

A_{I2}

5

Antonio Pileggi

Il regime giuridico della prestazione lavorativa all'estero



Copyright © MMV
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 a/b
00173 Roma
(06) 93781065
fax (06) 72678427

ISBN 88-7999-171-X

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

II edizione: ottobre 1996

INDICE

1. FONTI DI DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO ALL'ESTERO	7
CONSIDERAZIONI PRELIMINARI	7
1.1 – LA LEGGE REGOLATRICE DEL RAPPORTO	9
1.1.1 – La legge regolatrice del rapporto di lavoro all'estero prima della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980	9
1.1.2 – Lo ius superveniens	20
1.2 – IL CONTRATTO COLLETTIVO NAZIONALE COME FONTE DI DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO ALL'ESTERO	29
1.2.1 – Il principio di territorialità del contratto collettivo	32
1.2.2 – La tesi della extraterritorialità presunta	35
1.2.3 – Territorialità ed extraterritorialità del contratto collettivo a confronto	39
1.2.4 – L'incidenza della legge n. 398 del 1987	42
2. LE FATTISPECIE DI “LAVORO ALL'ESTERO” IN RAPPORTO AGLI ISTITUTI GENERALI DI MOBILITÀ INTERNA	45
2.1 – LE SINGOLE FIGURE	45
2.1.1 – Lavoro estero e trasferta	46
2.1.2 – Lavoro all'estero e trasferimento	49
2.1.3 – Lavoro all'estero e comando o distacco	51
2.1.4 – Distacco presso consociata estera e sospensione del rapporto col datore distaccante	53
2.1.5 – Assunzione per l'estero	57
2.2 – LA DISCIPLINA DELLA CD. TRASFERTA ESTERA: IL PROBLEMA DEL CONSENSO	59
2.2.1 – Consenso all'invio	59
2.2.2 – Consenso al rientro	63
2.2.3 – L'incidenza della legge n. 398 del 1987 sulla problematica del consenso	64
3. IL TRATTAMENTO ESTERO	67
3.1 – NATURA (RETRIBUTIVA O RISARCITORIA) DEL TRATTAMENTO ESTERO E CRITERI DI ACCERTAMENTO	67
3.2 – IL PROBLEMA DELLA COMPUTABILITÀ NELLA BASE RETRIBUTIVA UTILE	70
3.2.1 – In rapporto al “tipo” di mobilità ed alle modalità temporali di corresponsione dell'erogazione	70
3.2.2 – In rapporto agli accordi tra le parti	73
3.2.3 – In rapporto alla funzione (correlazione alla professionalità, ovvero al maggior disagio e/o costo della vita)	76
3.2.4 – In rapporto al luogo di cessazione del rapporto	80
3.2.5 – Trattamento in valuta estera e principio nominalistico	83
3.3 – IL PROBLEMA DELLA REVOCA DEL TRATTAMENTO ESTERO PER RIENTRO IN PATRIA	89

FONTI DI DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO ALL'ESTERO

CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

L'individuazione del regime giuridico della prestazione lavorativa all'estero non è affatto agevole, dipendendo essa da una serie rilevante di variabili, la cui incidenza può essere sovente adeguatamente valutata soltanto in base ad un giudizio *a posteriori*. Invero, la peculiarità della fattispecie in esame si coglie già in considerazione del fatto che essa è ontologicamente caratterizzata da elementi di estraneità rispetto all'ordinamento nazionale: elementi di estraneità i quali sollecitano naturalmente l'applicazione dei criteri di collegamento dettati dalla normativa di diritto internazionale privato. E detti criteri ben potrebbero designare l'applicabilità di una legge straniera, quale legge regolatrice del rapporto di lavoro all'estero.

È, dunque, talmente "speciale" il rapporto di lavoro all'estero (ammesso, e non concesso, che esso possa essere configurato in termini unitari, come un rapporto di lavoro speciale, alla stessa stregua del rapporto di lavoro a termine, o a tempo parziale, o in prova, e simili), da poter essere, detto rapporto, interamente sottratto all'applicabilità delle leggi nazionali, ed essere invece assoggettato ad una legge straniera. La specialità (ma dovrebbe più propriamente parlarsi di "estraneità", in termini, più congrui, di diritto internazionale privato), non determina, in ipotesi, soltanto l'applicabilità di una disciplina particolare, in deroga alla disciplina generale del rapporto di lavoro, destinata comunque a regolare il rapporto, ove non sia disposto diversamente; essa comporta invece, *sic et simpliciter*, la non applicabilità della disciplina nazionale.

Anche se — occorre subito avvertire — l'ordinamento nazionale del lavoro (del quale si erge a strenuo difensore il giudice nazionale, ove chiamato a decidere una controversia inerente a prestazione lavorativa svoltasi all'estero) manifesta al riguardo una intransigente ed orgogliosa autarchia, attraverso un utilizzo (probabilmente indebito, come si proverà a dimostrare nelle pagine che seguono) del principio di ordine pubblico internazionale. Al punto che la normativa di diritto internazionale privato finisce per assumere — quanto alle obbligazioni

nascenti da contratto di lavoro — una rilevanza assai circoscritta e residuale, se non del tutto eventuale. Allorché, dunque, venga ribadita, come sovente accade, la supremazia della disciplina nazionale, buona parte di quella rilevata “specialità” viene meno, e resta affidata perlopiù alla evidente “mutazione” che i provvedimenti di mobilità (trasferita, trasferimento, distacco) subiscono qualora la destinazione sia un paese straniero, oltre a quanto di dirà adesso in punto di applicabilità all'estero del contratto collettivo nazionale.

