

Sistemi sanzionatori nazionali ed effettività della disciplina comunitaria

Introduzione

1 - Base giuridica delle normative comunitarie e pervasività delle sanzioni: tutela dell'ambiente, mercati finanziari e politica sociale

2 - La corte di Giustizia e i meccanismi di tutela nazionale

2.1 - Sistemi sanzionatori e non-discriminazione

2.2 - La Cgue e le sanzioni all'abuso del lavoro a tempo determinato

2.3 - L'applicazione nazionale dei principi e criteri elaborati a livello comunitario: il caso italiano del tempo determinato

3 - Il rispetto dei diritti nel distacco intracomunitario: le prospettive dell'Enforcement Directive (2014/67/UE)

Introduzione

L'applicazione efficace delle norme rappresenta un elemento di importanza cruciale per l'operatività dell'ordinamento giuridico dell'UE, la cui applicazione dipende dagli Stati Membri; a questi ultimi e alle autorità nazionali è imposto di assicurare il rispetto del diritto dell'Unione e di sanzionarne le violazioni. Il rispetto del principio di autonomia implica che gli Stati Membri dispongono di ampia libertà nella selezione e nella determinazione degli strumenti necessari a questi scopi, e crea una sostanziale dicotomia tra l'applicazione sostanzialmente uniforme della normativa comunitaria nei vari ambiti nazionali e un quadro potenzialmente assai divergente e disarmonico per quel che riguarda i vari regimi di *enforcement*. Pur se nei vari Stati Membri vengono implementate regole analoghe o identiche, la loro violazione può produrre effetti assai diversi a seconda dei singoli ordinamenti nazionali e può comportare, di conseguenza, una differenziazione dell'efficacia della normativa considerata nei vari Paesi dell'Unione.

Quanto descritto appare di immediata rilevanza per il diritto del lavoro comunitario: la maggior parte della normativa in materia è infatti costituita da direttive che, come noto, sono vincolanti per gli Stati Membri quanto al risultato da raggiungere, ma lasciano alle autorità nazionali la libertà di scegliere la forma e il metodo per perseguire questo obiettivo. Inoltre, pur definendo la legittimità (o meno) di determinati comportamenti, o prevedendo la protezione di specifiche situazioni, le discipline comunitarie in questione non stabiliscono di norma le regole relative a strumenti sanzionatori e procedure attraverso i quali dare piena effettività al loro contenuto, rimandando nella maggior parte dei casi all'ordinamento interno; di conseguenza l'effetto prodotto è quello di un'armonizzazione a livello della disciplina sostanziale ma non di quella sanzionatoria.

La mancata armonizzazione in materia, indipendentemente dagli obiettivi perseguiti con l'uso delle forme di lavoro sommerso, può comportare una rilevante diversificazione dei gradi di tutela e dei meccanismi preventivi e sanzionatori tra i vari Paesi dell'Ue, limitando in questo modo la portata e l'efficacia delle indicazioni elaborate a livello comunitario. Inoltre, con specifico riferimento ai singoli ambiti nazionali, se il sistema dei controlli appare poco incisivo o inefficiente, la propensione ad utilizzare forme di lavoro parzialmente/totalmente sommerso può trovare spazio e comportare altresì l'emersione di specifiche forme di elusione e di *law shopping* intracomunitario in materia di controlli e sanzioni. Anche ambiti come quello della regolazione dei mercati finanziari, che

presentano un quadro tendenzialmente armonizzato di norme prudenziali e specifiche regole di condotta per gli attori, appaiono attraversato da un consistente processo di riforma che ha come suo obiettivo espresso una più uniforme ed efficace applicazione della normativa comunitaria. La garanzia del rispetto della norme UE sui mercati finanziari passerebbe in particolare dalla stabilità e omogeneità del monitoraggio e dell'applicazione delle sanzioni, da rinforzarsi tramite il coinvolgimento ed il coordinamento dell'azione delle autorità nazionali preposte all'attività preventiva e sanzionatoria con l'intervento delle autorità di vigilanza istituite a livello comunitario.

1 - Base giuridica delle normative comunitarie e pervasività delle sanzioni: tutela dell'ambiente, mercati finanziari e politica sociale

L'armonizzazione dei sistemi sanzionatori ad opera del diritto comunitario appare basata su tre principali forme di condizionamento delle opzioni nazionali in materia: in primo luogo si può evidenziare una più generica domanda di tutela tramite la previsione a livello nazionale di sanzioni "adeguate", "proporzionate", "sufficientemente dissuasive", che colpiscano le violazioni delle disposizioni comunitarie, nel rispetto dei principi giurisprudenziali di efficacia e proporzione¹. Altri atti comunitari fissano dei vincoli ulteriori rispetto ai criteri di necessaria effettività, proporzionalità e dissuasività della sanzione, e definiscono in maniera più specifica le finalità², tipologia³ e misura o entità⁴ delle sanzioni compatibili. Da ultimo, la discrezionalità degli Stati Membri può essere assorbita dal legislatore comunitario che definisce il trattamento sanzionatorio più adeguato, e impone l'introduzione di specifiche sanzioni, anche di natura penale.

Per quel che riguarda nello specifico quest'ultima possibilità⁵, la capacità delle istituzioni comunitarie di obbligare gli Stati Membri a garantire un determinato standard di tutela penale va ricondotta alla sentenza della CGUE nella causa C-176/03⁶ che ha previsto la possibilità di indicare, attraverso lo strumento della direttiva sanzioni penali

¹ Cfr. tra gli altri, Reg. 3842/86 del Consiglio, (misure intese a vietare l'immissione in libera pratica di merci contraffatte, art. 7), Reg. 3677/90 (misure intese a scoraggiare la diversione di talune sostanze verso la fabbricazione illecite di stupefacenti o di sostanze psicotrope), Dir. 91/477/CEE (controllo dell'acquisizione e della detenzione di armi, art. 16)

² Reg. nn. 3483/88 e 2487/93

³ Vd. il caso dell'assimilazione delle sanzioni previste per le violazioni del diritto comunitario e quelle del diritto simili per natura e disvalore, da attuarsi tramite ad esempio l'estensione dell'ambito di applicazione della normativa nazionale o la creazione di nuove fattispecie che rispondano alle esigenze comunitarie. Cfr. Dir. 91/250, art. 1

⁴ Cfr. Racc. n. 1835/81172 (per quanto riguarda il commercio dell'acciaio), Reg. 2262/84 (nel settore oleario)

⁵ Meno problematico, sotto il profilo della legittimazione comunitaria, risulta il meccanismo di riavvicinamento normativo operato per mezzo di sanzioni amministrative, che possono essere comminate anche dalle istituzioni comunitarie a prescindere da un intervento del legislatore nazionale e destinate a colpire gli autori, persone fisiche o giuridiche, delle violazioni del diritto comunitario in modo diretto tramite ad esempio ammende e indennità di mora (in particolare in materia di concorrenza vd. Reg. nn. 11/60, 17/62, 1017/68, 4956/86, 4064/89, 1/2003), oppure tramite forme di esclusione o diminuzione degli aiuti o benefici comunitari o in obblighi di restituzione maggiorata delle erogazioni comunitarie concesse in alcuni settori. Vd. anche *infra* nota 13 con specifico riferimento ai sistemi sanzionatori nell'ambito della tutela dell'ambiente.

⁶ C-176/03, *Commissione delle Comunità europee contro Consiglio dell'Unione europea*, sentenza del 13 settembre 2005, in Racc. 2005 I-07879. Vd. anche *infra* con riferimento alla tutela dell'ambiente e anche relativamente alle basi giuridiche delle sanzioni di derivazione comunitaria

armonizzate, proporzionali, effettive e dissuasive in risposta alle violazioni gravi delle proprie disposizioni.

Gli ambiti della tutela comunitaria dell'ambiente (oggetto in particolare della succitata sentenza) e della regolamentazione dei mercati finanziari sono stati attraversati in tempi recenti da consistenti e pervasivi interventi di modifica, volti in modo particolare a garantire un'implementazione efficace della normativa stabilita a livello sovranazionale. Nonostante la consistenza, coerenza ed omogeneità delle normative considerate⁷, nonché il livello di dettaglio che caratterizza alcune disposizioni, è stato possibile individuare degli ambiti nei quali si possono riscontrare sostanziali disparità a livello di *enforcement* nei vari contesti nazionali; un'attenzione particolare è quindi stata dedicata agli apparati sanzionatori, proprio al fine di garantire un'applicazione uniforme delle norme comunitarie e un'armonizzazione dei sistemi di tutela previsti dai singoli ordinamenti.

Come evidenziato dalla Comunicazione *Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari*⁸, esistono notevoli divergenze per quanto riguarda la natura delle sanzioni (amministrative o penali) previste e gli specifici tipi di sanzione applicabili nei vari ordinamenti degli Stati Membri; la Commissione ha evidenziato in particolare le differenze relative ai tipi di sanzioni e misure applicabili per determinate violazioni⁹ e ai livelli delle sanzioni amministrative pecuniarie, che se troppo basse non riescono ad costituire un efficace deterrente. Viene inoltre evidenziato come in alcuni sistemi non sia possibile irrogare sanzioni sia a persone fisiche che giuridiche, e che in casi determinati non sia del tutto prevista l'applicazione di sanzioni a uno di questi soggetti.

Al di là delle evidenti conseguenze negative derivanti dalla scarsa dissuasività delle norme nazionali e da un'applicazione inefficace delle sanzioni¹⁰, le notevoli divergenze tra

⁷ Nello specifico, il diritto ambientale comunitario (la cui origine può essere fatta risalire al Programmi d'Azione del Consiglio del 9 giugno 1973) è composto da un ampissimo numero di direttive, regolamenti e decisioni che definiscono una serie di misure al fine di garantire un'efficace protezione dell'ambiente, ivi comprese l'obbligo per gli Stati Membri di prevedere sanzioni (di natura amministrativa o penale) per le violazioni della normativa definita a livello comunitario. Cfr. Direttive 75/439/CE, 88/609/CE, 90/219/CE e Regolamenti nn. 259/93 e 2037/2000

⁸ Comunicazione *Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari* (SEC(2010) 1496-497 definitivo)

⁹ La Commissione fa riferimento in particolare alla revoca dell'autorizzazione e ammonimenti pubblici e la pubblicazione delle sanzioni. Vd. *Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari*, SEC(2010) 1496-497 definitivo, p. 7

¹⁰ Vengono indicati nello specifico un'aumento dei rischi di manipolazione del mercato e una gestione meno accorta dell'attività degli istituti finanziari, in particolare nei confronti dei consumatori.

le sanzioni applicabili nei vari Stati Membri per infrazioni e violazioni analoghe possono determinare scelte speculative di *law shopping* relativamente al luogo di stabilimento di un'impresa o delle sue succursali proprio sulla base del maggiore o minor rigore dei sistemi sanzionatori nazionali, creando distorsioni di concorrenza ed impedendo la creazione di condizioni di parità nel mercato interno¹¹.

Simili problematiche rischiano di inficiare le opzioni di politica ambientale comunitaria, la cui effettività è in ultima analisi determinata non solo dalle scelte del legislatore nazionale relativamente alla istituzioni di specifiche e idonee tipologie di sanzioni ma anche dall'effettiva applicazione della normativa di fonte comunitaria a livelli anche regionali e locali, rispetto ai quali riveste importanza cruciale un'effettiva ed efficace attività di monitoraggio, che consenta di trarre informazioni sullo stato dell'ambiente e indicazioni sull'effettivo livello di implementazione della disciplina sovranazionale. Nel corso del decennale processo di potenziamento della normativa in oggetto, caratterizzato da una serie di passaggi e contrasti tra le istituzioni comunitarie¹², è stato evidenziato come la disponibilità di sanzione penale risulti il meccanismo più adatto a garantire o rafforzare l'osservanza della normativa rispetto a sistemi di tipo amministrativo o a meccanismi risarcitori di diritto civile¹³, in particolare per il diverso disvalore e riprovazione sociale connessi con la previsione di una sanzione penale e per

¹¹ La Commissione identifica anche possibili ripercussioni sulla tutela dei consumatori e sull'integrità del mercato, sulla vigilanza finanziaria con il conseguente rischio di intaccare la fiducia nel settore finanziario "laddove le parti interessate, in particolare i consumatori, osservino che il comportamento illecito non è oggetto di sanzioni appropriate tali da scoraggiare ulteriori violazioni." *Potenziare i regimi sanzionatori*, pp. 10-11

¹² A partire dall'adozione della Convenzione sulla tutela penale dell'ambiente nel 1998, dalla proposta di Direttiva relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, al fine di garantire un'applicazione più efficace della normativa comunitaria sulla tutela ambientale, attraverso l'individuazione di sanzioni comuni per un insieme minimo di reati ambientali (COM/2002/544 def.) e alla decisione quadro del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale (2003/80/GAI). Tale decisione quadro è stata poi annullata dalla Corte di Giustizia con la sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03, a seguito della quale la Commissione ha poi presentato un'altra proposta sfociata infine nella Direttiva 2008/99. Vd. *infra* relativamente alla questione relativa alla base giuridica della disciplina sanzionatoria in questione.

¹³ Cfr., con particolare riferimento all'effetto deterrente delle sanzioni penali rispetto a misure alternative quali ammende societarie e sanzioni amministrative individuali, ÖBERG J. *Criminal Sanctions in the Field of EU Environmental Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 2, Issue 4, 2011. Nello stesso ambito vd. anche la dettagliata analisi comparativa condotta in FAURE M. - SVATIKOVA K. *Criminal or Administrative Law to Protect the Environment? Evidence from Western Europe*, in *Journal of Environmental Law* 24:2, 2012, che giunge ad alcune conclusioni relativamente alla possibilità di definire un sistema sanzionatorio efficiente in ambito ambientale che strutturato sulla base di sanzioni amministrative per le violazioni minori e sulla possibilità di perseguire invece penalmente le condotte più gravi. Tale prospettiva appare coerente con gli interventi armonizzatori nell'ambito in questione che prevede l'attuazione di sanzioni penali almeno per i reati più gravi e le violazioni più consistenti alla disciplina comunitaria.

la possibilità di utilizzare mezzi di indagine e di assistenza più pervasivi rispetto a quelli disponibili nell'ambito della cooperazione amministrativa. Alla base della necessità di intervenire in maniera uniforme nell'ambito comunitario vi è poi la considerazione del fatto che le asimmetrie delle normative previste dai singoli Stati Membri¹⁴ (in particolare con riferimento alle diverse definizioni relative ai reati ambientali a livello europeo - il che comporta che violazioni gravi di carattere ambientale non vengano inquadrare in modo omogeneo e possano quindi non presentare la qualifica di reato in alcuni Stati Membri - e alla severità delle sanzioni ad essi collegati) possono risultare deleterie in un contesto che è spesso caratterizzato da attività criminali di natura transnazionale o che, in ogni caso, producono effetti non limitati ai confini nazionali¹⁵.

Un ulteriore aspetto da considerare è rappresentato dalla definizione di meccanismi adeguati che sostengano un'applicazione efficace delle sanzioni, in termini di una più chiara definizione dei poteri e dei compiti delle autorità nazionali competenti e, in particolare, dei metodi di indagine e dei criteri da seguire nello svolgere la propria attività¹⁶: le differenze nei fattori che vengono presi in considerazione nella determinazione del tipo e del livello della sanzione o misura da applicare in un caso specifico possono infatti determinare un'applicazione assai diversificata della disciplina comunitaria relativamente ai singoli ordinamenti nazionali coinvolti.

E' altresì necessario provvedere al rafforzamento e alla promozione della collaborazione tra le autorità nazionali, già prevista dalla normativa attualmente in vigore,

¹⁴ Per una ricostruzione delle caratteristiche e dell'evoluzione del quadro normativo italiano, vd. BRAMBILLA P., *Le sanzioni ambientali in Italia*, in *Riv. giur. ambiente* 2008, 01, p. 19 ss.

¹⁵ Cfr. già la Proposta di Direttiva relativa alla protezione dell'ambiente (COM(2001) 139 def.), considerando n.2 e la Decisione Quadro 2003/80/GAI, considerando n.1

¹⁶ La maggior parte della normativa relativa ai mercati finanziari prevede semplicemente un elenco di poteri che *possono* essere conferiti alle autorità nazionali, senza però distinguere chiaramente tra misure investigative, preventive e repressive e senza specificare i casi in cui tali poteri devono essere esercitati. Cfr. MAD, artt. 11-12, MiFID, art. 50, direttiva 2003/71 "Prospetti", art. 21, Direttiva 2005/60 antiriciclaggio, art. 37, 2006/48 art. 136, Direttiva OICVM art. 98, Solvibilità II art. 34. Al fine di contrastare la grande disparità nell'implementazione della normativa comunitaria tra gli SM, nel 2001 il Parlamento Europeo e il consiglio hanno adottato la Raccomandazione 2001/331 che fissava standard minimi (non legalmente vincolanti) per quel che riguarda le ispezioni ambientali

tramite l'istituzione delle nuove Autorità di vigilanza e strutture di supporto e monitoraggio a livello comunitario¹⁷.

L'elemento più rilevante nei processi di modifica degli ambiti qui considerati è in ogni caso rappresentato dall'incremento nel livello di dettaglio e di coerenza delle sanzioni che hanno l'obiettivo di garantire il rispetto dei sistemi normativi di riferimento.

Per quel che riguarda il diritto ambientale comunitario, il testo di riferimento è rappresentato dalla Direttiva 2008/99 relativa alla "tutela penale dell'ambiente", adottata il 19 novembre 2008 al fine di garantire un livello adeguato di protezione dell'ambiente¹⁸ tramite tre elementi fondamentali: la definizione di uno standard minimo relativo agli elementi costitutivi dei reati penali gravi in ambito ambientale, un sistema di responsabilità penale comune per le persone giuridiche e la previsione di pene di una specifica entità che puniscano i reati ambientali particolarmente gravi¹⁹.

Il testo comunitario ha istituito degli obblighi formali di penalizzazione a carico dei singoli Stati Membri introducendo un elenco di reati ambientali²⁰ - collegati a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente - che

¹⁷ Tra le quali si possono citare l'Agenzia Europea per l'Ambiente, istituita nel 1990, che svolge un ruolo di supporto nello sviluppo, implementazione e valutazione delle politiche ambientali adottate ai vari livelli ed è dotata di specifici compiti informativi riguardo allo stato e alle prospettive della tutela ambientale, tramite la raccolta di dati e attività di coordinamento, e il Registro Europeo delle emissioni e dei trasferimenti di agenti inquinanti (European Pollutant Release and Transfer Register, E-PRTR), che fornisce i dati ambientali relativi agli impianti dell'Unione e di una serie di Stati terzi, e che implementa il Protocollo PRTR allegato alla Convenzione di Aarhus sottoscritta dall'allora Comunità europea nel maggio 2003. Nell'ambito dei mercati finanziari l'ABE, l'AEAP e l'AESFEM posseggono specifici compiti di raccolta informazioni, monitoraggio e coordinamento delle autorità nazionali coinvolte, e sono altresì dotate di specifici poteri sanzionatori e della facoltà comporre le controversie tra le autorità nazionali in determinati settori che richiedono cooperazione, coordinamento o l'adozione congiunta di decisioni da parte di autorità di vigilanza diverse, con l'obiettivo di definire un sistema più integrato per la vigilanza finanziaria a livello dell'Unione.

¹⁸ Cfr. Art. 174, par. 2 TCE, attualmente art. 191.2 TFUE

¹⁹ Tra gli altri scarico di idrocarburi, oli usati o fanghi derivanti dal trattamento delle acque reflue, trattamento, l'eliminazione, il deposito, il trasporto, l'esportazione o l'importazione di rifiuti pericolosi, il possesso, la cattura, il danneggiamento o il commercio di esemplari di specie protette, il deterioramento significativo di un habitat protetto, e l'esercizio di uno stabilimento industriale in cui si svolgano attività pericolose o in cui siano conservate o usate sostanze o preparazioni pericolose.

²⁰ Il testo comunitario lascia da un lato lascia impregiudicati gli altri sistemi relativi alla responsabilità per danno ambientale previsti dal diritto comunitario o dal diritto nazionale e, dettando soltanto norme minime, lascia agli Stati Membri la facoltà di mantenere in vigore (o adottare) misure più stringenti finalizzate a un'efficace tutela penale dell'ambiente ai sensi dell'art. 176 CE (ora 192 TFUE), gli Stati membri sono liberi di mantenere e di istituire disposizioni più stringenti di quelle previste dalla direttiva (come ad esempio la previsione di nuove ipotesi di reato o di sanzioni ulteriori o più severe, o stabilire la punibilità di comportamenti caratterizzati dalla mera negligenza), a condizione che queste ultime risultino compatibili con il Trattato.

dovranno essere considerati fatti penalmente rilevanti in tutto il territorio dell'Unione²¹, sulla base del loro essere stati posti in essere intenzionalmente o quantomeno per negligenza grave; la direttiva 2008/99 non inserisce quindi negli ordinamenti nazionali un reato autonomo nè definisce in maniera innovativa quali vadano considerate attività dannose o pericolose per l'ambiente, bensì ancora la tutela penale da introdurre negli singoli Stati Membri alle regole già stabilite dal diritto ambientale UE e dalle relative legislazioni traspositive²².

Nella maggior parte dei casi la punibilità delle attività sanzionate dipende dalle loro potenzialità offensive: in altri termini, occorre che esse arrechino (o rischino di arrecare) un grave pregiudizio alle persone o all'ambiente, declinato nel "decesso o lesioni gravi alle persone o danni rilevanti alla qualità dell'aria, alla qualità del suolo o alla qualità delle acque, ovvero alla fauna o alla flora"²³, oppure nei termini di "significativo deterioramento di un habitat all'interno di un sito protetto"²⁴.

La tecnica di incriminazione risulta fondata sul requisito della "illiceità": per "illecito" si intende la violazione delle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative o decisioni della Comunità - o dei provvedimenti adottati in attuazione degli stessi da parte

²¹ Viene sottolineato come l'obiettivo della tutela ambientale non possa essere realizzato a livello dei singoli Stati Membri e debba invece essere perseguito a livello comunitario, in osservanza del principio di sussidiarietà. In particolare tale necessità emerge dalle caratteristiche dei reati ambientali (che comportano la circostanza che il semplice inasprimento delle sanzioni previste nei singoli contesti nazionali non sarebbe in grado di affrontare e risolvere in maniera efficace il problema, potendo gli autori materiali dei reati sottrarsi all'applicazione della legge penale di uno Stato Membro ponendo in essere una specifica condotta criminale in luoghi nei quali vige una legislazione più permissiva) e dalle loro conseguenze, che si estendono al di là dell'ambito nazionale nel quale il reato viene commesso. Sul collegamento delle sanzioni con il diritto europeo dell'ambiente, ed in particolare sul carattere accessorio delle incriminazioni e in relazione alla definizione degli elementi materiali della condotta illecita ad opera delle normative comunitarie vd. THIEFFRY P., *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, Bruylant 2011, pp. 656-663

²² THIEFFRY 2011 sottolinea che al di fuori dell'elemento materiale relativo alle condotte ricomprese nel campo di applicazione della Direttiva 2008/99, gli Stati Membri continuano, in effetti, a godere di un ampio margine di discrezionalità relativamente alla definizione degli elementi soggettivi del reato (in considerazione delle diverse concezioni di "grave negligenza" che emergono dai vari contesti nazionali) e, in particolare, rispetto alle specifiche sanzioni (di diritto penale) che possono essere previste e irrogate, che vengono ancorate (direttiva 2008/99, artt. 5 e 7) alla formula "classica" consacrata nella gran parte della legislazione comunitaria (p. 667)

²³ Dir. 2008/99, art. 3, lett. a), b), d), e)

²⁴ Ibid., Dir. 2008/99, art. 3, lett. h). Va sottolineato come le espressioni "significativo deterioramento", "danno rilevante" o "lesioni gravi" non vengano ulteriormente specificate dal testo comunitario e come invece spetti ai Singoli Stati Membri provvedere ad un apprezzamento discrezionale del pregiudizio penalmente rilevante. Per quanto riguarda invece la spedizione di rifiuti, l'uccisione e il commercio di specie protette e la produzione, commercializzazione e uso di sostanze che danneggiano l'ozono la punibilità della condotta non necessita dell'elemento della pericolosità ma si ricollega alla sola violazione della norma di riferimento, vd. in particolare Dir. 2008/99, art. 3, lett. c), f), g), i)

degli Stati membri o da un'autorità competente - finalizzate alla protezione dell'ambiente²⁵.

Per quanto riguarda la definizione degli ambiti di responsabilità collegati alla violazione degli obblighi ambientali, l'art. 4 fa esplicito riferimento a che anche la partecipazione, il favoreggiamento e l'istigazione alla commissione del reato e l'istigazione alla commissione di tali atti siano considerate reato e di conseguenza parimenti perseguibili rispetto alla fattispecie principale.

Particolare attenzione è anche riservata alla responsabilità delle persone giuridiche²⁶. In questo caso ad assumere rilevanza nella fattispecie è in particolare la posizione di preminenza²⁷ di un qualsiasi soggetto all'interno della persona giuridica. Da un lato le persone giuridiche possano essere dichiarate responsabili dei reati commessi da un tale soggetto (individualmente ovvero in quanto parte di un organo), quando siano stati commessi a vantaggio di quest'ultima. Dall'altro la responsabilità della persona giuridica è prevista anche nel caso in cui la carenza di sorveglianza o controllo da parte

²⁵ Dir. 2008/99, art. 2, lett. a), punto i). Gli allegati della direttiva elencando la normativa comunitaria adottata in base al trattato CE e al trattato Euratom la cui violazione costituisce un illecito (in totale si tratta di 73 tra Regolamenti e Direttive settoriali, tra cui la direttiva Seveso - Direttiva 96/82/CE - e quella IPPC - 2008/1). Tale legislazione contiene le disposizioni che dovrebbero essere soggette a misure di diritto penale per garantire che le norme sulla tutela dell'ambiente siano pienamente efficaci e che fanno riferimento ad attività che "generalmente provocano o possono provocare un deterioramento significativo della qualità dell'aria, compresa la stratosfera, del suolo, dell'acqua, della fauna e della flora, compresa la conservazione delle specie". Inoltre, Ogni qualvolta vengano adottati nuovi atti legislativi in materia di ambiente, essi dovrebbero specificare, ove opportuno, che la presente direttiva è di applicazione. Modifiche ed emendamenti particolarmente rilevanti potrebbero inoltre comportare una modifica dell'art. 3 della Direttiva in questione (vd. considerando 5 e 15); in questo senso va anche sottolineato come in seguito sia stata emanata la direttiva 2009/123/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni (penali) per le relative violazioni

²⁶ Dir. 2008/99, art. 6. Va tuttavia sottolineato come ai sensi dell'art. 7 della Direttiva, per le persone giuridiche - nonostante la natura penale della violazione commessa - si faccia riferimento esclusivamente a "sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive". La mancanza di un riferimento a sanzioni penali relative alle persone giuridiche è da ricercarsi nell'assenza negli ordinamenti di alcuni Stati Membri (tra cui Repubblica Ceca e Germania) di un quadro giuridico che riconoscesse la responsabilità penale di questi soggetti. Di conseguenza sulla base dell'Explanatory Memorandum, questi Stati Membri non sono obbligati a emendare i loro ordinamenti sul punto e, in particolare, non sono tenuti a introdurre un sistema di responsabilità penale societaria. Vd. anche la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente* COM(2007)51 def., p. 8

²⁷ Definita sulla base del potere decisionale, di rappresentanza o di controllo del soggetto rispetto alla persona giuridica. Dir. 2008/99, art. 6, par. 1, lett. a)-c)

dei soggetti in posizione preminente abbia reso possibile la perpetrazione di tali atti da parte di una persona soggetta alla sua autorità²⁸.

