

Studi in onore di Alessandro Garilli

Tomo I

a cura di

Alessandro Bellavista
Massimiliano Marinelli



Giappichelli

Studi in onore di Alessandro Garilli

Tomo I

a cura di

Alessandro Bellavista
Massimiliano Marinelli



Giappichelli

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2398-4 (*Due tomi indivisibili*)



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

PRESENTAZIONE

È con estrema soddisfazione che presentiamo la raccolta di Studi in onore del professore Alessandro Garilli, Maestro di tutti i giuslavoristi palermitani. La realizzazione di quest'opera è stata possibile grazie all'affetto delle autrici e degli autori che hanno donato un loro scritto, nonché all'impegno di coloro che hanno svolto il conseguente e non semplice lavoro editoriale. Perciò, un sentito ringraziamento va rivolto a tutti i componenti del Comitato promotore (Cinzia De Marco, Marina Nicolosi, Alessia Gabriele, Silvio Bologna e Lorenzo Dentici), ai giovani lavoristi palermitani (Marcella Miracolini, Rita Daila Costa e Claudio Bennici) e, in particolare, ad Alessandro Riccobono che ha coordinato tutta l'attività editoriale. Vogliamo altresì ricordare con affetto l'amico e collega Calogero Cammalleri, componente del Comitato promotore, purtroppo prematuramente scomparso.

Quest'opera è stata finanziata tramite contributi del Dipartimento di Scienze Politiche e delle Relazioni Internazionali e del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, dell'Ordine degli avvocati di Palermo e dell'Università di Enna "Kore".

Alessandro Bellavista e Massimiliano Marinelli



NOTA BIOGRAFICA

Alessandro Garilli è nato a Palermo il 19 novembre 1948. Ha conseguito la laurea in Giurisprudenza il 6 dicembre 1971 nell'Università degli Studi di Palermo. Assegnista di ricerca e poi assistente ordinario, nel giugno del 1985 è stato nominato professore associato di diritto del lavoro presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo. È divenuto professore straordinario di diritto del lavoro, dal 1° novembre 1990, nella Facoltà di Scienze Politiche della medesima Università; e, in seguito, dal 1° novembre 1993, professore ordinario di diritto del lavoro. Dal 1° novembre 1996 è stato chiamato dalla Facoltà di Giurisprudenza a ricoprire la cattedra di diritto del lavoro, dove è rimasto fino alla cessazione dal servizio per ragioni di età. Nel 2021 gli è stato conferito il titolo di professore emerito. Ha ricoperto l'incarico di Preside della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Palermo dal 1° novembre 1991 al 31 ottobre 1996. Ha svolto la professione di avvocato ed ha rivestito la carica di Sottosegretario di Stato al Lavoro nel primo governo Prodi dal marzo 1998 all'ottobre dello stesso anno. È Presidente, dal 1996, della Sezione della Sicilia occidentale del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro «Domenico Napoletano». È componente dei comitati editoriali e scientifici di diverse riviste di diritto del lavoro. Attualmente è Presidente dell'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale.

ESPAÑA: ¿EN EL CAMINO DE LA IGUALDAD A TRAVÉS DE LAS AUDITORÍAS RETRIBUTIVAS?

di Sara Alcázar Ortiz

SUMARIO: 1. Introducción: El principio de igualdad retributiva, el registro retributivo y el nuevo marco normativo en España. – 2. Principio de transparencia retributiva y auditorías retributivas. – 3. La obligación de igual retribución por trabajo de igual valor. – 4. Las auditorías retributivas. – 5. Conclusión.

1. *Introducción: El principio de igualdad retributiva, el registro retributivo y el nuevo marco normativo en España*

El artículo 28 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores regula el principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor. Dicho precepto fue recientemente modificado por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

El sistema de registro retributivo en España posibilita que la representación legal de las personas trabajadoras pueda acceder a la información retributiva desglosada y promediada en todas las empresas. Por su parte, la auditoría salarial en el ordenamiento jurídico español se aplica a todas las empresas que tienen la obligación de tener planes de igualdad. El nuevo marco normativo en España requiere de un desarrollo reglamentario. De especial relevancia es el desarrollo del concepto y contenido de las auditorías salariales, siendo las mismas un elemento central para alcanzar el objetivo de la igualdad retributiva entre hombres y mujeres mediante el refuerzo del principio de transparencia. En este entorno, se han publicado recientemente el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2020, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, y el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

