

Vania Brino

LE CLAUSOLE SOCIALI A TUTELA DELL'IMPIEGO E I VINCOLI DI COMPATIBILITÀ CON IL MERCATO

SOMMARIO: 1. Alla periferia del tema; 2. Le clausole di salvaguardia dell'occupazione: pillole di diritto interno e...; 3. ... spunti di riflessione dall'ordinamento europeo: liberalizzazione del settore dell'*handling* e limiti all'utilizzo di clausole sociali; 3.1. Le prospettive aperte dalla proposta di modifica della Dir. 96/67/CE

1. Alla periferia del tema.

Interrogarsi sugli strumenti di tutela del lavoro alla luce delle profonde trasformazioni intervenute sui modelli di organizzazione dell'impresa è un tema che impone di confrontarsi con il mercato e con le sue dinamiche. Da un lato le imprese, dominatrici indiscusse del nostro tempo, vagano nello spazio globale alla ricerca dei sistemi normativi più vantaggiosi, soprattutto in termini di costo del lavoro. L'internazionalizzazione, le delocalizzazioni produttive, gli insediamenti in siti produttivi "socialmente favorevoli" per l'impresa sono tra le rappresentazioni più emblematiche del tempo presente e delle sue frizioni. Dall'altro lato gli Stati, protagonisti, non certo inconsapevoli, di prassi di competizione regolativa o, per meglio dire de-regolativa, al fine di risultare più attraenti agli occhi degli investitori economici.

Sullo sfondo delle controverse questioni che limiti di spazio impongono in questa sede solo di richiamare possiamo quindi ipotizzare una linea sottile che lega i fenomeni di *dumping* alle trasformazioni dei modelli d'impresa non più necessariamente ancorati ai confini territoriali. Al centro il diritto del lavoro che diventa oggetto, suo malgrado, di queste dinamiche ed appare inevitabilmente schiacciato sotto il peso della competizione economica. Tutto ciò determina un pericoloso "corto circuito": il *dumping* è un potente vettore che amplifica la concorrenza tra i lavoratori sfruttando le differenze in termini di standard sul lavoro «mentre è appunto per opporsi a questa concorrenza, o quanto meno a limitarla, che il diritto sociale è nato e si è poi sviluppato»⁽¹⁾.

Riflettendo sui meccanismi che potrebbero concorrere ad attenuare gli effetti destabilizzanti della competizione tra ordinamenti e dei correlati fenomeni di *dumping* sociale,

⁽¹⁾ A. Lyon Caen, *A proposito del dumping sociale*, LD, n. 1, 2011, p. 8. Sul tema v. inoltre A. Perulli, *Globalizzazione e dumping sociale*, LD, 2011, n. 1, p. 13 ss.; R. Pessi, *Dumping sociale e diritto del lavoro*, W.P. *Libertà lavoro e sicurezza sociale*, 2011, n.3.

oltre a poter fungere da "ammortizzatori" dei processi in atto, l'attenzione dell'interprete viene catturata dalla morfologia composita e variegata delle clausole sociali.

Il dato di partenza porta a registrare l'assenza di una definizione dai contorni precisi e circoscritti di clausola sociale, differenziandosi le stesse per fonte dispositiva (legislativa o negoziale); per contenuti (imposizione di determinati standard sul lavoro; applicazione di tutele economiche e normative; garanzia della continuità dell'occupazione; etc.); e per ambito di applicazione (clausole che esplicano i loro effetti nei confronti del soggetto pubblico e clausole che condizionano l'operato delle imprese). Al contempo, però, pur nelle loro diversificate declinazioni, si tratta di clausole rappresentative di una "tecnica regolativa" che concorre a governare le dinamiche concorrenziali fungendo altresì da vettore di affermazione di finalità e interessi socialmente rilevanti. Una sorta di strumento bifronte finalizzato alla tutela dei lavoratori ma proteso anche verso la regolazione della concorrenza o, per meglio dire, delle differenti dinamiche che la competizione può generare. Uno strumento che si fa veicolo di realizzazione di obiettivi sociali all'interno di contesti regolativi dichiaratamente protesi verso altre finalità.

Evenienze in questo senso si rinvengono, ad esempio, nell'ambito del commercio internazionale dove si discute da tempo dell'introduzione di clausole di condizionalità al fine di equalizzare i termini della competizione "sociale" tra gli Stati e quindi imporre standard minimi di protezione dei lavoratori. Attraverso il ricorso alle clausole sociali si aspira a creare delle sinergie positive tra integrazione dei mercati e sviluppo sociale oltre a contenere la competizione che poggia sulla negazione delle tutele e dei diritti fondamentali⁽²⁾.