Il *corpus* normativo che definisce e regola il quadro comunitario relativo ai sistemi sanzionatori nei mercati finanziari si applica esclusivamente alle “sanzioni e misure amministrative”²⁹, lasciando impregiudicato in particolare il diritto degli Stati Membri di definire ed irrogare sanzioni penali alle fattispecie in questione.

In numerosi strumenti è previsto l’obbligo per gli Stati Membri di definire sanzioni amministrative efficaci, proporzionate e dissuasive per la violazione delle norme³⁰: in alcuni casi la normativa comunitaria indica i tipi di sanzioni che le autorità possono irrogare in determinate circostanze e in alcuni casi il livello di dettaglio della normativa definisce anche le circostanze che determinano le sanzioni specifiche³¹. Un’ultima possibilità per gli Stati Membri derivante dalla normativa comunitaria è quella della pubblicazione da parte delle autorità delle misure e delle sanzioni applicate³².

²⁸ Anche per quanto riguarda la responsabilità delle persona giuridiche, è necessario che i reati debbano essere puniti mediante sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive (vd. *supra*) e non esclude l’azione penale nei confronti delle persone fisiche che siano autori, incitatori o complici dei reati. Dir. 2008/99, artt. 6.3 e 7

²⁹ Va sottolineato come nelle norme UE sui servizi finanziari si fa riferimento a “sanzioni” e “misure” amministrative. La distinzione tra le due figure in oggetto non è chiara, e determinati interventi possono venire considerati sanzioni in alcuni SM e misure in altri. Nella Comunicazione *Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari* (SEC(2010) 1496-497 definitivo) il concetto di “sanzioni” viene interpretato in maniera ampia per coprire tutte le varie azioni attuate a seguito di una violazione e al fine di impedire che ulteriori violazioni vengano commesse da parte del trasgressore

³⁰ art. 14 MAD (direttiva 2003/6 sugli abusi di mercato), art. 25 Direttiva 2003/71 (regole dei prospetti), art. 51.1, MiFID (direttiva 2004/39 sugli strumenti finanziari), art. 28 Direttiva 2004/109 (obblighi di trasparenza, che fa riferimento a “sanzioni civili e/o amministrative”), art. 39.2 direttiva antiriciclaggio (direttiva 2005/60), art. 54 Direttiva 2006/48 (requisiti patrimoniali di enti creditizi, che richiede che vengano irrogate sanzioni o adottati provvedimenti la cui applicazione è diretta a far cessare le infrazioni accertate o a rimuoverne le cause), art. 99.1 OICVM (Direttiva 2009/65 in materia di organismi d’investimento collettivo in valori mobiliari) e art. 34 Solvibilità II (Direttiva 2009/138)

³¹ Cfr. l’art. 8.1-3 Direttiva 2002/92 sulla intermediazione assicurativa (attività svolta in assenza di registrazione), l’art. 99.2 OICVM (per quel che riguarda l’obbligo di presentare le informazioni chiave per gli investitori in modo ragionevolmente comprensibile per gli investitori al dettaglio) e gli artt. 62 e 258.2 Solvibilità II. In quest’ultimo caso se una partecipazione qualificata venga assunta nonostante l’opposizione delle autorità di vigilanza, gli SM, indipendentemente da altre sanzioni devono prevedere la sospensione dell’esercizio dei diritti di voto corrispondenti o, in alternativa, la nullità o l’annullabilità dei voti espressi. Per quel che riguarda la misura specifica della revoca di un’autorizzazione, la direttiva 2006/48 stabilisce (art. 17) che l’autorizzazione possa essere revocata in caso di non utilizzo, rinuncia espressa o cessazione attività, quando l’ente non disponga di fondi propri sufficienti o non soddisfi più le condizioni cui l’autorizzazione è vincolata, oppure quando abbia ottenuto l’autorizzazione con un mezzo irregolare. Cfr. pure gli artt. 131 e 144 Solvibilità II

³² Viene anche normalmente consentito che sia omessa la pubblicazione nel caso in cui la divulgazione possa mettere gravemente a rischio i mercati finanziari o possa arrecare un danno sproporzionato alle parti coinvolte. In questo senso l’art. 51.3 MiFID, l’art. 25.2 Direttiva 2003/71, l’art. 28.2 Direttiva 2004/109, l’art. 14.4 MAD e l’art. 99.3 OICVM

Appaiono in questo senso centrale la previsione, nei singoli ordinamenti nazionali, di adeguati apparati sanzionatori che mirino a garantire il rispetto delle disposizioni adottate in attuazione della normativa comunitaria in oggetto, e la necessità del rafforzamento e armonizzazione degli stessi a livello sovranazionale. L'azione proposta dalla Commissione si sostanzia in un'attività legislativa a livello UE volta a fissare standard minimi elaborati sulla base di principi comuni allo scopo di aumentare la coerenza e convergenza dei sistemi sanzionatori in materia di servizi finanziari. Tra gli aspetti più rilevanti vanno evidenziati la previsione di una serie di sanzioni amministrative di base da applicare in caso di violazione di quelle disposizioni fondamentali la cui osservanza è indispensabile ai fini dell'efficacia concreta di un determinato atto legislativo comunitario; in questo senso procedono anche la possibilità di prevedere sanzioni sia per gli individui che per gli istituti finanziari, la definizione di un livello minimo per le varie categorie di sanzioni amministrative e la possibile introduzione di sanzioni penali per le violazioni più gravi.

Di notevole importanza appare anche la previsione di criteri comuni per adeguare il tipo e il livello delle sanzioni adottate nel caso concreto sulla base della natura e dell'impatto della violazione, in particolare per quel che riguarda il livello effettivo delle sanzioni pecuniarie³³; la possibilità di modulare in maniera efficace una sanzione rispetto al caso concreto non solo è in grado di aumentarne significativamente la dissuasività, ma si pone anche in un'ottica di garantire la proporzionalità che deve caratterizzare il sistema sanzionatorio nazionale.

Il processo di modifica e aggiornamento della legislazione del settore in questione ha coinvolto in maniera assai rilevante alcuni degli strumenti analizzati. Con specifico riferimento al mercato dei servizi e delle attività di investimento e dei mercati regolamentati, il sistema MiFID è stato oggetto di una prima modifica relativa ai poteri di implementazione conferiti alla Commissione³⁴ e, più significativamente, di una modifica della Direttiva 2004/39³⁵ e dell'adozione di un nuovo regolamento sui mercati in strumenti finanziari³⁶. La Direttiva MiFID non si discostava dalle previsioni degli altri testi,

³³ Per le quali gli ordinamenti nazionali solitamente prevedono un importo di livello minimo e uno massimo

³⁴ Direttiva 2008/10

³⁵ Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE (c.d. MiFID II)

³⁶ Reg. 600/2014 del 15 maggio 2014 sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 (c.d. MiFIR)

stabilendo che gli Stati Membri debbano consentire l'adozione di sanzioni amministrative efficaci, proporzionate e dissuasive per il caso di violazioni di norme di attuazione della disciplina comunitaria, e lascia impregiudicati le procedure per la revoca dell'autorizzazione nonché il diritto degli Stati membri di irrogare sanzioni penali.

In linea con quanto definito nella Comunicazione *Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari*, agli Stati Membri viene richiesto di conformarsi a una serie di norme minime al fine di assicurare un apparato sanzionatorio nazionale idoneo. Un nucleo minimo di sanzioni e misure amministrative³⁷, a disposizione delle autorità competenti, dovrà quindi essere applicabile alle persone fisiche e giuridiche responsabili. Le sanzioni pecuniarie in particolare dovranno superare i vantaggi derivanti dalla violazione³⁸ e in ogni caso non risultare inferiori al livello previsto dalla Direttiva.

Al fine di un'applicazione omogenea e coerente della normativa nei vari contesti nazionali, i criteri utilizzati per determinare la specifica sanzione applicabile in un caso concreto dovranno comprendere almeno i criteri stabiliti nella direttiva³⁹. Inoltre, in una serie di violazioni⁴⁰ le sanzioni e le misure amministrative applicabili nei singoli SM devono comprendere una declaratoria che identifichi la persona fisica o giuridica e la natura della violazione, l'imposizione di porre termine al comportamento (e di astenersi dal ripeterlo). Sono inoltre previste la revoca dell'autorizzazione nel caso in cui si tratti di un'impresa di investimento, e l'interdizione temporanea per le persone fisiche responsabili.

³⁷ Tra queste rientrano le revoche dell'autorizzazione, le dichiarazioni pubbliche, i licenziamenti di dirigenti, le sanzioni pecuniarie amministrative. In particolare viene posto l'accento sulla pubblicazione delle sanzioni e misure applicate, in conformità con le previsioni specifiche della direttiva, al fine assicurare che le sanzioni abbiano un effetto dissuasivo sul grande pubblico

³⁸ Occorre che le autorità competenti siano autorizzate a irrogare sanzioni pecuniarie sufficientemente elevate da annullare i benefici attesi e da essere dissuasive anche per gli istituti di maggiori dimensioni e per i loro dirigenti. MiFID II, considerando 96

³⁹ le autorità nazionali devono tenere conto di una serie di circostanze nel definire il tipo e il livello della sanzione o misura amministrativa, collegate in particolare a gravità e durata della violazione (MiFID II, art. 76.3 lett.a)) e responsabilità e capacità finanziaria del soggetto responsabile, nonché eventuali precedenti violazioni e il livello di collaborazione con l'autorità competente da parte della persona fisica o giuridica responsabile (MiFID II, art. 76.3 lett.b)-c) e f)-g)). Inoltre, nel caso in cui siano determinabili, vanno tenuti in considerazione i profitti realizzati dalla persona responsabile e le perdite subite da terzi a causa della violazione. E' altresì previsto il coinvolgimento l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati ai fini da un lato dell'emanazione di orientamenti sui tipi e livello delle misure e sanzioni amministrative destinati alle autorità nazionali competenti (in conformità all'art. 16 del Reg. n. 1095/2010), e dall'altro della raccolta di informazioni da parte delle autorità nazionali

⁴⁰ Violazione dei requisiti di autorizzazione, degli obblighi di notifica alle autorità di acquisti o cessioni di partecipazioni nel capitale di un'impresa di investimento, non conformità ai requisiti, , mancata gestione dei conflitti di interesse, mancata divulgazione di informazioni ai clienti o qualora l'impresa di investimento manchi ripetutamente di ottenere il migliore risultato possibile per i suoi clienti nell'esecuzione degli ordini, non consenta l'accesso ai dati o non renda pubbliche delle informazioni. Vedi MiFID II, art.75.1, lett. a)-z)

Per quel che riguarda infine l'ammontare delle sanzioni pecuniarie, fino al limite del 10% del fatturato della persona giuridica coinvolta relativo al precedente esercizio finanziario⁴¹, o di 5 milioni di € per il caso di persone fisiche. Inoltre, nel caso in cui sia possibile determinare il beneficio derivante dalla violazione, gli Stati Membri sono tenuti ad assicurarsi che il livello massimo delle sanzioni non risulti inferiore al doppio dell'importo di tale beneficio.

Nell'ambito degli abusi di mercato, la Dir. 2003/6 (Market Abuse Directive, MAD) aveva come obiettivo la convergenza tra le diverse discipline nazionali relative all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato attraverso la definizione di un *framework* normativo che comprendesse meccanismi preventivi e sanzionatori⁴²; il testo della Direttiva, tuttavia, non indicava altro che la conformità all'ordinamento interno e il carattere efficace, proporzionato e dissuasivo delle misure e sanzioni amministrative, non stabilendo quindi alcun criterio per la valutazione di un sistema sanzionatorio nazionale⁴³.

Con l'obiettivo di rafforzare la disciplina in questione, nell'aprile 2014 sono stati adottati il Regolamento sugli abusi di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato⁴⁴ e della Direttiva sulle sanzioni penali nei casi di abuso⁴⁵ sono stati pubblicati, in stretto collegamento con l'approvazione ed adozione della proposta MiFID

⁴¹ Viene anche specificato che "se la persona giuridica è una impresa figlia di un'impresa madre, il fatturato annuo complessivo è il fatturato annuo complessivo risultante nel conto consolidato dell'impresa madre capogruppo nell'esercizio finanziario precedente". MiFID II, art. 75.2 lett. e)

⁴² Nei considerando viene fatto specifico riferimento alla previsione di sanzioni proporzionate alla gravità dell'abuso e, in particolare, agli utili realizzati attraverso la condotta in violazione delle norme; viene anche sottolineata la necessità di definire un sistema sanzionatorio caratterizzato da un certo grado di omogeneità nei vari Stati Membri (vd. MAD, considerando 36 e 39)

⁴³ La Cgue ha avuto occasione, nel definire la causa *Spector* (C-45/08, *Spector Photo Group e Van Raemdonck/CBFA*, sentenza del 23.12.2009), di constatare che la Direttiva 2003/6 non stabilisce in effetti alcun criterio per la valutazione del carattere efficace, proporzionato e dissuasivo di una sanzione, che rientra quindi nella legislazione nazionale. Tuttavia, proprio facendo riferimento al 38esimo considerando, la Corte stabilisce che "vantaggio economico risultante da un abuso di informazioni privilegiate può costituire un elemento pertinente ai fini della determinazione di una sanzione efficace, proporzionata e dissuasiva". Spetta ancora una volta al diritto nazionale definire il metodo di calcolo per la determinazione del vantaggio economico in questione (*Spector*, par. 65-77)

⁴⁴ Reg. UE 596/2014 del 16 aprile 2014 relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione (c.d. Market Abuse Regulation - MAR)

⁴⁵ Dir. 2014/57/UE del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (c.d. Criminal Sanctions for Market Abuse Directive - CSMAD)

II⁴⁶; l'intervento di modifica si è strutturato attraverso un'estensione e specificazione dei poteri investigativi e sanzionatori delle autorità nazionali e comunitarie di regolamentazione del mercato⁴⁷ e tramite la previsione di principi comuni relativamente al tipo e livello minimo di sanzioni.

L'art. 26 definisce sanzioni e misure che rappresentano delle norme minime⁴⁸ per una serie consistente di violazioni alle disposizioni del Regolamento⁴⁹; in particolare deve essere previsto un sistema di ingiunzioni del tipo "cease and desist", la restituzione dei guadagni realizzati e la pubblicazione di un avvertimento relativo alla natura della violazione ed al suo responsabile. Inoltre, è necessario prevedere la revoca o sospensione dell'autorizzazione di una società di investimento nonché l'interdizione (temporanea o permanente) nei confronti di chi vi eserciti responsabilità e funzioni dirigenziali.

Per quel che riguarda le sanzioni amministrative pecuniarie, esse possono giungere fino al triplo dell'importo dei guadagni ottenuti o delle perdite evitate grazie alla

⁴⁶ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0342+0+DOC+XML+V0//IT> Vedi *European Parliament's endorsement of the political agreement on Market Abuse Regulation* [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-13-774 en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-774_en.htm). Va sottolineato anche come la scelta di adottare in contemporanea (rapporto confermato dalla data di entrata in vigore delle normative) uno strumento di diretta applicabilità come un Regolamento e di una Direttiva conferma che gli strumenti vanno considerati come elementi di una strategia comune volta a riformare l'intero sistema MAD e "centralizzare" la materia degli abusi di mercato in un'ottica di una maggiore certezza del diritto ma anche di una sempre crescente pervasività delle competenze comunitarie sul controllo dei mercati

⁴⁷ In particolare si può evidenziare come gli SM debbano designare un'unica autorità nazionale competente che assicuri l'applicazione delle disposizioni del Regolamento in oggetto. Le autorità nazionali sono titolari di poteri di accesso a documenti, richiesta informazioni, ispezione e indagine (ivi compresi l'accesso ai locali di persone fisiche o giuridiche allo scopo di sequestrare documenti e altri dati sotto qualsiasi forma) e possono richiedere registrazioni di comunicazioni e relative allo scambio di dati. Le autorità in questione possono anche richiedere il congelamento e il sequestro di beni, sospendere la negoziazione di uno strumento finanziario, imporre l'interdizione dall'esercizio dell'attività professionale, e provvedere a informare il pubblico tramite l'adozione di tutte le misure necessarie. MAR, artt. 16-17.

Le autorità nazionali sono inoltre legate reciprocamente e all'AESFEM (vedi Reg. n. 1095/2010) da specifici obblighi di cooperazione, che coinvolgono anche la Commissione ed, eventualmente i Paesi terzi rispetto all'UE (artt. 18-20): nell'ambito dell'estensione e rafforzamento dei poteri investigativi e sanzionatori vanno anche sottolineate la valorizzazione della fattispecie del tentativo e l'imposizione agli SM di prevedere meccanismi relativi alla segnalazione di violazioni effettive o potenziali presso le autorità competenti (c.d. *whistleblowing*, vedi MAR, art. 19 e anche MiFID II, art. 77)

⁴⁸ Gli SM possono tuttavia decidere di non stabilire norme relative alle sanzioni amministrative per le violazioni già soggette a sanzioni penali dal diritto nazionale, dandone comunicazione alla Commissione e all'AESFEM

⁴⁹ In particolare, collegate al divieto di abuso di informazioni privilegiate e di comunicazione impropria di informazioni privilegiate (art. 9), al divieto manipolazione del mercato (art. 10), agli obblighi di prevenzione e individuazione di abusi di mercato (art. 11.1-2), agli obblighi di comunicazione (art. 12.1-6), agli obblighi di redazione e aggiornamento degli elenchi di persone che hanno accesso ad informazioni privilegiate (art. 13.1-5), all'obbligo di notifica per operazioni effettuate da persone che esercitano responsabilità di direzione (art. 14.1-3), all'obbligo di corretta presentazione di raccomandazioni di investimento (art. 15.1). Inoltre le sanzioni dell'art. 26 MAR rappresentano delle norme minime anche per il caso di omessa collaborazione o mancato seguito dato nel quadro di un'indagine, un'ispezione o una richiesta di un'autorità nazionale competente.

violazione, nel caso in cui siano determinabili. A seconda che si tratti di persone fisiche o giuridiche, le violazioni sono punite con ammende massime di almeno 500.000, 1 milione e 5 milioni di €, oppure 1 milione, 2,5 milioni o 15 milioni di €⁵⁰; gli Stati Membri possono in ogni caso prevedere sanzioni di importo più elevato di quello stabilito dalla disciplina comunitaria.

Accanto al Regolamento, la Direttiva relativa alle sanzioni penali impone agli Stati Membri l'obbligo di adottare le misure necessarie per assicurare che i reati di "l'abuso di informazioni privilegiate", "comunicazione illecita di informazioni privilegiate" e "manipolazione del mercato"⁵¹ siano oggetto di sanzioni penali efficaci, proporzionali e dissuasive⁵² e che sia garantito che anche le persone giuridiche possano essere considerate responsabili⁵³.

Di conseguenza, anche in questo ambito, come in quello relativo alla tutela dell'ambiente, l'opzione perseguita dal legislatore comunitario è quella di un intervento armonizzatore diretto ad istituire un livello sanzionatorio minimo rispetto alle attività che devono essere considerate reati⁵⁴, ivi compresa la previsione dell'introduzione negli

⁵⁰ In questi ultimi due casi, la sanzione alternativa può essere rappresentata dal 2% e dal 15% del fatturato totale annuo in base all'ultimo conto disponibile approvato dall'organo di gestione dell'impresa di investimento o, se parte di un gruppo, dell'impresa madre. MAR, art. 26.1bis, lett. k), n. (2)

⁵¹ La CSMAD definisce i reati in questione agli artt. 3-5. Viene altresì sottolineata la necessità per gli ordinamenti nazionali di prevedere la punibilità dell'istigazione, favoreggiamento e complicità nonché del tentativo relativamente alle fattispecie criminose indicate. La Direttiva richiede che le sanzioni a livello penale, ovverosia che le fattispecie costituiscano reati, vengano previste "almeno" nei casi più gravi di *market abuse* e allorquando siano commessi con dolo.

⁵² CSMAD, art. 5. In particolare, secondo la Comunicazione *Potenziare i regimi sanzionatori*, le sanzioni penali, e in particolare la reclusione, esprimano un forte biasimo che potrebbe rafforzare la dissuasività delle sanzioni, a condizione che siano applicate correttamente dal sistema giudiziario penale, manifestando una disapprovazione sociale qualitativamente diversa rispetto alle sanzioni amministrative o ai meccanismi di compensazione previsti dal diritto civile. Le condanne penali per reati di abuso di mercato, che spesso sono oggetto di ampia copertura mediatica, contribuiscono a migliorare la deterrenza in quanto mostrano ai potenziali contravventori che le autorità prendono serie misure di applicazione, le quali possono comportare la reclusione o altre sanzioni penali e l'iscrizione nel casellario giudiziale

⁵³ CSMAD, art. 6. Per le ipotesi in cui una persona giuridica sia ritenuta responsabile in relazione a un reato nella materia che qui interessa, sono previste sanzioni pecuniarie (di natura penale o non penale, vd. nel contesto italiano l'art. 25-sexies DLgs. 231/2001) ma potranno comprendere anche altre sanzioni di natura sostanzialmente interdittiva.

⁵⁴ L'introduzione, da parte di tutti gli Stati membri, di sanzioni penali almeno per i reati gravi di abusi di mercato è pertanto essenziale per garantire l'attuazione efficace della politica dell'Unione in materia. Agli Stati membri dovrebbe essere imposto di considerare come reati almeno i casi gravi di abuso di informazioni privilegiate, di manipolazione del mercato e di comunicazione illecita di informazioni privilegiate, quando sono commessi dolosamente. Per quel che riguarda gli indici di gravità delle condotte illecite, si fa riferimento da un lato all'elevato l'impatto sull'integrità del mercato o all'alterazione del valore degli strumenti finanziari, dei contratti o dell'ammontare dei fondi utilizzati, oppure sulla base del fatto che la manipolazione è commessa da soggetti impiegati o che lavorano all'interno del settore finanziario ovvero presso un'autorità di vigilanza o di regolamentazione o che siano già stati coinvolti in organizzazioni criminali dedite alla commissione di reati di questo genere. CSMAD, considerando 8, 11-12

ordinamenti nazionali della possibilità di pene detentive nelle ipotesi più gravi di comunicazione illecita e manipolazione del mercato⁵⁵.

Nell'ambito di queste traiettorie di evoluzione e riforma dei quadri normativi relativi ai mercati finanziari e al diritto dell'ambiente è necessario considerare la base giuridica dei testi di riferimento nelle varie normative vigenti sulla quale sono state adottate atti normativi comunitari descritte e analizzate che, come evidenziato, specificano e dettagliano tipo e livello delle sanzioni applicabili, nonché le modalità della loro applicazione ai casi concreti.

Nella recente legislazione comunitaria l'elaborazione della Cgue relativa in particolare all'effettiva applicazione del diritto comunitario è stata "codificata" anche attraverso la riproduzione delle specifiche locuzioni usate dalla Corte nella sua giurisprudenza, come nel caso della formula "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive"⁵⁶. Un maggiore livello di dettaglio è fornito, nell'ambito del diritto antidiscriminatorio, dalla Direttiva 2000/78 che richiede agli Stati Membri di assicurare l'accesso a procedure giurisdizionali "anche dopo la cessazione del rapporto che si lamenta affetto da discriminazione", riconoscendo esplicitamente alle associazioni portatrici di un interesse legittimo di avviare una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi derivanti dalla direttiva⁵⁷. Come evidenziato in precedenza, l'elemento più rilevante dei processi di modifica nell'ambito della tutela dell'ambiente e dei mercati finanziari è in ogni caso rappresentato dal livello di dettaglio e coerenza dei sistemi normativi di riferimento, che appare ormai decisamente superiore a quello riscontrabile in

⁵⁵ Nel caso di comunicazione illecita (CSMAD, art. 4) è prevista la pena della reclusione per una durata massima non inferiore a 2 anni (CSMAD, art. 7.3); per le ipotesi più gravi di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato (CSMAD, artt. 3 e 5) detta pena dovrà avere una durata massima non inferiore a 4 anni (CSMAD, art. 7.2). Si noti come nell'ordinamento italiano nella normativa di riferimento - attualmente costituita dagli artt. 184 e 185 d.lgs. 58/1998 - preveda la reclusione nella misura da 1 a 6 anni

⁵⁶ Cfr. Direttiva 2002/14, art. 8.2, Direttiva 2002/73, art. 8 *quinquies* o Direttiva 2008/104, art. 10.2., e riguardo all'elaborazione della Cgue, *Commissione c Grecia e Nunes*. Non di rado le discipline UE fanno anche riferimento alla più generale necessità per gli Stati membri di introdurre nelle normative nazionali i provvedimenti atti a consentire a tutti i lavoratori e ai loro rappresentanti che si ritengono lesi dall'inosservanza degli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario, di tutelare i loro diritti con un'azione in giudizio (Direttiva 98/59, art. 6, Direttiva 2001/23, art. 9, Direttiva 2002/14, art. 8.1, Direttiva 2008/104, art. 10.1) prevista nell'art. 6 della Dir. 76/207, utilizzato dalla Cgue in *von Colson* come base della propria analisi. Vedi *infra* l'intervento della Cgue nel tema di rimedi e sanzioni effettivi, in particolare per quel che concerne la tutela antidiscriminatoria e il lavoro a tempo determinato

⁵⁷ Dir. 2000/78 art. 9. Appare quindi superata anche la necessità per la Corte di rifarsi al dovere di collaborazione previsto dall'art. 10 del Trattato per richiedere agli Stati Membri che venissero approntati rimedi nazionali a fronte della violazione dei diritti conferiti dalla legislazione comunitaria anche in assenza di specifiche disposizioni nella normativa considerata Cfr MALMBERG J., *Effective Enforcement of EC Labour Law*, p. 3. e *infra* par. 2

settori collegati alla politica sociale e al diritto del lavoro: occorre quindi verificare se e in che modo la base giuridica utilizzata, le competenze attivate e le procedure seguite dalle istituzioni comunitarie abbiano permesso di definire dei regimi sanzionatori particolarmente pervasivi e uniformi, o se l'origine di questi risultati vada ricercata nel consenso politico consolidatosi in questi ambiti specifici sulla base di fattori diversi.