2. *Principio de transparencia retributiva y auditorías retributivas*

Pues bien, la Sección Segunda del Capítulo III (dedicado a los instrumentos de

transparencia retributiva) del Real Decreto 902/2020 se ocupa del concepto y contenido de la auditoría retributiva. Así, la auditoría retributiva, como parte del plan de igualdad, ha de incorporar los datos precisos para comprobar que el sistema retributivo presente en la empresa ofrece una garantía transversal y completa de la aplicación de manera efectiva del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Asimismo, ha de posibilitar la definición de las distintas necesidades con la finalidad de evitar, corregir y prevenir obstáculos que existan o que pudieran existir. En definitiva son dos los fines, ambos necesarios y complementarios, que cumple la auditoría retributiva: por una parte, proporcionar información, suficiente, racional y adecuada acerca de la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato, y, por otra parte, prevenir situaciones de riesgos discriminatorio cualquiera que sea el origen del mismo.

Las auditorías retributivas forman parte del principio de transparencia retributiva. Dicho principio se recoge en el Capítulo II (titulado «Principio de transparencia retributiva y obligación de igual retribución por trabajo de igual valor») del Real Decreto 902/2020 y, en concreto, su artículo 3 («Principio de transparencia retributiva»), establece que con la finalidad de garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en materia retributiva entre hombres y mujeres, las empresas y los convenios colectivos habrán de integrar el principio de transparencia retributiva entendiéndolo como «aquel que, aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y, sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución».

En cuanto al objeto de este principio de transparencia retributiva, el mismo artículo 3 del Real Decreto 902/2020 establece que este será «la identificación de discriminaciones, en su caso, tanto directas como indirectas, particularmente las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo, lo que concurre cuando desempeñado un trabajo de igual valor de acuerdo con los artículos siguientes, se perciba una retribución inferior sin que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios». Así vemos cómo un correcto sistema de valoración de puestos de trabajo se convierte en un instrumento clave para lograr la transparencia retributiva y, en definitiva, para alcanzar la igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

Finalmente, el mismo artículo 3 del Real Decreto 902/2020 establece que este principio de transparencia retributiva se va a aplicar, al menos, mediante los instrumentos que se regulan en dicho Real Decreto, a saber, los registros retributivos, la auditoría retributiva, el sistema de valoración de puestos de trabajo de la clasificación profesional que exista en la empresa y que se contenga en el convenio colectivo que resulte de aplicación y el derecho de información a las personas trabajadoras. Estamos ante cuatro instrumentos fundamentales y que ahora se han convertido en piedras angulares en la normativa española para alcanzar la igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

3. *La obligación de igual retribución por trabajo de igual valor*

Recordemos que la obligación de igual retribución por trabajo de igual valor se recoge en el artículo 4 del Real Decreto 902/2020, donde se establece que este principio, en los términos del artículo 28.1 del Estatuto de los Trabajadores, «vincula a todas las empresas, independientemente del número de personas trabajadoras, y a todos los convenios y acuerdos colectivos». Vemos de este modo que en la obligación de igual retribución por trabajo de igual valor no se hace ningún tipo de distinción, siendo aplicable a todo tipo de empresas, privadas o públicas, y a todo tipo de convenios y acuerdos colectivos.

El mismo artículo 4 del Real Decreto 902/2020 nos dice que un trabajo va a tener igual valor que otro, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28.1 del Estatuto de los Trabajadores, «cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes», concretando qué se entiende por «naturaleza de las funciones o tareas», por «condiciones educativas», por «condiciones profesionales y de formación» y por «condiciones laborales y por factores estrictamente relacionados con el desempeño». Así, da esas definiciones en los siguientes términos:

a) Se entiende por naturaleza de las funciones o tareas el contenido esencial de la relación laboral, tanto atendiendo a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo, como atendiendo al contenido efectivo de la actividad que se desempeñe.

b) Se entiende por condiciones educativas a aquellas que se correspondan con cualificaciones regladas y tengan relación con el desarrollo de la actividad.

c) Se entiende por condiciones profesionales y de formación a las que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, con inclusión de la experiencia o la formación no reglada, siempre que presente conexión con el desarrollo de la actividad.

d) Y se entiende por condiciones laborales y por factores estrictamente relacionados con el desempeño los que sean distintos de los anteriores que resulten relevantes en el desempeño de la actividad.

