



LA TUTELA DEI LAVORATORI ITALIANI ALL'ESTERO



Indice

1. I principi generali
2. Disciplina del collocamento
 - 2.1. La lista speciale di collocamento
 - 2.2. Assunzione per lo svolgimento di attività in Paesi comunitari
 - 2.3. Assunzione e trasferimento in Paesi extracomunitari
 - 2.4. La domanda per il rilascio dell'autorizzazione
 - 2.5. L'autorizzazione ministeriale
 - 2.6. Deposito contratti – tipo
 - 2.7. Sanzioni
3. La legge applicabile al rapporto di lavoro
 - 3.1. Disciplina in vigore fino al 1° settembre 1995
 - 3.2. La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980
 - 3.3. Disciplina in vigore dal 1° settembre 1995
4. Il problema dell'applicabilità dei contratti collettivi stipulati
5. Il trattamento economico e normativo
6. L'indennità estero e l'art. 2103 cod. civ.
7. L'indennità estero e trattamento di fine rapporto
8. “Comando” o “distacco” presso consociata estera
9. Tutela previdenziale
 - 9.1. Lavoratori italiani operanti in Paesi comunitari
 - 9.2. Lavoratori italiani operanti in Paesi cd. “convenzionati”
 - 9.3. Lavoratori italiani operanti in Paesi extracomunitari con convenzioni internazionali cd. “parziali”
 - 9.4. Lavoratori italiani operanti in Paesi extracomunitari non convenzionati



1. I principi generali

L'art. 35, comma 4 della Costituzione *“riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero”*.

Tale principio non aveva trovato frequente e diretta applicazione da parte della giurisprudenza fino a quando la Corte Costituzionale, con la sentenza n.ro 369 del 30 dicembre 1985, ha dichiarato l'illegittimità, per contrasto con il precetto costituzionale ora ricordato, delle norme (in particolare gli artt. 1 e 4 d.p.r. 30 giugno 1965, n.ro 1124 e l'art. 1 del r.d.l. 4 ottobre 19035, n.ro 1827) che limitavano l'applicazione della tutela previdenziale ai soli lavoratori operanti in Italia.

In base al principio della territorialità della legislazione sociale, infatti la disciplina italiana in tema di previdenza e di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali era pacificamente ritenuta operativa solo nell'ambito del territorio nazionale.

I giudici costituzionali, con la sentenza *de qua* hanno, invece, affermato che *“é testualmente scritto in Costituzione (art. 35, ultimo comma) che “la Repubblica...tutela il lavoro italiano all'estero”*. La chiarezza e perentorietà del dettato non si prestano ad alcuna elusione, ad alcuna distorsione, ad alcuna dilazione, e non lasciano perciò alcun margine di dubbio sulla fondatezza della questione in esame.

Sulla scia di tale pronuncia, peraltro, è stata successivamente dichiarata l'illegittimità costituzionale anche delle norme che escludevano l'applicazione della tutela previdenziale contro gli infortuni e le malattie professionali per gli artigiani italiani operanti all'estero e di quelle che escludevano l'erogazione dell'assistenza sanitaria ai cittadini italiani anch'essi operanti al di fuori del territorio nazionale (Corte Cost., 880/1988).

Ciò nonostante, con la propria giurisprudenza la Corte Costituzionale non ha inteso affermare che l'acquisizione della realtà sancita dal principio dell'art. 35 Cost. richiede sempre e necessariamente l'automatica estensione ai lavoratori operanti all'estero della stessa disciplina dettata per i lavoratori operanti in Italia.

Anzi, la sentenza 369/1985 – alla quale si richiama espressamente anche la sentenza 880/1988 – riconosce che l'apprestamento della tutela previdenziale per i lavoratori italiani all'estero comporta tali e tanti problemi tecnici che solo uno specifico intervento legislativo avrebbe potuto adeguatamente risolvere.

Di conseguenza, e non a caso, in quell'occasione i giudici costituzionale hanno dichiarato l'illegittimità della normativa denunciata soltanto per contrasto con l'art. 35, comma 4, Cost. e non anche per contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Cost., nonostante il fatto che il giudice *a quo* avesse sollevato la questione di legittimità costituzionale anche con riferimento a quest'ultima norma.

In realtà, i giudici costituzionali si sono mossi nella stessa prospettiva indicata dalla dottrina che già aveva sottolineato *“che esistono modalità e specificità interne ai processi di emigrazione che non possono essere soddisfatti da una garanzia generica...di trattamento uguale tra lavoratori del Paese di immigrazione”* (Offeddu, *Commento all'art. 35 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, 1979, pag. 70).



A ciò si aggiunga che la stessa sentenza 369/1985 aveva autolimitato la portata declaratoria di illegittimità, precisando che essa non investiva le norme internazionali – regolamenti comunitari e convenzioni bilaterali – che, comunque, prevedevano una adeguata forma di tutela previdenziale per i lavoratori italiani operanti nei Paesi che tali norme hanno concordato con l'Italia.

E così, il messaggio lanciato dalla Corte Costituzionale è stato recepito dal legislatore il quale, con il d.l. 317/1987, convertito nella legge 398/1987, ha dettato una specifica disciplina della tutela previdenziale nei riguardi dei lavoratori italiani operanti in Paesi extracomunitari che non abbiano stipulato con l'Italia convenzioni in materia di sicurezza sociale. Nella stessa occasione, e per evitare di incorrere in una applicazione parziale del principio sancito dall'art. 35, comma 4, Cost., il legislatore ha dettato disposizioni dirette a tutelare anche le condizioni del rapporto di lavoro in senso stretto dei lavoratori espatriati.

Per quanto concerne la tutela del lavoratore all'estero è necessario operare una distinzione tra attività svolta in ambito comunitario e attività svolta in ambito extracomunitario ma è anche opportuno ricordare che, in entrambi i casi i principi fondamentali che ne regolano la disciplina sono gli stessi.

In particolare:

il **principio della parità di trattamento** in base al quale ciascuno Stato stipulante riconosce ai lavoratori stranieri, operanti sul proprio territorio nazionale, gli stessi diritti riservati ai cittadini residenti;

il **principio della territorialità della legislazione applicabile**, che prevede, come regola generale, l'applicazione della legislazione di sicurezza sociale del luogo dove viene effettivamente svolto il lavoro;

il **principio della esportabilità delle prestazioni** ad ulteriore garanzia del lavoratore migrante, in base al quale le prestazioni non siano soggette a riduzione, sospensione o soppressione per il fatto che l'avente diritto trasferisca la propria residenza in un altro Paese;

il **principio della totalizzazione dei periodi assicurativi** in base al quale è consentito il cumulo dei periodi di occupazione, assicurazione e residenza compiuto dal lavoratore in virtù delle legislazioni dei vari Paesi, nella misura necessaria ed a condizione che non si sovrappongano.



2. Disciplina del collocamento

2.1. La lista speciale di collocamento

L'art. 1, comma 4, l. 398/1987 stabilisce che “ *i lavoratori disponibili a prestare all'estero la loro attività devono iscriversi in apposita lista di collocamento tenuta dall'Ufficio regionale del lavoro del luogo di residenza il quale rilascia il nulla osta all'assunzione che può avvenire con richiesta nominativa*”.

L'iscrizione nella lista di cui trattasi è compatibile con quella ordinaria nelle liste di collocamento, dunque, il lavoratore che stipula il contratto per l'estero può chiedere di mantenere l'iscrizione nella lista ordinaria.

Un problema di non agevole soluzione è posto dalla apparente contraddittorietà tra il titolo della legge, che fa riferimento ai “*lavoratori operanti in Paesi extracomunitari*”, ed il comma 4 dell'art. 1 che, al pari di altre disposizioni della legge, fa generico riferimento “*all'estero*”.

