

WorkingPaper

Adapt
www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

Il distacco transnazionale di lavoratori

Luci e ombre del decreto legislativo n. 136/2016

Davide Venturi
Ispettore del lavoro

Working Paper n. 2

ABSTRACT

Il decreto legislativo n. 136/2016 traspone in Italia la direttiva 2014/67/UE in materia di distacco transnazionale di lavoratori. La scelta del legislatore italiano è stata quella di superare l'obsoleta normativa precedente ridisciplinando l'intera materia. Oggetto dunque del presente lavoro non è quello di proporre un commento sistematico dell'articolato della nuova norma, ma piuttosto quello di porre all'attenzione dell'interprete quali siano le principali soluzioni positive apportate dal decreto legislativo n. 136/2016 e quali invece siano le criticità ancora presenti nel nostro ordinamento. In particolare, sono stati affrontati alcuni temi centrali, quali l'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione della norma, la disciplina della frode e dell'abuso del diritto, le condizioni di lavoro e di occupazione.

I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- ❖ rapporto tra direttive dell'Unione e d.lgs. n. 136/2016: superamento delle principali criticità della precedente normativa (d.lgs. n. 72/2000)
- ❖ la disciplina del distacco transnazionale nel settore dei trasporti su strada
- ❖ “nocciolo duro” delle materie per cui si applica la legge italiana (Paese di esecuzione) al distacco transnazionale
- ❖ frode, abuso del diritto ed elusione delle norme europee: conseguenze sui rapporti contrattuali di lavoro e commerciali e disciplina sanzionatoria alla luce dei principi giurisprudenziali della Corte di Giustizia
- ❖ “condizioni di lavoro e di occupazione” e contrattazione collettiva

IL MESSAGGIO

Il decreto legislativo n. 136/2016 ha completamente ridisegnato per l'Italia la materia del distacco transnazionale. Ai tempi della vecchia disciplina normativa (d.lgs. n. 72/2000) la materia del distacco transnazionale era un tema “di nicchia” per addetti ai lavori, ma di impatto piuttosto limitato per la vita dei lavoratori europei. Oggi invece il fenomeno appare di grande importanza, è oggetto di un progetto di ridefinizione normativa a livello europeo attualmente in corso di avanzata discussione, ed è sentito in molti Paesi come un tema fortemente divisivo, spesso collegato a pratiche abusive e fraudolente di “dumping sociale” che sfrutta i differenziali salariali attualmente presenti tra i Paesi dell'Unione. L'analisi della normativa italiana di trasposizione è dunque importante per ogni giuslavorista che affronta i temi attuali del lavoro con caratteri di internazionalità, del lavoro che è sempre più europeo piuttosto che soltanto nazionale.

Indice

1. Posizione del problema: il distacco transnazionale tra opportunità e dumping sociale. Il decreto legislativo n. 136/2016..... 4
2. Il campo di applicazione della norma tra consolidate certezze e nuovi dubbi: il caso del trasporto transnazionale..... 6
3. Il problema della Frode (art. 3) e della inapplicabilità della disciplina del distacco transnazionale di lavoratori. La legislazione applicabile al contratto 11
4. Il sistema delle tutele per i lavoratori in distacco transnazionale: le condizioni di lavoro e di occupazione. Luci e ombre della nuova disciplina nazionale 17
5. Ancora sul sistema delle tutele per i lavoratori in distacco transnazionale: gli obblighi dello Stato ospitante di pubblicità delle condizioni di lavoro e di occupazione applicabili alle imprese distaccanti, la responsabilità solidale, la nozione di tariffe minimi salariali e l'accesso alle tutele 21
6. Controlli ispettivi, apparato sanzionatorio, cooperazione amministrativa ed esecuzione internazionale delle sanzioni amministrative..... 26

* Il presente lavoro è il frutto dell'attività dell'autore durante un recente periodo in qualità di assegnista di ricerca presso l'Università di Modena e Reggio Emilia, Dipartimento di Economia "M. Biagi". Pertanto, le considerazioni espresse sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno alcun carattere impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

1. Posizione del problema: il distacco transnazionale tra opportunità e dumping sociale. Il decreto legislativo n. 136/2016

Il decreto legislativo n. 136/2016 in materia di distacco transnazionale di lavoratori ha trasposto in Italia la direttiva 2014/67/UE. Prima di procedere nell'analisi della disciplina nazionale, è bene premettere, pur senza alcun fine di esaustività, alcune brevi note di ordine sistematico relative all'inquadramento della regolazione europea in materia di distacco da cui la legge italiana trae origine e ragione. Infatti, la transnazionalizzazione dei rapporti di lavoro pone la questione della individuazione della legge nazionale applicabile al rapporto di lavoro. Sul piano delle fonti internazionali, e nell'ambito del diritto dell'unione, il tema della individuazione della legge nazionale applicabile al contratto, ed al contratto di lavoro in particolare, è stato disciplinato dalla convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali e poi dal Regolamento n. 593/2009, il cd. Regolamento Roma I. Si deve precisare che nell'ambito della nozione di legge nazionale applicabile, essendo ormai superata da dottrina e giurisprudenza il cd. principio di territorialità della contrattazione collettiva, rientrano tanto la legge in senso stretto quanto la contrattazione collettiva ivi applicabile ⁽¹⁾. Anche la disciplina europea del distacco transnazionale di lavoratori, che si configura come una prestazione temporanea di servizi da parte di una impresa stabilita in un Paese diverso da quello dell'esecuzione della prestazione stessa, ha dovuto farsi carico dell'esigenza di risolvere la questione della legge nazionale applicabile al rapporto di lavoro dei lavoratori in regime di distacco transnazionale, individuando una disciplina compatibile con la Convenzione di Roma e col Regolamento Roma I ⁽²⁾. Sul punto, la direttiva 96/71/CE prevede che, a prescindere dalla legge nazionale che disciplina il rapporto di lavoro, si applichi tuttavia la legge del

⁽¹⁾ Sul piano dogmatico, la questione della inclusione della contrattazione collettiva nell'ambito della nozione di legge nazionale applicabile al contratto di lavoro, è stata definita, con riferimento alla Convenzione di Roma del 1980, e poi declinata rispetto alla disciplina europea del distacco transnazionale, da M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1998, 20, 73-95. L'autrice, in particolare evidenzia che la natura contrattuale delle disposizioni della contrattazione collettiva non è di ostacolo al fatto che anche la contrattazione collettiva possa rientrare nella definizione di legge nazionale applicabile. Ciò vale, per quanto riguarda la direttiva distacchi, pur nel rispetto del vincolo della parità di trattamento, con riferimento alla contrattazione collettiva generalmente applicabile (articolo 3.1 della direttiva 96/71/CE), o in mancanza, se lo Stato membro così dispone, anche alla contrattazione collettiva di applicazione prevalente ovvero a quella stipulata dalle organizzazioni e parti sociali più rappresentative; come peraltro è consentito dall'articolo 3.8.

⁽²⁾ La direttiva 96/71/CE richiama espressamente la Convenzione di Roma del 1980 nei considerando dal 7 all'11, proprio in relazione alla funzione di regolazione del conflitto tra leggi nazionali. In particolare, il considerando 11 consente di evidenziare la specialità del sistema di regolazione dei conflitti di leggi definito dalla direttiva rispetto al modello regolatorio stabilito in via generale dalla Convenzione, sulla base del principio di prevalenza del diritto comunitario disposto dall'articolo 20 della Convenzione medesima. Inoltre, la direttiva 2014/67/UE, al considerando 11, richiama a sua volta sia il Regolamento n. 593/2008, cd. Roma I, sia la Convenzione di Roma del 1980, nella loro funzione di norme generali per la soluzione dei conflitti tra leggi nazionali, la cui applicazione subentra laddove, in ragione di prassi di distacco transnazionale abusive e fraudolente, non possono trovare applicazione le direttive in materia di distacco. Anche questa disposizione sottolinea la funzione di norma speciale delle direttive rispetto alla disciplina generale del Regolamento Roma I (e della Convenzione di Roma), a cui si ricorre nel caso in cui non sia applicabile la disciplina speciale sul distacco transnazionale regolata dalle direttive del 1996 e del 2014.

Paese di esecuzione in relazione ad un “nocciolo duro” ⁽³⁾ di materie stabilite dall’articolo 3.1. In sostanza, mentre la legge nazionale applicabile al contratto di lavoro con elementi di internazionalità resta sottoposta alla disciplina del Regolamento Roma I, e ai criteri di collegamento previsti dal relativo articolo 8, per quanto riguarda in particolare il distacco transnazionale trovano comunque applicazione necessaria *ratione materiae* le norme, di legge o stabilite dalla contrattazione collettiva generalmente applicabile, del Paese di esecuzione della prestazione di servizi le quali disciplinano appunto il cd. “nocciolo duro”. Si tratta in definitiva di una disciplina che rivela la propria natura di compromesso tra le opposte esigenze di applicazione da un lato della legge del Paese di provenienza e dall’altro lato di quella del Paese ospitante, con lo scopo di garantire la libera prestazione temporanea di servizi da parte di imprese stabilite in un Paese diverso da quello di esecuzione. È stato anche autorevolmente osservato che le materie del “nocciolo duro”, per le quali si applica la legge del Paese di esecuzione, difficilmente possono integrare la nozione di norme di applicazione necessaria ai sensi delle convenzioni internazionali ⁽⁴⁾, in quanto esse sono state individuate dalla direttiva del 1996 sulla base di criteri meramente empirici e non di sistema: nel caso del distacco, infatti, si tratta di materie per le quali il diritto dell’Unione aveva già realizzato una azione di armonizzazione ovvero, per quanto riguarda le tariffe minime salariali, si tratta di una inclusione determinata dall’esigenza di armonizzazione delle condizioni di concorrenza tra le imprese ⁽⁵⁾.

Per garantire infine l’effettività dell’assetto normativo definito dalla direttiva del 1996, e allo scopo di contrastare le pratiche abusive e fraudolente degli operatori economici che intendono trarre illecito vantaggio dalle norme europee in materia di distacco transnazionale, è stata emanata la direttiva 2014/67/UE, la cosiddetta “direttiva *enforcement*”.

La trasposizione della direttiva 2014/67/UE è stata anche l’occasione per il legislatore italiano di ridisegnare l’intera disciplina normativa in tema di distacco transnazionale dei lavoratori, mediante il superamento dell’ormai obsoleto decreto legislativo n. 72/2000.

La scelta del nostro Paese è stata dunque quella di approvare il decreto legislativo n. 136/2016 che attua la direttiva 2014/67/UE, ma che allo stesso tempo, disponendo l’abrogazione del decreto legislativo n. 72/2000, significativamente modifica anche la legge nazionale di trasposizione della cd. “direttiva base”, la direttiva 96/71/CE.

⁽³⁾ L’espressione “nocciolo duro” delle tutele, con riferimento alle disposizioni di cui all’articolo 3.1, è contenuta al considerando n. 14 della direttiva 96/71/CE.

⁽⁴⁾ Si veda l’articolo 7.2 della Convenzione di Roma e l’articolo 9 del Regolamento Roma I.

⁽⁵⁾ L’argomentazione è di M. MAGNANI, *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Il Diritto del Lavoro*, 2003, V, 409, la quale sottolinea che i minimi di tutela definiti dalla legge del paese di esecuzione costituiscono, più che una diretta applicazione e interpretazione rientrante nella nozione di norma di applicazione necessaria ai sensi dell’articolo 7 del trattato di Roma del 1980 (articolo 9 del Regolamento Roma I), piuttosto una disciplina speciale la cui rigidità dell’elencazione dell’articolo 3.1 della direttiva privilegia l’esigenza della certezza del diritto rispetto alla flessibilità della Convenzione di Roma e del Regolamento Roma I. Inoltre, sul tema della possibilità di inclusione delle disposizioni della contrattazione collettiva nel novero delle norme di applicazione necessaria secondo la disciplina speciale definita dalla direttiva distacchi, M. MAGNANI, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali tra legge e contratti collettivi*, cit, 94, chiarisce che, in un sistema come quello italiano, che pure non è dotato di contratti collettivi universalmente applicabili, in ragione della integrazione tra legge e autonomia collettiva, «non è da escludere che neppure le disposizioni dei contratti collettivi di per sé privi di efficacia generalizzata siano riconducibili, sia pure indirettamente, a seguito del richiamo della legge, al novero delle norme di applicazione necessaria».

La fondamentale ragione di questa opzione è certamente rinvenibile nello stato di avanzata obsolescenza della precedente norma nazionale, la quale, come già più volte segnalato dalla dottrina ⁽⁶⁾, conteneva alcune significative disposizioni sostanzialmente incompatibili col diritto dell'Unione ⁽⁷⁾.

La decisione del legislatore italiano di rivedere l'intera disciplina nazionale del distacco transnazionale si presenta dunque come una occasione favorevole per leggerne criticamente le novità, cosicché oggetto del presente lavoro non è tanto quello di proporre un commento sistematico dell'articolato della nuova norma, quanto piuttosto quello di individuare e porre all'attenzione dell'interprete quali siano le principali soluzioni positive apportate dal decreto legislativo n. 136/2016 e quali invece siano le criticità ancora presenti nel nostro ordinamento rispetto alla regolamentazione dell'istituto ⁽⁸⁾, il cui scopo principale è quello di aprire mercati alle imprese che intendono operare in ambito europeo, ma che d'altra parte desta timori e preoccupazioni in parte giustificate dalle pratiche abusive che la direttiva *enforcement*, insieme alla norma italiana di trasposizione, intendono affrontare e risolvere.