La tutela dell'ambiente è stata oggetto di un'attenzione particolare sin dall'approvazione da parte del Consiglio Europeo del primo programma sull'ambiente nel 1973, sulla base in particolare del disposto dell'art. 235 del Trattato ove si sanciva la possibilità di perseguire gli scopi della Comunità anche in mancanza di espliciti poteri⁵⁸, sulla base del compito della Comunità di promuovere lo “sviluppo armonioso delle attività economiche” e un “miglioramento [...] delle condizioni di vita”⁵⁹. A seguito dell'emanazione dell'Atto Unico europeo, sono stati stabiliti i principi fondamentali della materia ambientale⁶⁰ e, soprattutto, il riferimento al principio di sussidiarietà, che permette l'attivazione delle competenze comunitarie solo nel caso in cui il livello di protezione che gli Stati possono assicurare è inferiore a quello che la Comunità può garantire⁶¹. Le seguenti evoluzioni hanno elevato l'azione comunitaria in materia di ambiente a politica fondamentale dell'Unione, e hanno conferito valore autonomo alla tutela ambientale⁶², cui risulta connessa la previsione di una politica sovranazionale in

⁵⁸ L'armonizzazione delle legislazioni ambientali nazionali è stata portata avanti in particolare tramite l'utilizzo delle disposizioni sul mercato interno (l'attuale art. 114 TFUE, vedi *infra*), sulla base della considerazione della necessità di un tale intervento al fine di non ostacolare il commercio intracomunitario e di prevenire regole di concorrenza che risultassero inique, non consentendo il perseguimento di obiettivi ambientali autonomi. La Corte di Giustizia ha stabilito come l'art. 235 potesse fungere da base giuridica nel caso in cui si rendesse necessaria una integrazione del Trattato CEE e in quanto gli atti fossero adottati nell'ambito delle istituzioni e degli scopi della Comunità, oppure allorchè non sussistesse “altro potere di azione”, o nessuna norma del Trattato attribuisse la competenza necessaria per l'adozione degli stessi da parte delle istituzioni comunitarie, permettendo quindi lo sviluppo di una legislazione comunitaria dedicata alla tutela ambientale e svincolata dalle considerazioni relative alla realizzazione del mercato interno. Vd. in particolare le cause n. 69/38, *Commissione c. Repubblica italiana*, cause riunite n. 188-189/80, *Francia, Italia e Regno Unito c. Commissione*, cause 242/87 e 275/87, *Commissione c. Consiglio*

⁵⁹ Art. 2 TCE

⁶⁰ Nello specifico, il principio del “chi inquina paga” (c.d. *polluter pays*), dell'azione preventiva e della correzione alla fonte dei danni causati all'ambiente. Le innovazioni di rilievo dell'AUE sono in particolare rappresentate dalla previsione di un titolo specifico dedicato alla materia ambientale (articolo 130R-T) e dall'esplicita menzione dell'ambiente all'articolo 100A (disposizioni relative al mercato interno)

⁶¹ Art. 130 R, par. 4. Viene consentito, invece, che gli Stati membri prendano provvedimenti per una protezione ancora maggiore, rendendo così inoperativa la norma comunitaria.

⁶² Promuovere “un elevato livello di protezione dell'ambiente e il miglioramento della qualità di quest'ultimo”, art. 2 TCE

materia⁶³ e la progressiva integrazione della tutela e del miglioramento della qualità dell'ambiente, nonché la promozione dell'obiettivo dello sviluppo sostenibile in altre *policy areas* comunitarie⁶⁴.

Gli artt. 11 e 191-193 del TFEU⁶⁵ stabiliscono la competenza dell'Unione a intervenire in tutti i settori della politica ambientale; l'ambito di intervento, cui è dedicato un titolo specifico all'interno del Trattato, risulta particolarmente ampio, potendo la politica dell'Unione perseguire non solo la tutela ambientale e la salvaguardia della vita umana, ma anche un'utilizzo razionale delle risorse naturali e la promozione di misure destinate a risolvere i problemi ambientali con specifico riferimento ai cambiamenti climatici.

La possibilità di intervento delle istituzioni comunitarie è delimitata da un lato dal principio di sussidiarietà e dal requisito dell'unanimità nel Consiglio relativamente a disposizioni aventi principalmente natura fiscale, a misure che incidono sull'assetto territoriale, sull'utilizzo e gestione dei suoli e delle risorse idriche, nonché sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo⁶⁶, che impediscono l'utilizzo della procedura legislativa ordinaria.

L'attuale formulazione dell'articolo 114 TFUE, inoltre, richiede che venga adottato un alto livello di protezione per quanto concerne la tutela dell'ambiente e della salute all'interno di misure che abbiano ad oggetto il completamento ed il funzionamento del mercato interno⁶⁷, e consente altresì agli Stati Membri di mantenere in vigore le misure nazionali esistenti per la protezione dell'ambiente⁶⁸ e permette anche l'introduzione di nuove misure più restrittive per la protezione dell'ambiente, che necessitano però di

⁶³ Art. 3 TCE, "le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche ed azioni comunitarie, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile"

⁶⁴ L'art. 95 (ex 100A, attualmente art. 114 TFUE), nella formulazione del Trattato di Amsterdam, concede la possibilità di mantenere misure nazionali più restrittive nonostante le norme di armonizzazione della Comunità. A livello procedurale, si può anche sottolineare che la procedura di codecisione, attraverso la quale in alcuni casi il Parlamento possiede un diritto di veto, diviene applicabile agli atti basati sia sull'art. 95 (art. 114 TFUE) che sull'art. 175 (art. 192 TFUE).

⁶⁵ Che hanno sostituito rispettivamente gli artt. 6 e 174-176 TCE

⁶⁶ Art. 192.2 TFUE

⁶⁷ Art. 114, par. 3 TFUE

⁶⁸ Tale possibilità è consentita per le esigenze di tutela relative alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, Art. 114, par. 4 TFUE

essere fondate su “nuove prove scientifiche” e giustificate da un problema specifico a detto Stato membro che sia insorto “dopo l'adozione della misura di armonizzazione”⁶⁹.

Il contesto nel quale la direttiva 2008/99 è stata da ultimo adottata è rappresentato, nello specifico, dall'evoluzione della competenza penale della Comunità al fine di un'adeguata tutela ai beni di indubbia rilevanza comunitaria. Tuttavia, a fronte di una finalità condivisa e alla riconosciuta necessità di un'azione armonizzatrice nell'ambito considerato⁷⁰, si è sviluppato un contrasto quanto alla necessaria base giuridica di uno strumento comunitario di tutela penale dell'ambiente.

Si fa riferimento, in particolare, all'iniziativa del governo danese volta “all'adozione di una decisione quadro del Consiglio per la repressione dei gravi reati contro l'ambiente” basata sull'armonizzazione del diritto penale con gli strumenti del “terzo pilastro”⁷¹, e alla proposta di direttiva della Commissione relativa alla tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale, che prevedeva l'obbligo per gli Stati membri di definire nel proprio ordinamento sanzioni penali in caso di violazione delle disposizioni del diritto ambientale comunitario e che era basata sulla prospettiva che l'armonizzazione delle sanzioni penali rientrasse nella politica ambientale comunitaria e si dovesse quindi ricorrere allo strumento della direttiva ex art. 175 TCE⁷².

Il contrasto istituzionale si è approfondito a seguito dell'adozione da parte del Consiglio, della decisione quadro 2003/80/GAI relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, fondata sul Titolo VI del TUE⁷³; la Commissione è ricorsa alla Corte di Giustizia al fine di ottenere l'annullamento della decisione quadro adottata dal

⁶⁹ Art. 114, par. 5 TFUE. Le condizioni per invocare questa eccezione appaiono dunque maggiormente gravose per lo SM. Nel caso *C-439/05 Land Oberösterreich c. Commissione* la mancanza, in particolare, di nuovi dati o nuove prove di carattere scientifico ha impedito l'introduzione da parte di un'autorità regionale austriaca di una legislazione più restrittiva rispetto a quella derivante dalla trasposizione della direttiva 2001/18 in tema di OGM

⁷⁰ Nel 1998 il Consiglio d'Europa, a fronte di “condivise preoccupazioni riguardanti i rischi, sia per l'ambiente che per l'uomo, tanto di uno sviluppo industriale incontrollato, quanto di uno sfruttamento smodato delle risorse naturali” aveva adottato la Convenzione per la tutela dell'ambiente attraverso il diritto penale. Il Consiglio europeo di Tampere (ottobre 1999), infatti, aveva già chiesto alle istituzioni comunitarie di individuare “sanzioni comuni” per un numero limitato di attività criminose particolarmente gravi, fra cui i “reati ambientali”

⁷¹ Proposta della Danimarca CNS2000/0801

⁷² Nel 2002 la Commissione avrebbe poi adottato una proposta modificativa che recepiva diversi emendamenti proposti dal Parlamento europeo in sede di prima lettura della proposta (Vd. COM/2002/544 def.)

⁷³ In particolare artt. 29, 31 lett. e) e 34 n. 2 lett. b) TUE, nella loro versione precedente l'entrata in vigore del Trattato di Nizza.

Consiglio, sulla considerazione in particolare del fatto che il corretto fondamento normativo in proposito fosse rappresentato dall'art. 175.1 TCE (e che dunque l'atto da adottare dovesse essere una direttiva e non una decisione quadro), e che, pur in assenza di una competenza generale in materia penale, la Comunità avesse la facoltà di imporre ad uno Stato membro l'introduzione di sanzioni, anche di natura penale, qualora ciò risultasse necessario ai fini del raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 2 TCE.

La decisione della Corte nella causa C-176/03 ha annullato la decisione quadro, sottolineando in particolare che, ai sensi degli artt. 2 e 6 TCE, la tutela dell'ambiente costituisce un obiettivo essenziale dell'azione comunitaria, e di conseguenza "gli artt. 174-176 TCE costituiscono [...] la cornice normativa entro la quale deve attuarsi la politica comunitaria in materia"⁷⁴. Per quanto concerne la possibile estensione della competenza comunitaria alle norme di diritto e procedura penale, ciò deriva dalla necessità dell'armonizzazione al fine di garantire l'effettività del diritto comunitario⁷⁵; di conseguenza, nel caso in cui la previsione e applicazione da parte delle autorità nazionali di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive costituisce una "misura indispensabile di lotta" contro violazioni gravi nell'ambito considerato, è possibile per il legislatore comunitario adottare i provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri sul presupposto che tali provvedimenti che siano necessari a garantire la piena efficacia⁷⁶ delle politiche comunitarie in tutte le materie nelle quali esista già una normativa comunitaria di settore extrapenale.

La decisione riconosce quindi alle istituzioni comunitarie, sottraendolo ai settori di cooperazione intergovernativa, un'implicita competenza in materia e il conseguente potere di armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri al fine di fornire una risposta efficace alle violazioni gravi delle proprie disposizioni, nel rispetto del principio di sussidiarietà. In questa prospettiva, la Commissione ha chiarito con una Comunicazione⁷⁷

⁷⁴ C-176/03, par. 43

⁷⁵ C-176/03, par. 52

⁷⁶ C-176/03, par. 48. La decisione del 13 settembre 2005, peraltro, è stata in seguito confermata dalla sentenza nella causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio, Commissione c. Consiglio*, emanata nell'ambito di un ulteriore ricorso per annullamento di una decisione quadro (la 2005/667/GAI relativa alla repressione dell'inquinamento provocato dalle navi) ha affermato che le norme miranti a garantire l'efficacia delle norme adottate nel campo della sicurezza marittima, la cui inosservanza può avere gravi conseguenze per l'ambiente, imponendo agli Stati membri l'obbligo di sanzionare penalmente determinati comportamenti devono essere considerate come finalizzate essenzialmente al miglioramento della sicurezza marittima, al pari della tutela dell'ambiente, e devono essere validamente adottate sul fondamento dell'art. 80.2 TCE (par. 69). Sulla base di questa decisione è stata poi emanata la direttiva 2009/123 che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni.

⁷⁷ Comunicazione del 23 novembre 2005, COM/2005/583 def.

che l'adozione di misure penali è possibile a livello comunitario anche al di là della materia ambientale, ma solo su base settoriale e in presenza di norme vincolanti la cui efficacia può essere garantita solo da sanzioni penali, a fronte di accertati gravi inadempienze all'attuazione degli obiettivi comunitari. Lo scrutinio della Commissione nello specifico settore può quindi comportare che vengano stabiliti non solo il principio del ricorso a sanzioni penali, ma anche gli elementi costitutivi della violazione (vale a dire la definizione della fattispecie) e la natura e il livello delle sanzioni applicabili, limitando quindi la discrezionalità dei singoli Stati Membri quanto alle discipline sanzionatorie applicabili in virtù della necessità di garantire l'efficacia del diritto comunitario⁷⁸.

La possibilità di indirizzare le scelte punitive nazionali, anche relativamente alla natura delle stesse⁷⁹, è stata infine normativizzata a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona: il nuovo art. 83.2 del TFUE prevede infatti in maniera esplicita l'adozione di norme minime comuni di diritto penale nel caso in cui questa opzione si riveli indispensabile per garantire l'effettiva attuazione di una politica dell'UE armonizzata⁸⁰; in questo senso le istituzioni dell'Unione devono procedere a scelte strategiche sull'eventuale ricorso al diritto penale al posto di altre misure, come le sanzioni amministrative quale strumento di applicazione e definire quali politiche dell'Unione richiedono l'uso del diritto penale come strumento di applicazione aggiuntivo⁸¹.

Per quel che riguarda la regolamentazione dei mercati finanziari, sia gli interventi normativi più risalenti che gli atti istitutivi delle autorità di vigilanza europea e, da ultimo, le modifiche della legislazione comunitaria presentate di recente si basano sulle disposizioni sul mercato interno del Trattato relative al ravvicinamento delle legislazioni⁸² e al coordinamento delle norme sull'accesso alle attività autonome e al loro servizio nonché alla libera prestazione dei servizi⁸³. Tali disposizioni consentono al legislatore dell'UE di

⁷⁸ COM/2005/583 def., par. 6-10. Va sottolineato come gli aspetti di diritto penale e di procedura penale, che richiedono un trattamento orizzontale, di massima non rientrano nel diritto comunitario (in particolare la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale che sono ricomprese nel Titolo VI del TUE).

⁷⁹ Cfr. C-440/05 nella quale la Corte, ha invece affermato che non rientra nella competenza della Comunità la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali (par. 70), escludendo l'adozione di direttive che non solo si limitino ad indicare una tutela penale agli Stati ma descrivano i requisiti costitutivi delle fattispecie incriminatrici, la tipologia delle sanzioni penali, i minimi ed i massimi edittali

⁸⁰ Vd. *infra* relativamente alla Direttiva CSMAD

⁸¹ Comunicazione *Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*, COM(2011) 573 definitivo, p. 6

⁸² Art. 114 TFUE (art. 95 TCE)

⁸³ Artt. 50 TFUE (art. 44 TCE), 53 TFUE (art. 47 TCE), 62 TFUE (art. 55 TCE)

adottare misure finalizzate al ravvicinamento delle legislazioni nazionali, al fine di migliorare le condizioni per lo stabilimento e il funzionamento del mercato interno e, se necessario a garantire la piena efficacia delle norme UE, possono comprendere anche misure legislative che riguardino le sanzioni.

Gli articoli in questione sono stati anche espressamente indicati dalla Commissione in *Potenziare i regimi sanzionatori* come basi giuridiche adeguate per l'azione proposta dall'UE nell'ambito dei sistemi di misure e sanzioni. L'art. 83 TFUE viene indicato per fornire una base giuridica all'introduzione di norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel caso in cui il ravvicinamento in materia penale si rivela indispensabile per garantire un'efficace attuazione di una politica dell'Unione in un settore armonizzato, ed è stato poi in effetti utilizzato nell'ambito del processo di riforma connesso agli abusi di mercato e sfociato nella Direttiva CSMAD, che rappresenta il primo intervento basato sul rinnovato quadro giuridico relativo alla competenza penale dell'Unione⁸⁴. Proprio il settore finanziario viene indicato dalla Commissione come uno degli ambiti di intervento principali⁸⁵ nei quali misure sanzionatorie penali armonizzate a livello comunitario risultano necessarie al fine di proteggere le attività delle imprese che operano nella legalità e salvaguardare l'interesse dei contribuenti⁸⁶.

⁸⁴ Nella Comunicazione *Verso una politica penale dell'Unione europea* si sottolinea come, nel quadro di riferimento precedente all'adozione del Trattato di Lisbona, stato adottato solo un numero molto limitato di misure per rafforzare l'applicazione delle politiche dell'Unione, con riferimento proprio alle direttive 2008/99 e 2009/123 in materia ambientale e, in particolare, alla Direttiva 2009/52 che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (vedi *infra*)

⁸⁵ In aggiunta al settore finanziario, vengono indicati anche la lotta alle frodi ai danni degli interessi finanziari dell'Unione (vedi anche la Comunicazione della Commissione *La tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea attraverso il diritto penale e le indagini amministrative. Una politica integrata per salvaguardare il denaro dei contribuenti*, COM(2011) 293 definitivo) e la tutela della moneta unica contro la contraffazione. Ambiti ulteriori di intervento, nei quali "potrebbe essere ulteriormente esaminato il ruolo potenziale del diritto penale" ai fini di un'efficace applicazione della normativa comunitaria sono indentificati nel settore del trasporto stradale, nella protezione dei dati personali, nella normativa doganale, e nelle politiche del mercato interno, al fine specifico di contrastare pratiche illegali gravi come la contraffazione e la corruzione o il conflitto di interessi non dichiarato nell'ambito di appalti pubblici. Ai sensi dell'articolo 83.1 TFUE, possono essere inoltre adottate misure relative ad un elenco di dieci reati che si riferiscono a: terrorismo, tratta degli esseri umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata, in virtù della loro natura particolarmente grave e della loro dimensione transnazionale che rendono necessario un intervento a livello dell'Unione. Va sottolineato come anche in questo caso, gli "eurocrimini" indicati dalla disposizione in oggetto siano già disciplinati da normativa adottata in precedenza del Trattato di Lisbona, che è stata in seguito aggiornata o che si trova attualmente in fase di aggiornamento; ulteriori fattispecie possono essere definite soltanto dal Consiglio all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. Comunicazione *Verso una politica penale dell'Unione europea*, p. 6

⁸⁶ Comunicazione *Verso una politica penale dell'Unione europea*, p. 12

Al di là della possibilità di stabilire sanzioni penali a tutela della disciplina comunitaria in materia ambientale e di mercati finanziari, va sottolineato come al fondamento delle normative in questione, costituito dall'art. 114 TFUE, faccia da contraltare nell'ambito del diritto del lavoro e della politica sociale l'attuale art. 153 TFUE⁸⁷, che rappresenta la base giuridica più comune e preminente dei vari testi adottati in questo settore. Da un lato l'art. 114 TFUE costituisce il principale articolo utilizzato per adottare misure di armonizzazione, e consente all'Unione di imporre una determinata disciplina⁸⁸ agli Stati Membri fintanto che venga identificato un collegamento tra l'oggetto della normativa e gli obiettivi relativi al mercato interno, dall'altro l'art. 153 consente alle istituzioni dell'Unione di adottare in una serie limitata di settori⁸⁹ Direttive che contengano "prescrizioni minime applicabili progressivamente"⁹⁰ e che tengano conto delle condizioni degli Stati Membri coinvolti e delle normative già esistenti negli ordinamenti nazionali, una tecnica che riflette l'impostazione generale riguardo alle caratteristiche di sostegno dell'azione dell'Unione rispetto all'organizzazione dei sistemi di politica sociale che rimane fondamentalmente in capo agli Stati Membri. Anche se non sono definiti specifici criteri per determinare quando una specifica disposizione non possa più essere considerata una "prescrizione minima", le disposizioni in questo ambito non possono essere di natura esclusivamente comunitaria ma devono necessariamente basarsi sulle disposizioni nazionali già esistenti.

Va anche sottolineata la procedura da seguire nell'adozione di questi testi normativi: in particolare per lo sviluppo di misure di legge in materia di sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori, protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro e rappresentanza e difesa collettiva degli interessi⁹¹ è esclusa la

⁸⁷ Nelle sue varie formulazioni, da art. 118 A Trattato CEE, art. 2 APS, artt. 137 TCE e, da ultimo, 153 TFUE

⁸⁸ Sia attraverso l'adozione di Direttive che armonizzino le disposizioni nazionali sia tramite Regolamenti che impongono una disciplina ai vari SM.

⁸⁹ La competenza funzionale nell'ambito della politica sociale si rivolge al miglioramento dell'ambiente di lavoro, sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori, protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro, rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione, integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, fatto salvo l'articolo 166, parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro. La procedura prevede l'unanimità per i casi di normative riguardanti la sicurezza sociale, la protezione in caso di risoluzione del contratto, rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi. *Vd amplius* K. LENAERTS - P. VAN NUFFEL, *European Union Law*, 2011, 106.

⁹⁰ art. 153.2 lett. b)

⁹¹ art. 153.2 lett. c)-d) e f), nonché per quel che riguarda le condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi (lett. g)

procedura legislativa ordinaria ed è invece richiesto il voto all'unanimità⁹², che limita l'adozione di norme dotate di una particolare capacità prescrittiva o di un carattere pervasivo rispetto alle disposizioni già presenti nell'ordinamento nazionale nel settore di intervento⁹³.

Come accennato, le normative comunitarie basate sull'art. 153 TUE che contengono riferimenti alle sanzioni⁹⁴ presentano un grado decisamente ridotto di armonizzazione relativamente ai sistemi preventivi e sanzionatori collegati all'*enforcement* della disciplina comunitaria, richiedendo semplicemente l'aderenza del sistema di sanzioni nazionali ai criteri di effettività, proporzionalità e dissuasività. Pur se l'assetto delle competenze e dei poteri dell'Unione non preclude, in linea di principio, interventi in questo specifico settore, e quindi l'assenza di interventi per quel che riguarda gli apparati sanzionatori non deve essere considerata una specialità dell'ambito della politica sociale rispetto alla generalità delle normative di derivazione comunitaria, le ridotte competenze in questo settore rendono più difficile definire principi comuni relativi ai sistemi sanzionatori, e la mancanza in particolare di consenso sul tema tra gli Stati Membri ha impedito che venisse stabilito un sistema di specifiche procedure, rimedi e sanzioni armonizzate a livello comunitario nell'ambito del diritto del lavoro.

La recente Direttiva 2014/67⁹⁵ definisce un quadro comune relativo a una serie di disposizioni, misure e meccanismi di controllo che appaiono necessari al fine di migliorare e uniformare l'applicazione nella pratica della direttiva 96/71 (alla quale non viene invece apportata alcuna modifica), con particolare riferimento al contrasto di comportamenti abusivi ed elusivi da parte delle imprese e dei datori di lavoro⁹⁶; l'*Enforcement Directive* si basa sugli artt. 53, par. 1 e 62 (TFUE) che già caratterizzavano la Direttiva 96/71 rispetto

⁹² La possibilità di definire il voto a maggioranza qualificata sulla base della c.d. *passerelle* non è prevista inoltre per l'ambito specifico della sicurezza sociale (dei lavoratori). Vd art. 153.2, ultima frase

⁹³ Cfr P. SCHOUKENS, *From Soft Monitoring to Enforceable Action*, 2011, KU Leven Euroforum, p. 7

⁹⁴ Direttive 2002/14 (art. 8), 2008/104 (art. 10) e 2009/38 (quest'ultima solo al 36esimo considerando e non nel testo della direttiva)

⁹⁵ Direttiva 2014/67 del 15 maggio 2014 concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi e recante modifica del regolamento (UE) n. 1024/2012 relativo alla cooperazione amministrativa attraverso il sistema di informazione del mercato interno («regolamento IMI») (c.d. "Enforcement Directive" o "PWED")

⁹⁶ Sul punto vedi *infra*

ad altri interventi comunitari di politica sociale⁹⁷ e chiarisce⁹⁸ che la tutela dei diritti dei lavoratori distaccati e la garanzia del rispetto di un appropriato⁹⁹ livello di protezione degli stessi vanno ricondotti nell'ambito delle regole che definiscono il funzionamento del mercato unico dei servizi e, in particolare, nella prospettiva di una facilitazione dell'esercizio della libertà di prestazione di servizi e della creazione di un'effettiva concorrenza nel mercato interno.

Per quanto concerne gli apparati sanzionatori, in questo strumento normativo un capo specifico è dedicato all'esecuzione transfrontaliera delle sanzioni amministrative pecuniarie e delle ammende che vengano irrogate a prestatori di servizi stabiliti in uno Stato Membro nei casi di inosservanza delle norme applicabili al distacco in virtù delle Direttive 96/71 e 2014/67. Le norme in questione¹⁰⁰, caratterizzate da una natura tendenzialmente procedurale stabiliscono una serie di principi generali relativi agli obblighi di informazione e di assistenza reciproca tra le autorità competenti degli Stati Membri¹⁰¹, e dettagliano altresì le circostanze che possono giustificare il rigetto della richiesta di recupero o di notificazione o una sospensione della procedura¹⁰².