E' da ritenere, però, sulla base sia dell'esame dei lavori preparatori, sia della considerazione della *ratio* delle singole disposizioni che, ogni volta che queste ultime non contengano, direttamente o indirettamente, limitazioni della sfera dei destinatari, esse devono ritenersi applicabili con riferimento tanto ai Paesi comunitari, quanto ai Paesi extracomunitari.

2.2. Assunzione per lo svolgimento di attività in Paesi comunitari

I regolamenti comunitari – direttamente applicabili nel nostro ordinamento ai sensi dell'art. 189 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea del 25 marzo 1957 (ratificato con l. n.ro 1203 del 14 ottobre 1957) – prevedono il principio della c.d. “*libertà di stabilimento*” dei lavoratori, in base al quale a ciascun cittadino deve essere consentito di risiedere stabilmente e lavorare nel territorio di ciascuno Stato membro.

In particolare, il Regolamento n.ro 1612 del 1968 stabilisce che “*ogni cittadino di uno Stato comunitario, qualunque sia il luogo di residenza, ha diritto di accedere ad una attività subordinata e di esercitarla sul territorio di un altro Stato comunitario, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali di detto Stato*”.

Ma vi è di più. Le norme comunitarie riconoscono, oltre alla libertà di stabilimento, anche il già ricordato principio di parità di trattamento tra lavoratori nazionali e comunitari nelle possibilità di accesso al lavoro, in base al quale è previsto:

- a) che il lavoratore che si trova sul territorio di uno “*Stato comunitario, goda della stessa precedenza riservata ai cittadini di detto Stato, per l'accesso agli impieghi disponibili*”;
- b) che “*ogni cittadino di uno Stato comunitario ed ogni datore di lavoro che esercita un'attività sul territorio di uno Stato comunitario possono scambiare le loro domande ed offerte di impiego, concludere contratti di lavoro e darvi esecuzione, conformemente alle vigenti disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative senza che possano risultarne discriminazioni*”;
- c) che, pertanto, “*non sono applicabili le disposizioni legislative, regolamentari o*



d) *amministrative e le pratiche amministrative di uno Stato comunitario che limitano o subordinano a condizioni non previste per i nazionali la domanda e l'offerta di impiego, l'accesso all'impiego ed il suo esercizio da parte degli stranieri, ovvero che, sebbene applicabili senza distinzione di nazionalità, hanno per scopo o effetto esclusivo o principale di escludere i cittadini degli Stati comunitari dall'impiego offerto*” (salve le “condizioni e le pratiche che trovano fondamento nella necessità di possedere adeguate conoscenze linguistiche richieste dalla natura dell'impiego offerto”).

In applicazione a tali principi, il Regolamento n.ro 1612 del 1968 esclude espressamente l'applicabilità delle disposizioni o pratiche che “rendono obbligatorio il ricorso a procedure speciali di reclutamento di manodopera per gli stranieri”; “limitano o subordinano a condizioni diverse da quelle applicabili ai datori di lavoro che esercitano la loro attività sul territorio di detto Stato l'offerta di impiego per mezzo della stampa o con qualunque altro mezzo”; “subordinano l'accesso all'impiego a condizioni d'iscrizione agli uffici di collocamento, od ostacolano il reclutamento nominativo di lavoratori, quando si tratta di persone che non risiedono sul territorio di detto Stato”.

2.3. Assunzione e trasferimento in Paesi extracomunitari

Ai sensi degli artt. 1, comma 2 e 2 della l. 398/87 il datore di lavoro che intende assumere o trasferire lavoratori italiani al fine di eseguire opere, commesse o attività lavorative in Paesi extracomunitari ha l'onere di richiedere il rilascio di un'apposita autorizzazione da parte del Ministero del Lavoro.

Tale disposizione, da un lato, riferendo l'obbligo dell'autorizzazione soltanto alle ipotesi dell'assunzione o del trasferimento all'estero, deve indurre a ritenere che l'invio di lavoratori italiani in trasferta all'estero non è subordinato all'espletamento di particolari adempimenti amministrativi, salvo il rispetto delle norme generali di pubblica sicurezza.

Dall'altro lato, però, la nozione di trasferimento all'estero accolta dal legislatore si distacca da quella tradizionalmente elaborata con riguardo all'ipotesi del trasferimento che avvenga all'interno del territorio nazionale.

Quest'ultima, infatti, secondo l'univoco insegnamento della dottrina e della giurisprudenza, presuppone la definitività del mutamento del luogo di lavoro, così distinguendosi dalla trasferta che è, invece, caratterizzata dalla naturale provvisorietà di tale mutamento. (Cass., 3749/1988; Cass. 8004/1998). Per contro, come è stato già ricordato, l'art. 2 l. 398/87 – facendo riferimento (come anche l'art. 1 della stessa legge) alla fattispecie di un trasferimento che sia disposto per l'esecuzione di singole “opere o commesse” - riconosce che esso, quando sia operato all'estero, può avvenire anche per esigenze intrinsecamente temporanee (in quanto destinate a venir meno con l'ultimazione dell'opera o della commessa).

Dal che si deve concludere che le tradizionali nozioni di trasferta e di trasferimento non possono essere automaticamente utilizzate quando si tratti di dover qualificare fattispecie di invio all'estero, per le quali deve necessariamente tenersi conto della nozione speciale desumibile dalla l. 398/87.

Della specialità di tale nozione si ha ulteriore conferma ove si consideri che la disciplina dettata dall'art. 2 di tale legge presuppone, come essenziale requisito del trasferimento all'estero, l'esistenza del consenso da parte del lavoratore mentre, come è noto, l'art. 2103, secondo comma, cod. civ.



sancisce espressamente la nullità di “ogni patto contrario” alle norme che limitano lo *jus variandi*, anche topografico, del datore di lavoro.

2.4. La domanda per il rilascio dell'autorizzazione

La domanda per il rilascio dell'autorizzazione per l'assunzione o il trasferimento di lavoratori italiani in Paesi extracomunitari deve essere rivolta al Ministero del Lavoro nonché in copia al Ministero degli Affari Esteri (art. 2 , comma 1 l. 398/87 e, ora, d.p.r. 346/94).

Se residenti all'estero, i datori di lavoro possono presentare la richiesta all'Ufficio consolare competente; una ulteriore copia deve essere spedita anche alla Direzione Regionale del Lavoro competente secondo la sede del richiedente.

Ai fini della determinazione dei requisiti di tale domanda, la legge ha fatto rinvio ad un successivo Decreto ministeriale che è stato emanato il 16 agosto 1988. Ai sensi di quest'ultimo la domanda deve contenere l'indicazione:

- a. della persona fisica o giuridica per la quale ricorre l'obbligo dell'autorizzazione;
- b. del numero dei lavoratori interessati e dei corrispondenti livelli e trattamenti economico – normativi;
- c. della località dove i lavoratori sono inviati e dell'eventuale programmazione di nuove assunzioni e/o trasferimenti;
- d. dell'impegno ad adempiere agli obblighi derivanti dalla legge 398/87 e in particolare, dell'obbligo – ove il contratto preveda espressamente la possibilità di destinare il lavoratore a prestare attività presso una consociata estera – di garantire le condizioni di lavoro di cui alle lettere da b) a f) dell'art. 2 della legge in essere.

