

**Destutturazione dell'impresa e tutela dei lavoratori:  
strumenti di governance**

Contributi di: FRANCA BORGOGELLI, CLAUDIA FALERI, LARA LAZZERONI

SOMMARIO

- I. *Introduzione* di Franca Borgogelli.
- II. *Le clausole sociali di equo trattamento negli appalti pubblici* di Franca Borgogelli
- III. *Le clausole sociali di riassunzione nella successione di appalti quale strumento di governance per un mercato concorrenziale e socialmente responsabile* di Claudia Faleri
- IV. *Costo del lavoro e concorrenza nei trasporti transnazionali su strada: dai limiti della normativa sul distacco alla destrutturazione dell'impresa* di Lara Lazzeroni

**I. Introduzione**

*di Franca Borgogelli*

I processi di destrutturazione (e conseguente ricomposizione) delle imprese hanno assunto una nuova configurazione in conseguenza del fenomeno della c.d. globalizzazione, veicolato dalla interdipendenza economica degli stati-nazione, dalla rapida espansione del commercio su scala globale, dalla mobilità dei flussi finanziari, dall'ascesa delle imprese multinazionali. Tra i molteplici corollari del fenomeno, per il tema in oggetto rilevano in particolare: la rottura dei rapporti tra regolazione e localizzazione, ovvero la crescente asimmetria tra la sfera della regolamentazione imperniata sullo stato nazionale e la sfera della produzione sempre più indipendente dallo stato nazionale; la libertà del *law shopping*, ovvero l'utilizzazione delle norme di un ordinamento tramite la loro attrazione o acquisto per trarre un profitto economico dal divario tra la sostanza economica di una transazione e il suo regime giuridico. In particolare, ai fini del tema oggetto del Rapporto assume rilievo il fatto che il più facile configurarsi delle dinamiche competitive nell'integrazione dei mercati favorisce il *dumping* sociale, ovvero lo sfruttamento dei differenziali di costo del lavoro e di regime giuridico presenti su un determinato territorio, attuato tramite il c.d. *shopping* del diritto del lavoro<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La bibliografia è troppo vasta perché se ne possa dar qui conto. Per i rilievi svolti si rinvia (anche per i richiami bibliografici), a: F. Bano 2015; A. Perulli 2015. Da ultimo v. altresì, tra i molti, i saggi di C. Pinelli, A. Lo Faro, M. Pallini, G. Orlandini in M.L. Corazza, R. Romei (a cura di), 2014. Per le riflessioni in merito alle conseguenze per il diritto del lavoro, al di fuori della dimensione dell'Unione europea, dell'internalizzazione dei mercati, dei prodotti, dei servizi e della finanza, v. A. Andreoni e A. Perulli 2015 e i saggi pubblicati nel fascicolo n. 4 del 2015 della *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale (Il Tema: Lex mercatoria e diritto del lavoro)*.

In questo contesto si configura particolarmente complesso per il legislatore nazionale il compito di realizzare un bilanciamento tra gli interessi delle imprese, la garanzia della libertà di concorrenza, la tutela dei lavoratori. E' infatti difficile garantire una leale concorrenza tra le imprese e porre freno alle tecniche elusive volte a favorire la fuga dalle tutele e la riduzione dei costi nel momento in cui si assiste all'accrescersi del fenomeno della deterritorializzazione del diritto del lavoro, ovvero a un processo di destatalizzazione e decostruzione degli ordinamenti giuslavoristici che marginalizza il rilievo di alcuni principi del diritto nazionale, in particolare quello, fondativo della disciplina giuslavoristica, della tutela dei lavoratori quali soggetti deboli della relazione contrattuale. Gli interventi protettivi posti in essere dal legislatore nazionale sono ostacolati, mentre si rafforzano i modelli di comportamento opportunistici, volti allo sfruttamento di differenze normative tra gli ordinamenti statuali, in cui prende forma concreta il declino della territorialità del diritto<sup>2</sup>.

Di tale complesso fenomeno, che ha assunto una dimensione "mondiale", non è ovviamente possibile qui dire altro; restando nel contesto dell'Unione europea e nei limiti di questo Rapporto, focalizzato sul profilo della tutela dei diritti dei lavoratori nei processi di decentramento produttivo, si prenderanno in esame alcuni aspetti emblematici della difficoltà sia di individuare tecniche giuridiche adeguate, sia di operare degli strumenti giuridici, anche per il rapporto sovente conflittuale tra le normative giuslavoristiche nazionali (nella specie quelle italiane) e l'ordinamento dell'Unione europea, soprattutto nella sua più recente interpretazione da parte della Corte di Giustizia. Dalle decisioni della Corte emerge infatti una lettura delle relazioni tra i diritti fondamentali dell'Unione che rischia di depotenziare gli strumenti nazionali di difesa dei diritti dei lavoratori: si adottano criteri di bilanciamento e si applicano i test di proporzionalità con modalità che non paiono garantire adeguatamente non solo i diritti dei lavoratori, ma anche una concorrenza corretta e leale tra le imprese<sup>3</sup>. Gli aspetti su cui si concentra l'attenzione nel Rapporto, peraltro, consentono anche di individuare le possibili strade da percorrere per la ricerca di una soluzione del problema.

Per quanto riguarda l'ordinamento giuslavoristico italiano, si osserva come la regolazione degli istituti che governano i rapporti di lavoro nei processi di destrutturazione e ricomposizione delle imprese sia stata oggetto di significative modifiche negli ultimi anni: il legislatore è intervenuto più volte per adeguare al nuovo contesto economico la disciplina di tali istituti, rispondendo alle richieste di specializzazione e di adeguamento alle esigenze del mercato globalizzato, al fine di salvaguardare la tutela del soggetto debole del rapporto di lavoro senza sacrificare le necessità delle imprese sul piano della flessibilità organizzativa e produttiva.

Sono coinvolti in particolare gli istituti che regolano le ipotesi di utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro<sup>4</sup>. Ovvero, per quanto concerne l'utilizzazione, le fattispecie in cui un soggetto

---

<sup>2</sup> Cfr. F. Bano 2015; A. Perulli 2015.

<sup>3</sup> <<L'approccio della Corte è coerentemente e rigorosamente ispirato al modello *market access* in base al quale vanno sottoposte al test di proporzionalità tutte le norme nazionali limitative dell'esercizio di una libertà fondamentale. Ma se questo socchiude la porta alla risposta difensiva di uno Stato membro, nei confronti del proprio mercato del lavoro e del proprio ordinamento, d'altro canto va segnalato come il test di proporzionalità messo a punto dalla Corte di Giustizia finisca per mettere pesanti ipoteche alla nazionalità che si esprime mediante l'applicazione di atti normativi "difensivi", ancorché fondati su motivi di interesse generale. In altre parole, addurre motivi di interesse generale non è un espediente per riconsegnare allo Stato membro la (perduta) immunità, giacché lo scrutinio della Corte di Giustizia (...) è potenzialmente in grado (...) di superare tale argomentazione ed abbattere eventuali misure per contrastare la concorrenza, qualora i giudici europei ravvisino in esse degli "ostacoli" al mercato>>: così F. Bano 2015, p.597.

<sup>4</sup> Per l'analisi approfondita al riguardo si rinvia in particolare a M.T. Carinci 2013 e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici. Da ultimo v. altresì: M.T. Carinci (a cura di), 2015; M. Aimo, D.Izzi (a cura di), 2015.

dispone o beneficia dell'attività di lavoratori assunti non da lui, ma da un altro soggetto che ne è il datore di lavoro: somministrazione, appalto e subappalto, distacco. Per quanto concerne l'acquisizione indiretta del lavoro, le fattispecie in cui un soggetto diviene a pieno titolo il datore di lavoro di determinati soggetti non per averli assunti direttamente, ma in conseguenza del trasferimento del complesso organizzato in cui i lavoratori stessi sono inseriti: trasferimento d'azienda o di un suo ramo. Le innovazioni legislative in materia sono rilevanti: si è passati dal divieto di intermediazione alla regolazione della somministrazione di manodopera; le norme sugli appalti sono state modificate per favorire i processi di adeguamento delle imprese, in particolare sostituendo i vincoli di parità di trattamento con il regime della responsabilità solidale; il distacco è divenuto oggetto di una specifica normativa; la disciplina del trasferimento di azienda si è adattata alle direttive comunitarie, subendo peraltro una sorta di eterogenesi dei fini (le regole nate per tutelare i lavoratori sono diventate causa di possibili abusi in caso di applicazione al trasferimento di ramo d'azienda, potendo essere usate per mascherare licenziamenti collettivi o discriminatori).

In questa sede l'attenzione si concentra sulle norme finalizzate a tutelare i lavoratori nei processi *lato sensu* di decentramento produttivo (tutela sia economica e normativa sia occupazionale) per riflettere sulla loro valenza nel rapporto con la garanzia degli interessi dell'impresa e della libertà di concorrenza. Il che implica la loro analisi nel contesto dell'ordinamento nazionale, ma altresì nel rapporto con i vincoli posti dalla normativa dell'Unione europea. Al riguardo assume particolare rilievo, per le conseguenze sul diritto del lavoro nazionale, la disciplina europea del distacco transnazionale di manodopera<sup>5</sup>, nonché la sua interpretazione da parte di una serie di sentenze della Corte di Giustizia. Se il distacco transnazionale può assumere la veste di vettore di manodopera, mediante il quale si pone in essere il temporaneo spostamento di lavoratori, che consente di sfruttare il dislivello nel costo del lavoro tra gli Stati europei, i presidi della legge nazionale possono contrastare il rischio di *law shopping* che si annida in un uso competitivo del distacco. Ma la regolazione europea, così come interpretata dalla Corte, tende a indebolire tali presidi: dando del principio di libertà di prestazione dei servizi una lettura che finisce con il favorire il comportamento opportunistico di sfruttamento del divario dei costi di manodopera tra i paesi membri della UE, consentendo l'importazione di norme lavoristiche più vantaggiose per l'utilizzatore e ostacolando gli interventi protettivi del contraente debole del rapporto di lavoro predisposti dal legislatore nazionale. Una lettura che "depotenzia" la maggiore attenzione ai diritti sociali e alle esigenze di contrasto al *dumping* sociale che sembrerebbe potersi riscontrare nei più recenti Atti dell'Unione europea (in particolare la nuova direttiva sugli appalti pubblici e la nuova direttiva sui distacchi, emanate nel 2014<sup>6</sup>).

Così proprio la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che aveva svolto un ruolo fondamentale per il riconoscimento dei diritti sociali nell'ordinamento comunitario, si è venuta configurando come un ostacolo alla loro affermazione, con decisioni che sono state criticate dai

---

<sup>5</sup> Direttiva 1996/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi; direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 concernente l'applicazione della direttiva 1996/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

<sup>6</sup> Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; direttiva 2014/67/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 concernente l'applicazione della direttiva 1996/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi. Per il commento sotto questo profilo di tali nuove direttive si rinvia, per la prima, a A. Allamprese, G. Orlandini 2014, per la seconda a F. Bano 2015.

giuslavoristi perché si sono configurate come una affermazione della prevalenza dei “diritti del mercato” sui diritti sociali, sottoposti alla misurazione di proporzionalità letta in senso più favorevole al mercato.

Ci si riferisce all’interpretazione della direttiva sul distacco transnazionale offerta soprattutto, ma non solo<sup>7</sup>, dalle sentenze del c.d. quartetto Laval<sup>8</sup> e sostanzialmente confermata dalla giurisprudenza successiva della Corte. Tali decisioni, assumendo come base giuridica della disciplina non il principio di libera circolazione dei lavoratori, ma quello di libera circolazione dei servizi, hanno condotto a una lettura restrittiva delle norme dei Trattati – art. 9 e art. 56 TFUE - consentendo l’importazione di norme lavoristiche più favorevoli all’utilizzatore e finendo con l’incentivare i comportamenti di sfruttamento del divario dei costi di manodopera tra i paesi membri della Ue.

La lettura data dalla Corte al principio di libertà dei servizi, anche in conseguenza della possibilità della sua applicazione diretta orizzontale, conduce a mettere in discussione il principio, originariamente ritenuto fondamentale nella regolazione del mercato interno, dell’applicazione territoriale del diritto del lavoro del paese ospitante nei casi di distacco transnazionale della manodopera. La libertà di circolazione dei lavoratori non aveva mai creato problemi, neppure in ordine a una sua applicazione diretta nazionale, che è coerente con il principio cardine, accolto dai Trattati istitutivi, dell’applicazione territoriale del diritto del lavoro del paese ospitante. Lo scenario muta radicalmente allorché si inquadri il problema nella diversa prospettiva della libertà di prestazione dei servizi, che è il frutto di un profondo mutamento degli schemi qualificatori e interpretativi utilizzati dalla CGUE anzitutto nel tracciare la linea di confine tra libera circolazione dei lavoratori e libertà di prestazione dei servizi, implicante il distacco transnazionale di manodopera<sup>9</sup>.

Peraltro non ci si può chiudere in una visione unicamente negativa delle conseguenze che la globalizzazione comporta per la tutela del lavoro: questa potrebbe creare i presupposti per nuove forme di regolazione, stimolando gli Stati alla ricerca di soluzioni innovative. E’ indubbiamente necessario regolare i mercati correggendo i fenomeni di distorsione della concorrenza, perché questi non solo hanno gravi conseguenze sul piano della tutela di lavoratori, ma ostacolano l’allocazione ottimale delle risorse su scala globale. Il problema delle relazioni tra la liberalizzazione degli scambi, l’integrazione dei mercati e i diritti sociali deve configurarsi dunque anche come la ricerca delle condizioni per costruire tra di loro una relazione virtuosa.

In una dimensione globale ci si interroga<sup>10</sup> su come possa essere creato un ordine adeguato al nuovo contesto, determinando un raccordo tra il diritto commerciale internazionale e il diritto internazionale del lavoro, su come la *lex mercatoria* possa garantire il nucleo essenziale dei diritti sociali fondamentali. E si riflette sul ruolo che possono assumere le tutele veicolate da strumenti di condizionalità sociale (clausole sociali, impegni di cooperazione internazionale in materia di lavoro etc). La prospettiva generale dovrebbe essere quella di <<un collegamento internormativo lavoro-

---

<sup>7</sup> A partire dalla sentenza Corte di Giustizia CE, 27.3.1990, C-113/89, Rush Portuguesa: si rinvia per questa analisi a S. Giubboni 2015b.

<sup>8</sup> In particolare qui rilevano le decisioni della Corte di Giustizia CE: Laval del 18.12.2007 (C-341/05), Ruffert del 3.4.2008 (C-346/06), Commissione contro Lussemburgo del 19.6.2008 (C-319/06).

<sup>9</sup> Per questa lettura critica si rinvia a S. Giubboni 2015b.

<sup>10</sup> Si rinvia a A. Perulli 2015, p.732 ss.

commercio-sviluppo-investimenti-diritti umani, entro una più coerente ed equa rete di *governance* della globalizzazione>><sup>11</sup>.

In questa cornice problematica viene in particolare rilanciato il controverso e risalente tema dello strumento delle clausole sociali<sup>12</sup>, che possono assumere un nuovo ruolo: se prima si ponevano in una ottica di resistenza agli effetti negativi della liberalizzazione dei mercati, l'evoluzione consente di collocarle in una prospettiva nuova, come aspetto della relazione dinamica tra sfera della regolazione e sviluppo delle politiche nell'ottica dello "sviluppo sostenibile". Dunque se gli standard sociali penetrano nella sfera regolativa del mercato e del diritto della concorrenza <<quale strumento applicativo di un principio di equità negli scambi internazionali, idoneo a limitare i fenomeni distruttivi del *dumping* sociale>>, le clausole sociali si configurano come principale strumento di condizionalità sociale nella regolazione degli scambi: da inserire nei trattati del commercio internazionale per realizzare il collegamento internormativo tra standard sociali e commercio internazionale<sup>13</sup>.

È stato osservato altresì come le clausole sociali, difficilmente praticabili a livello multilaterale, abbiano interessanti opportunità di intervento nell'ambito macroregionale<sup>14</sup>: dunque dovrebbero averlo nell'ambito dell'Unione europea. E in effetti l'impiego della clausola sociale è riconosciuto nell'ordinamento della UE: nel perseguire obiettivi non commerciali il TFUE contempla per la prima volta nella storia dell'integrazione europea una previsione - l'art.9 - definita dagli interpreti quale clausola sociale orizzontale nell'ambito del rafforzamento degli orientamenti valoriali espressi dagli artt. 2 e 3 del Trattato TUE<sup>15</sup>. Peraltro si è rilevato come tali clausole sia più difficile che abbiano spazio all'interno, rispetto all'esterno<sup>16</sup>.

Le questioni sinteticamente evocate in questa breve introduzione costituiscono la cornice in cui si inseriscono le fattispecie analizzate nei tre contributi del Rapporto.

Nel contributo di Lara Lazzeroni si ricostruisce e si analizza il configurarsi problematico e insoddisfacente del rapporto tra tutela del lavoro e libertà di concorrenza in un settore particolare, ma emblematico, quale quello dei trasporti transnazionali su strada. Nei contributi di Franca Borgogelli e di Claudia Faleri si prende in esame l'istituto delle clausole sociali, considerate nei due ruoli che possono assumere nel governo del rapporto tra diritti dei lavoratori e mercato: la tutela delle condizioni di lavoro (le clausole c.d. di equo trattamento o di prima generazione, esaminate nel contesto della disciplina degli appalti pubblici); la garanzia dell'occupazione (le c.d. clausole di riassunzione o di seconda generazione).

---

<sup>11</sup> Cfr. A. Perulli 2015, p.732.

<sup>12</sup> Con la locuzione clausole sociali si designano peculiari norme aventi a oggetto diritti sociali internazionalmente riconosciuti che gli stati (nella loro attività di produzione e applicazione del diritto) e conseguentemente le imprese (che a quel diritto sono assoggettate) devono rispettare per poter fruire dei benefici indotti dalla liberalizzazione del commercio internazionale, evitando di incorrere in vere e proprie sanzioni; esse possono essere riguardate alla luce della teoria delle connessioni orizzontali tra diversi gruppi di regole: così A. Perulli 2015, p.736.

<sup>13</sup> Cfr. A. Perulli, *ibidem*.

<sup>14</sup> A. Perulli 2015, p. 686, ove richiama l'integrazione mercantile nord americana, i *Free trade agreements* bilaterali di nuova generazione, la collaborazione tra Ue e OIL per lo sviluppo di iniziative regionali in ambito sociale.

<sup>15</sup> L'art.9 TFUE recita: <<Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un adeguato livello di occupazione, la garanzia di una adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana>>

<sup>16</sup> Cfr. G. Orlandini 2013.

## II. Le clausole sociali di equo trattamento negli appalti pubblici

di Franca Borgogelli

SOMMARIO. 1. Premessa. 2. Il quadro normativo di riferimento. 2.1. Le norme di diritto europeo. 2.2. Le norme di diritto interno. 3. I problemi interpretativi alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali.

### 1. Premessa

Con la locuzione “clausole sociali di equo trattamento”, altrimenti dette “di prima generazione”, nell’ordinamento italiano ci si riferisce a disposizioni normative che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie. L’utilizzo di tali clausole è una risalente tecnica di regolazione utilizzata dallo Stato per orientare il mercato a fini socialmente rilevanti; è stata generalizzata e imposta come regola per tutte le pubbliche amministrazioni dall’art.36 della legge n.300/1970 (Statuto dei lavoratori) e ha poi avuto una specifica disciplina nelle norme di regolazione degli appalti pubblici emanate in attuazione della normativa dell’Unione europea<sup>17</sup>.

Si tratta di un limite alla libertà di mercato che condiziona le dinamiche di concorrenza tra le imprese; per questo motivo si sono posti problemi di compatibilità nel diritto interno (il vaglio di costituzionalità in relazione soprattutto, ma non solo, agli artt.39 e 41 della Costituzione) che si intrecciano con i problemi di compatibilità con i principi del diritto della UE che guidano il processo di integrazione del mercato unico. Nel rapporto (problematico) dell’ordinamento italiano con l’ordinamento dell’Unione europea con riguardo ai vincoli alla libertà fondamentale di libera circolazione dei servizi che da tali clausole discendono, assume rilievo la particolare configurazione giuridica della contrattazione collettiva in Italia, priva dell’efficacia generale a causa della mancata attuazione della seconda parte dell’art.39 Cost.

L’introduzione della clausola sociale negli appalti pubblici si configura di particolare interesse considerata la rilevanza economica che questi hanno assunto, anche a seguito dei sempre più diffusi processi di esternalizzazione dei servizi, e l’importante ruolo che il soggetto pubblico può svolgere da un lato per assicurare agli offerenti la possibilità di competere in condizioni di parità evitando le distorsioni nella concorrenza, dall’altro lato per garantire ai lavoratori coinvolti soddisfacenti condizioni di lavoro, evitando il *dumping* contrattuale. L’importanza rivestita dagli appalti pubblici ha portato il legislatore della UE a intervenire sul tema con specifiche direttive, che hanno poi trovato attuazione nell’ordinamento italiano. Ma il confronto tra la normativa europea - e soprattutto la sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia, attenta alle interrelazioni con le norme dettate a garanzia della libera circolazione dei servizi – e la regolazione italiana, che pure a quella normativa si rapporta, pone problemi di non poco conto e di rilevante interesse. Un interesse che nell’ordinamento italiano si proietta anche nel dibattito in corso sulle scelte di politica

---

<sup>17</sup> Per un quadro d’insieme si rinvia a G. Orlandini 2015a, da cui la sintesi di cui sopra, il quale tra l’altro ricorda come l’espressione sia già stata utilizzata da Carnelutti nel 1909; per l’evoluzione storica nell’ordinamento italiano v. E. Ghera 2001.

legislativa in ordine all'introduzione del salario minimo legale e alla formulazione di una disciplina dei contratti collettivi che ne garantisca l'efficacia generale<sup>18</sup>.

Il nodo problematico risiede nel rapporto tra due delle finalità sottese all'intervento regolativo degli appalti pubblici: la normativa europea, soprattutto nella sua lettura da parte della Corte di Lussemburgo, sembra attenta soprattutto a garantire e promuovere la concorrenza e il libero mercato, quella italiana a evitare il *dumping* contrattuale dando rilievo alle clausole sociali per garantire eque retribuzioni e occupazione<sup>19</sup> ai lavoratori. I principi enunciati dalla Corte di Giustizia mettono in discussione la legittimità delle norme di diritto interno che, come condizione di esecuzione dell'appalto, prescrivono di rispettare integralmente i contratti collettivi firmati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative.

## 2. Il quadro normativo di riferimento.

### 2.1 Le norme di diritto europeo.

Per quanto concerne la normativa dell'Unione, la prima direttiva in materia è la 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. Ai sensi di tale direttiva le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri: tali condizioni possono essere basate su istanze di tipo sociale (così all'art.26).

La direttiva 2004/18 è stata poi sostituita dalla direttiva 2014/24 che sembra aprire più spazi al possibile utilizzo di clausole sociali di contrasto al *dumping* contrattuale. Quel che rileva soprattutto<sup>20</sup> è la nuova norma contenuta all'art.18, par.2: si chiamano gli Stati ad adottare <<misure adeguate a garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'Allegato X>>: dunque anche gli obblighi stabiliti da contratti collettivi.