Di conseguenza, la disciplina in oggetto è relativa esclusivamente all'esecuzione transfrontaliera delle sanzioni imposte dalle autorità degli Stati membri sulla base dei quadri nazionali di riferimento, mentre non è riscontrabile nel testo della Direttiva 2014/67

⁹⁷ La base giuridica della direttiva 96/71 era infatti costituita dagli artt. 57, par. 2 e 66 del Trattato, che confermava l'intenzione del legislatore comunitario di approvare un testo non diretto ad armonizzare le normative di tutela del lavoro previste nei vari SM, ma teso a stabilire quali discipline del lavoro (con specifico riferimento al trattamento economico e normativo dei lavoratori) fossero applicabili ai distacchi transnazionali di lavoratori, in vista della rimozione delle restrizioni alla libera circolazione dei servizi. Sul punto vedi anche la posizione dell'ETUC sulla Proposta di Direttiva nella quale si sottolinea come la rilevanza della protezione dei lavoratori dovesse essere sottolineata anche attraverso un'estensione della base giuridica all'art. 153 TFUE, al fine di garantire che l'Enforcement Directive non rappresentasse esclusivamente uno strumento dedicato al funzionamento del mercato interno ma prendesse in considerazione in maniera effettiva la dimensione sociale della materia in questione. Vd. *ETUC position on the Enforcement Directive of the Posting of Workers Directive*, Brussel 5-6/06/2012, disponibile all'indirizzo <http://www.etuc.org/documents/etuc-position-enforcement-directive-posting-workers-directive#.VEYh6yjGb-U>

⁹⁸ Direttiva 2014/67, art. 1.1

⁹⁹ Vd. ALLAMPRESE A. - ORLANDINI G., *La Direttiva n. 2014/67 del 15 maggio 2014 di attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco transnazionale dei lavoratori. Un primo commento*, CGIL-Segretariato per l'Europa 2014 che sottolineano come ai lavoratori sia assicurato, un livello "appropriato" di tutela; termine che identifica quel livello di protezione "minimo" stabilito dalla direttiva n. 96/71 (il cui contenuto ed ambito di applicazione viene lasciato "impregiudicato"), come interpretata dalla Corte di Giustizia, che attiene a standard minimi di tutela (art. 3, par. 1) e non all'integrale rispetto delle condizioni di lavoro fissate dalla legge e dai contratti collettivi (p. 3)

¹⁰⁰ Direttiva 2014/67, artt. 13-19

¹⁰¹ Direttiva 2014/67, art. 15

¹⁰² Direttiva 2014/67, art. 17-18

un intervento di armonizzazione relativo alla natura e al contenuto delle misure che devono essere adottate in caso di abusi connessi al distacco di lavoratori; l'art. 20, attraverso una formula "classica", impone agli Stati Membri l'obbligo di predisporre un apparato sanzionatorio in caso di violazione delle disposizioni nazionali di trasposizione e di adottare le misure necessarie al fine di garantirne l'osservanza ma fa ancora una volta riferimento al generico *standard* comunitario delle sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive".

In questa prospettiva appare altresì significativo sottolineare come l'intervento più pervasivo concernente il riavvicinamento e all'armonizzazione degli apparati sanzionatori collegati al diritto del lavoro comunitario sia rappresentato dalla Direttiva 2009/52 che stabilisce sanzioni per l'impiego di extracomunitari irregolari; la disciplina dettata dalla Direttiva in questione prevede una serie di norme minime¹⁰³ che definiscono l'utilizzo di varie tipologie di sanzioni¹⁰⁴ contro i datori di lavoro che trasgrediscono al generale divieto di assunzione di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare e stabilisce altresì la possibilità di estendere la responsabilità in caso di subappalto: in particolare l'art. 8 prevede che del pagamento delle sanzioni finanziarie e di tutti gli arretrati dovuti siano da considerarsi responsabili l'appaltante principale e tutti i subappaltatori intermedi che siano a conoscenza della circostanza che il subappaltatore datore di lavoro impieghi cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare. Il datore è in particolare obbligato al pagamento delle retribuzioni arretrate, delle imposte e dei contributi dovuti in caso di assunzione legale¹⁰⁵ e gli Stati Membri devono definire meccanismi volti a garantire la possibilità di presentare una domanda per l'esecuzione di una sentenza nei confronti del datore di lavoro per ogni retribuzione arretrata. Nonostante la direttiva preveda sanzioni solo nei confronti dei datori di lavoro e non degli immigrati impiegati illegalmente i cui

¹⁰³ Gli SM rimangono quindi liberi di adottare o mantenere sanzioni e provvedimenti più severi e d'imporre obblighi più rigorosi ai datori di lavoro. Direttiva 2009/52, considerando n. 4

¹⁰⁴ Nello specifico vengono previste sanzioni finanziarie (art. 5), modulate sul numero di assunzioni illegali e sugli eventuali costi di rimpatrio dei cittadini extracomunitario nonché il dovere per gli Stati Membri di prevedere sanzioni penali per violazioni continuate e reiterate, per l'impiego di un numero significativo di lavoratori assunti illegalmente, se la violazione è accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento e nel caso di assunzione di minori o di un soggetto vittima del traffico di esseri umani (art. 10). Sono altresì previste misure ulteriori, discrezionalmente cumulabili alle sanzioni finanziarie e penali quali l'esclusione dal beneficio o dal rimborso di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici, compresi i fondi europei, l'esclusione dalla partecipazione ad appalti pubblici, la chiusura (temporanea o permanente) degli stabilimenti o il ritiro della licenza l'attività economica in questione.

¹⁰⁵ Direttiva 2009/52, art. 6. I livelli retributivi sono definiti sulla base delle leggi applicabili sui salari minimi, dai contratti collettivi o conformemente a una prassi consolidata nei relativi settori occupazionali, ed è prevista l'esistenza di un rapporto di lavoro di almeno tre mesi (salvo prova contraria).

diritti sono, come visto, oggetto anche di misure di tutela e di integrazione¹⁰⁶, la normativa in questione non si configura come uno strumento di politica del lavoro o la politica sociale, essendo diretta fundamentalmente a sanzionare le assunzioni di extracomunitari il cui soggiorno sia irregolare¹⁰⁷ nell'ottica della prevenzione, contrasto e riduzione dell'immigrazione illegale nell'Unione europea, e trova il proprio fondamento nelle norme relative ai visti, asilo e immigrazione; la base giuridica selezionata è costituita dall'art. 63.3, lett. b) del Trattato CE che consentiva di adottare misure in materia di politica di immigrazione nel settore della "immigrazione e soggiorno irregolari compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare"¹⁰⁸.

¹⁰⁶ l'art. 13 prevede la possibilità per il lavoratore di denunciare il datore di lavoro, e la possibilità (in alcune circostanze particolari) per gli Stati Membri di concedere e/o estendere permessi di soggiorno temporanei ai sensi della Direttiva 2004/81/CE

¹⁰⁷ Direttiva 2009/52, considerando n. 3

¹⁰⁸ Attualmente la disposizione in questione trova sostanziale corrispondenza nell'art. 79.2, lett. c) del TFUE, che prevede la possibilità di adottare misure nei confronti della "immigrazione clandestina e soggiorno irregolare, compresi l'allontanamento e il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare".

2- La corte di Giustizia e i meccanismi di tutela nazionale

In assenza di un'armonizzazione derivante da strumenti legislativi a livello di diritto dell'Unione, e nell'impossibilità di ordine tecnico o politico di procedere alla stessa, appare necessario analizzare che genere di controllo e quale attività di *guidance* siano esercitati della Corte di Giustizia sui sistemi sanzionatori nazionali, in particolare per verificare se dal monitoraggio giurisprudenziale sia in effetti possibile dedurre dei principi generali sui criteri di valutazione relativi all'appropriatezza in senso comunitario delle sanzioni, e se la discrezionalità degli Stati Membri nella predisposizione e funzionamento dei regimi sanzionatori in specifici ambiti venga limitata dal controllo giurisprudenziale comunitario: una simile prospettiva, infatti, comporterebbe una - parziale - armonizzazione a livello sovranazionale della disciplina preventiva e sanzionatoria collegata all'applicazione della normativa comunitaria.

Secondo una formulazione classica della Corte di Giustizia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascun Paese membro dell'Unione designare il giudice competente e determinare le modalità procedurali delle azioni tese a garantire la tutela dei i diritti che i singoli traggono dalla Comunità e, per quel che riguarda specificamente l'ambito dei rimedi, che il Trattato non ha l'obiettivo di creare nuovi rimedi o ricorsi dinanzi ai giudici nazionali al fine di garantire il rispetto dei derivante dall'ordinamento comunitario.

Tuttavia, anche se il punto di partenza nell'ambito della disciplina comunitaria è che la materia dei mezzi di ricorso è lasciata alla competenza degli Stati Membri, questo fatto non conferisce agli Stati membri un'assoluta autonomia nel decidere le regole che devono essere applicate: la Cgue in particolare ha stabilito per gli SM la necessità del rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, derivanti dall'art. 10 CE.

Spetta quindi all'ordinamento giuridico interno di ciascuno SM designare i giudici competenti e stabilire le specifiche modalità procedurali dei ricorsi per la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario¹⁰⁹ a condizione che, in primo luogo, tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e, dall'altro, che non rendano praticamente impossibile o

¹⁰⁹ Caso 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c Landwirtschaftskammer für das Saarland*. Inoltre "Il diritto non vieta a coloro che impugnano un provvedimento dell'amministrazione nazionale per incompatibilità col diritto comunitario di opporre il mancato rispetto di un termine contemplato da norme interne, a condizione che le modalità procedurali dell'azione giudiziale non siano meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale"

eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti di conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)¹¹⁰.

Di conseguenza, con riferimento alle posizioni giuridiche derivanti da normative comunitarie, devono essere disponibili gli stessi rimedi di un simile reclamo interno, a condizione però che l'apparato in questione non vanifichi la pretesa basata sull'ordinamento comunitario. La giurisprudenza della Corte fornisce poche indicazioni in concreto sul significato dei principi in questione, la cui portata deve essere valutata nel contesto di tutti i fattori pertinenti del caso di specie (per quel che riguarda il contesto dell'efficacia delle regole procedurali nazionali, vedi *Steffensen*¹¹¹, par. 65 ss.).

Con la sentenza *Johnston*¹¹² la Corte ha stabilito che il requisito dell'effettivo controllo giurisdizionale previsto dall'art. 6 della direttiva 76/207, relativa alla parità uomo-donna, è espressione di un principio generale del diritto alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che è altresì sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Il diritto a un processo giudiziario, nonché il diritto al ricorso individuale non dipendono quindi dall'esistenza di una disposizione esplicita di legge che stabilisce tali diritti¹¹³; una disposizione esplicita come l'art. 6 ha efficacia diretta per quanto riguarda il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo è interessato¹¹⁴.

A seguito di *Johnston*¹¹⁵, emanata nell'ambito del diritto antidiscriminatorio, la Cgue ha confermato l'esistenza di un diritto generale al ricorso giurisdizionale. In *Heylens*¹¹⁶, relativa al reciproco riconoscimento dei diplomi e libera circolazione delle persone, la Corte afferma¹¹⁷ che poiché il libero accesso al lavoro è un diritto fondamentale conferito dal Trattato a qualsiasi lavoratore della comunitario, l'esistenza di un rimedio di natura

¹¹⁰ C-30/02, *Recheio-Cash & Carry c Fazenda Pública/Regista Nacional de Pessoas Colectivas*, in particolare v. par. 17

¹¹¹ C-276/01, *Joachim Steffensen*

¹¹² Causa 222/84, *Marguerite Johnston c Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*

¹¹³ *Johnston*, par. 18

¹¹⁴ *Ivi*, par. 58. In *Coote* (C-185/97, *Belinda Jane Coote c. Granada Hospitality Ltd*, in particolare vd. parr. 24 e ss.) la Cgue ha ulteriormente specificato che la tutela prevista dalla direttiva si estende anche al periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro in quanto altrimenti il principio di un controllo giurisdizionale effettivo sarebbe privato di una parte essenziale della sua efficacia.

¹¹⁵ Vedi *infra* per quel che riguarda l'aspetto specifico della non-discriminazione)

¹¹⁶ 222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) c Georges Heylens e altri*

¹¹⁷ *Heylens*, Par. 14

giurisdizionale contro una decisione di un'autorità nazionale che rifiuta il beneficio di tale diritto è essenziale al fine di garantire per l'individuo una protezione efficace.

Nel caso *Commissione c Grecia*¹¹⁸ (riguardante la tutela degli interessi finanziari della Comunità nel quadro dei prelievi agricoli), la Corte ha sottolineato gli obblighi degli SM in vista della efficacia del diritto comunitario e le esigenze con specifico riferimento a rimedi e sanzioni. Per quel che riguarda queste ultime, la Corte ha osservato che la scelta delle sanzioni rimane nella discrezionalità degli SM che devono però assicurare che le violazioni del diritto comunitario siano sanzionate con strumenti formalmente e sostanzialmente analoghi a quelli applicabili a situazioni nazionali di simile natura e importanza e, in ogni caso, assicurare che le sanzioni risultino effettive, proporzionate e dissuasive. Qualora una disciplina comunitaria non contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione o rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali, l'art. 5 del trattato impone agli stati membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario.

L'assenza di una normativa specifica nella materia dei rimedi e della sanzioni implica quindi che gli SM sono tendenzialmente liberi di scegliere il tipo di rimedi da applicare; gli SM non sono obbligati, ad esempio, all'introduzione di uno specifico sistema di

¹¹⁸ C-68/88 *Commissione c Grecia* (parr. 23 e ss.)

responsabilità¹¹⁹, nè questa possibilità è loro preclusa¹²⁰; inoltre, anche se la normativa comunitaria specifica alcuni rimedi, l'elenco fornito potrebbe non essere esaustivo e di conseguenza gli SM sono liberi di adottare altri tipi di rimedi in aggiunta a quelli previsti dal diritto comunitario.

La Cgue ha ad esempio ritenuto che le misure adottate dagli SM per sanzionare comportamenti che ledono gli interessi finanziari della Comunità possono prevedere sanzioni penali anche ove la normativa comunitaria preveda solo rimedi di tipo

¹¹⁹ C-127/05, *Commissione c. Regno Unito*, par. 51. La clausola "so far as is reasonably practicable" prevista dalla normativa britannica era stata contestata in quanto avrebbe limitato la portata dell'obbligo del datore a garantire la sicurezza e la salute dei lavoratori in tutti gli aspetti connessi con il lavoro (art. 5, n. 1, della direttiva 89/391). L'analisi condotta dalla Cgue sullo specifico aspetto della portata della responsabilità del datore nell'ambito della sicurezza sul lavoro (parr. 37-51), ha sottolineato come nè dal testo della Direttiva in questione nè dai lavori preparatori sia desumibile un obbligo per lo SM di introdurre un sistema di responsabilità oggettiva in capo al datore di lavoro (che quindi copra le conseguenze di ogni evento dannoso indipendentemente dalla possibilità di imputarli alla negligenza del datore nella predisposizione delle misure preventive), nè la Commissione ha dimostrato che, la mancata previsione di una simile forma di responsabilità oggettiva costituisca un limite alla responsabilità dei datori di lavoro in caso di eventi dannosi per la salute dei lavoratori.

¹²⁰C-7/90, *Procedimento penale a carico di Paul Vandevenne e altri*, in particolare vedi parr. 12 e 17. Il caso era relativo al Reg. 3820/85 sull'armonizzazione di talune disposizioni in materia sociale nel settore dei trasporti su strada e, in particolare, nell'ambito dei riposi dei conducenti. Ai sensi dell'ar. 17 Under Art. 17, gli Stati membri adottano le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessarie alla sua esecuzione. Tali disposizioni devono riguardare, fra l'altro, le sanzioni applicabili in caso di infrazioni delle norme ivi stabilite (sanzioni che non sono definite, quindi, dalla normativa comunitaria in oggetto). Sul tema vedi anche *Hansen* (C-326/88, *Anklagemyndigheden c Hansen & Soen I/S*) nella quale la Cgue ha stabilito che il sistema nazionale di responsabilità oggettiva per violazione della normativa in materia di riposi nel trasporto su strada era compatibile ai sensi del diritto comunitario. In primo luogo, la Corte ha dichiarato che i doveri specifici imposti al datore dal Regolamento 543/69 non impediscono agli SM di istituire un sistema di responsabilità dello stesso. La Corte ha poi ritenuto che un sistema basato sulla responsabilità oggettiva non comporta di per sé una distorsione della concorrenza intracomunitaria e che il sistema non è sproporzionato, dichiarando come la sicurezza stradale rappresenti una questione di interesse generale che può giustificare il sistema (l'imposizione automatica di una multa al datore di lavoro per le infrazioni commesse dai dipendenti) senza ulteriori spiegazioni.

Nell'ambito della normativa relativa al trasporto su strada e sistemi di responsabilità, vedi anche C-210/10, *Urbán*: il regolamento 3821/85 (come modificato dal regolamento n. 561/2006) descrive gli obblighi del datore di lavoro e dei conducenti relativi all'utilizzo dell'apparecchio di controllo e dei fogli di registrazione richiede esclusivamente che le sanzioni siano effettive, proporzionate, dissuasive e non discriminatorie; non contiene norme riguardo a come stabilire tali sanzioni nazionali, né stabilisce criteri espliciti per quel che riguarda la valutazione della proporzionalità delle stesse. In mancanza di un'armonizzazione della normativa europea nel settore del regime sanzionatorio in questione, gli Stati Membri possono scegliere quelle che appaiono loro appropriate, esercitando in ogni caso tale competenza nel rispetto del diritto UE e dei suoi principi generali (ivi compreso quello di proporzionalità). Il sistema di responsabilità oggettiva introdotto dalla normativa ungherese appare giustificato poiché spinge i conducenti a rispettare le disposizioni del Reg. n. 3821/85 e, in particolare, poiché sicurezza stradale e miglioramento delle condizioni sociali dei conducenti rivestono un interesse generale. La normativa nazionale in questione stabiliva tuttavia una sanzione forfettaria per qualsiasi violazione delle disposizioni relative all'utilizzo dei fogli di registrazione, senza distinguere tra natura e gravità delle differenti violazioni, e risultava quindi sproporzionata rispetto agli obiettivi perseguiti.

civilistico¹²¹. Viene ulteriormente sottolineata la necessità che il rimedio risulti analogo a quello applicabile alle violazioni del diritto nazionale simili per natura e importanza, e che il rimedio deve essere effettivo, proporzionato e dissuasivo; il sistema sanzionatorio deve quindi apparire comparabile a quelli eventualmente già presenti nell'ordinamento nazionale¹²².

Va in ogni caso sottolineato come la libertà di scegliere il modo ed i mezzi destinati a garantire l'attuazione di una direttiva nulla toglie all'obbligo, per ciascuno degli Stati membri destinatari, di adottare tutti i provvedimenti necessari a garantire la piena efficacia della direttiva in questione, conformemente allo scopo che essa persegue¹²³.

Nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02¹²⁴, concernenti il regime sanzionatorio collegato alla disciplina comunitaria sul diritto societario, L'AG Kokott ha ricostruito in maniera assai puntuale i criteri di *efficacia, proporzionalità e capacità dissuasiva*; "Efficace è una disciplina sanzionatoria strutturata in modo tale che l'irrogazione della sanzione prevista (e quindi la realizzazione degli scopi previsti dal diritto comunitario non venga resa praticamente impossibile o eccessivamente difficile", discendendo dal principio di effettività che va applicato in tutti i casi in cui una fattispecie ha una relazione con il diritto comunitario, ma non esiste una disciplina comunitaria, con la conseguente applicazione delle norme nazionali.

Una sanzione dissuasiva "induce l'individuo ad astenersi dal violare gli scopi e le norme di diritto comunitario"; a questo scopo rilevano il tipo e l'intensità della sanzione ma anche la possibilità/probabilità che venga irrorata.

Per quel che riguarda il criterio della proporzionalità della misura sanzionatoria, essa discende dalla sua idoneità al perseguimento degli scopi (e quindi dalla sua efficacia e

¹²¹ C-186/98, *Procedimento penale a carico di Maria Amélia Nunes ed Evangelina de Matos* in particolare v. par. 14. Nello specifico, in aggiunta ai rimedi di diritto civile menzionati dalla normativa comunitaria relativa al Fondo sociale europeo (Regolamento 2950/83 concernente i compiti del Fondo sociale europeo: in particolare sono previste la sospensione, la riduzione, il ritiro e/o il recupero di aiuti utilizzati in modo improprio) il diritto portoghese prevedeva sanzioni penali.

¹²² Con riguardo alla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro v. C-520/03 *José Vicente Ojano Valero c Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*: la Cgue ha dichiarato che le tutele previste nel caso in cui un licenziamento venga dichiarato illegittimo da un tribunale, debbano esistere anche quando tale conclusione sia raggiunta nel corso di una procedura di conciliazione.

¹²³ V. C- 268/06 *Impact*, nel quale la Cgue ha anche rilevato che, in tutti i casi in cui disposizioni di una direttiva appaiano incondizionate e sufficientemente precise, possono essere invocate dai singoli nei confronti dello Stato, anche in qualità di datore di lavoro. Vedi. anche *infra* per quel che riguarda il riferimento alla causa 14/83, *von Colson e Kamann*, par. 15

¹²⁴ C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Procedimenti penali a carico di Silvio Berlusconi e altri*

dissuasività) e dal fatto di risultare necessaria per conseguire questi fini; qualora sia possibile una scelta tra misure che risultino ugualmente appropriate, va quindi privilegiata quella che risulti meno gravosa.

L'AG Kokott conclude altresì nel senso che la valutazione della misura sanzionatoria nazionale sulla base di questi criteri va condotta sulla base del caso concreto, tenendo conto del ruolo delle norme nell'ordinamento giuridico complessivo, "ivi compreso lo svolgimento della procedura e delle peculiarità di quest'ultima dinanzi alle diverse autorità nazionali".

Dalla giurisprudenza della Corte si può determinare quindi che il sistema di rimedi messo a disposizione dal diritto nazionale deve prevedere un'adeguata protezione giuridica (risarcimento commisurato a natura e grado di interferenza con i diritti individuali), e che gli SM hanno l'obbligo di predisporre apparati sanzionatori effettivi, proporzionati e dissuasivi. Inoltre, il diritto degli SM di determinare la forma e la portata dei rimedi è subordinato al rispetto dei principi fondamentali del diritto comunitario, che comprendono tra l'altro il principio generale di uguaglianza e di non discriminazione. La Corte tuttavia non esplicita come si svolga l'analisi dalla quale deriva la decisione relativa alla compatibilità di un determinato rimedio o sistema sanzionatorio.

Inoltre, emerge la difficoltà di formulare criteri dotati di portata generale e, in particolare, con un contenuto specifico riguardante il significato dei requisiti di efficacia, proporzionalità e capacità dissuasiva, con la conseguenza che solo un limitato grado di uniformità/armonizzazione nell'ambito considerato appare possibile, al di là della necessità di determinare il rimedio alla luce delle circostanze concrete di ogni singolo caso e di tenere in considerazione in particolare il principio di equivalenza, che può implicare un superamento dei requisiti minimi di efficacia e capacità dissuasiva nel caso in cui le normative nazionali già prevedano sanzioni/rimedi più severi per determinate circostanze.

2.1 - Sistemi sanzionatori e non-discriminazione

Le Direttive 2000/43, 2000/78 e 76/207 (2006/54), adottate con lo specifico obiettivo di combattere la discriminazione conferiscono agli SM un ampio potere discrezionale per l'applicazione degli obiettivi di pari opportunità e della parità di trattamento a prescindere da sesso, razza o origine etnica, religione, disabilità, età o orientamento sessuale. Per quel che riguarda l'aspetto specifico dell'apparato sanzionatorio "Gli stati membri determinano le sanzioni da irrogare in caso di violazione

[...] e prendono tutti i provvedimenti necessari per la loro applicazione. Le sanzioni, che possono prevedere un risarcimento del danno, devono essere effettive, proporzionate, dissuasive”¹²⁵. Appare evidente dalla lettera dell’articolo come il risarcimento¹²⁶ non debba essere necessariamente l’unica forma di sanzione prevista per la violazione delle misure nazionali che danno attuazione alle direttive 43 e 78 del 2000 che, infatti, non contengono una norma come l’art. 18 Dir. 54/06 che stabilisce invece che “gli Stati Membri introducono le misure necessarie per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazioni reali e effettivi, da essi stessi stabiliti in modo da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito”.

Da un’analisi della giurisprudenza Ggue emerge una costante e consistente elaborazione sul tema specifico di sanzioni e rimedi, a partire da *von Colson e Kamann, Johnston*¹²⁷, *Marshall*¹²⁸ e *Levez*¹²⁹: numerosi aspetti e snodi teorici della giurisprudenza comunitaria sulle sanzioni antidiscriminatorie sono stati ripercorsi dalla Cgue nella recente sentenza *Accept*¹³⁰. L’Accept, organizzazione non governativa con la finalità di promuovere e tutelare i diritti degli omosessuali ha presentato una denuncia nei confronti del sig. Becali e della squadra di calcio dello Steaua sostenendo una discriminazione diretta fondata sulle tendenze sessuali in violazione del principio della parità di trattamento in materia di assunzioni. La Corte d’Appello rumena che ha formulato la

¹²⁵ Art. 15 dir. 43/00 e art. 17 Dir. 78/00

¹²⁶ Che in ogni caso, deve risultare idoneo a compensare il discriminato per il danno subito, deve essere proporzionato (riflettere gravità della lesione) e idoneo a determinare un effetto dissuasivo

¹²⁷ Causa 222/84, *Marguerite Johnston c Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*

¹²⁸ C-271/91, *M.H. Marshall c Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*

¹²⁹ C-326/96, *Levez c TH Jennings (Harlow Pools) Ltd.* La Cgue in particolare ha stabilito che il giudice nazionale (l’unico ad avere una conoscenza diretta delle modalità procedurali dei ricorsi in materia di diritto del lavoro), deve esaminare l’oggetto e gli elementi essenziali dei ricorsi di natura interna tra i quali si asserisce che sussista un’analogia. Agli stessi spetta verificare che le modalità procedurali destinate a garantire, nel diritto interno, la tutela dei diritti derivanti ai singoli dal diritto comunitario siano conformi al principio dell’equivalenza. Vd. anche C-261/95 *Palmisani*, parr. 34-38, nella quale la Corte ha specificato che la comparazione ad opera del giudice nazionale deve avere riguardo all’oggetto e agli elementi essenziali del regime nazionale di riferimento. La Cgue ha ulteriormente sottolineato il rispetto dell’autonomia procedurale dei singoli SM nella successiva *Preston (C-78/98 Shirley Preston e altri contro Wolverhampton Healthcare NHS Trust e altri e Dorothy Fletcher e altri contro Midland Bank plc.*, in Racc., 2000, p. 3201 ss.), nella quale ha indicato come il giudice nazionale sia l’unico in possesso delle competenze procedurali per determinare la comparazione. Cfr. Mengozzi P., *La tutela davanti ai giudici nazionali dei diritti riconosciuti ai singoli*, pp. 53 e ss.