Lo stesso D.M. 16 agosto 1988 prevede, inoltre, che alla richiesta di autorizzazione devono essere allegati:

- a. certificato di iscrizione alla Camera di Commercio o al Registro delle società di data non anteriore ad un mese (per le organizzazioni sindacali non governative il certificato di idoneità di cui agli artt. 47 e 49 della legge 49/1987);
- b. copia del contratto di appalto o, se l'attività da svolgere all'estero non costituisce l'oggetto di un appalto, la specificazione dell'attività contrattuale o del titolo giuridico inerente l'attività medesima (per le organizzazioni sindacali non governative, una corrispondente dichiarazione rilasciata dal Ministero degli affari esteri);
- c. per i datori di lavoro non aventi sede nel territorio nazionale, la documentazione relativa al conferimento per atto pubblico del mandato ad una persona fisica o giuridica residente in Italia e della corrispondente accettazione del mandatario con responsabilità solidale per l'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalla legge 398/87 (se la domanda è presentata direttamente, essa va corredata di documentazione equipollente tradotta in lingua italiana ed autenticata dalle autorità consolari italiane).

Da ultimo, l'art. 3 del d.p.r. 346/1994 ha previsto l'emanazione di un ulteriore Decreto ministeriale che ridetermini la documentazione da allegare alla domanda di rilascio dell'autorizzazione all'assunzione o al trasferimento di lavoratori italiani in Paesi extracomunitari.

2.5. L'autorizzazione ministeriale

Il rilascio dell'autorizzazione all'assunzione o al trasferimento di lavoratori italiani in Paesi extracomunitari è subordinato alla sussistenza di condizioni minime di tutela, non solo economiche.

Ed infatti, è prima di tutto demandato al Ministero degli Affari Esteri il compito di accertare se le condizioni generali del Paese di destinazione offrono idonee garanzie per la sicurezza del lavoratore, portando a conoscenza del Ministero del Lavoro l'esito di tale accertamento. A questo riguardo va ricordato che, ai sensi dell'art. 4 del d.p.r. 346/94, l'accertamento delle condizioni politiche, sociali, sanitarie ed economiche dei Paesi di destinazione viene operato ogni anno dal Ministero degli Affari Esteri che formula un elenco dei Paesi per i quali non occorre il proprio parere preventivo.

Ai sensi dell'art. 2 della legge 398/87, invece, compete direttamente al Ministero del Lavoro il compito di accertare che:

- (a) *“il trattamento economico e normativo offerto sia complessivamente non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi di lavoro vigenti in Italia per la categoria di appartenenza del lavoratore e sia distintamente prevista l'entità delle prestazioni in denaro o in natura connesse con lo svolgimento all'estero del rapporto di lavoro”* (comma 4, lett. b));
- (b) il contratto di lavoro per l'estero preveda la possibilità per il lavoratore, nel caso che *“le autorità del Paese d'impiego pongano restrizioni ai trasferimenti di valuta”*, di ottenere *“il trasferimento in Italia della quota di valuta trasferibile delle retribuzioni corrisposte all'estero, fermo restando il rispetto delle norme valutarie italiane e del Paese d'impiego”* (comma 4, lett. c));
- (c) *“sia stata stipulata a favore dei lavoratori italiani inviati all'estero a svolgere attività lavorativa un'assicurazione per ogni viaggio di andata nel luogo di destinazione e di rientro dal luogo stesso per i casi di morte o di invalidità permanente”* (comma 4, lett. d));
- (d) il contratto di lavoro per l'estero *“stabilisca il tipo di sistemazione logistica”* e *“impegni il datore di lavoro ad apprestare idonee misure in materia di sicurezza ed igiene del lavoro”* (comma 4, lett. e) ed f)).

Infine, come già accennato, nel caso in cui il contratto di lavoro *“preveda la possibilità, dopo il trasferimento all'estero, che il datore di lavoro destini il lavoratore assunto a prestare la propria attività presso consorziate estere”*, esso deve, comunque, contenere la garanzia dell'applicazione di tutte le condizioni fin qui elencate (comma 4, lett. a)).

2.5.1. Tempi di rilascio

L'autorizzazione, ove spettante, viene rilasciata dal Ministero del Lavoro nel termine di 75 giorni dalla presentazione della richiesta, ovvero di 90 giorni se presentata all'estero. Nel caso in cui si renda necessaria una integrazione della documentazione, o nell'ipotesi in cui il Paese di destinazione non sia compreso nell'elenco dei Paesi formulato dal Ministero degli affari esteri per i quali non occorre il parere preventivo del ministero stesso, i termini di cui sopra sono prorogati di 30 giorni decorrenti dalla data di comunicazione al datore di lavoro della richiesta della documentazione mancante ovvero dalla data di ricevimento del parere. Decorso i termini suesposti, l'autorizzazione deve intendersi concessa per il principio del cd. silenzio–accoglimento.



2.6. Deposito di contratti-tipo

L'art. 2, commi 5 e 6, l. 398/87 prevede la semplificazione della procedura per l'assunzione o il trasferimento del lavoratore in Paesi extracomunitari a favore dei datori di lavoro che abbiano depositati contratti-tipo per il lavoro all'estero concordati con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale, o che abbiano espressamente aderito a tali contratti.

In tali ipotesi, infatti, è prevista prima di tutto l'abbreviazione dei termini per la formazione del cd. silenzio-accoglimento della domanda di rilascio dell'autorizzazione: 30 giorni dalla ricezione della domanda corredata dalla relativa documentazione o 90 giorni qualora il Ministero del Lavoro o il Ministero degli Affari Esteri abbiano comunicato, entro 30 giorni dalla data della ricezione suddetta, di dover procedere ad ulteriori accertamenti.

Inoltre, e sempre a condizione che abbia depositato il contratto-tipo di cui trattasi, o abbia ad esso aderito, è riconosciuta al datore di lavoro, ove ricorrano eccezionali casi di comprovata necessità e di urgenza, la facoltà di assumere o trasferire all'estero i lavoratori senza attendere l'esito della domanda di autorizzazione, previa comunicazione dell'assunzione o del trasferimento ai Ministeri del Lavoro e degli Affari Esteri entro i tre giorni precedenti le assunzioni o i trasferimenti (art. 2, comma 6, l. 398/87).

2.7. Sanzioni

L'art. 2 *bis* della legge 398/87, infine, ha introdotto ipotesi speciali di sanzioni penali per garantire il controllo pubblico del fenomeno dell'invio all'estero di lavoratori italiani.

E così i datori di lavoro che senza la prescritta autorizzazione del Ministero del Lavoro, e non ricorrendo l'ipotesi eccezionale di cui all'art. 2, comma 6, della legge, impiegano fuori del territorio nazionale lavoratori italiani, sono puniti con una ammenda e nei casi più gravi, con l'arresto da tre mesi ad un anno.

Con la reclusione da uno a cinque anni e con una multa per ogni lavoratore reclutato è punito, invece, chi – per conto proprio o di terzi – svolge attività di mediazione per l'assunzione o il trasferimento all'estero di lavoratori italiani.

Tali sanzioni, peraltro, sono rimaste invariate anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs 758/94 che ha recato “modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia di lavoro”.



3. La legge applicabile al rapporto di lavoro

3.1. Disciplina in vigore fino al 1° settembre 1995

Secondo la disciplina applicabile fino all'entrata in vigore della legge 218/1995, i rapporti di lavoro preordinati a svolgersi all'estero erano disciplinati dalla legge nazionale dei contraenti se comune, o se diversa, dalla legge del luogo dell'assunzione (art. 25, comma 1, disp. prel. cod.civ.).

Le parti potevano derogare a tali criteri di individuazione della legge applicabile, ma la deroga non era valida se essa risultava in contrasto con i limiti imposti dal rispetto delle norme inderogabili italiane di ordine pubblico (art. 31 disp. prel. cod.civ.).

