritenere che in caso di ricorso all'istituto del distacco tra le società appartenenti al medesimo gruppo di imprese, ricorrendo le condizioni di cui all'art. 2359, co. 1, c.c., l'interesse della società distaccante possa coincidere nel comune interesse perseguito dal gruppo “analogamente” a quanto espressamente previsto dal legislatore nell'ambito del contratto di rete ai sensi del co. 4 *ter*, dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003. L'analogia ipotizzata tra l'istituto del distacco intra-gruppo e quello del distacco intra-rete con riferimento alla sussistenza del requisito dell'interesse, funge da collegamento interpretativo in tema di co-datorialità. Quest'ultima, tuttavia, si configurerebbe come una eccezione prevista dal legislatore nel caso del contratto di rete e non, viceversa, nel caso del gruppo di imprese transnazionali.

La “mobilità transnazionale dei lavoratori” si può realizzare inoltre nell'ambito di un percorso “eccezionale”, in cui la realizzazione di un progetto di integrazione e cooperazione contrattuale è funzionale dall'esigenza dell'impresa (o meglio del raggruppamento temporaneo di impresa, RTI) di adempiere ad uno specifico contratto di appalto (pubblico). In quest'ambito il problema non riguarderà tanto la verifica della legittimità del distacco tra le imprese che compongono un RTI, ma quello delle tutele specifiche (non solo di carattere retributivo) per gli appalti pubblici poste dall'ordinamento a

vantaggio dei lavoratori impiegati nel raggruppamento per la realizzazione del lavoro commissionato dalla stazione appaltante (v. d. lgs. 31 marzo 2023 n. 31).

In tal caso ci troveremmo a maneggiare, ancora una volta con molta cura, gli strumenti per ottenere l'obiettivo di individuare un equo bilanciamento tra diritti sociali e tutela dell'occupazione, da un lato, e libertà d'impresa e tutela della concorrenza dall'altro.

7. Il distacco previdenziale e deroghe al principio di “territorialità”

La regola generale, ai fini della individuazione della legislazione previdenziale applicabile è quella per cui durante la permanenza del lavoratore all'estero è sospesa l'obbligazione contributiva in Italia, con assoggettamento del rapporto alla normativa previdenziale del “paese di lavoro” (*lex loci laboris*) come previsto dall'art. 11 Reg. CE n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

Tuttavia fa eccezione a questa regola generale il regime del cosiddetto “distacco previdenziale” di cui all'art. 12 e ss. del Reg. n. 883/2004 in base al quale «La persona che esercita un'attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente le sue attività e è da questo distaccata, per svolgerci un lavoro per suo conto, in un altro Stato membro rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i ventiquattro mesi e che essa non sia inviata in sostituzione di un'altra persona». Il “distacco previdenziale” opera, quindi, come condizione di “deroga temporanea” al principio della territorialità della legislazione previdenziale applicabile e del conseguente obbligo assicurativo.

La caratteristica fondamentale di tale distacco è che il lavoratore, pur lavorando all'estero, ha il diritto di mantenere il regime previdenziale del Paese di provenienza, cioè l'Italia, per un determinato periodo di tempo. Tale diritto viene meno, infatti, nel caso di permanenza del lavoratore oltre il periodo massimo definito di distacco con il conseguente assoggettamento al regime di sicurezza sociale del Paese di lavoro.

Pertanto, oltre alla natura temporanea del distacco e al fatto che questo non abbia lo scopo di sostituire un altro lavoratore, esistono importanti punti da analizzare riguardo questa norma specifica.

In primo luogo, il datore di lavoro deve esercitare “abitualmente” le sue attività nello Stato d'invio. Inoltre, la regola secondo cui il lavoratore «esercita un'attività per conto di un datore di lavoro» significa che durante il periodo di distacco deve essere mantenuto un “legame organico” tra il datore di lavoro distaccante e il lavoratore distaccato. Con l'espressione «che vi eser-

cita abitualmente le sue attività» si intende un'impresa che generalmente svolge attività sostanziali nel territorio dello Stato membro in cui è stabilita. Ai fini di stabilire se un'impresa eserciti attività sostanziali è necessario esaminare tutti i criteri che caratterizzano le attività svolte dall'impresa in questione. Tali criteri devono essere adeguati alle caratteristiche proprie di ogni impresa e alla reale natura delle attività esercitate. L'esistenza di attività sostanziali nello Stato d'invio può essere determinata attraverso una serie di fattori oggettivi quali, ad esempio, il luogo in cui si trova la sede e l'amministrazione dell'impresa di invio; la quantità di personale amministrativo dell'impresa di invio che lavora nello Stato membro di stabilimento e nell'altro Stato membro (la presenza del solo personale amministrativo nello Stato d'invio esclude di per sé che le disposizioni in materia di distacco possano essere applicate all'impresa); il luogo di assunzione del lavoratore distaccato; il luogo in cui è conclusa la maggior parte dei contratti con i clienti; la legislazione applicabile ai contratti stipulati dall'impresa di invio con i clienti e con i dipendenti; il numero di contratti eseguiti nello Stato d'invio e nello Stato di occupazione; il fatturato raggiunto dall'impresa di invio nello Stato d'invio e nello Stato di occupazione durante un periodo da considerare tipico (ad esempio, un fatturato pari a circa il 25% del fatturato totale nello Stato d'invio potrebbe essere considerato un indicatore sufficiente); il tempo trascorso dalla costituzione di un'impresa nello Stato d'invio. È importante notare che non si tratta di un elenco esaustivo poiché occorre adattare i criteri a ogni caso specifico e tener conto della natura delle attività svolte dall'impresa nello Stato in cui ha sede.