2. Il campo di applicazione della norma tra consolidate certezze e nuovi dubbi: il caso del trasporto transnazionale

L'articolo 1 del decreto legislativo n. 136/2016 definisce il campo di applicazione della norma. Conformemente a quanto stabilito dall'articolo 1 della direttiva 96/71/CE, le

⁽⁶⁾ Sulla incompatibilità del decreto legislativo n. 72/2000 col diritto dell'Unione Europea, si vedano in particolare G. ORLANDINI, *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori in Italia*, in *RIDL*, 2008, I, 70; G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 137/2012, 49 ss.; S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, 2007, 132; F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, Il Mulino, 2008, 199; più prudente nella critica M. ROCCELLA- T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cedam, 2016, 162; M. MONACO, *La normativa italiana in materia di distacco alla luce della giurisprudenza europea*, in M. CILENTO (a cura di), *I percorsi della solidarietà*, Ed. lavoro, 2008, 120; S. NADALET, *L'attuazione della direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lavoro e Diritto*, 2008, I, 44 ss..

⁽⁷⁾ La più evidente incompatibilità della vecchia norma col diritto dell'Unione era infatti rappresentata dalla previsione di cui all'articolo 3, comma 1, che imponeva l'applicazione al rapporto di lavoro dei lavoratori distaccati in Italia delle «medesime condizioni di lavoro» stabilite dalla legge e dalla contrattazione collettiva applicabile ai lavoratori subordinati che prestano la propria attività lavorativa stabilmente in Italia. Infatti, l'art. 3, comma 1, così disponeva: «al rapporto di lavoro tra le imprese di cui all'articolo 1, comma 1, e i lavoratori distaccati si applicano, durante il periodo del distacco, le medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco». Del pari, l'articolo 3, comma 3, prevedeva un principio di parità di trattamento retributivo negli appalti endoaziendali disegnato sulla base dell'abrogato analogo principio stabilito dall'articolo 3, comma 1, della legge 1369/1960.

⁽⁸⁾ Per una visione anche comparata del processo di trasposizione, si vedano i documenti finali del Progetto Enacting (VS/2015/0013), in <http://www.adapt.it/enacting/index.html>, ed in particolare l'analisi comparata tra la normativa nazionale di trasposizione di Belgio, Germania, Italia e Romania.

ipotesi di distacco transnazionale disciplinate dalla normativa europea sono tre: quella della prestazione transnazionale di servizi ⁽⁹⁾, quella del distacco infragruppo ⁽¹⁰⁾ e quella della somministrazione transnazionale di lavoro ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Rientra nella sfera di applicazione della prima ipotesi ogni prestazione transnazionale di servizi la cui definizione, ai sensi del TFUE (articoli 56 e ss.) deve essere intesa come una prestazione che, indipendentemente dalla forma contrattuale utilizzata dalle parti, riguarda l'esecuzione di prestazioni da parte di imprese non stabilite nel Paese di esecuzione del contratto relative ad attività di carattere, industriale, commerciale, artigianale e afferente all'esercizio di libere professioni. La nozione europea di prestazione di servizi prescinde, in quanto più ampia, dall'ambito di applicazione nazionale della disciplina del contratto di appalto in relazione al quale essa è nella pratica normalmente attuata, per estendersi agli altri contratti di *facere*, come ad esempio il contratto di trasporto o il contratto atipico di *outsourcing*. Per quanto riguarda i contratti di *dare* come la compravendita, la direttiva si applica in ragione del fatto che la prestazione lavorativa connessa al contratto sia limitata nel tempo e che sia funzionalizzata come prestazione accessoria al contratto di *dare*. Tuttavia, in ossequio a quanto stabilito dall'articolo 3.2 della direttiva 96/71/CE, il regime del "nocciolo duro" delle tutele per il lavoratore in distacco transnazionale in Italia non si applica nel caso di contratti di compravendita che trasferiscono beni da Paese a Paese, nell'ambito dell'esercizio del principio di libera circolazione dei beni, qualora la durata della prestazione lavorativa di assemblaggio iniziale e di prima installazione dei beni non superi gli otto giorni, come stabilito dall'articolo 4, comma 2, del decreto legislativo di trasposizione, in continuità con la precedente disciplina del decreto legislativo n. 72/2000. Si consideri però che, qualora tali contratti che afferiscono alla circolazione transnazionale di beni si riferiscono al settore delle costruzioni edili, si applica *in toto* la direttiva, non operando, in questa ipotesi, l'esenzione di cui all'articolo 4, comma 2. In edilizia, dunque, rientrano nella disciplina del distacco transnazionale anche i contratti atipici afferenti al *genus* della compravendita con prestazioni accessorie che si realizzano in attività di lavoro quali il contratto di fornitura e posa. Allo stesso modo, anche nel caso del contratto atipico di nolo a caldo rientrante nell'alveo della locazione (anch'esso contratto di *dare*), qualora questo afferisca ad attività edili, si applica la disciplina del distacco transnazionale, indipendentemente dalla durata delle attività lavorative accessorie connesse al nolo (si pensi ad esempio al nolo di ponteggio che prevede anche il montaggio dello stesso).

⁽¹⁰⁾ L'ipotesi del distacco infragruppo contemplata dalla direttiva 96/71/CE è strutturalmente differente e comunque meno ampia rispetto a quella regolata a livello nazionale dall'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003, che disciplina il distacco di lavoratori anche non infragruppo. Sulla questione, F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, cit., 158 rileva la profonda distanza tra la nozione comunitaria di distacco infragruppo e quella nazionale stabilita dall'articolo 30 del decreto legislativo n. 276/2003. L'autore, in particolare, condivisibilmente sostiene che, per qualificare la nozione europea di distacco infragruppo nell'ambito della direttiva, «è sufficiente, infatti, ricordare che il distacco regolato dalla Direttiva non può prescindere dalla fornitura di un servizio, perché non è rilevante di per sé, ma soltanto in quanto si presenti "nel quadro di" detta fornitura. Il parallelo con l'istituto del distacco ex art. 30, d.lgs. n. 276/2003 risulta, in definitiva, impraticabile, perché la fattispecie comunitaria è strutturalmente diversa da quella domestica». Secondo questa autorevole ed acuta interpretazione, è dunque il collegamento tra distacco infragruppo e prestazione di servizi che caratterizza la nozione comunitaria, laddove la disciplina nazionale non prevede alcun collegamento con una prestazione di servizi tra distaccante e distaccatario. In maniera opposta, invece, altra autorevole dottrina. Infatti, S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, cit., 108, sono critici rispetto alla disciplina europea di cui rilevano la sostanziale ambiguità in relazione alla stessa base giuridica della direttiva, in quanto, secondo gli autori manca, nel caso del distacco infragruppo, il collegamento con una prestazione di servizi. La questione non può essere ulteriormente approfondita in questo studio. Qui però si ritiene utile rilevare che la nozione nazionale di distacco nazionale può certamente ricomprendere il distacco infragruppo disciplinato dalla normativa europea, e tuttavia a livello nazionale l'ipotesi del distacco del lavoratore non necessariamente avviene all'interno del gruppo d'impresa, in quanto la norma nazionale si limita a richiedere come presupposto l'interesse del distaccante, oltre alla temporaneità. Pertanto, sulla base delle osservazioni della prima dottrina qui citata ma andando rispetto ad essa un po' oltre, si ritiene che le ipotesi di distacco di lavoratori non infragruppo rilevino, ai fini della disciplina del distacco transnazionale, nella misura in cui esse rientrino in una prestazione transnazionale di servizi, e cioè ad esempio nella misura in cui il lavoratore distaccato non infragruppo operi temporaneamente in un diverso Paese nell'esecuzione di un contratto di appalto.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione, il decreto di trasposizione prevede che per definire la condizione di lavoratore distaccato gli elementi essenziali siano l'abitudine dell'occupazione in un Paese diverso dall'Italia e la temporaneità della sua permanenza in Italia ⁽¹²⁾, cosicché tali elementi conferiscono al lavoratore lo status di lavoratore distaccato. A tali condizioni deve aggiungersi il fatto che il lavoratore distaccato è alle dipendenze di una impresa non stabilita in Italia ⁽¹³⁾ la quale opera temporaneamente nel nostro Paese, nell'ambito di una delle operazioni commerciali sopra richiamate che definiscono l'ambito oggettivo della norma. Per i lavoratori in distacco transnazionale, la *lex contractus* è quella del Paese in cui normalmente operano, che tende a coincidere nella quasi totalità dei casi con quella del Paese di stabilimento dell'impresa. Allo stesso modo, a tale legislazione si fa riferimento per quanto riguarda la previdenza sociale ⁽¹⁴⁾ e l'imposta sul reddito dei lavoratori per la quale il datore di lavoro opera come sostituto d'imposta secondo la legge nazionale del Paese di invio. Anche se dunque la legge del contratto non è la legge italiana, tuttavia, sulla base del diritto dell'Unione in materia di distacco transnazionale, il combinato disposto dell'articolo 3 e dell'articolo 2, comma 1, lettera *e*, del decreto legislativo n. 136/2016 stabilisce quali siano gli ambiti di applicazione della legislazione italiana quali «condizioni di lavoro e di occupazione» minime da applicare ai lavoratori distaccati, come meglio si dirà in seguito.

Con riferimento alle prestazioni di servizi transnazionali, la norma italiana fa un esplicito riferimento ai trasporti con carattere di transnazionalità. Tuttavia, l'espressione utilizzata non appare molto chiara. Si dice infatti all'articolo 1, comma 4, che «nel settore del trasporto su strada, il presente decreto si applica anche alle ipotesi di cabotaggio». In

⁽¹¹⁾ L'articolo 3, comma 9, della direttiva 96/71/CE stabilisce che ogni Stato membro è libero di applicare o meno ai lavoratori in somministrazione transnazionale «il beneficio delle condizioni [di lavoro, *ndr.*] che sono applicabili ai lavoratori temporanei nello Stato membro in cui è eseguito il lavoro», cosicché il principio di parità di trattamento tra lavoratori somministrati da agenzie stabilite nel Paese di esecuzione e quelli in distacco transnazionale ai sensi della direttiva è una scelta di ogni Paese membro. L'Italia ha fin da subito previsto l'estensione di questo principio di parità di trattamento anche a beneficio dei lavoratori in somministrazione transnazionale, e attualmente tale previsione è stabilita dal combinato disposto degli articoli 1, comma 2, e 4, comma 1 del decreto legislativo n. 136/2016. Invece, il principio di parità di trattamento nelle condizioni base di lavoro e di occupazione (per orario di lavoro, riposi e retribuzione) tra lavoratori somministrati e lavoratori dell'utilizzatore è stabilito dal combinato disposto degli articoli 3, comma 1, lettera *f*, e 5 della direttiva 2008/104/CE, ma appunto esso non si applica – come obbligo per gli Stati membri, ma solo come possibilità nel caso che così preveda la legge nazionale, come nel caso dell'Italia – anche ai casi di somministrazione di lavoro transnazionale. Si segnala quindi che la proposta di revisione della direttiva 96/71/CE, effettuata dalla Commissione europea con atto “COM (2016) 128 final” dell'8 marzo 2016, prevede che il principio di pari trattamento in questione sia esteso come obbligo generale per tutti gli Stati membri. Tuttavia l'iter della proposta è tuttora in corso. In tema di contrasto al *dumping sociale* tramite contratti di somministrazione transnazionale di lavoro ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della direttiva 96/71/CE, il Ministero del lavoro, già prima della trasposizione della direttiva 2014/67/UE, aveva emanato la circolare n. 14 del 9 aprile 2015, per un rafforzamento dei controlli. Gli strumenti di controllo che il decreto legislativo n. 136/2016 ha introdotto, oggetto di trattazione nel prosieguo del presente lavoro, rendono oggi concretamente possibile la verifica della regolarità della somministrazione transnazionale di lavoro, oltre che la sanzione di comportamenti abusivi e in frode alla legge.

⁽¹²⁾ L'articolo 2, comma 1, lettera *d*, del decreto legislativo n. 136/2016 definisce come lavoratore distaccato «il lavoratore abitualmente occupato in un altro Stato membro che, per un periodo limitato, predeterminato o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo, svolge il proprio lavoro in Italia».

⁽¹³⁾ Così stabilisce espressamente la direttiva 96/71/CE, all'art. 1.3, laddove nelle ipotesi sub a), b) e c), prevede sempre la sussistenza di un rapporto di lavoro tra impresa distaccante e lavoratore distaccato.

⁽¹⁴⁾ Così stabilisce l'articolo 12 del Regolamento (CE) n. 883/2004.

particolare, non appare chiaro il significato della congiunzione “anche”, che sembra fare riferimento ad ipotesi di trasporto transnazionale diverse dal cabotaggio senza però specificare quali esse siano. Nessun dubbio che rientri nel campo di applicazione del distacco transnazionale il cabotaggio, che si caratterizza per una serie complessa di operazioni commerciali consistenti in uno o più trasporti nazionali preceduti e seguiti da un trasporto internazionale in un arco temporale di sette giorni. Esso si realizza sia nell’ambito del trasporto di cose sia in quello di persone ⁽¹⁵⁾. Il fatto che al conducente si applichi la disciplina del distacco transnazionale, in relazione alle operazioni di trasporto effettuate in Italia nell’ambito del cabotaggio, è stabilito direttamente dai regolamenti europei in materia di trasporto su strada. Ciò che invece si pone come problematico è appunto il significato da dare al termine “anche” utilizzato dalla legge italiana. Da un lato, infatti, appare assai improbabile che esso possa legittimamente includere tutti i trasporti transnazionali in cui l’Italia sia uno dei Paesi di transito o di destinazione del trasporto internazionale stesso, in quanto non esiste evidenza nel diritto dell’Unione che al trasporto internazionale possa applicarsi la disciplina del distacco. Inoltre, diversamente opinando, si dovrebbe ipotizzare che per il medesimo trasporto il lavoratore possa essere sottoposto a tante discipline nazionali differenti quanti sono i Paesi attraversati e/o di destinazione di tutta o di parte della merce o dei passeggeri trasportati. Da un lato, poi, si osserva che una ipotesi interpretativa estensiva della legge di trasposizione nel senso di ricomprendere anche il trasporto internazionale finirebbe per essere incompatibile col diritto dell’Unione, in quanto eccessivamente onerosa e sproporzionata tanto da costituire nei fatti una barriera all’ingresso per le imprese di trasporto stabilite in un Paese diverso dall’Italia. E dall’altro lato non si rinviene quale potrebbe essere concretamente l’interesse dell’Italia a sostenere nel contesto europeo uno spezzettamento regolatorio così complesso e sostanzialmente inapplicabile da parte delle imprese di trasporto.