L'individuazione di quali siano in materia di lavoro le “norme di ordine pubblico” italiane costituisce questione delicata e complessa. Vanno, però, certamente considerate tali le disposizioni di legge che prevedono le principali garanzie a favore del lavoratore, anche se – soprattutto in materia retributiva – è da ritenere che la valutazione del rispetto dell’ordine pubblico” dovrebbe essere compiuta soltanto sulla base di una comparazione complessiva del trattamento applicato e di quello spettante in base alla legge italiana.

In concreto, la giurisprudenza ha escluso l'efficacia di patti che stabilivano l'applicabilità di legislazioni straniere in materia di rapporto di lavoro le quali, rispetto alla legge italiana, non assicuravano al lavoratore le garanzie previste dall'art. 7 della l. 300/70 in tema di procedimento per l'irrogazione di sanzioni disciplinari e non prevedevano il diritto ad un trattamento di fine rapporto, ovvero consentivano, senza alcun limite, la stipulazione di contratti a tempo determinato (*ex plurimis*, Cass. 5924/1981; Cass. 2756/1996).

3.2. La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980

Ai rapporti di lavoro che si svolgono in Paesi europei firmatari della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva con legge 975/1983, si applica la 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. Se il lavoratore manca di una sede abituale di lavoro, la stessa convenzione prevede l'applicazione della legge del Paese dove si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore, a meno che non risulti dall'insieme delle circostanze che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un altro Paese (in quest'ultimo caso si applica la legge di quest'ultimo).

Le parti possono scegliere che il rapporto di lavoro sia regolato in tutto o in parte da una ulteriore legge nei limiti imposti dal rispetto della prestazione che ne deriva. Tuttavia, l'efficacia di tale scelta incontra i limiti imposti dal rispetto della protezione derivante al lavoratore dalle norme imperative della legge che regolerebbe il rapporto in base ai criteri direttamente individuati dalla Convenzione.

In ogni caso, la scelta di una legislazione diversa da quella del luogo ove si svolge abitualmente l'attività del lavoratore o, in caso di inesistenza di un tale luogo, del luogo dove si trova la sede dell'azienda, deve essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo, dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze.



3.3. Disciplina in vigore dal 1° settembre 1995

L'art 73 della legge 218/1995 (Riforma del diritto internazionale privato), da un lato, ha abrogato gli artt. da 17 a 31 disp. prel. cod. civ. e, dall'altro, ha esteso a tutte le obbligazioni contrattuali – anche perciò a quelle che non siano state contratte in Paesi europei – la suesposta disciplina di cui alla Convenzione del 19 giugno 1980.

Peraltro, disciplinando il periodo transitorio, il legislatore ha previsto che la nuova regolamentazione si applica a decorrere dal 1° settembre 1995 e soltanto ai giudizi iniziati dopo tale data. Fatta salva, comunque, l'applicabilità alle situazioni esaurite prima di tale data in base alle previgenti norme di diritto internazionale privato.

4. IL PROBLEMA DELL'APPLICABILITÀ DEI CONTRATTI COLLETTIVI STIPULATI IN ITALIA

Secondo l'opinione prevalente, le parti sindacali – sia in virtù del principio di libertà sancito dall'art. 39, comma 1, Cost., sia per effetto del generale principio di autonomia negoziale, sono libere di determinare il campo di applicazione del contratto collettivo e, quindi, eventualmente anche di estendere o no l'efficacia anche ai rapporti di lavoro, svolti all'estero.

La questione dell'applicabilità o no ai lavoratori all'estero del contratto collettivo stipulato dai sindacati italiani è invece controversa nell'ipotesi – che del resto costituisce il caso più frequente – nella quale le parti non hanno previsto espressamente nulla a riguardo.

Secondo un orientamento della giurisprudenza, poiché la “funzione” del contratto collettivo risiederebbe nell'assicurare uniformità di trattamento tra lavoratori nel presupposto di una uniformità delle condizioni economico sociali avute presenti dalle parti sindacali al momento della stipulazione di quel contratto, l'efficacia di quest'ultimo dovrebbe essere necessariamente esclusa non appena, con il trasferimento all'estero, quelle condizioni vengono a modificarsi (Cass. 1240/1983; Cass. 5058/1998; Cass. 61614/1988).

Un secondo orientamento, invece, prendendo le mosse dalla considerazione che la Costituzione “tutela il lavoro all'estero” e che l'efficacia del contratto collettivo di diritto comune è determinata non tanto dal luogo della prestazione lavorativa, quanto dall'esistenza del vincolo associativo, riconosce, sempre e comunque, l'extraterritorialità del contratto collettivo, anche in mancanza di un'esplicita previsione negoziale in tal senso (Cass. 2029/1988).

In una posizione intermedia si pone, infine, quell'orientamento che, pur riconoscendo in generale l'efficacia del contratto collettivo all'estero, esclude l'applicazione di quelle clausole che “si devono ritenere non più volute” in relazione all'espatrio del lavoratore (Cass. 5021/1988), ovvero in relazione al venir meno, determinato dall'esecuzione all'estero del rapporto di lavoro, della loro funzionalità (es. le clausole in tema di festività e di durata dell'orario di lavoro) (Cass. 8668/1996).

In realtà, la soluzione del problema non può prescindere dal considerare che con la disposizione di cui alla lett. b) dell'art. 2 della legge 398/87, il legislatore ha previsto, quale condizione per il rilascio dell'autorizzazione ministeriale all'assunzione o al trasferimento all'estero, che il trattamento economico normativo offerto al lavoratore deve essere “complessivamente non inferiore a quello previsto dai contratti collettivi vigenti in Italia”.

Tale disposizione, infatti, rende palese che, secondo la valutazione del legislatore, da un lato, tali contratti collettivi non sono, *ex se*, direttamente applicabili all'estero, ma, dall'altro, e presumibilmente in considerazione del fatto che la prestazione svolta fuori dal territorio nazionale non può certo essere ritenuta quantitativamente inferiore o meno disagiata di quella svolta in Italia, al lavoratore va, comunque, garantito un trattamento che, nel suo complesso, e non già nei suoi singoli elementi che lo compongono, sia, nella sostanza almeno equivalente a quello stabilito dalle parti sindacali in Italia.

Resta fermo che la valutazione sulla “equivalenza” dei due trattamenti deve essere compiuta tenendo conto anche delle diversità delle condizioni sociali ed economiche dei due Paesi posti a raffronto.



5. IL TRATTAMENTO ECONOMICO E NORMATIVO

Come risulta anche dalle considerazioni da ultimo svolte, non vi è dubbio che i lavoratori italiani all'estero hanno, anch'essi, diritto ad un trattamento economico conforme al principio costituzionale della “proporzionalità” alla qualità e quantità del lavoro svolto e “sufficiente” a garantire al lavoratore ed alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa (art. 36 Cost.).

Allo stesso tempo, però, va tenuto presente che le modalità topografiche dello svolgimento del lavoro all'estero non determinano, di per sé, un'elevazione del livello qualitativo dell'attività lavorativa, nonostante possa accadere che – per effetto dell'allontanamento spaziale dai centri decisionali dell'impresa (che, di regola, rimangono in Italia) – il lavoratore si senta gratificato professionalmente da un'apparente attenuazione dell'esercizio dei poteri direttivo e disciplinari, che, a volte, può essere confusa con l'attribuzione di maggiore autonomia e discrezionalità nello svolgimento delle proprie mansioni.