A los efectos de este artículo 4, señala que entre otros factores y condiciones, «podrán ser relevantes, con carácter no exhaustivo», los siguientes: la penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, la responsabilidad tanto económica como relacionada con el bienestar de las personas, la polivalencia o definición extensa de obligaciones, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos o la capacidad de organización; todo ello «en la medida en que satisfagan las exigencias de adecuación, totalidad y objetividad» a que alude el apartado final de este artículo 4 en relación con el puesto de

trabajo que valoran. Así, este apartado final nos dice que «una correcta valoración de los puestos de trabajo requiere que se apliquen los criterios de adecuación, totalidad y objetividad», señalando lo que implican cada uno de estos:

a) La adecuación implicaría que los factores relevantes en la valoración han de ser los relacionados con la actividad y que efectivamente concurren en ésta, con inclusión de la formación necesaria.

b) La totalidad supondría que, para comprobar si concurre igual valor, han de tomarse en consideración todas las condiciones que singularizan el puesto de trabajo, sin que ninguna de ellas se invisibilice o se infravalore.

c) Y la objetividad conllevaría que han de existir mecanismos claros que identifiquen los factores que se han tomado en consideración en el establecimiento de una determinada retribución y que no dependen de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género.

Vemos de este modo que la nueva normativa española intenta acotar esa definición de «trabajo de igual valor», incluso señalando, aunque no con carácter exhaustivo, factores y condiciones que podrán ser relevantes para el establecimiento del mismo, sin perder de vista que la valoración de puestos de trabajo que se haga, para que sea correcta, habrá de aplicar tres criterios esenciales, como son la adecuación, la totalidad y la objetividad, que tampoco deja a la libre interpretación, dando una definición de los mismos. Con respecto a la transparencia, en concreto en la negociación colectiva, y, dentro de ella, a la valoración de puestos de trabajo en los convenios colectivos, el artículo 9 del Real Decreto 902/2020 se refiere a la misma, trayendo a colación el artículo 22.3 del Estatuto de los Trabajadores, señalando que, de conformidad con el mismo, con la finalidad de comprobar que la definición de los grupos profesionales se ajusta a criterios y sistemas garantizados de la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres y la aplicación de manera correcta del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor, las mesas de negociación de los convenios colectivos habrán de asegurarse de que los factores y condiciones que concurren en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad – ya definidos –, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor en los términos establecidos en el artículo 4 del Real Decreto 902/2020, ya vistos.

4. *Las auditorías retributivas*

Volviendo a la auditoría retributiva, como instrumento para alcanzar la transparencia retributiva, recordamos que se regula en la Sección 2ª del Capítulo III, concretamente en los artículos 7 y 8, del Real Decreto 902/2020. El concepto de auditoría retributiva nos lo da el artículo 7, recordando que «las empresas que elaboren un plan de igualdad deberán incluir en el mismo una auditoría retri-

butiva», de acuerdo con el artículo 46.2.e) de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, previa la negociación de la que precisan estos planes de igualdad. En cuanto la vigencia de la auditoría retributiva, ésta va a tener la misma vigencia que el plan de igualdad del que forma parte, salvo el establecimiento de otra vigencia inferior en el mismo.

Con respecto al contenido de la auditoría retributiva, el artículo 8 del Real Decreto 902/2020 establece cuáles son las obligaciones que dicha auditoría implica para la empresa, que se centran en la realización del diagnóstico de la situación retributiva en la empresa y en el establecimiento de un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas.

Así, en cuanto a la obligación para la empresa de realización de un diagnóstico de la situación retributiva de la empresa, el artículo 8 señala que el diagnóstico requiere de lo siguiente:

a) La evaluación de los puestos de trabajo tomando en consideración lo que se establece en el artículo 4 («La obligación de igual retribución por trabajo de igual valor»), tanto con relación al sistema retributivo como en relación al sistema de promoción.

Aquí se señala cómo la valoración de puestos de trabajo tiene el objeto concreto de la realización de una estimación de carácter global de todos los factores que forman parte o pueden formar parte de un puesto de trabajo, considerando su incidencia y posibilitando la asignación de una puntuación o valor numérico a éste. Además, los factores de valoración han de considerarse objetivamente y deben vincularse necesariamente y de manera estricta con el desarrollo de la actividad laboral.

