

# IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ  
DI SIENA  
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 5 - dicembre 2011

LIMITI ALL'INIZIATIVA ECONOMICA  
PRIVATA E TUTELA DEL LAVORATORE  
SUBORDINATO: IL RUOLO DELLE C.D.  
“CLAUSOLE SOCIALI”

Stefano Costantini

## **LIMITI ALL'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA E TUTELADEL LAVORATORE SUBORDINATO: IL RUOLO DELLE C.D. "CLAUSOLE SOCIALI"**

**Stefano Costantini**

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro  
nell'Università di Genova*

*L'indagine ha ad oggetto il rapporto fra la disciplina delle c.d. "clausole sociali" ed il principio della libertà dell'iniziativa economica, e, più in particolare, il rapporto fra diritti sociali, libertà dell'iniziativa economica e disciplina della concorrenza. Le indicazioni che giungono dalla giurisprudenza comunitaria inducono a riflettere sulla legittimità di questo modello di politica legislativa, consolidato nell'ordinamento interno.*

*This essay is based on the analysis of the relationship between the so-called "labour clauses" and the principle of economic freedom and, particularly, the relation between social rights, the free enterprise and the regulation of concurrency. Recent judgments of the European Court of Justice lead us to think about the legitimacy of this model of legislative policy, well-established in the domestic legal system.*

### Sommario

1. Ambito dell'indagine
  - 1.1. Campo di applicazione dell'art. 41 Cost.
  - 1.2. Contenuto della libertà d'iniziativa economica
  - 1.3. Natura dei limiti della libertà d'iniziativa economica
  - 1.4. Rapporto fra libertà d'iniziativa economica e libertà di concorrenza
  - 1.5. Itinerario della ricerca
2. Le clausole sociali di "prima generazione": l'art. 36, l. n. 300/1970, ed il principio di libera iniziativa economica
  - 2.1. Le clausole sociali di prima generazione nei "mercati fisicamente limitati"
  - 2.2. Il trattamento dei lavoratori dipendenti come potenziale "barriera all'entrata" per i *new comers*
  - 2.3. La Corte di Giustizia e le clausole sociali di prima generazione
  - 2.4. Dalla libertà di concorrenza alla libertà di prestare servizi
3. Le clausole sociali di "seconda generazione": la tutela dei livelli occupazionali ed il principio di libera iniziativa economica
  - 3.1. Successione cronologica nell'appalto e trasferimento d'azienda

- 3.2. Tutela dei livelli occupazionali e libertà d'iniziativa economica nelle sentenze della Corte Costituzionale
- 3.3. L'impatto del diritto dell'UE sulle clausole di seconda generazione
  - 3.3.1. Gli spazi a disposizione della contrattazione collettiva nella tutela dell'occupazione dei lavoratori
  - 3.3.2. Il principio della libera prestazione di servizi e la tutela dei livelli occupazionali
- 4. Considerazioni conclusive

## 1. Ambito dell'indagine

Nel nostro ordinamento vi sono disposizioni di legge che impongono l'onere di garantire ai lavoratori una tutela economica e normativa minima, attraverso l'osservanza dei contratti collettivi di lavoro, alle imprese che intendano usufruire dei provvedimenti di concessione di benefici e agevolazioni di carattere finanziario o creditizio accordati dallo Stato, o che vogliano acquisire appalti e concessioni pubbliche. Sono presenti, inoltre, disposizioni tese a regolare gli effetti sociali dei processi di liberalizzazione del mercato e di privatizzazione delle imprese operanti in determinati settori dell'economia, (anche) attraverso l'imposizione alle imprese dell'obbligo di garantire l'occupazione ai lavoratori coinvolti. Siffatte disposizioni, sebbene differenti fra loro per natura e funzione, sono tutte egualmente riconducibili al modello di politica legislativa delle clausole sociali<sup>1</sup>.

È di tutta evidenza che le clausole sociali, volte alla tutela del diritto al lavoro, inteso nel duplice senso di diritto a condizioni di lavoro dignitose e di diritto all'occupazione, possono entrare in conflitto con la libertà d'iniziativa economica dell'impresa. Al fine di verificare se queste clausole possano essere considerate legittime e quale sia il limite massimo entro cui può essere costretta la tutela della libertà d'iniziativa, a fronte della salvaguardia dei diritti sociali, appare necessario svolgere qualche considerazione preliminare sul significato del principio di libera iniziativa economica, di cui all'art. 41 Cost.: una disposizione complessa, che ha dato adito a molteplici interpretazioni, di cui non è possibile dare conto in questa sede<sup>2</sup>. Ci si limiterà, pertanto, a riepilogarle brevemente.

---

<sup>1</sup> Cfr. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, 133 ss.

<sup>2</sup> Sull'art. 41 Cost., cfr. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, voce *Enc. Dir.*, Vol. XXI, 582 ss.; GALGANO, *Sub Art. 41*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici*, t. II, Art. 41-44, Bologna-Roma, 1982, 1 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, I, 309 ss.

### 1.1. Campo di applicazione dell'art. 41 Cost.

Una prima questione, sulla quale si sono manifestate opinioni contrastanti, riguarda l'ambito di applicazione dell'art. 41 Cost.

A noi pare di dover accogliere l'opinione secondo cui la disposizione in esame non si riferisce ad ogni attività economica, ma esclusivamente all'impresa. Quest'affermazione contiene un'approssimazione. La dottrina<sup>3</sup>, infatti, ha rilevato che, nonostante l'espressione "iniziativa economica" sia usata indifferentemente come sinonimo di "impresa" nei lavori preparatori della Costituzione<sup>4</sup>, non ci può essere perfetta coincidenza fra il concetto di "iniziativa economica" e quello di "impresa", poiché esistono attività economiche non esercitate professionalmente e comunque non organizzate<sup>5</sup>.

In questa sede, tuttavia, quest'approssimazione sembra accettabile, nel senso che far coincidere l'attività economica con l'impresa fa sì che non sia possibile ritenere che l'ambito di applicazione dell'art. 41 Cost. si estenda ad ogni attività avente finalità economiche: in particolare, è sufficiente a respingere la tesi che riconduce nell'ambito dell'art. 41 Cost. il lavoro subordinato<sup>6</sup>. Infatti, per quanto certamente anche il lavoro

<sup>3</sup> Per tutti, cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 70.

<sup>4</sup> Cfr. Atti dell'Assemblea Costituente, III Sottocommissione, 16° seduta antimeridiana, martedì 1° ottobre 1946, 107-115.

V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 71; cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 11-12; OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 315; MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, voce *Enc. Giur. Trec.*, par. 3. È dubbio se le prestazioni di lavoro autonomo e le professioni liberali siano protette dall'"ombrello" dell'art. 41 Cost. (in tal senso BELVISO, *Il concetto d'iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, I, 157), ovvero se rientrino nella protezione accordata dagli artt. 4, c. 1, (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 70), e 35 Cost. (ICHINO, *Il contratto di lavoro*, t. I, Milano, 2000, 3 ss.). Cfr. anche OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 317-318, e PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010, par. 4.2.1.

<sup>6</sup> Cfr. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 69 ss., e BARRESI - COMUNALE, *Libertà d'iniziativa economica e utilità sociale (il problema della c.d. funzionalizzazione dell'impresa privata)*, in *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969, 212, nota 14 (i quali rilevano che «l'iniziativa economica non è certo dei lavoratori subordinati. In che cosa consisterebbe per tali soggetti la libertà d'iniziativa? Come potrebbero contrastare, nell'esplicazione della loro attività, l'utilità sociale?»). Cfr. anche MORBIDELLI, *Iniziativa economica*, cit., par. 3. In termini più dubitativi, cfr. PERA,

subordinato sia un'attività con finalità economiche, i lavoratori dipendenti sono «destinatari di specifiche disposizioni costituzionali, idonee per contenuto a distinguersi in modo netto da (e talora anche a contrapporsi a) quelle dedicate (...) alla controparte datoriale»<sup>7</sup>.

## 1.2. Contenuto della libertà d'iniziativa economica

Per quanto riguarda il contenuto della libertà d'iniziativa economica (altra questione ampiamente dibattuta), sembra di poter accogliere l'opinione secondo cui questa consiste non solo nella libertà dell'impresa di decidere se intraprendere un'attività economica, ma anche in quella di organizzarla: la libertà d'iniziativa economica è, quindi, la libertà «di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre»<sup>8</sup>. In altri termini, l'art. 41, comma 1, Cost. tutela sia la fase propulsiva, sia la fase di svolgimento dell'attività economica.

Non sembra, invece, convincente l'opinione che separa la libertà dell'iniziativa economica, sancita dall'art. 41, comma 1, Cost., riferendola alla sola fase propulsiva, dallo svolgimento dell'attività, che sarebbe invece regolato dall'art. 41, comma 2 e 3, Cost.<sup>9</sup>.

Da un lato, come ha rilevato la dottrina, quest'ultima tesi non ha saldo fondamento, non potendosi trovare a sostegno di essa,

---

*Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, ristampa con appendice, Milano, 1970, 132, nota 108. Di opinione contraria, M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 151; CORRADO, *Trattato di diritto del lavoro*, t. I, Torino, 1965, 295; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova, 1992, 465.

<sup>7</sup> PEDRINI, *Note preliminari*, cit., par. 4.2.1. Per converso, gli imprenditori possono essere esclusi dal novero dei destinatari dell'art. 4 Cost.: cfr. G. U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Dir. Pubb.*, 2009, 21 ss.

<sup>8</sup> GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 4. Cfr. anche M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 152.

<sup>9</sup> Cfr. BALDASSARRE, voce *Iniziativa*, cit., par. 7, secondo cui l'iniziativa economica ed il suo svolgimento sono «disciplinati separatamente dai primi due commi dell'art. 41» Cost.; invece, «l'attività economica in tutta la sua estensione, dal suo inizio fino al suo completo spiegamento», formerebbe «l'oggetto della disciplina prevista nel terzo comma». Cfr. anche M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 16.

nell'art. 41 Cost., né argomenti letterali<sup>10</sup>, né logici<sup>11</sup>. Dall'altro lato, occorre sottolineare come sia stata proprio la Corte Costituzionale ad affermare che «la libertà di organizzazione e di gestione dell'impresa (...) è un elemento della libertà d'iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.»<sup>12</sup>. L'opzione interpretativa, secondo cui l'art. 41 Cost. garantisce sia la fase dell'iniziativa, sia quella del concreto svolgimento dell'attività economica, trova dunque supporto nella giurisprudenza costituzionale<sup>13</sup>.