Ciò che, invece, l'invio all'estero può determinare e, anzi, di norma determina, anche a ragione dell'inevitabile “sradicamento” dell'abituale ambiente di vita, è una serie di disagi, di spese e di maggiori oneri che il lavoratore è costretto ad affrontare nell'interesse del datore del lavoro.

Proprio sulla base di tale nozione di comune esperienza, i contratti individuali che disciplinano l'assegnazione all'estero prevedevano obbligatoriamente, ai sensi dell'art. 2, comma 4, lett. b) l. 398/87, l'erogazione di specifiche prestazioni in denaro o in natura connesse con lo svolgimento fuori del territorio nazionale del rapporto di lavoro, la cd. indennità estero.

6. L'INDENNITÀ ESTERO E L'ART. 2103 COD. CIV

In linea generale, la giurisprudenza è ormai costante nell'affermare che l'indennità estero può, in base alle particolari pattuizioni che la prevedono ed alla stregua delle circostanze del caso concreto, avere sia natura riparatoria, assolvendo alla funzione risarcitoria delle maggiori spese connesse alla prestazione lavorativa all'estero, sia natura retributiva, assolvendo la funzione compensativa del disagio connesso alla particolare situazione in cui si viene a trovare l'espatriato, sia, infine, natura composita (o mista) assolvendo sia una funzione risarcitoria che una funzione retributiva (Cass. 2255/1993; Cass. 340/1995; Cass. 3278/2004).

Tuttavia, va subito rilevato che l'accertamento in concreto di quale delle funzioni descritte sia stata – di volta in volta – assegnata all'indennità estero non è necessariamente rilevante al fine di risolvere la questione, spesso sollevata dal personale italiano all'estero, riguardante l'esistenza o no del diritto a conservare tale indennità anche dopo il rientro in Patria.

Nulla quaestio, infatti, nel caso in cui l'indennità di cui trattasi abbia natura riparatoria, poiché è evidente che la cessazione della permanenza all'estero, comportando il venir meno delle spese e dei costi derivanti da quella peculiare situazione, determina anche il venir meno di qualsiasi titolo giuridico per richiedere la conservazione dell'indennità che quelle spese e quei costi mirava a rifondere.

Ma anche nel caso in cui l'indennità estero abbia natura retributiva, in quanto compensativa del disagio subito dal lavoratore per la sua destinazione ad un paese diverso da quello di abituale dimora, va considerato che la garanzia della irrinunciabilità della retribuzione prevista dall'art. 2103 cod. civ. non riguarda ogni e qualsiasi emolumento avente natura retributiva.

Come è stato affermato, tale garanzia – proprio a ragione della *ratio* che ispira l'art. 2103 cod. civ. - *“resta necessariamente collegata alle qualità immutabili ed essenziali dell'aspetto professionale delle mansioni originarie e non agli emolumenti, anche se retributivi, autonomamente corrispettivi di caratteristiche estrinseche e non connaturali alle mansioni in quanto compensativi di attività connesse a particolari circostanze di tempo e di luogo”* (Cass. 475/1989).

Ne deriva che legittimamente il datore di lavoro cessa di erogare al lavoratore l'indennità estero al momento del rientro in Italia, in quanto tale indennità, tanto se è diretta a risarcire spese, quanto se è destinata a compensare disagi fisici ed ambientali, non è collegata all'aspetto professionale delle mansioni, bensì alla semplice modificazione territoriale del luogo dove viene prestata l'attività lavorativa (Cass. 4314/1988).

Resta ovviamente salvo il potere del giudice di accertare se l'indennità estero costituisca in realtà, in tutto o in parte, un vero e proprio aumento retributivo connesso all'assegnazione all'estero di mansioni di maggior qualificazione o responsabilità (Cass. 2255/1993).

7. L'INDENNITÀ ESTERO E TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO

L'accertamento della natura rivestita dall'indennità estero è, invece, sempre essenziale al fine di valutare se essa sia o no computabile al fine del calcolo delle competenze di fine rapporto.

Ed infatti, mentre il principio di irriducibilità della retribuzione ex art. 2103 cod. civ. ha riguardo esclusivamente ai compensi legati al contenuto professionale delle mansioni, tanto la vecchia indennità di anzianità, quanto il nuovo trattamento di fine rapporto assumono, come base di calcolo, una nozione di retribuzione che può certamente definirsi omnicomprensiva, restandone esclusi soltanto i rimborsi spese ed i compensi non “continuativi” (cfr. il vecchio testo artt. 2120 e 2121 cod. civ.), o quelli erogati “a titolo non occasionale” (cfr. art. 1, comma 2, l. 297/1982).

Di regola, la sussistenza del requisito della “continuatività” e quello, ritenuto dalla giurisprudenza ancor più ampio, della non “occasionalità”, difficilmente può essere esclusa nei casi di assunzione e trasferimento all'estero, poiché entrambe tali fattispecie anche se riferite all'esecuzione di specifici lavori o commesse – presuppongono una sia pur relativa stabilità, la quale, di conseguenza, caratterizza anche l'intero trattamento economico che ad essa è correlato (Cass. 308/1996; Cass. 10272/1991). Con la sentenza 15841/2003, peraltro, il Giudice di Legittimità ha stabilito che “*il requisito della continuità va inteso in senso relativo e non equivale a definitività, ma all'attitudine a continuare per un periodo di durata indeterminata e corrispondente a periodicità ed ordinarietà della prestazione, in contrapposto alla saltuarietà ed occasionalità della stessa*”.

Assai più difficile è, invece, accertare in concreto se l'indennità di cui trattasi abbia – ed eventualmente in quali percentuali abbia – natura retributiva o natura riparatoria.

A tal fine, comunque, la giurisprudenza ha elaborato alcuni criteri di indagine, secondo i quali è necessario aver riguardo, nell'ordine: alla fonte (consensuale o unilaterale) della missione all'estero; all'esistenza o no di un autonomo obbligo di rimborso spese; alle modalità ed alla durata della prestazione all'estero (Cass. 469/1989). E' da segnalare, al riguardo, che – secondo un indirizzo minoritario della stessa giurisprudenza di legittimità – dovrebbero essere escluse dal calcolo del trattamento di fine rapporto anche le erogazioni “*correlate al disagio conseguente al fatto che il lavoratore sia chiamato ad espletare all'estero la sua prestazione lavorativa*” (Cass. 7431/1990; in senso contrario: Cass. 15656/2001).

Soltanto nell'ipotesi in cui, anche in base all'applicazione di tali criteri, il giudice – pur avendo accertato la natura mista dell'indennità estero – non possa quantificare le percentuali della componente riparatoria e di quella retributiva, è consentito utilizzare in via equitativa i criteri adottati ad altri fini dalla legge ed, in particolare, dall'art. 48 d.p.r. 597/1973 e dall'art. 2 l. 153/1969.

A quest'ultimo riguardo appare necessario osservare che, se è certamente condivisibile il ricorso in via equitativa a fonti sussidiarie, non si comprende perchè la giurisprudenza non tiene conto che le disposizioni di legge che regolano i casi più simili (anche ex art. 12, comma 2 disp.prel. cod. civ.) non sono le due disposizioni ora ricordate, bensì sono gli artt. 4 e 5 della l. 398/87, con i quali il legislatore ha implicitamente espresso una diretta valutazione della natura del trattamento estero e, comunque, della sua limitata rilevanza ai fini dell'applicazione degli istituti di legge nazionali.

Da ultimo va ricordato che, la Corte di Cassazione ha affermato che le quote di trattamento di fine rapporto di lavoro da calcolarsi su voce retributiva (nella specie, appunto, la cd. indennità estero) pattuita e corrisposta in moneta non avente corso legale nello Stato, debbono essere convertite Euro alla data di ciascun accantonamento annuale secondo il cambio ufficiale corrente a tale data e non già essere accantonate contabilmente in moneta straniera e poi Euro al momento della cessazione del rapporto (Cass. 2255/1993).