Invero, la rilevata difficoltà di individuare (specie se con valutazione *a priori*) il regime giuridico della prestazione lavorativa all'estero, non concerne soltanto le fonti eteronome di disciplina del rapporto, ma investe anche la contrattazione collettiva. Invero, secondo l'opinione dominante, sostenuta dalla giurisprudenza, i criteri di applicazione (se così può dirsi) del contratto collettivo nazionale al rapporto di lavoro all'estero, non coincidono con i criteri di applicazione (desunti dalla normativa internazionale privata) della legge nazionale al rapporto stesso. Si avrà infatti modo di osservare ampiamente come il problema relativo all'applicabilità del contratto collettivo al di fuori dei confini nazionali, non sia, di norma, affatto impostato e risolto come un normale problema di diritto internazionale privato.

Ciò, naturalmente, introduce ulteriori fattori di complicazione nell'individuazione del regime giuridico della prestazione lavorativa all'estero, non potendo darsi affatto per assodato che — qualora la prestazione lavorativa all'estero sia regolata dalla legge italiana — ciò comporti necessariamente e consequenzialmente l'applicabilità del contratto collettivo nazionale, come pure ci si aspetterebbe, in considerazione dello strettissimo intreccio tra legge e contrattazione collettiva nazionale.

Quest'ultimo, invero, non è evidentemente considerato ancora abbastanza “legge” da essere assoggettato ai criteri di applicazione (o di collegamento) previsti dal diritto internazionale privato ai fini dell'individuazione della legge applicabile ai rapporti con carattere di estraneità: ciò che impone di trattare separatamente il problema relativo all'individuazione della legge applicabile al rapporto di lavoro all'estero, dal problema relativo all'efficacia territoriale — o meno — del contratto collettivo nazionale.

Infine, difficoltà ulteriori nell'individuazione — in via generale ed astratta — del regime giuridico applicabile alla prestazione lavorativa all'estero, discendono dal considerevole ruolo che — nella fattispecie in esame — riveste l'autonomia negoziale individuale, e ciò sia nella

fase genetica, notoriamente caratterizzata dalla necessità del consenso del lavoratore (più empiricamente rilevata, che giuridicamente fondata); sia nella determinazione del trattamento economico normativo da applicare al rapporto di lavoro all'estero. È tanto più appare rilevante il ruolo dell'autonomia negoziale, ove si consideri come la volontà delle parti sia altresì — come presto vedremo — uno dei criteri di collegamento rilevanti ai fini dell'individuazione della legge applicabile in caso di lavoro estero, e sia inoltre decisamente rilevante anche ai fini della soluzione della *vexata quaestio* circa l'applicabilità del contratto collettivo all'estero.

1.1 – LA LEGGE REGOLATRICE DEL RAPPORTO

1.1.1 – *La legge regolatrice del rapporto di lavoro all'estero prima della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*

L'unanime giurisprudenza — nonostante non infrequenti indicazioni dottrinali in senso contrario (dirette perlopiù a privilegiare la legge del luogo di esecuzione del contratto, ove nazionale, in applicazione del secondo comma dell'art. 25 disp. prel. cod. civ.¹) — ha sempre applicato ai rapporti di lavoro con elementi di estraneità il primo comma dell'art. 25 disp. prel. cod. civ., ritenendo, dunque, che «le prestazioni lavorative svolte all'estero da un lavoratore italiano alle dipendenze di un datore di lavoro nazionale — nel regime anteriore alla L. n. 398 del 1987 (sul lavoro italiano all'estero) — sono disciplinate, secondo il disposto dell'art. 25 preleggi, dalla legge nazionale dei contraenti, se comune, od in mancanza dalla legge del luogo di conclusione del contratto di lavoro, salva in ogni caso la diversa volontà delle parti ed il rispetto dei limiti derivanti dall'ordine pubblico, richiamati dall'art. 31 preleggi»².

¹ Si tratta invero di una dottrina piuttosto risalente, legata a concezioni non contrattuali del rapporto di lavoro: ne dà ampiamente conto, in senso nettamente critico, BASENGHI, *Il trasferimento del lavoratore all'estero*, CEDAM, 1988, p. 6 ss. Per un approfondito esame, ed una classificazione delle varie posizioni dottrinali in ordine all'individuazione della normativa di diritto internazionale privato applicabile al rapporto di lavoro, si veda MAGNO, *Il lavoro all'estero*, Cedam, 1990, p. 229 ss., il quale individua ben sei posizioni dottrinali.

² Così, per tutte, Cass. 5 settembre 1988 n. 5021, *Notiz. giur. lav.*, 1988, 615, la quale trae da tale pacifico principio conseguenze non altrettanto pacifiche in materia di efficacia extraterritoriale del contratto collettivo; cfr. anche, con riferimento ad ipo-