Quest'interpretazione dell'art. 41 Cost. non è priva di conseguenze. Se l'art. 41, comma 1, Cost. estende la garanzia della libertà sia alla fase propulsiva, sia alla fase di svolgimento dell'attività economica, anche i limiti che l'art. 41, comma 2, Cost. letteralmente riferisce allo svolgimento dell'iniziativa economica privata<sup>14</sup> devono essere considerati comuni ad entrambe le fasi in cui si articola l'attività economica<sup>15</sup>. Infatti,

<sup>10</sup> Secondo V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 232 ss., l'art. 41, c. 1, Cost. farebbe riferimento all'iniziativa economica privata in contrapposizione alla gestione pubblica dell'economia, «rispetto alla quale vuol tutelare (...) i valori dell'impulso conferito dall'interesse privato alla produzione: e non può intendersi pertanto, per una ingannevole assonanza di radici verbali, come allusiva alla mera fase iniziale delle singole intraprese in cui si snoda tale processo propulsivo».

<sup>11</sup> Cfr. PEDRINI, *Note preliminari*, cit., par. 4.2.1, secondo cui qualsiasi attività economica si articola in una serie di atti concatenati, per cui «scindere un'ipotetica iniziativa originaria dal suo successivo svolgimento sarebbe concettualmente impossibile».

<sup>12</sup> Corte Cost. 22 novembre 1991, n. 420.

<sup>13</sup> Cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 17, che ricorda la sent. Corte Cost. 16 dicembre 1958, n. 78, e PEDRINI, *Note preliminari*, cit., par. 4.2.1, il quale richiama la sent. Corte Cost. 8 aprile 1965, n. 30. Ampi riferimenti in PACE, *Problematica delle libertà*, cit., 461; LOTTINI, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Il Foro Amm. T.A.R.*, 2004, par. 4.

<sup>14</sup> Non si affronta la questione se i limiti di cui all'art. 41, c. 2, Cost. siano immediatamente percettivi (cfr. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, vol. I, Milano, 1955, 97; BARRESI - COMUNALE, *Libertà d'iniziativa*, cit., 233), o se questa disposizione contenga un'implicita riserva di legge (cfr. GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 42-43). In merito, cfr. PACE, *Problematica delle libertà*, cit., 480 ss.

<sup>15</sup> Cfr. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1962, 37. Analogamente PACE, *Problematica delle libertà*, cit., 463. Di opinione contraria M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 19, il quale sostiene che, se si ritiene possibile distinguere il momento propulsivo dell'attività economica e quello del suo svolgimento, si può affermare che la garanzia "piena" di cui all'art. 41, c. 1, Cost. riguarda solo il primo momento, grazie all'esclusione

«se identico è l'oggetto della libertà d'iniziativa di cui al primo comma dell'art. 41 e della libertà di svolgimento delle iniziative limitata nel secondo comma, allora bisogna dedurre che il diritto di cui al primo e al secondo comma dell'art. 41 non è riconosciuto dalla Costituzione in modo assoluto, ma solo entro i limiti fissati dal secondo comma». Quest'ultima affermazione, peraltro, è confermata dall'analisi della giurisprudenza della Corte Costituzionale, secondo cui «è all'iniziativa (e non quindi solo allo svolgimento e/o all'attività) che sono ricondotti i limiti di cui all'art. 41, cc. 2 e 3, Cost.»<sup>16</sup>.

### 1.3. Natura dei limiti della libertà d'iniziativa economica

Pur senza entrare qui nel merito della definizione dei concetti di sicurezza, libertà e dignità umana<sup>17</sup> e di utilità sociale<sup>18</sup>, è

dell'applicabilità dei "limiti" di cui ai commi secondo e terzo (p. 14): soltanto nei momenti dell'attività economica successivi all'iniziativa, «chi la esercita può essere sottoposto ad obblighi non solo negativi, ma anche di *pati* (...) o di *facere*» (p. 71, e lì, nota 164, per la distinzione fra limiti "positivi" e "negativi" all'iniziativa economica).

<sup>16</sup> M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 18, con analisi critica delle argomentazioni della Corte Costituzionale.

<sup>17</sup> Sull'ampiezza da attribuire alle espressioni "sicurezza", "libertà", e "dignità umana", nel senso di stabilire se queste debbano essere riferite alla generalità dei cittadini, ovvero soltanto ai lavoratori subordinati, cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 190, e V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 237-241. Senza soffermarsi sulle tesi intermedie (ancora M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 188), è sufficiente ricordare che al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana corrispondono «altrettante situazioni giuridiche costituzionali attive»: i limiti alla libera iniziativa economica di cui all'art. 41, c. 2, Cost., cioè, altro non sono «se non il versante passivo di altri diritti costituzionali direttamente azionabili» (PEDRINI, *Note preliminari*, cit., par. 4.2.2). Sulla nozione di "dignità umana", cfr. da ultimo FERRANTE, *Dignità dell'uomo e diritto del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2011, 211.

<sup>18</sup> Il significato della formula "utilità sociale" ha da sempre suscitato un intenso dibattito. L. EINAUDI (Atti dell'Assemblea Costituente, seduta antimeridiana, martedì 13 maggio 1947, 3938) ha affermato che questa formula appare priva di «un significato preciso»: in merito, cfr. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione (natura giuridica, efficacia, garanzie)*, in MORTATI, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, t. III, Milano, 1972 (scritto originario del 1953), 166. Altri hanno sostenuto che l'"utilità sociale" debba essere identificata con il concetto di



necessario soffermarsi almeno sulla questione della natura di questi limiti. Secondo l'orientamento prevalente (che riteniamo di poter condividere), i limiti posti dall'art. 41, c. 2, Cost. rappresentano un limite "esterno" e non già un limite interno all'essenza della libertà d'iniziativa economica<sup>19</sup>. Si esclude, perciò, che l'utilità sociale costituisca un fine determinante la legittimità dell'iniziativa economica<sup>20</sup>: in altri termini, si esclude la funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata all'utilità sociale. Infatti, la dottrina prevalente ha messo in luce che il problema della legittimità dell'iniziativa economica è disgiunto da quello della sua utilità sociale. Sono stati gli stessi padri costituenti «a prendere, implicitamente, posizione sul rapporto fra iniziativa economica privata e utilità sociale, ponendo l'esigenza di programmi e di controlli opportuni perché l'attività economica (...) possa essere indirizzata e coordinata "a fini sociali"»<sup>21</sup>. Ciò significa che, in assenza di programmi e controlli che indirizzino e coordinino l'attività economica, la sua

---

“benessere economico collettivo”, trascendendo da valori espressamente tutelati dalla Costituzione (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 246-250); altri ancora, invece, hanno fatto riferimento al “benessere collettivo” *tout court*, cioè al benessere collettivo politico, economico e sociale (M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 133). Dibattuto è anche il fatto se il concetto di utilità sociale faccia riferimento ad interessi collettivi (NATOLI, *Limiti costituzionali*, cit., 91) o generali (per un riepilogo, cfr. BARRESI - COMUNALE, *Libertà d'iniziativa*, cit., 225, nota 37). PEDRINI, *Note preliminari*, cit., par. 4.2.2, ha rilevato che la Corte Costituzionale ha spesso giustificato i limiti di legge apposti all'iniziativa economica, argomentando la loro rispondenza ai requisiti dell'utilità sociale «attraverso un collegamento con altri beni costituzionalmente garantiti in modo espresso». Soltanto in un numero minore di casi, la Corte ha ritenuto giustificate le limitazioni legislative alla libera iniziativa economica «in forza d'interessi non direttamente riconducibili a specifici interessi costituzionali».

<sup>19</sup> Cfr. GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 4, nota 3. In precedenza già M. MAZZIOTTI, *Iniziativa economica privata, proprietà privata e diritto del lavoro*, in *Giur. Cost.*, 1958, 1210. Recentemente cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Le "ragioni" dell'impresa e la tutela dei diritti del lavoro nell'orizzonte della normativa europea*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2005, 65; DE SIMONE, *Poteri del datore di lavoro e obblighi del lavoratore*, in F. CARINCI (a cura di), *Il lavoro subordinato. Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, vol. XXIV, *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, 2007, 258.

<sup>20</sup> Di opinione contraria, NATOLI, *Limiti costituzionali*, cit., 105; BARRESI - COMUNALE, *Libertà d'iniziativa*, cit., 232-238. Cfr. anche BELVISO, *Il concetto d'iniziativa*, cit., 153.

<sup>21</sup> GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 4, nota 3.

destinazione sociale non può essere garantita; tuttavia, questo non implica che, in mancanza di programmi e controlli, l'iniziativa economica privata sia illegittima. Non solo. All'accettazione della tesi della "funzionalizzazione" dell'impresa verso l'"utilità sociale", è connesso il pericolo di «rendere intangibile il potere dell'imprenditore, dal momento che risulta ben difficilmente attaccabile la posizione di chi è chiamato a svolgere una funzione sociale»<sup>22</sup>.

Se, dunque, la legittimità dell'iniziativa economica non può essere valutata in ragione della sua finalizzazione al raggiungimento dell'utilità sociale, allora «il parametro di valutazione della legittimità delle norme che regolano il processo economico» non può essere rappresentato dal «loro scopo, cioè il loro riferirsi o meno a quelle esigenze sociali cui deve conformarsi la gestione privata della produzione (e l'intervento pubblico che la regola)», ma, piuttosto, è costituito dalla misura in cui queste norme sono poste a tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti<sup>23</sup>.

#### **1.4. Rapporto fra libertà d'iniziativa economica e libertà di concorrenza**

Resta un ultimo punto da chiarire, ai fini della nostra indagine: il rapporto tra libertà dell'iniziativa economica e libertà di concorrenza. In proposito, si ritiene di dovere accogliere l'opinione secondo cui dalla libertà di cui all'art. 41 Cost. discende il riconoscimento della libertà di concorrenza, nel senso che «la libertà d'iniziativa economica del singolo si presenta, in rapporto all'iniziativa economica degli altri, come libertà di concorrenza»<sup>24</sup>. In altri termini, l'individuazione del principio di libera iniziativa economica «è al contempo fonte di una libertà del cittadino verso lo Stato e di una libertà del cittadino verso gli

---

<sup>22</sup> Cfr. GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 41, nota 5, secondo cui «concepire l'imprenditore come una sorta di funzionario dell'utilità sociale» rischia di «giustificare, una volta per sempre, il profitto dell'imprenditore come una remunerazione del servizio sociale da lui reso».

<sup>23</sup> M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 18.

<sup>24</sup> GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 11; cfr. anche OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 329, e MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, cit., par. 10.

altri cittadini»: e di questa libertà «possono fruire, per un medesimo settore di attività, più imprenditori e, in linea di principio, una pluralità illimitata d'imprenditori»<sup>25</sup>.

