

Sistemi sanzionatori nazionali ed effettività della disciplina comunitaria

Stefano Guadagno

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 le sanzioni nazionali: le tutele nel lavoro a 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.

Appare quindi necessario analizzare le principali forme di condizionamento delle opzioni nazionali in materia di sistemi sanzionatori che possono essere adottate tramite gli strumenti a disposizione del diritto comunitario in termini di legislazione secondaria e attraverso l'interpretazione della Corte di Giustizia al fine di verificare l'esistenza di un quadro anche solo tendenzialmente armonizzato di norme prudenziali, la previsione di specifiche regole di condotta per gli attori, e la messa in opera di efficaci sistemi e meccanismi procedurali finalizzati al monitoraggio e alla repressione degli abusi in determinate tipologie di rapporti e contratti di lavoro.

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 linee di regolazione: 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 colpiscono 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 penale⁵.

La garanzia del rispetto della norme UE ha rappresentato l'elemento centrale di alcuni recenti interventi di modifica, che hanno interessato in maniera significativa ambiti quali la tutela comunitaria dell'ambiente e la regolamentazione dei mercati finanziari, rispetto ai quali è stato possibile individuare sostanziali disparità a livello di *enforcement* nei vari contesti nazionali nonostante la consistenza, coerenza ed omogeneità delle normative considerate e il livello di dettaglio che caratterizza alcune delle disposizioni.

Come evidenziato dalla Comunicazione *Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari*⁶, esistono notevoli divergenze per quanto riguarda la natura

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 Per quel che riguarda nello specifico quest'ultima possibilità, la capacità delle istituzioni comunitarie di obbligare gli SM a garantire un determinato standard di tutela penale va ricondotta alla sentenza della Cgue nella causa C-176/03 (*Commissione delle Comunità europee c Consiglio dell'Unione europea*, sentenza del 13 settembre 2005, in Racc. 2005 I-07879) che ha previsto la possibilità di indicare, attraverso lo strumento della direttiva sanzioni penali armonizzate, proporzionali, effettive e dissuasive in risposta alle violazioni gravi delle proprie disposizioni. 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

⁶ Comunicazione *Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari* (SEC(2010) 1496-497 def)

(amministrativa o penale)⁷, il tipo e il livello delle sanzioni e misure previste per determinate violazioni, nonché i soggetti ai quali è possibile erogarle⁸. Al di là delle evidenti conseguenze negative derivanti dalla scarsa dissuasività delle norme nazionali e da un'applicazione inefficace delle sanzioni, le notevoli divergenze tra 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 interno⁹.

Simili problematiche rischiano di inficiare le opzioni di politica ambientale comunitaria, la cui effettività è in ultima analisi determinata non solo dalle opzioni regolative del legislatore nazionale ma anche dall'applicazione della normativa a livelli regionali e locali, rispetto ai quali riveste importanza cruciale un'efficace attività di monitoraggio, che consenta di trarre informazioni sullo stato dell'ambiente e indicazioni sul livello di implementazione della disciplina. Nel corso del decennale processo di potenziamento della normativa in oggetto si è 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 civile¹⁰, sulla base del maggior disvalore e riprovazione sociale connessi alla previsione di una sanzione penale e per 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

⁷ Va sottolineato come nelle norme UE sui servizi finanziari si faccia 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* 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

⁸ La Commissione fa riferimento in particolare alla revoca dell'autorizzazione e ammonimenti pubblici e la pubblicazione delle sanzioni. 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 Vd. *Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari*, SEC(2010) 1496-497 definitivo, p. 7

⁹ 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

¹⁰ 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.

Membri possono risultare deleterie in un contesto spesso caratterizzato da attività criminali di natura transnazionale o che producono effetti non limitati ai confini nazionali¹¹.

L'elemento più rilevante nei processi di modifica degli ambiti qui considerati è stato rappresentato dall'incremento nel livello di dettaglio e di cogenza delle sanzioni che hanno l'obiettivo di garantire il rispetto dei sistemi normativi di riferimento; l'opzione perseguita dal legislatore comunitario è stata quella di un intervento armonizzatore diretto ad istituire un livello sanzionatorio minimo per le violazioni riguardanti gli aspetti fondamentali della disciplina comunitaria, a meglio definire e specificare gli ambiti di responsabilità, con particolare riferimento alle persone giuridiche, e a prevedere la possibilità di introdurre sanzioni penali per le violazioni più gravi¹².

La Direttiva 2008/99 ha istituito degli obblighi formali di penalizzazione a carico dei singoli Stati Membri introducendo un elenco di reati ambientali¹³, collegati a gravi violazioni delle disposizioni del diritto comunitario in materia di tutela dell'ambiente, che dovranno essere considerati fatti penalmente rilevanti in tutto il territorio dell'Unione¹⁴; 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'ambiente¹⁵, bensì ancora la tutela penale da introdurre nei singoli Stati Membri alle regole già stabilite dal diritto UE finalizzate alla protezione dell'ambiente e dalle relative

¹¹ Cfr. già la Proposta di Direttiva relativa alla protezione dell'ambiente (COM(2001) 139 def.), cons. 2 e la Decisione Quadro 2003/80/GAI, cons. 1

¹² 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

¹³ Il testo comunitario lascia, dettando soltanto norme minime, lascia agli SM 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), a condizione che queste ultime risultino compatibili con il Trattato

¹⁴ 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

¹⁵ 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" (Dir. 2008/99, art. 3, lett. a), b), d), e) oppure nei termini di "significativo deterioramento di un habitat all'interno di un sito protetto" 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 SM 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)

legislazioni traspositive o dai provvedimenti adottati in attuazione degli stessi da parte degli Stati Membri o da un'autorità competente¹⁶.

Nell'ambito del *corpus* normativo che definisce e regola il quadro comunitario relativo ai sistemi sanzionatori nei mercati finanziari è previsto l'obbligo per gli Stati Membri di definire sanzioni amministrative efficaci, proporzionate e dissuasive per la violazione delle norme¹⁷: in alcuni casi la normativa comunitaria indica i tipi di sanzioni che le autorità possono irrogare e definisce le circostanze che determinano le sanzioni specifiche¹⁸.

Il processo di modifica e aggiornamento della legislazione del settore in questione ha coinvolto in maniera assai rilevante alcuni degli strumenti analizzati: il sistema MiFID in particolare è stato oggetto di una prima modifica relativa ai poteri di implementazione conferiti alla Commissione¹⁹ e, più significativamente, di una modifica della Direttiva 2004/39²⁰ e dell'adozione di un nuovo regolamento sui mercati in strumenti finanziari²¹; in linea con quanto definito nella Comunicazione *Potenziare i regimi sanzionatori nel settore dei servizi finanziari*, agli Stati Membri viene richiesto di prevedere

¹⁶ THIEFFRY 2011 sottolinea che al di fuori dell'elemento materiale relativo alle condotte ricomprese nel campo di applicazione della Dir. 2008/99, gli SM 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 (Dir. 2008/99, artt. 5 e 7) alla formula "classica" consacrata nella gran parte della legislazione comunitaria (p. 667)

¹⁷ art. 14 MAD (Dir. 2003/6 sugli abusi di mercato), art. 25 Dir. 2003/71 (regole dei prospetti), art. 51.1, MiFID (Dir. 2004/39 sugli strumenti finanziari), art. 28 Dir. 2004/109 (obblighi di trasparenza, che fa riferimento a "sanzioni civili e/o amministrative"), art. 39.2 direttiva antiriciclaggio (Dir. 2005/60), art. 54 Dir. 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 (Dir. 2009/65 in materia di organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari) e art. 34 Solvibilità II (Dir. 2009/138)

¹⁸ Cfr. l'art. 8.1-3 Dir. 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 (nel caso in cui una partecipazione qualificata venga assunta nonostante l'opposizione delle autorità di vigilanza). Per quel che riguarda la misura specifica della revoca di un'autorizzazione, vd. la Dir. 2006/48, art. 17 e pure gli artt. 131 e 144 Solvibilità II. Un'ultima possibilità per gli SM derivante dalla normativa comunitaria è quella della pubblicazione da parte delle autorità delle misure e delle sanzioni applicate. Viene 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 Dir. 2003/71, l'art. 28.2 Dir. 2004/109, l'art. 14.4 MAD e l'art. 99.3 OICVM

¹⁹ Dir. 2008/10

²⁰ Dir. 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la Dir. 2002/92/CE e la Dir. 2011/61/UE (c.d. MiFID II)

²¹ Reg. 600/2014 del 15 maggio 2014 sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012 (c.d. MiFIR)

un nucleo minimo di sanzioni e misure amministrative²² al fine di assicurare un apparato sanzionatorio nazionale idoneo.