Così, nel contesto europeo, se, da un lato, si invoca il ricorso alle clausole sociali nell'ambito della regolazione dei rapporti commerciali con gli stati terzi ⁽³⁾, dall'altro lato si discute della compatibilità delle clausole sociali finalizzate alla tutela dei lavoratori, oltrechè ad istanze di *fair competition* tra le imprese, in quanto si tratta di disposizioni che possono rappresentare un limite alle libertà di mercato. Sullo sfondo il tema del *dumping* con il suo risvolto "problematico" per i diritti dei lavoratori e per la stessa Corte di Giustizia che in più occasioni si è trovata a dover scegliere «se privilegiare la difesa *dal dumping* sociale (in nome della protezione sociale) o la difesa *del dumping* sociale (in nome della libera prestazione di

⁽²⁾ V. tra gli altri i contributi pubblicati in V.A. Leary, D. Warner (Eds), *Social Issues, Globalisation and International Institutions*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

⁽³⁾ Basti evocare il Regolamento (UE) n.978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio. Analogamente la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 giugno 2011 sulla dimensione esterna della politica sociale, la promozione delle norme sociali e del lavoro e la responsabilità sociale delle imprese europee. In dottrina A. Perulli, *Diritti sociali fondamentali e regolazione del mercato nell'azione esterna dell'Unione europea*, in RGL, n. 2, 2013 pag. 321 ss.

servizi nel mercato interno)»⁽⁴⁾ ma potremmo dire, più in generale, in nome della competizione e delle dinamiche del mercato integrato.

I segnali che provengono dalle istituzioni sono altrimenti discordanti: per un verso viene promosso il ricorso alle clausole sociali nella regolazione dei rapporti con gli Stati terzi così come nelle più recenti direttive in materia di appalti pubblici e concessioni⁵; per altro verso, soprattutto per il tramite della Corte di giustizia, si tende a contenerne l'utilizzo nell'ambito del mercato interno in ragione del fatto che si tratta di clausole volte a limitare eccessivamente le libertà di mercato e la concorrenza⁽⁶⁾. Le tonalità ambivalenti registrate sono evidentemente il riflesso di un passato "ingombrante" che talvolta ritorna e che enfatizza la matrice mercantilistica trascurando invece le importanti evoluzioni in senso sociale dell'Unione europea ⁽⁷⁾.

2. Le clausole di salvaguardia dell'occupazione: pillole di diritto interno e...

Le questioni di ordine generale brevemente richiamate sono funzionali a definire lo scenario entro il quale si intende collocare un'analisi, invero estremamente più circoscritta, che verte su di una particolare categoria di clausole sociali, le c.d. clausole di seconda generazione⁽⁸⁾, funzionali a garantire la stabilità dell'impiego dei lavoratori in presenza di un avvicendamento di contratti d'appalto - un fenomeno che sovente riflette il tentativo di impiegare appaltatori, anche di Stati terzi, in quanto offrono un servizio a costi più contenuti minimizzando le tutele riconosciute ai lavoratori⁽⁹⁾ - .

⁽⁴⁾ M. Lozito, *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, 2013, pag. 178.

⁽⁵⁾ **Sulle quali vedi i contributi di S. Costantini, M. Impicciatore in questo stesso volume.**

⁽⁶⁾ C. Barnard, *'British jobs for British Workers': The Lindsey Oil Refinery Dispute and the Future of Local Labour Clauses in an Integrated EU Market*, *Industrial Law Journal*, 2009, p.275. Più in generale si rinvia ai contributi pubblicati in A. Andreoni, B. Veneziani (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Ediesse, 2009.

⁽⁷⁾ E. Ales, *Lo sviluppo della dimensione sociale europea comunitaria : un'analisi genealogica*, in *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, IX, *Diritto del lavoro*, a cura di F.Carinci, A. Pizzoferrato, *Commentario*, Utet Giuridica, 2010, pag. 133 ss.