In verità, per lungo tempo sono state poste due questioni controverse: se la libertà di concorrenza potesse essere considerata un principio costituzionalmente garantito; se, in caso affermativo, la libertà di concorrenza potesse essere ricondotta nell'ambito della tutela garantita dall'art. 41 Cost. all'iniziativa economica.

Per quanto riguarda la prima questione<sup>26</sup>, si può affermare che la libertà di concorrenza da sempre sia stata considerata un principio generale del nostro ordinamento giuridico<sup>27</sup>. Soltanto più recentemente, invece, la dottrina ha riconosciuto unanimemente che la libertà di concorrenza trova una diretta tutela nella Costituzione, a seguito della crescente influenza del diritto dell'UE sull'ordinamento italiano, nonché dell'approvazione della l. n. 287/1990<sup>28</sup> e dell'entrata in vigore del novellato Titolo V della Costituzione (con particolare riferimento al nuovo art. 117 Cost.<sup>29</sup>, in cui la "tutela della concorrenza" è stata posta fra le materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato)<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. e Soc.*, 2003, 499. Originariamente cfr. MORTATI, *Il diritto al lavoro*, cit., 177 e 179.

<sup>26</sup> Per un riepilogo delle differenti posizioni in dottrina, cfr. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2003, 347 ss.

<sup>27</sup> Cfr. già gli atti dell'Assemblea Costituente, su cui GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale*, cit., 478, ma anche Corte Cost. 15 giugno 1956, n. 6, in cui è stato affermato che l'indirizzo fondamentale di libera concorrenza (...) può ben essere ritenuto uno dei principi del nostro ordinamento giuridico» (cfr. ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza: note a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 380).

<sup>28</sup> Sulla portata della normativa antitrust, cfr. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, I, 543; CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 1995, 53 ss.

<sup>29</sup> Cfr. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza"*, cit., 362 ss.

<sup>30</sup> Cfr. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale*, cit., 455; ARNAUDO, *Costituzione e concorrenza*, cit., 382; ARCONZO, *La Corte, padrona del giudizio in via principale, riconosce che senza tutela della concorrenza non c'è libertà d'iniziativa economica privata*, in *Giur. Cost.*, 2007, 632.

A risolvere la seconda questione, in senso affermativo, ha invece dato un notevole contributo la più recente giurisprudenza costituzionale<sup>31</sup>: nella sent. 9 marzo 2007, n. 64, infatti, la Corte Costituzionale ha esplicitamente ricondotto all'art. 41 Cost. il fondamento giuridico della libertà di concorrenza<sup>32</sup>. Si può allora concludere che la libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41, c. 1, Cost. è una libertà del privato non solo verso lo Stato ("dimensione verticale"), ma anche verso gli altri soggetti privati ("dimensione orizzontale"): dunque, «il principio di libera concorrenza si esprime nella libertà del singolo di poter concorrere sul mercato con la propria attività economica e, stando all'art. 41, c. 1, Cost., di potervi concorrere liberamente»<sup>33</sup>.

Per quanto riguarda la "dimensione orizzontale" della libera iniziativa economica, tuttavia, è opportuna un'ulteriore distinzione. Come ha affermato la Corte Costituzionale nelle sent. 23 novembre 2007, n. 401, 14 dicembre 2007, n. 430, e 12 febbraio 2010, n. 45, il principio di libertà di concorrenza concerne «le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti e i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati», e «le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando i vincoli al libero

---

<sup>31</sup> In dottrina, propendevano per la soluzione negativa V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 224; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 95 (secondo cui «la libertà d'iniziativa economica non contiene in sé il principio di libertà di concorrenza. La libertà (...) è una *figura verticale*; la concorrenza, una *figura orizzontale*. L'una indica sfere di azione, protette *contro* lo Stato; l'altra indica rapporti *tra* imprenditori, cioè tra soggetti che esercitano, o hanno esercitato, la libertà d'iniziativa economica») e CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 987.

<sup>32</sup> Corte Cost. 16 dicembre 1982, n. 223, aveva già affermato che «la libertà di concorrenza tra imprese (...) integra la libertà d'iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori».

<sup>33</sup> GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale*, cit., 502. Secondo BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 211, la concorrenza, essendo caratteristica strutturale del mercato, «si attergerebbe a condizione affinché la libertà d'iniziativa economica non si svolga in contrasto con l'utilità sociale» e, perciò, sarebbe tutelata non dal comma 1, ma dal comma 2, dell'art. 41 Cost.

esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese»<sup>34</sup>. Detto altrimenti, la nozione di concorrenza deve essere studiata non soltanto in un’ottica che possiamo definire “soggettiva”, in cui «il “valore” sotteso alla disciplina costituzionale delle attività economiche» è «la “libertà del mercato”», intesa come «la risultante della convergente presenza, in un dato settore, di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica che predetermini le regole del gioco, valide per tutti nella stessa misura»<sup>35</sup>, ma anche in un’ottica che possiamo indicare come “oggettiva”, in cui il valore è quello dell’apertura dei mercati quale condizione prodromica per poter concorrere su di essi.

Queste due visioni della concorrenza non sono fra loro antitetiche, ma complementari o, meglio, “coesenziali”<sup>36</sup>: la concorrenza, infatti, non può prescindere dall’apertura dei mercati, che implica l’eliminazione delle barriere all’entrata e la riduzione dei vincoli al libero esplicarsi della competizione. Tenendo conto di entrambe le prospettive, la nozione interna di concorrenza riflette quella adottata dall’Unione europea<sup>37</sup>, che guarda la concorrenza sia in ottica soggettiva (art. 119, comma 1, TFUE, cui si sommano i divieti di comportamenti anticoncorrenziali e di aiuti di Stato, ex artt. 101, 102, 106 e 107 TFUE), sia in ottica oggettiva (artt. 26 e 56 TFUE)<sup>38</sup>.

### 1.5. Itinerario della ricerca

Le considerazioni preliminari svolte servono a chiarire il quadro di riferimento di questo studio, che sarà condotto analizzando la disciplina delle differenti clausole sociali (nell’accezione precisata all’inizio del paragrafo). Partendo dal

---

<sup>34</sup> Cfr. OCCHIOCUPO, *Costituzione, persona umana, mercato concorrenziale*, in *Riv. Ass. It. Cost.*, 2010, n. 0, 19.

<sup>35</sup> PACE, *Libertà “del” mercato e libertà “nel” mercato*, in *Pol. Dir.*, 1993, 328-329.

<sup>36</sup> DI GASPARE, *Il lavoro quale fondamento della Repubblica*, in *Dir. Pubb.*, 2008, 887.

<sup>37</sup> Cfr. Corte Cost. n. 401/2007; n. 430/2007; n. 45/2010.

<sup>38</sup> Sulle caratteristiche della disciplina della concorrenza nel mercato dell’Unione europea, cfr. CASSESE, *La nuova costituzione*, cit., 47 ss.

presupposto che i diritti dei lavoratori tutelati dalle clausole sociali trovano origine in disposizioni costituzionali differenti rispetto a quelle poste a protezione della fase propulsiva e della fase di svolgimento dell'attività economica (nonché della libertà di concorrenza), la riflessione si concentrerà sul tema dell'incontro-scontro fra i diritti sociali dei lavoratori e la libertà d'iniziativa economica.

Da un lato, i diritti dei lavoratori, intesi come i «diritti della persona “concreta e situata in un determinato contesto”, nel quale, per ragioni culturali, sociali, fisiche o sociologiche, essa viene a trovarsi»<sup>39</sup>, possono essere considerati diritti fondamentali: come ha messo in luce la dottrina, dalla constatazione che tutti i diritti consacrati in Costituzione hanno eguale rango discende l'inserimento dei diritti sociali dei lavoratori nella categoria dei diritti fondamentali<sup>40</sup>.

Dall'altro lato, la libertà d'iniziativa economica «è, per sé, libertà e non diritto», anche se «crea diritti»<sup>41</sup>: non è cioè la mera somma di altri diritti riconosciuti, ma è «un quid pluris, che è dato dall'utilizzazione congiunta di una somma di diritti e di libertà per l'esercizio di un'attività (...) al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi»<sup>42</sup>. Tale libertà, però, si sostanzia in «una posizione giuridica soggettiva costituzionalmente tutelata»<sup>43</sup>, che appartiene «al più ampio genus dei diritti della persona, solitamente denominati “diritti di libertà”, proprio perché (...) è la libertà a costituirne il contenuto»<sup>44</sup>. Dunque, la libertà d'iniziativa economica, al pari dei diritti sociali, è «un principio istituzionale, cui la recezione nella Carta fornisce l'elemento formale della garanzia costituzionale, necessario per assurgere a dignità di libertà fondamentale; in particolare non

---

<sup>39</sup> BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *Lav. Dir.*, 2000, par. 4, la quale precisa che «i diritti sociali, dunque, non sono diritti di tutti, in quanto “tengono conto” delle diverse condizioni dalle quali dipende il bisogno di protezione». Cfr. anche M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, vol. II, Padova, 1995, 117.

<sup>40</sup> Per tutti, cfr. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, 3.

<sup>41</sup> OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 322.

<sup>42</sup> GALGANO, *Sub Art. 41*, cit., 4.

<sup>43</sup> OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 319-320.

<sup>44</sup> PACE, *Libertà e diritti di libertà*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2009, par. 1.

potendo dubitarsi che questa sia dichiarata come proiezione della personalità individuale tutelata dall'intero ordinamento, la pretesa del singolo a vederla rispettata e quindi a godere della posizione contemplata dalla relativa norma assume la natura di un vero diritto fondamentale»<sup>45</sup>.

In verità, nel passato, parte della dottrina ha negato la possibilità di ricondurre la libertà d'iniziativa economica ai diritti fondamentali<sup>46</sup>. Oggi, però, i dubbi potrebbero essere superati tenendo conto della supremazia del diritto dell'UE: gli artt. 15 e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (d'ora innanzi "Carta di Nizza"), infatti, riconoscono esplicitamente come diritti fondamentali la libertà di prestare servizi e la libertà d'impresa (che sottende non solo la libertà «di esercitare un'attività economica o commerciale, ma anche quella contrattuale e quella di concorrenza»<sup>47</sup>). Peraltro, lo "statuto" dei diritti fondamentali

---

<sup>45</sup> V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 228; OPPO, *L'iniziativa economica*, cit., 319-320. Sul riconoscimento tardivo a livello costituzionale della libertà d'iniziativa economica, GROTANELLI DE' SANTI, *Qualche osservazione sull'evoluzione del valore costituzionale della libertà d'iniziativa economica*, in *Studi e Note di Economia*, 1996, 10.