Scartata quindi questa soluzione, resta da individuare quale sia l’ambito di applicazione della disciplina del distacco transnazionale nel trasporto su strada al di fuori dell’ipotesi del cabotaggio, come appunto suggerito dall’uso del termine “anche” nella norma di trasposizione. La prima ipotesi di applicazione del distacco “anche” al di fuori del cabotaggio è certamente quella della somministrazione di lavoro riguardante i conducenti, in considerazione del fatto che la somministrazione di lavoro è una delle ipotesi di distacco transnazionale ai sensi della direttiva 96/71/CE ⁽¹⁶⁾. Lo stesso si può dire del distacco infragruppo di conducenti, qualora l’impresa distaccante facente parte del gruppo non sia stabilita in Italia.

Inoltre, si ritiene compatibile col diritto dell’Unione una interpretazione della norma nazionale che consente di includere anche alcune residue ipotesi in cui si realizzano operazioni analoghe al cabotaggio: ci si riferisce ad esempio in primo luogo al caso di uno o più trasporti nazionali svolti in Italia, preceduti e/o seguiti da trasporti transnazionali

⁽¹⁵⁾ La disciplina del cabotaggio è regolata dall’articolo 8 del Regolamento (CE) n. 1072/2009 per il trasporto di merci, e dall’articoli 14 *ss.* del Regolamento (CE) n. 1073/2009 per il trasporto di persone.

⁽¹⁶⁾ Cautelativamente, l’Ispettorato nazionale del lavoro, con la circolare n. 1 del 9 gennaio 2017, ha limitato l’ambito di operatività della disposizione ai fini dei controlli dei propri ispettori ai soli casi della somministrazione di conducenti e del cabotaggio. Nella indeterminatezza della norma di legge, la scelta interpretativa prudente dell’autorità di controllo appare certamente condivisibile, al fine di non avvalorare l’inclusione nella nozione di distacco transnazionale nel settore dei trasporti di ipotesi dubbie che potrebbero creare contenzioso a livello europeo.

combinati ⁽¹⁷⁾, ad esempio realizzati via mare. In secondo luogo, si ritiene che rientrino nell'ipotesi in questione anche i casi in cui si pongano in essere operazioni che, del tutto analoghe sul piano economico al cabotaggio, non ne rispettino tuttavia le caratteristiche di regolarità ⁽¹⁸⁾. Infatti, le operazioni che violano le norme sul cabotaggio comportano l'applicazione delle relative sanzioni, e tuttavia lasciano impregiudicate le tutele dei lavoratori stabilite per il distacco transnazionale. In ultimo, prendendo le distanze dall'istituto del cabotaggio e dalle relative prassi di contorno, si può rilevare che la norma in questione potrebbe anche legittimamente riferirsi all'ipotesi in cui una serie di trasporti internazionali realizzano nei fatti un'unica operazione economica complessiva qualificabile nell'alveo del contratto di appalto di servizi di trasporto avente ad oggetto una pluralità di trasporti ⁽¹⁹⁾, in ragione della unicità della causa contrattuale e delle caratteristiche di continuità e di programmazione del servizio da parte di un mittente stabilito in Italia. In questo senso, l'appalto di servizi consistente in una pluralità di trasporti transnazionali si realizzerebbe nonostante il fatto che ciascuna operazione di trasporto singolarmente considerata appaia qualificabile come un contratto di trasporto. Laddove poi, in questo genere di operazioni, il carattere della transnazionalità dei trasporti dovesse risultare solo funzionale all'elusione della legge italiana, si potrebbe anche concretizzare una ipotesi di prassi in frode alla legge, di cui più estesamente si tratta in seguito nel successivo paragrafo.

Del tutto diversa è invece l'ipotesi nella quale si realizzano operazioni di trasporto, regolari sul piano commerciale, ma nelle quali i rapporti di lavoro siano abusivamente e/o fraudolentemente regolati dalla legge di un Paese diverso dall'Italia. In questo caso si è al di fuori dell'ambito di applicazione della disciplina sul distacco transnazionale, e si ricade piuttosto in quello che riguarda la corretta applicazione del Regolamento CE n. 593/2008 (cd. Roma I), così come interpretato dalla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia ⁽²⁰⁾.

Sulla base delle argomentazioni che precedono, dunque, nel caso di operazioni transnazionali di dubbia correttezza nel settore del trasporto su strada, in ragione della specificità del settore l'azione antidumping delle autorità nazionali competenti può risultare meno efficace e giuridicamente percorribile se diretta a sostenere interpretazioni eccessivamente estese dell'operatività delle tutele del distacco transnazionale, laddove invece può risultare piuttosto preferibile, proprio perché più coerente col quadro normativo prospettato dal diritto dell'Unione, che le autorità competenti procedano a verificare caso per caso l'esistenza di eventuali prassi di abuso del diritto in relazione alla scelta contrattuale della legislazione nazionale applicabile ai rapporti di lavoro. Con la conseguenza che alle ipotesi abusive in questione si deve applicare la legge italiana in luogo

⁽¹⁷⁾ La nozione di trasporto combinato è stabilita dall'articolo 1 della direttiva 92/106/CEE. Il trasporto combinato è un trasporto tra Stati in cui la parte iniziale o quella finale è fatta su un mezzo diverso dal veicolo che viaggia su gomma. Il fatto che questa ipotesi possa essere considerata una sorta di "sostanziale cabotaggio", e dunque possa rientrare nelle ipotesi di applicazione della normativa sul distacco transnazionale, è avvalorata dalla formulazione del considerando n. 16 del Regolamento (CE) n. 1072/2009.

⁽¹⁸⁾ Si pensi in questo senso al caso in cui le operazioni di trasporto nazionale, precedute e seguite da un trasporto internazionale, non rispettino le norme relative al numero dei trasporti medesimi o all'arco temporale entro cui il trasportatore deve riattraversare la frontiera italiana in uscita dal nostro Paese.

⁽¹⁹⁾ Sul contratto di appalto di servizi di trasporto, si veda Cass. 13 marzo 2009, n. 6160 e la circolare MLPS n. 17 del 11 luglio 2012.

⁽²⁰⁾ Il tema di una corretta applicazione in chiave antiabusiva dell'articolo 8 del Regolamento CE n. 593/2008 (Roma I) è affrontato dalla CGUE nella sentenza *Koelzsch* (C-29/10) e ancor più estesamente e puntualmente nella sentenza *Voogsgeerd* (C-384/10).

di quella di un altro Paese, poiché la scelta delle parti di una diversa legislazione nazionale «non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle disposizioni a cui non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile»⁽²¹⁾, secondo la disciplina del Regolamento Roma I espressamente richiamata dalla direttiva 2014/67/UE.

3. Il problema della Frode (art. 3) e della inapplicabilità della disciplina del distacco transnazionale di lavoratori. La legislazione applicabile al contratto

Uno dei temi fondamentali della direttiva 2014/67/UE riguarda l'apparato normativo antielusivo che essa stabilisce. Il principio affermato dalla direttiva è che le imprese, le quali godono, nell'esercizio del diritto di libera circolazione di servizi, della libertà di prestare servizi in via temporanea in Paesi diversi da quello in cui hanno scelto di stabilirsi, non possono beneficiare di tali libertà e diritti qualora queste pongano in essere operazioni fraudolente ed abusive finalizzate a procurarsi indebiti vantaggi proprio in ragione delle norme europee che rendono attuali i principi stabiliti dal TFUE⁽²²⁾. Il decreto legislativo n. 136/2016 ha trasposto questo principio di prevenzione e contrasto alle operazioni elusive⁽²³⁾, abusive e fraudolente all'articolo 3, rubricato «autenticità del distacco».

La proibizione di pratiche fraudolente ed abusive, tese a trarre illeciti vantaggi dall'applicazione delle libertà e dei diritti stabiliti dal diritto dell'Unione Europea, è stata una costante preoccupazione e cura della Corte di giustizia a partire dagli anni '70⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Si veda l'articolo 8, comma 1, del Regolamento 593/2008, in combinato disposto con la previsione di cui al comma 2, in base alla quale, in mancanza di scelta delle parti «il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro». Su questo punto si vedano le sentenze della Corte di Giustizia citate nella nota precedente.

⁽²²⁾ Nel testo della direttiva 2014/67/UE, il principio esposto è rinvenibile al considerando n. 7.

⁽²³⁾ Di elusione parla la rubrica dell'articolo 4 della direttiva che si riferisce anche all'abuso, laddove il considerando n. 7 si riferisce esplicitamente a pratiche fraudolente. Il concetto di frode e quello di abuso, sono poi richiamati congiuntamente dall'articolo 12 in tema di responsabilità solidale subcontrattuale.

⁽²⁴⁾ Il caso pilota che ha impegnato la Corte è *Van Binsbergen* (C-33/74). Nel caso *Van Binsbergen*, la Corte ha stabilito che «è del pari giusto riconoscere ad uno Stato membro il diritto di provvedere affinché un prestatore di servizi, la cui attività si svolga per intero o principalmente sul territorio di detto Stato, non possa utilizzare la libertà garantita dall'art. 59 allo scopo di sottrarsi alle norme sull'esercizio della sua professione la cui osservanza gli sarebbe imposta ove egli si stabilisse nello Stato in questione. Una simile situazione deve infatti venir regolata dalle norme sul diritto di stabilimento e non dalle norme sulla prestazione di servizi». La sentenza in questione inaugura le pronunce della Corte in tema di pratiche cd. di "*U-turn*" (inversione a U), nelle quali un soggetto, al fine di beneficiare di una condizione regolatoria di uno Stato membro che è maggiormente favorevole rispetto a quella del proprio Paese, si reca presso tale diverso Paese stabilendovisi, per poi continuare a svolgere la propria attività nel proprio Paese di origine, e non in quello scelto per il proprio stabilimento. Le pratiche di "*U-turn*" non sono di per sé illegittime, e tuttavia può di sovente accadere che tali pratiche nascondano lo scopo di eludere una normativa del proprio Stato di stabilimento, sfruttando la normativa più favorevole di un altro Stato grazie al regime di libera prestazione dei servizi indipendentemente dallo Stato scelto per lo stabilimento. Sulle pratiche di

È opinione accreditata che l'istituto dell'abuso dei diritti costituisca un principio generale del diritto dell'Unione ⁽²⁵⁾, indipendentemente dal fatto che tale principio sia codificato o meno dal diritto nazionale di tutti gli Stati membri, laddove tuttavia si riscontra presente in maniera diffusa quale principio in materia di diritto dei contratti ⁽²⁶⁾.

Per definire la nozione di abuso del diritto, la giurisprudenza dell'Unione ha individuato a beneficio dell'interprete un "abuse test" ⁽²⁷⁾ in base al quale poter determinare se una pratica commerciale transnazionale deve essere considerata in concreto abusiva ovvero legittima ai sensi del diritto dell'Unione. Sostanzialmente il test verifica la presenza da un lato di elementi oggettivi in cui sia rilevabile, nell'operazione economica transnazionale posta in essere, una dicotomia tra apparenza giuridica e sostanza dell'operazione economica, e dall'altro lato di elementi soggettivi che sono riconducibili ad un comportamento doloso del soggetto che intende avvantaggiarsi dell'abuso del diritto dell'Unione ⁽²⁸⁾.

Le normative nazionali antiabusiva sono state comunque poste più volte al vaglio dalla Corte in termini di legittimità delle stesse in quanto potenzialmente lesive dei principi fondamentali di libera circolazione dei beni e dei servizi. Cosicché, secondo la Corte di giustizia, uno Stato membro è legittimato a disporre norme in funzione antiabusiva, e tuttavia tali norme devono rispettare il principio di proporzionalità, con la conseguenza di non poter imporre generali restrizioni ai principi fondamentali stabiliti dai Trattati, ma soltanto disposizioni che riducono al minimo la compressione di tali principi ⁽²⁹⁾.

"U-turn" e sull'attenzione ad esse prestata dalla Corte di Giustizia, si veda A. KJELLGREN, *On the border of abuse*, in *European Business Law Review*, 2000, III, 179.

⁽²⁵⁾ Si veda K. E. SØRENSEN, *Abuse of rights in community law: a principle of substance or merely rhetoric?*, *Common Market Law Review*, 43, 2006, 427. Si veda anche A. LENAERTS, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 6, 2010, 1121-1154.