E' importante la presenza nella direttiva di questa norma, anche in considerazione dei numerosi richiami ad essa contenuti in altre disposizioni della direttiva che regolano la procedura per l'assegnazione degli appalti. Infatti, in caso di accertata non soddisfazione o mancato rispetto degli obblighi applicabili di cui all'art.18, par.2: si consente all'amministrazione di non aggiudicare un appalto all'offerente che presenta l'offerta economicamente più vantaggiosa (art.56, par. 1); di escludere un operatore economico dalla procedura di appalto (art.57, par.3, lett.a); di respingere l'offerta anormalmente bassa che si è accertato essere tale per il mancato rispetto degli obblighi in

---

<sup>18</sup> V. La disposizione della legge delega n.183/2014 (c.d. Jobs Act) di cui all'art.1, c.7, lett.g, non attuata, in ordine all'introduzione del salario minimo legale. V. altresì il disegno di regolazione della contrattazione collettiva, volto a garantirne l'efficacia generale, contenuto nella "Carta dei diritti universali del lavoro. Nuovo Statuto dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori", proposta di legge di iniziativa popolare elaborata dalla CGIL (gennaio 2016). Va segnalata anche la proposta di regolazione della rappresentanza e rappresentatività sindacali e della efficacia del contratto collettivo aziendale ("Testo Unico sulla rappresentanza") elaborato da un gruppo di giuristi del lavoro denominato Freccia Rossa. È significativo che in Germania, dopo la sentenza Ruffert, sia stata emanata una legge sul salario minimo.

<sup>19</sup> Sulle clausole sociali che garantiscono l'occupazione in caso di successione negli appalti si rinvia al contributo di Claudia Faleri.

<sup>20</sup> Si nota altresì che nel riprodurre nell'art.70 il contenuto dell'art.26 della direttiva 2004/18 si cancella il riferimento alla compatibilità con il diritto comunitario e si fa specifico riferimento anche alle condizioni legate all'occupazione.

oggetto (art. 69, par. 3). All'art.71 si disciplinano altresì le modalità per garantire il rispetto delle disposizioni di cui all'art.18, par. 2, in caso di subappalto.

Peraltro sono state messe in rilievo<sup>21</sup> anche le ambiguità della direttiva, frutto di una logica compromissoria tra contrastanti interessi: non è certa la piena legittimazione del potere degli Stati membri di regolare gli appalti pubblici imponendo il pieno rispetto dei contratti collettivi in vigore nel luogo di esecuzione dell'appalto, al fine di contrastare il *dumping* contrattuale, e dunque che sia stata superato l'orientamento interpretativo espresso dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza Ruffert. Con questa decisione<sup>22</sup> la Corte ha negato la possibilità di imporre alle imprese aggiudicatarie di un appalto il rispetto di contratti collettivi privi di efficacia generale, cioè non equiparabili nell'ordinamento nazionale a "norme imperative di legge": sarebbe in contrasto sia con la direttiva 1996/71 relativa al distacco transnazionale sia con l'art.56 del Trattato di funzionamento dell'UE (che tutela la libera prestazione di servizi e che della direttiva rappresenta la base giuridica). Né la direttiva (in specie l'art.3) né i principi generali che sovrintendono al funzionamento del mercato interno consentirebbero infatti di gravare le imprese stabilite in altri stati membri di oneri relativi al costo del lavoro che non siano strettamente giustificati dall'esigenza di assicurare una tutela minima ai lavoratori che da queste dipendono, ovvero superiori ai minimi retributivi che vincolano tutte le imprese nazionali del settore interessato.

Sono numerosi gli elementi che inducono a dubitare<sup>23</sup> della possibilità che la nuova direttiva del 2014 comporti un radicale superamento di tale interpretazione. Tra l'altro si è evidenziato come nei Considerando, ovvero nelle premesse della direttiva, più volte si sottolinei che essa va interpretata alla luce dei principi che regolano il mercato interno e nel rispetto della direttiva 1996/71, come interpretata dalla Corte di Giustizia. Il che si configura come un avallo dell'interpretazione restrittiva che della direttiva 1996/71, proprio con riguardo all'applicazione nel caso degli appalti, ha dato la Corte di Giustizia. La disciplina del distacco transnazionale contenuta nella direttiva 1996/71/CE, e ora anche nella direttiva 2014/67/UE concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, nonché le fonti che ne costituiscono la base giuridica (artt.56 e ss. TFUE), restano dunque la cornice normativa di riferimento; con essi, e soprattutto con la loro lettura da parte della Corte, deve confrontarsi la normativa italiana diretta a tutelare lavoratori e imprese dal *dumping* contrattuale.

Si nota altresì come nell'elenco delle <<disposizioni internazionali in materia di lavoro>> contenuto nell'allegato X, al cui doveroso rispetto rinvia l'art.18, par.2, della direttiva 2014/24/UE, manca la Convenzione OIL n.94/49 sulle clausole sociali negli appalti, che si riferisce ai contratti collettivi privi di efficacia generale. Dunque, in assenza di un espresso e chiaro riconoscimento da parte del legislatore europeo della possibilità di condizionare l'attribuzione di un appalto (anche) al rispetto di contratti collettivi che siano privi di efficacia generale nell'ordinamento interessato, restano le incertezze per quanto riguarda l'ordinamento italiano ove l'assenza di efficacia generale caratterizza la configurazione giudica del contratto collettivo a causa della mancata attuazione dell'art.39 Cost.

## 2.2. Le norme di diritto interno

---

<sup>21</sup> Cfr. A. Allamprese, G. Orlandini 2014.

<sup>22</sup> Sentenza della Corte di Giustizia CE (nella causa C-346/06) del 3 aprile 2008, Ruffert.

<sup>23</sup> Si rinvia alla puntuale analisi critica di A. Allamprese, G. Orlandini 2014.

L'art.36, l.n.300/1970 (Statuto dei lavoratori), impone di inserire nei provvedimenti di concessione dei benefici di legge agli imprenditori (agevolazioni o finanziamenti) e nei capitolati d'appalto <<la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare e fare applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti *condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di categoria e della zona*>>: comma 1 (corsivo di chi scrive). Le disposizioni si applicano <<anche quando si tratti di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero di appalti concessi da enti pubblici>> (comma 5); la Corte Costituzionale (sentenza interpretativa di accoglimento n. 25/1998) ha esteso alle concessioni di pubblico servizio l'obbligo per il concessionario di inserire tale <<clausola esplicita>>.

La clausola sociale viene declinata in termini più rigidi nell'art.118, c.6, del d.lgs.12.4.2006, n.163 (il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, emanato in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), il quale recita: <<L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il *trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni*; è altresì responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto>>. E' rilevante altresì il disposto del Regolamento di attuazione (d.p.r. 5.10.2010, n.207): all'art.4, c. 1, precisa che devono essere osservate <<le norme e prescrizioni dei contratti collettivi nazionali e di zona *stipulati tra le parti sociali firmatarie di contratti collettivi nazionali comparativamente più rappresentative...*>> (corsivi di chi scrive).

Sebbene il legislatore non indichi quale siano le conseguenze della violazione dell'obbligo di cui all'art.118, c.6, d.lgs. 163/2006, è evidente come esso condizioni l'interpretazione del disposto, strettamente correlato, di cui all'art.86, c.3bis: <<nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture. Ai fini del presente comma il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, *sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi*, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione>> (corsivo di chi scrive).

Si concentrerà l'analisi su questa più specifica normativa relativa agli appalti pubblici<sup>24</sup> - mentre l'art.36 dello Statuto resta in vigore per il più ampio ambito di applicazione - che si appresta a essere modificata dalle norme delegate dalla legge 28 gennaio 2016 n.11, che ha per oggetto sia l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE sia il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici e deve quindi riscrivere il Codice dei contratti pubblici del 2006. In attesa dell'attuazione della delega (il termine indicato dalla legge è il 18 aprile 2016), sono

---

<sup>24</sup> Su questo tema, per analisi critiche puntuali della disciplina degli appalti pubblici con riferimento specifico alle clausole sociali si rinvia da ultimo ai saggi di: S. Costantini 2014; S. Varva 2014; M. Forlivesi 2015.

da considerare, con riguardo alle clausole sociali di prima generazione<sup>25</sup>, le disposizioni di cui alle lettere fff) e ggg) dell'art.1, legge n.11/2016. Alla lettera fff) si richiede <<una disciplina specifica>> per gli appalti pubblici di servizi, diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera<sup>26</sup>, che preveda l'introduzione di "clausole sociali" volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato <<prendendo a riferimento, per ciascun contratto merceologico o di attività, *il contratto collettivo nazionale di lavoro che presenta le migliori condizioni per i lavoratori* ed escludendo espressamente il ricorso al solo criterio di aggiudicazione del prezzo o del costo, inteso come criterio del prezzo più basso o del massimo ribasso d'asta>. Alla lettera ggg) si prescrive la <<previsione di una disciplina specifica per gli appalti pubblici di lavori e servizi che introduca clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato e stabilisca che *i contratti collettivi nazionale e territoriale* in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni devono intendersi *quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale* e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto e svolta dall'impresa, anche in maniera prevalente>>. (corsivi di chi scrive).

Le perplessità sul piano interpretativo sollevate da tali formulazioni potranno essere superate da decreto legislativo delegato, che al momento in cui si scrive non ha ancora terminato l'iter per la sua emanazione: il 3 marzo 2016 il testo del nuovo "Codice dei contratti pubblici" è stato approvato dal Consiglio dei Ministri, ma si attendono ancora i pareri del Consiglio di Stato, della Conferenza unificata e delle Commissioni parlamentari competenti. Ci si limita dunque a segnalare alcune disposizioni che rilevano per il tema in oggetto, rinviando un esame più attento, e comparato rispetto alla disciplina previgente, a quando il testo del decreto delegato diverrà definitivo.

All'art. 30, comma 1, del testo approvato dal Consiglio dei Ministri si legge che <<L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice (...) si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico>>. Al comma 3: << Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai *contratti collettivi* o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X>>. Al comma 4. <<Al personale impiegato nei lavori oggetto di appalti pubblici e concessioni è *applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale* in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente>>. (corsivi di chi scrive). Ancora, al comma 2 dell'art.94 si legge che

---

<sup>25</sup> Per i riferimenti contenuti nella l. n. 11/2016 alle clausole sociali di riassunzione, c.d. di seconda generazione, si rinvia al contributo di Claudia Faleri.

<sup>26</sup> Definiti come quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto.

<<La stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa, se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3>>.

Resta comunque irrisolto il problema del rapporto con le disposizioni europee e con la loro interpretazione giurisprudenziale; problema che riguarda anche la recezione della direttiva 1996/71 – attuata con il d.lgs.72/2000 – che interagisce con la disciplina degli appalti e pone seri problemi di raccordo con l'ordinamento dell'Unione. Il legislatore italiano, infatti, si è preoccupato soprattutto di difendere il mercato nazionale dalla concorrenza delle imprese straniere che possono giovare di un minore costo del lavoro: all'art. 3 c. 1, d.lgs. 72/2000 dispone che <<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>>. Ancora una volta, si tratta di una norma di dubbia compatibilità con le prescrizioni del legislatore europeo e con la loro interpretazione da parte della Corte di Giustizia<sup>27</sup>.

### *2.3. I problemi interpretativi alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*

I problemi interpretativi sollevati dalle norme dianzi richiamate sono numerosi; ci si soffermerà su quelli che più direttamente coinvolgono la relazione tra la libertà di concorrenza e i vincoli a tutela dei diritti dei lavoratori, sia sul piano del diritto interno sia sul piano dei rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione. Poiché peraltro la complessità delle questioni richiederebbe un approfondimento per il quale non c'è spazio nel Rapporto, si concentrerà l'attenzione sulle prospettive aperte da alcune recenti decisioni giurisprudenziali.

Per quanto concerne il diritto interno, i problemi sorgono soprattutto con riguardo al rapporto con i principi costituzionali della formula contenuta nel Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e procedure, di cui all'art.118, c.6, d.lgs. 163/2006 (come precisata nel suo Regolamento di attuazione, art. 4, c.1, d.p.r. 207/2010), la quale mira a dare massima effettività alla clausola sociale precludendo alle imprese aggiudicatrici la possibilità di applicare un contratto collettivo diverso da quello firmato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative. Si tratta di un vincolo finalizzato a limitare la concorrenza basata sul costo e sulle condizioni del lavoro, della cui legittimità costituzionale nei confronti dell'art.39 Cost. si può dubitare. Dubbi che non si sono posti nei confronti dell'art.36 dello Statuto dei lavoratori, perché la sua formulazione consente di ritenere il vincolo del rispetto del contratto collettivo posto dalla clausola come un onere e un semplice parametro per identificare il livello minimo di tutela (v. Corte Cost. 266/1998).

Le stesse argomentazioni sono più difficili da utilizzare per giustificare la legittimità dell'art. 118, c.6, del Codice dei contratti pubblici alla luce dell'art. 39 Cost., perché tale disposizione pone direttamente in capo al datore di lavoro l'obbligo di rispettare <<integralmente>> un determinato contratto collettivo, in assenza di attuazione del disposto del quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, prospettandosi altresì una violazione della libertà sindacale garantita dal suo primo comma, nonché dell'art.41 Cost.

---

<sup>27</sup> Per una puntuale analisi al riguardo, e per una possibile interpretazione adeguatrice alle norme europee, si rinvia a G. Orlandini 2014a.

Peraltro una recente sentenza della Corte Costituzionale (n. 51 del 2015), avente a oggetto una disposizione di legge contenente una analoga prescrizione, seppure riferita a una fattispecie diversa<sup>28</sup>, offre una lettura dell'art.36 della Costituzione che potrebbe consentire di affermare la legittimità costituzionale anche della regola contenuta nel codice degli appalti.

La Corte infatti afferma la costituzionalità della norma (art. 7, c.4, d.l. n.248/2007) che impone alle società cooperative di applicare ai soci lavoratori, in presenza di più contratti collettivi, i livelli retributivi fissati dai contratti collettivi nazionali di lavoro firmati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative. L'argomentazione del giudice *a quo* era che «la disposizione attribuisce in effetti efficacia *erga omnes* a contratti collettivi di tipo “normativo”», e che «l'attribuzione di tale efficacia obbligatoria *erga omnes* al di fuori delle condizioni previste dall'art. 39 della Costituzione prescinde totalmente da qualsiasi valutazione in ordine al rispetto o meno, da parte del diverso Ccnl applicato, dei precetti *ex art. 36 Cost.*».

La Corte costituzionale ha nettamente rigettato la prospettiva in cui si è posto il giudice *a quo*. Osserva infatti che la norma dell'art. 7, c.4, d.l. n.248/2007 «lungi dall'assegnare ai predetti contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, efficacia *erga omnes*, in contrasto con quanto statuito dall'art. 39 Cost., mediante un recepimento normativo degli stessi, richiama i predetti contratti, e più precisamente i trattamenti economici complessivi minimi ivi previsti, quale parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost.(...). Nell'effettuare un rinvio alla fonte collettiva che, meglio di altre, recepisce l'andamento delle dinamiche retributive nei settori in cui operano le società cooperative, l'articolo censurato si propone di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative (fra le tante, la sentenza (...) della Corte di Cassazione n. 17583 del 2014)».

La posizione della Corte è netta<sup>29</sup>: il giudice *a quo* ha fondato il suo ragionamento su «un erroneo presupposto interpretativo», perché la norma censurata non è una norma volta all'estensione *erga omnes* di un contratto collettivo – quello stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative – a detrimento di altri, ma è una norma volta alla determinazione legislativa – attraverso un provvedimento legislativo di rinvio al contratto collettivo conforme all'orientamento della giurisprudenza di legittimità – della retribuzione proporzionata e sufficiente *ex art. 36 Cost.* Pertanto, poiché nulla impedirebbe – dal punto di vista della Costituzione

---

<sup>28</sup> La Corte era chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 7, c.4, d.l. n.248/2007 (convertito, con modifiche, in l. 31/2008), ai sensi del quale «fino alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperative, in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, le società cooperative che svolgono attività ricomprese nell'ambito di applicazione di quei contratti di categoria applicano ai propri soci lavoratori, ai sensi dell'articolo 3, c. 1, della legge 3 aprile 2001, n. 142, i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria». Nella legge 142/2001, l'art. 3, comma 1, dispone che «le società cooperative sono tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine». In seguito alle modifiche all'assetto normativo introdotte dall'art.9 l.n.30/2003 e al dilagare del conflitto tra le maggiori centrali cooperative (Legacoop, Confcooperative, Agci), da un lato, e l'Unci dall'altra, le prime stipulanti contratti collettivi con le tre maggiori organizzazioni sindacali e l'altra invece con altre confederazioni, il legislatore è nuovamente intervenuto per risolvere i problemi ermeneutici che la situazione richiamata poneva con la disposizione oggetto del giudizio di costituzionalità.

<sup>29</sup> Per il commento alla sentenza si rinvia a M. Barbieri 2015.

– che il legislatore fissasse un salario minimo legale rispondente al dettato dell’art. 36 Cost., non vi è ragione per la quale questa fissazione non possa avvenire – in conformità appunto alla consolidata giurisprudenza – attraverso il «parametro esterno» del trattamento economico complessivo previsto dai contratti collettivi. Il ragionamento della Corte porta quindi alla conclusione che, essendo l’art. 36 Cost. una norma rigida, legittimamente il legislatore ha escluso che possano esistere per lo stesso ambito di applicazione due differenti trattamenti economici entrambi conformi ai principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione, a meno che quello contenuto nel contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni comparativamente meno rappresentative sia superiore (il che però nella pratica non si verifica)<sup>30</sup>.

La Corte costituzionale con questa decisione dà dunque piena legittimità all’obiettivo di contrastare forme di concorrenza basate sul *dumping* contrattuale: e se il rispetto del parametro retributivo fissato dai contratti collettivi comparativamente più rappresentativi, nei casi di presenza di contratti collettivi stipulati da soggetti che non hanno tale qualifica (e quasi sempre attribuiti di condizioni normative e retributive inferiori), può essere legittimamente imposto a tutte le aziende che operano in un determinato settore economico quale quello delle cooperative, si può ritenere che ciò possa valere anche per le aziende che operano nel settore degli appalti<sup>31</sup>.

Si può riscontrare una (indiretta) conferma di tale lettura in una recente decisione del Consiglio di Stato, la n.4699 del 14 ottobre 2015: importante, perché le sue precisazioni in merito alla portata e al significato della precedente giurisprudenza amministrativa consentono di impedire che la libertà di scelta circa il contratto collettivo applicabile renda possibile tra i partecipanti a una gara pubblica una competizione basata sul più basso costo del lavoro. Ed è significativo che in tale decisione si richiamino anche le affermazioni della Corte Costituzionale contenute nella sentenza n. 51 del 2015.

La giustizia amministrativa è di frequente intervenuta nel merito della legittimità delle clausole sociali di equo trattamento, chiamata a valutare se debba essere censurato nelle gare di appalto pubblico l’affidamento ad aziende che applicano un contratto collettivo non firmato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative. In particolare se i valori del costo del lavoro fissati dalle tabelle ministeriali sulla base dei contratti firmati da tali sindacati, come prescritto dall’art.86, c.3 bis, del d. lgs 163/2006, costituiscano o meno parametri inderogabili e se debba automaticamente considerarsi anomala un’offerta che da queste si discosti; oppure se l’Amministrazione sia piuttosto tenuta a considerarli come indici di adeguatezza dell’offerta, mantenendo margini di discrezionalità. La giurisprudenza amministrativa si è sin qui orientata a riconoscere la legittimità delle clausole sociali in oggetto, ma offrendo una lettura flessibile dei vincoli posti dal Codice dei contratti in materia di costo del lavoro: ha ritenuto non dirimente per l’affidamento di appalti pubblici l’applicazione del contratto collettivo siglato da organizzazioni sindacali più rappresentative, considerando la libertà di scelta del contratto collettivo derivante dall’art.39,1° comma, e dall’art.41 Cost, che impedirebbe alla stazione appaltante di imporre il rispetto di un determinato contratto collettivo, posto che a nessun contratto collettivo nel nostro ordinamento è riconosciuta efficacia *erga omnes*.

Ma proprio in riforma di una sentenza di questo tipo del Tribunale amministrativo della Lombardia è intervenuto il Consiglio di Stato con la citata decisione n. 4699/2015, che appare chiaramente orientata a evitare pratiche di *dumping* contrattuale, offrendo importanti argomenti a

---

<sup>30</sup> Così M. Barbieri *ibidem*.

<sup>31</sup> G. Orlandini 2015b, p.2.

sostegno di tale posizione. Il supremo Collegio afferma che non è legittimo che una Amministrazione appaltante non consideri indizio di anomalia di una offerta un significativo scostamento dei valori stabiliti dalle tabelle ministeriali; e che concluda nel senso della congruità di una offerta che operi un rilevante ribasso senza adeguata motivazione e sulla base della semplice constatazione del rispetto da parte dell'azienda vincitrice di un contratto collettivo valido ed efficace, ma non firmato dalle organizzazioni sindacali più rappresentative. Afferma il Consiglio di Stato che il giudizio sull'anomalia, benché discrezionale, deve essere puntualmente motivato e particolarmente rigoroso proprio quando nel settore interessato convivono più contratti collettivi, alcuni dei quali non firmati da organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative.

E' importante anche l'affermazione che la legittimità dello scostamento può desumersi da diversi fattori riguardanti le singole imprese (natura, caratteristiche, eventuali agevolazioni o sgravi ottenibili), ma non dall'utilizzo di contratti collettivi non stipulati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative: fattore <<del tutto estraneo alle valutazioni riguardanti le specifiche caratteristiche dell'attività delle imprese>>.

Queste affermazioni dei Giudici nazionali, che conducono a legittimare le clausole sociali di equo trattamento, rischiano peraltro di risultare in contrasto con i principi di diritto dell'Unione europea enunciati dalla Corte di Giustizia. Entrano in gioco in particolare le norme sia del Trattato (art.56 TFUE) sia della direttiva 1996/71, come interpretate dalla Corte del Lussemburgo, che interagiscono con la disciplina degli appalti pubblici.

I giudici europei si sono occupati delle retribuzioni applicabili da parte delle imprese aggiudicatarie di appalti pubblici per la prima volta nella (più volte già richiamata) sentenza Ruffert del 2008 (causa C-346/06), che è diventata il punto di riferimento di questo contrasto o comunque difficoltà di coordinamento.