<sup>46</sup> Cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 42, secondo cui la libertà d'iniziativa economica non sarebbe un diritto fondamentale, in quanto priva dei caratteri d'indisponibilità e d'irrinunciabilità che contraddistinguono questa categoria di diritti. In merito, cfr. PACE, *Libertà e diritti di libertà*, cit., par. 5.3, nota 146, secondo cui (nella misura in cui si distingue la libertà d'impresa dai diritti relativi all'azienda) l'individuo, esercitando i diritti di libertà, esplica la propria personalità umana e afferma la sua dignità di uomo. L'intrasferibilità, l'irrinunciabilità, l'indisponibilità e l'imprescrittibilità, dunque, sarebbero propri del diritto d'iniziativa economica in virtù della «sua qualificazione come "diritto della persona"» (PACE, *La variegata struttura dei diritti costituzionali*, in *Associazione per gli Studi e Ricerche parlamentari. Quaderno n. 8. Seminario 1997*, Torino, 1998, 77). In posizione minoritaria anche BALDASSARRE, voce *Iniziativa*, cit., par. 6, il quale ritiene che il potenziale contrasto fra dignità umana e libertà d'iniziativa economica, varrebbe ad escludere «tale libertà dal novero dei diritti della personalità, i quali, per definizione (...) sono espressioni viventi della stessa personalità umana» e, quindi, dai diritti costituzionali primari. In senso contrario a questa tesi, è stato rilevato che, in virtù della pluralità di valori fondamentali incorporati in tutte le costituzioni contemporanee, è del tutto possibile (se non probabile) che i principi costituzionali primari configghino fra loro (cfr. M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 40, nota 82).

<sup>47</sup> VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 674.

contenuti nella Carta di Nizza<sup>48</sup> è oggi più “sicuro”, in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dal momento che la Carta «è espressamente richiamata dall’art. 6, c. 1, TUE, che le assegna lo stesso valore giuridico dei Trattati. La Carta è insieme un Bill of Rights (cioè una dichiarazione a sé stante, non inserita in una costituzione), ma è anche una “fonte” in senso tecnico»<sup>49</sup>.

Dato per acquisito che sia la libertà d’iniziativa economica sia i diritti sociali dei lavoratori possano essere considerati come diritti fondamentali<sup>50</sup>, si pone il problema del loro (eventuale) “conflitto”. Per risolvere questa potenziale contrapposizione, occorre tenere presente che «un diritto fondamentale può essere limitato solo da un altro diritto di pari rango»<sup>51</sup> e che i diritti sociali, nel loro complesso (come anche la gran parte dei diritti di libertà), «sono in conflitto con il mercato, nel senso che possono essere garantiti solo a condizione che sia adeguatamente limitata e ristretta la sfera del mercato»: ne discende che la limitazione della sfera del mercato non può che passare per la limitazione ed il restringimento dei diritti di libertà che la costituiscono, cioè la proprietà privata e (soprattutto, per ciò che qui rileva) la libertà d’iniziativa economica<sup>52</sup>. In questa sede, allora, si cercherà di

---

<sup>48</sup> GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell’Unione europea*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, 19, ricorda che la Carta di Nizza sancisce «l’equiordinazione, attorno al valore centrale e unificante della dignità della persona, dei diritti civili, politici, economici e sociali» e si caratterizza per l’affermazione «del principio dell’indivisibilità, interdipendenza e complementarità dei diritti di prima, seconda e terza generazione».

<sup>49</sup> BALLESTRERO, *Globalizzazione e diritto del lavoro: la tutela dei diritti sociali oltre la dimensione nazionale*, in [www.diobma.udg.edu](http://www.diobma.udg.edu), 2010, par. 4. La tecnica del rinvio adottata dall’art. 6, c. 1, TUE, per conferire alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati, è diversa da quella dell’incorporazione, prevista originariamente nel titolo II del Trattato per la Costituzione europea: ciò non muta l’efficacia giuridica conferita alla Carta medesima. In merito, cfr. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 81/2010, 9, nota 18.

<sup>50</sup> E che possano ritenersi superate la priorità assiologica dei diritti di libertà e la “minorità” dei diritti sociali: cfr. BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT – 55/2007, 4.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> Cfr. e cit. DICIOTTI, *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2004, n. 4, 69, e, in modo più diffuso, DICIOTTI, *Il mercato delle libertà*, Bologna, 2009, 73 ss. Sull’ulteriore distinzione fra diritti sociali *self*



stabilire fino a che punto le clausole sociali poste a tutela dei diritti dei lavoratori consentano una compressione della libertà del mercato.

## **2. Le clausole sociali di “prima generazione”: l’art. 36, l. n. 300/1970, ed il principio di libera iniziativa economica**

Conclusa questa lunga premessa, si può entrare nel merito della disciplina delle clausole sociali, partendo dalle disposizioni che impongono all’imprenditore impegnato nella realizzazione di un’opera pubblica, ovvero in un pubblico appalto, nonché agli imprenditori concessionari, l’onere di garantire (e far applicare) ai propri dipendenti (ed ai dipendenti di eventuali subappaltatori<sup>55</sup>) un trattamento minimo, previsto nei contratti collettivi.

Queste clausole sociali, che definiamo “di prima generazione”, hanno una storia più che secolare: il primo esempio risale addirittura all’art. 340, l. n. 2248/1865, all. F)<sup>54</sup>. Da allora, l’utilizzo delle clausole sociali si è costantemente consolidato nel tempo<sup>55</sup> e la loro diffusione non si è registrata soltanto in Italia, ma anche in altri Stati europei<sup>56</sup>, fino a trovare esplicita previsione nella Convenzione OIL n. 94/1949, *Labour clauses (public contracts) convention*<sup>57</sup>.

*executing* e diritti sociali “condizionati” (nel senso che il loro soddisfacimento richiede l’intervento dei pubblici poteri), cfr. BALLESTRERO, *Europa dei mercati*, cit., 4.

<sup>55</sup> Cfr. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, in PROSPERETTI (a cura di), *Commentario allo Statuto dei Lavoratori*, vol. II, Milano, 1975, 1220.

<sup>54</sup> Su cui NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1953, I, 267 ss.

<sup>55</sup> Cfr., ad esempio, l’art. 21, l. n. 272/1906, sulla disciplina degli appalti nelle ferrovie concesse in gestione privata. Sui progetti di legge presentati nel corso dei primi anni del secolo scorso, cfr. CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1909, I, 416 ss.

<sup>56</sup> Sull’esperienza francese ed inglese, cfr. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l’estensione della applicazione del contratto collettivo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1973, 709.

<sup>57</sup> Su cui VINCENTI, *Origine ed attualità della c.d. “clausola sociale” dell’art. 36 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Dir. Lav.*, 1999, I, 435, e BRUUN, JACOBS,

Per molto tempo ancora, tuttavia, nell'ordinamento italiano il ricorso alle clausole sociali non è stato previsto in una norma di carattere generale: le clausole erano di volta in volta contemplate nei provvedimenti che dettavano una specifica disciplina per la realizzazione di opere pubbliche in un determinato settore produttivo<sup>58</sup> e nella legislazione relativa ai provvedimenti di concessione di agevolazioni e benefici accordati dalla P.a.<sup>59</sup>. È stato necessario attendere la l. n. 300/1970, per giungere ad una disciplina generale delle clausole sociali: l'art. 36, l. n. 300/1970, infatti, impone agli enti pubblici diversi dallo Stato l'obbligo d'inserire nei capitolati d'appalto per l'esecuzione delle opere pubbliche la clausola determinante l'onere per l'appaltatore «di applicare o far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona»<sup>60</sup>.

In questa sede non è possibile soffermarsi su tutte le questioni connesse alla disciplina delle clausole sociali<sup>61</sup>: è

SCHMIDT, *La Convenzione 94 dell'ILO alla luce del caso Ruffert*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, I, par. 2.

<sup>58</sup> Come l'art. 2, l. n. 1054/1960; l'art. 2, d.P.R. n. 1192/1961, e gli artt. 17 e 19, d.P.R. n. 1063/1962 (cfr. VINCENTI, *Origine ed attualità*, cit., 434).

<sup>59</sup> Cfr. l'art. 8, l. n. 695/1956, e, più in generale, la legislazione degli anni '60, in materia di incentivi per lo sviluppo del Mezzogiorno e di ausilio alle imprese (con particolare riferimento ai provvedimenti a sostegno dell'occupazione nelle aree di crisi: cfr. ROMEO, *Sul raccordo tra benefici all'impresa privata e tutela del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1983, I, 258; TULLINI, *Finanziamenti pubblici alle imprese e «clausole sociali»*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1990, 35-39).

<sup>60</sup> In generale, sull'art. 36, l. n. 300/1970, ASSANTI, *Sub art. 36*, in ASSANTI, PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, 419 ss.; MANCINI, *Sub art. 36*, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), *Statuto dei diritti dei Lavoratori. Comm. cod. civ.*, Bologna-Roma, 1972, 542. In questa sede, l'analisi si incentrerà sull'art. 36, l. n. 300/1970, in quanto "archetipo" delle clausole sociali: non saranno prese in considerazione, perciò, altre disposizioni più recenti, quali l'art. 118, c. 6, d.lgs. n. 163/2006, o l'art. 1, c. 1175, l. n. 296/2006, che sono strutturate proprio sul modello dell'art. 36, l. n. 300/1970.

<sup>61</sup> Le problematiche sollevate dall'analisi dell'art. 36, l. n. 300/1970, sono molteplici. Sulla natura delle clausole, che la maggioranza della dottrina riconduce alla fattispecie del contratto con clausola a favore di terzi, indeterminati ma determinabili, cfr. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., 1224 ss. Sulla mancata inserzione delle clausole sociali nelle fonti negoziali o provvedimentali ed il loro possibile inserimento in virtù dell'art. 1339 c.c., cfr. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., 1218-1219; BORTONE, *Sub art. 36*, in GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, 1979, 649; VINCENTI, *Origine ed attualità*, cit., 438; V. LUCIANI, *La clausola sociale di*

sufficiente rilevare che l'art. 36, l. n. 300/1970, non impone un incostituzionale obbligo di applicazione *ultra partes* del contratto collettivo, ma configura soltanto un meccanismo di rinvio per relationem all'accordo collettivo<sup>62</sup> assunto alla stregua di un parametro di riferimento per la determinazione del trattamento economico-normativo minimo da applicare ai lavoratori<sup>63</sup>.

È però interessante sottolineare come, in virtù della precisa formulazione dell'art. 36, l. n. 300/1970, restavano esclusi dall'area applicativa della disposizione «gli appalti di servizi e, in genere, i contratti di fornitura alle P.a., nonché le concessioni di servizio pubblico, realizzandosi così una sostanziale diversità di trattamento fra fattispecie similari»<sup>64</sup>: queste esclusioni, peraltro,

*equo trattamento nell'art. 36*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2010, 914. Sugli ulteriori aspetti problematici dell'art. 36, l. n. 300/1970, cfr. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., 1194 ss. e, recentemente, FALERI, *Sub art. 36*, in GRANDI, PERA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, IV ed., Padova, 2009, 860, cui si rinvia per riferimenti giurisprudenziali.