Asimismo, se establece que la valoración ha de estar referida a cada una de las tareas y funciones de cada puesto de la empresa, ha de ofrecer confianza en cuanto a sus resultados y debe ser adecuada al sector de actividad, al tipo de organización de la empresa y otras características que puedan resultar significativas a estos efectos, independientemente en cualquier caso de la modalidad de contrato de trabajo con el que estos puestos de trabajo vayan a ser cubiertos.

Por su parte, para la realización del diagnóstico se señala que también se requiere la relevancia de otros factores desencadenantes de la diferencia retributiva y las posibles deficiencias o desigualdades que se pudieran observar en el diseño o en el uso de las medidas de conciliación y corresponsabilidad en la empresa, o las dificultades a las que pudieran enfrentarse las personas trabajadoras en su promoción profesional o económica y que se deriven de otros aspectos como las actuaciones empresariales de carácter discrecional en materia de movilidad o las exigencias de disponibilidad que no resulten justificadas.

La segunda obligación que se establece en el artículo 8 que tienen las empresas a la hora de llevar a cabo el diagnóstico de la situación retributiva de la empresa es el establecimiento de un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas, llevando a cabo la determinación de objetivos, actuaciones

concretas, cronograma de las actuaciones y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento, concretando que dicho plan de actuación habrá de contemplar un sistema de seguimiento y de implementación de mejoras a partir de los resultados obtenidos. Finalmente, se señala que a los efectos de la valoración de puestos de trabajo – ya analizada –, van a ser de aplicación los sistemas analíticos que permitan garantizar el cumplimiento de los objetivos y exigencias que se establecen en el artículo 8 del Real Decreto 902/2020 y específicamente los criterios que se describen en el artículo 4 ya estudiado.

5. Conclusión

En definitiva, la auditoría retributiva es un instrumento para cumplir el principio de transparencia retributiva y alcanzar la igualdad retributivas, pero no olvidemos que es una obligación que han de cumplir todas las empresas, privadas y públicas, que tengan un plan de igualdad y que muchas de ellas no cuentan ni con los medios ni con el *expertise* necesarios para poder cumplir con solvencia con dicha obligación; y no estamos hablando solo de la dificultad que están encontrando las pequeñas y medianas empresas que, como es bien sabido, forman la mayor parte del tejido empresarial español, sino que incluso las grandes empresas están encontrando muchas dificultades. Ello va a llevar a que estas empresas, unas y otras, tengan que buscar asesoramiento especializado en la materia para poder llevar a cabo estas auditorías retributivas y, por lo tanto, a dedicar unos medios humanos y económicos nada desdeñables para poder atender esta obligación. Sería deseable que las empresas, todas, contaran con el apoyo institucional necesario para poder abordar dicha obligación con el conocimiento y la solvencia necesarios para que se pudiera realizar una auténtica, efectiva y real auditoría retributiva.

Studi in onore di Alessandro Garilli

Tomo II

a cura di

Alessandro Bellavista

Massimiliano Marinelli



Giappichelli

Studi in onore di Alessandro Garilli

Tomo II

a cura di

Alessandro Bellavista
Massimiliano Marinelli



Giappichelli

© Copyright 2023 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2398-4 (*Due tomi indivisibili*)



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

LA TRANSNAZIONALIZZAZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO E LA SFIDA DELLA NECESSARIA MULTIDISCIPLINARITÀ

di *Mariella Magnani*

SOMMARIO: 1. Tra diritto comunitario e diritto internazionale privato. – 2. La transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro e la necessità della prospettiva internazionalprivatistica. – 3. La fecondità dello scambio tra lavoristi e internazionalisti per la circoscrizione del concetto di ordine pubblico nella (dottrina e) giurisprudenza italiana. – 4. L'identificazione del concetto di ordine pubblico nell'ordinamento multilivello.