La sentenza Ruffert - non a caso parte di quel c.d. quartetto Laval di controverse decisioni sul rapporto tra i diritti del mercato e i diritti sociali - è particolarmente significativa perché la Corte era chiamata ad esprimersi in merito a una legge del Land della Bassa Sassonia che condizionava l'aggiudicazione dell'appalto pubblico al rispetto di standard retributivi prescritti da un contratto collettivo territoriale privo di efficacia generale (come quelli dell'ordinamento Italiano). La Corte, come si è già detto (v. *retro* § 2.1), ritiene tale vincolo in contrasto sia con la direttiva 1996/71 relativa al distacco transnazionale sia con l'art.56 del Trattato sul funzionamento della UE che tutela la libera prestazione di servizi e che della direttiva rappresenta la base giuridica. Con riguardo alla direttiva, perché questa non considera la clausola sociale come meccanismo di estensione del contratto collettivo alle imprese straniere erogatrici di servizi sul territorio di un altro stato membro, né consente di applicare ai lavoratori da queste distaccati standard di tutela superiori a quelli minimi che essa identifica all'art.3, par.1<sup>32</sup>. Con riguardo all'art.56 TFUE, ai sensi del quale <<le restrizioni

---

<sup>32</sup> Ai sensi dell'art. 3, par. 1, gli stati membri provvedono affinché le imprese stabilite in uno stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distacchino lavoratori nel territorio di uno stato membro (art.1, par.1), garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione in una serie di materie indicate - tra cui (lett. c) le tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per il lavoro straordinario - che nello stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro siano fissate da: disposizioni legislative, regolamentari o amministrative e da contratti collettivi (o arbitrati) dichiarati di applicazione generale a norma del paragrafo 8. Nel par.8 dell'art.3, precisato che per contratti collettivi nazionali dichiarati di applicazione generale si intendono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale, si elencano alcune ipotesi in cui gli stati possono avvalersi dei contratti collettivi pur non avendo un sistema di dichiarazione di applicazione generale degli stessi, ma ad esse non possono ricondursi le clausole sociali in oggetto.

alla libera prestazione di servizi sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione>>, perché non può giustificarsi per ragioni imperative di interesse pubblico la compressione della libertà di prestazione di servizi dell'impresa appaltatrice se derivante dall'applicazione di un contratto collettivo che vincola solo una parte delle imprese di un settore economico, in quel caso quelle aggiudicatrici di un appalto pubblico.

Tale orientamento interpretativo risulta sostanzialmente non smentito dalla giurisprudenza successiva<sup>33</sup>; ha peraltro suscitato attenzione, e valutazioni positive, una recente sentenza della Corte di Giustizia dalla quale sembrerebbe potersi dedurre un atteggiamento diverso, ovvero più favorevole alla "salvezza" delle norme nazionali nel confronto con quelle dell'Unione. Peraltro, a differenza di quello che è sembrato potersi dire con riguardo alla recente giurisprudenza interna, in questo caso a ben vedere non sembra che da tale decisione possa dedursi una prospettiva positiva per quanto riguarda la legittimazione delle norme dell'ordinamento italiano.

Ci si riferisce alla sentenza RegioPost del 17 novembre 2015 (Causa C-115/14) nella quale si interpreta per la prima volta, in base ai principi dell'art.56 TFUE e della direttiva 1996/71, la norma della direttiva del 2004 in materia di appalti pubblici che consente di condizionare l'esecuzione di un appalto <<a particolari condizioni sociali e ambientali>> (art.26 della direttiva 2004/18 il cui contenuto è sostanzialmente riprodotto nell'art.70 della nuova direttiva appalti 2014/24).

La Corte è chiamata nuovamente a valutare la compatibilità con il diritto UE, e in particolare con le regole del mercato interno sulle quali si fonda la normativa europea in materia di appalti, di una legge di un Land tedesco (Renania Palatinato) che però, a differenza di quella oggetto del caso Ruffert, non rinvia ai contratti collettivi, ma fissa direttamente la retribuzione minima da applicare ai lavoratori impiegati in qualsiasi appalto pubblico bandito dalle amministrazioni locali<sup>34</sup>. Questo è il motivo alla base del diverso esito del giudizio della Corte: fa salva la normativa tedesca perché da un lato l'obbligo di rispettare determinati standard retributivi è stabilito da una fonte di generale applicazione (la legge e non un contratto collettivo di diritto comune), in quanto tale capace di vincolare tutte le imprese sia nazionali sia straniere, dall'altro lato perché detto obbligo è limitato al

---

<sup>33</sup> Significativa, con riguardo a una normativa volta a evitare sia il *dumping* sociale sia la penalizzazione delle imprese concorrenti che concedono una congrua retribuzione ai propri dipendenti, ma in tal caso di fonte legislativa (una legge del Land Renania settentrionale-Vestfalia per la quale taluni appalti di pubblici servizi possono essere aggiudicati solo a imprese che, al momento della presentazione dell'offerta, si siano impegnate a versare al loro personale una retribuzione oraria minima) e in una fattispecie peculiare: Corte di Giustizia, 18 settembre 2014, causa C-549/13, Bundesdruckerei, commentata da Guadagno 2015. La Corte afferma che, in una situazione nella quale un offerente intende eseguire un appalto pubblico avvalendosi esclusivamente di lavoratori impiegati da un subappaltatore stabilito in uno Stato membro diverso da quello a cui appartiene l'amministrazione aggiudicatrice, l'articolo 56 TfUE osta all'applicazione di una normativa dello Stato membro a cui appartiene tale amministrazione aggiudicatrice che obblighi detto subappaltatore a versare ai lavoratori in parola un salario minimo fissato da tale normativa. Sull'interpretazione della direttiva 1996/71 con riguardo al tema del salario minimo v. altresì Giubboni 2015a, nel commento a Corte di Giustizia 12 febbraio 2015, causa C-396/13.

<sup>34</sup> L'appalto pubblico verteva sulla conclusione di un contratto quadro per la raccolta, il trasporto e la distruzione di lettere e pacchi; poiché il suo valore superava largamente l'importo di 200.000 euro è stato bandito a livello europeo. La legge del Land Renania-Palatinato, al fine di combattere le distorsioni della concorrenza che possono verificarsi nell'attribuzione degli appalti pubblici per effetto dell'utilizzo della manodopera a buon mercato e di alleviare gli oneri che ne risultano per i sistemi di protezione sociale, dispone che gli appalti pubblici possono essere aggiudicati solo ad imprese (e ai loro subappaltatori) che, al momento del deposito dell'offerta, si impegnino a versare al personale assegnato all'esecuzione delle prestazioni un salario orario minimo.

rispetto dei minimi retributivi, posto che all'epoca dei fatti nessuna norma <<imponesse per il settore dei servizi un salario minimo di livello inferiore>>.

La Corte dichiara dunque che la direttiva 2004/18 non osta ad una normativa che impone agli offerenti e ai loro subappaltatori di impegnarsi, mediante una dichiarazione scritta da allegarsi all'offerta, a versare un salario minimo prefissato al personale assegnato all'esecuzione delle prestazioni: l'obbligo in oggetto costituisce una condizione particolare ammessa, in linea di principio, dalla direttiva, perché riguarda l'esecuzione dell'appalto ed è basata su considerazioni di tipo sociale. Aggiunge inoltre che l'obbligo, che nella fattispecie è trasparente e non discriminatorio, è compatibile con la direttiva 1996/71: il salario minimo nella fattispecie in oggetto è parte del livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati dalle imprese stabilite in altri stati membri per l'esecuzione dell'appalto pubblico. Pur rilevando che il salario minimo si applica solo agli appalti pubblici e non anche ai privati, la Corte constata che tale limitazione deriva in realtà dal solo fatto che ci sono norme europee specifiche per tale settore (la direttiva 2004/18). Tale circostanza non impedisce che, se e in quanto idoneo a restringere la libera prestazione di servizi, il salario minimo in questione possa, in linea di principio, essere giustificato dall'obiettivo della protezione dei lavoratori, dovendosi distinguere la situazione da quella oggetto del caso Ruffert.

La sentenza Regiopost è stata valutata positivamente perché legittima una misura nazionale volta a contrastare il *dumping* sociale; ma non si può affermare che implichi una legittimazione anche delle norme controverse dell'ordinamento italiano<sup>35</sup>. Sia perché questo non ha, a differenza della Germania, una legge che stabilisca minimi salariali; sia perché la normativa in materia di appalti pubblici impone di rispettare integralmente quanto prescritto da contratti collettivi privi di efficacia generale. Questo per la Corte di Giustizia è un onere economico che non rispetta il test di proporzionalità: solo quella parte del contratto collettivo di fatto considerato vincolante per tutte le imprese di un settore, ovvero i minimi tabellari e poco altro, può legittimamente essere imposta alle imprese aggiudicatarie straniere.

Dunque le disposizioni legislative italiane, che impongono negli appalti pubblici gli standard retributivi fissati dai contratti collettivi firmati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, paiono conformi al diritto interno (da ultimo alla luce dell'interpretazione offerta dalle decisioni della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato dianzi citate), ma non sarebbero invece conformi al diritto dell'Unione europea.

Peraltro è stata rilevata una contraddizione: la lettura che emerge dalla giurisprudenza della CGE non si concilia facilmente con il principio di parità di trattamento che lo stesso diritto della UE impone nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Infatti, se la clausola sociale secondo la Corte dovrebbe essere disapplicata nei confronti delle (sole) imprese straniere stabilite in uno stato diverso da quello della stazione appaltante, perché i vincoli da essa posti non possono valere per tali imprese, questo si porrebbe in contrasto con il principio di parità di trattamento che lo stesso diritto della UE impone di rispettare nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

E' comunque evidente che il quadro normativo è poco chiaro e che il futuro della clausola sociale di equo trattamento, quale strumento di bilanciamento tra l'esigenza di protezione sociale e la libertà di concorrenza, appare incerto. Se si considerano le sentenze della CGUE – Ruffert (2008) e Regiopost (2015) – l'interpretazione del diritto UE, e dunque il vincolo per la disciplina nazionale, non muta: le condizioni di legittimità della clausola sociale sono la salvaguardia della

---

<sup>35</sup> V. le considerazioni di G. Orlandini 2015b.

libertà di concorrenza assicurata dal fatto che lo standard retributivo imposto sia eguale per tutte le imprese, ovvero sia stabilito con fonte di generale applicazione. E' per questa via che si conciliano i dettami delle due direttive 1996/71 e 2014/24 e si ritiene accettabile il livello di bilanciamento tra tutela delle imprese e tutela dei lavoratori.

Pertanto per l'ordinamento italiano sembrano prospettarsi solo due strade: o l'estensione dell'efficacia dei contratti collettivi attuando l'art. 39 Cost., così garantendo un livello più alto di tutela; oppure (obiettivo più ridotto se si considerano gli interessi dei lavoratori) la promulgazione di una legge sul salario minimo legale. La prima strada garantirebbe migliori condizioni per i lavoratori, ma sono incerti i suoi effetti con riguardo alla sostenibilità per le imprese. Ci si può chiedere se la conseguenza potrebbe essere una fuga all'estero delle imprese o piuttosto un miglioramento della loro qualità; una risposta può venire dall'esperienza della Spagna, il cui ordinamento attribuisce efficacia generale ai contratti collettivi. Potrà dircelo il *discussant* di questo Rapporto, il Professor Antonio Baylos, giuslavorista spagnolo.

La questione peraltro va ben al di là dell'incerta sorte delle clausole sociali negli appalti pubblici, e anche delle scelte che farà il legislatore italiano in materia di salari minimi ed efficacia dei contratti collettivi. Si tratta di capire se il diritto del lavoro nella dimensione sovranazionale sarà capace di interpretare il ruolo, a fianco del diritto ambientale, di pilastro della sostenibilità; e se l'Unione Europea sarà capace di contribuire per la sua parte, garantendo il rispetto e l'effettività dei diritti sociali, condizione essenziale per un equilibrato sviluppo economico.

### **Riferimenti bibliografici**

- Allamprese A., Orlandini G. (2014), *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*, in *Riv. giur. lav.*, I, p.169 ss.
- Andreoni A., Perulli A. (2015), *Imprese transnazionali e trattati di libero scambio: il difficile cammino del diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, p. 683 ss.
- Bano F. (2015), *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in *Lavoro e diritto*, p.583 ss.
- Barbieri M. (2015), *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, nota a Corte Costituzionale, 26 marzo 2015, n.51, in *Riv. giur. lav.*, II, p.493 ss.
- Carinci M.T. (2013), *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro. Somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo: diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione*, Torino, Giappichelli.
- Carinci M.T., a cura di (2015), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa*, Milano, Giuffrè.
- Carnelutti F. (1909), *Sul contratto relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. dir. com.*, I, 416 ss.
- Costantini S. (2014), *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona.IT n. 196/2014.
- Forlivesi M. (2015), *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona.IT n. 275/2015.

- Ghera E. (2001), *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. rel. ind.*, p.134 ss.
- Giubboni S. (2015<sup>o</sup>), *Salario minimo e distacco transnazionale*, nota a Corte di Giustizia, 12 febbraio 2015, C-396/13, sez. I, in *Riv. giur. lav.*, II, p.221 ss.
- Giubboni S. (2015b), *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, I, p.8111 ss.
- Guadagno S. (2015), *(Sub)appalto transnazionale e ambito di applicazione delle norme sul salario minimo*, nota a Corte di Giustizia, 18 settembre 2014, C-549/13, sez. IX, in *Riv. giur. lav.*, II, p.33 ss.
- Lo Faro A. (2014), *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, in M.L. Corazza, R. Romei (a cura di), in *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, il Mulino.
- Orlandini G. (2013), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, F.Angeli.
- Orlandini G. (2014a), *Il distacco transnazionale*, in Aimo M.P., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, Utet, p.637 ss.
- Orlandini G. (2014b), *La legge applicabile ai rapporti di lavoro tra ordine pubblico economico e deregolamentazione del mercato del lavoro nazionale*, in M.L. Corazza, R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, il Mulino.
- Orlandini G. (2015a), *Clausole sociali (dir.lav. interno)* in [http://www.treccani.it/enciclopedia/clausole-sociali-dir-lav-interno\\_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/clausole-sociali-dir-lav-interno_(Diritto-on-line)/)
- Orlandini G. (2015b), *Appalti, stop al dumping (Corte di Giustizia permettendo)* in *Diritti&Lavoro Flash*, n.9.
- Pallini M. (2014), *Le prestazioni transnazionali di lavoro tra criticità ed opportunità*, in M.L. Corazza, R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, il Mulino.
- Perulli A. (2015), *Commercio globale e diritti sociali. Novità e prospettive*, in *Riv. giur. lav.*, I, p. 729 ss.
- Pinelli C. (2014), *I diritti sociali nello spazio europeo (sistemi di valori a confronto)*, in M.L. Corazza, R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, il Mulino.
- Varva S. (2014), *Il lavoro negli appalti pubblici*, in Aimo M.P., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, Utet, p.193 ss.

### **III. Le clausole sociali di riassunzione nella successione di appalti quale strumento di governance per un mercato concorrenziale e socialmente responsabile**

di Claudia Faleri

SOMMARIO. 1. *Destutturazione dell'impresa e diffusione dei contratti di appalto: il quadro di riferimento.* 2. *Le clausole sociali c.d. di riassunzione quale strumento di governance delle dinamiche concorrenziali nelle ipotesi di successione di appalti privati.* 3. *Clausole di riassunzione, libertà di impresa e tutela della concorrenza: evoluzione e tendenze in atto.* 3.1. *I vincoli costituzionali.* 3.2. *I vincoli europei posti dal principio di libera concorrenza.* 4. *Verso una diversa coniugazione tra crescita economica e inclusione sociale.*

#### *1. Destutturazione dell'impresa e diffusione dei contratti di appalto: il quadro di riferimento*

Nell'ambito dei processi di esternalizzazione e di razionalizzazione produttiva che interessano sempre più spesso le imprese, si pongono forti problemi di bilanciamento tra i diversi e contrapposti interessi coinvolti: da un lato, le richieste di flessibilità e di contenimento dei costi dei datori di lavoro, dall'altro lato, le esigenze di tutela dei diritti dei lavoratori che rischiano di rimanere disattese da un mercato sempre più liberalizzato e connotato da una forte concorrenza internazionale, oltre che dalla competizione tra ordinamenti, leva prediletta del *dumping sociale*.

In questo scenario si intende assumere come angolo privilegiato di osservazione il fenomeno degli appalti, che ricorre – sia in ambito domestico, sia transnazionale – in modo sempre più diffuso e sistematico, al fine di riflettere sulle tecniche regolative che intervengono in tale ambito e sulla loro capacità di mediare efficacemente tra gli interessi dell'impresa e i bisogni dei lavoratori.

In particolare, ad essere considerati sono gli appalti aventi per oggetto la fornitura di un servizio, ovvero quegli appalti c.d. *labour intensive*, in cui non si richiede l'utilizzo di beni o strumenti materiali significativi, fondandosi il servizio essenzialmente sulla manodopera<sup>1</sup>. Con riguardo a questa tipologia di appalto, infatti, forte si insinua il rischio di un *dumping sociale*: trattandosi solitamente di appalti di breve durata, ai quali le imprese committenti ricorrono sempre più spesso per avere la possibilità di pattuire con la stipula di un nuovo contratto condizioni più favorevoli rispetto a quelle negoziate precedentemente, i frequenti *turn over* nella gestione degli appalti che ne conseguono costituiscono una minaccia nei confronti dei lavoratori dipendenti dell'appaltatore in termini di stabilità occupazionale, dal momento che ad ogni cessazione del rapporto contrattuale che intercorre tra il soggetto appaltante e l'appaltatore si accompagna la risoluzione dei contratti di lavoro.

Si consideri, inoltre, che ad essere maggiormente coinvolti negli appalti di breve durata sono quei lavoratori contrattualmente più deboli e più esposti all'esclusione sociale, quali gli stranieri, le donne, coloro che si trovano alle dipendenze di aziende di piccole dimensioni o di cooperative, in ambienti tra l'altro caratterizzati da una bassissima sindacalizzazione e spesso esclusi dall'ambito di applicazione del sistema degli ammortizzatori sociali.

Il cambio appalto oggi si rivela, tra l'altro, favorito dai recenti mutamenti regolativi intervenuti in sede di attuazione del *Jobs Act*: con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23 del 4 marzo

---

<sup>1</sup> Da ultimo, ad assumere grande rilievo economico e sociale nell'ambito dei fenomeni di decentramento produttivo è il settore dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e su rotaia, in forte espansione, rispetto al quale la Commissione europea è recentemente intervenuta con la comunicazione 2014/C 92/01: con riguardo specifico a questo settore, si rinvia, all'interno del Rapporto, al contributo di Lara Lazzeroni.

2015 che introduce nel nostro ordinamento la fattispecie del contratto a tutele crescenti, prescrivendo – per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 – un nuovo regime sanzionatorio nei casi di licenziamento illegittimo, regime fondato non più sulla tutela ripristinatoria, ma su una mera tutela economica, l'avvicendamento nell'appalto e la conseguente costituzione di nuovi rapporti di lavoro in capo all'appaltatore subentrante determinano il passaggio dei lavoratori interessati al nuovo regime. Ciò viene indirettamente confermato dallo stesso legislatore, laddove all'art.7 d.lgs. n. 23/2015 dispone, ai fini del calcolo dell'indennità risarcitoria cui ha titolo il lavoratore illegittimamente licenziato, che l'anzianità di servizio del lavoratore passato alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata.

Dunque, l'assunzione con il contratto a tutele crescenti, conseguente al passaggio di appalto, significa oggi l'attribuzione di minori tutele rispetto al precedente contratto di lavoro, specie per i lavoratori con minore anzianità, quali sono evidentemente quelli coinvolti in appalti di servizi di breve durata, e un forte vantaggio competitivo per le imprese che subentrano nell'appalto, che effettuano le nuove assunzioni sotto il regime giuridico introdotto dal *Jobs Act*, oltre che per il committente che beneficerà di una riduzione del “prezzo” del nuovo appalto come conseguenza della riduzione del costo del lavoro. Si delinea così il rischio che il ricorso all'appalto si possa prospettare come una fuga dal sistema di tutele del diritto del lavoro.

Tra l'altro, nonostante il legislatore abbia cercato di scongiurare tale rischio escludendo che possano usufruire degli esoneri contributivi – previsti per l'arco di un triennio dall'art. 1, co. 118, l. n. 190/2014 (Legge di stabilità 2015) per le assunzioni a tempo indeterminato avvenute nel corso del 2015 – le imprese che procedono all'assunzione di lavoratori che nei sei mesi precedenti siano risultati occupati a tempo indeterminato presso qualsiasi datore di lavoro, diverse aziende appaltatrici, al fine di beneficiare comunque degli incentivi previsti dalla Legge di stabilità, hanno assunto con contratto a termine di sei mesi i lavoratori licenziati dalla precedente impresa appaltatrice per procedere, alla scadenza di questo, ad assumerli con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti. Tali benefici contributivi sono, infatti, riconosciuti nel caso di stipula di un contratto a tempo indeterminato che succede a un contratto a tempo determinato<sup>2</sup>.

Tali dinamiche di concorrenza deregolativa si dilatano, inoltre, nel momento in cui il fenomeno degli appalti assume dimensioni transnazionali, in ragione del differente livello di tutele esistente tra i diversi Paesi dell'Unione europea, specialmente a seguito dell'allargamento dell'UE ad est. Nel momento in cui in Paesi con livelli di protezione sociale elevata si viene ad importare in forma di prestazioni di servizi manodopera da Stati in cui le condizioni di lavoro presentano minori vincoli e costi inferiori<sup>3</sup>, appare evidente come il ricorso agli appalti transnazionali tenda ad assumere un vero e proprio carattere elusivo, come rilevato già dal Rapporto Monti presentato nel maggio 2010 alla Commissione europea<sup>4</sup> e successivamente affermato dal Comitato delle regioni nel Parere espresso nel novembre 2012 alla Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del

---

<sup>2</sup> Per contrastare tali comportamenti elusivi volti alla preconstituzione artificiosa delle condizioni per poter godere del beneficio, il Ministero del lavoro ha previsto delle specifiche azioni ispettive (circolare 17.6.2015, n. 37).

<sup>3</sup> Si tratta di Stati con un livello di tutele significativamente inferiore rispetto agli *standard* europei non solo in ambito sociale, ma anche fiscale, bancario e ambientale. Al riguardo cfr. F. Marrella 2015, p. 693

<sup>4</sup> Rapporto Monti del 9.5.2010 in [http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/president/news/press-releases/pdf](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/press-releases/pdf).

Consiglio in tema di distacco<sup>5</sup>, oltre a dar luogo a una competizione tra i diversi ordinamenti giuridici statali<sup>6</sup>.

In questo contesto si inserisce il presente studio, volto a prendere in esame gli strumenti di gestione dei problemi occupazionali che si riscontrano nelle ipotesi di *turn over* negli appalti. Oggetto specifico di tale disamina sono le disposizioni di fonte legislativa e negoziale con cui il legislatore e le parti sociali sono intervenuti a tutela dell'occupazione con riferimento agli appalti di servizi nel settore privato, rivolgendo al contempo uno sguardo alla disciplina degli appalti pubblici, in quanto anch'essi costituiscono un fenomeno in costante crescita, come conseguenza di una significativa esternalizzazione dei servizi da parte degli enti pubblici imposta da esigenze di bilancio e di risparmio della spesa<sup>7</sup>; tale disciplina è tra l'altro attualmente interessata da un nuovo processo di revisione che il nostro legislatore ha avviato con la legge delega n. 11 del 28 gennaio 2016, in attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (v. *infra* § 4).

In tal modo si intende pervenire a una riflessione sugli strumenti di *governance* rinvenibili nel nostro panorama giuridico nazionale in grado di mediare tra istanze economiche e valori sociali, verificandone la loro compatibilità con il principio costituzionale di libertà di impresa e i vincoli posti dal diritto europeo a tutela della libertà di concorrenza.