<sup>62</sup> Cfr. CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., 1200; TULLINI, *Finanziamenti pubblici*, cit., 45; GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 135. In base all'art. 36, l. n. 300/1970, gli imprenditori si assoggettano liberamente al rispetto dei minimi di trattamento previsti dalla disciplina collettiva, nel momento in cui vogliono operare come appaltatori per le P.a., o ricevere dalla P.a. le agevolazioni previste nella legislazione di sostegno. Proprio perché il rinvio al contratto collettivo serve al raggiungimento di interessi generali, il legislatore può liberamente selezionare i contratti collettivi da prendere a riferimento, utilizzando anche la maggiore rappresentatività sindacale dei soggetti stipulanti come criterio per individuare il contratto collettivo da prendere in considerazione (VARDARO, *Differenze di funzioni e di livelli fra contratti collettivi*, in *Lav. Dir.*, 1987, 252).

<sup>63</sup> Sul confronto fra i trattamenti erogati dall'imprenditore e quelli di riferimento, indicati nei contratti collettivi, cfr. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori»*, cit., 711. In dottrina, è dibattuto se le condizioni di lavoro previste nei contratti collettivi da prendere in considerazione ai fini del rispetto dell'art. 36, l. n. 300/1970 siano quelle retributive e normative (GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 136), ovvero se sia sufficiente il rispetto dei soli contenuti retributivi (ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 213, e quanto precisato, in nota 135, su Cass., Sez. Un., n. 486/1999). Il legislatore ha più volte specificato, all'interno della disciplina delle clausole sociali, che le condizioni da rispettare sono sia quelle economico-retributive, sia quelle normative (cfr. l'art. 18, c. 7, l. n. 55/1990, e l'art. 118, c. 6, d.lgs. n. 163/2006, su cui SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, I, 773).

<sup>64</sup> GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 142, e lì ulteriori rinvii alla dottrina.

rendevano la disciplina dell'art. 36, l. n. 300/1970, non conforme ai principi della Convenzione OIL n. 94/1949.

L'irragionevole differenza fra appalti per la realizzazione di opere pubbliche e appalti pubblici tout court è stata superata con la l. n. 327/2000, sulla valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare di appalto di lavori pubblici, di servizi e di forniture<sup>65</sup>.

Già la Corte Costituzionale, nella sent. 19 giugno 1998, n. 226<sup>66</sup>, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 36, l. n. 300/1970, per contrasto con l'art. 3, comma 1, Cost., nella parte in cui non prevede «l'inserzione obbligatoria, nei contratti aventi ad oggetto la concessione di pubblici servizi, della clausola di equo trattamento, determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare, nei confronti dei lavoratori dipendenti, condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona». La sentenza ora ricordata è utile ai fini della nostra indagine, perché in essa la Corte Costituzionale ha identificato esplicitamente la *ratio* dell'art. 36, l. n. 300/1970: questa risiede «nell'esigenza – laddove nell'esercizio di un'attività imprenditoriale intervenga la P.a. – di garantire uno standard minimo di tutela ai dipendenti coinvolti»<sup>67</sup>. In particolare, la Corte ha rilevato come la clausola sociale svolga «un ruolo essenziale non solo nell'ambito dell'appalto ma anche nella concessione del pubblico servizio, in quanto è funzionale alla scelta del contraente secondo i principi della concorrenza fra imprenditori (...) e della parità di trattamento dei concorrenti nella gara (...) In tal senso, anche i costi per le imprese, derivanti dall'obbligo di "equo trattamento", concorrono alla migliore individuazione del soggetto idoneo»<sup>68</sup>.

È evidente, dunque, che la libertà d'iniziativa economica e la libertà di concorrenza incontrino un limite inderogabile nel

---

<sup>65</sup> Su cui ROMEO, *La clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto: Corte Costituzionale e L. n. 327/2000*, in *Lav. Giur.*, 2001, 615 ss. La l. n. 327/2000 è stata abrogata e sostituita dal d.lgs. n. 163/2006 (cfr. V. LUCIANI, *La clausola sociale*, cit., 911).

<sup>66</sup> Cfr. PERA, *Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi*, in *Gius. Civ.*, 1998, I, 2423.

<sup>67</sup> GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 142.

<sup>68</sup> MARESCA, *Appunti preliminari su contrattazione collettiva e "liberalizzazione" dei servizi pubblici*, in *QAgens*, 2001, n. 1, 38.

trattamento economico e normativo minimo a favore dei lavoratori delle imprese appaltatrici di opere o servizi pubblici, o concessionarie, ovvero beneficiarie di agevolazioni pubbliche<sup>69</sup>. La presenza di tale limite si ricollega, da una parte, «alle finalità essenziali dell'ente pubblico, che gli impongono di essere il model employer»<sup>70</sup>; dall'altra parte, all'esigenza del soggetto pubblico «di selezionare le imprese contraenti contrastando forme di concorrenza sleale ed evitando che siano avvantaggiate, con il concorso dello Stato ed in violazione dell'obbligo di buon andamento della P.a. (...), le imprese che non applicano i contratti collettivi di lavoro»<sup>71</sup>.

### **2.1. Le clausole sociali di prima generazione nei “mercati fisicamente limitati”**

Secondo parte della dottrina, le clausole sociali modellate sull'art. 36, l. n. 300/1970, possono comportare effetti limitativi della libertà d'iniziativa economica di dubbia legittimità, quando siano inserite in atti di autorizzazione o concessione ad agire in mercati connotati da “ineliminabili vincoli naturalistici” (quali, ad esempio, il mercato portuale e quello aeroportuale)<sup>72</sup>. Infatti – si afferma – per gli imprenditori che vogliano operare in regime di concessione o di autorizzazione in mercati “fisicamente limitati”, il mancato rispetto dei minimi di trattamento economico e normativo imposti dalla clausola sociale è preclusivo della possibilità di accesso al mercato. Questa sarebbe

---

<sup>69</sup> Per tutti, cfr. ASSANTI, *Sub art. 36*, cit., 421; BORTONE, *Sub art. 36*, cit., 647.

<sup>70</sup> CARNELUTTI, *Sul contratto di lavoro*, cit., 416.

<sup>71</sup> GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 137. PERA, *Il rispetto della contrattazione*, cit., 2427, ritiene che soltanto la volontà di evitare l'insorgere di conflitti collettivi giustifichi l'inserimento di una clausola sociale, da parte di un ente pubblico, in un capitolato d'appalto. Secondo l'A., non si potrebbe ricondurre un siffatto inserimento ai principi «di acquisizione della prestazione alle condizioni più favorevoli per la P.a.» e «di parità di trattamento tra gli imprenditori concorrenti alla gara», perché la P.a. potrebbe avere interesse «a stipulare l'appalto con imprese praticanti trattamenti deteriori rispetto a quelli sindacalmente previsti, questo consentendo alla medesima P.a. di concludere l'affare a condizioni più favorevoli».

<sup>72</sup> Cfr. PROIA, *Contrattazione collettiva e sostegno legale tra vincoli costituzionali e comunitari*, in *QAgens*, 2008, n. 1, 57 ss.

«quindi, una situazione diversa sia da quella in cui si trovano le imprese interessate dall'art. 36, l. n. 300/1970, sia da quella in cui si trovano le imprese interessate dalla disciplina sulla fiscalizzazione degli oneri sociali, le quali possono continuare ad operare anche se, rispettivamente, scelgono di non stipulare appalti (e di non ottenere concessioni di pubblico servizio) e di non godere del beneficio della fiscalizzazione»<sup>73</sup>. Perciò, nel caso dei mercati fisicamente circoscritti, le limitazioni delle libertà di cui all'art. 41 Cost. imposte all'impresa dalle clausole sociali sarebbero ben più significative rispetto a quelle imposte dall'art. 36, l. n. 300/1970, in diverse situazioni di mercato, e potrebbero addirittura apparire costituzionalmente illegittime.

La fondatezza di tale opinione appare tuttavia dubbia.

Premesso che l'art. 41 Cost. garantisce anche la libertà di concorrenza, si deve evidenziare però che l'unica soluzione in grado di tutelare la funzionalità di un mercato "fisicamente limitato" è permetterne l'accesso, dopo apposita gara, soltanto ad alcuni operatori selezionati.

Un mercato fisicamente limitato, infatti, è in grado di attrarre un numero di aspiranti gestori superiore all'effettiva capienza dello stesso. E quando si è in presenza di limiti fisici del mercato, non è possibile assicurare la perfetta concorrenza al suo interno: questo è uno dei casi di "fallimento del mercato". Tuttavia, anche in una siffatta ipotesi, la competizione fra le imprese deve essere incoraggiata, garantendo la concorrenza per entrare nel mercato: con l'emanazione, cioè, di disposizioni legislative ed amministrative che assicurino procedure competitive tali da consentire la più ampia apertura del mercato possibile e la selezione degli imprenditori più meritevoli<sup>74</sup>. Soltanto la selezione di alcune imprese può scongiurare fenomeni di *free riding* fra gli imprenditori che agiscono in un mercato fisicamente limitato ed assicurare un corretto (seppur parziale) svolgimento del gioco concorrenziale<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> PROIA, *Contrattazione collettiva*, cit., 57.

<sup>74</sup> Cfr. Corte Cost. n. 401/2007 e n. 45/2010, ove si parla di "concorrenza per il mercato".

<sup>75</sup> Cfr. CARBONE - MUNARI, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2006, 72 ss., in riferimento al mercato dei *terminals* portuali.

## 2.2. Il trattamento dei lavoratori dipendenti come potenziale “barriera all’entrata” per i *new comers*

Come abbiamo detto, le clausole sociali di prima generazione impongono un limite inderogabile, consistente nel trattamento economico e normativo minimo, previsto nei contratti collettivi a favore dei lavoratori dipendenti, alla libertà d’iniziativa economica ed alla libertà di concorrenza delle imprese appaltatrici di opere o servizi pubblici, o concessionarie, o beneficiarie di agevolazioni di natura finanziaria e creditizia.

Può essere allora interessante riflettere sul ruolo dell’autonomia collettiva nell’impianto delle clausole sociali, individuando quale sia il rapporto fra la contrattazione collettiva ed il principio di libera iniziativa economica.