⁽²⁶⁾ Sulla questione della possibilità della CGUE di stabilire principi generali in base all'articolo 340, comma 2, TFEU, in ragione della presenza di tali principi nella legislazione della maggioranza dei Paesi membri, si veda R. DE LA FERIA, *Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a New General Principle of EC Law through Tax*, in *Common Market Law Review*, 2008, 435.

⁽²⁷⁾ A. LENAERTS, op. cit., 1133.

⁽²⁸⁾ Questa codificazione della nozione di abuso di diritto è definita dalla sentenza *Emsland-Stärke GmbH*, C-110/99, punti 52 e 53, laddove si precisa che «la constatazione che si tratta di una pratica abusiva richiede, da una parte, un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto. Essa richiede, d'altra parte, un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento. L'esistenza di un simile elemento soggettivo può essere dimostrata, in particolare, dalla prova di una collusione tra l'esportatore comunitario, beneficiario delle restituzioni, e l'importatore della merce nel paese terzo».

⁽²⁹⁾ Su questo punto, la sentenza *Centros ltd.* C-212/97, si veda in particolare il punto n. 37, oltre al principio stabilito nel dispositivo. D'altra parte, la medesima sentenza precisa che non è di per sé abusiva la scelta di un cittadino di costituire una società in uno «Stato membro le cui norme di diritto societario gli sembrano meno severe» rispetto a quelle del proprio Stato di residenza. Un principio questo che sembra legittimare pratiche di *law shopping* che appunto non sono considerate necessariamente abusive. M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2008, 59, 8-9, rileva che questo stesso principio ha informato la decisione dei giudici di Lussemburgo anche nel caso *Viking*, C-438/05, in cui una pratica di *law shopping* in materia di stabilimento è stata considerata dai giudici di Lussemburgo, sebbene indirettamente, legittima e dunque non abusiva. In quel caso, infatti, secondo l'autore, si trattava «di chiarire espressamente se le libertà di cui agli artt. 43 e 49 Tce trovino applicazione e possano essere debitamente invocate dai soggetti imprenditoriali anche quando, attraverso gli strumenti societari, si operino frazionamenti transnazionali "artificiosi" dello stesso soggetto imprenditoriale al solo fine di avvalersi» della legge nazionale più favorevole. Ma

Un passo fondamentale verso una definizione generale dell'Unione del principio di abuso del diritto è costituito dalla affermazione, contenuta nella sentenza *Halifax*, che «l'applicazione della normativa comunitaria non può estendersi fino a comprendere i comportamenti abusivi degli operatori economici, vale a dire operazioni realizzate non nell'ambito di transazioni commerciali normali, bensì al solo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario»⁽³⁰⁾. Secondo la Corte, non sono abusive le prassi commerciali giustificate dal normale assetto degli interessi economici che costituiscono la causa dei negozi commerciali transnazionali, quali l'appalto, la compravendita e/o gli altri contratti commerciali in base ai quali le imprese esercitano in concreto le libertà e i diritti stabiliti dal diritto UE. In questo senso, la Corte ritiene che sia abusivo, in quanto contrario al principio di buona fede, il perseguimento di indebiti vantaggi in base ad operazioni commerciali che non corrispondono ad assetti di interessi economici oggettivamente riconoscibili in quanto espressi dagli operatori economici nell'ambito delle normali prassi commerciali a carattere transnazionale.

Sempre nel caso *Halifax*, la Corte indica che la conseguenza del comportamento abusivo consiste sostanzialmente nel ristabilimento «della situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento hanno fondato»⁽³¹⁾. L'assonanza di questo principio con quanto previsto dal considerando n. 11 della direttiva 2014/67/UE risulta evidente. L'effetto della frode è dunque l'inapplicabilità della disciplina europea sul distacco transnazionale e quindi la necessità di ricorrere da parte dell'interprete all'applicazione delle regole generali di cui al Regolamento Roma I: il riferimento è in particolare all'articolo 8 in materia di rapporti di lavoro con carattere di transnazionalità. Questa operazione dell'interprete ha lo scopo di individuare la legge nazionale applicabile al rapporto di lavoro instaurato illegittimamente da una impresa quale datore di lavoro con lo scopo di beneficiare abusivamente, con frode o in maniera elusiva dei benefici di cui al diritto dell'Unione in materia di distacco transnazionale. Tale verifica, che deve essere effettuata caso per caso, ragionevolmente perlopiù condurrà alla individuazione della legge nazionale del Paese di esecuzione, vale a dire proprio di quella legge la cui applicazione l'operazione abusiva, fraudolenta o elusiva intendeva evitare. Nel diritto dell'Unione, l'abuso dei diritti sembra essere concettualmente distinto dalle nozioni di frode e di elusione, sebbene tutti questi principi siano spesso trattati insieme e dunque in qualche maniera accomunati, come avviene anche nel caso della stessa direttiva 2014/67/UE. Tuttavia, si può rilevare che la frode in quanto tale implica l'utilizzo di raggiri, quali ad esempio l'uso di documentazione contraffatta⁽³²⁾. Quindi,

proprio su questo punto, nonostante fosse stata espressamente richiesta la sua valutazione, la Corte non si è espressa, e «decidendo di non decidere» ha di fatto consentito questo genere di prassi.

⁽³⁰⁾ Si veda la sentenza *Halifax plc.*, C-255/02, n. 69.

⁽³¹⁾ Di conseguenza, la sentenza al numero 95 recita: «a tale riguardo l'amministrazione fiscale che constata che il diritto a detrazione è stato esercitato in maniera abusiva ha il diritto di chiedere, con effetto retroattivo, il rimborso delle somme detratte per ciascuna operazione rilevante». Questo principio di ristabilimento autoritativo della condizione di legalità appare del tutto analogo a quanto stabilito dal considerando n. 11 della direttiva 2014/67/UE, che recita: «nei casi in cui non si configuri un'autentica situazione di distacco e vi sia un conflitto di leggi, è opportuno prestare la dovuta attenzione alle disposizioni del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio («Roma I») o della convenzione di Roma, intese a garantire che i dipendenti non siano privati della protezione loro accordata da disposizioni cui non è consentito derogare convenzionalmente o cui è possibile derogare solo a beneficio dei dipendenti stessi. È auspicabile che gli Stati membri garantiscano l'adozione di disposizioni intese a proteggere in modo adeguato i lavoratori che non sono effettivamente distaccati».

⁽³²⁾ L'ipotesi in cui viene negata l'applicabilità di benefici normativi comunitari ottenuti mediante comportamenti fraudolenti è oggetto del caso *Suat Kol*, C- 285/95, in cui un lavoratore turco, contraendo un

si può constatare che la scoperta della frode già di per sé comporta l'evidenza di una situazione oggettiva in cui la persona fisica o l'impresa che la pone in essere ha ottenuto o cerca di ottenere un vantaggio illegittimo, senza che siano necessari ulteriori prove dell'illegittimità dell'operazione stessa. Al contrario, nell'elusione appare essenziale la prova dell'intento elusivo, così come avviene per l'abuso del diritto⁽³³⁾.

Secondo i giudici di Lussemburgo, poi, l'abuso del diritto deve poter essere provato e quindi riconosciuto come tale in termini di "obiettiva evidenza" dall'interprete, cosicché il giudice nazionale, chiamato ad analizzare il caso concreto alla luce del diritto dell'Unione, sia obiettivamente in grado di individuare le pratiche abusive rispetto a quelle che invece legittimamente beneficiano delle libertà e dei diritti stabiliti dal diritto dell'Unione⁽³⁴⁾.

Una volta definito dal portato giurisprudenziale della Corte di giustizia, il divieto di porre in essere pratiche commerciali transnazionali di tipo abusivo è stato più volte richiamato dalla normativa secondaria dell'Unione Europea.

Per esempio, ai sensi dell'articolo 11 della direttiva 90/434/EEC, la cd. "direttiva fusioni", gli Stati membri possono rifiutare di riconoscere, in tutto o in parte, i benefici di tale direttiva nel caso in cui una transazione «ha come obiettivo principale o come uno degli obiettivi principali la frode o l'evasione fiscale». Sulla questione, la Corte di giustizia, a sua volta, nella sentenza *Leur-Bloem*, C-28/95, sebbene senza fare esplicita menzione al divieto di pratiche abusive, utilizza un'argomentazione legale che rientra nel medesimo ambito di applicazione del principio del divieto di abuso del diritto, stabilendo che «ai sensi dell'art. 11, n. 1, lett. a), della direttiva 90/434, gli Stati membri possono prevedere che il fatto che l'operazione prevista non venga effettuata per valide ragioni economiche legittima una presunzione di frode o di evasione fiscale». Più chiaramente inteso ad affermare il principio del divieto di abuso del diritto in ambito europeo, l'articolo 35 della direttiva 2004/38/EC sul diritto dei cittadini di muoversi e di risiedere liberamente in qualsiasi Stato membro, è rubricato «abuso di diritto», e stabilisce che «Gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per rifiutare, estinguere o revocare un diritto conferito dalla presente direttiva, in caso di abuso di diritto o frode, quale ad esempio un matrimonio fittizio».

Arrivando dunque al distacco transnazionale, secondo un tracciato ormai da tempo intrapreso dalla legislazione secondaria, la direttiva 2014/67/UE fa chiaro riferimento al principio di divieto dell'abuso del diritto escludendo che le pratiche abusive possano recare vantaggi a chi le pone in essere⁽³⁵⁾.

La trasposizione del principio di divieto di abuso del diritto espresso dalla direttiva 2014/67/UE, nel nostro ordinamento è stabilita dall'articolo 3 del decreto legislativo n. 136/2016, che pure non fa espressa menzione di tale principio. In effetti la norma del

matrimonio fittizio con una cittadina tedesca, otteneva un permesso di soggiorno in maniera fraudolenta. In quel caso, la Corte ha stabilito che l'occupazione regolare in Germania fondata sulla frode non vale a far beneficiare, a chi ha perpetrato la frode, del diritto di non essere oggetto di un provvedimento di espulsione in ragione del periodo di occupazione regolare svolto dal medesimo soggetto sulla base del proprio comportamento fraudolento. Si veda sul punto A. KJELLGREN, *On the border of abuse*, cit., 181.

⁽³³⁾ Questo argomento sulle differenze sul piano probatorio tra frode da un lato, ed elusione e abuso dall'altro lato, è più ampiamente sviluppato da K. E. SØRENSEN, *op. cit.*, 431-432.

⁽³⁴⁾ Questo principio è stabilito dalla sentenza *Cadbury Schweppes*, C-196/04, al paragrafo n. 75. Si veda anche la sentenza *Diamantis*, C-373/97, al paragrafo n. 34, e la sentenza *Centros*, cit., paragrafo 25.

⁽³⁵⁾ I riferimenti della direttiva 2014/67/UE sono chiari ed inequivocabili, sul punto si vedano in particolare i considerando n. 7 e 11, e gli articoli 1, comma 1, e 4. Quest'ultimo è perfino rubricato «Individuazione dell'autenticità del distacco e prevenzione degli abusi e dell'elusione».

nostro diritto nazionale richiama quasi letteralmente l'articolo 4 della direttiva, e precisamente il sistema di indicatori che la direttiva fornisce per riconoscere le situazioni di abuso, frode ed elusione nel distacco transnazionale di lavoratori. Gli indicatori, che devono essere vagliati in base ad una «valutazione complessiva» degli stessi e non considerati singolarmente, sono diretti a verificare da un lato l'autenticità dello stabilimento in un Paese diverso dall'Italia dell'«impresa distaccante» (comma 2), e dall'altro lato la reale ed autentica condizione di «lavoratore distaccato» (comma 3) ⁽³⁶⁾. Questi indicatori, sulla base di una prassi presente nel diritto UE, costituiscono un vero e proprio “test di autenticità” dell'operazione del distacco transnazionale di lavoratori che analizza la reale condizione dei soggetti interessati al distacco medesimo, vale a dire da un lato dell'impresa in qualità di datore di lavoro e dall'altro lato del lavoratore distaccato. La verifica dell'autenticità dello stabilimento dell'impresa fuori dall'Italia ha lo scopo di fare emergere il fatto che essa non è stabilita fittiziamente all'estero (si pensi alla prassi delle cd. “*letterbox companies*”) ⁽³⁷⁾, al solo fine di beneficiare delle condizioni di favore garantite dalla legislazione di un Paese diverso dall'Italia e dalle norme europee sul distacco transnazionale di lavoratori. Invece la verifica dell'autenticità della condizione di distacco transnazionale in capo al lavoratore è intesa a verificare che il lavoratore medesimo possa legittimamente essere considerato come un lavoratore distaccato in Italia, in quanto temporaneamente impegnato in un Paese diverso da quello presso il quale egli normalmente opera.

La principale novità della norma italiana di trasposizione rispetto alla direttiva, però, riguarda gli effetti dell'inautenticità del distacco, ed è contenuta nel comma 4 del medesimo articolo 3, che recita «nelle ipotesi in cui il distacco in favore di un'impresa stabilita in Italia non risulti autentico, il lavoratore è considerato a tutti gli effetti alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione». Dunque, l'operazione economica che risulta in concreto realizzata mediante abuso del diritto, frode, ovvero elusione delle norme dell'Unione o nazionali con lo scopo di ottenerne indebiti vantaggi, ha come conseguenza l'inapplicabilità del regime del distacco transnazionale di lavoratori, la nullità del contratto di lavoro oggetto di abuso, frode o elusione, e la conseguente instaurazione – in forza di legge – del rapporto di lavoro tra il lavoratore non autenticamente distaccato e l'impresa che in concreto ha utilizzato la sua prestazione lavorativa in Italia. La norma che impone autoritativamente la ricostituzione del rapporto di lavoro in capo all'impresa utilizzatrice appare come una applicazione speciale delle norme generali in tema di nullità contrattuale. Infatti, le ipotesi di abuso, di frode e di elusione realizzano in concreto una illiceità della causa del contratto di lavoro, così come instauratosi al fine di ottenere indebiti vantaggi consentiti dal maggior favore delle norme sul distacco transnazionale. In concreto, dunque, come ai sensi dell'articolo 1418, comma 2, del codice civile l'illiceità della causa comporta la nullità del contratto, così

⁽³⁶⁾ La definizione di «lavoratore distaccato» è stabilita all'articolo 2, comma 1, lettera e: «lavoratore abitualmente occupato in un altro Stato membro che, per un periodo limitato, predeterminato o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo, svolge il proprio lavoro in Italia».