¹³⁰ C-81/12, *Asociația Accept c Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*

domanda pregiudiziale in particolare si chiedeva se dichiarazioni rilasciate nel contesto di un'intervista¹³¹ potessero essere qualificate “fatti sulla base dei quali si può argomentare che sussiste discriminazione”.

La Cgue ha chiarito che nel contesto di un procedimento di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, le Corte può solo fornire al giudice nazionale gli elementi interpretativi presenti nel diritto dell'Unione che possono risultare utili ai fini della decisione. Non rientra nella giurisdizione europea valutare/esprimersi sulle circostanze che hanno dato origine alla controversia; di conseguenza solo il giudice nazionale è competente a pronunciarsi sui fatti del procedimento principale.

All'associazione *Accept* viene riconosciuta dalla Cgue la facoltà di avviare procedimenti (giurisdizionali o amministrativi) volti ottenere il rispetto degli obblighi derivanti dalla Direttiva, qualificando l'associazione come “persona interessata”, e il non aver preso le distanze dalle dichiarazioni controverse da parte del datore di lavoro costituisce un elemento di cui il giudice può tener conto nella valutazione complessiva dei fatti, permettendo che si costituisca la presunzione di una politica di assunzione discriminatori, con la conseguente inversione dell'onere della prova qualora siano dimostrati dall'attore i fatti sulla base dei quali si può argomentare la sussistenza della discriminazione¹³².

Per quel che riguarda le sanzioni previste dall'art. 17 della direttiva 2000/78, esse devono essere definite dagli Stati Membri e caratterizzate da effettività, proporzionalità e dissuasività, criteri valutabili dal giudice del rinvio. Il sistema sanzionatorio nazionale - istituito per trasporre la direttiva conformemente agli obblighi di risultato a cui sono tenuti

¹³¹ Nel contesto di un'intervista relativa all'eventuale trasferimento di un calciatore professionista ed alle presunte tendenze sessuali di quest'ultimo, il sig. Becali aveva rilasciato dichiarazioni da cui si evincerebbe la preferenza di avvalersi di un giocatore della squadra giovanile piuttosto che ingaggiare un calciatore presentato come omosessuale

¹³² Sul punto vedi *Feryn (C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c Firma Feryn NV)*, par. 31-32. La Cgue considera che dichiarazioni pubbliche di volontà discriminatoria, che producono un effetto di “scoraggiamento” nell'accesso al lavoro nei soggetti oggetto della prospettata disparità di trattamento implica l'inversione dell'onere della prova, con la conseguente necessità per il datore di dimostrare l'assenza di discriminazione.

gli Stati membri - deve garantire una tutela giuridica effettiva ed efficace dei diritti derivanti dalla direttiva in oggetto¹³³.

La severità delle sanzioni deve in particolare risultare adeguata alla gravità delle violazioni che esse reprimono e comportare un effetto realmente deterrente e non appaia come “meramente simbolica”, fermo restando il rispetto del principio di proporzionalità.

E' possibile che una sanzione non pecuniaria rivesta un carattere non meramente simbolico¹³⁴, soprattutto se essa è corredata di un adeguato livello di pubblicità e qualora, nell'eventualità di un ricorso per responsabilità civile, essa agevoli la prova di una discriminazione nell'accezione di predetta direttiva¹³⁵.

¹³³ C 14/83 *von Colson e Kamann* nella quale la Corte stabilisce che la direttiva n. 76/207 non impone che la discriminazione basata sul sesso in occasione dell'accesso al lavoro sia repressa mediante l'obbligo imposto al datore di lavoro di stipulare un contratto con il discriminato.

La direttiva n. 76/207, benché lasci agli Stati Membri la libertà di scelta fra le varie soluzioni atte a reprimere la violazione del divieto di discriminazione, implica tuttavia che se uno Stato persegue l'opzione dell'indennizzo, questo deve comunque essere adeguato rispetto al danno subito e deve quindi andare oltre un risarcimento puramente simbolico quale, ad esempio, il mero rimborso delle spese.

La Corte di giustizia ha rilevato che un tale rimedio fosse inadeguato, ma ha dichiarato che non vi è alcun diritto a una sanzione specifica (quindi nessun obbligo, per i datori di lavoro che discriminano nell'accesso al lavoro, di concludere un contratto di lavoro con il candidato discriminato a titolo di sanzione, come i ricorrenti avevano suggerito). La Cgue ha inoltre indicato come possibili sanzioni a disposizione degli SM in un tale scenario "disposizioni che impongono al datore di lavoro di offrire un posto al candidato discriminato o dare al candidato un adeguato compenso finanziario, e, se necessario, un sistema di multe"

¹³⁴ Nell'analisi su questo punto la Cgue fa esplicito riferimento a *Feryn*, una sentenza che affronta numerosi elementi del sistema di tutela antidiscriminatoria definito in ambito nazionale. Si afferma in primo luogo come lo SM possa prevedere che le associazioni che abbiano legittimo interesse a far garantire il rispetto degli obblighi derivanti dalla direttiva possano avviare procedure giurisdizionali e/o amministrative senza agire in nome di denunciante determinato/identificabile; la direttiva 2000/43 (e le sanzioni ex art. 17) trova quindi applicazione anche qualora le vittime non siano immediatamente identificabile. Per quel che riguarda l'aspetto specifico delle misure sanzionatorie concretamente adottabili in assenza di un soggetto leso, il giudice nazionale potrà adottare provvedimenti di varia natura come ad esempio la dichiarazione della discriminazione, che sia dotata di adeguato rilievo pubblicitario, l'ingiunzione al datore di lavoro di porre fine alle pratiche discriminatorie, oppure un sanzione pecuniaria e/o risarcimento danni in favore dell'organismo che ha avviato l'azione.

¹³⁵ Vd. *Accept*, par. 68

Il giudice del rinvio deve verificare l'adeguatezza di una sanzione ridotta come un semplice ammonimento rispetto ad una situazione come quella del procedimento principale¹³⁶ e, nello specifico, il suo carattere dissuasivo¹³⁷.

In particolare, per quel che riguarda la gravità delle violazioni del principio in oggetto, l'esistenza di un possibile ricorso per responsabilità civile non sana di per sé eventuali carenze sul piano dell'effettività, proporzionalità e deterrenza della sanzione¹³⁸, le cui caratteristiche devono essere eventualmente valutate e interpretate dai giudici nazionali per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva in questione, così da conseguire il risultato e gli obiettivi perseguiti dalla stessa.

2.2 - La Cgue e le sanzioni all'abuso del lavoro a tempo determinato

Gli obiettivi della Direttiva 99/70, nell'attuare l'accordo quadro stipulato ex art. 155 (2) TFUE fanno esplicito riferimento al miglioramento della qualità del lavoro a tempo

¹³⁶ Vedi per analogia *Marshall* (par. 25), nella quale la Cgue aveva stabilito che, ai sensi dell'art. 6 della direttiva 76/207, gli SM sono tenuti ad adottare i provvedimenti necessari a permettere a tutti coloro che si ritengono lesi da una discriminazione di far valere in giudizio i propri diritti. Tale obbligo presuppone che tali provvedimenti siano sufficientemente efficaci per permettere il conseguimento dello scopo della direttiva e possano essere effettivamente fatti valere dagli interessati dinanzi ai giudici nazionali. Di conseguenza, se la direttiva 76/207 lascia agli SM, per sanzionare la violazione del divieto di discriminazioni, la libertà di scegliere fra diverse soluzioni idonee a realizzare il suo obiettivo, essa implica però che, qualora sia il risarcimento pecuniario ad essere deciso nell'ipotesi di un licenziamento discriminatorio, avvenuto in violazione dell'art. 5, n. 1, tale risarcimento sia adeguato, nel senso che consenta di compensare integralmente i danni effettivamente subiti a seguito del licenziamento discriminatorio, secondo le norme nazionali applicabili.

¹³⁷ In questo caso il riferimento della Corte è a *Daemphael*, par. 40. La Cgue, in *Draehmpaehl*, ha ulteriormente definito i concetti di tutela giuridica effettiva ed efficace ed effetto deterrente, sulla base della considerazione che l'obiettivo della normativa antidiscriminatoria stabilita in ambito comunitario ha caratteristiche soprattutto di prevenzione e che le sanzioni devono incoraggiare i datori di lavoro ad adottare le misure necessarie per combattere tutte le forme di discriminazione. Il giudice nazionale deve prendere in considerazione l'impatto del rimedio sul soggetto responsabile della violazione del diritto comunitario, in modo che esso ed altri potenziali soggetti discriminatori siano incentivati a non ripetere le stesse azioni.

Il criterio della capacità dissuasiva/deterrenza si sovrappone a quello dell'efficacia della tutela prevista in ambito nazionale: la Corte di Giustizia ha statuito che sanzioni inefficaci come quelle riscontrate nella causa di cui sopra (Nello specifico, "disposizioni legislative nazionali che stabiliscono il presupposto della colpa per il risarcimento del danno subito a causa di una discriminazione basata sul sesso all'atto di un'assunzione", un limite massimo di tre mensilità retributive per il risarcimento cui può aver diritto un candidato oggetto di discriminazione, nonché un limite massimo cumulativo di sei mensilità qualora più candidati chiedano un risarcimento) non avrebbero alcun effetto realmente dissuasivo nei confronti del datore di lavoro, come invece previsto dalla direttiva. Tale prospettiva è stata confermata nella sentenza *Preston*, con la quale Corte si è pronunciata in riferimento a termini di prescrizione o decadenza irragionevolmente brevi in rapporto al diritto o categoria di diritti fatti valere, sottolineando la necessità che anche le norme nazionali in tema di prescrizione o decadenza non annullino "l'essenza stessa dei diritti" (p. 41)

¹³⁸ E' emerso in corso di causa che, quando un'associazione non agisce per conto di determinate vittime di una discriminazione, potrebbe rivelarsi difficile dimostrare l'esistenza di un danno in capo ad una siffatta associazione ai sensi delle pertinenti norme del diritto nazionale.

determinato nell'Unione, in particolare attraverso l'applicazione del principio di non discriminazione e tramite la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti. L'ambito di applicazione dell'accordo in questione si estende a tutti i lavoratori a tempo determinato - ad eccezione di quelli messi a disposizione di un'azienda utilizzatrice da parte di un'agenzia di lavoro interinale¹³⁹ - nell'ottica di ridurre la precarietà soprattutto in caso in cui le esigenze alla base dell'assunzione a tempo determinato si rivelino permanenti e non di natura temporanea.

Al fine specifico di riflettere la varietà delle pratiche nazionali esistenti negli Stati Membri, la direttiva ha lasciato un certo margine di discrezionalità agli ordinamenti nazionali sia relativamente alla definizione di contratti "successivi"¹⁴⁰ che alla formula da applicare per prevenire il ricorso abusivo a contratti a tempo determinato. Ai sensi della clausola 5, quindi, il diritto nazionale, in assenza di misure nazionali equivalenti, può introdurre misure che richiedano ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei contratti a termine, ma può altresì porre un limite alla durata massima totale dei contratti a tempo determinato successivi, o limitare il numero dei rinnovi consentiti¹⁴¹.

Proprio nell'ambito delle misure di prevenzione degli abusi, e con specifico riferimento all'apparato sanzionatorio, viene introdotta dalla Direttiva la possibilità per gli Stati Membri di stabilire la conversione di un rapporto a tempo determinato abusivo, esteso oltre i limiti previsti o reiterato in maniera illegittima: va sottolineato tuttavia come

¹³⁹ Nel preambolo della direttiva si fa esplicito riferimento all'intenzione di "considerare la necessità di un analogo accordo relativo al lavoro interinale". Per quel che riguarda l'aspetto specifico dell'ambito di applicazione però, nella recente causa C-290/12, *Della Rocca c Poste Italiane* il Tribunale di Napoli ha interrogato la Cgue riguardo la vincolatività dell'ambito di applicazione e la conseguente applicabilità della normativa in questione al caso del sig. Della Rocca, che aveva prestato servizio presso le Poste stipulando tre contratti di lavoro a tempo determinato successivi sulla base di un contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato concluso dalle Poste con una società di fornitura di lavoro temporaneo. La conclusione della Corte si è basata sulla constatazione che l'esclusione - che, come accennato, compare nel preambolo dell'accordo quadro - della clausola 3.1 implica che soltanto il rapporto di lavoro concluso direttamente con il datore di lavoro rientra nell'ambito dell'accordo. La Corte quindi reputa che sia la Dlr. 99/70 che l'accordo quadro devono essere interpretati nel senso che non si applicano né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra un lavoratore interinale e un'agenzia di lavoro interinale né al rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale lavoratore e un'impresa utilizzatrice.

¹⁴⁰ Clausola 5.2, lett. a)

¹⁴¹ Clausola 5.1 "Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali a norma delle leggi, dei contratti collettivi e della prassi nazionali, e/o le parti sociali stesse, dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti."

questa specifica possibilità sia rimessa alla discrezionalità degli Stati Membri¹⁴², e che, al contrario delle previsioni dell'accordo, il testo della Direttiva, non faccia riferimento alla predisposizione di sanzioni specifiche ma affermi semplicemente che gli SM "devono prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla presente direttiva"¹⁴³. Va sottolineato come, all'epoca dell'introduzione della Direttiva, in numerosi Stati Membri, il ricorso ai contratti di lavoro a tempo determinato fosse già regolato in maniera consistente e di conseguenza la normativa comunitaria non abbia sostanzialmente alterato gli ordinamenti già compatibili con il diritto dell'Unione per la presenza di "misure equivalenti".

D'altro canto, va anche considerato come la Direttiva in questione non faccia riferimento a numerosi aspetti di grande rilevanza per quel che riguarda il ricorso ai contratti a tempo determinato per i quali non definisce standard minimi¹⁴⁴, concedendo quindi un notevole raggio di azione alla discrezionalità agli Stati Membri. In particolare, la Dir. 99/70 non impone nessuna regola specifica per quel che riguarda le caratteristiche del primo contratto/rapporto di lavoro a tempo determinato, le ragioni poste alla base dello stesso nonché suoi eventuali limiti di durata¹⁴⁵. Come accennato in precedenza, la discrezionalità degli Stati Membri si esercita anche con riguardo agli strumenti nazionali per la prevenzione di abusi, e specificatamente nella misura in cui la Direttiva 99/70 consente agli ordinamenti nazionali di giustificare la stipula di successivi contratti di lavoro a tempo determinato sulla base di ragioni obiettive, rispetto alle quali la Cgue ha rapidamente prodotto una serie di indicazioni relative alla loro natura ed estensione¹⁴⁶.

¹⁴² "Gli Stati membri [...] dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato [...] devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato." Clausola 5.2 lett. b), corsivo dell'autore

¹⁴³ Vedi art. 2 Dir. 99/70 e *infra* con riferimento alle determinazioni della Cgue in *Adelener*, par. 91 e *Marrosu e Sardino*, par. 57

¹⁴⁴ L'assenza di standard effettivi era stata avvertita già a ridosso dell'entrata in vigore della normativa comunitaria. V. sul punto J. MURRAY, *Normalising Temporary Work. The proposed Directive on Fixed Term Work*, in *Industrial Law Journal* 28 (1999), p. 275

¹⁴⁵ In questo senso, nella recente sentenza *Vino* (C20/10), la Corte ha concluso nel senso che la clausola di non regresso della Dir. 99/70 non osta a una normativa nazionale che, contrariamente al regime giuridico applicabile in precedenza, consente a un'impresa un (primo o unico) contratto di lavoro a tempo determinato, senza dover indicare le ragioni obiettive che normalmente giustificano il ricorso a un contratto concluso per una siffatta durata, sulla base del fatto che la normativa in questione non è collegata all'attuazione di detto accordo quadro. Al giudice nazionale spetta determinare in che misura le modifiche normative, abbiano ridotto il livello di tutela dei lavoratori a tempo determinato, confrontando in particolare il trattamento previsto dalle vere disposizioni.

¹⁴⁶ Vedi *infra* per la giurisprudenza della Cgue sul tema in *Adelener e Marrosu e Sardino*

A livello dell'Unione, come detto, la tutela sanzionatoria non impone allo Stato di adottare la misura della conversione a tempo indeterminato dei rapporti a termine abusivi e può essere adottata anche un'altra misura che abbia carattere "effettivo, proporzionato e dissuasivo". Inoltre, la clausola di *non regresso* consente allo Stato membro di modificare la propria normativa interna anche in senso peggiorativo per singoli settori o aspetti della normativa precedente, purché vi sia un motivato bilanciamento complessivo che garantisca sul piano generale il livello di tutela minimo previsto dall'accordo quadro medesimo, soprattutto sotto il profilo di idonee misure preventive degli abusi¹⁴⁷.

Per quello che riguarda le opzioni percorribili dagli Stati Membri nella scelta di misure dirette alla prevenzione e sanzione degli abusi, la Corte ha rilevato nel caso *Impact* che, la clausola 5, punto 1, di questo stesso accordo quadro, la quale assegna agli Stati Membri un obiettivo di portata generale, consistente nella prevenzione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato, ma lascia ad essi la scelta dei mezzi per conseguirlo¹⁴⁸.

Proprio sul tema specifico della discrezionalità degli Stati Membri intervengono le sentenze *Adeneler*¹⁴⁹ e *Marrosu*¹⁵⁰ e *Sardino*, nelle quali i governi greco ed italiano hanno provato a giustificare la possibilità di un numero indefinito di rinnovi per i contratti a tempo determinato nel settore pubblico sulla base, in particolare, del fatto che questa situazione derivasse direttamente dalle previsioni legislative nazionali; di conseguenza la semplice previsione di una norma legislativa o regolamentare costituiva in questa prospettiva la ragione obiettiva che giustificava la presenza di contratti a tempo determinato successivi.

¹⁴⁷ Nella sentenza *Angelidaki* (cause riunite da C-378/07 a C380/07), la Cgue ha affermato che la verifica vada condotta con riguardo all'insieme della normativa di tutela del lavoro a tempo determinato; occorre quindi valutare il livello di tutela applicabile ai lavoratori a tempo determinato (derivante da una "norma equivalente" ex clausola 5.1) ma altresì il "livello generale di tutela" applicabile ai lavoratori interessati da una successione di contratti e a quelli con un primo/unico contratto a tempo determinato (v. punti 120-121, 123, 125-126, dispositivo 3)

¹⁴⁸ Con la conseguenza che, al contrario dell'art. 4.1 (relativo al divieto di ingiustificate disparità di trattamento dei lavoratori a tempo determinato) non può essere considerata incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale. Vedi in particolare i parr. 57-58, 60, 68, 70, 73, 79-80, dispositivo 2

¹⁴⁹ C-212/04, *Adeneler c Ellikinos Organismos Galaktos*

¹⁵⁰ C-53/04, *Marrosu e Sardino c Azienda Ospedaliera Ospendale San Martino Di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*. Per un ampio commento su questi due casi, vedi L. Zappala, *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's jurisprudence*, *Industrial Law Journal* 35 (2006), pp. 439 -

La Cgue ha riscontrato l'incompatibilità di una giustificazione astratta e generale con la clausola 5 della Direttiva 99/70, e ha definito le ragioni obiettive come "circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività", collegate al particolare contesto, alla natura e caratteristiche delle mansioni o al perseguimento di una finalità di politica sociale di uno Stato Membro¹⁵¹, la cui discrezionalità appare quindi limitata dalla necessità di garantire il risultato imposto dal diritto dell'Unione. Proprio la finalità antiabusiva della normativa comunitaria verrebbe ad essere inficiata da una disposizione esclusivamente formale e che non giustifica in modo specifico l'utilizzo di contratti a tempo determinato successivi sulla base dell'esistenza di fattori oggettivi¹⁵².

Una particolare attenzione è stata quindi riservata all'aspetto preventivo/sanzionatorio della reiterazione abusiva dei contratti a termine; la normativa greca è stata ritenuta incompatibile con la Direttiva perché non solo non prevede alcuna delle misure in essa contenute al fine di prevenire gli abusi ma in quanto non prevede misure equivalenti che permettano, comunque, di evitare gli abusi. Se da un lato la sanzione della conversione è esplicitamente prevista dalla Direttiva¹⁵³, agli Stati Membri è rimessa la facoltà di stabilire a quali condizioni applicarla¹⁵⁴: ciò nonostante, la Corte ha sottolineato la necessità dell'imposizione di una sanzione alternativa adeguata a garantire l'efficacia della disciplina europea e non meno favorevole di quella applicabile a situazioni interne.

Di conseguenza, se l'ordinamento interno non prevede altre misure effettive per prevenire/sanzionare l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato successivi, l'accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo

¹⁵¹ *Adeneler*, parr. 69-71

¹⁵² *Adeneler*, par. 72

¹⁵³ FRANZA, *Il lavoro a termine nell'evoluzione dell'ordinamento*, pp. 164 e ss.

¹⁵⁴ Va altresì sottolineato come nelle conclusioni dell'AG Kokott, fosse stata considerata legittima la diversificazione della disciplina sanzionatoria per violazione degli intervalli tra i contratti e quella relativa al limite di durata complessiva del rapporto derivante dai rinnovi, confermando la discrezionalità degli SM rispetto alla scelta delle condizioni alle quali adottare la sanzione di tipo conservativo. *Adeneler*, Conclusioni AG, parr. 79 e 89.3b. Nella ordinanza *Vassilakis* (emessa su domanda di pronuncia pregiudiziale proposta in causa C-364/07), oltre a precisare gli obblighi di interpretazione conforme del giudice nazionale definiti in *Adeneler* e *Sorge* (C-98/09, spetta al giudice del rinvio, qualora ritenesse di concludere per l'incompatibilità con il diritto Ue della normativa nazionale operarne, per quanto possibile, un'interpretazione conforme alla Direttiva 99/70 e allo scopo perseguito dall'accordo quadro), la Corte ha affermato che "il principio dell'effetto utile del diritto comunitario e l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato" consentono che a procedere alla riqualificazione/conversione dei contratti sia competente un'autorità amministrativa indipendente. Spetta tuttavia al giudice del rinvio vegliare a che sia garantito il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, nel rispetto dei principi di effettività e di equivalenza.

indeterminato una successione di contratti a tempo determinato abusivi che hanno soddisfatto «fabbisogni permanenti e durevoli» del datore di lavoro¹⁵⁵. La clausola 5.1, dell'accordo quadro impone dunque agli Stati Membri, al fine di prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure enumerate in tale disposizione, qualora il diritto nazionale non preveda già misure equivalenti. Spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono risultare solo proporzionate, ma anche sufficientemente effettive e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro¹⁵⁶.

La necessità della previsione di sanzioni (anche) alternative alla tutela conservativa¹⁵⁷ è stata confermata dalle sentenze *Marrosu e Sardino* nonché *Vassallo*, che hanno esaminato l'ordinamento italiano ed in particolare il divieto di trasformazione del contratto a termine nel pubblico impiego. La Cgue ha stabilito quindi la legittimità di un sistema nazionale che diversifica l'apparato sanzionatorio tra lavoro privato e lavoro pubblico, impedendo in particolare la conversione a tempo indeterminato derivante dall'utilizzo abusivo di una successione di contratti o di rapporti da parte di un datore di lavoro pubblico, mentre tale trasformazione è prevista per il settore privato.

Affinché una normativa nazionale risulti compatibile con il quadro comunitario è tuttavia necessario che sia definito un complesso di misure antiabusive dotate di sufficiente *effettività* e *dissuasività*, nel rispetto in particolare dei principi di equivalenza e proporzionalità¹⁵⁸.

¹⁵⁵ *Adeneler*, par. 105, dispositivo 3

¹⁵⁶ *Adeneler*, par. 95

¹⁵⁷ Tra le quali viene espressamente menzionato il risarcimento del danno

¹⁵⁸ *Vassallo*, par. 42 e dispositivo. In seguito ad alcune modifiche normative, con l'ordinanza *Affatato* (1.10.2010, C-3/10 *Affatato*), la Cgue ha avuto modo di affermare che una disciplina relativa al settore pubblico che faccia riferimento a una durata massima oltre la quale il contratto di lavoro è ritenuto concluso a tempo indeterminato e preveda, a favore del lavoratore che ha prestato lavoro per un periodo superiore a sei mesi, un diritto di priorità nelle assunzioni e il risarcimento del danno per violazione di norme imperative, oltre a specifiche conseguenze per il datore di lavoro responsabile (nello specifico, l'obbligo di restituire all'amministrazione le somme versate a tale titolo quando la violazione sia dolosa o derivi da colpa grave, l'impossibilità del rinnovo dell'incarico dirigenziale del responsabile, nonché la presa in considerazione di detta violazione in sede di valutazione del suo operato) soddisfa i requisiti di efficacia, effettività, dissuasività, equivalenza e proporzionalità già definiti dalla Cgue nella sua giurisprudenza (vedi in particolare parr. 45-47)

La sentenza *Angelidaki* conferma i principi elaborati dalla menzionata giurisprudenza, in particolare per quel che riguarda il ruolo del giudice nazionale nel verificare l'effettività delle misure nazionali, specificando che la trasposizione nazionale della normativa comunitaria non può compromettere la protezione derivante dalle misure equivalenti già presenti nell'ordinamento¹⁵⁹.

Con riferimento specifico alla sanzione della conversione del rapporto in lavoro a tempo indeterminato, la clausola di "non regresso" non impedisce che una normativa nazionale da un lato non preveda più la conversione¹⁶⁰ (a differenza di una norma di diritto interno previgente) e dall'altro escluda i lavoratori con un primo/unico contratto di lavoro a tempo determinato dalle misure di tutela previste dall'accordo quadro, quando tali modifiche coinvolgano una categoria circoscritta di lavoratori a tempo determinato o siano controbilanciate dall'adozione di altre misure antiabusive. Il divieto di *reformatio in pejus* implica che l'attuazione dell'accordo quadro a opera di una normativa nazionale non possa ridurre la tutela in precedenza applicabile nell'ordinamento giuridico interno ai lavoratori a tempo determinato ad un livello inferiore rispetto a quello determinato dalle disposizioni di tutela minima previste dall'accordo quadro medesimo¹⁶¹.

Sul tema del potere discrezionale degli Stati Membri nella definizione delle sanzioni per l'abuso di contratti a tempo determinato¹⁶² la Cgue stabilisce che, anche in sede di trasposizione della normativa comunitaria¹⁶³, qualora l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato preveda altre misure effettive per prevenire e sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, una norma nazionale che vieti in modo assoluto la conversione a tempo indeterminato per il solo settore pubblico deve essere considerata compatibile con il diritto dell'Unione.

