

Gli istituti principali del contratto estero – il contenzioso

Presentazione dell'avvocato Fabio Petracci, avvocato giuslavorista del Foro di Trieste

1. Fattispecie e definizioni

Quali sono gli elementi di estraneità all'ordinamento del rapporto di lavoro:

- Carattere straniero del datore di lavoro
- Carattere straniero del lavoratore
- Luogo estero di conclusione del contratto
- Luogo estero di svolgimento del rapporto di lavoro.

Formule contrattuali per l'invio del lavoratore all'estero

a. Titolarità del contratto in capo al datore di lavoro italiano:

- trasferta
- trasferimento
- distacco

b. Titolarità del contratto in capo alla società estera.

- risoluzione del rapporto
- clausola di rientro
- aspettativa.

2. La giurisdizione.

Essa è in primo luogo disciplinata dall'articolo 3 della legge 218/95.

In base a tale articolo il primo criterio è dato dalla residenza o dal domicilio del convenuto in Italia.

Regolamento CE 44/2001 Articolo 19:

“ Il datore di lavoro domiciliato nel territorio di uno stato membro può essere convenuto:

- 1. Davanti ai giudici dello Stato membro in cui è domiciliato, o in un altro Stato membro:
 - a) davanti al giudice del luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività o a quello dell'ultimo luogo in cui la svolgeva abitualmente, oppure*
 - b) qualora il lavoratore non svolga o non abbia svolto abitualmente la propria attività in un solo paese, davanti al giudice del luogo in cui è o era situata la sede dell'attività presso la quale è stato assunto.**

In ogni caso, ai fini dell'individuazione del foro di esecuzione abituale, sono rilevanti:

- a - volontà delle parti nel contratto
- b - esistenza di una minima base d'appoggio dove il lavoratore organizza l'attività
- c - esistenza di una minima base d'appoggio dove il lavoratore mantiene i contatti con il datore di lavoro.
- d - esistenza di clienti italiani.

Il Tribunale di Vicenza e la competente Corte D'Appello tra il 2003 ed il 2005 ebbero ad affrontare il caso

di un lavoratore, assunto in UK, presta la propria attività in vari paesi europei, ma che vive in Italia, dove ha locato un immobile dove vive ed organizza la propria attività. In

questo caso, il giudice di secondo grado ha riconosciuto la giurisdizione del giudice italiano.

In quella sede è stata affermata la nozione di luogo abituale di svolgimento della prestazione lavorativa:

“ E’ il luogo ove sussiste il centro effettivo di svolgimento della prestazione lavorativa o l’ambito dove il lavoratore adempie alle sue obbligazioni nei confronti del datore di lavoro o organizza la sua attività lavorativa.” – “ o comunque il luogo ove svolge la parte principale delle prestazioni lavorative”.

3. La legge applicabile

Convenzione di Roma 1985 – Articolo 3 – Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti –

La scelta deve risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze.

La scelta di una legge straniera qualora al momento della scelta tutti i dati del contratto si riferiscano ad un unico paese non consente di derogare per contratto alle leggi imperative di quel paese.

Regole specifiche valgono invece per il contratto individuale di lavoro (articolo 6 della convenzione).

La scelta della legge applicabile è sempre possibile, ma non può privare il lavoratore della protezione che gli sarebbe assicurata da norme imperative in caso di mancata scelta e quindi dalla legge del paese dove compie abitualmente il suo lavoro anche se inviato temporaneamente in altro paese, oppure dalla legge del paese dove si trova la sede del datore di lavoro che ha provveduto all’assunzione.

In ogni caso è esclusa l’applicazione della normativa contraria all’ordine pubblico del nostro paese.

Veniamo ad alcuni casi pratici:

Un lavoratore presta la propria attività presso la sede di New York di una società. E' pattuita l'applicazione della legge statunitense, in una fase successiva del rapporto, si pattuisce l'applicazione della legge italiana. Cessato il rapporto di lavoro, egli ricorre al giudice chiedendo il pagamento della buonuscita e del TFR per l'intero periodo. La cassazione nel 2005 gli da ragione.

E' chiaro che avendo operato negli Stati Uniti per società che ivi aveva la sede potevano essere derogate le norme imperative dell'ordinamento italiano, ma non quelle di ordine pubblico. La Cassazione ha infatti ritenuto che il principio di continuità e non frazionabilità del rapporto di lavoro sia principio di ordine pubblico.

Il secondo caso riguarda invece alcuni dipendenti di RAI CORPORATION SPA operante negli USA, essi alla cessazione del rapporto si rivolgono al giudice italiano chiedendo di essere considerati sin dall'inizio dipendenti dalla RAI e quindi chiedono il calcolo del TFR ed il versamento dei contributi omessi. La Corte di Cassazione con sentenza del 2005 da loro torto. Essi hanno operato negli USA stabilmente e quindi non sono soggetti alle norme imperative italiane. La legge 1369/60 da loro invocata non è considerata d'ordine pubblico.

Un dipendente da una banca italiana è assunto con scelta della legge USA e lavora negli Stati Uniti. Secondo la legge locale, egli è licenziato senza il ricorrere della giusta causa. Ricorre al giudice italiano. La normativa in tema di limitazione del licenziamento è considerata principio d'ordine pubblico e la cassazione con sentenza del 2002 stabilisce la legittimità della reintegra.