In merito, la dottrina ha escluso che l’art. 36, l. n. 300/1970, abbia come funzione primaria il sostegno alla contrattazione collettiva<sup>76</sup>. Infatti, pur essendo evidenti gli aspetti di promozione e valorizzazione dell’attività contrattuale quale strumento di disciplina del rapporto di lavoro, i valori costituzionalmente protetti dall’art. 36, l. n. 300/1970, che giustificano una compressione della libertà garantita dall’art. 41 Cost., sono la tutela del lavoro subordinato ed il buon andamento della P.a.: la contrattazione collettiva, all’interno delle clausole sociali, non rappresenta allora un bene in sé tutelato, ma semplicemente lo strumento attraverso cui il legislatore persegue la strategia di equo trattamento dei lavoratori dipendenti<sup>77</sup>.

Ci si è chiesti, allora, se lo strumento della contrattazione collettiva possa essere utilizzato in modo improprio dagli imprenditori, operanti su un mercato fisicamente limitato, per innalzare i minimi inderogabili di trattamento economico e normativo, soddisfacendo così un proprio interesse a che i (potenziali) concorrenti (o *new comers*) non possano

---

<sup>76</sup> Come, invece, sostiene CENTOFANTI, *Sub art. 36*, cit., 1203 (ma già cfr. MANCINI, *Sub art. 36*, cit., 546).

<sup>77</sup> Cfr. BALANDI, *Le «clausole a favore dei lavoratori»*, cit., 712 ss.; GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 143.

incrementare la competitività, praticando ai dipendenti trattamenti inferiori<sup>78</sup>.

Il punto di partenza del ragionamento è rappresentato dalle osservazioni svolte dagli studiosi di analisi economica del diritto, i quali hanno dimostrato come il saggio di salario possa essere utilizzato «*as a barrier to entry*» da quelle imprese che «*control a scarce resource which prevents potential rivals from entering*»<sup>79</sup>. In particolare, nel caso di mercati fisicamente limitati, ove la concessione ad operare rappresenta una risorsa scarsa in senso economico, e caratterizzati da prestazioni *labour intensive*, le associazioni degli imprenditori potrebbero avere interesse alla stipulazione di un contratto collettivo (da prendersi a riferimento per la determinazione dei minimi inderogabili nei provvedimenti di autorizzazione o di concessione) che stabilisca standards di trattamento particolarmente elevati: in questo modo, verrebbero innalzate barriere all'ingresso per potenziali *new comers*<sup>80</sup>, perseguendo un interesse alla limitazione della concorrenza fra imprese, «non protetto dal principio costituzionale di tutela della libertà d'iniziativa economica», anzi, «potenzialmente con esso configgente»<sup>81</sup>.

Queste considerazioni, nonostante mettano nella giusta evidenza i possibili effetti distorsivi della concorrenza causati dalla contrattazione collettiva, non appaiono condivisibili. Anzitutto, non pare corretto un richiamo “selettivo” alle conclusioni raggiunte dagli studiosi di analisi economica del diritto: nell'affrontare il tema delle “clausole sociali”, non devono essere messi in luce soltanto gli effetti di *foreclosure* del mercato, che possono essere prodotti dai comportamenti strategici tenuti

---

<sup>78</sup> Cfr. ICHINO, *Sul contenuto e l'estensione della tutela del lavoro nel Titolo III della Costituzione*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di G. Giugni*, Bari, 1999, 540.

<sup>79</sup> WILLIAMSON, *Wage rates as a barrier to entry: the Pennington Case in perspective*, in *Quar. Jour. Economics*, 1968, 108. In generale, sulle *cost-raising strategies*, cfr. SALOP - SCHEFFMAN, *Cost-raising strategies*, in *The Journal of Industrial Economics*, 1987, 19 ss.

<sup>80</sup> Cfr. ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2000, 641, secondo cui, «soprattutto nei settori dei servizi *labour intensive*», la concorrenza fra lavoratori può «manifestarsi direttamente anche sotto forma di concorrenza fra imprese, onde la limitazione della prima può tradursi immediatamente in una limitazione anche della seconda».

<sup>81</sup> ICHINO, *Sul contenuto e l'estensione*, cit., 540.



dagli imprenditori in sede di contrattazione, ma devono essere anche considerati i possibili effetti di «*labour peace*»<sup>82</sup> che tali condotte possono avere. Infatti, dai comportamenti opportunistici quali quelli prima ipotizzati, discendono «quattro tipologie di effetti in termini di welfare: inefficienze statiche, riduzione delle rendite per l'esistenza di costi irrecuperabili o di assets irriducibili, effetti di progressione e pace nelle relazioni industriali»<sup>83</sup>.

Dal punto di vista economico, le inefficienze statiche e le riduzioni delle rendite non comportano necessariamente un risultato di non efficienza, rispetto all'«ottimo sociale», poiché, nella determinazione di quest'ultimo, devono essere tenuti in considerazione gli influssi positivi sulle relazioni industriali (specie se a risultati di pace sociale «non sia dato pervenire agevolmente in modo diverso»<sup>84</sup>). E, dal punto di vista giuridico, non si può sottovalutare l'interesse della P.a. alla prevenzione di conflitti collettivi, che possano ritardare l'esecuzione di un'opera pubblica o l'erogazione di un servizio di pubblica utilità.

In secondo luogo, abbiamo già ricordato che, secondo la Corte Costituzionale, le clausole di equo trattamento sono tese alla realizzazione dell'interesse pubblico, attraverso la concorrenza fra gli imprenditori e la parità di trattamento dei concorrenti nella gara: in quest'ottica, i costi per le imprese, derivanti dall'obbligo di «equo trattamento» dei lavoratori, concorrono all'individuazione del soggetto idoneo. Infatti, la capacità di «sopportare» un elevato saggio di salario, specialmente nei segmenti del mercato *labour intensive*, può rappresentare un elemento per identificare gli imprenditori più meritevoli di ottenere un'autorizzazione o una concessione e per garantire il corretto svolgimento del gioco concorrenziale sul mercato, scongiurando fenomeni di *free riding* fra le imprese. E,

---

<sup>82</sup> WILLIAMSON, *Wage rates*, cit., 115.

<sup>83</sup> DI VIA, *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2000, 303. Le «inefficienze statiche» si riferiscono «agli effetti di *welfare* associati a una semplice distorsione nei prezzi di un fattore produttivo», che implicano un impiego dei fattori non efficiente rispetto all'ottimo. La «riduzione delle rendite» è dovuta all'esistenza di costi irrecuperabili o di *assets* irriducibili, a fronte del cambiamento nell'utilizzo del *mix* dei fattori produttivi. Gli «effetti di progressione» si riferiscono al possibile sviluppo del settore interessato dalle *salary-raising strategies*.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

frequentemente, nel caso di servizi *human intensive*, la qualità dei beni prodotti e dei servizi offerti è tanto maggiore, quanto più alti sono gli standard occupazionali<sup>85</sup>.

Quando allora sono valutati gli effetti dei possibili comportamenti opportunistici adottati nella fase di contrattazione dagli imprenditori concessionari o autorizzati, devono essere considerate non tanto (o non solo) le ricadute negative sulla libertà d'iniziativa economica di potenziali *new comers*, quanto i benefici che gli assetti concorrenziali del mercato possono trarre da saggi di salario elevati, in termini di corretto svolgimento della competizione fra imprese, stabilità nelle relazioni industriali e qualità dei beni prodotti o dei servizi offerti. Benefici che, peraltro, sono connessi al principio costituzionale di buon andamento della P.a.

### **2.3. La Corte di Giustizia e le clausole sociali di prima generazione**

Come abbiamo appena avuto modo di vedere, gli studiosi di analisi economica del diritto propongono un approccio al problema della legittimità delle clausole sociali, enfatizzando il libero accesso al mercato come momento prodromico per poter concorrere sul mercato medesimo. La valorizzazione della libertà di accesso al mercato come dimensione oggettiva della libertà di concorrenza emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee (CGCE).

Il riferimento è alla nota sent. CGCE 3 aprile 2008, C-346/2006, Dirk Ruffert e Land Niedersachsen. Ricapitolato per sommi capi, il caso al vaglio della CGCE era il seguente: una disposizione del Land Bassa Sassonia prevedeva che gli appalti nel settore pubblico potessero essere assegnati soltanto alle imprese che si fossero impegnate a corrispondere ai propri dipendenti una retribuzione non inferiore a quella minima prevista negli accordi collettivi del luogo di esecuzione e comunque pari al salario minimo obbligatorio previsto dal contratto collettivo di categoria dotato di efficacia generale: questo onere non gravava soltanto sull'aggiudicatario, ma anche

---

<sup>85</sup> Cfr. CARBONE - MUNARI, *La disciplina dei porti*, cit., 77.

sugli eventuali subappaltatori. Il Land Bassa Sassonia aveva assegnato nel 2003 un appalto alla società Objekt und Bauregie, ma lo aveva revocato nel 2004, una volta appurato che il subappaltatore polacco aveva retribuito i dipendenti distaccati secondo parametri inferiori a quelli imposti dal contratto collettivo del luogo di esecuzione. Il quesito sollevato davanti alla CGCE riguardava la compatibilità della disposizione del Land Bassa Sassonia con la dir. 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, interpretata alla luce dell'art. 49 TCE (ora art. 56 TFUE)<sup>86</sup>.

La Corte di Giustizia ha dato risposta negativa a questo interrogativo, prendendo le mosse dall'art. 3.1, dir. 96/71/CE<sup>87</sup>, in cui è sancito che gli Stati membri garantiscono «ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale le tariffe salariali previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale a norma dell'art. 3.8» della direttiva medesima<sup>88</sup>. Il contratto collettivo oggetto della controversia, però, non è stato ricondotto alle previsioni di cui agli artt. 3.1 e 3.8, dir. 96/71/CE, dal momento che non ha, per sua natura, efficacia *erga omnes* e che il suo effetto vincolante «si estende solamente ad una parte del settore edilizio», in particolare a quello degli appalti pubblici e non già anche a quello degli appalti privati<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> Cfr. BORELLI, *Social clauses in public contracts, the Posted Workers Directive and Article 49 EC: the Rüffert Case*, in *Transfer*, 2008, 358 ss. e BRINO, *Gli equilibri della Corte di Giustizia: il caso Rüffert*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, II, 479 ss. Sulle conclusioni dell'Avv. Gen. Y. BOT, presentate il 20 settembre 2007, cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *El caso Rüffert ¿una constitucionalización del dumping social?*, in *Rel. Lab.*, 2008, n. 15-16, par. 4.

<sup>87</sup> Sulla dir. 96/71/CE, cfr. BALANDI, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, 115 ss. e GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, 85 ss. Sull'attuazione italiana della dir. 96/71/CE, cfr. NADALET, *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *Lav. Dir.*, 2008, 37 ss.

<sup>88</sup> Cfr. e cit. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009, 129.