Come accennato, al giudice del rinvio spettano specifici obblighi di verifica della presenza di sanzioni adeguate ed effettive, tesi a valutare se le condizioni di applicazione e l'applicazione effettiva delle disposizioni nazionali rendano il sistema adeguato ai suoi

¹⁵⁹ La situazione giuridica derivante dalle varie misure del diritto nazionale deve risultare sufficientemente precisa e chiara, in maniera tale che i beneficiari siano messi in grado di conoscere in modo completo il contenuto dei loro diritti ed eventualmente avvalersene in sede giudiziaria

¹⁶⁰ O, come nel caso di specie, collega la conversione stessa al rispetto di condizioni cumulative e restrittive

¹⁶¹ Vedi *Angelidaki*, par. 87, dispositivo 1

¹⁶² Nel caso di specie, le ricorrenti sostenevano come "il pagamento di uno stipendio e di un'indennità di licenziamento" non avessero finalità antiabusive ma costituissero la sanzione prevista dal diritto comune del lavoro, e come le sanzioni penali e disciplinari già definite dalla normativa nazionale e fossero "risultate totalmente inefficaci" e non applicate a numerose categorie di lavoratori impiegati a tempo determinato (par. 162)

¹⁶³ Trasposizione che era stata specificamente relativa al settore pubblico

scopi preventivi e sanzionatori dell'utilizzo abusivo di contratti/rapporti a tempo determinato da parte della pubblica amministrazione¹⁶⁴.

Nella causa *Jansen*¹⁶⁵, in ultima analisi conciliata e cancellata dal ruolo, l'AG Jääskinen escludeva una differenza "ontologica" tra settore pubblico e privato per quanto concerne l'applicazione delle tutele preventive di cui alla clausola 5.1 della Direttiva 99/70, che potrebbe produrre un livello di tutela alquanto variabile tra i vari Stati Membri in considerazione del diverso ruolo dei settori pubblico e privato nella prestazione di servizi di pubblico interesse. Di conseguenza, far discendere dalla natura pubblica o privata del datore di lavoro specifiche conseguenze con particolare riguardo alla successione di contratti a tempo determinato risulterebbe poco opportuno ai fini del riavvicinamento delle legislazioni nazionali. L'AG concludeva anche escludendo che ragioni di bilancio potessero soddisfare le esigenze definite dalla giurisprudenza della Cgue relativa alle "ragioni obiettive" che giustificano il rinnovo di contratti a tempo determinato.

Analoghe conclusioni (dello stesso AG) hanno in seguito costituito la base per la sentenza *Kücük*¹⁶⁶, emessa in una causa che aveva ad oggetto una successione di tredici contratti a tempo determinato conclusi per motivi di sostituzione a seguito di congedi di personale assunto a tempo indeterminato. La Cgue dopo aver sottolineato come l'esistenza di una ragione obiettiva escluda, in via di principio, un abuso¹⁶⁷ e che la normativa comunitaria non impone la previsione della sanzione specifica della conversione, ha stabilito che un'esigenza temporanea di personale sostitutivo prevista da una normativa nazionale (sia pure tale esigenza emerga in modo ricorrente o permanente) possa costituire una ragione obiettiva ai sensi della clausola 5.1 della Direttiva 99/70.

¹⁶⁴ vedi parr. 177-178, dispositivo 4. Con l'ordinanza *Koukou* la Cgue, confermando la nozione restrittiva di "ragioni obiettive" (collegata quindi all'esistenza di elementi concreti relativi all'attività e alle condizioni del suo esercizio) e consentendo deroghe alla durata massima dei rinnovi o l'esclusione *ratione temporis* dalla disciplina sanzionatoria di determinate categorie di lavoratori (a condizione che questi ultimi beneficino di almeno una delle misure citate dalla normativa comunitaria), ha determinato che misure repressive contro l'abuso di contratti di lavoro a tempo determinato successivi come il versamento della retribuzione e il pagamento di un'indennità e l'applicazione di sanzioni penali e disciplinari, vanno valutate dal giudice nazionale nelle loro condizioni di applicazione concreta per stabilire la loro adeguatezza a l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi.

¹⁶⁵ C-313/10, *Land Nordrhein-Westfalen c Sylvia Jansen*

¹⁶⁶ C-586/10, *Bianca Kücük c Land Nordrhein-Westfalen*

¹⁶⁷ A meno che un esame globale delle circostanze sottese al rinnovo dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato di cui trattasi riveli che le prestazioni richieste del lavoratore non corrispondono ad una mera esigenza temporanea. *Jansen*, par. 51

Le autorità nazionali sono tuttavia chiamate a prendere in considerazione tutte le circostanze, “compresi il numero e la durata complessiva dei contratti o dei rapporti di lavoro a tempo determinato conclusi in passato con il medesimo datore di lavoro”¹⁶⁸ al fine di valutare l’esistenza in concreto di tale ragione obiettiva.

Nella sentenza *Vitari*¹⁶⁹ la Corte ha affermato che l'art. 79 del regime applicabile agli altri agenti delle Comunità¹⁷⁰ impedisce la conclusione di un contratto di lavoro a tempo determinato tra un'istituzione comunitaria e un agente locale qualora la regolamentazione o gli usi applicabile alle condizioni di lavoro degli agenti locali dello Stato di servizio vi si oppongano. In questo caso la Cgue ha demandato al giudice nazionale un ruolo assai rilevante posto che al giudice di rinvio spetta verificare se le circostanze o la natura del lavoro rendessero necessaria la stipula di un contratto a tempo determinato¹⁷¹; inoltre, in caso di risposta negativa, incombe a questo giudice l’obbligo di conversione in un contratto di lavoro a tempo indeterminato¹⁷².

Un ulteriore approccio da considerare relativamente alla compatibilità comunitari degli apparati sanzionatori nazionali collegati alle ipotesi di lavoro a tempo determinato è rappresentato dall’analisi delle interazioni tra questi ultimi ed il principio di non discriminazione/parità di trattamento, in particolare quando si consideri che la nozione di «ragioni oggettive» implica che la disparità di trattamento debba essere giustificata da elementi precisi e concreti che contraddistinguono il rapporto di lavoro nel contesto specifico nel quale si svolge e in base criteri oggettivi e trasparenti, “al fine di verificare se tale disparità risponda ad una reale necessità, sia idonea a conseguire l’obiettivo perseguito e risulti a tal fine necessaria”¹⁷³.

¹⁶⁸ *Jansen*, par. 56

¹⁶⁹ C-126/99, *Roberto Vitari c Fondazione europea per la formazione professionale*

¹⁷⁰ Reg. n. 31 (C.E.E.) 11 (C.E.E.A.) e successive modifiche

¹⁷¹ “Ai sensi dell'art. 3 della regolamentazione della Commissione, i contratti di lavoro degli agenti locali in servizio in Italia devono, in linea di principio, essere conclusi per una durata indeterminata; deroghe a tale principio sono ammesse solo qualora le circostanze o la natura del lavoro esigano la fissazione di un termine. In questo senso, non è ravvisabile alcuna contraddizione tra la detta disposizione e le disposizioni nazionali pertinenti, che a loro volta privilegiano la stipulazione di contratti a tempo indeterminato”. *Vitari*, par. 21

¹⁷² *Vitari*, par. 26

¹⁷³ C-307/05, *Del Cerro Alonso*, par. 58-59, dispositivo 2

2.3 - L'applicazione nazionale dei principi e criteri elaborati a livello comunitario: il contratto a tempo determinato nel contesto italiano

Dall'analisi della giurisprudenza in materia di contratti a termine emergono alcuni aspetti generali, quali il rispetto del principio di parità di trattamento e il divieto di *reformatio in pejus* della disciplina nazionale in occasione dell'applicazione della normativa comunitaria, ma possono essere identificati anche alcune posizioni - adottate in maniera alquanto uniforme - relative all'ambito della tutela antiabusiva e dei meccanismi rimediali.

Va sottolineato infatti come sia stata determinata dalla Corte di Giustizia la non obbligatorietà per gli ordinamenti nazionali di prevedere la sanzione specifica della conversione del rapporto in lavoro a tempo determinato ma, nel contempo, la necessità di predisporre un sistema sanzionatorio effettivo, proporzionato e dissuasivo; in questo senso la discrezionalità degli Stati Membri trova dei limiti nel senso che, in assenza di misure equivalenti, quelle previste dall'accordo quadro risultano essere le sole opzioni regolative percorribili dalle autorità nazionali al fine di prevenire l'utilizzo abusivo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

La materia dei contratti a termine ha anche rappresentato per la Cgue un importante strumento per confermare la rilevanza dell'obbligo del giudice nazionale di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adeguamento del diritto interno al diritto dell'Unione, che si può spingere sino alla non applicazione della normativa interna contrastante, pur in presenza di una direttiva il termine per la cui trasposizione non sia ancora scaduto¹⁷⁴, e che più in generale implica come queste autorità rivestano un ruolo assai particolare nel colmare eventuali (e anche significative) lacune legislative, con un conseguente spostamento dell'analisi dal piano delle fonti a quello dell'interpretazione¹⁷⁵, in particolare per quel che riguarda la valutazione degli apparati di tutela e sanzionatori qui descritti.

¹⁷⁴ Cfr in particolare *Mangold*, vedi *supra*

¹⁷⁵ V. PICCONE, *Contratto a termine*, relazione all'incontro di studio *Il collegato lavoro*, Roma, 16 dicembre 2010

Spetta quindi al giudice nazionale determinare il rispetto dei principi di effettività e di equivalenza¹⁷⁶; il processo di valutazione imposto dalla Cgue alle corti nazionali si basa sui concetti fondamentali di coerenza della disposizione interna con le regole di analoga natura presenti nell'ordinamento e di effettiva dissuasività della specifica misura sanzionatoria.

Va tuttavia considerato come nell'elaborazione di tali criteri, la CGE abbia fornito una serie di requisiti che non sono caratterizzati da un elevato grado di specificità, pervasività e capacità di influenza negli ordinamenti nazionali, e in particolare non sembrano essere in grado di produrre un effetto di uniformazione delle valutazioni dei giudici nazionali negli aspetti considerati sia tra i vari Stati Membri che all'interno dei singoli ordinamenti considerati; le caratteristiche e le specifiche disposizioni previste nei vari contesti nazionali conservano la loro rilevanza rispetto ad una caratterizzazione in senso "comunitario" in particolare del principio di effettività.

Se infatti al fine di valutare la coerenza dello specifico meccanismo sanzionatorio è necessario tenere in considerazione - sia pure ponendo l'accento sul principio di non discriminazione - quanto già previsto dall'ordinamento nazionale per situazioni analoghe, dovrebbe essere possibile determinare la capacità dissuasiva di una norma rispetto alle misure applicate in altri Stati Membri; tuttavia la valutazione della CGE sul grado di effettività e significatività della sanzione appare effettuata sulla base del contesto e meccanismi già in vigore a livello nazionale, non adottando in questa analisi uno *standard* di livello comunitario, non verificando il rispetto di una sua effettiva funzione di garanzia delle direttive comunitarie considerate.

Un aspetto che è necessario sottolineare in questo contesto è rappresentato dal fatto che la rimessione di quest'ultima verifica all'analisi del giudice nazionale in assenza di criteri definiti, da un lato un'ulteriore valorizzazione del sistema nazionale, in particolare tramite il ricorso in via analogica a sanzioni già esistenti nell'ordinamento, nè si è dimostrata sufficiente ad "armonizzare" i giudizi emanati dalle varie corti nell'ambito delle sanzioni all'abuso del lavoro a tempo determinato.

In questo specifico settore, si possono e la varietà di posizioni adottate dalla giurisprudenza relativamente alle conseguenze sanzionatorie della violazione di norme imperative relative ai contratti di lavoro a termine, e in particolare per quel che riguarda tema della conversione del contratto a tempo indeterminato, esclusa nel pubblico

¹⁷⁶ Vd. *Marrosu e Sardino*, par. 56 e *Vassallo*, par. 41 da ultimo *Affatato*, par. 60

impiego dall'art. 36 d.lgs. 165/2001 che prevede invece la sola sanzione del risarcimento del danno; posto che la Cgue ha stabilito la legittimità di un sistema sanzionatorio diversificato, purchè sia definito in ambito nazionale un complesso di misure antiabusive, è possibile evidenziare in che modo le sanzioni alternative siano state valutate dalle corti nazionali.

La legittimità sul piano sanzionatorio della differenziazione di disciplina tra settore privato e pubblico è stata affermata dalla Corte Costituzionale¹⁷⁷, e la minore tutela garantita al lavoratore del pubblico impiego viene maggioritariamente giustificata¹⁷⁸. La sanzione risarcitoria viene dotata di un effetto dissuasivo idoneo a prevenire il ricorso abusivo ai contratti di lavoro determinato e quindi a tutelare efficacemente il lavoratore anche in una prospettiva di compatibilità comunitaria¹⁷⁹, e gli interventi

¹⁷⁷ Vd. in particolare Sentenza 27 marzo 2003, n. 89, che in particolare ha stabilito che il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle p.a. è quello, dell'accesso mediante concorso (tale principio viene parzialmente ridefinito da Cass. 22 aprile 2010, n. 9555 in particolare con riguardo alle ipotesi di rapporti di lavoro caratterizzate da professionalità medio-bassa), e la sentenza 13 aprile 2011, n. 127, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima l'automatica stabilizzazione di tutti i lavoratori a termine dell'ente regionale coinvolto proprio per violazione del principio costituzionale che impone l'accesso ai pubblici uffici per mezzo del concorso pubblico e, da ultimo l'ordinanza n. 207/2013 con la quale la Corte Costituzionale ha sottoposto alla Cgue due questioni di interpretazione relative alla compatibilità con la clausola 5.1 della Direttiva 99/70 dell'utilizzo di contratti a tempo determinato senza indicare tempi certi per l'espletamento dei concorsi e in una condizione che non prevede il diritto al risarcimento del danno e se le esigenze di organizzazione del sistema scolastico italiano costituiscano ragioni obiettive che giustifichino il sistema in vigore nel settore. Va sottolineato che la Corte Costituzionale propugna espressamente la tesi della rispondenza della normativa nazionale con le ragioni obiettive di cui alla clausola 5.1 della direttiva 99/70, affermando infatti che "la normativa nazionale è strutturata, almeno in linea di principio, in modo tale che l'assunzione del personale scolastico con contratti a tempo determinato – pur non prevedendo la durata massima di tali contratti, né il numero dei rinnovi degli stessi – possa rispondere alle ragioni obiettive di cui alla clausola 5, punto 1, della direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE"

¹⁷⁸ A. PRETEROTI, *Il contratto a termine nel settore pubblico tra novità legislative e primi riscontri giurisprudenziali*, in *Working papers C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, 2010, 95

¹⁷⁹ In questo senso vedi Cass., Sez. L., Sentenza n. 14350 del 15/06/2010 (Rv. 614088), ai sensi della quale un rapporto di lavoro a tempo determinato non è suscettibile di conversione in uno a tempo indeterminato, stante il divieto posto dall'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001, che non è stato modificato dalle previsioni relative alla disciplina generale del lavoro a tempo determinato. Di conseguenza, in caso di violazione di norme poste a tutela dei diritti del lavoratore, in capo a quest'ultimo, essendogli precluso il diritto alla trasformazione del rapporto, residua soltanto la possibilità di ottenere il risarcimento dei danni subiti. La sentenza della Cass. (Sez. L.) n. 10127 del 20 giugno 2012 (che fa riferimento alla sentenza *Kücük* della Cgue), sia pure oggetto di numerose critiche e spesso disattesa dalla giurisprudenza di merito, esclude la conversione sulla base delle specificità del sistema di reclutamento nel settore coinvolto dalla decisione; dalla mancanza di un abuso del diritto nella stipula di successivi contratti a tempo determinato (derivanti non solo da esigenze sostitutive come quelle indicate dalla giurisprudenza comunitaria ma anche da "vacanza del posto nell'organico di diritto") deriva anche l'infondatezza del diritto al risarcimento.

giurisprudenziali sul tema appaiono focalizzati sulla gestione e sulla determinazione dei parametri della tutela risarcitoria¹⁸⁰.

Tuttavia, si è anche affermato che il solo limitato risarcimento del danno ex art. 36 d.lgs. n. 165/2001 non predisponga una tutela idonea per i lavoratori a termine nel settore pubblico, con specifico riferimento a fattispecie relative all'utilizzo reiterato di contratti a termine con il medesimo lavoratore, e sia quindi necessario superare il divieto di conversione e applicare anche ai lavoratori pubblici le tutele definite per il settore privato al fine di dare piena attuazione ai principi derivanti dalla Direttiva 1999/70/CE e dall'interpretazione della Cgue.

In particolare, secondo il Tribunale di Trani¹⁸¹, l'applicabilità della sola tutela risarcitoria, priva di parametri determinati, non avrebbe avuto alcun effetto deterrente

¹⁸⁰ Tra le soluzioni adottate dalla giurisprudenza appare di particolare interesse Trib. Genova 5/4/2007 (confermata in App. Genova 9/01/2009), che dovendo risolvere la medesima causa che aveva dato adito al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia e alla sentenza *Marrosu e Sardino* (vedi *supra*) ha commisurato il risarcimento al valore minimo (cinque mensilità, art. 18, comma 4 SL) del danno provocato dall'intimazione del licenziamento invalido più le quindici mensilità identificate dall'art. 18 comma 5 come la misura sostitutiva della reintegra (in questo senso vd. anche Trib. Foggia 5 novembre 2009, e Trib. L'Aquila 27/6/2012). La Corte d'appello di Roma, nella sentenza 9/3/2012, ha invece ritenuto adeguata la condanna al pagamento di 18 mensilità retributive.

Un diverso indirizzo si può riscontrare in Trib. di Rossano Calabro (sentenza 13/6/2007) nel quale il danno subito dal lavoratore è stato collegato al tempo medio necessario per ricercare una nuova occupazione stabile tenuto conto di zona geografica, età dei ricorrenti, sesso e titolo di studio, ed è stato quantificato in 17 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre gli interessi legali dalla cessazione dell'ultimo rapporto di lavoro. Tale soluzione è stata tuttavia successivamente rigettata in appello (App. Catanzaro 1/042010), che ha previsto quale metodo di quantificazione del danno il sistema sanzionatorio previsto dall'art. 8, L. 604/1966 (in materia di licenziamento del danno nell'area della c.d. "tutela obbligatoria"); il risarcimento del danno è stato commisurato quindi a un'indennità compresa tra 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

E' possibile anche rinvenire degli orientamenti che mirano a quantificare il danno subito dal lavoratore con particolare riferimento al lucro cessante derivante dall'utilizzo abusivo della forma di lavoro a tempo determinato: ad esempio, il risarcimento del danno è stato quantificato nella misura pari al numero di mensilità dalla data del licenziamento a quella della emanazione della sentenza (Trib. Milano 25/5/2010, Est. Mariani). Vedi anche Trib. Trapani, sez. lavoro, sentenza 15/02/2013 n° 9 (Petruša) secondo il quale la condotta abusiva dell'amministrazione configura un'ipotesi di responsabilità da contatto sociale, che comporta l'obbligo di risarcire tutte le conseguenze causalmente riconducibili a tale comportamento (da valutare caso per caso secondo le regole civilistiche generali), compreso l'eventuale lucro cessante futuro, quantificabile in un importo pari alle retribuzioni future per il periodo compreso tra la cessazione del rapporto per effetto del termine illegittimo e la cessazione che lo stesso avrebbe avuto con il raggiungimento dell'età pensionabile da parte del ricorrente, oppure nella maggiore retribuzione che sarebbe spettata al lavoratore se fosse stato assunto a tempo indeterminato sin dalla costituzione del primo contratto a termine (in questo senso vedi Trib. Treviso 20/7/2010). Il Trib. di Trapani 27/02/2013 ha riconosciuto un risarcimento di 150mila € relativo alle ferie non retribuite e agli aumenti di stipendio che avrebbe maturato nel periodo in cui ha prestato servizio tramite contratti a tempo determinato.

¹⁸¹ Tribunale Trani, sez. lavoro, sentenza 15/03/2012 n° 1545. Questo orientamento è rappresentato altresì in Trib. Trani 18/06/2011, Trib. Livorno 25/01/2011, Trib. Siena 13/12/2010, n. 263. vedi anche FEDERICI A., *La conversione del contratto a termine nel pubblico impiego è un'ipotesi sempre meno isolata*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, II, 418 ss.

rispetto all'abuso di contratti a termine successivi¹⁸²; viene altresì sottolineato come la Corte Costituzionale¹⁸³ abbia chiarito come la stabilizzazione del rapporto rappresenti "la tutela più intensa" che il lavoratore precario possa ricevere rispetto alla quale il risarcimento assume valore logicamente secondario. Di conseguenza, anche in materia di pubblico impiego, la sanzione per una serie di contratti a tempo determinato per oltre trentasei mesi complessivi, tutti carenti di esplicita giustificazione, deve essere rappresentata dalla conversione a tempo indeterminato¹⁸⁴.

Da questa analisi è possibile quindi notare come ai vari livelli dell'ordinamento giurisdizionale interno si siano prodotti risultati non solo divergenti per quel che concerne l'orientamento generale relativo all'ammissibilità o meno dell'estensione della conversione anche alle fattispecie di lavoro pubblico, ma anche rispetto alla concreta determinazione del tipo e del livello di tutela sanzionatoria, con orientamenti

¹⁸² Vd anche Trib. Siena 27/09/2010, n. 699: "le condizioni di applicazione nonché l'applicazione effettiva delle relative disposizioni di diritto interno [...] fanno [della tutela risarcitoria ex art. 36, co. 5, D.Lgs. n. 165/2001] uno strumento inadeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi". Cfr V. DE MICHELE, *L'insostenibile leggerezza della conversione del contratto a termine nel lavoro pubblico* in *Il Lavoro nella giurisprudenza* n. 11/2010 .

¹⁸³ Sentenza n. 303 dell'11/11/2011. Assai rilevante appare anche in questo senso illustrare le interpretazioni che sono state date a una disposizione come quella ex art. 32, co. 5 l. 183/2010 relativa al pagamento di un'indennità al lavoratore come meccanismo di tutela contro la cessazione illegittima del rapporto di lavoro. La disciplina prevede quanto segue: "5. Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604. 6. In presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie, il limite massimo dell'indennità fissata dal comma 5 è ridotto alla metà." L'interpretazione che configura l'indennità in questione come non esclusiva delle retribuzioni, ma sostitutiva del solo risarcimento del danno, che viene ad essere definito in maniera forfettaria per rispondere ad esigenze di certezza del datore di lavoro (vd. Trib. Busto Arsizio 29.11.2010 n. 528, est. Molinari e Trib. Napoli 21 dicembre 2010) è in grado di determinare in favore del lavoratore a tempo determinato (il cui rapporto sia convertito in lavoro a tempo indeterminato) una tutela non discriminatoria, rispondente altresì principio di effettività ed adeguatezza delle sanzioni, con il principio di parità di trattamento e con la clausola di non regresso delle tutele, al contrario dell'interpretazione che propugna l'indennità in questione come sostitutiva delle retribuzioni dovute sulla base della sua "onnicomprendività". In questo senso vd. F. Buffa, *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*, in *Relazione dell'ufficio del massimario della Corte suprema di Cassazione*, 8.1.2011. Vd. *amplius* sul tema L. GIASANTI, *La nuova indennità risarcitoria del contratto a tempo determinato: le prime posizioni della giurisprudenza*, Note informative Nuova serie - n. 52, anno 2011

¹⁸⁴ Viene anche sottolineato anche come il rispetto del principio di non discriminazione (contenuto nella clausola 4.1 della Direttiva 99/70 e ribadito dall'art. 53 della legge 24 dicembre 2012, n. 234) spinga verso la riqualificazione del rapporto come conseguenza sanzionatoria dell'abuso, in particolar modo in quanto misura già applicata a favore degli agenti locali assunti con contratto a termine presso le Istituzioni europee operanti in Italia (in tal senso vedi la citata sentenza *Vitari*). Vedi ANDREONI A. E ALLAMPRESE A., *Il lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni: il quadro della giurisprudenza Ue e nazionale*, 2013

difformi tra di loro anche nei vari gradi di giudizio relativi alla stessa controversia, e in alcuni casi non particolarmente convincenti anche con riferimento alla compatibilità comunitaria delle soluzioni adottate¹⁸⁵ in un contesto nel quale emergono sempre più dei dubbi della compatibilità delle caratteristiche del regime nazionale in oggetto con la disciplina definita a livello comunitario¹⁸⁶.

Nonostante gli interventi (talvolta incisivi) della Cgue, l'ambito delle sanzioni e dei meccanismi specifici di tutela preso in considerazione nei passaggi precedenti non appare particolarmente sviluppato nell'evoluzione giurisprudenziale comunitaria, in considerazione soprattutto dell'estrema rilevanza che la predisposizione e il funzionamento di un apparato sanzionatorio efficace e dissuasivo possono avere con riguardo all'applicazione nazionale della normativa comunitaria. In particolare, va considerato il fatto che la CGE appare verificare il grado di effettività e significatività della sanzione sulla base del contesto e meccanismi già in vigore a livello nazionale, non adottando in questa analisi uno *standard* di livello comunitario e come lo scrutinio della Corte tende quindi più a verificare la coerenza della normativa nazionale che il rispetto di una sua effettiva funzione di garanzia delle direttive comunitarie considerate, compito che è spesso demandato all'analisi del giudice nazionale.

Per il caso specifico del contratto a tempo determinato la clausola relativa alle misure equivalenti nonché la giustificazione specifica delle "ragioni obiettive" hanno consentito agli Stati Membri di non intervenire in maniera significativa sui sistemi preventivi e sanzionatori già definiti, né la Cgue ha fornito una serie di requisiti il cui rispetto deve essere garantito dall'ordinamento interno nel prevenire e sanzionare le

¹⁸⁵ In questo senso vedi le rimessioni alla Cgue, da parte dei Tribunali di Napoli e di Aosta, delle questioni relative alla compatibilità della disciplina di reclutamento della scuola e dell'impossibilità di convertire i contratti a termine stipulati in violazione della clausola 5 della Dir. 99/70 (cause riunite C-22/13, C-61-62-63/13 *Mascolo e al.*) e della questione relativa alla necessità della prova della concreta effettività del danno subito dal lavoratore a tempo determinato (tenuto a fornire una prova, anche indiziaria, ma precisa di aver dovuto rinunciare ad altre, migliori occasioni di lavoro) nella causa C-50/13 *Papalia*, ma anche la già citata ordinanza n. 207/2013 della Corte Costituzionale.