In stretto collegamento con l'approvazione ed adozione della proposta MiFID II²³ e con l'obiettivo di rafforzare la disciplina stabilita dalla Direttiva 2003/6 (Market Abuse Directive, MAD) sono stati adottati il Regolamento sugli sull'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato²⁴ e della Direttiva sulle sanzioni penali nei casi di abuso²⁵. Anche in questo caso gli interventi di modifica hanno stabilito l'introduzione di norme minime per una serie consistente di violazioni alle disposizioni del Regolamento²⁶ e l'obbligo per gli Stati Membri di adottare le misure necessarie per assicurare che i reati più gravi²⁷ siano oggetto di sanzioni penali efficaci, proporzionali e dissuasive.

²² Tra queste rientrano le revocche dell'autorizzazione, le dichiarazioni pubbliche, i licenziamenti di dirigenti, le sanzioni pecuniarie amministrative. Le sanzioni pecuniarie in particolare dovranno superare i vantaggi derivanti dalla violazione (MiFID II, cons. 96) e in ogni caso non risultare inferiori al livello previsto dalla Direttiva. 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; in una serie di violazioni (MiFID II, art.75.1, lett. a)-z)) 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.

²³ <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

²⁴ Reg. UE 596/2014 del 16 aprile 2014 relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la Dir. 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)

²⁵ 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)

²⁶ 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.

²⁷ In particolare "l'abuso di informazioni privilegiate", la "comunicazione illecita di informazioni privilegiate" e la "manipolazione del mercato". 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.

Particolare attenzione è stata anche riservata alla responsabilità delle persone giuridiche²⁸; in questo caso ad assumere rilevanza nella fattispecie è in particolare la posizione di preminenza²⁹ 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 dei soggetti in posizione preminente abbia reso possibile la perpetrazione di tali atti da parte di una persona soggetta alla sua autorità.

Un ulteriore aspetto che viene in considerazione 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 attività³⁰, e tramite il rafforzamento e la promozione della collaborazione tra le autorità nazionali, già prevista dalla normativa attualmente in vigore³¹, tramite l'istituzione di nuove Autorità di vigilanza e strutture di supporto e monitoraggio a livello comunitario³².

²⁸ 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. Vd. anche Dir. 2088/99, art. 6.3. 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 SM (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 SM 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

²⁹ Definita sulla base del potere decisionale, di rappresentanza o di controllo del soggetto rispetto alla persona giuridica. Dir. 2088/99, art. 6, par. 1, lett. a)-c)

³⁰ 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, Dir. 2003/71 "Prospetti", art. 21, Dir. 2005/60 antiriciclaggio, art. 37, 2006/48 art. 136, Dir. 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

³¹ Nell'ambito dei mercati finanziari e autorità nazionali sono 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 (MAR 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)

³² Tra le quali si possono citare l'Agenzia Europea per l'Ambiente, il Registro Europeo delle emissioni e dei trasferimenti di agenti inquinanti (European Pollutant Release and Transfer Register, E-PRTR) e nell'ambito dei mercati finanziari l'ABE, l'AEAP e l'AESFEM che 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

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. Il livello di cogenza dei sistemi normativi di riferimento appare ormai decisamente superiore a quello riscontrabile in 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.

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 considerato³³, 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"³⁴, 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 TCE³⁵.

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 TUE³⁶; la Commissione è ricorsa la Corte di Giustizia al fine di ottenere l'annullamento della decisione quadro adottata dal 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

³³ 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"

³⁴ Proposta della Danimarca CNS2000/0801

³⁵ 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.)

³⁶ 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.

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"³⁷. 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 comunitario³⁸; 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 efficacia³⁹ 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 Comunicazione⁴⁰ 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 inadempimenti 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 comunitario⁴¹.

³⁷ C-176/03, par. 43

³⁸ C-176/03, par. 52

³⁹ 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 SM 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 Dir. 2009/123 che modifica la Dir. 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni.

⁴⁰ Comunicazione del 23 novembre 2005, COM/2005/583 def.

⁴¹ COM/2005/583 def., parr. 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).

La possibilità di indirizzare le scelte punitive nazionali, anche relativamente alla natura delle stesse⁴², 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 armonizzata⁴³; 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 aggiuntivo⁴⁴.

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 le modifiche della legislazione comunitaria presentate di recente si basano sulle disposizioni sul mercato interno del Trattato relative al ravvicinamento delle legislazioni⁴⁵ e al coordinamento delle norme sull'accesso alle attività autonome e al loro servizio nonché alla libera prestazione dei servizi⁴⁶ e sono stati 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'Unione⁴⁷. Proprio il settore finanziario viene indicato dalla

⁴² 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

⁴³ Vd. *infra* relativamente alla Direttiva CSMAD

⁴⁴ 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

⁴⁵ Art. 114 TFUE (art. 95 TCE)

⁴⁶ Artt. 50 TFUE (art. 44 TCE), 53 TFUE (art. 47 TCE), 62 TFUE (art. 55 TCE). Tali disposizioni consentono al legislatore dell'UE di 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.

⁴⁷ 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 Dir. 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*)

Commissione come uno degli ambiti di intervento principali⁴⁸ nei quali misure sanzionatorie penali armonizzate a livello comunitario risultano necessarie necessarie al fine di proteggere le attività delle imprese che operano nella legalità e salvaguardare l'interesse dei contribuenti⁴⁹.

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 TFUE⁵⁰, 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 disciplina⁵¹ 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 settori⁵² Direttive che contengano "prescrizioni minime applicabili progressivamente"⁵³ 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

⁴⁸ 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 identificati 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

⁴⁹ Comunicazione *Verso una politica penale dell'Unione europea*, p. 12

⁵⁰ Nelle sue varie formulazioni, da art. 118 A Trattato CEE, art. 2 APS, artt. 137 TCE e, da ultimo, 153 TFUE

⁵¹ Sia attraverso l'adozione di Direttive che armonizzino le disposizioni nazionali sia tramite Regolamenti che impongano una disciplina ai vari SM.

⁵² 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.

⁵³ art. 153.2 lett. b)

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 interessi⁵⁴ è esclusa la procedura legislativa ordinaria ed è invece richiesto il voto all'unanimità⁵⁵, 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 intervento⁵⁶.

Le normative comunitarie basate sull’art. 153 TUE che contengono riferimenti alle sanzioni⁵⁷ 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.

In questa prospettiva appare 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 minime⁵⁸ che definiscono l’utilizzo di varie tipologie di sanzioni⁵⁹ 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

⁵⁴ art. 153.2 lett. c)-d) e f), nonché per quel che riguarda le condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi (lett. g)

⁵⁵ 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

⁵⁶ Cfr P. SCHOUKENS, *From Soft Monitoring to Enforceable Action*, 2011, KU Leven Euroforum, p. 7

⁵⁷ Dirr. 2002/14 (art. 8), 2008/104 (art. 10) e 2009/38 (quest’ultima solo al cons. 36 e non nel testo della direttiva)

⁵⁸ Gli SM rimangono quindi liberi di adottare o mantenere sanzioni e provvedimenti più severi e d’imporre obblighi più rigorosi ai datori di lavoro. Dir. 2009/52, cons. 4

⁵⁹ 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 SM 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 ll’attività economica in questione.

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 legale⁶⁰ 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 diritti sono, come visto, oggetto anche di misure di tutela e di integrazione⁶¹, 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 irregolare⁶² 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"⁶³.

⁶⁰ Dir. 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).

⁶¹ l'art. 13 prevede la possibilità per il lavoratore di denunciare il datore di lavoro, e la possibilità (in alcune circostanze particolari) per gli SM di concedere e/o estendere permessi di soggiorno temporanei ai sensi della Dir. 2004/81

⁶² Dir. 2009/52, cons. 3

⁶³ 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 le sanzioni nazionali: le tutele nel lavoro a tempo determinato

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 dalla 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 diritti che i singoli traggono dalla Comunità⁶⁴ a condizione che tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna e, dall'altro, che non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti di conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario⁶⁵.

Con specifico riferimento alla materia rimediabile, inoltre, il Trattato non ha l'obiettivo di creare nuovi rimedi o ricorsi dinanzi ai giudici nazionali. La sentenza *Commissione c Grecia*⁶⁶ la Cgue ha sottolineato gli obblighi degli Stati Membri in vista della efficacia del diritto comunitario: la scelta delle sanzioni rimane nella discrezionalità degli Stati Membri 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 importanza⁶⁷ e, in ogni caso, assicurare che le sanzioni risultino effettive, proporzionate e dissuasive: nel caso in cui una disciplina comunitaria non preveda o contenga una specifica norma sanzionatoria di una violazione o rinvii in merito alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative nazionali, l'art. 5 del

⁶⁴ 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"

⁶⁵ Principi di equivalenza e di effettività. Vd. C-30/02, *Recheio-Cash & Carry c Fazenda Pública/Regista Nacional de Pessoas Colectivas*, in particolare vd. par. 17

⁶⁶ C-68/88 *Commissione c Grecia* (parr. 23 e ss.)