⁽⁸⁾ Nei limitati spazi di questo scritto non ci occuperemo delle c.d. clausole di prima generazione che impongono l'applicazione di trattamenti economici o normativi e che sono state poste sotto i riflettori soprattutto per effetto del c.d. *Laval quartet* e probabilmente lo saranno ancora a seguito dell'emanazione della Dir. 2014/67/UE dello scorso 15 maggio 2014; nè analizzeremo le importanti evoluzioni intervenute nell'ambito degli appalti pubblici alla luce delle tre recenti direttive che riguardano anche i servizi e le concessioni. Sul tema delle clausole sociali v. in particolare E. Ghera, *Le clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, DLRI, 2000, p. 133 che osserva una "bipartizione tra norme e clausole sociali di tutela minimale, tuttora ancorate al modello dello statuto dei lavoratori, e norme o clausole sociali di vincolo alla libertà dell'impresa e alla stessa autonomia collettiva" finalizzate, in particolare, alla "gestione di problemi occupazionali e di governo del conflitto a fronte dei processi di trasformazione dell'impresa e di liberalizzazione dei settori economici". Con riferimento al ricorso alle clausole sociali negli appalti pubblici v. da ultimo S. Costantini, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, WP "Massimo D'Antona, n.196/2014.

⁽⁹⁾ P. Chieco, *Appalti e solidarietà nei recenti sviluppi di una legislazione in continuo cambiamento*, DLRI, 2012, n.4, pag. 997 ss. Più in generale sui fenomeni di decentramento e sulle sue declinazioni M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto*,

Le clausole evocate hanno posto una serie di problemi nell'ordinamento interno discutendosi, in particolare, del loro rapporto con i precetti a tutela della libertà di iniziativa economica *ex art. 41 Cost.*¹⁰. Si tratta infatti di disposizioni che realizzano, pur nelle loro multiformi rappresentazioni, una compressione della libertà d'impresa trasferendo sui «nuovi operatori i costi di gestione di chi li ha preceduti»⁽¹¹⁾, oltre ad incidere sull'autonomia discrezionale dell'imprenditore nella definizione della propria organizzazione produttiva. Se la Corte costituzionale si è pronunciata in questi termini quando ha sancito l'illegittimità dell'imponibile di manodopera⁽¹²⁾ diversamente negli sviluppi più recenti della giurisprudenza amministrativa si riconosce la compatibilità delle clausole sociali, nell'ambito specifico degli appalti pubblici, pur se limitative della libertà d'impresa⁽¹³⁾. In questi ultimi casi, tuttavia, il bilanciamento operato dai giudici appare profondamente «condizionato dal fatto che la libertà d'impresa viene identificata nella sua dimensione "statica", di libertà di organizzazione dei fattori produttivi e non emerge dalle argomentazioni dei giudici amministrativi la considerazione della sua dimensione dinamica (o, se si vuole, "orizzontale" ed "oggettiva") propria del diritto dell'UE»⁽¹⁴⁾. Come osserva attenta dottrina, la concorrenza di mercato è stata da tempo trasformata, negli orientamenti della Corte di Giustizia, da principio di regolazione delle condotte delle imprese - quale punto nodale delle pronunce dei giudici italiani - ad una condizione di «legittimità comunitaria» della «sovranità statale nel decidere sia gli ambiti da destinare al mercato sia le modalità di funzionamento di questo»⁽¹⁵⁾. Ciò a dire che la Corte europea ha coltivato «una tutela della concorrenza in senso oggettivo, nel senso cioè di principio che governa anche le scelte dello stesso legislatore nazionale circa la qualificazione e regolazione dei mercati economici»⁽¹⁶⁾. Su questi profili l'intervento della Corte di giustizia è apparso determinante pur non mancando di sollevare, come vedremo,

trasferimento d'azienda e di ramo, Giappichelli, 2008. Cfr. M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, 2002.

⁽¹⁰⁾ V. F. Scarpelli, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, LD, 1996, pag. 20 ss.. Più recentemente S. Costantini, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. clausole sociali*, IANUS, n. 5, 2011 e ivi ulteriori riferimenti. Sugli effetti delle clausole di riassunzione v. inoltre l'ampia ricostruzione di M. Mutarelli nel contributo in questo stesso volume.

⁽¹¹⁾ D. Maffeo, *Liberalizzazione dell'handling, clausola sociale e contrattazione collettiva*, in *Dir. trasporti*, 2007, p. 388.

⁽¹²⁾ Tra le altre C. cost., 16 dicembre 1958, n. 78, GC, 1958, p. 979; C. cost. 28 luglio 1993, n. 356, GC, 1993, p. 2801. V. A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, 2006

⁽¹³⁾ C. Stato 26 giugno 2012, n. 3764, GA, 2012, I, pag. 1149; C. Stato, 10 maggio 2013, n. 2533, www.giustizia-amministrativa.it.

⁽¹⁴⁾ G. Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Frango Angeli, 2013, p. 200.