⁽³⁷⁾ Le *letterbox companies*, sono imprese stabilite fittiziamente in Paesi con regimi fiscali favorevoli o, come nel caso del distacco transnazionale con costo del lavoro e regimi previdenziali particolarmente bassi, al fine di sfruttare abusivamente i vantaggi che dallo stabilimento in quel Paese l'impresa può trarre. Nel caso delle *letterbox companies*, letteralmente imprese “buca delle lettere”, le frodi e gli abusi sono determinati dal fatto che queste imprese sono solo formalmente stabilite nel Paese da loro scelto, senza che in tale Paese esse svolgano alcuna attività sostanziale. Per un approfondimento sulle *letterbox companies* e sui sistemi di contrasto ad esse a livello europeo e nazionale, si veda K. E. SØRENSEN, *The fight against letterbox companies in the internal market*, *Common Market Law Review*, 52, 2015, 85–118.

L'illegittimità della causa del distacco transnazionale comporta la nullità del rapporto di lavoro svolto in Italia, con la conseguente instaurazione *ex lege* di un rapporto di lavoro in capo all'impresa stabilita in Italia che ha utilizzato in concreto la prestazione lavorativa del lavoratore impegnato nell'operazione economica abusiva e/o fraudolenta. La norma poi colpisce soltanto l'utilizzatore stabilito in Italia come impresa, e non i soggetti che non hanno forma di impresa. Si rileva anche che la conseguenza della nullità non colpisce l'impresa distaccante fittizia ma l'impresa utilizzatrice che in concreto ha beneficiato della prestazione lavorativa. L'anomalia dell'effetto sanzionatorio che colpisce l'utilizzatore e non direttamente il datore di lavoro pare doversi intendere come una sanzione per una sorta di interposizione illecita di manodopera che si realizza tra impresa utilizzatrice, stabilita in Italia, e impresa distaccante fittizia. Anche così intesa, però, una delle criticità più evidenti della norma in esame riguarda la questione per cui essa non condiziona esplicitamente l'effetto della ricostituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore al fatto che sia stata provata l'esistenza di un accordo fraudolento e/o abusivo tra impresa utilizzatrice stabilita in Italia e impresa distaccante⁽³⁸⁾. Tuttavia, si consideri che laddove non sia ravvisabile in concreto, nell'assetto degli interessi tra le imprese che attuano l'operazione transnazionale abusiva, una situazione di effettivo beneficio economico fondato su un illegittimo differenziale del costo del lavoro, difficilmente nei fatti si riscontrano prassi abusive, fraudolente e/o elusive delle norme sul distacco. Infatti, è proprio l'illegittimo beneficio economico che accomuna gli interessi dell'impresa utilizzatrice stabilita in Italia e quelli dell'impresa distaccante che costituisce l'oggetto di abuso, frode e/o raggiro. Dunque, l'impresa utilizzatrice stabilita in Italia normalmente partecipa dei benefici dell'operazione ottenendo prestazioni di servizi a costi assai inferiori a quelli di mercato, proprio in ragione dell'operazione economica fittizia, e a questo livello di partecipazione all'operazione abusiva può anche concretamente limitare il proprio apporto; e tuttavia, in questo caso, per la legge italiana essa si espone al rischio di vedersi costituire altrettanti rapporti di lavoro quanti sono i lavoratori fittiziamente distaccati delle cui prestazioni sottocosto ha beneficiato. Cosicché, si deve ritenere, il beneficio economico illecito, dovuto all'operazione economica in cui sono coinvolti lavoratori fittiziamente distaccati da altri Paesi membri, rende concreto per l'impresa distaccataria operante in Italia "l'utilizzo delle prestazioni" dei lavoratori distaccati in Italia sanzionato dalla norma in esame.

Invece, nell'ipotesi quasi di scuola in cui l'impresa stabilita in Italia non abbia in alcun modo beneficiato di un prezzo fuori mercato in relazione all'operazione commerciale in base alla quale sono stati fittiziamente distaccati i lavoratori, si ritiene che la sanzione della costituzione *ex lege* dei rapporti di lavoro in capo a quest'ultima non debba in concreto essere applicabile. Ciò in ragione del fatto che l'impresa distaccataria, in questo caso, non «ha utilizzato la prestazione». Infatti, il termine "utilizzare una prestazione", implica un concreto beneficio che il soggetto utilizzatore ha tratto dall'operazione stessa. Laddove dunque ciò non accada, e l'operazione di abuso, frode e/o elusione sia posta in essere dalla sola impresa distaccante, l'utilizzatore delle prestazioni dei lavoratori fittiziamente distaccati è la stessa impresa distaccante, non l'impresa distaccataria che non ne ha in alcun modo beneficiato.

Più insidiosa, dal punto di vista del diritto dell'Unione, è la concreta interpretazione della norma nazionale in questione in relazione al regime previdenziale applicabile al lavo-

⁽³⁸⁾ La disciplina in questione sembra richiamare, nella sua formulazione, quanto precedentemente stabilito dall'articolo 28 del decreto legislativo n. 276/2003 in tema di somministrazione fraudolenta, ipotesi abrogata dall'articolo 55 del decreto legislativo n. 81/2015.

ratore fittiziamente distaccato in Italia. Infatti, sebbene la costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore stabilito in Italia sia una sanzione prevista nel caso di frode e abusi in relazione al rapporto di lavoro fittiziamente costituito al fine di beneficiare dei vantaggi stabiliti dal diritto dell'Unione per le operazioni di distacco transnazionale, la determinazione del regime previdenziale applicabile al lavoratore, una volta emesso il modello A1, è sottratta dalla libera disponibilità regolatoria del Paese che ravvisa la frode. Infatti, ai sensi dell'articolo 12 del Regolamento (CE) n. 883/2004 in tema di raccordo tra le legislazioni nazionali di previdenza sociale, nel caso di distacco transnazionale il regime previdenziale applicabile è quello del Paese di invio, non quello del Paese di esecuzione. In base a tale norma, il lavoratore distaccato è normalmente provvisto di modello A1, che ne attesta la regolare iscrizione al regime previdenziale del Paese di invio. La procedura di contestazione di questo documento non è lasciata dal diritto dell'Unione alla legge del Paese di esecuzione, né alle autorità di controllo di quest'ultimo, ma è oggetto di una specifica "procedura di dialogo e di conciliazione" tra Paesi membri, quello di invio che ha emesso il modello A1 e quello di esecuzione che ne contesta la validità nel caso concreto ⁽³⁹⁾. Cosicché, è evidente che la previsione della legge italiana in questione, per cui «il lavoratore è considerato a tutti gli effetti alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione» non può essere intesa nel senso di estendere la propria operatività anche agli effetti previdenziali, senza che prima sia stata osservata la procedura europea in questione, e si possa così evitare una situazione di doppia imposizione previdenziale secondo la ratio del Regolamento (CE) n. 883/2004 ⁽⁴⁰⁾.

4. Il sistema delle tutele per i lavoratori in distacco transnazionale: le condizioni di lavoro e di occupazione. Luci e ombre della nuova disciplina nazionale

Tra le novità più interessanti del decreto legislativo n. 136/2016 vi è il fatto che la norma finalmente definisce e circoscrive, all'articolo 2, comma 1, lettera e, in maniera ine-

⁽³⁹⁾ Si veda la decisione A1 del 12 giugno 2009, adottata dalla Commissione amministrativa per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale della Commissione europea. La decisione prevede una procedura di dialogo e di conciliazione abbastanza complessa, strutturata in due fasi, la prima denominata «procedura di dialogo» e la seconda, a cui si accede nel caso in cui dalla prima non sortisca un accordo tra le amministrazioni interessate, definita «procedura di conciliazione». La circolare n. 1/2017 dell'Ispettorato nazionale del lavoro correttamente richiama la necessità per gli ispettori del lavoro di attivare tale procedura prima di procedere ai recuperi contributivi ai sensi della legge italiana.

⁽⁴⁰⁾ Il Belgio, in particolare, con la *Loi programme anti-abus* 27.12.2012, agli articoli 23 e 24 aveva stabilito che in caso di frode i lavoratori distaccati dovessero essere soggetti alla legge previdenziale belga, indipendentemente dai modelli A1 in loro possesso. Questa norma è stata oggetto di formale procedura di infrazione nel 2013 per violazione delle norme europee in materia di raccordo tra i sistemi di sicurezza sociale sopra richiamate, e da allora il Belgio, pur non avendola formalmente abrogata, ha cautelativamente optato, almeno per ora, per non applicare mai la norma nazionale in questione, dunque rispettando nei fatti le procedure europee di dialogo e di conciliazione tra autorità nazionali competenti in materia di sicurezza sociale.

quivocabile e coerente con la normativa dell'Unione, la nozione di «condizioni di lavoro e di occupazione» a cui hanno diritto i lavoratori distaccati in Italia, indipendentemente dalla legge nazionale che regola il loro rapporto di lavoro. Su questo punto, infatti, l'articolo 3, comma 1, dell'ormai superato decreto legislativo n. 72/2000 aveva creato notevoli problemi, e nella sua formulazione letterale appariva ormai evidentemente contrario al diritto dell'Unione. Infatti, la precedente norma stabiliva un generale principio di parità di trattamento in termini di condizioni di lavoro tra lavoratori che operano stabilmente in Italia e lavoratori in regime di distacco transnazionale presenti temporaneamente nel nostro Paese. Questo principio, proprio nella generalità della sua formulazione, si poneva in stridente contrasto con la lettera dell'articolo 3.1 della direttiva 96/71/CE⁽⁴¹⁾, il quale limita chiaramente la possibilità di applicazione della legge e della contrattazione collettiva di applicazione generale del Paese di esecuzione alle sole materie stabilite dalla lettera "a)" alla lettera "g)" del medesimo articolo 3.1.

La legge italiana ora dunque chiarisce che l'applicazione della *lex loci laboris* nel distacco transnazionale riguarda solo le materie per cui ciò è stabilito dall'articolo 3.1 della direttiva 96/71/CE, mentre per le altre materie si applica ai lavoratori distaccati la *lex contractus*, cioè quella del Paese in cui normalmente si svolge il loro rapporto di lavoro. Coerentemente, dunque, con la soluzione della questione definitoria relativa alla nozione di condizioni di lavoro e di occupazione in senso compatibile col diritto dell'Unione, l'articolo 4, comma 1, della norma di trasposizione può legittimamente richiamare il principio di parità di trattamento tra lavoratori nazionali e lavoratori distaccati in Italia, in quanto tale principio⁽⁴²⁾ oggi si applica soltanto alle materie del cd. "nocciolo duro", vale a dire a quelle stabilite dall'articolo 3.1 della direttiva base del 1996.

In effetti, la scelta del legislatore italiano di restringere per i lavoratori distaccati l'operatività delle tutele stabilite dall'ordinamento interno alle sole materie del cd. "nocciolo duro" appare certamente un riallineamento dell'ordinamento nazionale rispet-

⁽⁴¹⁾ Si vedano i riferimenti di cui alla nota n. 2. Si consideri anche che la Commissione, nella Comunicazione COM (2003) 458-def del 25 luglio 2003 ha posto come monito agli Stati, che come l'Italia hanno optato per una applicazione integrale delle condizioni di lavoro del Paese di esecuzione, la seguente affermazione «gli Stati membri la cui legge di recepimento impone alle imprese straniere l'osservanza dell'intero diritto del lavoro del paese ospitante durante il periodo di distacco oltrepassano chiaramente il contesto definito dalla legislazione comunitaria». Pertanto, secondo G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., 49-50, la previsione del decreto legislativo n. 72/2000 di generale parità di trattamento dei lavoratori distaccati contrasta con la direttiva 96/71/CE, e poteva essere interpretata solo in maniera conforme al disposto della direttiva medesima, vale a dire limitando il principio di parità di trattamento ivi stabilito nei soli limiti delle materie del cd. "nocciolo duro" stabilite dall'articolo 3.1 della direttiva medesima. Ciò in quanto il legislatore italiano del 2000 non si era espressamente avvalso della facoltà di cui all'articolo 3.10 della direttiva che consente di estendere il principio di parità di trattamento alle condizioni di lavoro in ambiti diversi da quelli stabiliti dall'articolo 3.1.