## *2. Le clausole sociali c.d. di riassunzione quale strumento di governance delle dinamiche concorrenziali nella successione di appalti privati*

A fronte di un ricorso agli appalti in funzione deregolatoria, finalizzato cioè a reperire un servizio a costi più contenuti minimizzando le tutele riconosciute ai lavoratori, non si riscontra nel nostro ordinamento una disciplina generale volta a regolare la successione di contratti di appalto, essendo il legislatore intervenuto in tale ambito solo episodicamente e con interventi di carattere settoriale<sup>8</sup>.

L'ipotesi di successione di appalto non integra, infatti, la fattispecie del trasferimento di azienda prevista dall'art. 2112 c.c.; per quanto le due fattispecie si siano avvicinate in modo progressivo anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, nei casi di avvicendamento di contratti d'appalto non può, tuttavia, trovare applicazione la disposizione codicistica che garantisce la continuità dell'impiego per i lavoratori trasferiti, disponendo l'art. 29, co. 3, d.lgs. 276/2003, in materia di appalti, che "l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda".

Il vuoto regolativo derivante dalla mancanza di una disciplina legislativa di carattere generale è in parte colmato dall'intervento suppletivo della contrattazione collettiva, specie quella

---

<sup>5</sup> A tal riguardo si rinvia al parere del Comitato delle regioni "Il distacco di lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi" (2013/C 17/12) del 29.11.12, relativo alla "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della dir. 96/71/CE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi" (COM (2012)131 def., approvata dalla Commissione europea il 21.3.12; riguardo quest'ultima, v. A. Allamprese, G. Orlandini 2012.

<sup>6</sup> Si rinvia, sotto questo profilo, ai risultati della ricerca Legal frame work – Lavoro e legalità nella società dell'inclusione; in particolare cfr. F. Bano 2015, 583 ss.

<sup>7</sup> Cfr. S. Costantini 2014; M. Forlivesi 2015.

<sup>8</sup> Tra questi, rileva in particolare il disposto normativo posto in essere dall'art. 14 d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18 in materia di servizi di assistenza a terra negli aeroporti, che ha dato luogo ad una importante giurisprudenza comunitaria (v. *infra* § 3).

di livello nazionale, attraverso la previsione di specifiche clausole c.d. di riassunzione o di assorbimento della manodopera (c.d. clausole sociali di seconda generazione), a cui le parti negoziali ricorrono per salvaguardare la continuità occupazionale.

Dunque, la contrattazione collettiva non si limita a prescrivere l'inserimento nel contratto di appalto delle tradizionali clausole di parificazione e di equo trattamento dei dipendenti dell'appaltatore rispetto a quelli del committente (le c.d. clausole sociali di prima generazione)<sup>9</sup>, al fine di obbligare l'appaltatore ad applicare determinate tutele del lavoro; attraverso le clausole di assorbimento della manodopera la contrattazione collettiva interviene anche a regolare gli effetti sociali dei processi di delocalizzazione produttiva e di liberalizzazione del mercato.

L'osservazione dei contratti collettivi relativi al settore dei servizi, in cui la successione di contratti di appalto – come detto – risulta più diffusa, ha messo in evidenza quanto variegata siano le formulazioni adottate in sede di definizione dei contenuti di queste clausole sociali, a seconda che queste determinino un condizionamento più o meno vincolante nei confronti delle imprese c.d. *new comers*; al contempo un attento esame delle disposizioni negoziali più significative ha consentito di individuare le principali tendenze regolative dell'autonomia collettiva<sup>10</sup>.

In numerosi accordi si configurano clausole di riassunzione vere e proprie, che dispongono cioè a carico dell'appaltatore subentrante l'obbligo di assumere, in tutto o in parte, il personale dell'appaltatore uscente già impiegato nell'appalto, individuando direttamente, o comunque rendendo determinabili per l'obbligato, i lavoratori interessati; in tal caso, i lavoratori, con il compiersi della fattispecie prevista dal contratto collettivo, diventano titolari di un diritto soggettivo all'assunzione.

Peraltro, le parti contrattuali tendono – come risulta dall'analisi dei più recenti contratti collettivi di categoria – a non configurare tale obbligo di riassunzione in termini rigidi e assoluti: generalmente tale obbligo è condizionato all'assenza di modifiche organizzative o tecnologiche da parte dell'impresa subentrante<sup>11</sup> o al mantenimento delle medesime condizioni contrattuali dell'appalto precedente<sup>12</sup>; laddove, invece, nel nuovo appalto siano intervenute modifiche contrattuali significative, alcuni di questi accordi prevedono comunque un obbligo a carico dell'appaltatore entrante ad assumere una quota dei lavoratori impiegati nell'appalto precedente proporzionata all'attività dedotta nel nuovo contratto di appalto<sup>13</sup>.

In alcuni casi specifici l'obbligo di assunzione per l'appaltatore viene accompagnato dall'obbligo di coinvolgimento delle rappresentanze sindacali presenti in azienda affinché siano con queste concordati gli aspetti concreti e le condizioni specifiche dell'assorbimento della manodopera<sup>14</sup>. In altri casi invece è la contrattazione collettiva stessa che determina le condizioni delle assunzioni imposte all'appaltatore entrante: diversi sono i contratti collettivi che prevedono

---

<sup>9</sup> Con riguardo specifico alle c.d. clausole sociali di prima generazione, si rinvia, all'interno del Rapporto, al contributo di Franca Borgogelli.

<sup>10</sup> Per un'analisi delle disposizioni contrattuali più significative volta all'individuazione delle principali tendenze regolative dell'autonomia collettiva, cfr. M. Lozito 2013, p. 118 ss.; M.M. Mutarelli 2014, p. 303 ss.

<sup>11</sup> Art. 6, co. 7, CCNL Servizi ambientali del 24.5.2013; art. 336 CCNL Turismo Confcommercio del 25.2.2010; art. 7 CCNL Servizi postali in appalto del 15.6.2012.

<sup>12</sup> Cfr. art. 7 CCNL Servizi postali in appalto del 15.6.2012; art. 37 CCNL Servizi socio-assistenziali-Cooperative 16.12.2011; art. 4 CCNL Pulizia (Confindustria) 31.5.2011.

<sup>13</sup> Art. 27 CCNL Vigilanza privata del 8.4.2013; art. G3 del CCNL Aerei-personale di terra e servizi aeroportuali (Confindustria) del 8.7.2010.

<sup>14</sup> Artt. 25 e ss. CCNL Vigilanza privata del 8.4.2013.

che i lavoratori debbano essere assunti senza periodo di prova<sup>15</sup>, molti i contratti che garantiscono ai lavoratori “ereditati” anche il riconoscimento dell’anzianità pregressa nel nuovo rapporto di lavoro alle dipendenze dell’appaltatore entrante<sup>16</sup>.

È importante sottolineare come le parti negoziali, nell’introdurre l’obbligo di riassunzione a parità di condizioni, si siano altresì preoccupate di contrastare – secondo una logica di bilanciamento dei diversi e contrapposti interessi in gioco – possibili comportamenti dell’appaltatore volti a strumentalizzare la disciplina negoziale: si rinvergono alcune clausole contrattuali che mirano, a esempio, a contrastare certe dubbie promozioni, effettuate nella fase finale dell’appalto, poste in essere dall’appaltatore uscente con lo scopo di assicurare ai propri dipendenti, a spese di altri, un miglior trattamento economico<sup>17</sup>; altre clausole, invece, richiedendo la previsione di un minimo di anzianità come condizione per far sorgere il diritto del lavoratore all’assunzione, tendono a impedire che l’appaltatore uscente, sempre all’approssimarsi della conclusione dell’appalto, proceda ad effettuare fittizie assunzioni finalizzate esclusivamente a garantire a tali lavoratori la riassunzione alle dipendenze dell’appaltatore entrante<sup>18</sup>.

Significativo, specie alla luce dei più recenti interventi di riforma, quanto disposto, ad esempio, dal contratto collettivo del settore del trasporto ferroviario, ove si dispone il “passaggio diretto alle dipendenze del nuovo affidatario” del personale addetto alle attività oggetto dell’affidamento: ad essere sancito in questo caso non è dunque un obbligo di riassunzione immediata in capo al soggetto *new comer*, ma piuttosto ad essere disposta è la continuità giuridica del rapporto di lavoro dei dipendenti dell’*incumbent* con l’impresa subentrante, secondo un meccanismo modellato su quello previsto dalla disciplina sul trasferimento di azienda. L’opzione prospettata dalla fonte negoziale rappresentata dalla continuità giuridica assume oggi una notevole importanza in funzione antielusiva, nel momento in cui si consente ai lavoratori coinvolti dal cambio di gestione dell’appalto di mantenere il regime giuridico del licenziamento sussistente al momento della loro iniziale assunzione, eventualmente anche quello antecedente la riforma del 2015.

Sempre in un’ottica antielusiva sono da leggere anche alcuni accordi di secondo livello, volti a frenare la fuga dalle tutele del diritto del lavoro che la modifica del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi ha incentivato, imponendo all’azienda di non applicare il contratto a tutele crescenti ai lavoratori assunti in conseguenza di un cambio appalto<sup>19</sup>.

In termini meno rigidi intervengono alcuni contratti collettivi di categoria che si limitano a prevedere nei confronti dell’appaltatore meri obblighi procedurali, come l’obbligo ad avviare una procedura di informazione e/o consultazione con le parti sociali, senza distinguere tra avvicendamento con o senza modificazioni delle condizioni dell’appalto<sup>20</sup>; ciò al fine di indurre le parti a ricercare soluzioni che possano garantire, per quanto possibile, l’assorbimento dei lavoratori

---

<sup>15</sup> Tra i più recenti art. 27 CCNL Vigilanza privata del 8.4.2013; art. 7 CCNL Servizi postali in appalto del 15.6.2012; art. 6 CCNL Pulizia-igiene urbana del 17.12.2009.

<sup>16</sup> *Ex plurimis*, cfr. ancora art. 27 CCNL Vigilanza privata del 8.4.2013; art. 13 CCNL Pulizia-igiene urbana del 17.12.2009; art. 2 CCNL Catering aereo del 13.7.2006.

<sup>17</sup> Cfr. art. 6 CCNL Pulizia-igiene urbana del 17.12.2009.

<sup>18</sup> Art. 7 CCNL Servizi postali in appalto del 15.6.2012, che riserva l’obbligo di assunzione ai soli lavoratori impiegati nell’appalto da almeno 4 mesi; CCNL Pulizie Multiservizi del 31.5.2011 e art. 329 CCNL Turismo (Confesercenti) del 22.7.2003, che richiede un periodo minimo di 3 mesi perché un lavoratore possa vantare un diritto all’assunzione.

<sup>19</sup> Cfr. Accordo Novartis del 20 marzo 2015, che stabilisce in via pattizia l’applicazione del regime di stabilità reale antecedente la modifica legislativa dell’art. 18 St.lav. del 2015 a tutti i suoi dipendenti; altri casi di contrattazione aziendale in deroga si riscontrano in Puglia per i quali si rinvia a M. Lozito 2015, p. 857.

<sup>20</sup> A esempio art. 53 CCNL Telecomunicazioni de.1.2.2013.

interessati dal cambio di gestione dell'appalto. Così come ve ne sono altri che riconoscono in capo ai lavoratori dipendenti dell'appaltatore uscente un diritto di precedenza nei confronti dell'appaltatore entrante, qualora questo proceda a nuove assunzioni successivamente all'aggiudicazione del nuovo appalto<sup>21</sup>, non determinandosi in questo modo alcuna compressione della libertà di iniziativa economica dell'impresa *new comer*.

L'analisi di queste diverse tipologie di clausole sociali di riassorbimento della manodopera pone immediatamente alcune rilevanti problematiche.

Si presenta innanzitutto la questione, alquanto discussa in giurisprudenza, inerente il grado di tutela che va riconosciuta al lavoratore nei casi di inadempimento da parte dell'imprenditore subentrante dell'obbligo di assunzione contenuto nella previsione di fonte collettiva, se cioè si può riconoscere in capo al lavoratore un diritto soggettivo all'assunzione, da far valere anche attraverso il ricorso alla tutela in forma specifica di cui all'art. 2932 c.c., o piuttosto egli possa agire solo in via risarcitoria<sup>22</sup>. Nei casi in cui ad essere violata è invece la clausola che pone vincoli meramente procedurali, quali i diritti di informazione e/o consultazione, tale violazione sembrerebbe legittimare la possibilità di ricorrere all'art. 28 St.lav. per la repressione della condotta antisindacale<sup>23</sup>.

Altro aspetto controverso è quello inerente l'efficacia soggettiva di tali clausole sociali negoziali, il fatto cioè che non avendo tali disposizioni negoziali collettive un'efficacia generalizzata trovano evidentemente applicazione solo nei confronti dell'imprenditore che sottoscrive e dunque applica il medesimo contratto collettivo o altro contratto che contempli un obbligo analogo, o che rinvia ad essi nel contratto individuale di lavoro: dunque, per affiliazione sindacale o per recezione volontaria<sup>24</sup>. Alcuni contratti collettivi intervengono poi a salvaguardare la continuità occupazionale dei lavoratori coinvolti nel cambio di appalto attraverso prescrizioni indirizzate al nuovo appaltatore non in via diretta, ma mediata dall'imposizione dell'obbligo a carico dell'impresa committente di inserire nel contratto di appalto una clausola di riassunzione, sorgendo in questo caso l'obbligo di riassunzione in capo al nuovo appaltatore solo a seguito della conforme stipulazione del contratto di appalto.

Quello su cui – ai fini della presente analisi – si intende concentrare l'attenzione in via prioritaria è la funzione che tali clausole sociali sono chiamate a svolgere come strumenti di gestione dei problemi occupazionali e di governo del conflitto degli interessi contrapposti coinvolti dai fenomeni di avvicendamento negli appalti, assumendo rilievo a tal fine non solo le clausole sociali che si riscontrano sempre più spesso nei contratti collettivi e nei contratti d'appalto, oltre che in alcune leggi speciali, ma anche quelle presenti nei capitolati d'appalto pubblici. Anche in questo ambito, infatti, le clausole non si limitano più a prescrivere a carico delle imprese, che intendono partecipare all'esecuzione di opere pubbliche o a concessioni di pubblici servizi, l'obbligo ad applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti determinati *standards* sociali, quale la corresponsione del trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e

---

<sup>21</sup> Così art. 43 CCNL Pulizia artigiane 12.7.1999

<sup>22</sup> Da ultimo cfr. D. Buoncristiani 2015, p. 165 ss.

<sup>23</sup> Cfr. Cass. 3 ottobre 2011, n. 20192.

<sup>24</sup> In tal senso va anche l'interpretazione fornita dal Ministero all'interpello n.22/2012, al quale risponde affermando che, considerato che il contratto collettivo è dotato di efficacia soggettivamente limitata, le clausole che garantiscono ai lavoratori la continuità del rapporto di lavoro risultano opponibili all'impresa subentrante solo se anch'essa applica lo stesso contratto collettivo o altro contratto che contempli analogo obbligo.

territoriale in vigore per il settore e per la zona per la quale si eseguono le prestazioni<sup>25</sup>, ma intervengono spesso anche a soddisfare le esigenze di stabilità occupazionale che si pongono in caso di successione di imprese nella fase di esecuzione dell'appalto pubblico<sup>26</sup>; esse, pertanto, assolvono la medesima funzione di governo degli effetti sociali connessi ai cambi di gestione degli appalti svolta dalle clausole di assorbimento della manodopera nel settore privato.

Una lettura trasversale di tipo funzionale delle clausole di riassunzione evidenzia come il loro inserimento, per quanto finalizzato prioritariamente ad assicurare ai lavoratori dell'impresa appaltatrice in uscita la possibilità di reimpiego alle dipendenze dell'appaltatore subentrante, sia rivolto a soddisfare anche gli interessi delle imprese coinvolte, esplicando degli effetti positivi anche in termini di efficienza economica. Tali clausole, infatti, da un lato, agevolano la mobilità tra le imprese, semplificando agli appaltatori uscenti la gestione delle eccedenze di personale eventualmente conseguenti alla cessazione degli appalti, evitando il ricorso alla cassa integrazione o ai licenziamenti, oltre a consentire all'impresa subentrante (ma anche all'impresa committente) di avvalersi delle professionalità e delle competenze possedute dai lavoratori dipendenti dell'impresa uscente; in tal modo si attenuano i profili conflittuali e si perseguono finalità di indirizzo dei comportamenti imprenditoriali verso obiettivi virtuosi e di eccellenza<sup>27</sup>. Dall'altro lato, dette clausole intervengono anche con finalità di regolazione della concorrenza fra imprese, *rectius* delle differenti dinamiche che la competizione può generare. Un mercato completamente deregolamentato sotto il profilo delle tutele occupazionali non necessariamente determinerebbe una maggiore competitività fra imprese; dopo una iniziale fisiologica riduzione dei livelli occupazionali, l'impresa, per mantenersi competitiva sul mercato dovrà, infatti, tornare nel medio-lungo periodo a innalzare i propri *stock* occupazionali.

Si può dunque riconoscere come queste clausole sociali di seconda generazione si propongano quale strumento che tutela i livelli di occupazione nella successione nella gestione di un servizio, senza con questo voler comprimere in modo eccessivo la concorrenza fra le imprese nel mercato, ovvero quale principale strumento di condizionalità sociale nella regolazione degli scambi, ovviando così agli inconvenienti dell'accentuato settorialismo della regolazione e del deficit di principi e regole generali.

Tuttavia, affinché tali clausole possano costituire una valida ed efficace "tecnica regolativa" che concorra a governare le dinamiche concorrenziali e al tempo stesso affermi finalità e interessi socialmente rilevanti, occorre verificare quale grado di condizionamento e vincolo tali disposizioni possono porre alla libertà di organizzazione delle imprese, alla libertà di mercato e alle dinamiche concorrenziali tra le imprese. 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», oltre ad incidere sull'autonomia discrezionale dell'imprenditore nella definizione della propria organizzazione produttiva.

Nel momento in cui, attraverso l'utilizzo della clausola sociale, l'ordinamento giuridico sottrae alla logica concorrenziale alcuni terreni di confronto, si sollevano complessi problemi di compatibilità: con riguardo agli appalti c.d. domestici, con i principi costituzionali del nostro

---

<sup>25</sup> In forza dell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori e dell'art. 118, co. 6, d.lgs. n. 163 del 2006, il c.d. Codice dei contratti pubblici.

<sup>26</sup> Il Codice dei contratti pubblici prevede, infatti, specifiche disposizioni volte a incentivare l'inserimento nei bandi di gara di clausole finalizzate alla salvaguardia dell'occupazione dei lavoratori già assunti dai precedenti gestori del servizio e/o attività oggetto di appalto pubblico. A tal riguardo cfr. S. Costantini 2014; M. Forlivesi 2015.

<sup>27</sup> F. Scarpelli 2006, p. 758.

ordinamento giuridico, con riguardo agli appalti transnazionali, con i principi comunitari che guidano il processo di integrazione del mercato unico.

### *3. Clausole di riassunzione, libertà di impresa e tutela della concorrenza: evoluzione e tendenze in atto*

#### *3.1. I vincoli costituzionali*

Una prima problematica si pone – in riferimento agli appalti domestici – con riguardo alla compatibilità di disposizioni tese a garantire il diritto all’assunzione con la libertà di iniziativa economica disposta dall’art. 41 Cost..

Tale questione è stata sollevata relativamente alle clausole di riassunzione previste *ex lege*, rispetto alle quali la nostra Corte costituzionale più volte ha avuto occasione di pronunciarsi, a partire dalla storica sentenza n. 78 del 1958 sul c.d. *imponibile di manodopera*<sup>28</sup>, con la quale, riconoscendo all’imprenditore il potere di autodeterminare le scelte quantitative e qualitative relative alla manodopera da impiegare, è stata sancita l’illegittimità del sistema dell’*imponibile di manodopera*: le clausole di assorbimento della manodopera – si è affermato da parte dei nostri giudici costituzionali – producono un’alterazione quantitativa dell’organico dell’impresa, in quanto i lavoratori “ereditati” si aggiungono a quelli già alle dipendenze dell’appaltatore, differentemente dalle regole imposte per il collocamento obbligatorio per i disabili che trova tra l’altro la sua fonte di legittimazione nell’art. 38, co. 3, Cost..

A conclusioni parzialmente e significativamente diverse è di recente pervenuta la Corte costituzionale con la sentenza n. 68 del 2011<sup>29</sup>, con cui si è dichiarata l’incostituzionalità di una legge della Regione Puglia laddove questa disponeva che nei bandi di gara, negli avvisi e in ogni contratto di affidamento di un servizio si prevedesse a carico della Regione, degli enti, delle aziende e delle società strumentali alla Regione un obbligo di assunzione a tempo indeterminato del personale già utilizzato dalla precedente imprese o società affidataria dell’appalto. Ad essere rilevato è stato il contrasto con l’art. 97 Cost., limitatamente alla parte in cui la legge regionale prevedeva che l’assunzione dovesse avvenire “a tempo indeterminato”, riconoscendo incidentalmente la legittimità costituzionale di altre disposizioni di legge che configurano clausole di riassunzione senza ledere il principio del pubblico concorso, riconducendo a queste l’art. 69 del d.lgs. n. 163 del 2006 (c.d. Codice degli appalti), che consente l’imposizione di determinate condizioni di esecuzione dell’appalto se correlate ad “esigenze sociali e ambientali”.

Da parte della Corte non sembra, dunque, essere rinvenuto alcun profilo di contrasto tra le clausole di riassunzione poste a carico delle imprese aggiudicatrici di un pubblico appalto e l’art. 41 Cost.; tuttavia, il fatto che tale questione non sia stata neppure espressamente affrontata non consente di affermare una presunzione di legittimità della clausola sociale, dipendendo questa da un giudizio specifico di bilanciamento tra le esigenze di tutela sociale perseguite e il grado di compressione imposto alla libertà di impresa.

In questa stessa direzione si è mossa anche la giurisprudenza amministrativa, che negli ultimi anni ha espressamente riconosciuto, sempre con riferimento al settore degli appalti pubblici, la compatibilità delle clausole sociali con l’esercizio della libertà di impresa, ammettendone

---

<sup>28</sup> C. cost. 30 dicembre 1958, n. 78, Riv. Giur. Lav., II, p. 517, con nota di Mortati, con riguardo all’obbligo di assumere determinati lavoratori previsto a carico degli imprenditori agricoli operanti in zone con forte disoccupazione

<sup>29</sup> C. cost. 3 marzo 2011, n. 68, GCost. 2011, 1053

l'operatività senza automatismi e in relazione allo specifico contesto tecnico e organizzativo dell'impresa che ne risulta gravata<sup>30</sup>.

Sembra, dunque, poter rilevare un tendenziale riconoscimento della legittimità di dette clausole legali di riassunzione quantomeno sotto il profilo della compatibilità con il principio costituzionale di libertà di iniziativa economica. *Nulla quaestio* si pone relativamente alla compatibilità delle clausole di fonte negoziale con la libertà d'impresa garantita dall'art. 41 Cost., rappresentando queste un'autolimitazione della libertà di iniziativa economica effettuata nell'esercizio dell'autonomia collettiva, anch'essa costituzionalmente tutelata.

### 3.2. I vincoli europei posti dal principio di libera concorrenza e dal principio di libertà di prestazione dei servizi

Altra questione è quella rappresentata dal possibile conflitto tra le clausole sociali di riassunzione e i vincoli europei posti a tutela dei principi di libera concorrenza e di libera prestazione dei servizi.