8. “COMANDO” O “DISTACCO” PRESSO CONSOCIATA ESTERA

E' stato già osservato in linea generale che il “comando” o “distacco” del lavoratore si realizza quando, nel legittimo esercizio dei suoi poteri direttivi, il datore di lavoro pone il lavoratore a disposizione di un altro soggetto per l'esplicazione della sua attività lavorativa.

Deve quindi ritenersi che, anche nel caso di distacco operato presso società operanti all'estero, la legittimità di tale forma di disposizione delle energie del lavoratore è subordinata alle esistenza delle condizioni stabilite dall'art. 30 del d.lgs. 276/2003.

E' necessario, cioè, che vi sia l'interesse del distaccante, il distacco sia temporaneo e sia disposto per lo svolgimento di una determinata attività lavorativa.

Inoltre, poichè comporterà “*un trasferimento ad una unità produttiva sita a più di 50 Km da quella in cui il lavoratore è adibito*”, dovranno sussistere anche, ai fini della sua legittimità, “*comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive*” (art. 30, comma 3, d.lgs. 276/2003).

Tuttavia, l'esperienza concreta segnala che il distacco del lavoratore, quando avviene presso una consociata estera, è realizzato spesso anche mediante una diversa forma del tutto peculiare. Accade infatti di frequente che, sulla base di pattuizioni tra loro collegate, 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”.

In base a tali pattuizioni, che sono in sé legittime, l'originario datore di lavoro, non fruendo durante il periodo di distacco delle prestazioni del suo dipendente, “*non è tenuto nei confronti di esso ad alcun obbligo retributivo, neanche in applicazione dell'art. 36 Cost., bensì è anche esonerato da ogni responsabilità per fatti riconducibili al distaccatario come, ad esempio, la mancata liquidazione, da parte del secondo, del trattamento di fine rapporto relativo al periodo di lavoro intercorso tra il distaccatario ed il lavoratore*” (Cass. 5714/1996).

Spetta tuttavia al giudice di merito accertare “*se la sospensione convenzionale del rapporto di lavoro italiano, al fine di consentire l'instaurazione del distinto rapporto di lavoro all'estero, non sia simulata o in altro modo diretta a conseguire un risultato vietato*” (Trib. Torino, 9 dicembre 1986).

E così va rilevato, a titolo esemplificativo, che l'esistenza di una simulazione è stata affermata in un caso in cui, per un verso, persistevano, a dispetto delle formali enunciazioni del testo dell'accordo, incisivi poteri direttivi in capo al distaccante (ivi compreso quello di far cessare senza un giustificato motivo il rapporto di lavoro con il distaccatario richiamando a sé il lavoratore) e, per altro verso, la prestazione di lavoro da svolgere all'estero era rimasta analoga a quella che il lavoratore aveva prestato in un precedente periodo di distacco attuato senza aver concordato alcuna sospensione del rapporto “italiano” (Cass. 7431/1990).



9. TUTELA PREVIDENZIALE

9.1. Lavoratori italiani operanti in Paesi comunitari

I Regolamenti comunitari dettano i criteri in base ai quali deve essere individuata la legge previdenziale da applicare ai lavoratori operanti negli Stati membri, nonché, e conseguentemente, l'ente previdenziale competente e le regole che presidono al sistema di calcolo e di versamento dei contributi previdenziali.

Peraltro, la circostanza che – per effetto dell'applicazione della disciplina comunitaria – il lavoratore abbia versato contributi in diversi Stati membri a diversi enti previdenziali non toglie che egli potrà non soltanto “totalizzare” (ossia, sommare gli uni agli altri) i diversi periodi assicurativi ai fini del diritto a migliori prestazioni previdenziali (cfr. in relazione alle diverse prestazioni previdenziali ed assistenziali, gli artt. 18, 38, 45, 67 e 72 del Regolamento n.ro 1408/71), ma anche scegliere di chiedere la corresponsione del trattamento previdenziale all'ente dello Stato comunitario dove egli è iscritto al momento della domanda, o all'ente del luogo ove risiede, o all'altro ente designato dall'autorità competente dello Stato dove risiede il lavoratore stesso.

La regola generale ai fini dell'individuazione della legislazione previdenziale applicabile, è quella dettata dall'art. 13 del Regolamento 1408/1971, in base alla quale la persona che esercita un'attività subordinata nel territorio di uno Stato comunitario è soggetta alla legislazione previdenziale di tale Stato anche se risiede nel territorio di un altro Stato comunitario o se l'impresa o il datore del lavoro da cui dipende ha la propria sede o il proprio domicilio nel territorio di un altro Stato comunitario.

Tuttavia, il successivo art. 14 del Regolamento prevede una serie di deroghe a tale principio. Di esse quelle che assumono maggior rilevanza – anche perchè nella pratica di più frequente applicazione – sono le seguenti:

- (a) la persona che esercita un'attività subordinata nel territorio di uno Stato comunitario presso un'impresa dalla quale dipende normalmente ed è distaccata da questa impresa nel territorio di un altro Stato comunitario per svolgervi un lavoro per conto della medesima, rimane soggetta alla legislazione previdenziale del primo Stato comunitario, a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i dodici mesi e che essa non sia inviata in sostituzione di un'altra persona giunta al termine del suo “periodo di distacco”;
- (b) se la durata del lavoro da effettuare si prolunga per circostanze imprevedibili oltre la durata originariamente prevista e superi i dodici mesi, la legislazione previdenziale del primo Stato comunitario rimane applicabile fino al compimento di tale lavoro, a condizione che l'autorità competente dello Stato comunitario nel cui territorio l'interessato è distaccato o l'organismo designato da tale autorità abbia dato il proprio consenso (il quale, peraltro, deve essere richiesto prima della fine del periodo iniziale di dodici mesi);
- (c) le autorità competenti degli Stati comunitari possono prevedere di comune accordo eccezioni alle regole suesposte nell'interesse di alcune categorie di persone o di alcune persone in particolare. Tale sistema risulta, nella prassi, di frequente applicazione per evitare frazionamenti nei periodi di contribuzione presso diversi Stati membri e, più in generale, quando risulti la volontà del lavoratore di restare iscritto per un periodo più lungo di quello previsto dalle norme sul distacco presso l'ente previdenziale del Paese di provenienza.



9.2. Lavoratori italiani operanti in Paesi cd. “convenzionati”

La tutela previdenziale dei lavoratori operanti in Paesi che hanno stipulato con l'Italia convenzioni bilaterali in materia di sicurezza sociale è regolata, appunto, da tali convenzioni, le quali – come è stato ricordato – non sono state investite dalla pronuncia di illegittimità costituzionale che ha colpito le disposizioni di legge italiana nella parte in cui non prevedevano l'estensione della tutela previdenziale spettante ai lavoratori in Italia anche a favore dei lavoratori italiani operanti all'estero.

Le convenzioni di cui trattasi prevedono i criteri idonei a stabilire, a seconda delle singole fattispecie, quale sia la legge previdenziale applicabile (e, di conseguenza, a stabilire se debbano essere versati i contributi in Italia, in caso di applicabilità della legge italiana, ovvero presso l'ente straniero, in caso di applicabilità della legge straniera).

Il criterio generale più frequentemente adottato dalle singole convenzioni è quello secondo il quale il cittadino di uno dei due Stati contraenti che si trova a prestare attività nell'altro Stato contraente è soggetto alla legge previdenziale di quest'ultimo.