Nel 2005, la Cassazione si trovava ad affrontare un ulteriore caso, dove un lavoratore aveva stipulato un contratto secondo la legge canadese dove non era previsto il pagamento del TFR e della tredicesima mensilità. La Cassazione aveva ritenuto che le norme che prevedono il pagamento di questi istituti sono norme inderogabili, ma non di ordine pubblico, per cui non debbono necessariamente assistere il contratto del lavoratore italiano che si svolga all'estero.

In particolare la Corte di Cassazione ribadiva la non coincidenza di norma imperativa con norma di ordine pubblico.

In questa occasione, la Cassazione forniva la definizione del concetto di ordine pubblico identificato nei principi fondamentali della Costituzione e delle regole che tutelano i diritti fondamentali dell'uomo e la cui lesione può stravolgere le regole della nostra società.

4. Il distacco

Nella normativa italiana l'istituto del distacco è regolamentato dall'articolo 30 del DLGS 276/2003 – si ha il distacco:

“ Quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa.”

Abbiamo diverse categorie di distacco:

- a) distacco semplice – sufficiente interesse datore e temporaneità
- b) distacco con mutamento di mansioni – sufficiente interesse datore, temporaneità, consenso lavoratore.
- c) Distacco oltre 50 KM – interesse datore, temporaneità, comprovate ragioni tecniche, organizzative, sostitutive.
- d) Distacco oltre 50 KM con mutamento di mansioni – interesse datore, temporaneità, consenso del lavoratore, comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive, sostitutive.

Il distacco nella normativa comunitaria:

E' disciplinato dalla direttiva comunitaria 96/71 recepita nel decreto legislativo 72/2000 – esso offre una nozione di distacco più ampia di quella di cui all'articolo 30 DLGS 276/2003.

Si legge all'articolo 2 DLGS 72/2000:

“ E' lavoratore distaccato colui che per un periodo limitato svolga il proprio lavoro nel territorio di uno stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente.”

Per quanto riguarda la disciplina applicabile al lavoratore distaccato, l'articolo 3 del DLGS n.72 /2000 stabilisce per i lavoratori degli stati membri dell'Unione Europea l'applicazione delle medesime condizioni di lavoro applicate ai lavoratori del paese in cui è in corso il distacco.

Vi sono delle eccezioni per i lavori di assemblaggio e di installazione nel contratto di fornitura di beni di durata inferiore ad otto giorni.

In ogni caso e quindi anche per i lavoratori degli stati che non sono membri della Comunità spetta ai lavoratori distaccati le condizioni minime vigenti presso lo stato in tema di durata massima dell'orario di lavoro, ferie minime, tariffe minime retributive, sicurezza sul lavoro, tutela della maternità, parità uomo – donna, non discriminazione.

La responsabilità di trattamento è solidale.

Sono soggette alla presente disciplina anche le imprese stabilite in uno stato membro che effettuano attività di fornitura di lavoro temporaneo e che, in caso di distacco in Italia, debbono possedere i requisiti previsti dalla nostra legge in tema di somministrazione. Esse possono avere un'autorizzazione equivalente se rilasciato da altro paese comunitario.

La giurisdizione nel distacco.

L'articolo 6 del DLGS n. 72 /2000 stabilisce che il lavoratore distaccato che presta la propria attività nello stato italiano può agire anche davanti ad altro giudice di uno stato con il quale esista convenzione internazionale in tema di giurisdizione nei rapporti di lavoro oppure può agire innanzi al giudice italiano senza necessità che sia applicato l'articolo 410 CPC (tentativo obbligatorio di conciliazione).

5. La retribuzione

Il punto più importante riguarda l'indennità estero.

Questa particolare indennità riveste spesso una duplice natura in quanto essa può risultare volta ad incrementare il corrispettivo retributivo del dipendente in forza delle particolari mansioni svolte, come d'altro canto, essa può tendere a risarcirlo di particolari contenuti di gravosità.

In questi casi è sorto contenzioso determinato dalla ritenuta violazione del principio di irriducibilità della retribuzione di cui all'articolo 2103 del codice civile.

La Cassazione è più volte intervenuta sul punto sostenendo come il principio valga esclusivamente per gli emolumenti che vengono corrisposti a fronte di una maggiore e più qualificata prestazione, ma non invece per quegli aspetti di gravosità del rapporto che vengono meno con il mutare delle condizioni di lavoro.

Ciò non significa che l'indennità estero non possa contribuire a formare la base per il TFR o per altri emolumenti, potendo ben assumere natura retributiva, ma non per questo del tutto correlata alle mansioni e quindi da conservarsi nel corso dell'intero rapporto di lavoro.

Dunque è importante approfondire i contenuti reali dell'indennità prima di stabilirne il regime.

6. La contribuzione.

E' stabilita una deroga temporanea al principio di territorialità della legislazione applicabile.

Accade così che per il termine di 12 mesi il lavoratore mantiene il regime previdenziale del paese di provenienza e quindi, oltre questo periodo, egli viene assoggettato al regime di sicurezza sociale del paese di provenienza e dove risiede il datore di lavoro.

Per quanto riguarda i paesi extra comunitari valgono invece le convenzioni.

Dove invece non vi sono convenzioni si applica il regime italiano.