⁶⁷ Vd. 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.

Trattato impone in ogni caso agli Stati Membri di adottare tutte le misure atte a garantire la portata e l'efficacia del diritto comunitario.

Dalla giurisprudenza della Corte è possibile determinare che l'assenza di una normativa specifica nella materia delle sanzioni implica che gli Stati Membri sono tendenzialmente liberi di scegliere le tipologie specifiche da applicare⁶⁸: il diritto degli Stati Membri di determinare la forma e la portata dei rimedi è in ogni caso subordinato al rispetto dei principi fondamentali del diritto comunitario, e viene altresì sottolineata la necessità che il sistema sanzionatorio appaia comparabile a quelli eventualmente già presenti nell'ordinamento nazionale⁶⁹ e in grado di garantire un'adeguata protezione giuridica, attraverso la predisposizione di apparati sanzionatori effettivi, proporzionati e dissuasivi.

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 ed emerge inoltre la difficoltà di formulare criteri dotati di portata generale e con un contenuto specifico riguardante il significato dei requisiti di efficacia, proporzionalità e capacità dissuasiva⁷⁰, con la conseguenza che solo un limitato grado di uniformità e armonizzazione nell'ambito considerato appare possibile, al di là della necessità di

⁶⁸ Gli SM non sono obbligati, ad esempio, all'introduzione di uno specifico sistema di responsabilità (C-127/05, *Commissione c. Regno Unito*, par. 37-51), nè questa possibilità è loro preclusa (cfr. C-7/90, *Procedimento penale a carico di Paul Vandevenne e altri*, in particolare par. 12 e 17 e, nell'ambito della normativa relativa al trasporto su strada e sistemi di responsabilità anche C-326/88, *Anklagemyndigheden c Hansen & Soen I/S e C-210/10, Urbán*); ; 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 (C-186/98, *Procedimento penale a carico di Maria Amélia Nunes ed Evangelina de Matos* in particolare par. 14). 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 SM destinatari, di adottare tutti i provvedimenti necessari a garantire la piena efficacia della direttiva in questione, conformemente allo scopo che essa persegue (V. C- 268/06 *Impact* e causa 14/83, *von Colson e Kamann*, par. 15)

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Procedimenti penali a carico di Silvio Berlusconi e altri*, 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 rilavano 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 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". 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.

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 e rimedi più severi per determinate circostanze.

Appare di particolare rilievo ripercorrere alcuni dei passaggi interpretativi della Corte di Giustizia con riferimento alla regolazione del lavoro a tempo determinato, che non di rado ha incrociato e preso in considerazione la disciplina stabilita in materia dall'ordinamento italiano, dalla quale emergono aspetti generali, quali il rispetto del principio di parità di trattamento e il divieto di *reformatio in pejus*⁷¹ della disciplina nazionale in occasione dell'applicazione della normativa comunitaria, ma possono essere identificate alcune posizioni. Sul tema specifico della discrezionalità degli Stati Membri con riguardo agli strumenti nazionali per la prevenzione e sanzione degli abusi.

La materia rimediale e la definizione nell'ambito interno di un quadro protettivo collegato a questa forma di prestazione di lavoro assumono una specifica rilevanza; come noto, infatti, gli obiettivi della Direttiva 99/70 fanno esplicito riferimento al miglioramento della qualità del lavoro a tempo determinato nell'Unione, attraverso l'applicazione del principio di non discriminazione ma anche tramite la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti⁷², e al fine di riflettere la varietà delle pratiche nazionali esistenti in numerosi Stati Membri all'epoca dell'introduzione della disciplina comunitaria⁷³, la Direttiva ha lasciato un sostanziale margine di discrezionalità agli ordinamenti nazionali relativamente alla formula per prevenire il ricorso abusivo a contratti

⁷¹ Quanto alle specifiche caratteristiche vd. tra le altre, cause riunite C-378/07 a C- 380/07 *Angelidaki*, C-144/04 *Mangold* e 519/08, *Koukou* e, per quanto concerne l'operatività della clausola di non regresso con riferimento all'ordinamento italiano C-98/09 *Sorge* e C-20/10 *Vino*.

⁷² Dir. 99/70, artt. 1 a)-b), 4.1 e 5.1. Sul punto la Cgue ha avuto modo di evidenziare (*Impact*, par. 70-71) come, al contrario di quanto avviene in relazione al principio di non discriminazione ("Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive") la clausola 5.1 dell'accordo quadro assegni agli SM un obiettivo di portata generale (prevenzione dell'utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato) lasciando a questi ultimi la scelta dei mezzi per conseguirlo: di conseguenza, non risulta essere incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale (*Impact*, par. 79, C-212/04 *Adeneler*, par. 68)

⁷³ Va in particolare considerato come la Dir. 99/70 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 minimi, concedendo sul punto un notevole raggio di azione alla discrezionalità agli SM, circostanza questa 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. 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 i suoi eventuali limiti di durata, e la Cgue in particolare ha riconosciuto che non è possibile determinare in maniera sufficiente la protezione minima che dovrebbe comunque essere attuata in virtù della clausola 5.1, dell'accordo quadro (*Impact*, par. 78)

a tempo determinato, pur indicando alcuni precisi meccanismi di tutela⁷⁴ da in assenza di misure nazionali equivalenti.

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 questa specifica possibilità sia rimessa alla discrezionalità degli Stati Membri⁷⁵, 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"⁷⁶.

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 determinato⁷⁷ ma, nel contempo, la necessità di predisporre un sistema sanzionatorio effettivo, proporzionato e dissuasivo⁷⁸; 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 determinato⁷⁹.

⁷⁴ Clausola 5.1 "Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli SM, 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."

⁷⁵ "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

⁷⁶ Vedi clausola 2 Dir. 99/70 e, con riferimento alle determinazioni della Cgue in *Adeneler*, par. 82 e 91, C-180/04 *Vassallo*, par. 38, C-53/04 *Marrosu e Sardino*, par. 47 e 53, *Angelidaki*, par. 145 e 183

⁷⁷ *Adeneler*, par. 91 la Cgue fa altresì riferimento a "un'altra misura effettiva" che permetta di "evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione" (sul punto *Adeneler*, par. 105, *Marrosu e Sardino* par. 49, *Vassallo*, par. 34, *Angelidaki* par. 161 e 184, C-3/10 *Affatato*, p. 42 e C-362/13 *Fleming*, par. 65). Nell'ambito della giurisprudenza della Cgue in tema di parità di trattamento e non discriminazione, vd. C 14/83 *von Colson e Kamann* (par. 18 e 19) e *Marshall* (par. 25) nella quale la Corte reitera che la Dir. 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. Tuttavia la normativa in questione pur lasciando agli SM 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. Sulla questione della libertà di scelta per lo SM nel definire sanzioni alternative, vd. anche C-54/07 *Feryn*, par. 37 e 39

⁷⁸ Vd. tra le altre *Adeneler*, par. 94-95, *Vassallo*, par. 38, *Marrosu e Sardino*, par. 53, *Angelidaki*, par. 94 , *Affatato*, p. 45.

⁷⁹ Gli SM devono adottare "adottare almeno una delle misure elencate", che vengono identificate dalla Cgue come "dirette a prevenire efficacemente" l'abuso nella reiterazione dei contratti a tempo determinato. (Vd. *Adeneler*, par. 92) e rappresentano opzioni alternative equivalenti tra di loro a disposizione delle autorità nazionali (*Angelidaki*, par. 74-75).

Rispetto ai meccanismi e alle condizioni di legittimità della reiterazione⁸⁰, 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, intervengono le sentenze *Adeneler* e *Marrosu*⁸¹ e *Sardino*, nelle quali la Cgue ha riscontrato l'incompatibilità di una giustificazione astratta e generale con la clausola 5 della Direttiva 99/70⁸², 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 Membro⁸³, la cui discrezionalità appare quindi limitata dalla necessità di garantire il risultato imposto dal diritto dell'Unione⁸⁴: 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 oggettivi⁸⁵. Affinché una normativa nazionale risulti compatibile con il quadro comunitario è inoltre necessario che

⁸⁰ Vd. sul punto OLIVIERI A., *La successione di contratti a tempo determinato nella P.A.: la via italiana e quella spagnola* in *Lavoro nelle p.a.*, fasc.5, 2012, pp. 769 e ss.