Tale criterio generale viene spesso derogato per situazioni particolari di lavoro (es. lavoratori che, per le loro mansioni, sono soliti spostarsi da un Paese all'altro) e per il caso di spostamenti di breve durata da uno Stato all'altro. In quest'ultimo caso, ove si tratti di persone residenti in uno degli Stati contraenti e dipendenti da un'impresa che ha sede in tale Stato, le quali siano inviate a prestare attività nell'altro Stato per un periodo diversamente stabilito dalle singole convenzioni (cd. “periodo di distacco”), è previsto che l'applicazione della legislazione dello Stato di provenienza prosegua anche durante la permanenza del lavoratore nello Stato presso il quale è stato distaccato.

In ogni caso, tutte le convenzioni prevedono, sia pure con modalità diverse, che il lavoratore il quale abbia versato contributi presso enti previdenziali di diversi Stati convenzionati, potrà “totalizzare” i diversi periodi assicurativi ai fini della maturazione del diritto alle prestazioni previdenziali.

9.3. Lavoratori italiani operanti in Paesi extracomunitari con convenzioni internazionali cd. “parziali”

Alcune convenzioni internazionali non comprendono tutte le forme di tutela previdenziale alle quali i lavoratori all'estero sono obbligatoriamente iscritti ai sensi dell'art. 1 della legge 398/87. In tali ipotesi, l'INPS ha stabilito – con la sua circolare n.ro 90 del 1992 – che, per le forme di tutela non previste dalla convenzione, dovrebbe trovare applicazione la disciplina italiana.

La tesi dell'INPS, tuttavia, non tiene conto, da un lato, del fatto che - come più volte ricordato – la disciplina delle convenzioni internazionali è stata fatta salva dalla Corte Costituzionale con la sentenza 349/1985, e, dall'altro, del fatto che non può escludersi che la diversità delle situazioni esistenti nei singoli Paesi esteri possa giustificare differenze di trattamento previdenziale, soprattutto quando queste non riguardino le forme direttamente previste dall'art. 38, comma 2, Cost.

Soprattutto resta il fatto che l'art. 1 della legge 398/1987 individua il campo di applicazione di tale legge con riferimento soltanto ai lavoratori operanti “*in Paesi extracomunitari con i quali non sono in vigore accordi di sicurezza sociale*”, senza assegnare rilievo alla completezza ed ai contenuti di tali accordi, la cui adeguatezza, comunque, deve presumersi sia già stata valutata dal legislatore al momento della loro ratifica.

9.4. Lavoratori italiani operanti in Paesi extracomunitari non “convenzionati”

Ai sensi dell'art. 1 della legge 398/87, i lavoratori italiani assunti o trasferiti in Paesi extracomunitari che non abbiano stipulato con l'Italia convenzioni in materia di sicurezza sociale sono obbligatoriamente iscritti alle seguenti forme di previdenza ed assistenza sociale:

- (a) assicurazione per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti;
- (b) assicurazione contro la tubercolosi;
- (c) assicurazione contro la disoccupazione involontaria;
- (d) assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali;
- (e) assicurazione contro le malattie;
- (f) assicurazione di maternità;
- (g) assicurazione per gli orfani (Enaoli).

Peraltro, tali forme assicurative si applicano anche ai lavoratori all'estero con le stesse modalità in vigore nel territorio nazionale, salve le deroghe e le eccezioni specificamente dettate dalla stessa legge 398/1987.

Con queste deroghe ed eccezioni il legislatore ha cercato di adeguare la legislazione previdenziale direttamente riferita al lavoro prestato in Italia alle molteplici peculiarità ed alle specifiche esigenze del fenomeno del lavoro all'estero, a tal fine prevedendo anche disposizioni speciali dirette a risolvere il problema della eventuale duplicazione delle forme di tutela, che si può verificare nell'ipotesi in cui il Paese estero presso il quale il lavoratore italiano presta la sua attività, pur non essendo legato da convenzioni sociali con l'Italia, prevede forme di assicurazione locale obbligatoria che verrebbero ad aggiungersi a quelle previste dall'art. 1 della legge 398/87.

In particolare, l'art. 3, comma 3, l. 398/87 prevede che, per la malattia o l'infortunio o la malattia professionale venga corrisposta al lavoratore una prestazione da parte dell'ente straniero presso il quale è obbligatoriamente iscritto in forza della legge locale, l'Istituto previdenziale italiano erogatore di analoga prestazione economica riduce quest'ultima in maniera corrispondente.

Al riguardo va prima di tutto osservato che, secondo l'interpretazione dell'INPS (circolare n.ro 156 del 12 luglio 1988), tale norma, non soltanto si applica anche se il lavoratore non consegue le prestazioni economiche da parte dell'ente straniero a causa di violazione degli obblighi contributivi nei confronti di quest'ultimo, ma riguarda anche la corresponsione dell'indennità di maternità, nonostante questo non sia espressamente contemplato dalla legge.

Va ricordato altresì che, Ulteriori disposizioni speciali sono state dettate dal legislatore con riferimento alle aliquote contributive. In particolare, l'art. 4, comma 2, legge 398/87 stabilisce che:

- a) per le assicurazioni per l'invalidità, vecchiaia e superstiti, per la tubercolosi, per la disoccupazione involontaria e l'Enaoli, l'aliquota complessiva stabilita a carico del datore di lavoro dalla legislazione italiana subisce una diminuzione di 10 punti; diminuzione che deve essere applicata, fino ad esaurimento, sulle singole aliquote delle medesime gestioni assicurative nell'ordine sopra indicato. Nel caso di lavoratori iscritti a regimi pensionistici sostitutivi dell'assicurazione generale obbligatoria, la diminuzione deve essere applicata integralmente sull'aliquota stabilita da tali regimi speciali per il calcolo dei relativi contributi pensionistici;

- b) per l'assicurazione contro le malattie e per la maternità, l'aliquota contributiva è quella stabilita dalla legislazione nazionale con l'applicazione, a decorrere dal periodo di paga in corso al 19 gennaio 1987, delle riduzioni contributive previste in materia di fiscalizzazione. Va precisato che quest'ultima si applica nella misura cumulativa stabilita per ciascun settore di attività e, nei settori di attività in cui la legge non prevede la fiscalizzazione per i datori operanti nell'ambito del territorio nazionale. Inoltre, è previsto che, nei confronti dei datori di lavoro che apprestino presidi sanitari e assicurino comunque a proprie spese l'assistenza sanitaria nel Paese estero, ovvero assicurino i dipendenti contro le malattie in regime obbligatorio in virtù della legislazione del Paese estero, il contributo per l'assistenza sanitaria può essere ridotto con Decreto del Ministro del Lavoro;
- c) per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, nelle misure previste da apposita tariffa approvata con decreto ministeriale. Tuttavia, qualora nello Stato estero sia obbligatoria l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali ed il datore di lavoro dimostri di aver ottemperato ai relativi obblighi, i predetti valori possono essere ridotti, in misura corrispondente, con Decreto del Ministro del Lavoro.

E' previsto, inoltre, che la tabella delle malattie professionali vigente in Italia può essere aggiornata con apposito Decreto del Ministro del Lavoro in relazione alle tecnopatie proprie delle aree geografiche dove i lavoratori svolgono la propria attività (art. 3, comma 1, lett. a), legge 398/1987).

Le prestazioni sanitarie spettano ai lavoratori assicurati ed ai familiari a carico, ancorché residenti o dimoranti in Italia, secondo le norme della Legge n.ro 833/1978. Il lavoratore ammalato deve trasmettere, entro cinque giorni dal relativo rilascio, al datore di lavoro, il certificato medico attestante l'inizio e la durata presunta della malattia, nonché inviare il certificato di diagnosi alla locale rappresentanza diplomatica o consolare che, dopo verifica da parte di un medico di fiducia, ne curerà l'inoltro all'INPS (art. 3, comma 1, lett. b), legge 398/1987).