⁽⁴²⁾ In effetti, laddove la norma italiana dice «si applicano, durante il periodo di distacco, le medesime condizioni di lavoro e di occupazione previste» per i lavoratori che operano stabilmente in Italia, si deve intendere che tali condizioni sono un minimo sotto il quale le condizioni previste dalla *lex contractus* del lavoratore non possono andare. Sono condizioni minimali, stabilite dalla stessa direttiva, concettualmente corrispondenti all'istituto delle "norme di applicazione necessaria" di cui all'articolo 9 del Regolamento n. 593/2008, cd. Roma I, cosicché nell'ipotesi in cui la *lex contractus* stabilisca condizioni peggiorative rispetto a quelle applicate in Italia, la legge italiana deve sostituire tali disposizioni con essa incompatibili in quanto peggiorative per il lavoratore, mentre al contrario, laddove la *lex contractus*, o il contratto di lavoro, applicabile al lavoratore stabilisca condizioni migliori per il lavoratore distaccato rispetto a quelle stabilite dalla legge italiana in qualità di *lex loci laboris*, non vi è alcun effetto sostitutivo della normativa italiana rispetto al regime di regolamentazione del contratto di lavoro.

to alla giurisprudenza delle Corti di Giustizia⁽⁴³⁾. Tuttavia, se da un lato l'abrogato decreto legislativo n. 72/2000 faceva rientrare, illegittimamente rispetto al diritto dell'Unione, tutte le norme imperative di diritto del lavoro nazionale nell'ambito della nozione di ordine pubblico⁽⁴⁴⁾ al fine di estenderne l'applicabilità anche ai lavoratori distaccati in Italia, dall'altro lato il legislatore del 2016 segue l'impostazione opposta di non richiamare espressamente alcuna disposizione interna come applicabile ai sensi dell'articolo 3.10 della direttiva del 1996. Insomma, la scelta del legislatore nazionale è chiara nel circoscrivere l'applicazione della disciplina normativa nazionale alle sole materie del nocciolo duro, la qual cosa rende la legge italiana certamente compatibile col diritto dell'Unione laddove la precedente norma non lo era, e tuttavia questa scelta restrittiva accompagnata all'omissione di qualsiasi riferimento preciso a norme di ordine pubblico nella legge di trasposizione potrebbe finire per circoscrivere ulteriormente i già esigui ambiti di applicabilità delle norme nazionali di ordine pubblico in relazione al distacco transnazionale⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ La Corte di Giustizia, infatti, con le sentenze *Laval* C-341/05 e *Rüffert* C-346/06, ha indicato che le tutele "minime" dei lavoratori distaccati stabilite dall'articolo 3.1 della direttiva finiscono col coincidere con le possibili tutele "massime" che lo Stato ospitante può imporre all'impresa distaccante che opera temporaneamente in un Paese diverso da quello di stabilimento. La sentenza *Laval*, in particolare, al punto n. 80 espressamente stabilisce che «l'art 3, n. 7, della direttiva 96/71 non può essere interpretato nel senso che esso consentirebbe allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima. Infatti, per quanto riguarda le materie di cui all'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), la direttiva 96/71 prevede esplicitamente il livello di protezione di cui lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul suo territorio». La medesima argomentazione è anche riportata dalla Corte nel caso *Rüffert*, al punto n. 33. Sulla identificazione tra soglia minima (art. 3.1) e soglia massima di tutela operata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, si veda S. DEAKIN, *La concorrenza fra ordinamenti in Europa dopo Laval*, in *Lavoro e Diritto*, 2011, 3, 468, e D. GOTTARDI, *La circolazione dei lavoratori subordinati nell'Unione Europea*, in *Trattato di diritto del lavoro*, F. Carinci e M. Persiani (a cura di), VI, Cedam, 2012, 47. Inoltre, S. GIUBBONI, *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro*, in F. MEZZANOTTE (a cura di) *Le libertà fondamentali dell'Unione Europea e il diritto privato*, *Studies in Law & Social Sciences* n. 2, Roma Tre-Press, 2016, 187, sottolinea che la giurisprudenza della Corte (*Laval*, *Rüffert* e *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*) comprime il sistema di tutele, da un lato facendo dell'articolo 3.1 la soglia minima e massima delle tutele, e dall'altro lato restringendo la facoltà dello Stato ospitante di imporre l'applicazione del principio dell'ordine pubblico.

⁽⁴⁴⁾ Così F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, cit., 199.

⁽⁴⁵⁾ La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha nel tempo limitato fortemente la sfera di applicazione dell'ordine pubblico da parte degli Stati membri. È una prerogativa dei soli Stati, o meglio dell'autorità pubblica nazionale, invocare l'applicazione di norme interne in ragione dell'ordine pubblico, ai sensi dell'articolo 3.10 della direttiva 96/71/CE. Sul punto si veda la sentenza *Laval* C-341/05, punto n. 84, laddove si nega che le organizzazioni sindacali, in quanto «non sono soggetti di diritto pubblico», possano legittimamente invocare la clausola di ordine pubblico di cui all'articolo 3.10 della direttiva nell'esercizio della propria azione sindacale. Il fatto che lo spazio per l'applicazione da parte degli Stati membri del principio dell'ordine pubblico rivesta ormai una funzione puramente residuale rende coerente la scelta del legislatore italiano del 2016 con il portato giurisprudenziale formatosi sul tema (di «visione residuale della clausola di ordine pubblico» parla M. MAGNANI, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Giappichelli, 2015, 84, con riferimento a *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*, C-319/06). In particolare, già la sentenza *Arblade* C-369/96 e C-386/96, punto n. 34, aveva chiarito che la nozione di ordine pubblico da prendere a riferimento non è quella degli ordinamenti nazionali ma quella elaborata dalla giurisprudenza comunitaria. Il fatto poi che la nozione di ordine pubblico interna non rilevi ai fini della applicazione della direttiva, è dalla Corte giustificata dal fatto che i lavoratori distaccati non possono essere considerati parte del mercato del lavoro del Paese ospitante, poiché essi non intendono accedervi stabilmente (sul punto, si veda *Finalarte*, C-49/98, punto n. 31). La nozione di ordine pubblico che rileva

Assai più problematica, poi, risulta l'applicabilità, stabilita dal combinato disposto dell'articolo 4, comma 1, e 2, comma 1, lettera *e*, della norma di trasposizione, delle tutele previste dalla contrattazione collettiva di cui all'articolo 51 del decreto legislativo n. 81/2015. Infatti, sebbene come noto l'articolo 3.8 della direttiva del 1996 consenta agli Stati l'applicazione ai lavoratori distaccati della contrattazione collettiva anche non di applicazione generale se la legge del Paese di esecuzione così stabilisce, tuttavia occorre osservare che tale possibilità è consentita agli Stati membri in cui, come in Italia, non opera un regime di applicazione universale della contrattazione collettiva, a condizione che la contrattazione collettiva che si intende estendere alle imprese che operano in regime di distacco transnazionale obblighi anche, e allo stesso modo, le imprese stabilite nel Paese di esecuzione⁽⁴⁶⁾. Così non è in Italia, salvo che per l'applicazione dei minimi salariali di cui si tratterà più avanti. Al contrario, per tutte le altre materie di cui al cd. "nocciolo duro", ad eccezione appunto delle «tariffe minime salariali», non vi è alcun obbligo per le imprese stabilite in Italia, di applicare le disposizioni contenute nei contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo n. 81/2015⁽⁴⁷⁾. Non si ritiene dunque che, nonostante la lettera del decreto legislativo n. 136/2016, almeno per le ma-

dunque ai fini dell'applicazione dell'articolo 3.10 della direttiva è quindi la nozione comunitaria di ordine pubblico (in questo senso, si veda *Commissione c. Granducato del Lussemburgo* C-319/06, le conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak, punto n. 42). Inoltre, la Commissione, nella Comunicazione COM (2003) 458, 14, sull'applicazione della direttiva 96/71/CE negli Stati membri, fornisce una definizione assai restrittiva di ordine pubblico, precisando come «la definizione "disposizioni d'ordine pubblico" di cui all'articolo 3, paragrafo 10, riguarda le norme relative ai diritti e alle libertà fondamentali stabiliti dalla legislazione dello Stato membro interessato e/o dal diritto internazionale, in particolare: libertà di associazione e diritto di contrattazione collettiva, proibizione del lavoro forzato, principio di non discriminazione, eliminazione del lavoro minorile che costituisce una forma di sfruttamento, protezione dei dati e diritto al rispetto della vita privata». In *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*, C-319/06, *cit.*, al punto n. 30 la Corte di Giustizia ha precisato che «l'eccezione attinente all'ordine pubblico costituisce una deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi, da intendersi in modo restrittivo e la cui portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati membri». La giurisprudenza della Corte di Giustizia, in definitiva, ha fortemente spuntato le armi del legislatore nazionale che intenda contrastare il *dumping* sociale attraverso l'imposizione di norme intese di ordine pubblico incoerenti col sistema giuridico dell'Unione, tanto da far temere, da parte della dottrina, che il *dumping* sociale «scacciato dalla porta (della direttiva "Bolkenstein") stia rientrando dalla finestra (dell'interpretazione della direttiva n. 96/71)» data dalla Corte (così M. ROCCELLA e T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cedam, 2016, 174).

⁽⁴⁶⁾ Infatti, l'articolo 3.8 della direttiva 96/71/CE richiede che l'applicazione dei contratti collettivi non dichiarati di applicazione generale ma «conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale» ai lavoratori in regime di distacco in ambito UE avvenga «a condizione che la loro applicazione alle imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 assicuri la parità di trattamento quanto alle materie di cui al paragrafo 1, primo comma del presente articolo, fra tali imprese e le altre imprese di cui al presente comma che si trovano in una situazione analoga». Sulla necessità del rispetto del principio di parità di trattamento da parte della legge italiana ammonisce anche M. PALLINI, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkenstein?*, RIDL, 2006, II, 243, che ne parla come di «un requisito ulteriore a lungo dimenticato» da parte del legislatore nazionale. Inoltre, R. PEDERSINI e M. PALLINI, *Posted workers in the European Union*, Eurofound Report, 2010, 24, in una analisi comparata dei regimi nazionali di trasposizione della direttiva base nei Paesi membri, chiariscono, riferendosi specificamente al caso dell'Italia e della Danimarca, che l'applicazione dell'articolo 3.8 richiede sempre il rispetto del principio di parità di trattamento.

⁽⁴⁷⁾ Una critica analoga, pur nel diverso contesto della vigenza della precedente normativa del 2000, con specifico riferimento alla mancanza di parità di trattamento tra imprese nazionali e straniere sul piano dell'obbligo di applicazione della contrattazione collettiva italiana veniva sollevata da S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, *cit.*, 133, e condivisa da F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, *cit.*, 200.

terie del nocciolo duro diverse dai minimi salariali, si possa legittimamente imporre l'applicazione della contrattazione collettiva italiana alle imprese che prestano temporaneamente servizi in regime di distacco transnazionale nel nostro Paese, né sulla base della legge di trasposizione, che sul punto si caratterizza per una forte ambiguità, né tanto meno sulla base di quanto stabilito dall'articolo 3.8 della direttiva 96/71/CE.

5. Ancora sul sistema delle tutele per i lavoratori in distacco transnazionale: gli obblighi dello Stato ospitante di pubblicità delle condizioni di lavoro e di occupazione applicabili alle imprese distaccanti, la responsabilità solidale, la nozione di tariffe minimi salariali e l'accesso alle tutele

Il rischio che l'estensione ai lavoratori distaccati delle norme nazionali di tutela resti soltanto una previsione normativa senza reale efficacia pone al centro la questione di quali siano in concreto le misure stabilite dall'ordinamento italiano per far rispettare il principio di parità di trattamento dei lavoratori distaccati ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della norma di trasposizione. La questione appare di sicura rilevanza in ragione del fatto che il mancato rispetto di questo principio, in particolare in relazione a materie quali la retribuzione, la salute e sicurezza sul lavoro, l'orario di lavoro e i riposi obbligatori, costituisce terreno fertile per pratiche transnazionali di dumping sociale che, pur nell'ambito di un distacco transnazionale genuino e dunque non abusivo, creano situazioni di concorrenza sleale nei confronti delle imprese stabilite in Italia, e dunque possono mettere a rischio l'occupazione nel nostro Paese in settori sensibili al fenomeno del distacco transnazionale quali ad esempio l'edilizia, l'industria del turismo e il trasporto⁽⁴⁸⁾.

In quest'ottica, occorre in primo luogo richiamare l'obbligo che ha lo Stato, secondo quanto stabilito dalla direttiva 2014/67/UE e attuato in Italia dall'articolo 7 del decreto legislativo n. 136/2016, di rendere disponibili, per le imprese distaccanti stabilite in altri Paesi membri, le informazioni necessarie per adempiere correttamente al principio di parità di trattamento rispetto alle condizioni di lavoro e di occupazione applicate in Italia. La legge stabilisce infatti che tutte le informazioni necessarie in questo senso siano rese disponibili sul sito istituzionale del Ministero del lavoro e delle politiche sociali che ne garantisce la correttezza e i necessari aggiornamenti in lingua italiana ed inglese⁽⁴⁹⁾. Questa fonte di informazione è un presupposto essenziale affinché le imprese straniere siano messe in condizione di ottemperare al principio di parità di trattamento, e dunque essa costituisce una misura fondamentale per la tutela dei lavoratori distaccati e

⁽⁴⁸⁾ Per i settori in cui in Europa è maggiormente presente il fenomeno del distacco, si rimanda a COMMISSIONE EUROPEA, *Study on wage setting systems and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Directive 96/71/EC in a selected number of Member States and sectors*, 2016, 11.

⁽⁴⁹⁾ L'Italia ha adempiuto a questo obbligo istituendo il sito dedicato www.distaccoue.lavoro.gov.it, le cui informazioni sono rese disponibili in lingua italiana ed inglese.

per la realizzazione di una reale politica di contrasto al dumping sociale ⁽⁵⁰⁾. Stupisce semmai che la norma non abbia creato un collegamento tra questo compito istituzionale e la previsione di un Osservatorio con le parti sociali di cui all'articolo 6. In realtà, le sinergie tra queste due disposizioni appaiono evidenti, e ragionevolmente potranno essere sviluppate in sede di lavori dell'Osservatorio stesso, una volta che anche questo strumento diventerà pienamente operativo.