⁽¹⁵⁾ M. Pallini, *Il diritto del lavoro e libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali*, RGL, 2006, II, p.46

⁽¹⁶⁾ M. Pallini, *cit.*, p.46

vistose criticità. Numerosi sono gli esempi che potremmo utilizzare a dimostrazione di questa tendenza ma certamente, con riferimento specifico alle clausole di salvaguardia dell'occupazione, il caso più interessante ha riguardato la liberalizzazione del settore dell'*handling* realizzata dall'Unione europea con la Dir. 96/67/CE (v. *infra*).

3. ... spunti di riflessione dall'ordinamento europeo: liberalizzazione del settore dell'*handling* e limiti all'utilizzo di clausole sociali

La liberalizzazione del settore dell'*handling* rappresenta, da molti punti di vista, un ottimo banco di prova delle questioni evocate interessando un ambito sul quale insistono forze divergenti «che tendono, da un lato, al recupero dell'economicità e dell'efficienza di gestione dei servizi; dall'altro, alla protezione degli *standards* di tutela acquisiti e a contrastare forme di *dumping* sociale; dall'altro ancora, all'effettiva introduzione ed affermazione dei principi della libera concorrenza»⁽¹⁷⁾. La complessità del tema, soprattutto in punto di mediazione tra i molteplici interessi coinvolti, trova ulteriore conferma nel fatto che a distanza di poco meno di 20 anni le istituzioni europee hanno deciso di intervenire nuovamente con una proposta volta ad abrogare la Dir. 96/67/CE⁽¹⁸⁾.

Prima di segnalare i punti salienti della proposta, che si spiegano alla luce delle pressioni esercitate soprattutto dalle organizzazioni sindacali a fronte della diffusione di pericolose prassi di *dumping* all'interno del settore considerato, è opportuno richiamare brevemente la decisione della Corte di giustizia intervenuta sulla normativa italiana di attuazione della Dir. 96/67/CE e, in particolare, sull'art. 14 del d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18. Nel caso *Commissione v. Repubblica italiana*⁽¹⁹⁾ la Corte si è espressamente pronunciata sul rapporto tra clausole di salvaguardia e tutela della concorrenza ritenendo che la norma contestata, imponendo ai nuovi prestatori di servizi l'obbligo di riassumere il personale impiegato dal precedente prestatore, compromette l'apertura dei mercati e l'instaurazione di una concorrenza intracomunitaria nel settore dell'*handling* aeroportuale, a nulla rilevando la previsione, di cui all'art. 18, secondo cui lo Stato membro deve garantire la protezione dei diritti dei lavoratori sia pur senza compromettere l'effetto utile della Direttiva⁽²⁰⁾. Emerge, in

⁽¹⁷⁾ G. Proia, *Contrattazione collettiva e sostegno legale tra vincoli costituzionali e comunitari*, Quaderni Agens, 2008, 1, p.47.

⁽¹⁸⁾ COM(2011) 824 def., 1 febbraio 2011. V. inoltre la Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 16 aprile 2013 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai servizi di assistenza a terra negli aeroporti dell'Unione e che abroga la direttiva 96/67/CE del Consiglio.

⁽¹⁹⁾ C. giust. 9 dicembre 2004, C-460/2002, Dir. trasp., 2005, p. 173. Così, rispetto alla disciplina tedesca, v. C. giust. 14 luglio 2005, C-386/03.

⁽²⁰⁾ V. in particolare M. Mutarelli, *Protezione del lavoro vs. protezione della concorrenza nella sentenza della corte di giustizia sui servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo motivata in modo insoddisfacente*, RIDL, 2005, II, p.275.

sostanza, «una precisa scala di priorità nei valori da tutelare»⁽²¹⁾ che giustifica il prevalere dell'obiettivo economico di liberalizzazione dei servizi sulle esigenze di tutela dei lavoratori.

A seguito del giudizio della Corte, e di un successivo parere negativo della Commissione europea, la norma è stata più volte modificata prevedendosi, ora, che nel caso di successione di appalto, "al fine d'individuare gli strumenti utili a governare gli effetti sociali derivanti dal processo di liberalizzazione, il Ministro dei Trasporti, di concerto con il Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, garantisce il coinvolgimento dei soggetti sociali, anche a mezzo di opportune forme di concertazione"⁽²²⁾. Le organizzazioni sindacali si sono attivate tempestivamente inserendo una clausola di riassorbimento in ragione della quota di traffico acquisita dall'appaltatore subentrante e con applicazione dello stesso trattamento economico e normativo⁽²³⁾.