⁸¹ Per un ampio commento su questi due casi, vedi ZAPPALA L., *Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's jurisprudence*, *Industrial Law Journal* 35 (2006), pp. 439 -

⁸² *Adeneler*, para. 76

⁸³ *Adeneler*, parr. 69-71 e 73, *Angelidaki*, par. 96 C-586/10 *Kücük*, par. 27 e, con riferimento specifico alla natura e alle caratteristiche inerenti all'attività temporanea svolta C-190/13, *Samohano*, parr. 48-49. Sul punto vd. BARNARD C., *EC Employment Law*, Cambridge University Press 2006, pp. 481-482

⁸⁴ Vd. *Adeneler*, parr. 72-74, *Vassilakis*, par. 93. La Cgue ha avuto modo di sottolineare come 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" (vd. C-307/05 *Del Cerro Alonso*, par. 58-59).

⁸⁵ Vd. *Kücük* e cause riunite C-22/13 a C-418/13 *Mascolo e a.*, nelle quale la Corte, dopo aver sottolineato come l'esistenza di una ragione obiettiva escluda, in via di principio, 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 (*Kücük* parr. 51 e *Mascolo*, par. 103). Si può evidenziare la diversa valutazione del quadro nazionale cui la Cgue giunge nelle due sentenze, posto che per quanto riguarda il caso tedesco si stabilisce che "Il solo fatto che un datore di lavoro sia obbligato a ricorrere a sostituzioni temporanee in modo ricorrente, se non addirittura permanente, e che si possa provvedere a tali sostituzioni anche attraverso l'assunzione di dipendenti in forza di contratti di lavoro a tempo indeterminato non comporta l'assenza di una ragione obiettiva" e che "le autorità degli Stati membri [...] devono prendere in considerazione tutte le circostanze del caso concreto, 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" (*Kücük* par. 56), mentre la normativa italiana è inficiata dalla mancanza strutturale dei posti di personale (suffragata dai dati forniti alla Corte nell'ambito del procedimento) e assenza di un termine preciso per l'organizzazione e l'espletamento delle procedure concorsuali che pongono fine alla supplenza e, pertanto, del limite effettivo con riguardo al numero di supplenze annuali effettuato da uno stesso lavoratore per coprire il medesimo posto vacante (*Mascolo*, par. 109). Vd. *amplius* DE MICHELE V., *Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia sui diritti dei lavoratori nel pubblico impiego, in absentia legum et contra legem* in *Il Nuovo Diritto Amministrativo* 4/2015, pp. 176 e ss.

sia definito un complesso di misure antiabusive dotate di sufficiente *effettività* e *dissuasività*, nel rispetto in particolare dei principi di equivalenza e proporzionalità⁸⁶.

La materia dei contratti a termine ha altresì rappresentato per la Cgue un importante strumento per confermare la rilevanza del giudice nazionale nel verificare l'effettività delle misure nazionali⁸⁷ e dell'obbligo di adottare i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adeguamento del diritto interno al diritto dell'Unione⁸⁸, il che comporta che le autorità nazionali 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'interpretazione⁸⁹.

Spetta al giudice nazionale determinare il rispetto dei principi di *effettività*⁹⁰ e di *equivalenza*⁹¹ nella valutazione degli apparati di tutela e dei meccanismi sanzionatori presi in considerazione; 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 sanzionatoria⁹², posto che la Cgue ha chiarito⁹³ che nel contesto di un procedimento di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, le Corti possono solo fornire al giudice nazionale gli elementi interpretativi presenti nel diritto dell'Unione che possono risultare utili ai fini della decisione.

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

⁸⁶ Vd. sul punto *Affatato*, nella quale 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 (parr. 45-47)

⁸⁷ Vd. in particolare *Angelidaki*, ove la Corte ha espressamente e ripetutamente richiesto ai giudici nazionali una verifica in fatto dei vari elementi della disciplina nazionale (parr. 87, 142, 146, 171, 176-178) e dei suoi rapporti in occasione della trasposizione della normativa di fonte comunitaria (parr. 138-139)

⁸⁸ Vd. *Adeneler*, par. 108 e *Angelidaki*, parr. 197 e 213

⁸⁹ V. PICCONE, *Contratto a termine*, relazione all'incontro di studio *Il collegato lavoro*, Roma, 16 dicembre 2010

⁹⁰ Vd. AIMO M., *La nuova disciplina su lavoro a termine e somministrazione a confronto con le direttive europee: assolto il dovere di conformità?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n.148, 2015, 4, p. 640 e SÄDEVIRTA M., *Regulation of Fixed-Term Employment Contracts in the EU, France, Finland and the United Kingdom: A Comparative Analysis* in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 2015, 2 che sul punto fa specifico riferimento a C-19/08, Petrosian (pag. 215)

⁹¹ Vd. *Marrosu e Sardino*, par. 56 e *Vassallo*, par. 41 da ultimo *Affatato*, par. 60

⁹² In particolare 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: si sottolinea altresì la necessità di verificare che le modalità di attuazione di tali norme non rendano «praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario» (Vd. *Affatato*, par. 45 e C-50/13 *Papalia*, parr. 21-34). MAGNANI M., *La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato: novità e implicazioni sistematiche*. WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 212-2014 disponibile online presso <http://csdle.lex.unict.it/docs/workingpapers/La-disciplina-del-contratto-di-lavoro-a-tempo-determinato-novit-e-implicazioni-sistematiche/4914.aspx>

⁹³ Vd. da ultimo, nell'ambito del lavoro a tempo determinato, C-89/13 *D'Aniello*, par. 21

sembrano essere stati 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 dei vari contesti nazionali conservano la loro rilevanza rispetto ad una caratterizzazione in senso "comunitario" in particolare del principio di effettività. Se 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.

In questo senso è possibile evidenziare i numerosi passaggi interpretativi succedutisi nella giurisprudenza nazionale con riferimento alla legittimità sul piano sanzionatorio della differenziazione di disciplina tra settore privato e pubblico⁹⁴ e della minore⁹⁵ tutela garantita al lavoratore del pubblico impiego tramite la previsione di un risarcimento al posto della conversione/trasformazione del rapporto di lavoro⁹⁶ quanto all'esistenza 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

⁹⁴ Vd. *Vassallo*, par. 42. La Corte Costituzionale, in particolare ha stabilito (Sentenza 27 marzo 2003, n. 89) 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 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 (sentenza 13 aprile 2011, n. 127). Il principio dell'accesso all'impiego pubblico tramite procedure concorsuali che consentano partecipazione di tutti gli interessati e la valutazione comparativa dei loro meriti, titoli e capacità viene posto alla base della conclusione che rende inapplicabile la conversione del contratto di lavoro a termine in contratto di lavoro a tempo indeterminato anche ai sensi della recente sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite n. 4914 del 1/12/2015, pubblicata in data 14/3/2016 (vedi *infra* quanto ai criteri da adottare per il risarcimento dei danni conseguenti all'abuso dei contratti a termine da parte della p.a.)

⁹⁵ Vd. Corte Cost. sentenza n. 303 dell'11/11/2011 nella quale viene 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. Una simile impostazione appare in linea non solo con la giurisprudenza comunitaria, nella quale si sottolinea come un impiego stabile rappresenti un elemento fondamentale nella protezione e tutela dei lavoratori (C-144/04 *Mangold*, par. 64 e *Adeneler*, par. 63), ma è anche confermata dai più recenti interventi regolativi emanati in ambito nazionale quali il d.lgs. n. 81/2015, che ripropone il testo dell'art. 1 dell'abrogato d.lgs. n. 368 secondo cui «il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro», con formulazione che, come è ben noto, richiama il preambolo dell'accordo quadro tra le parti sociali europee tradotto nella Dir. 99/70/CE ma che non incide in alcun modo sul divieto di conversione di cui all'art. 36 d.lgs. n. 165 del 2001 (art. 29, comma 4 dello stesso d.lgs. 81/2015). Vd. ALBI P., *Il rapporto fra contratto a tempo determinato e contratto a tempo indeterminato nella legislazione più recente*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n.148, 2015, 4, p. 629.

⁹⁶ In questo senso vd. tra le altre Cass., Sez. L., Sentenza n. 14350 del 15/06/2010, 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

prospettiva di compatibilità comunitaria⁹⁷, nonché la varietà di posizioni adottate negli interventi giurisprudenziali relativi alle conseguenze sanzionatorie in caso di abuso del ricorso al contratto di lavoro a tempo determinato che appaiono focalizzati sulla gestione e sulla determinazione dei parametri della tutela risarcitoria⁹⁸.