A tal riguardo occorre necessariamente muovere dalla posizione assunta dalla Corte di Giustizia in merito agli obblighi di riassunzione nel caso *Commissione v. Repubblica italiana*<sup>31</sup> con riguardo a quanto era stato disposto nella normativa italiana con l'art. 14 d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18<sup>32</sup>, in attuazione della Direttiva 96/67/CE relativa alla liberalizzazione del mercato dei servizi aeroportuali: ad avviso della Corte l'imposizione ai nuovi prestatori di servizi dell'obbligo di riassunzione del personale impiegato dal precedente prestatore disposta dal legislatore italiano costituisce una misura di politica sociale incompatibile con le finalità della Direttiva e i principi regolatori del mercato unico dei servizi.

La Corte, accogliendo la ricostruzione proposta dalla Commissione, dichiara che la normativa italiana contestata ostacoli, attraverso la previsione dell'obbligo di riassunzione, l'apertura dei mercati interessati, la riduzione dei costi di gestione delle compagnie aeree e il miglioramento della qualità dei servizi offerta agli utenti, producendo gravi alterazioni della concorrenza nel mercato dei servizi di *handling*.

Per quanto settoriale sia il contesto di riferimento, quale è il settore c.d. dell'*handling* aeroportuale, ovvero dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti, rileva quanto espressamente affermato dalla Corte di Giustizia proprio con riguardo al rapporto tra le clausole di salvaguardia e tutela della concorrenza: ad avviso dei giudici comunitari gli obblighi di riassunzione sono dunque da ritenersi incompatibili con il diritto dell'Unione europea poiché scoraggerebbero potenziali *new comers* dall'entrare nel mercato a causa dei costi di manodopera imposti. A nulla dunque rilevando la previsione, di cui all'art. 18 della Direttiva, in forza del quale lo Stato membro è chiamato a garantire la protezione dei diritti dei lavoratori (il legislatore comunitario parla di un adeguato livello di protezione sociale), sia pure senza compromettere l'effetto utile della Direttiva.

Del resto, in termini analoghi, si era espressa più di una volta anche la nostra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con specifico riguardo alla liberalizzazione dei servizi di

---

<sup>30</sup> Tra le più recenti Cons. St. 27 novembre 2014, n. 5890; Cons. St. 2 dicembre 2013, n. 5725; Cons. St. 9 luglio 2013, n. 3639; Cons. St. 10 maggio 2013, n. 2533; Cons. St. 5 aprile 2013, n. 18896; Cons. St. 16 giugno 2009, n. 3900.

<sup>(31)</sup> C. giust. 9 dicembre 2004, C-460/2002, Riv. It. Dir. Lav.; similmente la CGE si è pronunciata anche nei confronti di un'analogia disposizione dell'ordinamento tedesco: C. giust. 14 luglio 2005, C-386/03.

<sup>32</sup> Art. 14. Protezione sociale. 1. Nel garantire il libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra, nei trenta mesi successivi alla data di entrata in vigore del presente decreto si deve salvaguardare il mantenimento dei livelli di occupazione e della continuità del rapporto di lavoro del personale dipendente dal precedente gestore.

assistenza a terra negli aeroporti<sup>33</sup>, ad avviso della quale l'imposizione ai nuovi entrati dell'onere di assorbire manodopera eccedente può disincentivare l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e ridurre l'impatto concorrenziale, limitando in tal modo i benefici della liberalizzazione in termini di riduzione dei prezzi e miglioramento della qualità dei servizi.

Tuttavia, se dalla lettura della sentenza della Corte di Giustizia emerge una precisa scala di priorità nei valori da tutelare che giustifica il prevalere dell'obiettivo economico di liberalizzazione dei servizi sulle esigenze di tutela dei lavoratori, non si può però sostenere in linea generale che le clausole legislative di assorbimento della manodopera contrastino con il diritto dell'UE: il principio della prevalenza della libertà di concorrenza rispetto a quello della protezione sociale è stato affermato con riferimento al circoscritto campo di applicazione della Direttiva 96/67/CE finalizzato in modo specifico a promuovere l'apertura dei mercati dell'assistenza a terra.

L'incompatibilità discende, infatti, essenzialmente dal fatto che la previsione dell'obbligo di riassunzione nuoce al c.d. effetto utile della Direttiva, pregiudicandone le finalità. Gli effetti restrittivi della concorrenza sono risultati eccedenti rispetto al fine sociale: secondo la Corte di Giustizia le misure sociali di cui all'art. 18 della Direttiva dovrebbero configurarsi non come limiti all'esplicitarsi della libertà di iniziativa economica, quanto come strumenti funzionali a tutelare i diritti dei lavoratori e di conseguenza vettori di coesione sociale in grado di completare l'azione di liberalizzazione del mercato. Questo non significa che la libertà economica dell'impresa non può essere in alcun modo condizionata in funzione delle esigenze di tutela dei lavoratori, ovvero per fini sociali; significa piuttosto che tale libertà non può essere limitata dalla previsione di obblighi di riassunzione laddove sproporzionati al fine perseguito<sup>34</sup>.

A seguito del giudizio della Corte e di un ulteriore parere negativo formulato dalla Commissione europea<sup>35</sup>, il legislatore italiano ha provveduto a dettare – con l'art. 23 l. n. 13 del 2007 – una nuova formulazione dell'art. 14, che si limita a prevedere che, nel caso di successione di appalto, al fine di 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, è chiamato a garantire il coinvolgimento dei soggetti sociali, anche a mezzo di opportune forme di concertazione. In particolare, l'esplicito rinvio all'autonomia collettiva contenuto nell'*incipit* del nuovo art. 14 ("Fatte salve le disposizioni normative e contrattuali di tutela") rimette espressamente alla contrattazione collettiva la facoltà di reintrodurre gli obblighi di riassunzione del personale dipendente dal gestore uscente.

E in tal senso si sono immediatamente attivate le organizzazioni sindacali reintroducendo per via contrattuale una clausola di riassorbimento che riprende il contenuto di quella legale, forti della prescrizione legislativa che riserva in sostanza l'accesso al mercato liberalizzato solo alle imprese che applicano un contratto collettivo che prevede la clausola di salvaguardia<sup>36</sup>. In tal modo «il cerchio si chiude e quanto non più sancito dalla legge riemerge come vincolo contrattuale»<sup>37</sup>.

Si delinea peraltro un ulteriore profilo di criticità: i richiamati dubbi di compatibilità con il diritto comunitario riguardano solamente le clausole di assunzione di fonte legislativa o anche quelle contenute nei contratti collettivi, i cui effetti sono analoghi a quelli prodotti dalle clausole legislative e giudicati incompatibili dalla Corte di Giustizia? Ovvero, l'obbligo di riassumere i

<sup>33</sup> Segnalazione AGCM del 23.02.1998; Segnalazione AGCM 5.02.2004.

<sup>34</sup> Sul punto cfr. Aimo M.P. 2007, pp. 117-118; Brino V. 2014, pp.128-129.

<sup>35</sup> Parere della Commissione del 4 aprile 2006.

<sup>36</sup> Art. 15 CCNL Gestione aeroportuali (Assaeroporti) del 26.07.2005.

<sup>37</sup> G. Orlandini 2014, p.166.

lavoratori in caso di successione fra appaltatori si può ritenere compatibile con i principi dell'Unione europea se trae origine nel contratto collettivo, anziché nella legge?

Si ripropone così la nota questione relativa al rapporto tra libertà economiche ed esercizio dell'autonomia collettiva più volte affrontata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in modo non univoco.

Nella ben nota sentenza *Albany*<sup>38</sup> la Corte di Giustizia, infatti, senza arrivare a garantire ai contratti collettivi un'assoluta immunità dalle regole della concorrenza, si pronunciò a favore della legittimità delle clausole negoziali volte al “*miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro*”, che costituisce uno degli obiettivi della politica sociale dell'Unione europea (art. 151 TFUE): le clausole sociali di riassunzione, essendo dirette a salvaguardare l'occupazione dei lavoratori coinvolti nel *turn over*, sembrerebbero collocarsi all'interno dei confini entro cui il contratto collettivo – per la sua natura e il suo oggetto, secondo la formula *Albany* – è stato considerato “impermeabile” alle regole della concorrenza<sup>39</sup>. In questi termini, dunque, sembrerebbe poter affermare che la contrattazione collettiva può contenere clausole aventi effetti limitativi della concorrenza fra imprese.

Vero è che, non solo, non risulta esonerato dall'osservanza delle regole comunitarie della concorrenza qualunque prodotto dell'autonomia collettiva, ma, come parte della dottrina ha immediatamente obiettato nel commentare tale pronuncia della Corte di Giustizia, la tutela della continuità dell'occupazione non rientra neppure tra gli obiettivi di politica sociale dell'Unione europea, mettendo così in dubbio la legittimità delle clausole negoziali di riassunzione sul piano del diritto della concorrenza<sup>40</sup>.

Tali dubbi hanno assunto maggiore consistenza a seguito del celebre e controverso *Laval quartet*, in cui la Corte di Giustizia ha equiparato le fonti eteronome a quelle negoziali al fine di valutarne l'impatto sull'esercizio delle libertà economiche, precludendo così alle clausole negoziali di riassunzione di superare il vaglio di legittimità sul piano del diritto europeo al pari di quelle legali. Non è dunque sufficiente rinviare da parte del legislatore alla contrattazione collettiva perché le clausole in essa contenute godano dell'immunità dalle regole del mercato, qualora queste limitino l'esercizio di una libertà economica al pari di una disposizione di legge.

Tali clausole sociali negoziali di assorbimento della manodopera producono inoltre – alla luce degli orientamenti della giurisprudenza comunitaria più recenti – un'ulteriore ipotesi di distorsione della concorrenza, nel momento in cui trovano applicazione nelle ipotesi di appalto transnazionale.

Le clausole previste dai contratti collettivi di categoria sono, infatti, di applicazione necessaria solo per le imprese transnazionali ai sensi dell'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 72/2000, attuativo della Direttiva 96/71/CE adottata in materia di distacco transnazionale dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi<sup>41</sup>, mentre non vincolano le imprese nazionali – considerata la mancanza

---

<sup>38</sup> C. giust. 21 settembre 1999, C-67/96.

<sup>39</sup> Così M.P. Aimo 2007, p.121.

<sup>40</sup> V. Brino 2012, p. 111ss.; G. Orlandini 2014, pp. 167-168.

<sup>41</sup> Ai sensi dell'art.3, co. 1, d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 72, in occasione di una prestazione di servizi transnazionale, al rapporto di lavoro tra le imprese e i lavoratori distaccati si devono applicare, 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.

di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi nazionali di lavoro – a meno che non siano iscritte a un sindacato che le ha sottoscritte o vi abbiano successivamente aderito.

Rileva a tal proposito quanto asserito dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Ruffert*<sup>42</sup>, che si iscrive nel richiamato quartetto *Laval*: chiamati a pronunciarsi in merito ad una legge della Bassa Sassonia che condizionava l'aggiudicazione di un appalto pubblico al rispetto del contratto collettivo territoriale, privo di efficacia generale, i giudici comunitari ne hanno escluso la compatibilità sia con riguardo alle prescrizioni della Direttiva 96/71/CE, sia con riguardo ai principi comunitari affermati in via generale in materia di libero accesso al mercato dei servizi. Nello specifico, sono state riconosciute incompatibili con il diritto comunitario quelle norme nazionali che si pongono come esterne al perimetro disegnato dalla direttiva, anche se *non discriminatorie, necessarie e proporzionate* rispetto alla tutela dei lavoratori; in altri termini, si ammette che lo Stato ospitante possa imporre al prestatore transnazionale le sue tutele del lavoro, seppur limitative della libertà di prestazione di servizi, ma tra queste non si può ricomprendere la tutela dell'occupazione dei dipendenti dell'appaltatore uscente, in quanto non riconducibile a quelle specificatamente individuate dal legislatore europeo. Né, a tal riguardo, può essere invocato, ad avviso della Corte, l'art. 3.10 della Direttiva 96/71/CE, che legittima lo Stato ospitante ad imporre al prestatore anche tutele esterne al perimetro della Direttiva nel caso in cui si tratti di norme rientranti nell'ordine pubblico: attraverso un'interpretazione molto riduttiva della nozione di ordine pubblico, per lo più identificata dai giudici con la nozione di ordine pubblico sovranazionale, la cui definizione non sarebbe rimessa ai singoli Stati, ma alle Istituzioni europee<sup>43</sup>, si viene a vanificare quello che forse era l'intendimento del legislatore, che aveva concepito tale disposto come una clausola di salvaguardia della facoltà degli Stati membri di introdurre una tutela sociale più elevata rispetto a quella minima imposta dalla normativa comunitaria.

Tale pronuncia, evidentemente di rilevante importanza anche per l'ordinamento italiano nel momento in cui mette in discussione la legittimità di alcune norme di diritto interno in materia di appalti (nello specifico l'art. 118, co. 6, d.lgs. n. 163/2006; art. 4, co. 1, Regolamento di attuazione approvato con d.P.R. n. 207/2010) risulta indubbiamente sintomatica di un orientamento dei giudici comunitari – confermato tra l'altro anche da sentenze successive<sup>44</sup> – che privilegia la tutela del *mercato* rispetto alle *esigenze sociali*.

#### 4. Verso una diversa coniugazione tra crescita economica e inclusione sociale

Il quadro giuridico di riferimento che si è venuto delineando risulta quanto mani incerto, contraddittorio, privo di sistematicità e in costante evoluzione.

Da un lato, si sono rinvenute significative pronunce della Corte costituzionale che riconoscono nella sostanza la piena legittimità delle clausole sociali di riassunzione laddove queste prescindano da arbitrari e irragionevoli automatismi; tale impostazione è stata – come visto – accolta dai giudici amministrativi che, dopo un'oscillante giurisprudenza del Consiglio di Stato, si sono infine orientati ad affermare la legittimità di dette clausole, laddove consentano un'interpretazione compatibile con il rispetto della libertà economica dell'impresa aggiudicataria.

Da ultimo, lo stesso legislatore è intervenuto prevedendo tali clausole o quantomeno ammettendone la legittimità: si intende riferirsi nello specifico al richiamato art. 7 d.lgs. n. 23 del

<sup>42</sup> C. giust. 3 aprile 2008, C-346/06.

<sup>43</sup> In tal senso C. giust. 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*.

<sup>44</sup> C. giust. 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione c. Germania*; C. giust. 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*.

2015, in cui se ne presuppone la loro legittima operatività nel momento in cui si dispone il computo dell'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto con riferimento a tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata.

Per contro, si assiste, dall'altro lato, ad una giurisprudenza della Corte di Giustizia che sembra continui, non senza qualche contraddizione, a stabilire una precisa scala di priorità nei valori da tutelare, dove le ragioni della concorrenza e della razionalità economica vengono fatte prevalere sugli obiettivi di protezione sociale.

Tuttavia, segnali incoraggianti di apertura nei confronti delle clausole sociali finalizzate alla tutela dell'occupazione si sono avuti da parte del legislatore europeo con l'approvazione della nuova Direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE, pur non cogliendo l'occasione per fare chiarezza sui loro limiti di compatibilità con il diritto dell'UE.

Si configura un obbligo per le imprese appaltatrici e subappaltatrici di garantire *standard* sociali minimi, ovvero si sancisce che gli Stati membri adottino misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione degli appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione europea, dal diritto nazionale, dai contratti collettivi e dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X (art. 18, par. 2, Dir. 2014/24/UE).

Altresì il legislatore europeo sancisce espressamente la possibilità di introdurre clausole sociali, del resto già contemplata dalla Direttiva 2004/18/CE, eliminando il riferimento alla necessaria verifica di compatibilità di tali clausole con il diritto europeo, indice di un riconoscimento della legittimità di questo istituto per l'ordinamento europeo; più specificatamente si prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possano esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, che possono comprendere considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione (art. 70 Dir. 2014/24/UE).

Ci si chiede se il richiamo alle considerazioni legate all'occupazione nelle disposizioni relative alle condizioni di esecuzione dell'appalto possa rappresentare un elemento utile per sostenere una nuova legittimazione delle clausole sociali finalizzate alla tutela dei livelli occupazionali nei casi di successione fra impresa appaltatrici e concessionarie, specie se si considera che nella disciplina europea previgente in materia con riferimento alle condizioni di esecuzione dell'appalto, si faceva esclusivo riferimento a «considerazioni sociali e ambientali».

In termini più generali ci si deve interrogare se tali novità legislative, oltre a legittimare il modello regolativo delle clausole sociali, intendano orientare la Corte di Giustizia verso una maggiore considerazione delle istanze sociali nel bilanciamento con le libertà di mercato. Per quanto, il mancato riferimento nell'Allegato X alla Convenzione OIL 94/1949 sulle clausole sociali, letto dalla dottrina più attenta come una smentita del modello delle clausole sociali<sup>45</sup>, evidenzia piuttosto una volontà del legislatore di lasciare libera la Corte di giudicare, caso per caso, la compatibilità delle singole clausole sociali previste nei bandi di gara nazionali.

Certo è che il nuovo quadro disegnato dalle norme europee, seppur non risolutivo e compromissorio<sup>46</sup>, rimette tuttavia in discussione la lettura *pro market* operata dalla Corte di Giustizia.

---

<sup>45</sup> Cfr. A. Allamprese, G. Orlandini 2014, pp. 171-17.

<sup>46</sup> *Ibidem*

Il rinnovato modello regolativo europeo sembra, dunque, legittimare le clausole sociali come tecnica regolativa in grado di tutelare i lavoratori assicurando al contempo il rispetto di una genuina e leale concorrenza nel mercato.

In questa stessa direzione si è mosso da ultimo anche il legislatore italiano con l'approvazione della legge n. 11 del 28 gennaio 2016, contenente la delega al Governo ad attuare la nuova disciplina europea<sup>47</sup> in materia di appalti pubblici e concessioni e a procedere a un complessivo riordino della normativa vigente sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture<sup>48</sup>, che ha già trovato attuazione con l'approvazione, lo scorso 3 marzo, da parte del Consiglio dei Ministri del testo del nuovo "Codice dei contratti pubblici". Tra i criteri direttivi specifici dettati per l'esercizio della delega in sede di riordino e adozione di un unico testo normativo denominato «Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione», che dovrà sostituire il vigente Codice dei contratti pubblici, che dovranno comportare una rivoluzione radicale del settore degli appalti pubblici, emerge – per l'aspetto che rileva in questa sede – la valorizzazione di esigenze di sostenibilità ambientale e di clausole sociali (lett. fff).

Nello specifico viene espressamente contemplata la predisposizione di una disciplina specifica per gli appalti pubblici di servizi, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera, definiti come tali quelli in cui il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto, prevedendo l'introduzione di «clausole sociali» volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, in ottemperanza ai principi di economicità dell'appalto. Ciò, nonostante il parere negativo formulato a tal riguardo dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>49</sup>, con il quale si sottolineava come *“eventuali limiti e restrizioni non possono formare oggetto di alcun obbligo e debbono in ogni caso risultare compatibili con l'organizzazione dell'impresa subentrante”* aggiungendo che *“solo in questi termini simili vincoli possono ritenersi compatibili con la libertà di concorrenza e con la libertà di iniziativa economica ex articolo 41 della Costituzione”*. L'Antitrust ha ritenuto, anche, che *“l'utilizzo in via prioritaria degli addetti già impiegati nel medesimo appalto deve consentire in ogni caso la scelta dei profili professionali da parte delle imprese potenziali aggiudicatari”* e che *“l'introduzione di “clausole sociali” volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato negli appalti pubblici di servizi pone dei problemi concorrenziali, posto che, pur nella genericità della formulazione, non viene prevista alcuna verifica di compatibilità con le esigenze di natura produttiva e tecnica dell'impresa entrante”*.

In linea con i criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 11/2016 e nella Direttiva 2014/24/UE, si pone puntualmente l'art. 30 del nuovo "Codice dei contratti pubblici", laddove prescrive: nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, che il principio di economicità possa essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico; nell'esecuzione degli appalti e delle concessioni, che gli operatori economici rispettino gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa

---

<sup>47</sup> In attuazione della direttiva 2014/24/UE, ma anche delle Direttive 2014/23/UE e 2014/25/UE in materia di appalti pubblici, procedure d'appalto e procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione.

<sup>48</sup> In Gazzetta Ufficiale n. 23 del 29 gennaio 2016.

<sup>49</sup> Parere AGCM del 11.12.2015.

europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X.

Sembra, dunque, poter rinvenire un tentativo di bilanciamento tra le ragioni di tutela del lavoro e quelle del mercato, per quanto ancorato al rispetto dei principi di economicità, oltre che i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità, espressamente richiamati nell'art. 30 del nuovo "Codice dei contratti pubblici".

Per un legittimo perseguimento dei fini sociali nell'ambito di un più equilibrato rapporto tra tutela della concorrenza e tutela del lavoro conforme ai vincoli europei, potrebbe assumere rilievo la posizione assunta dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, espressamente chiamata *ex lege* (l. n. 163/2006) a valutare la compatibilità con il diritto dell'UE di particolari condizioni di esecuzione dell'appalto presenti nei capitolati e nei bandi delle stazioni appaltanti<sup>50</sup>: con specifico riferimento alle clausole di riassunzione l'*Authority* aveva rilevato come queste non possano essere legittimate dalla mera esigenza di tutelare la stabilità del lavoro in caso di successione nell'appalto, quanto piuttosto devono essere giustificate da ulteriori finalità occupazionali, da finalità sociali cioè che vanno oltre la mera garanzia della continuità dell'occupazione, in presenza a esempio di contesti di particolare disagio sociale o di particolari condizioni del mercato locale.

La strada da percorrere sembrerebbe, pertanto, essere quella di accogliere una logica di contemperamento tra esigenze di liberalizzazione e istanze di inclusione sociale, specialmente se si considera che ad essere solitamente interessati dal fenomeno della successione negli appalti sono i soggetti contrattualmente più deboli del mercato del lavoro, come gli extracomunitari e le donne.

Questa logica si pone, tra l'altro, in continuità con quanto già asserito con la Dir. 2004/18, in materia di appalti pubblici, laddove si consentiva di derogare alle procedure ordinarie di aggiudicazione in favore dei c.d. laboratori o programmi di lavoro protetti volti a sostenere l'occupazione di soggetti disabili, nonché in linea con gli obiettivi di occupazione e integrazione sociale perseguiti in ambito comunitario nell'ambito della strategia *Europa 2020*. Il rispetto dei diritti sociali fondamentali e più in generale le condizioni di effettività dei diritti del lavoro, fanno, infatti, ormai parte dei prerequisiti di una competizione globalmente sostenibile, in mancanza dei quali lo sviluppo economico senza integrazione comporta il deterioramento della qualità della vita nel breve periodo e il consumo del capitale nel lungo periodo<sup>51</sup>.