1. *Tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*

Nel 1998 veniva pubblicato un volume dei 'Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali', editi dalla Utet, dedicato a 'I contratti di lavoro internazionali', con contributi di S. Sciarra e A. Lyon Caen, F. Mosconi, A. De Matteis e S. Giubboni, G.G. Balandi, A. Occhino e della sottoscritta. Si trattava di un volume in un certo senso pionieristico, di cui chi scrive era stata animatrice, guidata da un grande internazionalprivatista dell'Università di Pavia, il prof. F. Mosconi, che vi ha generosamente contribuito con un fondamentale saggio dedicato a 'Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità'¹. Si trattava di un'opera pionieristica perché quello era un periodo in cui i giuslavoristi si occupavano prevalentemente di diritto (allora) comunitario. Una serie di manuali – alcuni anche molto fortunati, come quello di Roccella e Treu del 1992² – di diritto comunitario del lavoro sono stati pubblicati con lo scopo di colmare un vuoto essenzialmente didattico (e secondo qualcuno scientifico) sulla dimensione comunitaria del diritto del lavoro.

Ho sempre trovato questa prospettiva – della presentazione delle istituzioni e delle fonti comunitarie nella nostra materia – certamente utile, anche per sottolineare l'importanza istituzionale dell'allora Comunità Europea, ma limitata e non decisiva se non accompagnata dalla prospettiva internazionalprivatistica.

Ce ne siamo resi conto nel momento in cui la Corte di Giustizia, oggi del-

¹ Cfr. *QDLRI*, 1998, 29 ss.

² M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 1992.

l'Unione Europea, si è trovata a dover bilanciare le libertà economiche fondamentali previste dal Trattato (e tra esse principalmente la libertà di prestazione di servizi di cui all'art. 56 TFUE) con i cd. diritti sociali. È stata soprattutto l'apertura del mercato dei servizi ad incidere potenzialmente sui sistemi di protezione sociale nazionali.

Da un certo punto in poi, la Corte di Giustizia ha interpretato la libertà di prestazione di servizi in modo largo, non più nel senso di rimozione di misure di carattere discriminatorio, attribuendole piuttosto il senso di diritto di qualsiasi impresa europea di accedere al mercato di uno Stato membro – anche diverso da quello di stabilimento – senza subire ostacoli. In questo modo, le norme di protezione sociale (o del diritto del lavoro) vigenti nello Stato dove il servizio è prestato (Stato ospitante) diventano potenziali ostacoli all'esercizio della libertà d'impresa se più gravose rispetto a quelle previste nello Stato di stabilimento (Stato di origine)³.

Peraltro, a cercare di salvaguardare la libertà di prestazione di servizi in ambito europeo è intervenuta la direttiva 96/71 CE, cui si aggiungono – a riprova della delicatezza della materia – la direttiva 2014/67 (cd. *enforcement*) e la direttiva 2018/957 (che amplia le tutele riconosciute ai lavoratori distaccati). La direttiva si muove, evidentemente, in una logica compromissoria⁴ tra riconoscimento della libertà dell'impresa di muoversi nel mercato unico prestando i propri servizi con il proprio personale e tutela dei lavoratori (distaccati e nazionali) o, meglio, tra esigenze dei paesi esportatori di manodopera (in specie dell'Est europeo) e quelle dei paesi importatori di manodopera⁵.

Come noto, il suo cuore sta nell'imporre agli Stati membri di provvedere affinché ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi, quale che sia la disciplina applicabile al rapporto di lavoro, vengano applicate quale minimo inderogabile di tutela le disposizioni del paese ospitante in una serie tassativa di materie specificamente indicate (dai periodi massimi di lavoro e minimi di riposo alla retribuzione⁶), mentre è consentito agli Stati di applicarne altre, sul presupposto della parità di trattamento con le imprese nazionali, là dove però si tratti di disposizioni di ordine pubblico.

³ Così G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, 2013, 15-16.

⁴ Ben evidenziata dai ricorsi di annullamento della direttiva UE 2018/95 promossi da Polonia e Ungheria avanti alla Corte di Giustizia avanzati sotto diversi aspetti: la criticità maggiore è stata ravvisata nella dilatazione della nozione di retribuzione prevista dalla direttiva. I ricorsi sono stati respinti con le sentenze della Corte di Giustizia in data 8 dicembre 2020 (cause C-626/18 e C-620/18).

⁵ Cfr. M. CORTI, *Il distacco transnazionale dei lavoratori nell'UE: dal dumping sociale alle nuove prospettive del diritto del lavoro europeo*, VTDL, 2021, 47 ss.; M. PALLINI, *La nuova disciplina del distacco transnazionale dei lavoratori tra diritto europeo e nazionale*, *ivi*, 2021, 97 ss. Precedentemente, tra gli altri, M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, QDLRI, 1998, 73 ss. e P. DAVIES, *Posted workers: single market or protection of national labour law systems?*, CMLR, 1997, 571 ss.