Anche in questo nuovo scenario, tuttavia, le criticità precedentemente emerse non sembrano del tutto superate posto che resta aperta la possibilità di considerare illegittime le previsioni di fonte collettiva, i cui effetti sono analoghi a quelli prodotti dalla clausola legislativa e giudicati incompatibili dalla Corte. Si tratta, tra l'altro, di un rischio già emerso da prima nel caso *Albany* con riferimento al diritto europeo della concorrenza²⁴ e, successivamente, soprattutto nel c.d. *Laval quartet* in tema di libertà economiche fondamentali⁽²⁵⁾. E' questo un tema che non possiamo in questa sede approfondire ma che, come noto, ha aperto scenari assai poco rassicuranti sul futuro dell'Europa sociale.

⁽²¹⁾ U. Carabelli; V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, Working paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 64, 2005.

⁽²²⁾ Art. 23 l.n. 13/2007.

⁽²³⁾ M. Aimo, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in *La stabilità come valore e come problema*, a cura di M.V. Ballestrero, Giappichelli, 2007, p. 119.

⁽²⁴⁾ Per A. Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2006, n.47, p.99 in *Albany* la Corte ha riconosciuto alla contrattazione collettiva una sorta di esenzione dall'influenza del diritto della concorrenza attribuendole «il fragile statuto giuridico delle immunità». V. inoltre M. Corti, *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in europa*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, n. 1, 797 secondo il quale in *Albany* «l'applicazione del diritto *antitrust* ai contratti collettivi risulta esclusa *ab origine* e di regola, e non in via derivata ed eccezionale». Cfr. A. Andreoni, *Contratto collettivo, fondo complementare e diritto della concorrenza: le virtù maieutiche della Corte di Giustizia (riflessioni sul caso Albany)*, in *RGL*, 2000, p. 981. Più recentemente D. Gottardi, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, 2010, p. 540 secondo la quale in *Albany* si realizza un iniziale contemperamento di strumenti e obiettivi. Cfr. Pallini, *Gli effetti positivi sulle performances del mercato del lavoro quale condizione di compatibilità della norma nazionale con il diritto europeo*, in *RIDL*, 2011, n. 1, p. 455 che mette in luce come in *Albany* la Corte abbia attribuito al diritto nazionale del lavoro «una esenzione relativa nella misura in cui questo risulti in grado di perseguire gli obiettivi di protezione sociale dell'Unione europea».

⁽²⁵⁾ Come si osserva in dottrina è soprattutto l'equiparazione tra fonti eteronome e fonti negoziali proposta dalla Corte che amplifica il rischio di conflitto tra l'autonomia collettiva e i precetti del mercato e che porta a ritenere non superato il vaglio di legittimità delle clausole di riassunzione rispetto al diritto europeo. V. G. Orlandini, op.cit., p. 168 ss.

C'è inoltre da segnalare un secondo profilo critico che insiste sulla normativa italiana di attuazione della Dir. 96/67/CE e, in particolare, sull'art. 13 d.lgs. n. 18/99 ai sensi del quale l'idoneità dei prestatori di servizi di assistenza a terra è subordinata ad una verifica, da parte dell'ENAC, sul rispetto del contratto che regola il rapporto di lavoro dei dipendenti delle aziende di gestione e dei servizi aeroportuali di assistenza a terra. Sul punto l'ENAC ha stabilito, con espresso Regolamento, che tra i requisiti per ottenere la certificazione è richiesta l'applicazione del contratto collettivo dei dipendenti delle aziende di gestione e dei servizi aeroportuali di assistenza a terra (art. 15). L'accesso al mercato liberalizzato è altrimenti possibile solo alle imprese che applicano un determinato contratto collettivo che prevede, tra le altre, la clausola di salvaguardia⁽²⁶⁾. Come osservato in dottrina «il cerchio si chiude e quanto non più sancito dalla legge riemerge come vincolo contrattuale»⁽²⁷⁾. Qui i profili di compatibilità investono sia la Dir. 96/67/CE⁽²⁸⁾ sia i precetti costituzionali e, in particolare, il principio che rimette alla libertà sindacale la scelta del contratto collettivo applicabile⁽²⁹⁾. Sul punto la giurisprudenza amministrativa, nel riconoscere che le "coordinate direttrici" della Dir. 96/67/CE «sono finalizzate ad assicurare il giusto temperamento tra l'esigenza di favorire l'accesso di nuovi operatori al mercato stesso, in un quadro di promozione della concorrenza, ed il potere degli Stati membri cui, per i fini di interesse, è riconosciuta la possibilità di adottare, al contempo, le misure necessarie a garantire la tutela dei diritti dei lavoratori», ha poi precisato che lo Stato italiano può pretendere solo il rispetto di un «tipo di contratto che disciplina il rapporto dei dipendenti delle aziende operanti nel settore, senza specificare a quale, tra questi, debba necessariamente farsi ricorso, essendo notoria l'esistenza nel nostro ordinamento di molteplici ccnl, approvati dalle rispettive associazioni di categoria»⁽³⁰⁾.