Rispetto poi ai fenomeni c.d di *law shopping*<sup>52</sup> con pregiudizio dei diritti dei lavoratori, destinati tra l'altro ad assumere un rilievo sempre maggiore a seguito dell'allargamento ad est dell'UE, che ha accresciuto il differenziale di tutela fra paesi membri e con questo il bisogno di armonizzazione, i giudici comunitari hanno recentemente statuito che tra i motivi di interesse generale che possono giustificare una restrizione alla libera prestazione dei servizi figura, oltre alla tutela del lavoro, la prevenzione della concorrenza sleale da parte delle imprese. La Corte di Giustizia, nella pronuncia *De Clercq* e già prima in *Wolff & Muller*,<sup>53</sup> ha espressamente affermato che la tutela del mercato del lavoro e dei lavoratori contro il *dumping* sociale deve essere considerata come una ragione imperativa di interesse generale, in grado di giustificare una restrizione alla libertà di prestare servizi.

---

<sup>50</sup> Parere AVCP del 30.04.2014; Parere AVCP del 23.01.2013.

<sup>51</sup> A. Perulli 2015, p.735.

<sup>52</sup> In questi termini M. Pallini 2008, p.8.

<sup>53</sup> Rispettivamente C. giust. 3 dicembre 2014, C-315/13, punto 65; C. giust. 12 ottobre 2004, C-60-03, punto 41. Al riguardo cfr. F. Bano 2015, p. 596.

Si riconoscono, dunque, come principi regolatori del mercato la necessità e l'esigenza degli Stati di difendere i propri sistemi di protezione sociale e di tutela del lavoro dal *dumping* sociale, dalla concorrenza cioè attuata dalle imprese straniere grazie al più basso costo del lavoro del quale beneficiano nei Paesi di stabilimento.

Il bilanciamento fra istanze sociali e libertà di prestazione dei servizi dovrà essere operato – per giurisprudenza comunitaria ormai consolidata – attraverso il c.d. test di proporzionalità, volto a verificare l'idoneità delle norme nazionali di tutela del lavoro a raggiungere gli obiettivi perseguiti, della loro ragionevolezza e al contempo dell'impossibilità di pervenire allo stesso obiettivo mediante misure meno restrittive.

La necessità di un migliore contemperamento fra libertà economiche e libertà sociali è stata affermata anche dal Parlamento europeo nella Risoluzione n. 2008/2085, in cui viene sancito che le libertà economiche riconosciute dal diritto comunitario non possono essere interpretate nel senso di garantire alle imprese il diritto di aggirare o eludere le disposizioni nazionali di legge e le prassi in materia previdenziale e di lavoro oppure d'imporre una sleale concorrenza sul piano delle condizioni retributive e normative.

Ad assumere rilievo sarà in definitiva il modello sociale di sviluppo che le istituzioni europee decideranno di perseguire.

Sembra comunque sin da ora poter evidenziare come stia maturando una nuova e diversa sensibilità delle istituzioni comunitarie rispetto ai temi della sostenibilità, anche sociale, dello sviluppo economico; la Commissione stessa ha riconosciuto un ruolo fondamentale ai valori sociali, che non risultano accantonabili laddove si intenda promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile del mercato<sup>54</sup>, ovvero si voglia affermare quelle forme c.d. di *welfare economics*, che valutano la regolazione non in termini di equivalente monetario, ma in termini di benefici qualitativi come la promozione di valori quali l'equità, la dignità umana e l'autorispetto, la riduzione di sentimenti di esclusione sociale e di umiliazione<sup>55</sup>.

Per riprendere le parole dell'economista turco Dani Rodrik, la sfida odierna è di rendere l'apertura dei mercati sostenibile e compatibile con obiettivi sociali più ampi<sup>56</sup>.

### **Riferimenti bibliografici**

- Aimo M.P. (2007), *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in Ballestrero M.V. ( a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Torino, Giappichelli, p. 103 ss.
- Allamprese A., Orlandini G. (2014), *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, p. 169 ss.
- Allamprese A., Orlandini G., (2012) *Note sulla proposta di direttiva concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE*, [http://www.cgil.it/Archivio/Giuridico5CNota\\_su\\_proposta\\_di\\_direttiva\\_20120518.pdf](http://www.cgil.it/Archivio/Giuridico5CNota_su_proposta_di_direttiva_20120518.pdf).
- Bano F. (2015), *La territorialità del diritto. Distacco transnazionale di manodopera a basso costo*, in *Lav Dir.*, p. 583 ss.

---

<sup>54</sup> Comunicazione Commissione europea Com(2010)608.

<sup>55</sup> Cfr. A. Perulli 2015, con riferimento alla posizione assunta dall'*Equal Employment Opportunity Commission*.

<sup>56</sup> D. Rodrik. 2015, p. 355.

- Brino V. (2012), *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, Padova, Cedam.
- Brino V. (2014), *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, in Aimo M.P., Izzi D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Torino, Utet, p.109 ss.
- Buoncristiani D. (2015) *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, p. 165 ss.
- Costantini S. (2014), *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT n.196/2014.
- Forlivesi M. (2015), *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT n. 275/2015
- Lozito M. (2013), *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Bari, Cacucci.
- Lozito M. (2015), *Cambio-appalto e tutele (de)crescenti: un rischio da ridimensionare*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 857.
- Marrella F. (2015), *Lex mercatoria e diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 691.
- Mutarelli M.M. (2014), *Contrattazione collettiva e tutela dell'occupazione negli appalti*, in Ferraro G. (a cura di), *Redditi e occupazione nelle crisi d'impresa*, Torino, Giappichelli, p. 303 ss.
- Orlandini G. (2014), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, FrancoAngeli.
- Pallini M. (2008), *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 3 ss.
- Perulli A (2015), *Commercio globale e diritti sociali. Novità e prospettive*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, p.729 ss.
- Rodrik D. (2015), *La globalizzazione intelligente*, trad. it., Bari, Laterza.
- Scarpelli F. (2006), *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 753 ss.

## **IV. Costo del lavoro e concorrenza nei trasporti transnazionali su strada: dai limiti della normativa sul distacco alla destrutturazione dell'impresa**

di Lara Lazzeroni

SOMMARIO. 1. Il contesto di riferimento. 2. La legislazione applicabile nella triangolazione tipica dei trasporti. 3. L'incertezza sulla normativa applicabile e la conseguente ricaduta su diritti degli autotrasportatori: quante e quali le vie di fuga dal diritto? 4. Delocalizzazione, decentramento produttivo e destrutturazione dell'impresa: un percorso facilitato nell'autotrasporto. 5. Appalto e somministrazione transnazionali nel settore dell'autotrasporto. 6. La contrattazione collettiva italiana come *vulnus* alle garanzie retributive e di trattamento. 7. Un sistema ispettivo poco efficace?

### *1. Il contesto di riferimento*

Il tema della concorrenza fra imprese e sul mercato, giocata sul costo del lavoro, o anche quello del *dumping sociale*, che dir si voglia, non è certamente tralasciato nel dibattito giuslavoristico<sup>1</sup>, implicando aspetti che vanno dalla disciplina in tema di aiuti di Stato (come con la creazione di aree franche del diritto mediante disposizioni che introducono vantaggi, talvolta al limite della legittimità, per specifiche aree geografiche o categorie di lavoratori), fino agli interventi derogatori di contrattazione collettiva rispetto a *standard* di tutela definiti dalla legge ed ai quali accedono talune imprese, a differenza di altre.

Laddove tuttavia la questione venga collocata in un contesto ulteriormente allargato, quale quello dell'Europa a 28, emerge in maniera ancora più evidente la relazione o il rapporto che intercorre o dovrebbe intercorrere fra tutela della concorrenza e tutela del lavoro, o meglio dei lavoratori.

Se è indubbio che l'Europa è costruita "in espansione", tale processo ha tuttavia scontato almeno un limite radicale: quello di una integrazione imperfetta, in primo luogo, per ciò che riguarda le tutele del lavoro, proprio a motivo dei limiti di competenza regolativa della stessa Unione che inevitabilmente determinano diversificati costi del lavoro fra i diversi Paesi. A riguardo di tali limiti regolativi dell'UE, basti pensare alla disciplina in tema di licenziamento dei lavoratori (in cui l'UE avrebbe competenze ma di fatto non legifera) oppure a materie direttamente precluse dai Trattati, come la determinazione della retribuzione o il diritto sindacale. I profili esemplificati sono invero parametri determinanti, nell'ottica delle imprese, allorché ci si voglia garantire l'inserimento o assicurare il mantenimento nel mercato europeo o anche nazionale, mediante una riduzione del costo del lavoro.

Da un lato quindi l'UE, nel sostegno alla libera circolazione dei servizi quale strumento funzionale al buon andamento del mercato unico, definisce misure essenziali a garantire che tale concorrenza non si realizzi abusando degli spazi consentiti. Dall'altro lato, anche nell'ottica ricompositiva della Corte di Giustizia, si fa sempre più incerto il gioco degli equilibri fra diritto alla (e tutela della) concorrenza ed estensione delle garanzie lavoristiche come freno ad un incontrollato accesso ai mercati del lavoro dei vari operatori dei Paesi dell'Unione.

---

<sup>1</sup> V. Brino 2012; S Giubboni 2012; G. Orlandini 2012; A. Lyon-Caen 2011; A. Perulli 2011; R. Pessi 2011; M. Ceruti, T. Treu 2010; F. Colombo 2009; L. Corazza 2004; A. Perulli 1998.

In tale quadro d'insieme, quello dei trasporti transnazionali certamente si appalesa come uno dei settori che può dirsi maggiormente esemplificativo della pratica diretta a dotarsi della legislazione con minori vincoli sul lavoro e/o minori costi di manodopera, oltre ad essere il terreno nel quale sono, per svariate ragioni, più praticate le operazioni di abuso o applicazione irregolare della normativa di riferimento. Ciò, ovviamente, anche in considerazione del fatto che sono particolarmente numerose le operazioni dirette ad offrire servizi di trasporto all'esterno, in specie da parte di aziende localizzate in Stati membri con decisamente più contenuti costi della prestazione lavorativa. Trattasi cioè di uno dei settori che maggiormente si interfacciano con dinamiche di distacco o prestazioni di servizi in generale di tipo transnazionale e comunque del settore che sconta le maggiori difficoltà sostanziali di concorrenza (“abusata”) fra imprese.

Se il maggior costo della produzione nei paesi occidentali può trovare ristoro, mantenendo pur sempre concorrenziali le imprese, laddove il bene prodotto o il servizio reso abbia di per sé un valore intrinseco – si pensi alla produzioni artigianali o a quei servizi in cui è l'operatore, per le sue competenze personali o professionali, a fare la differenza – ciò non si verifica certamente per quelle attività in cui tali specialità o qualità non sono richieste dal mercato. Il settore dei trasporti, e quello su strada delle merci per conto terzi in particolare (cabotaggio, ma non solo), è certamente uno di questi, per nulla calibrato su parametri collegati alla capacità dei lavoratori di erogare la prestazione e costantemente interfacciato con una dinamica dei prezzi e delle condizioni del servizio che è pressoché simile, se non identica, per i vari Paesi<sup>2</sup>.

In generale sul punto, ed anche in riferimento a tale specifico settore, sono dunque numerosi gli aspetti che determinano una riduzione degli standard di tutela del lavoro, dovute alle più diverse “congiunture” normative, regolative ed applicative. Su tali aspetti vorrà essere quindi incentrata l'analisi che segue.

## 2. La legislazione applicabile nella triangolazione tipica dei trasporti

C'è infatti da tenere conto dell'inquadramento *generale* del tema, nel contesto transnazionale, dotato di regole per stabilire come si determini la legislazione applicabile – *rectius* come si individuino le tutele applicabili fra quelle di uno Stato o dell'altro – ai lavoratori che si trovino a svolgere prestazioni lavorative in altri Stati membri. In particolare, al riguardo, occorrerebbe disquisire, o perlomeno ripercorrere, quelle linee interpretative e valutative offerte, in particolare, dalla Corte di Giustizia, ma anche dalla dottrina giuslavoristica che si è intrattenuta a delimitare e valutare il campo di applicazione della direttiva sul distacco 1996/71/Ce alle prestazioni di servizi in generale, e comunque sviluppare valutazioni attorno alla normativa di applicazione suppletiva – nel caso in cui quella sul distacco, per le più diversificate ragioni, non trovi applicazione – costituita dal c.d. “Regolamento di Roma I” (Reg. n. 593/2008 del 17.6.2008), in punto di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Quest'ultima ammette difatti (art. 23) la prevalenza di normative speciali adottate in ambito Ue, quale sarebbe appunto la direttiva sul distacco del '96, rispetto alle regole previste nel Regolamento stesso, che verrebbero quindi ad applicarsi ogni qual volta si tratti di obbligazioni contrattuali di tipo internazionale non riconducibili in seno a tali più specifiche regole (lavoristiche). Per cui, da un lato è necessario confrontarsi con la direttiva sul distacco che individua i diritti minimi di stampo lavoristico da garantire ai lavoratori in

---

<sup>2</sup> Come i costi del carburante, dei pezzi di ricambio, dei veicoli, etc. Il settore è poi altamente meccanizzato e, al tempo stesso, la documentazione per garantire l'esecuzione del servizio è livellata a parametri comuni fra i Paesi.

presenza di una delle misure transnazionali indicate nella direttiva stessa (art. 1, comma 3)<sup>3</sup>. Dall'altro lato, una volta eventualmente verificato che una certa prestazione di servizi non può comunque essere ricondotta alla direttiva del '96, sarà necessario stabilire la legislazione applicabile alle obbligazioni assunte fra le parti (quindi leggasi le garanzie retributive e di trattamento da estendere ai lavoratori stranieri interessati) mediante il ricorso ai criteri dettati dal Regolamento di Roma I (art. 8)<sup>4</sup>. Si tratta più esattamente di criteri destinati ad intervenire laddove il principio di carattere generale, ovvero quello della libera scelta dei contraenti nella individuazione della legislazione da applicare, venga (o possa essere) applicato per eludere scientemente le regole lavoristiche. Tali criteri sono dunque stabiliti dal Regolamento secondo il seguente ordine<sup>5</sup>: ovvero (a) il Paese dove il lavoratore svolge abitualmente la sua attività (*lex loci laboris*); (b) il Paese in cui ha sede l'impresa che lo ha assunto; (c) un altro Paese ancora nel caso in cui, dal complesso delle circostanze, emerga un collegamento più stretto con tale altro Paese.

Al riguardo, tuttavia, pur nel necessario approfondimento che verrà comunque condotto in riferimento alla disciplina sul distacco, va detto che le indagini ed i contributi proponibili al riguardo non sarebbero tuttavia perfettamente trasferibili al settore dei trasporti, dovendosi a ragione ampiamente dubitare proprio della stessa applicazione della suddetta direttiva in favore dei lavoratori dipendenti di imprese di trasporti transnazionali; dubitare cioè di tale applicazione perlomeno in riferimento a tutte le possibili tipologie di trasporti su strada che si concretizzano in una prestazione di servizio internazionale.

Intanto va detto, difatti, che ove si badi ai contenuti della citata direttiva del 1996 sul distacco, pur adottando una lettura non formalistica e rigida del dato normativo ivi riportato, certamente la norma non pare pensata o calibrata sul trasporto transnazionale. Il 4° considerando, ad esempio, distingue le fattispecie di riferimento in almeno due macro-tipologie di prestazione di un servizio all'estero: quella di lavori (ma leggasi anche "servizi") prestati da un'impresa in favore di un destinatario o beneficiario del servizio, "*nell'ambito di un contratto concluso da tale impresa con il destinatario della prestazione di servizi*"; e quella di una cessione temporanea di lavoratori ad un'impresa utilizzatrice nel quadro di un appalto.

In riferimento alla *prima fattispecie* di cui alla suddetta direttiva, va detto che la complessità della valutazione nei trasporti transnazionali è anche legata al fatto che i soggetti interessati sono, nella gran parte dei casi, tre operatori economici distinti, da ravvisarsi nelle figure di un mittente, di un vettore e di un destinatario. In tal caso è necessario *in primo luogo* distinguere due ipotesi, quella in cui vettore e mittente si trovino nel medesimo Paese membro (con contratto di trasporto che dunque è stipulato secondo la regolamentazione del Paese comune ad entrambe le parti), dal caso di vettore localizzato in altro Paese membro rispetto al mittente. Sulla base di ricerche sviluppate in seno al Ministero del Lavoro italiano – in particolare attraverso uno studio commissionato ad alcuni

---

<sup>3</sup> Ovvero in presenza di imprese che "*a) distacchino un lavoratore, per conto proprio e sotto la loro direzione, nel territorio di uno Stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia; o b) distacchino un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia; o c) distacchino, in quanto imprese di lavoro temporaneo o in quanto imprese che effettuano la cessione temporanea di lavoratori, un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente*".

<sup>4</sup> G. Orlandini 2013; S. Giubboni 2012; G. Orlandini 2012.

<sup>5</sup> Cfr. in particolare C. Giust. 15 marzo 2011, causa c-29/10 *Koelzsch*; Corte Giust. 12 settembre 2013, causa c-64/12, *Schlecker*.

esperti cui si è chiesto di confrontarsi sulla applicazione in concreto della direttiva sui distacchi alle varie possibili triangolazioni – pare sia difficilmente prospettabile l'applicazione della direttiva sui distacchi alla prima di tali due ipotesi (stesso Stato per mittente e vettore)<sup>6</sup>, mentre è maggiormente ipotizzabile che la direttiva possa riguardare tutti i casi in cui vettore e mittente risiedano in Paesi diversi: stante il fatto che il contratto di trasporto, in qualunque modo lo si chiami o qualifichi, fra un mittente ed un vettore integra esso stesso, essenzialmente, la nozione “prestazione di servizi”.

Rientra poi all'interno di tale categoria (vettore e mittente di due diversi paesi membri), per quanto non ne sia certamente assorbente<sup>7</sup>, la disciplina sul c.d. “cabotaggio”<sup>8</sup> che, per espressa previsione normativa<sup>9</sup> reclama l'applicazione della direttiva sul distacco del '96.

Quanto invece alla *seconda fattispecie* richiamata dalla direttiva, ovvero quella di cessione temporanea di lavoratori in favore di un'impresa utilizzatrice, va in primo luogo evidenziato che tale ipotesi, letta nel suo contenuto minimale, potrebbe arrivare a lambire i casi di maggiore abuso degli spazi consentiti dalla normativa stessa, riguardando ad esempio il caso di agenzie di somministrazioni straniere – bulgare o rumene, nella gran parte dei casi che qui interessano – che somministrano conducenti ad imprese di altri Stati membri per l'effettuazione di trasporti sfruttando il minor costo del lavoro di tali conducenti. Tale somministrazione, dunque, potrà poi essere effettuata anche in favore di un vettore che, come sopra detto, preleva la merce da un mittente per consegnare la stessa ad un destinatario; oppure svolta, la somministrazione, in favore direttamente del mittente, che potrebbe anche risiedere nel medesimo paese del destinatario della merce. In entrambi i casi, basterebbe l'operazione di somministrazione effettuata a monte per poter/dover garantire l'applicazione della direttiva sul distacco transnazionale.

Ed è proprio tale tipica (nei trasporti) triangolazione dei rapporti, a rendere maggiormente dubitativa l'applicazione della direttiva in tema di distacco e, per l'effetto, contestabile da parte di tutti quegli operatori economici del settore trasporti che operano sul piano transnazionale con l'intento di aggirare le garanzie lavoristiche per contenere più possibile il costo del servizio di trasporto reso ed essere più competitivi sul mercato.

Tale difficoltà specifica, nel presente settore, è poi ulteriormente accresciuta da due circostanze, in particolare. In primo luogo dal fatto che la prestazione resa è – o dovrebbe essere, salvi i casi di abuso – contenuta in termini temporali, dovendosi ritenere che il servizio si esaurisce nel lasso di tempo necessario alla presa in carico della merce dal mittente ed alla consegna della stessa al destinatario. In secondo luogo dal fatto che talvolta il trasporto investe e coinvolge più Paesi per il solo passaggio dei mezzi di trasporto attraverso più Stati.

### *3. L'incertezza sulla normativa applicabile e la conseguente ricaduta su diritti degli autotrasportatori: quante e quali le vie di fuga dal diritto?*

Se dunque è da mettere in dubbio l'applicazione, al settore dei trasporti – in ognuna delle forme che questo presenti, al di fuori del cabotaggio (per l'espressa previsione normativa di cui si è detto) – della direttiva 96/71 sul distacco, ciò determinerà incertezza proprio sulla applicazione di

---

<sup>6</sup> Con argomentazioni che vorranno costituire oggetto di approfondimento.

<sup>7</sup> Né in termini giuridici né in termini di applicazione di fatto.

<sup>8</sup> Come disciplinata nel Reg. n. 1072/2009/Ce, spec. artt. 8-10.

<sup>9</sup> Cfr. Reg. n. 1072/2009 nella parte in cui prevede che la direttiva sul distacco trovi applicazione alle ipotesi di *cabotaggio*, le quali a loro volta ricorrono allorché un mittente, nell'ambito di un trasporto nazionale (quindi in favore di un destinatario che risiede nel medesimo Paese membro), si avvalga di un vettore estero. Cfr. comunque Capo III di tale Regolamento e considerando n. 15 dello stesso.

disposizioni quali, essenzialmente, l'art. 3, comma 1, lett. c) della stessa direttiva che reclamano (ad esempio) la garanzia di estensione, ai lavoratori distaccati, delle “*tariffe minime salariali*” in vigore nello Stato dove si effettua il distacco<sup>10</sup>.

V'è più esattamente da precisare, al riguardo, che proprio in riferimento al settore dei trasporti, più che in tutti gli altri casi di prestazione dei servizi, la voce relativa al c.d. “*salario minimo da garantire*” sia la sola ad avere uno specifico rilievo. A differenza di altri settori, le ulteriori voci previste in direttiva e finalizzate a garantire ai lavoratori in distacco quei minimi di trattamento paritario rispetto ai lavoratori del Paese in cui si effettua il distacco, non rivestono specifico rilievo.

Si pensi alla previsione dell'art. 3, comma 1, lett. a), relativa ai “*periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo*”, che nei trasporti, a differenza degli altri settori dei servizi, è sorretta da identica normativa derivata, non tanto dalla armonizzazione fra Paesi rispetto alla direttiva sull'orario di lavoro, quanto proprio da specifica normativa regolamentare europea<sup>11</sup> applicabile indistintamente in tutti gli Stati membri, data anche l'importanza di rispettare tempi massimi di guida e medesime garanzie di riposo per i conducenti in ragione di esigenze di sicurezza stradale e di incolumità delle persone.

Oppure si pensi all'ipotesi sub art. 3, comma 1, lett. f) per la tutela di gestanti, bambini o giovani, laddove si badi alla assoluta prevalenza di lavoro maschile nel settore *de quo* ed al limite della maggiore età per l'accesso alla guida di veicoli. Oppure ancora all'art. 3, comma 1, lett. g) in punto di tutela paritaria uomo-donna, per le medesime ragioni pratiche appena citate.

Parimenti ben poco rilevante, sul piano di fatto anche in questo caso, è la parte relativa alla durata minima delle ferie annuali retribuite, in ragione proprio della fortemente contenuta durata della prestazione lavorativa da svolgere nel Paese estero.

Pertanto, se certamente è necessario confrontarsi più approfonditamente con tali più generali regole dettate dalla normativa sui distacchi transnazionali e dal Regolamento di Roma I, arrivando appunto a dover attentamente valutare se si possa garantire una pervasiva applicazione della direttiva del '96, è comunque vero che, pur se possa darsi per applicabile, il settore dei trasporti potrebbe comunque essere maggiormente facilitato dall'utilizzare quegli strumenti derogatori all'applicazione della normativa europea che è la stessa direttiva a prevedere.