Ai vari livelli dell'ordinamento giurisdizionale si sono quindi prodotti risultati non solo divergenti per quel che concerne un orientamento generale relativo all'ammissibilità o meno dell'estensione della conversione anche alle fattispecie di

⁹⁷ 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 Dir. 99/70 e dall'interpretazione della Cgue (Trib. Trani, sez. lavoro, sentenza 15/03/2012 n° 1545. Questo orientamento è ripresentato altresì in Trib. Trani 18/06/2011, Trib. Livorno 25/01/2011, Trib. Siena 13/12/2010, n. 263). 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". V. DE MICHELE, *L'insostenibile leggerezza della conversione del contratto a termine nel lavoro pubblico* in *Il Lavoro nella giurisprudenza* n. 11/2010 e 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. Per quanto riguarda le determinazioni della Cgue sul punto cfr. le già citate *Adeneler*, par. 91, *Marrso e Sardino*, par. 47, *Kücük*, par. 52. Viene altresì sottolineato anche come il rispetto del principio di non discriminazione (contenuto nella clausola 4.1 della Dir. 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 vd. C-126/99 *Vitari*). ANDREONI A. E ALLAMPRESE A., *Il lavoro a termine nelle pubbliche amministrazioni: il quadro della giurisprudenza Ue e nazionale*, 2013

⁹⁸ Tra le soluzioni adottate dalla giurisprudenza appare di particolare interesse Trib. Genova 5/4/2007 (con nota di Laura Tebano, "Il contratto a termine nel lavoro pubblico: quando la tutela risarcitoria può ritenersi effettiva, adeguata e dissuasiva", *Riv. it. dir. lav.* 2007, pp. 906-), 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 (nella formulazione anteriore alle modifiche apportate dalla legge 28 giugno 2012, n. 92) come la misura sostitutiva della reintegra (in questo senso vd. anche Trib. Foggia 5 novembre 2009, e Trib. L'Aquila 27/6/2012). Si può sottolineare come tale impostazione adeguasse il risarcimento alla perdita del posto di lavoro, e avesse implicato una differenziazione delle posizioni dei lavoratori quanto alla concreta liquidazione del danno proprio in virtù dell'accesso a una posizione lavorativa a seguito dell'estinzione del rapporto a tempo determinato. Per una impostazione parzialmente diversa quanto al risarcimento del danno vd. Cass. 30/12/2014, n. 27481 nella quale si fa riferimento all'ipotesi di "danno comunitario" per la reiterazione o la costituzione di rapporti di lavoro a tempo determinato in violazione delle norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego dei lavoratori. In questo caso il criterio identificato ai fini della liquidazione della sanzione è quello dell'art. 8 della l. n. 604 del 1966, relativo all'indennità alternativa alla conversione nel settore privato; il risarcimento del danno viene commisurato quindi a un'indennità compresa tra 2,5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto differenziandosi quindi sia dalla parametrizzazione ex art. 18 SL cui si è fatto riferimento sia dall'indennità aggiuntiva alla conversione di cui all'art. 32 della l. n. 183 del 2010. Vd. D'ANCONA L., *Il danno comunitario da illegittima reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato: Cass. Sez. Lav. n. 27481/2014 del 30.12.2014* in

Con la sentenza 15 marzo 2016 n. 5072 le Sezioni Unite sono intervenute nuovamente sul danno da abuso di contratto di lavoro a tempo determinato da parte della pubblica amministrazione al fine di risolvere il contrasto emerso nella giurisprudenza: fermo restando il divieto di trasformazione, si stabilisce che il dipendente ha diritto al risarcimento del danno nei limiti di cui all'art. 32, comma 5, della l. n. 183 del 2010, sulla base dei criteri indicati nell'art. 8 legge 15 luglio 1966, n. 604 e senza necessità per il lavoratore di fornire alcuna prova in merito al danno subito, ferma restando la possibilità per il lavoratore di provare un danno ulteriore (collegato in particolare alla perdita di *chances*) lavorative.

lavoro pubblico, ma anche rispetto ai meccanismi di concreta determinazione del tipo e del livello di tutela sanzionatoria⁹⁹, con orientamenti 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 adottate¹⁰⁰ in un contesto nel quale la discrezionalità degli Stati Membri quanto alla definizione di “misure equivalenti” e “ragioni obiettive” è stata solo parzialmente limitata, e ha quindi consentito a questi ultimi di non intervenire in maniera significativa sui sistemi e meccanismi già definiti in ambito nazionale. La rimessione della verifica dell’adeguatezza del sistema sanzionatorio all’analisi del giudice nazionale in assenza di criteri definiti ha da un lato rappresentato un’ulteriore valorizzazione delle caratteristiche specifiche e dell’evoluzione degli equilibri dei sistemi nazionali

⁹⁹ Vd. 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. 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. Vd. Russo M., *Il contratto a tempo determinato nel pubblico impiego*, in SANTORO-PASSARELLI G. (a cura di), *Jobs Act e contratto a tempo determinato*, Giappichelli 2014, pp. 141 e ss.

¹⁰⁰ Per quanto concerne nello specifico la soluzione adottata Cass. SS.UU 15/03/2016 n. 5072, pur riconoscendo che l’estensione al settore pubblico dell’indennizzo ex art. 32, comma 5 vada imputata ad un’esigenza di interpretazione orientata a garantire l’effettività delle tutele del lavoratore, che secondo la giurisprudenza della Cgue richiede che il lavoratore non sia gravato da un onere probatorio difficile da assolvere (vd. *Papalia*, par. 34), si può sottolineare come emerga una sostanziale discrepanza tra la tutela risarcitoria accordata al lavoratore del settore privato (che si aggiunge alla stabilizzazione del rapporto di lavoro) rispetto a quella prevista per il dipendente pubblico (per il quale il risarcimento risulta essere l’unica forma di tutela, stante il divieto di conversione e la nullità del contratto stipulato in violazione delle norme in oggetto), il che fa sorgere dei dubbi quanto alla possibile violazione del principio di equivalenza nella quantificazione del risarcimento attesa la differente finalità dell’indennizzo ex art. 32, comma 5 sottolineata dalla Corte di Cassazione (letto “in chiave di contenimento del danno risarcibile” per il lavoratore privato e “in chiave agevolativa” per quanto riguarda il lavoratore pubblico, esonerato dall’onere della prova). Cfr. sul punto *Marshall* (par. 25) nella quale la Cgue ha stabilito che, se pure la Dir. 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 tale risarcimento sia *adeguato*, nel senso che consenta di compensare *integralmente* i danni effettivamente subiti. Cfr. PLAIA A., *Invalidità satisfattiva dell’atto di autonomia privata e dell’atto amministrativo in Europa e diritto privato* - 4/13, p. 1039 e ss.

considerati¹⁰¹, in particolare tramite il ricorso in via analogica a sanzioni già esistenti nell'ordinamento, ma non si è dimostrata sufficiente ad "armonizzare" i giudizi emanati dalle varie corti in particolare nell'ambito specifico delle sanzioni all'abuso del lavoro a tempo determinato¹⁰²; non avendo la Corte fornito una serie di requisiti il cui rispetto deve essere garantito dall'ordinamento interno nel prevenire e sanzionare le 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, il ricorso alla formula delle sanzioni "effettive proporzionate e dissuasive" ha in ultima analisi prodotto una serie disorganica e differenziata di risultati.

¹⁰¹ Vd. Cass. SS.UU. del 15 marzo 2016 n. 5072 che dettaglia le caratteristiche fondamentali e l'evoluzione della normativa del lavoro a termine alle dipendenze della p.a.: si sottolineano in particolare elementi quali il presupposto legittimante del ricorso a forme di lavoro flessibile (le "esigenze temporanee ed eccezionali" dell'amministrazione), il risarcimento del danno in favore del dipendente, la nullità dei contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/01, l'emersione di una responsabilità erariale e le varie disposizioni relative alla responsabilità (anche patrimoniale) del dirigente cui sia ascrivibile l'illegittimo ricorso al lavoro a termine e alle conseguenze sulla possibilità di assunzione tramite questa forma di lavoro atipico per le amministrazioni operanti in violazione delle norme. Sulla base di queste considerazioni la Corte di Cassazione conclude nel senso della piena compatibilità comunitaria della disciplina nazionale; l'ordinamento giuridico prevederebbe infatti quelle misure "energetiche" e fortemente dissuasive richieste dalla Corte di Giustizia (*Mascolo*, par. 77, *Fiamingo*, par. 62) al fine di contrastare l'illegittimo ricorso al lavoro a tempo determinato: sul punto vd. anche ordinanza n. 207/2013 con la quale la Corte Costituzionale ha sottoposto alla Cgue la questione di interpretazione relative alla compatibilità con la clausola 5.1 della Dir. 99/70 dell'utilizzo di contratti a tempo determinato che ha dato poi origine alla sentenza *Mascolo* e nella quale si portava avanti espressamente la tesi della rispondenza della normativa nazionale la clausola 5.1 della Dir. 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"