La forma di tutela principale che l'ordinamento italiano mette a disposizione dei lavoratori distaccati è costituita dalla previsione della estensione al distacco transnazionale del regime di responsabilità solidale stabilito dalla legge italiana in tema di appalto, di somministrazione di lavoro e di trasporto ⁽⁵¹⁾.

La questione dell'ambito oggettivo del regime della responsabilità solidale, però, a ben vedere è piuttosto diversa nella sua applicazione al distacco transnazionale rispetto alla portata che essa ha nel diritto interno. Si consideri infatti che nel distacco transnazionale l'obbligazione solidale del committente nell'appalto, come quella dell'utilizzatore nella somministrazione di lavoro e del mittente nel trasporto, non può che riguardare la retribuzione e non può essere estesa ai contributi previdenziali. Infatti, l'oggetto della solidarietà come forma di tutela e di sanzione per il mancato rispetto delle condizioni di lavoro e di occupazione deve essere inteso nei limiti degli ambiti di applicazione della norma, così come definiti dal sopra richiamato articolo 2, comma 1, lettera *e*. Cosicché, poiché nel distacco transnazionale il regime previdenziale applicabile è quello del Paese nel quale il rapporto di lavoro si svolge normalmente e non quello del Paese di temporanea esecuzione ⁽⁵²⁾, e poiché la previdenza non è tra le materie in cui sono norme di applicazione necessaria quelle dell'ordinamento di esecuzione del contratto ⁽⁵³⁾, la responsabilità solidale richiamata dalla legge italiana di trasposizione è necessariamente limitata alla sola retribuzione ⁽⁵⁴⁾. Questa interpretazione peraltro è pienamente coerente

⁽⁵⁰⁾ L'adempimento di questo obbligo di pubblicità e trasparenza rende conoscibili, e dunque circoscrive, le forme e i termini dell'esercizio del principio di *host state control*, in base al quale è lo Stato di esecuzione della prestazione di servizi a dover provvedere a fissare il "nocciolo duro" delle norme di protezione ai sensi dell'art. 3.1 della direttiva e a dover vigilare sulla sua corretta applicazione da parte degli operatori non ivi stabiliti. Sull'impostazione della direttiva come modello di *host state control* rispetto al nocciolo duro delle tutele, si veda F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione Europea*, cit., 161.

⁽⁵¹⁾ In particolare, all'articolo 4 del decreto legislativo n. 136/2016 viene richiamato anche per il distacco transnazionale il regime di responsabilità solidale stabilito per i crediti retributivi dei lavoratori negli appalti (comma 4), nei contratti di trasporto (comma 5) e nella somministrazione di lavoro (comma 3). Per una approfondita disamina sulla applicazione della disciplina della solidarietà nel distacco transnazionale di lavoratori, si rimanda a G. CAROSIELLI, *La responsabilità solidale del committente nell'attuazione della direttiva enforcement sui lavoratori distaccati*, in *Diritto delle Relazioni del Lavoro*, 2017, I, 252 ss..

⁽⁵²⁾ Si veda in questo senso il già richiamato articolo 12 del Regolamento CE n. 883/2004.

⁽⁵³⁾ Infatti la tutela previdenziale non è contenuta tra le materie di cui all'articolo 2, comma 1, lettera *e*, che si basa sulle disposizioni stabilite dall'articolo 3, comma 1, lettere da *a* a *g*, della direttiva 96/71/CE.

⁽⁵⁴⁾ Oltre alla tutela giudiziaria in capo ai lavoratori, che di fatto rappresenta uno strumento di difficile applicazione, come di seguito si argomenta, abbastanza problematica è l'applicabilità del potere amministrativo della "diffida accertativa" per i crediti retributivi ex articolo 12 del decreto legislativo n. 124/2011, in particolare rispetto alla questione se tale atto possa essere effettuato nei confronti del responsabile solidale, come inteso dal Ministero del lavoro nella circolare n. 5/2011 almeno in relazione ai contratti di appalto e di subappalto. In materia di distacco transnazionale, infatti, lo strumento della diffida accertativa nei riguardi del responsabile solidale, vale a dire dell'impresa stabilita in Italia che ha beneficiato indirettamente di un minore costo del lavoro non conforme ai minimi retributivi operanti in Italia, sarebbe certamente uno strumento nei fatti particolarmente efficace e dissuasivo rispetto a comportamenti non conformi che nei fatti integrano prassi commerciali illegali di dumping sociale. In particolare, si ritiene che lo strumento della diffida accertativa sia particolarmente interessante quale mezzo di contrasto

e compatibile con la previsione di cui all'articolo 12 della direttiva 2014/67/UE, che limita la possibilità degli Stati di stabilire regimi di solidarietà alla sola retribuzione o alle forme contributive obbligatorie stabilite dalla contrattazione collettiva generalmente applicabile ⁽⁵⁵⁾.

La responsabilità solidale in materia retributiva è certamente un rimedio potenzialmente molto efficace per garantire ai lavoratori distaccati il rispetto dei minimi retributivi definiti dalla contrattazione collettiva nazionale, territoriale e aziendale comparativamente più rappresentativa sul piano nazionale, ai sensi dell'articolo 51 del decreto legislativo n. 81/2015 in quanto espressamente richiamato dalla definizione contenuta nell'articolo 2, comma 1, lettera e, del decreto legislativo n. 136/2016. Tuttavia, un problema del modello italiano di determinazione della retribuzione rispetto a quanto prevede la normativa europea sul distacco transnazionale è proprio la definizione di cosa si debba intendere nell'ordinamento nazionale per «tariffe minime salariali» che ai sensi della direttiva del 1996 devono essere rispettate nella determinazione della retribuzione dei lavoratori distaccati in Italia per tutta la durata del distacco.

Infatti, la mancanza in Italia di un sistema di determinazione legale del salario minimo, e del pari il fatto che storicamente non sia stato attuato il sistema costituzionale di estensione della contrattazione collettiva *erga omnes*, fanno sì che i contratti collettivi italiani siano contratti collettivi di diritto comune non dotati del requisito della applicazione generale che è richiesto dalla direttiva 96/71/CE come requisito per la estensibilità delle norme della contrattazione collettiva ai lavoratori in distacco transnazionale per le materie stabilite dall'articolo 3 della direttiva stessa, e segnatamente per le «tariffe minime salariali».

Ancora una volta, anche su questo punto, occorre richiamare la definizione di «condizioni di lavoro e di occupazione» di cui all'articolo 2, comma 1, lettera e, del decreto legislativo n. 136/2016 che si riferiscono alle «condizioni disciplinate da disposizioni normative e dai contratti collettivi di cui all'articolo 51 del decreto legislativo n. 81 del 2015».

Orbene, per quanto riguarda la materia delle «tariffe minime salariali», secondo il nostro ordinamento occorre fare riferimento ai minimi retributivi stabiliti dalla contrattazione collettiva stipulata dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Viene così trasposto in legge, con riferimento al distacco transnazionale, il consolidato orientamento giurisprudenziale di merito che, al fine di rendere concreta ed attuale la nozione costituzionale di «retribuzione proporzionata e sufficiente» di cui all'articolo 36 intesa come precettiva, e interpretata congiuntamente all'articolo 2099, comma 2 del codice civile, ha costantemente preso a riferimento i contratti collettivi di lavoro ⁽⁵⁶⁾.

alle pratiche di dumping sociale che, al di fuori dei casi di abuso e di frode, si sostanziano in operazioni in cui i committenti abbiano usufruito, attraverso il ricorso a imprese non stabilite in Italia, di un prezzo dell'appalto particolarmente favorevole e fuori mercato rispetto al costo del lavoro praticato in Italia.

⁽⁵⁵⁾ Si pensi per questo alla contribuzione obbligatoria ad Enti bilaterali stabiliti dalla contrattazione collettiva nazionale, quale ad esempio il regime della cassa edile in edilizia.

⁽⁵⁶⁾ Ci si riferisce all'ipotesi nella quale non si applichi il contratto collettivo al contratto individuale di lavoro, fatto che, a fronte di contratti collettivi non dichiarati applicabili *erga omnes* obbliga il giudice a dover individuare la retribuzione di riferimento in caso di lite giudiziale. L'orientamento che in questa ipotesi fa riferimento alla retribuzione stabilita dal CCNL, costante nella giurisprudenza di merito, è anche espresso dalla giurisprudenza di legittimità. Si veda Cass. civ., Sez. lavoro, 15 maggio 1987, n. 4503. Normalmente, oltre ai minimi tabellari, la cui determinazione tiene conto del livello inquadramentale e dunque delle mansioni concretamente svolte dal lavoratore, vengono anche conteggiati nella retribuzione

La formulazione della norma nazionale in esame, però, lascia qualche dubbio in relazione alla reale nozione di «trattamenti minimi retributivi» stabiliti dalla contrattazione collettiva. Infatti, in mancanza di una nozione precisa legale o contrattuale di «trattamenti minimi retributivi», questi ultimi finiscono per coincidere con la nozione di retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva. L'effetto di questa identificazione è che le voci retributive, da prendere in considerazione per definire i minimi retributivi che devono essere riconosciuti al lavoratore in regime di distacco transnazionale in Italia, potrebbero finire per ricomprendere anche forme retributive che vanno oltre i minimi tabellari, quali ad esempio l'eventuale quattordicesima mensilità, qualora essa fosse prevista dalla contrattazione collettiva di settore. Insomma, la “legificazione” dell'orientamento giurisprudenziale che tende ad individuare la retribuzione minima in quella prevista da uno specifico contratto collettivo, vale a dire quello stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, finisce per porre problemi di eccesso, o quanto meno di indeterminatezza, della estensione della nozione di salario minimo. Quest'ultimo, infatti, potrebbe arrivare a ricomprendere tutte le voci retributive stabilite in ciascun settore dal relativo contratto collettivo nazionale di riferimento⁽⁵⁷⁾. Occorre dunque mettere in guardia rispetto ad una interpretazione troppo estensiva della norma italiana di trasposizione, sulla base di due fondamentali argomenti. In primo luogo, occorre richiamare il principio stabilito dalla Corte di Giustizia, per il quale non si può fare coincidere qualsiasi voce retributiva stabilita dalla contrattazione collettiva con la nozione di salario minimo⁽⁵⁸⁾. In secondo luogo, si rileva che l'introduzione del concetto di retribuzione al posto di quello meno ampio di «tariffe minime salariali» è l'oggetto principale della proposta di revisione della stessa direttiva 96/71/CE presentata dalla Commissione europea, il cui iter è ancora in corso⁽⁵⁹⁾. Quindi, se la proposta di revisione sarà approvata, ed eventualmente soltanto allora, si potrà avere una perfetta coincidenza tra la nozione di retribuzione ai sensi della direttiva e la nozione di retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva di riferimento. A diritto

minima di derivazione giurisprudenziale anche la 13° mensilità e l'eventuale straordinario prestatato e provato in giudizio. Tuttavia, occorre anche tenere conto che la giurisprudenza in questione lascia altresì una certa libertà al giudice di definire un trattamento inferiore a quanto stabilito dalla contrattazione collettiva nei minimi tabellari, in ragione ad esempio di particolari caratteristiche territoriali o di situazione di comprovata difficoltà economica del datore di lavoro. Si veda in proposito Cass. civ. Sez. lavoro, 28 agosto 2004, n. 17250. Sul tema della estensione della prassi giurisprudenziale relativa all'articolo 36 della Costituzione ai fini della determinazione dei minimi retributivi dei contratti collettivi da applicare ai lavoratori in distacco transnazionale, si veda S. GIUBBONI e G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, cit., 129.

⁽⁵⁷⁾ La questione della identificazione della nozione di «tariffe minime salariali» in relazione alle voci retributive della contrattazione collettiva è stata oggetto di puntuale analisi da parte della Corte di giustizia nella sentenza *Sähköalojen ammattiliitto* C-396/13. In relazione alla sentenza in questione e alla questione delle voci retributive contrattuali rientranti nella nozione di “tariffe minime salariali”, sia consentito rimandare alla nota di D. VENTURI, *La nozione di tariffe minime salariali nel distacco transnazionale*, in DRI, 2, 2015.

⁽⁵⁸⁾ Si veda il n. 35 della citata sentenza *Sähköalojen ammattiliitto* C-396/13: «va osservato che la Corte ha già avuto occasione di qualificare taluni elementi retributivi come non facenti parte del salario minimo». Indipendentemente dunque dal fatto che la nozione di salario minimo sia stabilita dalla contrattazione collettiva di applicazione generale oppure no, la nozione di retribuzione e quella di salario minimo ai sensi della direttiva non coincidono.

⁽⁵⁹⁾ Ci si riferisce alla proposta di revisione della direttiva 96/71/CE, effettuata dalla Commissione europea con atto “COM (2016) 128 final” dell'8 marzo 2016.

vigente, dunque, l'interprete nazionale può affrontare correttamente la questione traendo utili indicazioni dalla giurisprudenza della CGUE sul punto ⁽⁶⁰⁾.

In ogni caso, come appare evidente, la problematicità della questione della corretta identificazione del salario minimo ai fini della applicazione della direttiva richiede quanto meno trasparenza a beneficio delle imprese che intendono operare temporaneamente in Italia con proprio personale, ed è dunque necessario che l'Italia adempia al più presto all'obbligo di pubblicazione sul sito istituzionale dedicato, per ogni settore produttivo, delle tariffe minime salariali stabilite dalla contrattazione collettiva comparativamente più rappresentativa: non si tratta di un mero adempimento formale di un obbligo comunitario, ma piuttosto di un fondamentale strumento conoscitivo per rendere effettivo il diritto di libera prestazione dei servizi a cui le direttive europee in materia di distacco intendono dare attuazione.