L'indennità di maternità è dovuta secondo la legislazione nazionale dietro presentazione al datore di lavoro e all'INPS del certificato attestanti rispettivamente la data presunta e quella effettiva del parto, verificati da un medico di fiducia della locale rappresentanza diplomatica o consolare (art. 3, comma 1, lett. c), legge 398/1987).

Infine, ai sensi dell'art. 3, comma 4, legge 398/1987, i datori di lavoro devono anticipare le prestazioni economiche di malattia e maternità (che sono poi conguagliate in conformità della legislazione nazionale dal datore di lavoro con i contributi dovuti), nonché le prestazioni economiche di indennità temporanea e assoluta dell'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali che sono rimborsate trimestralmente dall'INAL).

Per i datori di lavoro che anticipano le prestazioni di assistenza sanitaria indiretta, ossia erogata da strutture sanitarie locali, è previsto il rimborso dei relativi oneri secondo le modalità stabilite dal d.p.r. 31 luglio 1980, n.ro 618.

9.5. Lavoro all'estero e contribuzione previdenziale

L'art. 4, comma 1, legge 398/1987 stabilisce che i contributi dovuti per i lavoratori italiani operanti in Paesi extracomunitari non convenzionati sono calcolati su retribuzioni convenzionali, le quali vengono determinate dal Ministro del Lavoro, di concerto con il Ministro del Tesoro e quello delle Finanze, *“con riferimento, e comunque in misura non inferiore ai contratti collettivi nazionali di categoria raggruppati per settori omogenei”* (art. 4, comma 1, legge 398/87 come modificato dall'art. 36 della legge 342/2000).

Le stesse retribuzioni convenzionali, in coerenza con la regola generale fissata dall'art. 12, comma 5, l.153/1969, devono essere utilizzate anche come base di calcolo delle prestazioni spettanti ai lavoratori, tranne ai fini del trattamento di disoccupazione (cfr. art. 3, comma 2, legge 398/1987).

E' il caso di osservare che l'esclusione dalla base retributiva utile ai fini previdenziali del cd. trattamento estero erogato ai lavoratori italiani operanti in Paesi extracomunitari costituisce indice di una chiara valutazione del legislatore, che dovrebbe esplicitare i suoi effetti in ogni fattispecie di lavoro all'estero e, quindi – nonostante il contrario avviso dall'INPS e di una parte della giurisprudenza – anche ove l'invio all'estero riguardi Paesi comunitari o Paesi extracomunitari “convenzionati”. E ciò non solo perchè, anche in tali fattispecie, la materia o il caso da regolare sono sostanzialmente identici, più che simili, ma anche perchè – diversamente opinando – si determinerebbe una grave ed ingiustificata disparità di trattamento tra i lavoratori (e tra datori di lavoro) esclusivamente collegata al dato del luogo ove l'invio all'estero è avvenuto.

Ed anzi, va osservato come, a ben considerare, la disposizione di cui all'art. 4, comma 1, legge 398/1987 dovrebbe valere anche a confermare la correttezza e la legittimità della prassi *praeter legem* che era stata instaurata dal Ministero del Lavoro molti anni prima della sentenza della Corte Costituzionale 369/85.

Ed invero, secondo la regolamentazione emanata con apposite circolari amministrative (cfr. disciplinare ministeriale n.ro 2/PS/10798 – E – I – 4 – PG del 21 Maggio 1979, allegato alla circolare INPS n.ro 500 R.C.V. Del 23 luglio 1979, in Atti Ufficiali INPS, 1979, 1717), il Ministero del Lavoro, pur in mancanza, all'epoca, di un obbligo legale di applicazione della tutela previdenziale italiana ai lavoratori all'estero, poteva autorizzare le imprese che ne facevano richiesta a proseguire convenzionalmente l'iscrizione alle forme assicurative nazionali del personale inviato ad operare all'estero, consentendo che il versamento dei contributi dovuti fosse calcolato sulla sola retribuzione italiana, senza tener conto degli emolumenti aggiuntivi connessi alla permanenza all'estero.

Al riguardo va evidenziato che l'art 11 d.l. 536/1987, convertito dalla legge 48/1988, ha espressamente previsto che per i lavoratori utilizzati in conseguenza di contratti stipulati e di obbligazioni assunte anteriormente al 9 gennaio 1986, i datori di lavoro sono esonerati dal versamento dei maggiori contributi dovuti ai sensi della legge 398/87, per la parte eventualmente eccedente la misura dei contributi su base convenzionale autorizzati dal Ministero del Lavoro anteriormente alla data indicata, sempre che non siano operanti clausole revisionali o di aggiornamento del prezzo che consentano di traslare al committente i maggiori oneri sopravvenuti per effetto del decreto medesimo (mentre, per quanto riguarda l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, l'esonero è riconosciuto in presenza dell'ulteriore condizione che i lavoratori risultino assicurati con coperture assicurative complessivamente non inferiori a quelle dell'assicurazione obbligatoria).

La situazione, tuttavia, è ormai radicalmente mutata a seguito dell'emanazione del d.lgs. 314/1997. Quet'ultimo, infatti, pur confermando le disposizioni vigenti in materia di retribuzioni convenzionali (e, quindi, confermando anche l'art. 4 della legge 398/87) ha dettato una specifica disciplina generale del trattamento contributivo delle somme percepite dal lavoratore inviato all'estero (applicabile, quindi, alle ipotesi di trasferta in Paesi non convenzionati e di trasferimento e trasferta nei Paesi comunitari o convenzionati).

In particolare, gli assegni di sede e le altre indennità percepite per servizi prestati all'estero costituiscono, di norma, reddito nella misura del 50 per cento (art. 3, comma 8. l. 314/97).



Anche le indennità di trasferimento, di prima sistemazione od altre equipollenti non concorrono a formare il reddito imponibile fino al 50% del loro ammontare, ma l'esclusione non può superare le soglie legali predeterminate (con riferimento alla destinazione). In ogni caso l'esenzione è prevista solo per il primo anno dalla data del trasferimento, quand'anche le indennità ad esso riferite siano corrisposte per più anni. Non rientrano in tale indennità e sono, pertanto, del tutto esenti da qualsivoglia imposizione i rimborsi delle spese per il viaggio (anche dei familiari a carico), per il trasloco, per gli oneri sostenuti per il recesso dal contratto di locazione a causa del disposto trasferimento (art. 3, comma 7. l. 314/97).

Infine, con riferimento all'indennità di trasferta, l'art. 5 della legge 398/87 aveva previsto l'esclusione dalla retribuzione imponibile ai fini contributivi per una quota pari all'ammontare esente dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, indipendentemente dalla circostanza che essa fosse corrisposta con continuità.

Il d.lgs. 314/97 stabilisce ora che essa concorre a formare il reddito imponibile, al netto delle spese di viaggio e di trasporto, ed al di sopra di una soglia minima non imponibile di ammontare variabile a seconda del metodo di rimborso spese praticato (art. 3, comma 5, d.lgs. 314/97).

Restano regolate da una disposizione speciale (art. e, comma 6, d.lgs. 314/97) le indennità e le maggiorazioni di distribuzione spettanti ai cd. "trasfertisti", ossia *"ai lavoratori tenuti per contratto all'espletamento delle attività lavorative in luoghi sempre diversi e variabili, anche se corrisposte con carattere di continuità"*