⁶ Cfr. art. 3, par. 1.

2. La transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro e la necessità della prospettiva internazionalprivatistica

Ebbene proprio la direttiva europea sul distacco transnazionale dei lavoratori, così come la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia sul bilanciamento tra le libertà economiche previste dal Trattato e i cd. diritti sociali (pensiamo al famosissimo *Laval quartet*, cioè alle sentenze *Laval*, *Viking*, *Rüffert*, *Commissione c. Lussemburgo* e altre successive⁷) non si possono comprendere a fondo senza conoscere gli snodi fondamentali del diritto internazionale privato ed in particolare il tema affascinante della legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità. Senza contare che la transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro non investe solo l'ambito europeo ma è fenomeno globale, sicché, per coglierne la dimensione giuridica, non ci si può limitare alle fonti, appunto, europee.

Ora, senza voler essere didascalica, è necessario ricordare che sia la Convenzione di Roma, sia il Regolamento Roma I, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, introducono una regola diversa per il contratto di lavoro (così come per il contratto concluso da consumatori) rispetto agli altri rapporti contrattuali.

Per i contratti di lavoro vale la regola che la legge scelta dalla volontà delle parti non può privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle norme imperative che regolerebbero il rapporto di lavoro in mancanza di scelta. E, in mancanza di scelta, si applica, in linea generale, la *lex loci laboris*, cioè, semplificando, la legge del luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente il suo lavoro⁸.

Come sappiamo, peraltro, il sistema internazionalprivatistico è più complesso di quanto suggeriscano queste regole, perché sia la Convenzione di Roma, sia il Regolamento Roma I pongono un 'superlimite' costituito dalle norme di applicazione necessaria. Sulla identificazione delle norme di applicazione necessaria, vale a dire quelle che esigono di essere applicate dal giudice ancor prima che egli prenda in considerazione le norme di conflitto, in materia di lavoro pesano grandi dubbi data la scarsità di giurisprudenza sul punto⁹.

Altro mezzo potenzialmente idoneo a limitare la legge individuata *ex art. 6* della Convenzione e *art. 8* del Regolamento Roma I (sostanzialmente la *lex loci*

⁷ Cfr. per un commento, non a caso preceduto dall'esame della disciplina internazionalprivatistica, M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Torino, 2020, 51 ss.

⁸ Per la Convenzione di Roma (art. 6, par. 2, lett. a) si tratta della «legge del paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente in un altro paese»; per il Regolamento Roma I (art. 8, par. 2) si tratta della «legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione 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».

⁹ Sembra trattarsi di norme che possiedono generalmente una connotazione pubblicistica come indica la (scarna) giurisprudenza francese che qualifica come tali le disposizioni in materia di regolamentazione amministrativa del lavoro e di rappresentanza sindacale.

laboris) è la cd. clausola di ordine pubblico, che consente al giudice di escludere l'applicazione di detta legge se essa, appunto, è contrastante con «l'ordine pubblico del foro».

3. *La fecondità dello scambio tra lavoristi e internazionalisti per la circoscrizione del concetto di ordine pubblico nella (dottrina e) giurisprudenza italiana*

Come consolidato nella dottrina internazionalistica, l'ordine pubblico «evoca i principi fondamentali dell'ordinamento, considerato nella sua interezza, tenendo conto dei principi entrativi a far parte in virtù del suo conformarsi al diritto internazionale (e comunitario), ma anche dei connotati politici, economici, sociali e morali che lo caratterizzano e che spesso sono espressi dalla Carta costituzionale»¹⁰.