Potrebbe, inoltre, essere necessario prendere in considerazione altri criteri adeguati alle caratteristiche proprie dell'impresa e alla reale natura delle attività svolte da tale impresa nello Stato in cui ha sede. Nella valutazione delle attività sostanziali nello Stato d'invio è altresì necessario che le istituzioni verifichino che il datore di lavoro che richiede il distacco sia l'effettivo datore di lavoro dei lavoratori coinvolti. Accertato che l'impresa esercita di norma attività sostanziali sul territorio dello Stato in cui ha sede, occorre verificare l'esistenza delle altre tre condizioni.

In primo luogo, l'attività svolta dal lavoratore nello Stato di destinazione deve essere esercitata per conto del datore di lavoro che lo ha distaccato; il lavoratore deve, cioè, mantenere per tutto il periodo di attività nello Stato di destinazione un legame diretto con il datore di lavoro distaccante («legame organico»)¹⁵. Al fine di accertare la permanenza di tale legame è necessario

¹⁵ Circolare Inps n. 105 del 03.08.2010 nonché Commissione Europea, *Guida Pratica alla legislazione applicabile ai lavoratori nell'Unione europea (UE) e nello Spazio economico europeo (SEE) e alla Svizzera*, maggio 2010.

prendere a riferimento alcuni elementi; in particolare deve rimanere in capo al datore di lavoro distaccante la responsabilità in materia di assunzione, contratto di lavoro e licenziamento. Il datore di lavoro che distacca, inoltre, deve mantenere il potere di determinare, anche se non in modo dettagliato, la natura e le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e l'obbligo di corrispondere la retribuzione, indipendentemente dal soggetto che effettua materialmente il pagamento della stessa.

In secondo luogo, deve trattarsi di un'attività limitata nel tempo e, infatti, la durata del distacco non può essere superiore a ventiquattro mesi. In terzo luogo, il lavoratore non deve essere inviato in sostituzione di un lavoratore che è giunto al termine del periodo di distacco.

I criteri che fanno leva sul carattere "abituale" dell'attività e sulla "parte sostanziale" della attività, come desunti dal Reg. 833/2004, unitamente ai criteri ispirati al "principio di prossimità" all'interno del Reg. Roma I, costituiranno presumibilmente criteri "alternative" invocabili nell'ambito di attività multilocalizzate e caratterizzate dalla smaterializzazione del luogo di lavoro.

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2015), *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, *DLRI*, 147, p. 462 ss.
- Badiali G. (1990), voce *Ordine pubblico (diritto internazionale privato e processuale)*, in *EGT*, p. 2.
- Ballarino T. (2009), *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, in *RDInt*, 1, p. 40 ss.
- Cester C. (2009), *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in AA. VV., *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti. Atti delle Giornate di studio di Diritto del lavoro*, Modena 18-19 aprile 2008, Giuffrè
- Feraci O. (2012), *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè.
- Gottardi D. (2012) *La libera circolazione dei lavoratori subordinati nell'Unione europea*, in M. Brollo (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, *Il mercato del lavoro*, Cedam.
- Lagard P. (1959), *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ.
- Lo Faro A. (2005), *Turisti e vagabondi: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confine*, in *LD*, 3, p. 437 ss.
- Magnani M. (2004), *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *DL*, p. 391.
- Monterossi L. (2024), *Lavoro da remoto e mobilità transfrontaliera: il regime di sicurezza sociale applicabile nel prisma del diritto eurounitario*, in *Federalismi.it*, 25, p. 249 ss.
- Mosconi F., Campiglio C., (2010), *Le norme di applicazione necessaria nell'ordinamento italiano*, in *Diritto internazionale privato e processuale: parte generale e obbligazioni*, Utet.

- Mosconi F. (1998), *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *QDLRI*, 20.
- Perulli A. (1999), *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam.
- Pocar F. (2007), *La trasformazione della Convenzione in regolamento: da normativa flessibile a normativa rigida?* in AA. VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla convenzione di Roma al regolamento "Roma I". Atti del Convegno (Bari, 23–24 maggio 2007)*, Il Sole 24 Ore.
- Proia G. (2014), *Il lavoro italiano all'estero*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro*, Ipsoa.
- Rigaux F. (1984), *Les notions à contenu variable en droit international privé*, in C. Perelman, R. Vader Elst (a cura di), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant.
- Scognamiglio R. (1960), *Collegamento negoziale*, *ED*, VII, p. 375.
- Traversa E. (2015), *Il rapporto di lavoro con elementi di transnazionalità*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, Giappichelli.
- Villani U. (1983), *I contratti di lavoro*, in T. Treves (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Cedam.