¹⁰² Vd. al contrario, e ancora una volta nell'ambito della tutela antidiscriminatoria, *Daemphael* (par. 40) nella quale la Cgue ha (ulteriormente) definito i concetti di tutela giuridica effettiva ed efficace ed effetto deterrente, sulla base della considerazione che l'obiettivo della normativa stabilita in ambito comunitario ha caratteristiche 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 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 in *Preston* (C-78/98), 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)

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

La recente Direttiva 2014/67¹⁰³ 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, con particolare riferimento al contrasto di comportamenti abusivi ed elusivi da parte delle imprese e dei datori di lavoro; l'adozione di questa normativa si inserisce nel dibattito politico e istituzionale sviluppatosi in conseguenza delle sentenze del c.d. "quartetto Laval"¹⁰⁴ e in particolare dall'esigenza di provvedere corretto riequilibrio delle tensioni tra l'esercizio delle libertà economiche e la promozione dei diritti sociali fondamentali, identificato dal *Rapporto Monti*¹⁰⁵ 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 informazioni¹⁰⁶ 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 distacco¹⁰⁷. 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

¹⁰³ 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")

¹⁰⁴ C-438/05 *Viking*, C-341/05 *Laval*, C-346/06 *Rüffert* e C-319/06 *Commissione c Lussemburgo*

¹⁰⁵ *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

¹⁰⁶ La Dir. 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 SM 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

¹⁰⁷ *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 SM, 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 (vedi *infra* quanto alle possibili interazioni con la disciplina prevista dalla Dir. 2014/67). 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 EJSL 4-2012, pp. 265-279

stati riaffermati dal Single Market Act¹⁰⁸, e l'opzione regolativa da ultimo scelta¹⁰⁹ è stata quella dell'adozione di una Direttiva diretta a migliorare l'applicazione della disciplina sui distacchi senza che venisse emendato il testo originario¹¹⁰, 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 lavoro.

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 alcuni specifici 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, aumentando in particolare la chiarezza ed effettività dei controlli delle autorità nazionali e delle tutele accordate ai lavoratori, con la conseguenza di produrre un effetto antiabusivo capace di influire positivamente sulla regolazione e la protezione dei diritti dei lavoratori coinvolti nelle situazioni di distacco, innalzandone il livello di tutela anche in assenza di un intervento sovranazionale direttamente orientato all'armonizzazione dei sistemi sanzionatori nazionali.

Per quanto concerne la sua base giuridica, l'*Enforcement Directive* si basa sugli artt. 53, par. 1 e 62 (TFUE) che già caratterizzavano la Direttiva 96/71 rispetto ad altri interventi

¹⁰⁸ 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>.

¹⁰⁹ *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>.

¹¹⁰ L'art. 1.1 della Dir. 2014/67 chiarisce che il testo comunitario "lascia impregiudicato l'ambito di applicazione della direttiva 96/71/CE", a sua volta oggetto di una recente proposta di modifica (vd. COM (2016) 128 final) nell'ambito del Labour Mobility Package annunciato nel marzo 2016: la Commissione, nell'ambito dei suoi orientamenti politici, e per quanto concerne il suo programma di lavoro per il 2016, una "revisione mirata" della direttiva sul distacco dei lavoratori al fine di contrastare le pratiche sleali e, in particolare, promuovere il principio il lavoro svolto nella stessa posizione e area geografica dovrebbe essere retribuito allo stesso modo, anche nel caso di lavoro interinale e di distacco di lunga durata

comunitari di politica sociale¹¹¹ e chiarisce che la tutela dei diritti dei lavoratori distaccati e la garanzia del rispetto di un appropriato¹¹² 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.

Le finalità del testo comunitario¹¹³ si declinano in due direttrici fondamentali. A un primo ambito afferiscono la specificazione delle modalità relative all'accesso alle

¹¹¹ La base giuridica della Dir. 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>

¹¹² Dir. 2014/67, art. 1.1. 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 Dir. 96/71 (il cui contenuto ed ambito di applicazione viene lasciato "impregiudicato"), come interpretata dalla Cgue, 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)

¹¹³ "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". Dir. 2014/67, art. 1.1 (corsivi dell'Autore). Il par. 2 - attraverso una formula mutuata dalla "clausola Monti" del Reg. 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 Dir. 2014/67 e che non coinvolga in particolare l'interpretazione della Dir. 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 Dir. 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

informazioni¹¹⁴, alla cooperazione amministrativa¹¹⁵ tra le autorità nazionali e ai meccanismi di controllo imposti ai prestatori di servizi¹¹⁶.

A queste disposizioni si aggiungono i criteri stabiliti dalla Direttiva all'art. 4 ai fini dell'individuazione di un distacco "autentico", con una specifica finalità antiabusiva. Le autorità nazionali debbano esaminare gli elementi fattuali costitutivi della situazione di

¹¹⁴ La Dir. 2014/67 aumenta significativamente il livello di dettaglio delle norme in questione e definisce chiaramente le modalità attraverso le quali gli SM 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 interessati gli elementi della legislazione nazionale connessi alla situazione di distacco ex art. 3.1 Dir. 96/71, nonché contratti collettivi applicabili e i soggetti cui si applicano (art. 5.2 lett. b). 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.

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 SM 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)

¹¹⁵ Artt. 6-8. Per quanto riguarda l'ambito relativo a informazione, cooperazione e controlli amministrativi, l'*Enforcement Directive* si innesta fondamentalmente sull'art. 4 della Dir. 96/71, che prevedeva l'istituzione di uffici di collegamento e di istituzioni di controllo da parte degli SM "ai fini dell'attuazione" della normativa comunitaria, 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 stranieri 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.

Il rinnovato testo comunitario stabilisce che i compiti di controllo sul rispetto delle condizioni di lavoro spettano alle autorità dello Stato di prestazione del servizio, con l'assistenza delle autorità dello Stato di stabilimento: la cooperazione tra SM 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 lavoratori (art. 6, par. 2) e, quelle relative al possibile recupero di una sanzione amministrativa o di un'ammenda, o alla notificazione di una decisione che irroga una tale misura (art. 10, par. 3). La Dir. 2014/67 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 gratuito (art. 9), attraverso il sistema telematico di informazione del mercato interno (Sistema IMI) istituito a questo scopo dal regolamento (UE) n. 1024/2012 (Dir. 2014/67, art. 21): vengono altresì indicate una serie di regole da applicare nei vari passaggi procedurali in oggetto, 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. Vd. Dir. 2014/67, art. 6, par. 4-6

¹¹⁶ Artt. 9-10, vedi *infra* in questo paragrafo

distacco; a questo scopo vengono forniti alle autorità nazionali competenti alcuni criteri¹¹⁷ sui quali basare una “valutazione complessiva”¹¹⁸ relativa all’effettivo stabilimento dell’impresa distaccante¹¹⁹ e alla natura temporanea dell’attività del lavoratore distaccato¹²⁰. 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 genuino¹²¹, che riduce quindi di molto la portata innovativa della norma in questione in particolare per quel che attiene la tutela del lavoratore distaccato¹²².

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

¹¹⁷ Non si tratta infatti di indici vincolanti ma di criteri finalizzati ad indirizzare le autorità competenti degli SM nell’attività ispettiva da loro svolta, favorendo in particolare una convergenza verso criteri interpretativi comuni (cons. 7). La Dir. 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 SM la possibilità di scegliere i criteri meno onerosi, con la conseguenza di riproporre un quadro di riferimento differenziato tra i vari SM 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 Dir. 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.

¹¹⁸ Dir. 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)

¹¹⁹ 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 SM 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. Dir. 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.

¹²⁰ 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 Reg. 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

¹²¹ 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)

¹²² 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 reg. 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 SM

meccanismi rimediali¹²³ - e in particolare, il regime della responsabilità solidale per i crediti da lavoro - e la disciplina di un sistema finalizzato 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 distacco¹²⁴. Le norme in questione¹²⁵, come accennato, sono caratterizzate da una natura tendenzialmente procedurale e stabiliscono una serie di principi generali relativi agli obblighi di informazione e di assistenza reciproca tra le autorità competenti degli Stati Membri¹²⁶, dettagliando altresì le circostanze che possono giustificare il rigetto della richiesta di recupero o di notificazione o una sospensione della procedura¹²⁷.