L'eccezione di ordine pubblico, incorporata in tutti i sistemi di diritto internazionale privato, come mezzo per bloccare l'ingresso nell'ordinamento di norme antinomiche ai valori che esso esprime, non implica che il giudice si erga a censore dell'attività legislativa degli altri Stati. Egli deve limitarsi a rifiutare di consacrare, attraverso le sue decisioni, degli effetti giuridici assolutamente incompatibili con le concezioni fondamentali del suo ordinamento giuridico. In altri termini, l'ordine pubblico costituisce un limite eccezionale e non normale all'aprirsi all'esterno del sistema giuridico. Non a caso, nella relazione Giuliano-Lagarde, che ha accompagnato l'approvazione della Convenzione di Roma, si è sottolineato che alla riserva di ordine pubblico è stata conferita una formulazione precisa e restrittiva. Di qui il rilievo, comune in dottrina, che non possa attribuirsi all'eccezione di ordine pubblico se non un ruolo marginale e circoscritto.

Questa puntualizzazione, sebbene possa considerarsi scontata, è di fondamentale importanza per il diritto del lavoro, dove, soprattutto in passato – ma qualche epigono resta tuttora – la clausola di ordine pubblico è stata dilatata a dismisura, non solo dalla giurisprudenza, ma anche dalla poca dottrina occupatasi dell'argomento, fino a far prevalere comunque tutto il diritto del lavoro italiano, a dispetto della legge designata dai vari criteri di collegamento.

Quest'utilizzo, per così dire, disinvolto della clausola di ordine pubblico da parte dei giudici vi è stato anche in altri ordinamenti e anche in altre materie. E la ragione è evidente: poter applicare, nelle fattispecie transnazionali, il diritto nazionale, per il tramite della clausola di ordine pubblico, significa per il giudice applicare il diritto con cui ha più dimestichezza. Egli inoltre si trova esposto alla tentazione istintiva di ritenere che tale diritto – «il proprio diritto, quello nel quale

¹⁰ Cfr. F. MOSCONI, *Giurisdizione e legge applicabile*, cit., 48-49; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, Torino, 2015, 270.

è stato educato e del quale è impregnato – sia in assoluto il migliore possibile ed immaginabile»¹¹.

Nel diritto del lavoro, l'applicazione della clausola di ordine pubblico è stata, per un certo periodo, per così dire, totalizzante: si è infatti ritenuto che il cd. principio di favore – di cui non è chiara la base giuridica – nei confronti del prestatore di lavoro fosse un principio di ordine pubblico, con la conseguente impossibilità di dare ingresso ad una legge diversa da quella italiana, pur designata dai criteri di collegamento, se meno favorevole rispetto a quella italiana. L'indubbio vantaggio derivante per il giudice dalla applicazione della *lex fori* spiega come la giurisprudenza abbia potuto sorvolare sulla giustificatezza teorica del principio di favore, come dalla medesima prospettato, cioè come principio immanente all'ordinamento, che tenderebbe ad assicurare al lavoratore, fra più tutele precostituite, quella a lui più favorevole, nonché sulle sue difficoltà applicative¹².

Si deve allora al fecondo incontro tra internazionalisti, internazionalprivatisti in particolare, e lavoristi la percezione della fallacia di quest'utilizzo non controllato, e perfino spregiudicato, del principio di ordine pubblico, tale da spiazzare i criteri di collegamento.

A partire da una sentenza della Corte di Cassazione del 2000¹³, si è avuto un mutamento dell'indirizzo della giurisprudenza: la Suprema Corte, criticando la concezione 'statalista' dell'ordine pubblico emergente dal precedente orientamento, ha acquisito la consapevolezza che non tutto il diritto del lavoro può essere considerato di 'ordine pubblico' e che occorre, in relazione alle norme che lo compongono, operare una graduazione. In quel caso la Cassazione ha escluso che il mancato riconoscimento del trattamento di fine rapporto – si applicava nel caso la legge turca – fosse in contrasto con l'ordine pubblico.

Tanto per fare degli esempi su un tema caldo, negli ultimi anni la Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi sulla riconducibilità della disciplina nazionale in tema di licenziamento alla clausola di ordine pubblico. Così, in un caso, la Corte ha ammesso l'applicabilità della legge tedesca in quanto non contrastante con l'ordine pubblico, rigettando la domanda del lavoratore che invocava la legge italiana¹⁴; in un altro caso ha, invece, escluso la possibilità di applicazione della legge dello Stato di New York, che prevede il recesso *ad nutum*, poiché contraria alle norme costituzionali (artt. 1, 4 e 35) e all'art. 30 della cd. Carta di Nizza¹⁵. L'ar-

¹¹ Cfr. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit., 180.