Per i giudici l'obbligo imposto dall'Enac di applicare un determinato ccnl è contrario non solo all'art. 39 Cost., determinando di fatto l'obbligo per tutte le imprese di applicare lo stesso contratto collettivo indipendentemente dall'affiliazione all'associazione firmataria del contratto o dalla scelta volontaria di adottarlo, ma anche alla libertà di iniziativa economica e di concorrenza nel mercato considerato. Sia pur in una serie di passaggi non chiarissimi il Tar arriva a sostenere che l'imposizione di un unico contratto collettivo si traduce

⁽²⁶⁾ D. Maffeo, cit., p. 390. Cfr. S. Costantini, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato*, cit., p. 250.

⁽²⁷⁾ G. Orlandini, cit., p. 166.

⁽²⁸⁾ In questi termini si esprime Tar Lazio 13 gennaio 2005. Più recentemente C. Stato, 8 giugno 2009, n.3489; Tar Lazio, 30 gennaio 2012, n. 982; Tar Lazio, 9 febbraio 2012, n. 1295.

⁽²⁹⁾ App., 4.03.2003, in *Riv. critica dir. lav.*, 2003, 293 con nota di CAPUZZO.

⁽³⁰⁾ Tar Lazio, 30 gennaio 2012, n. 982; Tar Lazio, 9 febbraio 2012, n. 1295.

«nell'introduzione di un elemento di rigidità, al di fuori dei vincoli come predeterminati dalla normativa» che «è in grado di determinare effetti restrittivi della concorrenza, laddove vengono messi sullo stesso piano soggetti che, invece, pure tecnicamente ed economicamente validi, costituiscono realtà aziendali assai differenti tra loro, proprio in ragione del diverso ambito in cui operano»⁽³¹⁾. I giudici italiani si esprimono in termini indubbiamente inediti: «per un verso si esplicita la possibilità di una concorrenza fra diversi trattamenti contrattuali e quindi si riconosce che il costo del lavoro può essere oggetto esso stesso di concorrenza, salvo limiti espliciti dell'ordinamento»⁽³²⁾, mentre «per altro verso il richiamo al principio di concorrenza esclude che si possano parificare i trattamenti contrattuali fra diversi rapporti al di fuori di specifiche indicazioni normative»⁽³³⁾. Da qui pare discutibile il nesso proposto sia dal Consiglio di Stato sia dal Tar «tra la violazione delle libertà economiche e l'estensione dell'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo che conseguirebbe alle delibere dell'ENAC»⁽³⁴⁾ emergendo «un rapporto di potenziale conflitto tra contratti collettivi dotati di efficacia generale e regole del mercato interno, che non trova riscontro nella giurisprudenza della Corte di giustizia»⁽³⁵⁾ dalla quale si evince, all'opposto, che «la via maestra per contrastare il *dumping* contrattuale in maniera compatibile con i principi del mercato interno sia rappresentata dall'attribuzione dell'efficacia generale al contratto collettivo»⁽³⁶⁾.

Se, a seguito delle sentenze del Tar, l'ENAC ha modificato la norma controversa prevedendo che il prestatore di servizi di assistenza a terra deve rispettare «il tipo di contratto collettivo che regola il rapporto di lavoro dei dipendenti»⁽³⁷⁾, ed ha quindi riconosciuto la libertà costituzionalmente garantita di determinazione del contratto collettivo applicabile ai lavoratori, restano invece aperte le altre questioni sollevate dalla legislazione italiana in attuazione della normativa europea sia con riferimento alla compatibilità delle clausole negoziali con le istanze di liberalizzazione fatte proprie dalla Dir. 96/67/CE, e riconosciute come dato intangibile dalla Corte di giustizia, sia relativamente al potenziale conflitto tra le clausole di fonte contrattuale e i precetti a tutela della concorrenza.

3.1. Le prospettive aperte dalla proposta di modifica della Direttiva 96/67/CE

Nel solco delle criticità sollevate dall'applicazione della normativa italiana di attuazione della Dir. 96/67/CE si inserisce un processo, invero iniziato già nel 2006 con le

⁽³¹⁾ Tar Lazio, ult. cit..

⁽³²⁾ T. Treu, *Contrattazione collettiva e controversie giudiziarie*, Contratti e contrattazione collettiva, 2012.

⁽³³⁾ T. Treu, cit., 2012.

⁽³⁴⁾ T. Treu, cit., 2012.