<sup>89</sup> Par. 29 sent. CGCE C-346/2006. Come ha sottolineato la dottrina, il contratto collettivo, di cui è chiesto il rispetto alle imprese temporaneamente presenti sul territorio, «deve avere efficacia generale e vincolare tutte le imprese che operano nel settore interessato dalla prestazione di servizi». La necessaria

In virtù di questa considerazione, non è stato possibile ritenere il livello retributivo contemplato nel contratto collettivo, preso a riferimento in base alla clausola sociale, ma non applicato volontariamente dall'impresa straniera<sup>90</sup>, alla stregua di un "minimo di trattamento", ai sensi dell'art. 3.1, dir. 96/71/CE: ciò poiché tale trattamento era più favorevole rispetto a quello spettante, in ragione del contratto collettivo applicato nel paese d'origine, ai lavoratori distaccati, e superiore al livello minimo individuato dal contratto collettivo di categoria dotato di efficacia generale, previsto e vigente nell'ordinamento del Land Bassa Sassonia. Ma, secondo la CGCE, è proprio quanto previsto all'art. 3.1, lett. a)-g), dir. 96/71/CE, a determinare «ciò che gli Stati Membri sono autorizzati a fornire come massimo di tutela da applicarsi ai lavoratori distaccati» (a meno che essi non godano, in applicazione delle leggi e di contratti collettivi dello Stato d'origine, di condizioni di lavoro ed occupazione più favorevoli)<sup>91</sup>.

La Corte di Giustizia arriva così alla conclusione che la clausola sociale è incompatibile con l'impianto e le finalità della dir. 96/71/CE sul distacco dei lavoratori all'interno di una prestazione di servizi transnazionale (e, in ultima istanza, con il principio della libertà di prestare servizi all'interno del mercato UE, alla base della dir. 96/71/CE<sup>92</sup>).

Tale clausola, peraltro, non può essere giustificata dall'obiettivo della tutela dei lavoratori, in quanto si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati. In altri termini, la tutela derivante da una tariffa salariale,

---

efficacia generale del contratto nazionale è motivata dalla volontà di limitare la possibilità per le imprese dello Stato ospite di contrattare in deroga a livello decentrato: ipotesi che può configurare un vantaggio competitivo non ammesso dall'art. 49 TCE. Cfr. ORLANDINI, Viking, Laval e Rüffert: *i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009, 65.

<sup>90</sup> Cfr. VENEZIANI, *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, 303.

<sup>91</sup> Cfr. e cit. RÖDL, *La Corte di giustizia e il caso Rüffert: quali possibilità per una concorrenza «non distorta» in materiale salariale nell'esperienza tedesca*, in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, cit., 137.

<sup>92</sup> Sul rapporto fra dir. 96/71/CE e art. 49 TCE, GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 105.

superiore ai minimi retributivi applicabili ai lavoratori distaccati da un'impresa situata in un altro Stato membro ed al minimo previsto dal contratto collettivo efficace *erga omnes* vigente nel Land Bassa Sassonia, non può essere considerata necessaria, in quanto tesa a tutelare i lavoratori occupati non nell'intero mercato del lavoro, ma soltanto in un determinato segmento di questo<sup>95</sup>.

Questo percorso argomentativo della CGCE ha sollevato due ordini di critiche in merito all'interpretazione della dir. 96/71/CE.

Il primo ordine di critiche si pone in linea di continuità con i rilievi mossi alla precedente sent. CGCE 18 dicembre 2007, C-341/2005, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, *Byggettan*, Svenska Elektrikerförbundet<sup>94</sup>, con riguardo all'interpretazione dell'art.

<sup>95</sup> Par. 39-40 sent. CGCE C-346/2006 (in merito, cfr. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 66/2008, 16).

<sup>94</sup> La sentenza ricordata, come la precedente sent. CGCE 11 dicembre 2007, C-438/2005, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, ha messo in luce un atteggiamento di sfavore della CGCE nei confronti della dimensione sociale e dell'autonomia collettiva rispetto alla dimensione d'integrazione economica dei mercati. In questa sede non ci si sofferma sulle rilevanti differenze che intercorrono fra il caso CGCE C-346/2006 e quello C-341/2005: si ricorda soltanto che, in quest'ultima controversia, si era posta una questione preliminare in ordine alla competenza dei giudici, chiamati a valutare la legittimità non di una disposizione di legge o di contratto collettivo, bensì di un'azione collettiva. Nella sent. CGCE C-341/2005, infatti, la Corte di Giustizia ha dovuto sciogliere alcuni nodi teorici (l'effetto diretto orizzontale dell'art. 49 TCE e la riconducibilità delle azioni collettive nel campo di applicazione dell'art. 49 TCE medesimo; la qualificazione dell'azione collettiva come restrizione alla libertà di circolazione dei servizi; il riconoscimento del diritto di azione collettiva come diritto fondamentale riconosciuto dall'Unione europea) prima di affrontare il tema del bilanciamento fra diritti fondamentali e della possibilità di giustificare una restrizione alla libertà di prestare servizi, sulla base della legittimità dell'obiettivo e della proporzionalità dell'azione collettiva rispetto agli scopi prefissati: cfr. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. Dir.*, 2008, 385, ma anche ZOPPOLI, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2008, 151 ss., e CARABELLI, *Europa dei mercati*, cit., 111 ss.

3.7, dir. 96/71/CE, «secondo cui la protezione minima, di cui all'art. 3.1, lett. a)-g), dir. 96/71/CE, ha la funzione di riconoscere ai lavoratori distaccati migliori condizioni di lavoro e di occupazione, quando il livello di protezione nello Stato membro di origine sia inferiore al livello di protezione minima riconosciuto nello Stato membro ospitante»<sup>95</sup>. Nel caso al vaglio della Corte di Giustizia, il trattamento previsto nel contratto collettivo, preso a riferimento in virtù della clausola sociale, stabiliva condizioni retributive più favorevoli rispetto a quelle applicabili ai lavoratori distaccati in ragione del contratto collettivo applicato nel Paese d'origine e, comunque, di quello di categoria dotato di efficacia generale<sup>96</sup>.

«Dov'è il problema, viene da chiedersi: non è forse vero, infatti, che l'art. 3.7, dir. 96/71/CE, stabilisce che i paragrafi da 1 a 6 dello stesso articolo non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per i lavoratori? È vero»<sup>97</sup>. Il problema, però, secondo la CGCE, esiste, e risiede nel fatto che l'art. 3.7, dir. 96/71/CE, deve essere interpretato nel senso che è vietato «allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima»<sup>98</sup>.

Questa lettura “minimalista”<sup>99</sup> dell'art. 3.7, dir. 96/71/CE (confermata anche nella sent. CGCE 19 giugno 2008, C-

<sup>95</sup> BALLESTRERO, *Le sentenze Viking*, cit., 386.

<sup>96</sup> Nel caso al vaglio della CGCE, il livello salariale che l'impresa distaccante era tenuta ad applicare ai propri lavoratori «era trasparente e facile da accertare anticipatamente» (BRUUN, JACOBS, SCHMIDT, *La Convenzione 94*, cit., 664). Ciò rappresenta una differenza sostanziale rispetto al caso al centro della sent. CGCE C-341/2005, dove si valutava la legittimità di un sistema di contrattazione collettiva che, per l'individuazione del saggio di salario, richiedeva una trattativa caso per caso, sui luoghi di lavoro. Tale sistema, secondo la CGCE, avrebbe reso «impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte del prestatore di servizi stabilito in altro Stato, degli obblighi» a cui avrebbe dovuto «conformarsi in materia di minimi salariali» (BALLESTRERO, *Le sentenze Viking*, cit., 386).

<sup>97</sup> BALLESTRERO, *Le sentenze Viking*, cit., 387.

<sup>98</sup> Par. 33 sent. CGCE C-346/2006 (ma già in precedenza, par. 79 ss. sent. CGCE C-341/2005).

<sup>99</sup> Cfr. ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., 16 (e lì, in nota 36, ulteriori rinvii alla dottrina).

319/2006, Commissione delle Comunità Europee c. Granducato di Lussemburgo), non è fondata sul dato letterale della disposizione (che, anzi, sembra indicare la soluzione opposta), ma, piuttosto sul concetto di “effetto utile” della direttiva<sup>100</sup>. Secondo la Corte di Giustizia, infatti, una lettura dell’art. 3.7, dir. 96/71/CE, tale da permettere agli Stati membri di subordinare lo svolgimento di una prestazione di servizi nel proprio territorio al rispetto di condizioni di lavoro che vanno oltre le norme di protezione minima, «finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame»<sup>101</sup>. Da questa impostazione discende che se uno Stato membro imponesse «condizioni più gravose di quelle rientranti nella protezione minima, il prestatore di servizi stabilito in uno Stato membro new comer si vedrebbe drasticamente ridotto il vantaggio competitivo assicurategli dai più bassi costi del lavoro: dunque, l’imposizione di condizioni più favorevoli ai lavoratori impedisce o comunque ostacola la libera circolazione dei servizi»<sup>102</sup>. Sulla base di questi presupposti la Corte di Giustizia ha affermato che una clausola sociale, quale quella al centro della controversia, rappresenta una restrizione al principio della libertà di prestare servizi all’interno del mercato UE.

Giunti a questo punto del ragionamento, la CGCE si interroga ancora se una siffatta restrizione possa essere giustificata dal fine della tutela dei lavoratori. Infatti, una disposizione che comporti una restrizione alla libera circolazione dei servizi, per poter essere considerata legittima, deve rispondere a ragioni imperative d’interesse generale (nonché essere necessaria ed adeguata allo scopo): a questo proposito, la CGCE ha da sempre considerato le disposizioni finalizzate alla tutela dei lavoratori rientranti nelle norme dettate da ragioni imperative d’interesse generale<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Cfr. RÖDL, *La Corte di giustizia*, cit., 138.

<sup>101</sup> Par. 33 sent. CGCE C-346/2006 (ma già in precedenza, par. 80 sent. CGCE C-341/2005).

<sup>102</sup> BALLESTRERO, *Le sentenze Viking*, cit., 387.

<sup>103</sup> Cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 91; BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell’Unione europea*, Bologna, 2009, 104 ss. PALLINI, *Law shopping e autotuelu sindacale nell’Unione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2008, II, 20, precisa che, quando argomenta circa la “tutela dei lavoratori”, la CGCE si riferisce «non già ai lavoratori appartenenti al mercato

Come abbiamo avuto già modo di evidenziare, però, la Corte di Giustizia ha negato<sup>104</sup> che la clausola sociale in esame possa essere giustificata dall'obiettivo della tutela dei lavoratori, poiché impone l'estensione del contratto collettivo solo negli appalti pubblici e non anche in quelli privati. Quest'affermazione rappresenta una novità, nelle argomentazioni della CGCE, che non si era mai preoccupata «dell'applicazione universale delle disposizioni controverse», prima della sent. C-346/2006, dal momento che in precedenza si era limitata «a stabilire se dalle disposizioni portate in giudizio poteva scaturire un vantaggio effettivo per il lavoratore»<sup>105</sup>.