¹² Cfr., come sentenza emblematica, Cass. 25 maggio 1985, n. 3209, *GI*, I, 1985, 1659 ss. Per un'analisi più approfondita del primitivo orientamento e del rapporto tra ordine pubblico e *favor* nell'elaborazione giurisprudenziale, M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, cit., 75 ss.

¹³ Cfr. Cass. 11 novembre 2000, n. 14662.

¹⁴ Cfr. Cass. 25 novembre 2010, n. 23933, che precisa che l'ordine pubblico «non si identifica con quello interno né con le norme inderogabili del nostro ordinamento ma con quello internazionale».

¹⁵ Cfr. Cass. 21 gennaio 2013, n. 1302, nello stesso senso Cass. 22 dicembre 2013, n. 4545.

gomentazione è interessante dal momento che le norme costituzionali evocate nulla dicono sulla disciplina del licenziamento, a differenza dell'art. 30 della cd. Carta di Nizza che, quindi, viene ad assumere un ruolo decisivo.

Tale accezione restrittiva della nozione di ordine pubblico è stata utilizzata dalla Corte di giustizia nella interpretazione della direttiva 96/71. E *pour cause*: se alla nozione di ordine pubblico di cui all'art. 3, par. 10, della direttiva non fosse data simile accezione, il principio di libertà di prestazione di servizi su cui la direttiva si fonda sarebbe del tutto compromesso. Sia pure nell'ambito di una argomentazione che tiene conto del contesto regolativo comunitario, in *Commissione c. Lussemburgo*, la Corte, sottoponendo a controllo la trasposizione della direttiva da parte del Granducato, precisa che l'eccezione al sistema realizzato dalla direttiva stessa deve essere interpretata restrittivamente: la nozione di ordine pubblico «nel contesto comunitario e, in particolare, in quanto giustificazione di una deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi [...] deve essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni della Comunità europea [...]. Ne deriva che l'ordine pubblico può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività».

E non a caso la originaria trasposizione italiana della direttiva, contenuta nel d.lgs. n. 72 del 2000, era da molti giudicata non conforme al diritto comunitario: tale non conformità è stata poi rimossa dai successivi d.lgs. n. 136 del 2016 e n. 122 del 2020, permanendone tuttavia la problematicità sotto altri profili¹⁶.

4. *L'identificazione del concetto di ordine pubblico nell'ordinamento multilivello*

A prescindere dai casi in cui è il legislatore a dover definire le disposizioni di ordine pubblico, come nella direttiva sul distacco, l'applicazione della clausola di ordine pubblico attribuisce al giudice un compito delicato che richiede grande discernimento ed equilibrio. E qui si dovrebbe aprire un altro capitolo, quello veramente *construens* ma troppo complesso per essere affrontato qui *funditus*, relativo all'identificazione del concetto di ordine pubblico nell'ordinamento multilivello, soprattutto nell'intreccio tra fonti interne e fonti sovranazionali¹⁷.

Si tratta di un capitolo che va oltre la materia lavoristica e chiama in causa la collaborazione e lo scambio con internazionalisti (e costituzionalisti).

¹⁶ Cfr., tra gli altri, M. MAGNANI, *I tempi e i luoghi del lavoro. L'uniformità non si addice al post-fordismo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 404/2019.

¹⁷ Si è cimentato recentemente in quest'opera C. CORDELLA, *Distacco transnazionale, ordine pubblico e tutela del lavoro*, Torino, 2020, *passim*, al fine di individuare che cosa sia consentito al nostro legislatore dall'art. 3, par. 10, della direttiva sul distacco.

Basti pensare, di fronte all'avanzare delle fonti europee e internazionali, alla difficoltà di declinare il carattere naturalmente identitario dell'eccezione di ordine pubblico. Ciò che è ben visibile soprattutto agli internazionalisti dal privilegiato angolo visuale del riconoscimento delle sentenze straniere nel nostro ordinamento¹⁸.

¹⁸ Cfr. in giurisprudenza Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601 in tema di riconoscimento delle sentenze straniere che riconoscono i danni punitivi; ancora più evidente dimostrazione della difficoltà di trovare il punto di equilibrio tra legislazione nazionale e fonti sovranazionali in Cass., S. U., 8 maggio 2019, n. 12193, in tema di riconoscimento di provvedimento giurisdizionale straniero di accertamento del rapporto di filiazione a seguito di maternità surrogata.