⁽³⁵⁾ G. Orlandini, cit., p.190.

⁽³⁶⁾ G. Orlandini, cit., p.190.

³⁷ Provvedimento ENAC del 23 aprile 2012.

prime consultazioni pubbliche, che ha condotto, nel febbraio 2011, ad una proposta di Regolamento di revisione della normativa sull'*handling*. La discussione ha avuto uno stallo ma a seguito di alcune iniziative svoltesi a Bruxelles lo scorso mese di maggio si attende che la Commissione riattivi il processo legislativo nei prossimi mesi.

La proposta presenta alcuni profili sociali di indubbio interesse che possono dire molto sull'approccio delle istituzioni europee non solo rispetto al tema specifico ma, più in generale, sui profili di contemperamento tra istanze di liberalizzazione dei mercati e istanze di tutela dei lavoratori, soprattutto quando sono questi ultimi che rappresentano la catena debole e predestinata a sostenere i costi del *dumping* sociale. Non è inoltre secondario il ricorso ad un Regolamento anzichè ad una Direttiva: per la Commissione si tratta del «solo strumento legislativo che permette l'uniformità di disciplina all'interno degli Stati membri, diversamente la Direttiva ammette quei margini di flessibilità e di discrezionalità che per molti versi hanno contribuito ad amplificare le criticità nella regolazione dei servizi aeroportuali»⁽³⁸⁾.

Il testo della proposta, con gli emendamenti introdotti dal Parlamento, riflette, per differenti ragioni, un modello avanzato di gestione dei problemi occupazionali connessi alle liberalizzazioni. Posta l'esigenza di chiarire il quadro giuridico sul "trasferimento" e sulla formazione del personale, punto cruciale anche in considerazione delle osservazioni critiche espresse dal mondo sindacale che rivendica interventi più incisivi di contrasto alle prassi diffuse di concorrenza al ribasso tra i lavoratori, è soprattutto nel testo del dispositivo che emerge un'apertura inattesa alle questioni sociali e uno scostamento significativo rispetto all'impronta regolativa della Dir. 96/67/CE. La cifra del cambiamento trova fondamento, in particolare, nell'art. 12 della proposta, una sorta di salvacondotto per i lavoratori, secondo cui, qualora un prestatore di servizi di assistenza a terra «perda la sua autorizzazione a fornire tali servizi, ovvero qualora un prestatore di servizi di assistenza a terra cessi di prestare tali servizi a un utente aeroportuale, o qualora un utente aeroportuale che effettua l'autoassistenza decida di non effettuarla più, gli Stati membri esigono che il prestatore o i prestatori sostitutivi, ovvero gli utenti aeroportuali che effettuano l'autoassistenza subentranti nella fornitura di tali servizi, concedano ai lavoratori precedentemente assunti allo scopo di svolgere tali servizi i diritti che spetterebbero loro in caso di trasferimento ai sensi della Direttiva 2001/23/CE del Consiglio». Si aggiunge poi che «gli Stati membri garantiscono che il *dumping* salariale sia evitato, non solo per quanto concerne i dipendenti a tempo indeterminato del settore dei servizi

⁽³⁸⁾ F. Gaspari, *La proposta di Regolamento della Commissione europea sui servizi di assistenza a terra*, Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, 2012, Vol. X, p.140.

di assistenza a terra, ma anche in caso di trasferimento del personale, al fine di garantire norme sociali adeguate e di migliorare la qualità dei servizi di assistenza a terra».

L'apripista delle tutele potrebbe ritrovarsi nel riferimento ai *diritti che spetterebbero ai lavoratori in caso di trasferimento ai sensi della Direttiva 2001/23/CE*. La formula usata può interpretarsi come una reazione all'impatto negativo che la discontinuità del personale determina non solo sui lavoratori ma anche sulla qualità dei servizi di assistenza a terra che dipende, necessariamente, dalla professionalità degli addetti e da adeguati interventi funzionali alla loro formazione. Anche per questa ragione nella proposta si auspica chiarezza sulla «possibilità offerta agli Stati membri di prevedere un obbligo di assunzione del personale in caso di cambiamento del prestatore di servizi di assistenza a terra» nonché l'individuazione del perimetro d'intervento degli Stati, ovvero della portata delle «norme relative all'assunzione del personale al di là dell'applicazione della Direttiva 2001/23/CE sui trasferimenti di imprese permettendo agli Stati membri di assicurare adeguate condizioni di occupazione e di lavoro»⁽³⁹⁾.