¹⁸⁶ Vedi in particolare la spesso citata relazione n.190/2012 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione nel quale si afferma che "la reiterazione oltre 36 mesi del rapporto di lavoro del personale non di ruolo, assunto in relazione alla posizione nelle graduatorie permanenti, è connaturata al sistema nazionale e, formalmente, è legale, ma non sembra in linea con la disciplina comunitaria" ma anche le *Osservazioni della Commissione* nella causa C-50/13 *Papalia*, nella quale viene considerata specificamente la differenza di trattamento tra le categorie di lavoratori sotto il profilo specifico del regime probatorio ad esse applicato in materia di risarcimento danni. Se infatti è difficile comparare il regime della conversione previsto per i lavoratori privati rispetto alla situazione nella quale si trovano i dipendenti pubblici (par. 24), le difficoltà probatorie che il lavoratore pubblico può incontrare nel dimostrare il danno subito (in questo senso l'ordinanza di rinvio al punto VIII parla di prova che può risultare "difficilissima, se non pressoché impossibile, da raggiungere") possono inficiare l'effettività del sistema sia con riferimento alla protezione del lavoratore in caso di abuso, sia riguardo la capacità preventiva e dissuasiva della sanzione

violazioni degli obblighi derivanti dalla normativa comunitaria o criteri caratterizzati da una elevata capacità di influenza negli ordinamenti nazionali, al fine di “comunitarizzare” le valutazioni in particolare degli organi giurisdizionali dei vari Stati Membri o uniformarle all’interno del singolo ordinamento.

Più in generale si può evidenziare come il ricorso alla formula “sanzioni effettive proporzionate e dissuasive” non abbia consentito di per sé un’uniformazione delle tutele ma abbia prodotto una serie differenziata di risultati; al fine di garantire un soddisfacente livello di tutela appare necessario la definizione di un sistema a un livello di dettaglio superiore, che comprenda disposizioni minime che impongano, come nel caso delle norme antidiscriminatorie, il rispetto di procedure dotate di caratteristiche specifiche. In questo senso va sottolineato come la citata Direttiva sull’applicazione della Direttiva 96/71 (Direttiva 2014/67) faccia riferimento a strumenti accessori come la cooperazione amministrativa e scambio di informazioni tra le autorità nazionali competenti, la previsione della responsabilità solidale nel caso di subappalto relativamente alle obbligazioni connesse al rapporto di lavoro in questione o alla possibilità di esecuzione delle sanzioni amministrative in altri Stati Membri. In questo caso, pur non influenzando necessariamente sul quadro specifico di sanzioni previsto a livello nazionale (come accennato, l’art. 20 fa infatti ancora una volta riferimento al solo requisito della previsione di sanzioni “effettive, proporzionate e dissuasive”), le misure adottate possono aumentare la chiarezza ed effettività dei controlli delle autorità nazionali e delle tutele accordate ai lavoratori e produrre di conseguenza un effetto antiabusivo e influire positivamente sulla regolazione e la protezione dei diritti dei lavoratori coinvolti da questa forma specifica di mobilità intracomunitaria.

3 - Il rispetto dei diritti nel distacco intracomunitario: le prospettive dell'Enforcement Directive

L'adozione della Direttiva 2014/67 sull'applicazione della Direttiva 96/71 si inserisce nel contesto politico e istituzionale sviluppatosi in conseguenza delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo*. In particolare, un corretto riequilibrio delle tensioni tra l'esercizio delle libertà economiche e la promozione dei diritti sociali fondamentali era stata identificata dal *Rapporto Monti*¹⁸⁷ del 2010 come uno dei principali obiettivi da perseguire nel consolidamento del mercato interno: a questo scopo, si rendeva necessaria una maggiore chiarezza nell'applicazione della Direttiva 96/71, una facilitazione dell'accesso alle informazioni e un rafforzamento della cooperazione tra le autorità di nazionali, e l'implementazione di un sistema di sanzioni più stringente per gli abusi, con particolare riferimento da un lato al contrasto del fenomeno delle "letterbox companies" e dall'altro alla possibilità per i lavoratori di accedere a meccanismi rimediali nello Stato Membro di distacco¹⁸⁸.

Gli obiettivi di un rafforzamento del mercato interno e dell'integrazione economica capace di promuovere al tempo stesso un adeguato livello di protezione sociale e lo specifico approccio relativo ad una migliore trasposizione, implementazione ed *enforcement* della Direttiva 96/71 sono stati riaffermati dal Single Market Act¹⁸⁹, e

¹⁸⁷ *A new Strategy for the Single Market at the Service of Europe's Economy and Society - Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso*, 9 maggio 2010, disponibile all'indirizzo http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf

¹⁸⁸ *Rapporto Monti*, p. 70. Va sottolineato come la revisione della direttiva sul distacco dovesse essere accompagnata (sin dal *Rapporto Monti*) dall'adozione di un testo relativo all'esercizio del diritto di sciopero e diretto a bilanciare l'azione collettiva con le libertà economiche nel contesto della prestazione di servizi (da ultimo concretizzatosi nella Proposta di Regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, COM(2012)130 def, cd. *Regolamento Monti II*). A causa della mancanza di supporto all'iniziativa da parte degli Stati Membri, la Commissione ha ritirato nel settembre 2012 la proposta in oggetto, confermando l'ambiguo e problematico *status quo* definito dalla CGUE relativamente all'esercizio dell'azione collettiva. Il travagliato percorso del Regolamento Monti II viene ricostruito in GUADAGNO S., *The right to strike in Europe in the aftermath of Viking and Laval*, in EJSJL 4-2012, pp. 265-279

¹⁸⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Single Market Act - Twelve levers to boost growth and strengthen confidence', preceded by the 'Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Towards a Single Market Act - For a highly competitive social market economy - 50 proposals for improving our work, business and exchanges with one another, which referred to the need to reconcile "economic freedoms and freedoms of collective action" (sic), as well as to revitalize social dialogue', COM(2010) 608 final 2. Available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0608:REV1:EN:PDF#page=2>. ???

l'opzione regolativa da ultimo scelta¹⁹⁰ è stata quella dell'adozione di una Direttiva diretta a migliorare l'applicazione della disciplina sui distacchi senza che venisse emendato il testo originario¹⁹¹, con l'obiettivo di facilitare la mobilità intracomunitaria dei lavoratori garantendo al contempo la necessaria protezione a questi ultimi dall'abuso delle norme relative ai distacchi ma anche dalle ambiguità nell'implementazione e applicazione nazionale delle norme comunitarie che si riflettano negativamente sulle condizioni di lavoro¹⁹².

Le finalità perseguite della direttiva¹⁹³ si declinano in due direttrici fondamentali. A un primo ambito afferiscono la specificazione delle modalità relative all'accesso alle informazioni¹⁹⁴, alla cooperazione amministrativa¹⁹⁵ tra le autorità nazionali e ai meccanismi di controllo imposti ai prestatori di servizi¹⁹⁶; a questa disposizione si aggiungono i criteri stabiliti dalla Direttiva all'art. 4 che devono essere seguiti dalle autorità nazionali ai fini dell'individuazione di un distacco "autentico", con una specifica finalità antiabusiva¹⁹⁷. In una seconda area di intervento, collegata alla necessità di predisporre una tutela effettiva per i lavoratori distaccati, vanno invece ricomprese la previsione di specifici meccanismi rimediali - e in particolare, il regime della responsabilità

¹⁹⁰ *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, COM(2012) 131 final
Vd. anche il discorso di László Andor, Commissario UE per responsabile for Employment, Social Affairs and Inclusion, alla "Conference on Fundamental Social Rights and the Posting of Workers in the framework of the Single Market, 'Balancing economic integration and social protection'", Bruxelles, 27 giugno 2011, SPEECH/11/478, disponibile all'indirizzo <http://europa.eu/rapid/press-ReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/478&type=HTML>. ???

¹⁹¹ L'art. 1.1 della Direttiva 2014/67 chiarisce che il testo comunitario "lascia impregiudicato l'ambito di applicazione della direttiva 96/71/CE"

¹⁹² Vd anche *supra* par. 1

¹⁹³ "Uniformare l'applicazione *nella pratica* della direttiva 96/71/CE", "garantire il rispetto di un *appropriato* livello di protezione dei diritti dei lavoratori distaccati [...] in particolare per quanto concerne [...] le condizioni di impiego" (ai sensi dell'art. 3 Dir. 96/71), "facilitare l'esercizio della libertà di prestazione di servizi" e "creare condizioni di concorrenza leale tra i prestatori di servizi". Direttiva 2014/67, art. 1.1 (corsivi dell'Autore). Il par. 2 - attraverso una formula mutuata dalla "clausola Monti" del Regolamento n. 2679/98 - lascia impregiudicato l'esercizio dei diritti fondamentali, ivi compresi il diritto di negoziazione e azione collettiva. Tuttavia va considerato come l'articolo in questione vada riferito esclusivamente alle disposizioni della direttiva 2014/67 e che non coinvolga in particolare l'interpretazione della direttiva 96/71 derivante dalla giurisprudenza della CGUE in *Laval* con specifico riguardo ai limiti entro i quali l'azione collettiva può svolgersi in maniera compatibile con il quadro di regolazione comunitario (e in particolare con l'art. 3.1 della Direttiva 96/71). Vd. *supra* in questo paragrafo relativamente alla Proposta di Regolamento Monti II e nello stesso senso ALLAMPRESE A. - ORLANDINI G. 2014, p. 3

¹⁹⁴ Art. 5

¹⁹⁵ Artt. 6-8

¹⁹⁶ Artt. 9-10

¹⁹⁷ Art. 4

solidale per i crediti da lavoro¹⁹⁸ - e la disciplina di un sistema di esecuzione transfrontaliera delle sanzioni amministrative, basato su obblighi di informazione e cooperazione tra le autorità dei vari Stati Membri¹⁹⁹. Gli strumenti e le procedure della Direttiva 2014/67 interagiscono quindi con l'ordinamento degli Stati Membri da un lato chiarendo o specificando le previsioni della Direttiva 96/71 riguardo le modalità utilizzate e i criteri seguiti dalle autorità e servizi ispettivi nelle varie attività di monitoraggio e controllo del lavoro tramite distacco, e dall'altro innovando per quanto riguarda gli apparati per la tutela degli abusi che devono essere stabiliti a livello nazionale; appare necessario verificare se le tipologie di intervento e le opzioni regolative definite a livello comunitario possano effettivamente garantire un'applicazione più uniforme e stringente della disciplina della Direttiva 96/71 e innalzare quindi il livello di protezione dei lavoratori anche nell'eventuale assenza di un intervento sovranazionale direttamente orientato all'armonizzazione dei sistemi sanzionatori nazionali.

Per quanto riguarda l'ambito relativo a **informazione, cooperazione e controlli amministrativi**, l'*Enforcement Directive* si innesta fondamentalmente sull'art. 4 della Direttiva 96/71, che prevedeva l'istituzione di uffici di collegamento e di istituzioni di controllo da parte degli Stati Membri "ai fini dell'attuazione" della normativa comunitaria: questi organismi²⁰⁰ svolgevano compiti in materia di raccolta e diffusione delle informazioni (con particolare riferimento alle condizioni d'impiego) ai corrispondenti uffici e ai datori di lavoro stranieri²⁰¹ e relativamente al controllo dell'applicazione delle disposizioni di ordine pubblico e del rispetto delle condizioni del distacco dei lavoratori; a questo scopo dovevano essere organizzati ed attrezzati in modo da funzionare efficacemente e di essere in grado di rispondere tempestivamente alle richieste. La

¹⁹⁸ Artt. 11-12

¹⁹⁹ Artt. 13-19. Vd *supra* par. 1 per quanto riguarda la previsione generale relativa alle misure che devono essere adottate in caso di abusi connessi al distacco di lavoratori (art.20)

²⁰⁰ In questo contesto, in alcuni casi sono stati creati degli organismi *ad hoc* (es. Spagna), mentre la maggior parte degli Stati Membri si è basata sul quadro pre-esistente stabilito per i servizi ispettivi in materia di lavoro.

²⁰¹ La Direttiva 96/71 non prevedeva esplicitamente un obbligo relativo alla pubblicazione delle informazioni relativamente all'applicazione dei diritti dei lavoratori: la Commissione ha ripetutamente sottolineato la necessità di pubblicare le informazioni relative alle condizioni di lavoro applicabili in caso di distacco, con particolare riferimento alle potenzialità dell'accesso a distanza e per via elettronica. Inoltre, si sottolinea come gli Stati membri dovrebbero evitare di riferirsi o di fornire informazioni generali sul diritto del lavoro, ma dovrebbero invece indicare chiaramente le condizioni di lavoro e di occupazione (e quale parte della loro legislazione) deve essere necessariamente applicata ai lavoratori distaccati nel loro territorio. Vd. *Guidance on the posting of workers in the framework of the provision of services* (COM(2006) 159 final), pp. 8-10 e *Raccomandazione sul rafforzamento della cooperazione amministrativa nel contesto del distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi* ([2008]OJ C 85/01), art. 2

Direttiva 2014/67 aumenta significativamente il livello di dettaglio delle norme in questione e definisce chiaramente le modalità²⁰² attraverso le quali gli Stati Membri devono mettere a disposizione le informazioni in questione non solo nei confronti delle autorità competenti degli altri paesi UE ma anche in maniera da rendere effettivamente accessibili ai prestatori di servizi e ai lavoratori distaccati interessati²⁰³ gli elementi della legislazione nazionale connessi alla situazione di distacco ex art. 3.1 Direttiva 96/71, nonché contratti collettivi applicabili (e i soggetti cui si applicano)²⁰⁴. Il testo comunitario stabilisce anche i criteri e i principi ai quali deve ispirarsi la cooperazione amministrativa e l'assistenza reciproca tra le competenti autorità nazionali; in particolare, l'assistenza deve svolgersi in maniera reciproca, "senza indebiti ritardi", a titolo gratuito²⁰⁵, attraverso il sistema telematico di informazione del mercato interno (Sistema IMI) istituito a questo scopo dal regolamento (UE) n. 1024/2012²⁰⁶. La cooperazione tra Stati consiste nel rispondere alle richieste di informazioni da parte delle autorità competenti e nell'esecuzione di controlli, ispezioni e indagini in relazione a situazioni di distacco, comprese indagini su casi di inadempienza o violazione delle norme applicabili al distacco dei lavoratori²⁰⁷. Le richieste di informazioni includono, nello specifico, quelle relative al possibile recupero di una

²⁰² In particolare, le informazioni in oggetto devono essere rese pubbliche gratuitamente in modo chiaro, aggiornato e, in particolare, accessibile a distanza e per via elettronica (un unico sito web nazionale è la modalità "preferita" ex art. 5.2 lett. a)), al fine di consentire un efficace svolgimento dei compiti degli uffici di collegamento o gli altri organismi nazionali competenti. Ulteriori standard definiti dal testo comunitario sono quelli relativi all'accesso alle persone con disabilità (art. 5.1), e la messa a disposizione delle informazioni nella lingua dello Stato Membro e "nelle lingue più pertinenti in funzione delle esigenze del mercato del lavoro" (art. 5.2 lett. c). Assumono particolare rilevanza da un lato (quello dei prestatori di servizi) gli obblighi informativi relativi agli obblighi amministrativi da espletare e delle misure di controllo in vigore nello SM di distacco (art. 9.5) e dall'altro (i lavoratori distaccati) la necessità di fornire una descrizione delle procedure per sporgere denuncia (art. 5.2). Vd anche *infra* in questo par.

²⁰³ Assumono particolare rilevanza da un lato (quello dei prestatori di servizi) gli obblighi informativi relativi agli obblighi amministrativi da espletare e delle misure di controllo in vigore nello SM di distacco (art. 9.5) e dall'altro (i lavoratori distaccati) la necessità di fornire una descrizione delle procedure per sporgere denuncia (art. 5.2, lett. c)). Vd anche *infra* in questo paragrafo

²⁰⁴ Dir. 2014/67, art. 5.2 lett. b). In questo caso l'art. 5.4 specifica che le informazioni dovrebbero in particolare riguardare le diverse tariffe minime salariali e i loro elementi costitutivi, il metodo utilizzato per calcolare la retribuzione dovuta e, se del caso, i criteri per la classificazione nelle diverse categorie salariali. In questo caso va sottolineato che, per quanto riguarda il caso italiano, è da sottolineare una situazione di incertezza derivante dalle previsioni del D.lgs. n. 72/2000, che fa esclusivo riferimento rispetto delle medesime condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori nazionali. Posto infatti che l'integrale applicazione del contratto collettivo è esclusa ex art. 3.1 Dir. 96/71, è necessario basarsi sui principi giurisprudenziali ricavati dall'interpretazione dell'art. 36 Cost. per la definizione dei trattamenti retributivi minimi, che non sembrano costituire un indice sufficientemente chiaro e preciso a livello comunitario.

²⁰⁵ Art. 9

²⁰⁶ Dir. 2014/67, art. 21

²⁰⁷ *Ibid.*, art. 6, par. 2

sanzione amministrativa o di un'ammenda, o alla notificazione di una decisione che irroga una tale misura²⁰⁸. Vengono altresì indicate una serie di regole da applicare nei vari passaggi procedurali in oggetto²⁰⁹: in particolare, i compiti di controllo sul rispetto delle condizioni di lavoro spettano alle autorità dello Stato di prestazione del servizio²¹⁰, con l'assistenza delle autorità dello Stato di stabilimento²¹¹.

Per quanto riguarda nello specifico le **attività di monitoraggio e i controlli amministrativi** collegati alle situazioni di distacco, l'elemento fondamentale del rinnovato approccio comunitario con riferimento ai controlli amministrativi, viene invece esplicitato all'art. 1.1 della Direttiva 2014/67, che fa riferimento all'insieme di “disposizioni, misure e meccanismi di controllo *appropriati, necessari*”²¹² al fine di garantire il rispetto degli obblighi stabiliti dalla normativa sul distacco²¹³, e che devono in particolare risultare giustificati e proporzionati nella prospettiva della promozione della libera prestazione di

²⁰⁸ Vd. art. 10, par. 3 Vd. *infra* in questo paragrafo

²⁰⁹ Ivi comprese le ipotesi di “difficoltà” e “rifiuto” riguardo a una richiesta di informazioni, con una procedura che utilizza da un lato il sistema IMI per sanare il *deficit* informativo insorto e dall'altro prevede il coinvolgimento della Commissione per risolvere la situazione di stallo tra le autorità nazionali (Dir. 2014/67, art. 6, parr. 4-6)

²¹⁰ L'art. 7.6 stabilisce espressamente che gli obblighi definiti dalla Direttiva 2014/67 “non comportano il dovere per lo Stato membro di stabilimento di effettuare verifiche e controlli fattuali nel territorio dello Stato membro in cui è prestato il servizio” (art. 7.6)

²¹¹ L'eventuale assistenza fornita dalle autorità dello SM di stabilimento “non riduce in alcun modo le possibilità di monitoraggio, controllo o adozione delle necessarie misure di vigilanza o esecutive [...] da parte dello Stato membro in cui avviene il distacco” (art. 7.3). Per quel che riguarda i rapporti tra le autorità degli SM, e autorità dello Stato di prestazione possono richiedere di fornire informazioni riguardanti “la legalità dello stabilimento del prestatore di servizi, la sua buona condotta e l'assenza di violazioni delle norme in vigore”; a questo scopo le autorità dello Stato Membro di stabilimento devono raccogliere presso i prestatori di servizi stabiliti nel proprio territorio le informazioni necessarie ai controlli (art. 7.5) e continuano a esercitare un'azione di controllo e di monitoraggio nei riguardi dei lavoratori distaccati in un altro SM (art. 7.2), pur senza avere la possibilità di procedere a controlli fattuali nel territorio dello SM di distacco (vd. nota precedente)

²¹² Corsivo dell'Autore

²¹³ La Direttiva 2014/67 lascia impregiudicati i sistemi di monitoraggio e i controlli derivanti da altre normative comunitarie, come la Dir. 89/391 in tema di salute e sicurezza sul lavoro, e in particolare il Regolamento n. 883/04 per quel che riguarda l'iscrizione del lavoratore nel regime di sicurezza sociale del paese d'origine, e gli obblighi già previsti dal diritto nazionale dello SM ospitante che abbiano come loro fine la protezione dei lavoratori o la tutela dell'occupazione, e a condizione che non siano discriminatori e che siano giustificati e proporzionati (art. 9.3)

servizi²¹⁴, che preclude qualsiasi limitazione ingiustificata allo svolgersi dell'attività economica in questione²¹⁵.

Le norme sui controlli di conformità da parte dello Stato Membro stabilite dalla Direttiva 2014/67 cristallizzano essenzialmente la giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa alla materia di controlli e ispezioni, elencando una serie di opzioni compatibili con il quadro comunitario²¹⁶ e consentendo l'adozione di misure ulteriori solo nel caso in cui da sviluppi intervenuti nella situazione nazionale risulti l'insufficienza e inefficienza delle misure di controllo e vigilanza già in vigore²¹⁷.

Come accennato, l'elenco di misure codificate ex art. 9.1 si innesta sull'elaborazione della CGUE in materia di controlli e vincoli di tipo amministrativo e procedurali richiesti e

²¹⁴ Dir. 2014/67, art. 9.1

²¹⁵ In questo senso la Direttiva 2014/67 si pone in linea con la giurisprudenza della CGUE, nella quale le misure di controllo nazionali sono spesso state esaminate nell'ottica di impedire restrizioni alla libera prestazione dei servizi. Vd in particolare C-369/96 e C-376/96 *Arblade*, C-490/04 *Commissione c Germania*, C-319/06 *Commissione c Lussemburgo*

²¹⁶ *Ibid.*, art. 9.1, lett. a)-f). Va sottolineato come l'introduzione delle misure in oggetto rimanga opzionale per lo SM, come testimoniato dalla lettera dell'articolo in questione ("gli Stati membri possono, in particolare, imporre le misure seguenti"). In questo senso il rinnovato quadro normativo relativo ai controlli amministrativi non sembra procedere in una definizione dei criteri che possono essere seguiti dagli Stati Membri nella definizione di misure di monitoraggio che siano, da un lato, rispettose dei principi di necessità e proporzionalità e, dall'altro, consentano un rafforzamento della tutela dei diritti dei lavoratori quanto in una specificazione dei limiti della discrezionalità degli SM nei confronti della libertà economica promossa dalle Direttive in questione; in questo senso vanno considerate la tipizzazione di misure compatibili stabilita dall'art. 9.1, gli stringenti limiti all'introduzione di misure ulteriori a quelle indicate dalla direttiva, e gli elenchi tassativi relativi alle informazioni e documenti che possono essere richiesti in una situazione di distacco.

²¹⁷ L'elencazione - pur non tassativa - di misure "tipizzate" dall'art. 9.1 e gli stringenti requisiti stabiliti dal par. 2 appaiono di conseguenza gravare gli SM di un onere di giustificazione specifico relativo da un lato all'inefficienza delle misure esistenti e dall'altro alla mancata introduzione delle misure ammesse dalla Direttiva 2014/67, fatto salvo in ogni caso il rispetto dei principi di necessità e proporzionalità dei meccanismi introdotti. In ogni caso, sia le misure elencate dalla normativa comunitaria che quelle ulteriori introdotte dallo SM devono essere comunicate ai prestatori di servizi (tramite le modalità informative descritte in precedenza) e soprattutto alla Commissione, che ne valuta (con particolare attenzione) e in via preventiva la conformità al diritto dell'Unione (art. 9, par. 5, senza che possa essere escluso l'eventuale sindacato di conformità da parte della Corte di Giustizia) e presenta al Consiglio una valutazione periodica delle misure in vigore nei singoli contesti nazionali; appare evidente come una simile disposizione possa, se non escludere del tutto, rallentare fortemente lo sviluppo di specifiche modalità di controllo in corso di elaborazione all'interno dei singoli contesti nazionali, la cui compatibilità comunitaria viene messa in dubbio in particolare dalle previsioni della direttiva relative alla necessità di tenere in considerazione una verificata inefficienza dei sistemi già in vigore nello SM e di una potenziale inadeguatezza delle opzioni indicate dal testo comunitario

imposti ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati Membri che distacchino lavoratori²¹⁸, definendo in particolare tre tipologie di misure di controllo.

In primo luogo si fa riferimento ad “una semplice dichiarazione”, da presentarsi al più tardi all'inizio della prestazione del servizio, che contenga le informazioni necessarie²¹⁹ a garantire i controlli; riguardo a misure di questo tipo la CGUE ha chiarito che lo Stato Membro ospitante può richiedere una dichiarazione preventiva fino a che questo obbligo non sia abbinato a procedure di registrazione preliminare o di controllo preventivo²²⁰.

In secondo luogo può essere previsto dagli Stati Membri l'obbligo di tenere a disposizione²²¹ dei documenti che consentano di verificare le condizioni di lavoro e occupazione dei lavoratori durante il periodo di distacco; la direttiva stabilisce che le autorità del paese ospitante possono richiedere il contratto di lavoro o un documento

²¹⁸ Lo stretto collegamento dell'elencazione in questione con l'elaborazione giurisprudenziale della CGUE è testimoniato dal fatto che all'elenco delle procedure e formalità imponibili alle imprese distaccanti previsto dalla Proposta di Direttiva del 2012 è stata aggiunta nel testo definitivo la possibilità di richiedere la trasmissione dei documenti rilevanti anche dopo che il periodo di distacco si sia concluso (art. 9.1 lett. c), in ossequio alle conclusioni della Corte di Giustizia nella causa C-515/08, *Dos Santos Palhota*, che ha stabilito la compatibilità di una simile previsione nazionale con le regole che disciplinano il mercato interno

²¹⁹ La Direttiva 2014/67 stabilisce altresì un elenco tassativo relativo alle informazioni che devono essere fornite: la dichiarazione può riguardare esclusivamente l'identità del prestatore di servizi, la presenza di uno o più lavoratori distaccati chiaramente identificabili, il loro numero previsto, la durata prevista del distacco e l'indirizzo o gli indirizzi del luogo di lavoro, e la specificità dei servizi che giustifica il distacco. Si sottolinea in particolare come l'elenco non includa la documentazione relativa alle condizioni di lavoro e di occupazione: tali informazioni devono essere quindi richieste dallo SM ospitante alle autorità competente dello Stato di stabilimento od ottenute tramite ispezioni e controlli sul luogo di lavoro. Vd. MALMBERG J. - JOHANSSON C., *cit.*, p. 10

²²⁰ Cfr. C-244/04 *Commissione c Germania*, e C-515/08 *Dos Santos Palhota*,

²²¹ Gli obblighi di documentazione possono estendersi anche dopo il periodo di distacco (art. 9.1 lett. c, cfr. sul punto C-369/96 e C-376/96 *Arblade*, parr. 77-78) e possono prevedere la necessità di traduzione dei documenti nella lingua dello SM ospitante (salvo che i documenti in questione non siano eccessivamente lunghi, art. 9.1 lett. d))

equivalente²²², i fogli paga, i cartellini orari giornalieri e le prove del pagamento delle retribuzioni²²³.