Come accennato, particolarmente rilevante appare la previsione che fa riferimento alla facoltà per il legislatore nazionale di definire - previa consultazione con le parti sociali¹²⁸ - dei meccanismi non discriminatori¹²⁹ e proporzionati di responsabilità solidale in caso di catene di appalti tali che "il contraente di cui il datore di lavoro (prestatore di servizi) rientrante nell'art. 1, par. 3, della direttiva 96/71 sia un subcontraente diretto possa

¹²³ Artt. 5-6, Dir. 96/71. in linea con quanto definito dal diritto primario (Art. 19 TUE, Art. 47 CDFUE) e secondario (Vd. Reg. n. 44/2001 - cd. Bruxelles I - art. 21 nonché gli atti modificativi) dell'UE nonché dalla giurisprudenza Cgue (vd. causa 222/84 *Johnston*, anche *supra* al par. 2), 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'art. 3, il procedimento può essere promosso nello SM 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 SM ospitante, e anche da parte di organizzazioni sindacali e altre persone giuridiche portatrici di un interesse legittimo ai sensi del diritto nazionale (Dir. 2014/67, art. 11.1, 3 e 6, sul punto cfr. anche le determinazioni della Cgue in C-54/07 *Feryn* e C-81/12 *Accept*). Viene altresì specificato che le retribuzioni arretrate corrispondenti alle "tariffe minime salariali" (retribuzioni arretrate nette loro spettanti in base alle condizioni di lavoro di cui all'art. 3 Dir. 96/71) e le indebite trattenute salariali collegate a contributi e esigenze di alloggio costituiscono gli elementi della pretesa di parte lavoratrice che devono particolarmente garantiti nei procedimenti giudiziari o amministrativi (Dir. 2014/67, art. 11.6, lett. a)-d).

¹²⁴ Nella Dir. 2014/67 (cons. 38-40) 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 inficiata non è solo la garanzia per i lavoratori di un livello di protezione equivalente nel contesto comunitario ma anche il buon funzionamento del mercato interno

¹²⁵ Dir. 2014/67, artt. 13-19

¹²⁶ Dir. 2014/67, art. 15

¹²⁷ Dir. 2014/67, art. 17-18

¹²⁸ 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

¹²⁹ 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

[essere ritenuto responsabile] in aggiunta o in luogo del datore”¹³⁰. La disposizione in questione conferma fundamentalmente la possibilità già riconosciuta¹³¹ per gli Stati Membri di introdurre o mantenere in vigore¹³² il vincolo della responsabilità solidale in capo al contraente diretto del datore distaccante per i crediti da lavoro¹³³. 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 riferimento¹³⁴ al settore edile; 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.

¹³⁰ Dir. 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 SM 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 imporante 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. Sul punto vedi anche la proposta di direttiva di modifica della dir. 96/71, nella quale si aggiunge al testo un paragrafo che riguarda in maniera specifica i subcontratti a catena; tale nuova norma conferisce agli SM la facoltà di imporre alle imprese di subappaltare solo alle imprese che concedono ai lavoratori determinate condizioni in materia di retribuzione applicabili al contraente, comprese quelle derivanti dai contratti collettivi di applicazione non generale. Tale possibilità è consentita solo fin tanto che appaia proporzionata e non discriminatoria e richiede, nello specifico, che tali obblighi siano imposti a tutti i subcontraenti nazionali. Vd. COM(2016) 128 final, par. 7.2 e art. 1.2, lett b)

¹³¹ Vd. C-60/03, *Wolff-Müller GmbH*, nel quale la Cgue ha stabilito che l’art. 5 della Dir. 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. CAROSIELLI G., *La responsabilità solidale nell’autotrasporto merci per conto terzi*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc.1, 2015, pp. 251 e ss.

¹³² Nella maggior parte degli SM sono infatti in vigore regimi di responsabilità solidale al fine di evitare il 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

¹³³ Purché un tale sistema sia giustificato nell’ambito dell’art. 3.1 della Dir. 96/71 e non appaia, sulla base del principio di proporzionalità, limitare in maniera eccessiva l’esercizio della libertà economica in oggetto. Vd. C-60/03, *Wolff-Müller* par. 34 ma anche Dir. 2014/67, art. 12.4 e 12.7 che prevede la possibilità per gli SM di definire ipotesi di responsabilità solidale più stringenti, semprechè 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

¹³⁴ Le attività in questione sono elencate nell’allegato alla Dir. 96/71 e “comprendono tutte le attività del settore edilizio riguardanti la realizzazione, il riattamento, la manutenzione, la modifica o l’eliminazione di edifici”. Sulla base dei dati forniti dalla Commissione, il settore delle costruzioni costituisce il principale ambito nel quale si procede al distacco dei lavoratori, che rappresentano il 43,7% del numero totale dei distacchi

Con riferimento al settore edile¹³⁵, infatti, è lasciato 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 distaccati¹³⁶ e, 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 Membri¹³⁷.

Per quanto concerne gli apparati sanzionatori, l'*Enforcement Directive* non interviene in maniera diretta sugli strumenti definiti in ambito nazionale; non è infatti riscontrabile nel testo 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. Attraverso una formula "classica"¹³⁸, viene 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 facendo ancora una volta riferimento al generico *standard* comunitario delle sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive".

Un capo specifico è invece 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; vengono introdotti 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, mutuati dai sistemi relativi al recupero dei crediti derivanti da previsioni di sicurezza sociale¹³⁹ e basati sugli obblighi di informazione e di assistenza tra le autorità competenti degli Stati Membri definiti dal testo comunitario¹⁴⁰, nella prospettiva di garantire una migliore comunicazione tra le autorità competenti e una migliore esecuzione delle decisioni emananti da un altro Stato Membro.

Di conseguenza la pur riconosciuta necessità del ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materia¹⁴¹, si declina fundamentalmente in una serie di disposizioni

¹³⁵ Per il quale la Dir. 2014/67 pure definisce un obbligo in capo agli SM di garantire i crediti dei lavoratori attraverso un vincolo solidale gravante sul contraente diretto (art. 12.2)

¹³⁶ Dir. 2014/67, art. 12.6

¹³⁷ *Ibid.*, art. 12.5. Vd. anche il cons. 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"

¹³⁸ Dir. 2014/67, art. 20

¹³⁹ Reg. n. 987/2009 di applicazione del Reg n. 883/2004

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ 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, cons. 40

procedurali¹⁴² che lasciano impregiudicate l'organizzazione (e l'efficienza relativa) dei vari sistemi ispettivi nazionali¹⁴³, senza che venga stabilito uno standard comunitario (eventualmente opzionale) di regolazione in materia né fornita una serie di criteri relativi da utilizzare da parte degli Stati Membri ai fini dell'introduzione e specificazione degli apparati sanzionatori collegati alle ipotesi di distacco¹⁴⁴.

In questo senso va altresì sottolineato che, con riferimento alle attività di monitoraggio e ai controlli amministrativi, l'art. 1.1 della Direttiva 2014/67 fa riferimento all'insieme di "disposizioni, misure e meccanismi di controllo *appropriati, necessari*"¹⁴⁵ al fine di garantire il rispetto degli obblighi stabiliti dalla normativa sul distacco¹⁴⁶, che devono in particolare risultare giustificati e proporzionati nella prospettiva della promozione della libera prestazione di servizi¹⁴⁷, che preclude qualsiasi limitazione ingiustificata allo svolgersi dell'attività economica in questione¹⁴⁸.

¹⁴² 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"

¹⁴³ Con riferimento all'idoneità e adeguatezza dei sistemi di accertamenti ispettivi e dell'effettività delle sanzioni all'abuso del lavoro a tempo determinato e nell'ambito della somministrazione transnazionale di lavoro, cfr. ALBI 2015, p. 630, e CAROSIELLI G., *La somministrazione transnazionale di lavoro tra l'adempimento degli obblighi comunitari e l'attività di vigilanza*, Bollettino ADAPT 13 aprile 2015, p. 3

¹⁴⁴ 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 Dir. 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.

¹⁴⁵ Corsivo dell'Autore

¹⁴⁶ La Dir. 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 Reg. 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)

¹⁴⁷ Dir. 2014/67, art. 9.1

¹⁴⁸ In questo senso la Dir. 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*. Cfr. GIUBBONI S., *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro, oggi*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 2015, p. 497

Di conseguenza tali norme cristallizzano essenzialmente la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia¹⁴⁹, definendo in particolare tre tipologie di misure di controllo che rappresentano le opzioni compatibili con il quadro comunitario¹⁵⁰ 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 vigore¹⁵¹. Si fa riferimento in primo luogo ad "una semplice dichiarazione", da presentarsi al più tardi all'inizio della prestazione del servizio, che contenga le informazioni necessarie¹⁵² a garantire i controlli¹⁵³; può essere inoltre previsto dagli Stati Membri

¹⁴⁹ 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 alla 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 Cgue 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. Vd. anche sul punto RICHARD S., *The implementing directive on posted workers: and what now?*, ROBERT SCHUMAN FOUNDATION - Policy Papers - European issues n° 383 - 2016

¹⁵⁰ 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 SM 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

¹⁵¹ 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 Dir. 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

¹⁵² La Dir. 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 competenti dello Stato di stabilimento od ottenute tramite ispezioni e controlli sul luogo di lavoro. Vd. MALMBERG J. - JOHANSSON C., *cit.*, p. 10

¹⁵³ Riguardo a misure di questo tipo la Cgue ha chiarito che lo SM ospitante può richiedere una dichiarazione preventiva fino a che questo obbligo non sia abbinato a procedure di registrazione preliminare o di controllo preventivo Cfr. C-244/04 *Commissione c Germania* e C-515/08 *Dos Santos Palhota*

l'obbligo di tenere a disposizione¹⁵⁴ dei documenti che consentano di verificare le condizioni di lavoro e occupazione dei lavoratori durante il periodo di distacco¹⁵⁵. Può essere infine richiesto al prestatore di servizi di designare un soggetto al fine di tenere i contatti con le autorità dello Stato Membro ospitante¹⁵⁶ o con le parti sociali interessate, al fine di avviare una negoziazione collettiva nel caso in cui sia prevista dalla legislazione o dalle prassi nazionali¹⁵⁷.