Pare potersi desumere che la tutela della continuità dell'impiego dovrebbe essere garantita alla stregua di quanto previsto in caso di trasferimento d'azienda ma indipendentemente dalla configurabilità di tale fattispecie⁽⁴⁰⁾. La norma non sembra altrimenti protesa ad ampliare la nozione di trasferimento, nè tanto meno pare revocare in dubbio quelle differenze che intercorrono tra avvicendamento di appaltatori e trasferimento d'azienda e che il legislatore ha in più occasioni sottolineato (basti richiamare l'art. 29 d.lgs. 276/03) nonostante la giurisprudenza europea risulti sul punto decisamente più estensiva e aperta alle "contaminazioni" tra le due fattispecie ⁽⁴¹⁾. Diversamente, la norma sembra legittimare la "circolazione" dei diritti oltre l'ambito espressamente normato del trasferimento d'azienda o di un suo ramo. Quasi a propendere verso una "contaminazione" delle tutele che, per un verso, non intacca la genetica definitoria dei due istituti e, per altro verso, condivide una comune *ratio* ovvero la continuità e l'invariabilità dei rapporti di lavoro rispetto alle dinamiche che determinano un cambiamento nella titolarità del rapporto.

Invero una tendenza in questo senso emerge anche in altri settori c.d. labour intensive sui quali insistono interessi di natura pubblicistica (pensiamo alla sicurezza dei trasporti; alla circolazione delle merci e delle persone, etc.). Basti evocare la proposta di Regolamento del

⁽³⁹⁾ V. il 17° considerando della Proposta.

⁽⁴⁰⁾ Una formula, quindi, che non parrebbe rientrare nella previsione di *favor* di cui all'art. 8 Direttiva 2001/23/CE e, di conseguenza, nelle ipotesi di ampliamento della nozione stessa di trasferimento. Sul punto v. U. Carabelli, V. Leccese, cit., pag. 44; M. Aimo, cit., pag. 124.

⁽⁴¹⁾ V. in particolare M.L. Vallauri, M. Novella, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, DLRI, 2005, pag. 177 ss..

Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro normativo per l'accesso al mercato dei servizi portuali e la trasparenza finanziaria dei porti⁴². In particolare l'art. 10 sul "mantenimento dei diritti dei lavoratori", oltre a lasciare impregiudicata l'applicazione della legislazione sociale e del lavoro in vigore negli Stati membri, prevede che "fatte salve le legislazioni nazionali e dell'Unione che prevedono accordi collettivi tra le parti sociali, gli enti di gestione dei porti possono esigere che il prestatore di servizi portuali designato, nominato in conformità alla procedura di cui all'articolo 7, qualora tale prestatore sia differente dal prestatore storico di servizi portuali, conceda al personale impiegato dal prestatore storico di servizi portuali gli stessi diritti che tale personale avrebbe potuto rivendicare in caso di un trasferimento a norma della direttiva 2001/23/CE". La disposizione da ultimo segnalata presenta evidenti affinità con quanto registrato rispetto al settore dell'*handling* e apre interessanti prospettive sulla tutela della continuità dell'impiego.

Ciò a dire che, pur condividendo l'osservazione secondo cui la Direttiva 2001/23/CE rappresenta una sorta di *unicum* nel panorama degli interventi normativi a livello europeo a tutela della continuità dell'impiego - intesa come tutela della stabilità/identità dell'impiego⁽⁴³⁾ - sembra al contempo rimesso in discussione l'assunto secondo cui «il diritto alla continuità dell'occupazione per il singolo lavoratore sia delimitato dall'ambito di applicazione della Direttiva 2001/23/CE»⁽⁴⁴⁾. Ci sono altrimenti spiragli per ragionare sull'introduzione di previsioni *ad hoc* che tutelino il mantenimento dell'occupazione e che si ispirino a quanto già regolato dal legislatore nel caso di trasferimento d'azienda pur ponendosi al di fuori del suo ambito di applicazione. Se, e come, queste previsioni potranno essere interpretate come ostacolo alla concorrenza e al mercato dipenderà dal modello di sviluppo che le istituzioni europee decideranno di perseguire e, inevitabilmente, anche dagli orientamenti e dalla sensibilità dei giudici: *Trusting judges to deliver changes*⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ COM(2013) 296 final - 2013/0157 (COD).

⁽⁴³⁾ Sulla questione S. Carbone, M. Munari, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della Direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, *Diritto del commercio internazionale*, 2000, p. 112.

⁽⁴⁴⁾ G. Orlandini, cit., p. 164.

⁽⁴⁵⁾ Riprendendo S. Sciarra, *Trusting judges to deliver changes: Italy, the EU and Labour Law*, Jean Monnet Working paper, 2008, n.1.