Da ultimo, può essere richiesto al prestatore di servizi di designare un soggetto al fine di tenere i contatti con le autorità dello Stato Membro ospitante²²⁴ o con le parti sociali interessate, al fine di avviare una negoziazione collettiva nel caso in cui sia prevista dalla legislazione o dalle prassi nazionali²²⁵; la genericità e ambiguità del linguaggio utilizzato dal legislatore comunitario, tuttavia, evidenziano delle potenziali contraddizioni o frizioni nella disciplina del distacco che potrebbero emergere dalla disposizione in oggetto, in quanto la Direttiva 2014/67 non precisa quali siano le prerogative della *contact person* con specifico riferimento alla sua competenza nel condurre trattative e concludere contratti collettivi riferibili ai lavoratori distaccati, nè stabilisce entro quali limiti possa effettivamente svolgersi il potere negoziale apparentemente conferito, tramite il generico riferimento alle “parti sociali”, anche a soggetti ulteriori rispetto ai sindacati nazionali, ai quali d'altronde è stata negata dalla CGUE²²⁶ la possibilità di negoziare con un prestatore di servizi straniero riguardo alle condizioni applicabili ai lavoratori distaccati.

²²² Ai sensi della direttiva 91/533/CEE relativa all'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro (ivi comprese le informazioni aggiuntive relative a durata del lavoro, valuta della retribuzione, vantaggi collegati all'espatrio e condizioni del rimpatrio del lavoratore stabilite dall'art. 4)

²²³ Le modalità definite dalla Dir. 2014/67 riflettono le due principali modalità per facilitare il rispetto delle norme di recepimento, ovverosia: la tenuta dei registri obbligatori ai fini della sorveglianza nel luogo in cui vengono forniti i servizi, e la dichiarazione di prestazione di servizi alle autorità nazionali. Conservazione dei documenti sul luogo di lavoro viene utilizzata in Germania, Austria, Finlandia, Lussemburgo e Belgio, mentre la dichiarazione alle autorità nazionali in materia di prestazione di servizi viene utilizzata in SM quali Germania, Belgio, Austria, Spagna, Francia, Grecia e Lussemburgo. Normalmente, i documenti devono essere fornite nella lingua dello MS ricevente, ed eventuali modifiche dello *status* dei lavoratori devono trovare riscontro in materia di integrazione dei documenti. Va in ogni caso sottolineato che sia l'elencazione dei documenti da tenere a disposizione sia quella relativa alle informazioni che possono essere richieste appaiono tassative; in congiunzione con i limiti posti nella adozione di misure compatibili e, in particolare, nella definizione delle misure ulteriori, la Direttiva 2014/67 appare limitare in maniera assai significativa la discrezionalità degli SM nella previsione di misure di controllo e monitoraggio sulle situazioni di distacco di lavoratori.

²²⁴ Direttiva 2014/67, art. 9.1 lett. e). Cfr. C-369/96 e C-376/96 *Arblade* e C-319/06 *Commissione c Lussemburgo*, nelle quali la CGUE ha stabilito che lo SM di distacco non può richiedere a un'impresa distaccante di designare un rappresentante domiciliato nello SM ospitante per conservare la documentazione rilevante ai fini dell'attività economica

²²⁵ Dir. 2014/67, art. 9.1 lett. f)

²²⁶ C-341/05 *Laval*

Le previsioni relative all'attività ispettiva e di controllo lasciano la definizione delle caratteristiche specifiche della loro organizzazione²²⁷ alla discrezionalità degli Stati Membri, limitandosi fondamentalmente a prevedere che tali meccanismi debbano da un lato assicurare il rispetto delle disposizioni della Direttiva 96/71²²⁸, e dall'altro non risultino discriminatorie né sproporzionate²²⁹, confermando nel contempo la necessaria cooperazione amministrativa e scambio di informazioni in materia tra le autorità competenti degli Stati Membri; è tuttavia possibile identificare dei profili innovativi anche in questo ambito specifico.

In primo luogo, Gli Stati Membri sono invitati ad adottare un approccio integrato alle ispezioni del lavoro²³⁰; queste attività dovrebbero quindi essere basate su una valutazione dei rischi preventiva volta ad identificare i settori di attività nei quali si concentrano i casi di distacco al fine della prestazione di servizi; nel procedere a tale valutazione, dovrebbero essere tenute in debita considerazione alcuni ambiti specifici collegati alla complessità della situazione contingente²³¹, alle caratteristiche di specifici settori e categorie di lavoratori, e all'emersione di irregolarità in precedenti ipotesi di prestazione di servizi. Il testo della direttiva, dimostrando una particolare sensibilità nel tener conto delle differenze nazionali tra i sistemi di relazioni industriali²³², stabilisce inoltre che negli Stati Membri nei quali il livello minimo di protezione²³³ è stabilito e regolato dalle parti sociali, queste ultime possono anche essere incaricate delle funzioni di monitoraggio e controllo relative alle pertinenti condizioni di lavoro e occupazione dei lavoratori distaccati²³⁴.

²²⁷ “In conformità del diritto e della prassi nazionali”, “Nonostante la possibilità di effettuare verifiche a campione,” Dir. 2014/67, art. 10.1. Nel caso in cui gli ispettorati del lavoro nazionali non esercitino funzioni di controllo e di vigilanza sulle condizioni di lavoro dei lavoratori distaccati, gli SM possono adottare, modificare o mantenere procedure e meccanismi che garantiscano il rispetto di tali condizioni. Art. 10.2

²²⁸ Dir. 2014/67, art. 10.1

²²⁹ *Ibid.*, art. 10.2

²³⁰ *Ibid.*, considerando 33

²³¹ In particolare vengono identificati dall'art. 10.1 la “realizzazione di grandi progetti infrastrutturali” nonché “[...]l'esistenza di lunghe catene di subappaltatori”

²³² Dir. 2014/67, considerando 31 “Per tener conto della diversità dei mercati del lavoro e dei sistemi di relazioni industriali”

²³³ In particolare le tariffe minime salariali e l'orario di lavoro, Dir. 2014/67 art. 10.4

²³⁴ Anche in questo caso è necessario che sia garantito un livello di protezione adeguato ed equivalente a quello risultante dai due testi comunitari sul distacco

Sotto l'aspetto della **definizione di appalto "autentico"**, si stabilisce che le autorità nazionali debbano esaminare gli elementi fattuali costitutivi della situazione di distacco; a questo scopo vengono forniti alle autorità nazionali competenti alcuni criteri²³⁵ sui quali basare una "valutazione complessiva"²³⁶ relativa all'effettivo stabilimento dell'impresa distaccante²³⁷ e alla natura temporanea dell'attività del lavoratore distaccato²³⁸.

Tuttavia è da sottolineare la mancanza di un collegamento con specifiche conseguenze - anche sanzionatorie - derivante dall'eventuale accertamento da parte delle autorità nazionali di un distacco non genuino²³⁹, che riduce quindi di molto la

²³⁵ Non si tratta infatti di indici vincolanti ma finalizzati ad indirizzare le autorità competenti degli SM nell'attività ispettiva da loro svolta, favorendo in particolare una convergenza verso criteri interpretativi comuni (considerando n. 7). La Direttiva 2014/67 stabilisce che gli elementi di fatto oggetto di valutazione "possono comprendere" quelli elencati dal testo comunitario (art. 4.2-3). E' stato sottolineato come la previsione di una lista indicativa e non vincolante proceda in senso opposto a quello di un'uniformazione dell'applicazione della disciplina comunitaria, in quanto lascia agli Stati membri la possibilità di scegliere i criteri meno onerosi, con la conseguenza di riproporre un quadro di riferimento differenziato tra i vari Stati Membri relativamente alle valutazioni in oggetto. Al fine di combattere in maniera efficace l'elusione e in particolare il ricorso al falso lavoro autonomo la lista di criteri dovrebbe essere resa vincolante, ed integrata con le previsioni (9-18) della Raccomandazione OIL 198/06 sul rapporto di lavoro (Vd. *ETUC position on the Enforcement Directive of the Posting of Workers Directive*, adottata all'Executive Committee del 5-6 giugno 2012). In questo senso cfr. l'art. 4.5 della Direttiva 2014/67 che stabilisce che la valutazione della natura del rapporto di lavoro deve tenere conto delle circostanze concernenti l'esecuzione del lavoro, la subordinazione e la retribuzione del lavoratore (da definire sulla base degli indici utilizzati in ambito nazionale), indipendentemente dal modo in cui il rapporto è caratterizzato dalle parti in un accordo.

²³⁶ Direttiva 2014/67, art. 4.1. Proprio nell'ambito della prestazione di servizi, la CGUE nella causa C-113/89 *Rush Portuguesa* aveva affermato la possibilità per uno SM di accertare se un'impresa non si avvalga della libera prestazione di servizi per un altro scopo, fatto salvo il rispetto dei limiti posti dal diritto comunitario (e in particolare dalla libera prestazione di servizi) del sistema di controlli definito a livello nazionale (par. 17)

²³⁷ Il testo comunitario si riferisce nello specifico a: il luogo in cui l'impresa ha la propria sede, in cui esercita la propria attività economica principale, il numero di contratti eseguiti e/o l'ammontare del fatturato realizzato nello Stato membro di stabilimento, il luogo in cui i lavoratori distaccati sono assunti e quello da cui sono distaccati, la legge applicabile ai contratti stipulati dall'impresa. Direttiva 2014/67, art. 4.2, lett a)-e). Cfr. art. 12 Reg. n. 883/04 e art. 14 Reg. n. 987/09 e C-212/97 *Centros*, nella quale la CGUE stabilisce dei criteri e degli elementi di valutazione meno stringenti di quelli previsti dalla PWED, consentendo in particolare che la sede di stabilimento dell'impresa possa essere determinata in assenza di attività sostanziali, se previsto dalla normativa vigente nello SM.

²³⁸ Ibid., art. 4.3, lett. a)-g). Cfr. Reg. 593/08 (c.d. Roma I). In questo senso si sottolinea come riferirsi all'eventuale ripetizione dei distacchi al fine di valutare il luogo di svolgimento abituale del lavoro (lett. g)) non appare coerente con le previsioni del Regolamento Roma I, dal momento che la valutazione in merito alla legge applicabile andrebbe condotta con riferimento al singolo contratto di lavoro, con a conseguente applicazione della legge del paese ospitante sin dal primo distacco. Vd. ALLAMPRESE - ORLANDINI 2014, p. 7

²³⁹ Cfr. i già citati Reg. n. 883/04 e Reg. n. 987/09 nell'ambito della previdenza sociale, che stabiliscono gli effetti dell'accertamento di un distacco non genuino; nello specifico, l'iscrizione nel regime previdenziale dello Stato ospitante, da ottenersi attraverso una procedura definita dagli stessi testi in oggetto (art. 15 Reg. n. 987/09)

portata innovativa della norma in questione in particolare per quel che attiene la tutela del lavoratore distaccato²⁴⁰.

Le norme relative all'accesso alla tutela giurisdizionale dei lavoratori sono stabilite dagli artt. 5 e 6 della Direttiva 96/71; in linea con quanto definito dal diritto primario²⁴¹ e secondario²⁴² dell'UE nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁴³, i lavoratori e loro rappresentanti devono disporre di procedure adeguate per l'esecuzione degli obblighi comunitari e, in relazione al nucleo fondamentale di condizioni di lavoro e occupazione definito dall'articolo 3, il procedimento può essere promosso nello Stato Membro nel quale si è svolto il distacco.

Il testo del 2014 interviene (in maniera alquanto limitata) sul quadro già definito a livello comunitario, chiarendo che l'azione giudiziaria o amministrativa può essere promossa anche dopo che abbia avuto termine il rapporto di lavoro e il lavoratore fatto ritorno dallo Stato membro ospitante, e anche da parte di organizzazioni sindacali e altre persone giuridiche portatrici di un interesse legittimo ai sensi del diritto nazionale²⁴⁴. Viene altresì specificato che le retribuzioni arretrate corrispondenti alle "tariffe minime salariali"²⁴⁵ e le indebite trattenute salariali collegate a contributi e esigenze di alloggio²⁴⁶, costituiscono gli elementi della pretesa di parte lavoratrice che devono particolarmente garantiti nei procedimenti giudiziari o amministrativi.

²⁴⁰ Vd. in particolare la recente sentenza della CGUE nella causa C-64/12 *Schlecker* nella quale l'applicazione del criterio del "collegamento più stretto" (art. 8.3 del Regolamento Roma I) invece di quello relativo al luogo "abituale" di lavoro ex art. 8.1 ha consentito l'applicazione della normativa (meno favorevole) del paese di origine di ad un rapporto di lavoro svoltosi per un lungo periodo di tempo (11 anni) in un altro Stato Membro.

²⁴¹ Art. 19 TUE, Art. 47 CDFUE

²⁴² Vd. Reg. n. 44/2001 (cd. Bruxelles I), art. 21 nonché gli atti modificativi

²⁴³ Vd. causa 222/84 *Johnston*, anche *supra* al par. 2

²⁴⁴ Direttiva 2014/67, art. 11.1, 3 e 6. Cfr. anche Dir. 2014/67 art. 5.2, lett. c) che, relativamente alle informazioni che devono essere messe a disposizione di uffici, prestatori di servizi e lavoratori (vedi *supra in* questo par.), indica la necessità di presentare "sinteticamente in un foglio illustrativo le principali condizioni di lavoro applicabili, inclusa la descrizione delle procedure per sporgere denuncia"

²⁴⁵ Retribuzioni arretrate nette loro spettanti in base alle condizioni di lavoro di cui all'articolo 3 della direttiva 96/71/CE. Direttiva 2014/67, art. 11.6, lett a)

²⁴⁶ *Ibid.*, art. 11.6, lett. b)-d)

Più rilevante appare la previsione che fa riferimento alla facoltà per il legislatore nazionale di definire - previa consultazione con le parti sociali²⁴⁷ - dei meccanismi non discriminatori²⁴⁸ e proporzionati di responsabilità solidale in caso di catene di appalti tali che “il contraente di cui il datore di lavoro (prestatore di servizi) rientrando nell'art. 1, par. 3, della direttiva 96/71 sia un subcontraente diretto possa [essere ritenuto responsabile] in aggiunta o in luogo del datore”²⁴⁹. La disposizione in questione conferma fondamentalmente la possibilità già riconosciuta²⁵⁰ per gli Stati Membri di introdurre o mantenere in vigore²⁵¹ il vincolo della responsabilità solidale in capo al contraente diretto del datore distaccante per i crediti da lavoro, purché un tale sistema sia giustificato nell'ambito dell'art. 3.1 della direttiva n. 96/71 e non appaia, sulla base del principio di proporzionalità, limitare in maniera eccessiva l'esercizio della libertà economica in

²⁴⁷ Sull'introduzione di un regime come quello in oggetto viene sottolineato come l'obbligo di previa consultazione delle parti sociali sia “inspiegabilmente” non associato alla definizione di regimi di responsabilità solidale ulteriori (vedi *infra*) ma solo all'ipotesi dell'introduzione del regime “minimo” previsto dal testo comunitario ALLAMPRESE A. - ORLANDINI G. 2014, p. 22

²⁴⁸ Per quel che riguarda il caso italiano, va sottolineato come l'applicazione della Dir. 2014/67 potrebbe comportare degli effetti sulla disciplina della responsabilità solidale in caso di appalti, ad oggi sostanzialmente diversificata (e contenuta in norme diverse) sulla base della sua emersione in una situazione interna o transnazionale. Cfr. D.lgs. 276/2003 art. 29, co. 2 e D.lgs. 72/2000, art. 3 co. 3

²⁴⁹ Direttiva 2014/67, art. 12.1. Va tuttavia sottolineato che la lettera della Direttiva fa riferimento esclusivo riferimento alla responsabilità solidale del “contraente di cui il datore di lavoro è un subcontraente diretto” e non a quella degli eventuali ulteriori subappaltatori, fatta comunque salva la possibilità per gli Stati Membri di prevedere dei regimi di responsabilità solidale più stringenti (e di conseguenza anche estesi all'intera catena degli appalti) sulla base dell'art. 12.7. MALMBERG J. - JOHANSSON C., *The Commission's Posting Package*, in *European Policy Analysis* 2012:8, p. 11 Cfr. anche l'art. 8 della Dir. 2009/52 (vedi *supra* par. 1) che costituisce un importante precedente in materia, in quanto vincola il subappaltatore diretto al pagamento di eventuali sanzioni finanziarie e arretrati, ma prevede anche che “tutti i subappaltatori intermedi, qualora sapessero che il subappaltatore datore di lavoro impiegava cittadini di paesi terzi il cui soggiorno era irregolare, possano essere ritenuti responsabili dei pagamenti” in oggetto (art. 8.2); se da un lato in ogni caso il vincolo della solidarietà è effettivamente esteso al di là del subappaltatore diretto a tutta la catena degli appalti, la norma comunitaria è mitigata dalla necessità per i subappaltatori intermedi di essere a conoscenza della condizione di irregolarità dei lavoratori coinvolti

²⁵⁰ Vd. C-60/03, *Wolff-Müller GmbH*, nel quale la CGUE ha stabilito che l'art. 5 della Direttiva 96/71, interpretato nella prospettiva della libera prestazione di servizi non osta a una normativa “secondo la quale un'impresa edile che affida ad un'altra impresa l'esecuzione di lavori di costruzione risponde, in qualità di garante che ha rinunciato al beneficio d'escussione, per gli obblighi [...] relativi al pagamento del salario minimo [...] o al pagamento di contributi ad un ente comune alle parti di un contratto collettivo” (par. 45). Cfr. anche

²⁵¹ Nella maggior parte degli SM sono infatti in vigore regimi di responsabilità solidale al fine di evitare il mancato pagamento di retribuzioni, contributi previdenziali e oneri fiscali. Vd. sul punto JORENS Y., PETERS S., HOUWERZIJL M., *Study on the protection of workers' rights in subcontracting processes in the European Union*, 2012

oggetto²⁵². L'*Enforcement Directive* normativizza un'estensione dell'ambito di applicazione e delle specifiche ipotesi di responsabilità solidale rispetto alle previsioni della Direttiva 96/71, che faceva invece esclusivo riferimento²⁵³ al settore edile: per questa ipotesi, la direttiva 2014/67 definisce ora un vero e proprio obbligo in capo agli Stati Membri di garantire i crediti dei lavoratori attraverso un vincolo solidale gravante sul contraente diretto²⁵⁴. Ciò nonostante, le disposizioni in oggetto non sono esenti da criticità, collegate in particolare alle varie possibilità di deroghe ed esenzioni dall'applicazione delle norme comunitarie, che appaiono in contrasto con l'intento di uniformare la disciplina della responsabilità solidale tramite un intervento a livello sovranazionale; proprio con riferimento al settore edile, infatti, è lasciata agli Stati Membri un ampio margine di discrezionalità, dato che l'introduzione di un regime di responsabilità solidale può essere sostituita dalla previsione di "altre misure esecutive appropriate", che sanzionino in maniera "efficace e proporzionata" il contraente in caso di frodi ed abusi nei confronti dei lavoratori distaccati²⁵⁵. Più in generale, per le altre ipotesi di responsabilità solidale, i contraenti possono essere esonerati dalla responsabilità nel caso in cui abbiano adempiuto agli obblighi di *due diligence* come previsti e definiti dagli ordinamenti dei singoli Stati Membri²⁵⁶.

Infine, come accennato in precedenza, nella Direttiva 2014/67 si riconoscono la difficoltà nel riscuotere le sanzioni amministrative e le ammende transfrontaliere - derivanti in particolare dalle disparità esistenti tra gli ordinamenti - e la rilevanza di queste problematiche nell'ambito specifico del distacco transnazionale: ad essere inficiate non è solo la garanzia per i lavoratori di un livello di protezione equivalente nel contesto

²⁵² Vd. C-60/03, *Wolff-Müller* par. 34 ma anche Direttiva 2014/67, art. 12.4 e 12.7 che prevede la possibilità per gli SM di definire ipotesi di responsabilità solidale più stringenti, sempreché non siano violati i principi di non discriminazione e proporzionalità; sul rispetto di questi ultimi la Commissione è chiamata a una attività di controllo. Cfr. C-433/04 *Commissione c. Regno del Belgio*, nella quale la CGUE evidenzia meccanismi di attribuzione *automatica e inderogabile* di responsabilità in capo al committente configurano una "sproporzionata" compressione della libertà economica dello stesso (par. 42); una simile impostazione appare costituire un limite alla discrezionalità del legislatore nazionale anche nel rinnovato quadro normativo

²⁵³ Le attività in questione sono elencate nell'allegato alla direttiva 96/71 e "comprendono tutte le attività del settore edilizio riguardanti la realizzazione, il riattamento, la manutenzione, la modifica o l'eliminazione di edifici"

²⁵⁴ Dir. 2014/67 art. 12.2

²⁵⁵ Dir. 2014/67, art. 12.6

²⁵⁶ *Ibid.*, art. 12.5. Vd anche il considerando 37, che ricomprende tra le misure di dovuta diligenza quelle relative "alla documentazione comprovante il rispetto degli obblighi amministrativi e delle misure di controllo necessarie per assicurare l'effettiva vigilanza sul rispetto delle norme applicabili"

comunitario ma anche il buon funzionamento del mercato interno²⁵⁷.

Vengono quindi introdotte una serie di principi e di regole relative al riconoscimento e all'esecuzione delle sanzioni su base reciproca tra gli Stati Membri coinvolti nella situazione di distacco, mutuato dai sistemi relativi al recupero dei crediti derivanti da previsioni di sicurezza sociale²⁵⁸ e basato sugli obblighi di informazione e di assistenza tra le autorità competenti degli Stati Membri definiti dal testo comunitario²⁵⁹; la prospettiva fondamentale perseguita dalla normativa è quella di garantire una migliore comunicazione tra le autorità competenti e una migliore esecuzione delle decisioni emananti da un altro Stato Membro; di conseguenza la riconosciuta necessità del ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia²⁶⁰, si declina fundamentalmente in una serie di disposizioni procedurali²⁶¹ che lasciano impregiudicate l'organizzazione (e l'efficienza relativa) dei vari sistemi ispettivi nazionali e non provvedono a definire uno standard comunitario (eventualmente opzionale) nè fornisce agli Stati Membri una serie di criteri²⁶² relativi all'introduzione di specifici apparati sanzionatori collegati alle ipotesi di

²⁵⁷ Dir. 2014/67, considerando 38-40

²⁵⁸ Reg. n. 987/2009 di applicazione del Reg n. 883/2004

²⁵⁹ Il coinvolgimento delle autorità nazionali risulta particolarmente rilevante data la quasi totale assenza di contenzioso sul punto: pur in presenza dello sforzo regolativo relativo all'accesso alla tutela giurisdizionale testimoniato dall'art. 12, è ipotizzabile che la maggior parte delle attività di *enforcement* collegate al contrasto e alla sanzione del ricorso abusivo al lavoro tramite distacco continui a gravare sui servizi ispettivi nazionali piuttosto che essere sostituita dalle azioni giudiziarie intraprese dai lavoratori i cui diritti sono stati violati.

²⁶⁰ che viene identificata come "condizione indispensabile per assicurare un livello generale di protezione più elevato ed omogeneo, necessario per il buon funzionamento del mercato interno". Dir. 2014/67, considerando 40

²⁶¹ Tra cui assumono particolare rilevanza le norme relative alla sospensione dell'esecuzione (derivante dal fatto che l'esecuzione della sanzione sia oggetto di ricorso da parte del prestatore di servizi o lo sia diventata nel corso della procedura di recupero o di notificazione, vd. artt. 15 e 18) e ai motivi di rigetto della richiesta (art. 17): in quest'ultimo caso non si fa esclusivo riferimento alla mancanza dei requisiti previsti dal testo comunitario, ma anche a specifiche ipotesi di rifiuto di dare esecuzione ad una richiesta di recupero, derivanti dal "mancato rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali degli imputati e dei principi giuridici fondamentali loro applicabili previsti dalla Costituzione dello Stato membro adito", ma anche dalla sproporzione tra le spese o l'impegno di risorse necessari al recupero della sanzione rispetto all'importo della stessa e dall'irrisorietà dell'importo, definito in 350 €. L'art. 19 stabilisce inoltre che se gli importi recuperati "spettano all'autorità adita", è esclusa ogni possibilità di rimborso tra Stati "delle spese derivanti dall'assistenza reciproca"

²⁶² Vd. (anche *supra* par. 1) il riferimento all'art. 20 della Dir. 2014/67 che riproduce la formula delle "sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive" stabilite in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della Direttiva

distacco²⁶³.

²⁶³ relativamente agli apparati sanzionatori previsti nei vari contesti nazionali, va sottolineato come da un lato alcuni SM non abbiano introdotto nuove sanzioni per garantire il rispetto della direttiva 96/71 e che quindi i meccanismi in vigore sono quelle previsti nella legge nazionale relativa a queste ipotesi; di conseguenza il mancato rispetto delle norme di tutela relative ai lavoratori distaccati non è soggetto a sanzioni specifiche, ma, piuttosto, alle sanzioni abituali derivanti dalla violazione della normativa nazionale nelle varie materie interessate dal mancato rispetto (salario, ferie, salute e sicurezza sui luoghi di lavoro) potenzialmente facendo riferimento a una serie di testi normativi. Alcuni paesi, come in particolare Danimarca (che ha altresì introdotto un registro di prestatori di servizi stranieri - il RUT - al fine di avere un controllo più efficace e mirato delle imprese straniere e dei loro dipendenti) e Lussemburgo (che adotta un sistema basato su obblighi di ottemperanza alle decisioni dell'autorità giudiziaria piuttosto che sull'emanazione di sanzioni economiche) hanno introdotto sanzioni specifiche, riconoscendo la necessità di un particolare controllo sulle ipotesi di distacco.