Il sedicesimo considerando, ad esempio, e poi l'art. 3, comma 5, legittimano gli Stati membri a derogare alla disciplina relativa alle tariffe minime salariali ed alla durata minima delle ferie annuali retribuite nel caso di “*scarsa entità dei lavori da effettuare*”. In tale specifico frangente, la differenza potrebbe giocarsi sulla modalità con la quale si contrattano i servizi di trasporto – ad esempio se a pacchetto riguardante un certo numero di consegne, o singolarmente, di volta in volta – oppure dalla stabilità nel tempo di tali rapporti, oppure ancora dall'intervallarsi delle destinazioni da parte dei vettori, come nel caso in cui pur in presenza di un numero elevato di consegne in uno stato membro nell'arco di un certo periodo di tempo, queste vengano tuttavia intervallate da consegne in altri e diversi Stati dell'Ue o extra-Ue. In tali casi la direttiva 96/71/Ce

---

<sup>10</sup> Su nozione e ambito di applicazione delle tariffe minime salariali di cui alla direttiva si è formata una rilevante giurisprudenza. Cfr. in punto, ad esempio, C. giust. 12 febbraio 2015, causa C-396/13, *Sähköalojen*.

<sup>11</sup> Da ultimo Reg. 561/2006/Ce del Parlamento europeo o del Consiglio del 15 marzo 2006. Per ulteriori e rilevanti normative in argomento: cfr. d. lgs. 286/2005, spec artt. 7 e 7bis su responsabilità del committente, per fini sociali e di tutela del lavoratore (dischi crono tachigrafici); poi modificato dal d.l. 103/2010 conv. Legge 127/2010. Inoltre art. 3, L. 692/1923 su lavori discontinui e art. 16, d. lgs. 66/2003 (e art. 11-bis. CCNL del settore, 2013), ma anche d. lgs. 234/2007 che si applica anche trasportatori autonomi. V. anche Reg. 1072/2009 cit.

(art. 3, comma 6) richiede di definire la durata del distacco in riferimento ad un anno a partire dall'inizio del distacco e ben si comprende, pertanto, come, sotto questo frangente, vi sia una scarsa rispondenza della direttiva stessa alle esigenze e caratteristiche del settore dei trasporti.

E proprio in via di accrescimento della “derogabilità” al sistema di tutele minime riportato in direttiva sui distacchi, va detto che uno Stato membro potrebbe comunque decidere di allentare gli obblighi circa la garanzia del salario minimo ai conducenti “distaccati” nel nostro Paese – ed ammesso che si considerino tali, e che quindi quelle garanzie minime trovino realmente applicazione – ma non potrebbe certamente compiere l’operazione contraria, diretta ad accrescere le garanzie *pro-labor* e di maggiore livellamento nei trattamenti fra *insiders* e *outsiders*.

A tale spazio di deroga in riferimento alla direttiva sul distacco, si aggiunge la disciplina specifica relativa al settore trasporti. L’art. 10, comma 1, reg. 1072/2009 dispone infatti che “*In caso di grave perturbazione del mercato dei trasporti nazionali all’interno di una determinata zona geografica, dovuta all’attività di cabotaggio o aggravata da tale attività, qualsiasi Stato membro può ricorrere alla Commissione ai fini dell’adozione di misure di salvaguardia comunicandole le informazioni necessarie e le misure che intende adottare nei confronti dei trasportatori residenti*”. Non risulta che ad oggi l’Italia, o parti più circoscritte del nostro territorio, si siano rivolti alla Commissione europea per sollevare in via formale l’esistenza di situazioni di “*grave perturbazione del mercato*” ciò non toglie che il nostro Paese non si trovi a scontare l’aggravarsi del fenomeno del cabotaggio o dei trasporti internazionali in generale, da parte di aziende di trasporti localizzate in aree con minor costo del lavoro e stanziate nei pressi del nostro territorio. Lo dimostra, implicitamente, l’operazione condotta dall’Italia in riferimento alla Croazia (che rappresenta uno dei Paesi dai quali maggiormente si intensificano i trasporti transnazionali). Difatti, mentre l’apertura al cabotaggio in Italia verso il blocco di Paesi immessi nell’Unione nel 2004 fu, da parte dell’Italia stessa, più rapido, l’apertura al cabotaggio nei riguardi della Croazia si sta dimostrando ben più lento. Ad un primo periodo transitorio di divieto di cabotaggio, applicato per due anni, dal 1°luglio 2013 (data di ingresso della Croazia nell’Ue) al 30 giugno 2015, è difatti seguita una ulteriore proroga di tale divieto, che pertanto scadrà al 30 giugno 2017<sup>12</sup>. Peraltro in controtendenza rispetto ad altri Paesi UE che si sono aperti al cabotaggio dopo tale primo periodo transitorio (quindi dal luglio 2015), come Germania, Regno Unito, Spagna e Portogallo.

Sulla base delle riflessioni fin qui svolte, acquista dunque un valore forse secondario, nel caso del trasporto, la questione della derogabilità nei riguardi della normativa europea per ragioni di ordine pubblico, talvolta addotto dagli Stati per tentare di ridurre il rischio della pratica effettiva di *dumping* sociale. Quello dell’ordine pubblico ha difatti costituito un argomento, da parte degli Stati, impiegato anche per forzare la propria normativa protezionistica (in specie adombrando una necessitata tutela dei lavoratori) e per imporre regole che di fatto comprimessero le libertà economiche dei vari operatori internazionali. In dottrina si è sostenuto che lo Stato ospitante potrebbe essere indotto a tentare di percorrere la strada dell’ordine pubblico – magari anche a costo di vederselo inficiato dalla Corte di Giustizia – non certamente per “*tutelare i lavoratori stranieri per improbabili finalità «solidaristiche»*” bensì per “*difendere il mercato del lavoro nazionale dalla concorrenza da parte di imprese che beneficiano di un più basso costo del lavoro e di norme meno rigide di tutela*”<sup>13</sup>. Tuttavia, se ciò è vero per il mondo dei servizi non meglio declinato, per il settore dei trasporti tale finalità si è decisamente andata assottigliando. E’ difatti ben più presente,

---

<sup>12</sup> [http://ec.europa.eu/transport/modes/road/haulage/doc/croatia\\_cabotage.png](http://ec.europa.eu/transport/modes/road/haulage/doc/croatia_cabotage.png)

<sup>13</sup> G. Orlandini 2013, 19.

negli ultimi anni – come vedremo oltre – una pratica ancor più radicale, ovvero quella della delocalizzazione dell’impresa di trasporti all’estero, con lo scopo di sfruttare, da parte delle imprese italiane delocalizzate in altri Paesi Ue, gli stessi vantaggi che le imprese estere attualmente possiedono nei confronti dell’Italia. Il tutto attraverso un processo di fuga all’estero delle imprese che non ha precedenti: basti pensare che in una città “dei trasporti” quale è stata per lungo tempo Trieste, tali tipologie di imprese non esistono pressoché più.

Il cerchio si chiude ove si presti attenzione al fatto che il settore dei trasporti è poi interessato da non irrilevanti pratiche di connivenza diretta ad eludere l’applicazione della disciplina sul distacco – sempre ammessa la sua applicabilità – anche nella parte che possiede una rilevanza, quale quella sulla garanzia del salario minimo. Tale connivenza verso la violazione della normativa ben spesso si realizza fra beneficiari del servizio di trasporto (pensiamo ad una impresa italiana) e trasportatori (ad esempio di un’impresa rumena) che si accordano fra loro per garantire al lavoratore stesso un salario decisamente inferiore a quello minimo previsto in Italia, ma pur sempre superiore a quello che lo stesso lavoratore percepiva in Romania. E’ a tale fenomeno che spesso va addebitata la mancanza di un contenzioso giudiziario direttamente instaurato fra le parti interessate: ovvero il lavoratore straniero e l’impresa italiana in favore della quale è distaccato).

Tale stato di fatto delle cose rende determinanti (pressoché solo) gli accertamenti ispettivi (soprattutto del Ministero del Lavoro), svolti proprio con lo scopo di garantire una corretta applicazione della normativa, nel più generale disegno di evitare forme alterate o illegittime di concorrenza fra imprese. Ed in tale prospettiva non è certamente irrilevante avere contezza del campo di applicazione della direttiva e comunque poter contare su ben più solidi strumenti di intervento al riguardo.

Proprio a questo proposito, la più recente direttiva 2014/67/Ue – che dovrebbe trovare trasposizione in Italia nell’estate 2016 – accorda proprio una accentuazione del potere ispettivo, sul presupposto che la sacca di riserva del *dumping sociale* nei trasporti risieda proprio (e solo) nel diverso costo del lavoro fra Paesi Ue. Guardati dunque sul momento gli interventi ipotizzati in tale nuova direttiva e calati in una prospettiva futura, alcuni aspetti meritano di essere evidenziati.

*In primo luogo* la direttiva del 2014, fra le varie facilitazioni in termini di cooperazione internazionale, prevede (ed è presumibile che prevederà nella implementazione italiana) un più snello flusso nelle notificazioni delle sanzioni all’estero, per rendere più facile e veloce recuperare presso l’impresa estera le differenze economiche con relative sanzioni, rispetto al salario minimo che doveva essere garantito durante il distacco. La necessità di rivedere gli strumenti di controllo e cooperazione è derivata dalla smodata diminuzione che si è registrata nell’ultimo decennio, in taluni settori in particolare (ed i trasporti continuano ad essere massimamente esemplificativi), del numero di lavoratori stranieri cui è stata applicata la normativa più garantista dell’Italia, piuttosto che della Francia o della Germania<sup>14</sup>, sul salario minimo, in particolare.

*In secondo luogo*, la direttiva 2014 ha offerto la possibilità di uscire dalla normativa sul distacco in caso di fronde da parte dell’azienda distaccante, stabilita nello Stato estero. E’ il caso tipico delle c.d. *letterbox companies*<sup>15</sup> per le quali quindi dovrebbe applicarsi per intero la

---

<sup>14</sup> Il fenomeno è prevalentemente sentito nei Paesi che costituiscono il blocco iniziale di costruzione dell’Europa unita, con regolazioni normative in taluni Stati in punto di antiabusi che possono dirsi anche a rischio di procedura di infrazione da parte della Commissione europea.

<sup>15</sup> Così definibile in Angharad Miller, Lynne Oasts, *Principles of International Taxation*, Bloomsbury Professional, 2012, p. XXXii: “a company which has complied only with the bare essentials for registration in a particular country, it really only exists on paper and doesn’t actually conduct any activities”.

normativa dello stato ospitante (e non solo la garanzia del salario minimo) dietro verifiche, rivolte appunto ad accertare la frode, di stampo prevalentemente fiscale, settore al quale dovrebbe maggiormente essere estesa la pratica di cooperazione internazionale.

Il campo di azione della nuova direttiva del 2014 è dunque molto ampliato rispetto a quanto fino ad oggi avvenuto, in cui la pratica accertativa degli ispettori era dotata di un'arma spuntata, tanto che la stessa diffida accertativa veniva (ma ancora viene, ovviamente) rimessa anche all'azienda italiana come coobbligato solidale, traendo spunto e sostegno normativo dalla disciplina (italiana) in tema di appalti che difatti dispone una responsabilità solidale fra appaltante ed appaltatore per ciò che riguarda il trattamento economico e normativo da garantire al lavoratore.

V'è da supporre, a leggere documenti presenti sul sito istituzionale dell'Ue<sup>16</sup>, che la strada approderà ad una ancor nuova revisione della direttiva sui distacchi – che avrebbe dovuto prendere avvio già con una proposta da presentare nel gennaio 2016 – in cui uno degli aspetti da rivedere dovrebbe proprio essere quello che si è riscontrato maggiormente abusato, ovvero la violazione della disciplina in tema di salario minimo. In quali termini questo possa avvenire è prematuro ipotizzarlo. Vi è tuttavia motivo di ritenere che l'Unione possa arrivare a dotarsi di strumenti ben più incisivi rispetto a quelli fino ad ora impiegati nella regolazione di aspetti connessi alla concorrenza (di armonizzazione minima), ovvero una maggiore ristrettezza e omogeneizzazione delle regole salariali in seno ai Paesi dell'UE. Il che sarebbe invero coerente con la politica già annunciata dall'attuale Presidente della Commissione europea, Juncker, prospettata in vista della sua elezione, come si legge al punto 8 del seguente documento ufficiale dell'UE: “*Labour Mobility Package: This initiative consists of a Communication on labour mobility, a targeted revision of the Directive on the posting of workers, and the revision of Regulations on social security coordination*”<sup>17</sup>.

La questione del campo di applicazione della direttiva distacco certamente non può rilevare nel caso dei trasporti con operatori localizzati in paesi extra-Ue, per i quali continuano a valere – come valgono in termini generali a prescindere dal settore dell'autotrasporto – le singole convenzioni internazionali, improntate al criterio della reciprocità, fra l'Italia ed i Paesi esteri<sup>18</sup>. Ne dà conto anche il Reg. n. 1072/2009<sup>19</sup> che riconosce come sia pur sempre lasciato agli accordi bilaterali fra Stati membri e Paesi terzi quel trasporto con partenza, o in arrivo, sul Paese terzo limitatamente alla parte di tragitto compiuto all'esterno dell'area UE (art. 1, comma 2). Di consueto, tali convenzioni definiscono specifici criteri di esecuzione dell'attività di trasporto, in modo particolare quella relativa al numero di trasporti<sup>20</sup>, ma certo è che tale ambito risulta e continua a risultare, ancor più difficile da valutare per far perlomeno valere quelle garanzie minime di cui si discorre.

L'unica garanzia a tal fine prevista è quella che appunto figura all'art. 1, comma 4, della direttiva 96/71/Ce laddove questa dispone che “*le imprese stabilite in uno Stato non membro non possono beneficiare di un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese stabilite in*

---

<sup>16</sup> Cfr. [http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/atwork/key-documents/index_en.htm).

<sup>17</sup> Cfr. [http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp\\_2016\\_annex\\_i\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/atwork/pdf/cwp_2016_annex_i_en.pdf), *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission Work Programme 2016*.

<sup>18</sup> Come invero confermato dalla stessa direttiva 96/71/Ce, ad esempio al considerando 20.

<sup>19</sup> Del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009 (*refusione*) che fissa norme comuni per l'accesso al mercato internazionale del trasporto di merci su strada.

<sup>20</sup> M. Cottone 2014, pp. 171-172.

*uno Stato membro*”, ed in ragione di ciò quella disciplina bilaterale dovrà quindi essere strutturata e predisposta dai singoli Paesi Ue in modo tale da non facilitare gli *outsiders* rispetto agli *insiders*.

#### 4. *Delocalizzazione, decentramento produttivo e destrutturazione dell'impresa: un percorso facilitato nell'autotrasporto*

La problematica del *dumping* sociale è dunque talvolta aggirata attraverso la pratica della delocalizzazione dell'impresa, potendo questa essere indotta a stanziarsi all'estero proprio per sottrarsi all'applicazione della legge nazionale italiana in favore della meno stringente normativa straniera. Tale operazione è ancor più evidente ed esasperata nel settore dei trasporti, che sconta, come abbiamo visto, una scarsa presa sul piano applicativo per le ragioni sopra sintetizzate: un sistema ispettivo focalizzato sulle imprese estere (con tutto ciò che comporta in tema di difficoltà di accertamento e controlli); una connivenza di fondo fra impresa distaccata e lavoratore in distacco; una particolarmente contenuta durata della prestazione di servizi; etc., cui si somma la scarsa se non nulla funzione di accertamento di violazioni che riguardano la retribuzione degli autisti da parte delle forze di polizia che effettuano controlli su strada.

L'intero processo, dunque, porta e porterà, non solo a continuare a beneficiare del lavoro dei conducenti bulgari nel territorio nazionale italiano in tutte le ipotesi in cui si convenga, con una buona dose di certezza, sulla applicazione della normativa sui distacchi (è il caso del cabotaggio tipico), bensì anche a favorire un processo di esportazione della direzione aziendale di imprese italiane – nei casi in cui si possa invece ipotizzare l'applicazione del Regolamento di Roma I, in luogo della direttiva sul distacco – esportazione che, a ben pensare, rappresenta alla fine uno fra i costi più contenuti dei processi di delocalizzazione, anche laddove si intenda dare una parvenza realistica di stanziamento all'estero dell'impresa (italiana). Ancor più l'operazione è agevolata, qualora si pensi addirittura di costituire delle mere *letterbox companies*. In entrambi i casi, ad ogni modo, l'impresa italiana va certamente incontro al vantaggio consistente nel mantenimento della competitività sul piano internazionale, ma lo stesso vantaggio non riguarda, invece, i lavoratori italiani e l'economia in generale del nostro Paese<sup>21</sup>.

Su tale aspetto si va ad inserire il riordino dei controlli ispettivi (2014/67/Ue), volti a verificare l'effettiva e genuina operazione di stanziamento all'estero dell'impresa e, al tempo stesso, l'effettiva e genuina operazione di distacco, di somministrazione o di appalto transnazionale cui l'impresa addiviene laddove si possa perlomeno con certezza ritenere applicabile tale normativa. Ad onor del vero, infatti, la regolazione intervenuta fino al 2014 non si è sostanzialmente occupata di identificare i casi di distacco non genuino ed ancor meno quelli di delocalizzazione all'estero finalizzata ad aggirare l'applicazione della più stringente normativa del paese d'origine. Ancor meno si può dire che sia avvenuto in riferimento ai trasporti, per il quale settore si assiste ad una forte discrasia fra la inefficace (o inefficiente) regolazione normativa e la notevole elusione che concretamente, di fatto, si verifica a scapito dei diritti dei lavoratori implicati.

Certamente la riforma sul distacco del 2014 vorrà aiutare in tal senso, come già argomentato, tuttavia non si può tacere che l'Italia già adesso sta sperimentando (massimamente nei trasporti) una forma evoluta di tale processo di esportazione o destrutturazione dell'impresa, consistente in una vera e propria frantumazione della stessa. Il fenomeno dei c.d. “padroncini” che

---

<sup>21</sup> A questo si aggiungano pratiche di doppia immatricolazione dei veicoli mediante noleggio dei mezzi dell'impresa italiana ad altra filiale in Paese estero, con l'effetto che il veicolo si trova ad avere due targhe e doppia documentazione, utilizzabile alla bisogna in entrambi i Paesi.

al momento non ha una grande presa di fatto nei Paesi dell'Ue, è invece ampiamente impiegato nel mercato interno italiano. La creazione cioè di micro-imprese monoveicolari, di tipo individuale, potrebbe finire per essere l'altra frontiera della pratica di prestazioni transazionali di trasporti con funzione elusiva.

In rapporto a tale nuovo scenario, potrebbero perfino mostrarsi inefficaci le nuove regole della direttiva sul distacco 2014/67/Ue ed anche quelle relative agli accertamenti sulla frode fiscale messa in atto con la costituzione di mere *letterbox companies* estere.

Dunque tale **decentramento o delocalizzazione** dell'attività, quand'anche non si tratti di una vera e propria **destrutturazione o frantumazione** dell'impresa, non possono considerarsi, nello specifico dei trasporti, in specie quello su ruota, funzionali ad accogliere o garantire specializzazioni produttive delle imprese decentrate, come invece si è argomentato in sostegno di una lettura positiva – e non solo abdicativa dei diritti – del decentramento produttivo delle imprese stesse<sup>22</sup>.

##### 5. Appalto e somministrazione transnazionali nel settore dell'autotrasporto

Sotto altro frangente, laddove si badi agli strumenti azionabili nelle pratiche di trasporto transnazionale, questi sono davvero molteplici nel settore dei trasporti, anche rispetto a quelli più generali ampiamente utilizzati, quali appunto l'appalto e la somministrazione di lavoro. Pensiamo infatti a contratti di natura commerciale tra imprese denominati in vario modo: da quelli genericamente detti "di trasporto", fino a quelli di subvezione, di spedizione, di logistica, di noleggio, *global service*, etc.<sup>23</sup>.

Ben spesso tali contratti dalle diverse denominazioni, nel caso della disciplina nazionale, sono riconducibili all'appalto nei termini in cui è regolato *ex art. 1655 ss. c.c.*<sup>24</sup> – ma tale riconduzione non è affatto scontata – laddove la prestazione di trasporto sia richiesta da un'impresa italiana che addiviene ad un appalto con altra impresa italiana per un'attività di trasporto da svolgersi all'estero (nelle quali ipotesi corre peraltro l'obbligo di dubitare, come detto, della applicazione della disciplina sul distacco *ex dir. 96/71/Ce*). Ma un ragionamento molto simile potrebbe essere ipotizzato nel caso in cui la prestazione di trasporto sia richiesta da un'impresa italiana per servizio di trasporto con beneficiario nel territorio italiano ma con contratto stipulato con un'impresa di trasporti estera (che peraltro costituisce l'ipotesi tipica di cabotaggio).

Difatti, la stessa direttiva 96/71/Ce, nella sua declinazione generale, dà spazio ad annoverare fra le pieghe tutte quelle forme contrattuali attraverso le quali si dia corso ad una fornitura di servizi mediante l'impiego di lavoratori in altro Stato membro rispetto a quello di abituale svolgimento della prestazione (art. 2, comma 1, *dir. 96/71/Ce*). Tuttavia la questione presenta una dose maggiore di complessità nel caso dei trasporti, proprio per la difficoltà di ritenere sempre e comunque applicabile tale direttiva nelle varie ipotesi che si potrebbero presentare, come già anticipato.

L'appalto è ben spesso impiegato in un processo a catena, massimamente esasperato in questo campo, che genera ulteriore frantumazione del parco-diritti dei lavoratori in conseguenza della frammentazione dell'attività d'impresa, quand'anche non si tratti di frantumazione dell'impresa stessa. Va difatti menzionata la previsione di cui all'art. 1, comma 151, della L. n. 190/2014, laddove ha disposto lo stanziamento, a decorrere dal 2015, di una somma fino a 50

---

<sup>22</sup> P. Zanelli 1989.

<sup>23</sup> Si veda, per la disciplina nazionale, il d. lgs. n. 286 del 21.11.2005.

<sup>24</sup> Trib. Bolzano, 13.5.2011 e rib. Bolzano 10 giugno 2011.

milioni € per favorire “*competitività e razionalizzazione del sistema dell’autotrasporto*”, in favore di “*imprese che pongono in essere iniziative dirette a realizzare processi di ristrutturazione e aggregazione*”.

La legge finanziaria per il 2015 (l. n. 190/2014), sul punto, ha inoltre modificato l’art. 83-*bis* del d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008, il cui nuovo comma 4-*bis* adesso prevede la necessità che il committente verifichi la regolarità contributiva della società (vettore) che fornisce il servizio di trasporto – mediante la consegna di documentazione comprovante la regolarità contributiva (assicurativa e previdenziale) relativa a non oltre 3 mesi precedenti la stipulazione del contratto – pena l’attivazione di un regime di responsabilità solidale in capo all’appaltante (solidarietà che è dunque stata estesa espressamente anche al settore dei trasporti). Laddove poi il contratto di trasporto sia privo della forma scritta, il committente si assume anche gli oneri relativi all’eventuale inadempimento degli obblighi fiscali e alle violazioni del codice della strada che siano state commesse nell’espletamento del servizio eseguito nel suo interesse. L’applicazione di tale aggravio nel caso di vettori residenti all’estero potrebbe certamente essere valutata come un intralcio alla libera concorrenza fra imprese ed invero fra le pieghe della giurisprudenza della Corte di Giustizia vi è probabilmente spazio per asseverare tale impostazione. E l’aspetto non andrà certamente sottovalutato nell’indagine sul punto che verrà condotta nella rielaborazione successiva del presente lavoro.