Sempre nell'ambito della valutazione dell'effettività delle tutele stabilite dalla norma italiana di trasposizione, è necessario infine verificare quali siano, in concreto, gli strumenti che l'ordinamento nazionale pone in essere al fine di consentire ai lavoratori stranieri di reclamare ed ottenere soddisfazione, in via amministrativa e giudiziale, nel caso in cui essi rivendichino la violazione di propri diritti da parte del proprio datore di lavoro.

A tale proposito, l'articolo 5 del decreto legislativo n. 136/2016 è rubricato appunto «difesa dei diritti». In effetti, però, la norma è piuttosto laconica e si limita a riconoscere il diritto dei lavoratori distaccati ad avere accesso all'autorità amministrativa (Ispettorato nazionale del lavoro) e giudiziaria competenti per la difesa dei diritti dei lavoratori stabiliti nel nostro Paese. La norma italiana di trasposizione, dunque, riconosce ai lavoratori distaccati solamente diritti azionabili individualmente, mentre nulla prevede in merito al riconoscimento di forme collettive di tutela. Si osserva, al riguardo, che la mancanza di protezioni collettive rappresenta davvero un'importante occasione perduta per rendere effettivo il sistema nazionale di tutele dei lavoratori distaccati e di contrasto al dumping sociale. D'altra parte, la direttiva 2014/67/UE suggeriva agli Stati membri di consentire un ruolo decisamente attivo alle organizzazioni sindacali dei lavoratori nella tutela dei diritti dei lavoratori distaccati ⁽⁶¹⁾, ma l'Italia non ha ritenuto opportuno sfruttare a fondo questa opportunità. Inoltre, il legislatore nazionale non ha tenuto conto della particolare situazione dei lavoratori distaccati che, in primo luogo operano solo temporaneamente nel nostro Paese e dunque, anche solo per questo, hanno oggettive difficoltà ad adire le autorità amministrative e ancora maggiori remore a ricorrere al giudice del lavoro. Si tratta infatti spesso di lavoratori che si muovono da Paese a Paese, senza tuttavia stazionare in alcuno per lungo tempo. Indipendentemente dunque dalla durata dei distacchi, che normalmente non supera pochi mesi, i lavoratori distaccati difficilmente possono sostenere, in un Paese in cui non risiedono stabilmente, i costi e la durata di una lite giudiziaria, cosicché l'esercizio della difesa dei propri diritti rischia di essere in concreto difficilmente azionabile. A ciò si aggiunga che le pratiche di dumping sociale

⁽⁶⁰⁾ Si vedano le voci retributive ammesse e quelle non ammesse dalla CGUE nella citata sentenza *Sähköalojen ammattiliitto C-396/13*.

⁽⁶¹⁾ Si veda l'articolo 11.3 della direttiva 2014/67/UE, laddove stabilisce che gli «Stati membri dispongono che le organizzazioni sindacali e altre parti terze, quali associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che hanno, in base ai criteri stabiliti ai sensi del diritto nazionale, un interesse legittimo a veder rispettata la presente direttiva e la direttiva 96/71/CE, possano, per conto o a sostegno del lavoratore distaccato o del suo datore di lavoro, con la sua approvazione, promuovere ogni procedimento giudiziario o amministrativo diretto a ottenere l'applicazione della presente direttiva e della direttiva 96/71/CE e/o l'esecuzione degli obblighi da esse risultanti».

hanno la propria giustificazione economica nell'illecito sfruttamento del differenziale retributivo tra Paesi in ambito UE, e che dunque spesso il differenziale retributivo con le retribuzioni applicate in Italia non viene percepito dai lavoratori distaccati come una condizione di sfruttamento, ma piuttosto come una occasione favorevole per ottenere una retribuzione comunque, anche se inferiore a quella italiana, decisamente superiore a quella normalmente garantita nel proprio Paese di residenza. Tutti questi fattori avrebbero dovuto suggerire al legislatore nazionale che una efficace difesa dei diritti dei lavoratori distaccati, che corrisponde peraltro ad un parallelo interesse collettivo dei lavoratori stabilmente residenti in Italia di contrasto alle operazioni economiche di dumping sociale, passa anche per la predisposizione di specifiche forme legali di tutela collettiva affidate alle organizzazioni sindacali dei lavoratori, quali ad esempio la possibilità per queste ultime di attivare *class action* in nome e per conto dei lavoratori distaccati ⁽⁶²⁾.

6. Controlli ispettivi, apparato sanzionatorio, cooperazione amministrativa ed esecuzione internazionale delle sanzioni amministrative

Una delle importanti novità della direttiva 2014/67/UE attuate dal decreto legislativo n. 136/2016 è costituita dal rafforzamento del sistema di cooperazione amministrativa tra le autorità di controllo nazionali ⁽⁶³⁾. In particolare, si dispone che il Sistema IMI, Sistema di informazione per il mercato interno (Regolamento UE n. 1024/2012), costituisca lo strumento ufficiale di cooperazione amministrativa tra le Autorità nazionali deputate ai controlli sulla legittimità dei distacchi transnazionali. Il Sistema IMI ⁽⁶⁴⁾, predisposto dalla Commissione europea che ne garantisce il corretto funzionamento consen-

⁽⁶²⁾ Per rendere maggiormente efficace il sistema di tutele dei lavoratori distaccati, il Belgio, ad esempio, ha scelto di attribuire alle organizzazioni sindacali dei lavoratori il potere di stare in giudizio al posto o insieme ai lavoratori stessi. Cosicché, col consenso dei lavoratori interessati, le organizzazioni sindacali possono stare in giudizio e seguire l'evoluzione della lite giudiziaria anche in sostituzione processuale dei lavoratori distaccati, che normalmente lasciano il Paese per tornare nel proprio di residenza dove normalmente svolgono la propria attività lavorativa. La legge di trasposizione del Belgio è la loi 11.12.2016, pubblicata sul Moniteur Belge del 20.12.2016, che all'articolo 17 appunto così stabilisce: «Les organisations suivantes peuvent ester en justice dans les litiges auxquels l'application de la présente section peut donner lieu pour la défense des droits des travailleurs, avec l'approbation de ces derniers: 1° les organisations représentatives des travailleurs et les organisations représentatives des employeurs visées à l'article 3 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires; [omissis] L'action de ces organisations ne porte pas atteinte au droit des travailleurs d'agir personnellement, de se joindre à l'action ou d'intervenir à la cause».

⁽⁶³⁾ Sull'importanza del rafforzamento del sistema di cooperazione amministrativa tra Paesi membri definito nella direttiva 2014/67/UE, si veda E. TRAVERSA, *Il distacco dei lavoratori*, in F. CARINCI e A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Giappichelli, 2015, 170, in particolare laddove si sottolineano i caratteri essenziali della obbligatorietà e della gratuità della cooperazione tra Stati. Sottolineano la rilevanza della cooperazione amministrativa internazionale anche A. ALLAMPRESE e G. ORLANDINI, *La proposta di direttiva sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi*, *Il lavoro nella giurisprudenza*, 11/2012, 1032.

⁽⁶⁴⁾ Sulla rilevanza del sistema IMI (Sistema di Informazione del Mercato Interno) quale modello di cooperazione amministrativa internazionale tra Stati membri, si veda J. PELKMANS e A. CORREIA DE BRITO, *Enforcement in the EU Single Market*, CEPS, 2012, 106-107.

tendone l'accesso alle Autorità competenti indicate da ciascuno Stato membro (per quanto riguarda l'Italia, l'Ispettorato nazionale del lavoro, in tutte le sue articolazioni territoriali), costituisce uno strumento efficace per lo scambio di informazioni tra le autorità di controllo del Paese di esecuzione e quelle del Paese di stabilimento dell'impresa distaccante, e inoltre consente l'acquisizione della necessaria documentazione per i controlli delle imprese che non sono stabilite nel Paese di esecuzione, documentazione che può essere utilizzata anche sul piano probatorio per l'irrogazione delle sanzioni amministrative stabilite dalla legge del Paese di esecuzione.

Per quanto riguarda l'Italia, al di fuori dell'ipotesi di abuso del diritto, di frode e/o di elusione delle norme sul distacco, di cui si è già trattato in precedenza e che nella sostanza comporta l'inapplicabilità dell'intera normativa in materia di distacco transnazionale, la legge di trasposizione stabilisce uno specifico apparato sanzionatorio collegato alla violazione delle norme procedurali che regolano il distacco transnazionale.

In particolare, sono definiti alcuni obblighi di “*disclosure*” per le imprese non stabilite che operano in regime di distacco transnazionale in Italia, con relativa sanzione in caso di violazione⁽⁶⁵⁾. In primo luogo, è previsto l'obbligo delle imprese distaccanti di comunicazione preventiva del distacco transnazionale; inoltre, le imprese distaccanti lavoratori in Italia devono nominare un referente elettivamente domiciliato in Italia, a cui possono essere notificate le richieste documentali dell'Ispettorato nazionale del lavoro incaricato dei controlli e i relativi verbali sanzionatori, ed infine viene stabilito un obbligo di conservazione di una serie di documenti relativi al rapporto di lavoro dei lavoratori distaccati per un periodo di due anni dalla cessazione del distacco. Si tratta di norme dirette a rendere “visibili” le imprese distaccanti e a facilitare i controlli dell'Ispettorato nazionale del lavoro in materia di distacco transnazionale attraverso un sistema di tracciabilità dei distacchi da parte degli organi di vigilanza.

La presenza dunque di analoghi controlli su tutto il territorio europeo, insieme al rafforzamento della cooperazione amministrativa tra le autorità competenti tramite il sistema IMI, costituisce una vera novità della “*direttiva enforcement*”, che prevede anche un interessante sistema incentivante alla cooperazione collegato alla modalità di esecuzione internazionale delle sanzioni amministrative irrogate dal Paese di esecuzione. Infatti, la direttiva 2014/67/UE stabilisce che l'autorità competente del Paese di esecuzione del distacco possa richiedere all'autorità competente nel Paese di stabilimento dell'impresa distaccante di notificare e di eseguire il provvedimento di sanzione amministrativa nei confronti dell'impresa distaccante medesima, e che, qui sta la vera novità del meccanismo sanzionatorio, gli importi recuperati dall'autorità del Paese di stabilimento siano ad essa stessa attribuiti, sebbene naturalmente l'accertamento delle violazioni in questione sia stato effettuato dall'autorità del Paese di esecuzione⁽⁶⁶⁾. Questo modello di recupero

⁽⁶⁵⁾ L'articolo 10 del decreto legislativo n. 136/2016 stabilisce alcuni importanti obblighi amministrativi per le imprese distaccanti che sono diretti a consentire il controllo della legittimità del distacco da parte dell'Ispettorato nazionale del lavoro; il relativo apparato sanzionatorio è stabilito dall'articolo 12 della medesima norma. Per quanto riguarda l'obbligo di comunicazione preventiva, le relative norme attuative sono state definite dal Decreto Ministeriale 10 agosto 2016, con la relativa circolare congiunta del MLPS e dell'INL n. 3 del 22 dicembre 2016. La circolare in questione stabilisce che la comunicazione preventiva del distacco sia operativa a far data dal 26 dicembre 2016 e che entro il 26 gennaio 2017 debbano essere comunicati anche i distacchi effettuati a partire dal 22 luglio 2016, data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 136/2016, almeno nel caso in cui essi siano ancora in essere alla data del 26 gennaio 2017.

⁽⁶⁶⁾ L'intero procedimento di esecuzione transfrontaliera delle sanzioni amministrative è stabilito dal Capo VI della direttiva 2014/67/UE, agli articoli dal 13 al 19. In particolare, l'articolo 19 così reca: «gli importi recuperati in relazione alle sanzioni e/o ammende di cui al presente capo spettano all'autorità adita».

delle sanzioni è studiato in modo da favorire la cooperazione con l'autorità del Paese di esecuzione dei lavori da parte dell'autorità del Paese di stabilimento, la quale, in assenza del riconoscimento degli importi delle sanzioni recuperate mediante esecuzione, non avrebbe alcun reale incentivo a perseguire illeciti che non sono avvenuti nel proprio Paese, ma che sono stati perpetrati altrove da imprese stabilite nel proprio Paese. Sono alte le attese delle Istituzioni europee rispetto al sistema di cooperazione amministrativa disegnato dalla direttiva 2014/67/UE, e dalle relative norme di trasposizione dei Paesi membri, poiché dalla reale funzionalità del modello di cooperazione tra gli Stati dipende in gran parte l'obiettivo di garantire un adeguato *enforcement* alla disciplina europea sul distacco transnazionale.

Si precisa che il termine “ammende” qui utilizzato dal diritto dell'Unione non si riferisce a violazioni penali, come nel nostro ordinamento nazionale, ma a illeciti amministrativi. Nel nostro Paese, poi, il decreto legislativo n. 136/2016 stabilisce che la competenza per il procedimento di esecuzione su imprese stabilite in Italia di sanzioni amministrative da queste commesse in altri Paesi UE in materia di distacco transnazionale, spetta al Ministero della Giustizia (articolo 24), sulla base di un procedimento giudiziale di riconoscimento del provvedimento straniero da parte della Corte d'appello nel cui distretto risiede la persona che ha ricevuto la sanzione, che decide mediante ordinanza emessa in camera di consiglio (articolo 21).