Le previsioni relative all'attività ispettiva e di controllo lasciano la definizione delle caratteristiche specifiche della loro organizzazione¹⁵⁸ alla discrezionalità degli Stati Membri, limitandosi fondamentalmente a prevedere che tali meccanismi debbano da un lato assicurare il rispetto delle disposizioni della Direttiva 96/71¹⁵⁹, e dall'altro non risultino discriminatorie né sproporzionate¹⁶⁰; è tuttavia possibile identificare due principali profili innovativi anche in questo ambito specifico.

¹⁵⁴ 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*, par. 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))

¹⁵⁵ la Direttiva stabilisce che le autorità del paese ospitante possono richiedere il contratto di lavoro o un documento equivalente, ai sensi della Dir. 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), i fogli paga, i cartellini orari giornalieri e le prove del pagamento delle retribuzioni. Le modalità definite dalla Dir. 2014/67 riflettono le due principali modalità per facilitare il rispetto delle norme di recepimento, ovvero: 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. La 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 Dir. 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

¹⁵⁶ Dir. 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

¹⁵⁷ Dir. 2014/67, art. 9.1 lett. f). 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 Dir. 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 Cgue in *Laval* la possibilità di negoziare con un prestatore di servizi straniero riguardo alle condizioni applicabili ai lavoratori distaccati. Cfr. GIUBBONI S., *Libertà economiche fondamentali e diritto del lavoro, oggi*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. 2, 2015, p. 502

¹⁵⁸ "In conformità del diritto e delle 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

¹⁵⁹ Dir. 2014/67, art. 10.1

¹⁶⁰ *Ibid.*, art. 10.2

In primo luogo, Gli Stati Membri sono invitati ad adottare un approccio integrato alle ispezioni del lavoro¹⁶¹ che 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 servizi¹⁶². La Dir. 2014/67 stabilisce inoltre che negli Stati Membri nei quali il livello minimo di protezione¹⁶³ 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 distaccati¹⁶⁴.

La direttiva di applicazione dovrà essere recepita nel diritto nazionale degli Stati membri entro il 18 giugno 2016¹⁶⁵, e di conseguenza non è ancora possibile trarre delle conclusioni sul suo impatto nei singoli ordinamenti e nell'ambito del settore considerato: il quadro complessivo della normativa comunitaria risulta di limitata innovatività e capacità di incidenza sui sistemi nazionali, e non sembra in particolare caratterizzato dal livello di dettaglio necessario al fine di produrre un significativo aumento del livello di tutela accordato ai lavoratori coinvolti in quella che rappresenta una delle principali forme di mobilità intracomunitaria¹⁶⁶.

¹⁶¹ *Ibid.*, cons. 33

¹⁶² Nel procedere a tale valutazione, dovrebbero essere tenute in debita considerazione alcuni ambiti specifici collegati alla complessità della situazione contingente, alle caratteristiche di specifici settori e categorie di lavoratori, e all'emersione di irregolarità in precedenti ipotesi di prestazione di servizi. In particolare vengono identificati dall'art. 10.1 la "realizzazione di grandi progetti infrastrutturali" nonché "[...] l'esistenza di lunghe catene di subappaltatori"

¹⁶³ In particolare le "tariffe minime salariali" e l'orario di lavoro, Dir. 2014/67 art. 10.4. Va sottolineato come la Proposta di modifica della dir. 96/71 intervenga in materia retributiva sulla base della considerazione che il vincolo imposto dalla normativa comunitaria quanto al rispetto delle sole tariffe minime salariali non ha impedito che si determinassero sostanziali differenze (sulla base delle valutazioni della Commissione, fino al 50% a seconda dei settori e degli SM considerati) tra lavoratori distaccati e locali, in particolare negli SM di distacco caratterizzati da più elevati livelli salariali. Il nuovo testo comunitario dovrebbe sostituire il riferimento alle "tariffe minime salariali" con un riferimento alla "retribuzione" (si fa esplicita menzione a C-396/13 *Sähköalojen*), prevedendo quindi che per la retribuzione si applichino le stesse regole dello Stato membro ospitante, quali definite dalla legge o da contratti collettivi di applicazione generale, mentre resterebbero immutate le norme che consentono agli Stati membri i quali non dispongono di un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi di basarsi su determinati altri contratti collettivi o arbitrati (art. 3.8 Dir. 96/71). Si può altresì sottolineare che la modifica in questione interagisce in maniera diretta (sia pure alquanto limitata) con il quadro stabilito dalla Dir. 2014/67 imponendo agli SM di pubblicare sul sito web di cui all'art. 5 gli elementi costitutivi della retribuzione applicabile ai lavoratori distaccati. Vd. COM(2016) 128 final, par. 7.2 e art. 1.2, lett a)

¹⁶⁴ Dir. 2014/67, cons. 31 "Per tener conto della diversità dei mercati del lavoro e dei sistemi di relazioni industriali". Va sottolineato che 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

¹⁶⁵ Al momento della stesura del contributo, la dir. 2014/67 risulta essere recepita solo da Francia, Lettonia e Slovacchia. Per quanto riguarda il processo di trasposizione nell'ordinamento italiano, vd. l. 9 luglio 2015, n. 114 - *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2014*

¹⁶⁶ Pur costituendo infatti una percentuale ridotta degli occupati (nel 2014 vi sono stati oltre 1,9 milioni di distacchi nell'UE, che rappresentano lo 0,7% della forza lavoro totale dell'UE), vengono evidenziati da un lato un aumento significativo dell'uso dello strumento nel corso degli ultimi anni (del 10,3% rispetto al 2013 e del 44,4% rispetto al 2010) nonché la sua rilevanza per alcuni settori (quali quello edile cui si è fatto specifico riferimento, ma anche per quanto riguarda istruzione e trasporto su strada - rispetto al quale si sottolinea uno specifico impegno indirizzato al miglioramento della chiarezza e del rispetto delle norme applicabili) e per determinati contesti nazionali (nello specifico, Polonia, Germania e Francia come paesi di invio e Germania, Francia e Belgio in quanto SM attirano il maggior numero di lavoratori distaccati). Vd. COM(2016) 128 final, par. 1.1

Inoltre, se da un lato la proposta di revisione della Dir. 96/71 conferma la rilevanza del tema a livello comunitario e si focalizza essenzialmente su di un tema specifico quale quello della parità di trattamento dei lavoratori, evidenzia altresì una contraddittorietà negli approcci seguiti nella definizione delle norme relative al distacco che potenzialmente collide con la creazione di una disciplina coerente e sistematica¹⁶⁷, in considerazione delle perduranti discrepanze esistenti tra i vari Stati Membri per quanto riguarda nello specifico i meccanismi di tutela per i lavoratori e gli apparati sanzionatori per le ipotesi di ricorso abusivo a queste forme di lavoro, che rimangono sempre potenzialmente esposti allo scrutinio della Cgue quanto alla loro adeguatezza e proporzionalità, e che non sono stati ancora una volta coinvolti da interventi di allineamento e uniformazione a livello sovranazionale.

¹⁶⁷ Sul punto è possibile sottolineare che la Commissione evidenzia che con la proposta di revisione della dir. 96/71 ha come obiettivo quello di istituire un quadro più solido per il distacco nell'UE, contribuendo a un mercato unico più profondo e più equo. Nonostante l'affermazione che la direttiva riveduta sul distacco dei lavoratori e la direttiva di applicazione risultino complementari tra loro e si rafforzino reciprocamente, si esplicita altresì che l'iniziativa in oggetto non riguarda le questioni trattate dalla dir. 2014/67 e che procede (invece) nella direzione di risolvere alcune incongruenze tra quadro normativo istituito dalla dir. 96/71 ed altri strumenti legislativi quali il Reg. 883/04 (relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale) e la dir. 2008/104 (sul lavoro tramite agenzia interinale)