Se difatti ci limitassimo a vedere la disciplina dei trasporti in ambito strettamente nazionale, già in questa sede non dovremmo dimenticare come la questione della parità di trattamento negli appalti – di cui si continua a discutere ampiamente sul piano interno, nonostante la riforma normativa del d. lgs. 276/2003, art. 29, abbia espulso il riferimento alla regola che impone tale parità – fra lavoratori dell’appaltante e dell’appaltatore non sia così piana, non solo per quello che riguarda i diritti strettamente retributivi, e quindi il riconoscimento dei minimi di trattamento economico, ma anche per quei diritti che costituiscono un costo indiretto od eventuale del fare impresa: pensiamo alla disciplina in tema di estensione dei diritti sindacali o di quelli relativi a licenziamenti illegittimi ovvero anche di assunzione di quote di riserva di lavoratori disabili, e via dicendo.

Ancor meno di garanzia è il caso di un appalto transnazionale, per la presenza di quella sola, e limitata, regola di parificazione fra appaltante e appaltatore, intervenuta per il tramite della direttiva 96/71/Ce, attraverso l’elenco di cui all’art. 3, relativo alle condizioni minime da garantire ai lavoratori in distacco e della cui scarsa applicazione nel caso dei trasporti si è già detto.

La trasposizione nazionale di cui al d. lgs. 72/2000, tuttavia, addivene a ben maggiore pervasività delle regola paritaria<sup>25</sup>, specialmente nella parte in cui, all’art. 3, comma 3, si occupa di regolare gli appalti endoaziendali. In tali casi è prevista espressamente la garanzia di estensione, ai lavoratori dell’appaltatore transnazionale, non solo dei diritti minimi di natura retributiva praticati dall’appaltante, ma anche ad assicurare un trattamento normativo non inferiore a quello praticato da quest’ultimo<sup>26</sup>. Invero la previsione non trova conferma nella regolamentazione europea – e della legittimità di quella nazionale è ampiamente lecito dubitare – ed ancor meno nella giurisprudenza della Corte, che forniscono una diversa risposta, quanto a diritti sociali praticabili. A ciò si aggiunga

---

<sup>25</sup> Cfr. ad esempio circ. Min. Lav. 14/2015 del 9 aprile 2015.

<sup>26</sup> Anche al di fuori dell’ipotesi di appalto introaziendale (di cui all’art. 3, comma 3, d. lgs. 72/2000, l’art. 3, comma 1 dispone in favore dei distaccati l’applicazione delle *medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative (...) applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe*”.

come la normativa di recepimento italiana pare fornire margini di garanzia diversi, a seconda che l'accesso al mercato italiano avvenga con lo strumento dell'appalto introaziendale (transnazionale) piuttosto che con quello del distacco transnazionale. Il risultato della nostra norma di trasposizione non è altro che la conseguenza diretta di quella tensione tutta europea in favore della libera concorrenza, che induce talune legislazioni, in specie quelle dei primi Paesi del blocco originario Cee, ad adoperarsi con regolamentazioni al limite del rispetto della normativa europea, se non in conflitto con quella, nell'obiettivo di costituire un deterrente agli abusi o un disincentivo a pratiche elusive.

Anche l'utilizzo della somministrazione è massimamente esasperato, in dimensione elusiva, nel settore dei trasporti transnazionali. La possibilità di ricorrere ad Agenzie europee di somministrazione, facenti capo in special modo a Paesi di più recente ingresso in Europa (perlomeno dal 2004), come Romania e Bulgaria, non è certamente impedita dalla legislazione europea e nazionale, inserendosi tale facoltà nel più ampio novero della normativa rivolta a favorire la libertà di concorrenza. Per le Agenzie estere, infatti, solo di recente è stata disposta la regolare iscrizione in apposito Albo informatico istituito presso il Ministero del Lavoro, della cui legittimità taluni hanno perfino discusso come possibile strumento limitativo della libera concorrenza, anche se dovremmo interrogarci più a lungo su tale supposta limitazione, dal momento che il medesimo incombente è previsto anche per le imprese italiane. A rigore, difatti, tali agenzie estere di somministrazione non sono tenute a ricevere una specifica autorizzazione alla somministrazione da parte di Paesi terzi laddove siano in possesso di un titolo autorizzatorio rilasciato presso il proprio Paese (ai sensi proprio della direttiva sulla somministrazione 2008/104/Ce). Ed anche la garanzia fideiussoria, richiesta per le imprese di somministrazione italiane, non è estendibile alle imprese di somministrazione estere, se non nei casi in cui queste non abbiano assolto ad "*obblighi analoghi*" nel Paese membro d'origine, intendendosi per tali quelli capaci di rendere "*concreta ed effettiva la tutela del lavoratore nel caso di eventuali inadempimenti, di natura retributiva e contributiva, da parte delle agenzie di somministrazione*"<sup>27</sup>. A rigore, la normativa ministeriale (Min. Lav.) di cui alla cir. 14/2015, richiede garanzie di parificazione nei trattamenti assolutamente analoghe a quelle richieste fra imprese che svolgano tali funzioni e che risiedano, entrambe, nel territorio nazionale. Ciò dal momento che dispone che il lavoratore (straniero) somministrato in Italia benefici di condizioni di lavoro e di occupazione complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, oltre all'estensione del regime (italiano) di solidarietà fra utilizzatore e agenzia. La fonte peraltro sarebbe proprio la normativa europea, ed in particolare l'art. 5 della dir. 2008/104/Ce – ma già prima la stessa direttiva sul distacco autorizzava gli Stati a prevedere una estensione delle garanzie lavoristiche del paese ospitante<sup>28</sup> – ma nel caso dei trasporti va detto che la forzatura applicativa di tale garanzia opera in due direzioni. Da un lato, infatti, si conta sull'assoluta difficoltà, ancora allo stato attuale, di operare controlli ed azionare i relativi strumenti nei confronti delle imprese estere; dall'altro sulla elevata diffusione numerica sul territorio dei servizi di trasporto mista alla scarsa durata della prestazione lavorativa in somministrazione.

In ragione di quanto rappresentato, il panorama di riferimento si fa ancora più variegato, composto difatti da un differente bilanciamento fra tutela della concorrenza ed estensione dei diritti dello stato ospitante, a seconda che ci si trovi di fronte, per quel che ci occupa, ad un servizio di

---

<sup>27</sup> Cfr. Interpello Min. Lavoro n. 31/2014 del 2.12.2014. V. anche circ. Min. Lav. n. 7/2005.

<sup>28</sup> Cfr. difatti l'art. 3, comma 9: "*gli Stati membri possono prevedere che l'impresa di cui all'art. 1, paragrafo 1 garantisca ai lavoratori a norma dell'art. 1, paragrafo 3, lett. c) il beneficio delle condizioni che sono applicabili ai lavoratori temporanei nello Stato membro in cui è eseguito il lavoro*".

trasporto fornito mediante ricorso all'appalto, oppure alla somministrazione di lavoro. E la cosa presenta ancora maggiori connotati di particolarità e differenza, nel caso dei trasporti, fra i due istituti (appalto e distacco), laddove non è affatto anomala la pratica di appalti di trasporto in favore di imprese monoveicolari, quindi in sostanza facenti capo al singolo autotrasportatore<sup>29</sup>.

#### 6. *La contrattazione collettiva italiana come vulnus alle garanzie retributive e di trattamento*

Accanto a tali profili non va certamente sottovalutato il potere, rimesso alle stesse aziende appaltatrici o sub-appaltatrici, di scegliere in autonomia il **contratto collettivo applicabile**. Una valutazione al riguardo serve anche per individuare il parametro retributivo che potrebbe/dovrebbe essere preso a riferimento nella definizione della retribuzione minima da applicare laddove, certamente – come detto – si possa con certezza ipotizzare l'applicazione della direttiva sul distacco del '96.

Il diritto sindacale italiano, ad esempio, che certamente non impone alle aziende l'iscrizione o l'adesione ad organizzazioni sindacali datoriali, ancor meno può impedire alla aziende stesse di scegliere il contratto collettivo della categoria produttiva che alle imprese stesse appaia più confacente ai propri standard produttivi o alle proprie esigenze aziendali. Fra tali più generali esigenze, si fanno rientrare quelle relative alle condizioni contrattuali meno gravose praticabili ai lavoratori. E' ormai comune, nella prassi applicativa nazionale, in tali frangenti, che le imprese scelgano l'applicazione di uno specifico contratto collettivo per la maggiore convenienza economica dello stesso. Se dunque tale valutazione si trasferisce nel contesto degli appalti, ancor più evidente è la formazione di "sacche di riserva" in favore di regolamentazioni più contenute o risicate in danno dei lavoratori di imprese appaltatrici<sup>30</sup>. Tale constatazione porta, o dovrebbe portare, ad interrogarci attentamente sul parametro di riferimento che dovrebbe essere preso a misura nella definizione della retribuzione da applicare ad un lavoratore straniero in distacco. Certamente, il parametro retributivo del contratto collettivo applicato dall'appaltante diviene quello da prendere a riferimento, anche per il Giudice, per determinare la retribuzione da garantire (ex art. 2099 c.c.) al lavoratore dipendente dall'appaltatore, ma solo qualora l'appaltatore stesso, pur avendo gli strumenti per farlo, non abbia individuato il contratto collettivo applicabile e non vi sia modo per avere certezza del contratto che di fatto lo stesso sta applicando ai lavoratori. E' però ben diversa la posizione degli appaltatori esteri, che certamente tale possibilità di scelta non hanno e dovrebbero quindi passivamente dover subire l'applicazione del contratto che solo astrattamente pare confacente, ovvero quello dell'appaltante. Potrebbe dunque diventare evidente che, laddove l'impresa straniera non sia in grado di poter scegliere, al pari di quella italiana, il contratto preferibile, l'applicazione del CCNL dell'appaltante, per quanto veicolato, se dal caso, da un Giudice o da un accertamento ispettivo dell'Autorità nazionale, determini un maggior svantaggio per l'impresa estera. Il che impone di valutare con particolare attenzione gli strumenti attraverso i quali potremmo pensare di imporre ad un'azienda (appaltatore) estero l'estensione del contratto collettivo dell'appaltante che non si estende di diritto neppure all'appaltatore nazionale. Anche su tale aspetto sarà dunque necessario sviluppare una specifica analisi, laddove il ragionamento si voglia proprio calare nel contesto sovranazionale e di definizione ed inquadramento degli strumenti che potrebbero costituire una limitazione alla libertà di concorrenza.

---

<sup>29</sup> Sull'impresa monoveicolare, F. Rivellini 2012.

<sup>30</sup> L. Corazza 2004; F. Scarpelli 2004; P. Chieco 2006; M.T. Carinci 2007; U. Carabelli 2009; M. Lozito 2013.

In tale ambito, della limitata efficacia del contratto collettivo italiano come *vulnus* al potere di imporre maggiori garanzie economiche e di trattamento (non essendo il CCNL applicabile in via generalizzata), si affianca il limite inverso, di una contrattazione collettiva decentrata che, ai sensi dell'art. 8, d.l. 138/2001 (convertito in l. n. 148/2011), ha invece efficacia generalizzata, ma in senso assolutamente abdicativo dei diritti derivanti dalla legge o dal contratto collettivo. Tale aspetto potrebbe senza dubbio pesare nei confronti di quelle imprese che premono per un maggiore utilizzo dell'art. 8 cit., essendo poi le stesse che potrebbero finire per subirne le maggiori conseguenze in termini di maggiore concorrenza e *dumping sociale*. Trattandosi difatti di una regolamentazione, questa sì, *erga omnes*, dovrebbe poter essere garantita anche alle imprese straniere<sup>31</sup>: tutte le volte in cui una normativa italiana può essere derogata da parte delle aziende italiane (come con la contrattazione aziendale in deroga), non vi è spazio per pretendere l'applicazione di quella stessa normativa alle imprese straniere, che tale contrattazione contrattuale decentrata in deroga non potrebbero certamente attivare (per la mancata iscrizione al sindacato, per la mancanza di RSU, etc...). La qual cosa potrebbe certamente rappresentare un mezzo per aggirare – pur sempre dietro il presupposto di una loro piena legittimità – quelle maggiori garanzie di parificazione che il d. lgs. 72/2000 avrebbe introdotto o che comunque derivano dalla stessa normativa sulla somministrazione di lavoro.

#### 7. Un sistema ispettivo poco efficace?

Badando ai vari summenzionati aspetti, in riferimento al settore trasporti su strada, pare consequenziale affermare che l'apparato regolativo esistente e la prassi applicativa registrata rendano senza dubbio un servizio in favore di un processo di elusione normativa. In ragione di tale processo, nessuna impresa dell'Europa occidentale certamente ha da guadagnarci, non potendosi a ragione ritenere che la ricerca della massima concorrenza fra imprese, in questo caso, serva a selezionare gli operatori più capaci o migliori nell'offrire i servizi richiesti. Potrà certamente trattarsi di favorire un contenimento dei prezzi di quei servizi, ma a scapito pur sempre dei salari o di altri diritti degli stessi beneficiari, essendo costoro, a loro volta, lavoratori.

Allo stesso tempo, nella dimensione interna, nazionale, degli appalti nei trasporti, l'effetto sopra descritto è invece raggiunto dall'assenza, a partire dal 2003, di una regola generale di parificazione nei trattamenti come originariamente individuata dall'art. 3, l. 1369/60 che condivisibilmente favorisce la frantumazione dell'impresa<sup>32</sup>. Il ricorso all'appalto, in tali casi, è ancor più funzionale ad una funzione derogativa<sup>33</sup>, in cui la concorrenza è giocata interamente sui costi dei conducenti.

A coronamento dell'intero quadro qui delineato, tema particolarmente sentito è quello degli **accertamenti ispettivi**. La concorrenza giocata sul costo del lavoro, nel settore dei trasporti, è difatti tanto più rilevante in considerazione del fatto che si tratta sostanzialmente di rispettare due ordini di regole.

Da un lato vi sono quelle relative all'esecuzione del trasporto stesso. Basti pensare alla stringente, ed uniforme, normativa che riguarda i limiti di carico dei veicoli<sup>34</sup>; i tempi di riposo dalla

---

<sup>31</sup> In tema, V. Bavaro 2012; G. Orlandini 2012; G. Orlandini 2013.

<sup>32</sup> C. Zoli 2005; M. Lozito 2013.

<sup>33</sup> L. Corazza 2004; V. Speciale 2006.

<sup>34</sup> D. lgs. 59/2010; Reg. Ue 1024/2012; dir. 2014/67/Ue.

guida<sup>35</sup>; le autorizzazioni necessarie per svolgere la stessa attività di autotrasportatore<sup>36</sup>; gli incartamenti necessari a procedere alla presa in carico della merce ed alla consegna della stessa; i limiti di velocità da rispettare; le autorizzazioni al trasporto nell'Ue, etc.. A tale riguardo la regolazione normativa è a tal punto consistente, oltre ad essere la medesima, in ambito infra-UE, da ritenere che vi sia scarsa possibilità di alterare gli equilibri fra le imprese che erogano servizi di trasporto<sup>37</sup>. Sotto tale frangente, peraltro, vanno evidenziate le specifiche e maggiormente accentuate competenze pratiche, operative, delle stesse Autorità ispettive nazionali nell'individuare possibili lesioni a tali doveri o aggiramenti di limiti.

Dall'altro lato, invece, vi è l'ordine di regole che fa capo, appunto alla normativa relativa al distacco di cui si è detto, laddove applicabile, e comunque quella specifica relativa al cabotaggio di cui al regolamento n. 1072/2009. A questo proposito, infatti, a differenza di quanto appena detto, è ben più probabile aggirare la normativa o, meglio, utilizzarla, in specie attraverso quei processi di delocalizzazione e frantumazione dell'impresa di cui si è detto, per evitare l'applicazione di più stringenti regole giuslavoristiche ai lavoratori distaccati, e quindi per ridurre i costi del fare impresa.

Di tali circostanze è ben consapevole il legislatore europeo della dir. 2014/67/UE nell'evidente richiamo ad una necessità di intervento più stringente in ambito europeo per *“combattere la violazione e l'elusione delle norme applicabili da parte di imprese che traggono indebito o fraudolento vantaggio dalla libera prestazione di servizi sancita nel TFUE e/o dall'applicazione della direttiva 96/71/CE”* (settimo considerando).

Le stesse circostanze sembra riconoscere la Commissione, in risposta rilasciata da László Andor il 5 maggio 2014 – ad interrogazione presentata da C. Muscardini (ECR) – in cui si conviene espressamente sull'esistenza di *“carenze nel modo in cui la direttiva 96/71/CE è attualmente attuata e applicata”*, tanto che *“la Commissione ha proposto una direttiva di applicazione, provvisoriamente concordata dai colegislatori e votata dal Parlamento europeo il 15 aprile 2014. Essa dovrebbe contribuire a ridurre il numero e la gravità degli abusi”*.

Inoltre, è lo stesso Governo nazionale a palesare come, in riferimento alla garanzia di applicazione della retribuzione minima, *“l'esperienza in tema di controlli appare certamente più limitata”*<sup>38</sup>.

E nello specifico del processo fittizio di delocalizzazione/frantumazione dell'impresa, quella stessa direttiva invita ad una maggiore cooperazione fra Stati per verificare l'essenziale condizione che *“il datore di lavoro sia effettivamente stabilito nello Stato membro a partire dal quale avviene il distacco”*. Fra tali parametri di controllo saranno certamente considerati quelli relativi alla valutazione del fatturato dell'impresa distaccante, oppure alla fittizia creazione di lavoratori *“autonomi”* improntata e finalizzata all'aggiramento della normativa europea, come già sopra detto. Nel caso specifico dei trasporti, tuttavia, tale valutazione sarà pur sempre quanto mai complicata in ragione dell'accresciuto fenomeno dell'impresa monoveicolare (c.d. padroncini) che potrebbe mascherare forme di *“subappalto dei servizi”* da parte di altra impresa, finalizzato appunto a limitare ulteriormente la normativa relativa alla protezione delle condizioni di lavoro. Il che

---

<sup>35</sup> Nelle più specifiche disposizioni sugli orari di guida e riposi di cui al Reg. Ce n. 561 del 2006 ed alla Dir. n. 2002/15/CE sull'orario di lavoro.

<sup>36</sup> *In primis* il Reg. 1071 del 21.10.2009.

<sup>37</sup> Per quanto vi sono esempi a livello azionale di adozione di strumenti o normative che parrebbero rendere più gravoso per le imprese estere l'effettuazione di determinati servizi di trasporto. Si pensi alle c.d. tariffe a forcilla, che saranno fatte oggetto di approfondimento nel contributo finale.

<sup>38</sup> Pag. 14 di Rapporto su attività ispettiva.

richiederebbe, sempre sul piano dei controlli, l'effettuazione di percorsi di verifica a catena, andando magari ad indagare sulla presenza di una sorta di "mono-committenza" da parte di un'impresa di trasporti nei riguardi di un'impresa individuale.

L'effetto di *dumping* sociale che pertanto si realizza in specie nel settore dei trasporti è dunque la diretta conseguenza di un sistema di controlli fin troppo articolato e complicato, cui va aggiunto il fenomeno della moltiplicazione delle imprese, che appunto fa crescere notevolmente il numero delle operazioni societarie sospette da dover verificare. Al tempo stesso il quadro si completa dalla pressoché totale assenza di denunce o reclami o contenziosi da parte dei diretti destinatari dei benefici negati o aggirati (ovvero i lavoratori) che quasi paiono testimoniare una diversa realtà rispetto a quella invece percepita dagli operatori economici, costantemente pronti a denunciare l'intollerabilità degli abusi nel settore dei trasporti.

E ad ogni modo non può essere sottovalutato, proprio ed in particolare nel settore dei trasporti, come ben spesso non vi sia convenienza economica ad effettuare gli accertamenti ispettivi che finiscono per essere gli unici strumenti in grado di costituire un valido deterrente rispetto agli abusi (stante l'assenza di contenzioso da parte dei lavoratori per la dinamica di connivenza sopra descritta). Quello dei trasporti è appunto uno dei settori in cui la prestazione lavorativa è massimamente contenuta in termini di durata della prestazione resa in territorio estero, e per ciò stesso anche il recupero economico, con le relative sanzioni, dopo ampi sforzi di ricostruzione delle vicende dell'impresa nella dimensione transnazionale e di quelle relative ai contratti – che comunque non garantiranno (fino alla applicazione della direttiva 2014/67/UE) una certezza di recupero delle somme evase, anche a motivo della scarsa collaborazione internazionale fra Paesi – ben spesso potrebbe essere destinato a cedere il passo di fronte ad accertamenti ispettivi che potrebbero garantire una maggiore certezza di riscossione ed entrate più cospicue.

### **Riferimenti bibliografici**

- Bavaro V. (2012), *Azienda, contratto e sindacato*, Cacucci, Bari.
- Brino V. (2012), *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato. Le prospettive dell'Unione europea*, Cedam, Padova.
- Carabelli U. (2009), *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari.
- Carinci M.T. (2007); *Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati negli appalti*, in L. Montuschi (a cura di), *Un diritto in evoluzione. Studi in onore di Yasuo Sawa*, Giuffrè, Milano, p. 335.
- Ceruti M., Treu T. (2010), *Organizzare l'altruismo. Globalizzazione e welfare*, Laterza, Bari.
- Chieco P. (2006), *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, p. 105.
- Colombo F. (2009), *La paga. Il destino del lavoro e altri destini*, Il Saggiatore, Milano.
- Corazza L. (2004), *Contractual integration e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova.
- Cottone M. (2014), *Il lavoro nell'autotrasporto*, in M. Cottone (a cura di), *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, p. 163 ss.
- Giubboni S. (2012), *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna.
- Lozito M. (2013), *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, Bari.

- Lyon Caen A. (2011), *A proposito di dumping sociale*, in *Lav. Dir.*, 1, p. 7 e ss.
- Miller A., Oasts L. (2012), *Principles of Internationale Taxation*, Bloomsbury Professional, 2012, p. XXXii.
- Orlandini G. (2012), *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 137/2012.
- Orlandini G. (2013), *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Perulli A. (1998), *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova.
- Perulli A. (2011), *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in *Lav. Dir.*, 1, p. 13 e ss.
- Pessi R. (2011), *Dumping sociale e diritto del lavoro*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, p. 617 ss.
- Scarpelli F (2004), *Appalto e distacco*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, p. 435.
- Speziale V. (2006), *Appalti e trasferimento d’azienda*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 41/2006.
- Zanelli P. (1989), *Decentramento produttivo*, in *Dig. Disc. Priv., sez. Comm.*, Utet, Torino, vol. IV, p. 221.
- Zoli C. (2005), *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in AA.VV. *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, Atti Aidlass 2004, Giuffrè, Milano, p. 73.