Il secondo ordine di critiche in merito all'interpretazione della dir. 96/71/CE riguarda l'art. 3.10, in virtù del quale la direttiva «non osta a che gli Stati membri, nel rispetto del trattato, impongano alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura, condizioni di lavoro e di occupazione» – in relazione a materie differenti rispetto a quelle contemplate all'art. 3.1 – «laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico». In altri termini, l'art. 3.10, dir. 96/71/CE, sul distacco transnazionale consentirebbe allo Stato ospitante di estendere alle imprese straniere le norme (di legge e contrattuali) applicate alle imprese nazionali, anche se eccedenti il livello minimo di tutela: ma tale estensione dovrebbe essere finalizzata alla tutela di esigenze di «ordine pubblico»<sup>106</sup>. Nel caso delle clausole sociali di prima generazione, si potrebbe essere portati a pensare che le esigenze di ordine pubblico risiedano nel principio della salvaguardia dell'organizzazione sociale ed economica dello Stato membro e, in particolare, dell'esigenza che, in una procedura di assegnazione pubblica di appalti o di benefici di legge, le risorse pubbliche non siano destinate ad imprese che non garantiscano ai lavoratori trattamenti economici dignitosi: principio, peraltro, espressamente riconosciuto dalla Convenzione OIL n. 94/1949<sup>107</sup>.

---

del lavoro nazionale, bensì ai lavoratori stranieri temporaneamente distaccati da imprese stabilite in altri Stati membri».

<sup>104</sup> Cfr. par. 38 sent. CGCE C-346/2006.

<sup>105</sup> Cfr. e cit. RÖDL, *La Corte di giustizia*, cit., 139.

<sup>106</sup> Cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 118 ss.

<sup>107</sup> ROBIN OLIVIER, *Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale: le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail*,



La Corte di Giustizia, tuttavia, nelle più recenti sentenze, ha adottato una nozione di ordine pubblico particolarmente ristretta, attribuendole non una valenza di “ordine pubblico sociale” nazionale, ma interpretandola in modo assai prossimo alla nozione di “ordine pubblico internazionale”<sup>108</sup>. Il che esclude che in tale nozione «rientri la normativa lavoristica per il solo fatto di essere considerata “imperativa” ed “inderogabile” per il diritto interno» ed a fortiori esclude che possa invocarsi «il generico principio del favor per estendere l’intero sistema del diritto del lavoro nazionale ai lavoratori stranieri»<sup>109</sup>. Infatti, le norme di ordine pubblico devono essere intese alla stregua di disposizioni vincolanti cui non si può derogare poiché, per natura ed obiettivo, rispondono a valori fondamentali riconosciuti dalla comunità internazionale, quali «il divieto di lavoro forzato o il coinvolgimento della autorità pubbliche nella sorveglianza del rispetto della legislazione concernente le condizioni di lavoro»<sup>110</sup>. In base all’interpretazione della nozione di “ordine pubblico” come ordine pubblico internazionale, la possibilità di sostenere la

---

in *Rev. Trim. Droit Eur.*, 2008, 492 ss.; RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, El caso Ruffert, cit., 102. Secondo DE SALVIA, *Non c’è due senza tre: la corte di giustizia nel caso Ruffert*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, 1425, nella sent. CGCE C-346/2006, è stata trascurata la circostanza che la fattispecie in esame configura un appalto pubblico e che, nella dir. 2004/18/CE, relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, è prevista, all’art. 26, la possibilità dell’inserimento di clausole sociali purché compatibili con il diritto comunitario. ORLANDINI, Viking, Laval, cit., 2009, 70, però, afferma che «un argine agli effetti della sentenza Ruffert ben difficilmente può ricavarsi dalla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici», poiché gli obblighi imponibili alle imprese straniere devono essere previsti negli stessi termini della dir. 96/71/CE per gli appalti privati. Inoltre, l’art. 55, dir. 2004/18/CE, «si limita a prevedere che in caso di “offerte anormalmente basse”, venga provato il “rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione”» e, dunque, questa norma appare differente rispetto all’usuale formulazione delle clausole di prima generazione. Sulle conseguenze del conflitto fra i principi contenuti nella Convenzione OIL n. 94/1949 e quelli desumibili dalla sent. CGCE C-346/2006, cfr. BRUUN, JACOBS, SCHMIDT, *La Convenzione 94*, cit., 666 ss.

<sup>108</sup> Cfr. PALLINI, *La tutela dell’“ordine pubblico sociale” quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, cit., 204 ss.

<sup>109</sup> Cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 120.

<sup>110</sup> GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 120, nota 92; PALLINI, *La tutela dell’“ordine pubblico sociale”*, cit., 206.

legittimità delle clausole di prima generazione, alla luce dell'art. 3.10, dir. 96/71/CE, viene meno.

#### **2.4. Dalla libertà di concorrenza alla libertà di prestare servizi**

In virtù delle considerazioni svolte, è evidente che il nodo della legittimità delle clausole sociali di prima generazione, a fronte dei principi di libera iniziativa economica e (soprattutto) di libertà di concorrenza, appare particolarmente difficile da sciogliere, in quanto il punto di equilibrio fra ragioni e principi del mercato e diritti sociali (in particolare, il diritto a condizioni di lavoro “decenti”, ovverosia eque e dignitose<sup>111</sup>), raggiunto nell'ordinamento interno non coincide con quello raggiunto alla luce dei principi dell'UE.

La Corte Costituzionale, nella sent. n. 226/1998, ha privilegiato una visione prettamente “soggettiva” della libertà di concorrenza, considerata come la condizione in cui le imprese godono di pari opportunità, all'interno delle limitazioni previste dalla normativa applicabile; la disciplina posta a tutela dei lavoratori è stata ritenuta dalla nostra Corte una legittima “pre-condizione” per accedere al mercato, insindacabile ed in ogni caso incompressibile dalla libertà di concorrenza. La Corte di Giustizia, invece, ha guardato la libertà di concorrenza in una prospettiva “oggettiva”, adottando un'ottica rivolta all'apertura dei mercati ed alla possibilità per le imprese di essere presenti non solo sul mercato nazionale, ma anche su quello degli altri Stati membri<sup>112</sup>.

In base a quest'ultimo approccio, il piano di analisi si sposta dai principi dell'economia di mercato in libera concorrenza a quello della libertà di prestare servizi nel mercato dell'UE. In particolare, secondo la Corte di Giustizia, il principio di libera circolazione dei servizi necessita sia dell'«eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a

---

<sup>111</sup> ALAIMO, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto “aperto” e “multilivello”*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT – 60/2008, 49, ritiene che una lettura aggiornata del diritto al lavoro imponga di «valorizzare il diritto-libertà di svolgere un lavoro decente, di qualità ed adeguato alle qualificazioni e alle attitudini personali».

<sup>112</sup> Cfr. BANO, *Diritto del lavoro*, cit., 131 ss.

causa della sua nazionalità», sia della «soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché sia tale da vietare o da ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi»<sup>113</sup>. E sempre secondo la giurisprudenza della CGCE, le disposizioni di origine legale e contrattuale, anche se destinate alla tutela dei lavoratori, non possono essere aprioristicamente sottratte alle regole del mercato interno, perché possono rappresentare un ostacolo alla libera circolazione dei servizi, se le restrizioni che a questa impongono non sono necessarie, adeguate e proporzionali rispetto ai fini di tutela perseguiti<sup>114</sup>. Siffatte disposizioni, infatti, potrebbero aumentare i costi di fornitura dei servizi, creando un impedimento o un disincentivo all'accesso al mercato: «ed una normativa che garantisca ai lavoratori stranieri standard di tutela superiori a quelli previsti dalla normativa del loro paese d'origine produce evidentemente tali effetti»<sup>115</sup>.

Applicando questi principi al caso delle clausole sociali di prima generazione, la GCCE è arrivata ad affermare che, qualora una disposizione contemplata nella legislazione di uno Stato membro prenda a riferimento i minimi di trattamento economico e normativo previsti in un contratto collettivo, per la concessione di un appalto (ovvero di un altro beneficio di legge), un'impresa straniera, che presti servizi in quello Stato e che non sia tenuta all'applicazione di quel contratto collettivo, potrebbe additare quei minimi di trattamento (se superiori a quelli applicati ai propri dipendenti o al salario minimo obbligatorio, indicato dall'eventuale contratto collettivo di categoria dotato di efficacia generale) come un ostacolo alla propria libertà di prestare servizi

---

<sup>113</sup> Par. 12 sent. CGCE 25 luglio 1991, C-76/1990, *Manfred Sæger c. Denemeyer & Co Ltd.* Sull'evoluzione della giurisprudenza della CGCE, relativa alle misure ritenute non compatibili con l'art. 56 TFUE, cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 88-89; LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. Dir.*, 2008, 75.

<sup>114</sup> Cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 92.

<sup>115</sup> Cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 91.

nel mercato dell'Unione Europea e chiedere, conseguentemente, la disapplicazione della clausola sociale<sup>116</sup>.

È dunque evidente che la prospettiva in cui è stata guardata la nozione di "concorrenza", da parte della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia, risulta determinante per inquadrare la legittimità delle clausole sociali di prima generazione ed il ruolo dei diritti sociali dei lavoratori all'interno di tali clausole: la scelta di una prospettiva a scapito dell'altra, infatti, porta a risultati divergenti.

### **3. Le clausole sociali di "seconda generazione": la tutela dei livelli occupazionali ed il principio di libera iniziativa economica**

Se l'indagine sulla legittimità delle clausole sociali di prima generazione porta ad esiti discordanti, a seconda della nozione di concorrenza presa in considerazione, non accade così per le clausole sociali che chiameremo, per distinguerle da quelle di cui abbiamo parlato fino ad ora, "di seconda generazione": della loro legittimità, infatti, si può dubitare, prendendo a riferimento sia le sentenze della Corte Costituzionale che hanno affrontato il tema della legittimità delle disposizioni tese a garantire il diritto all'occupazione, rispetto alla libertà d'iniziativa economica, sia le sentenze della Corte di Giustizia che hanno affrontato il medesimo tema in rapporto al principio di libertà di circolazione dei servizi, *ex art. 56 TFUE*.

Per procedere nell'analisi, è necessario anzitutto identificare quali disposizioni di legge possano essere definite in termini di clausole sociali di seconda generazione. Per fare ciò, è necessario

---

<sup>116</sup> Cfr. ORLANDINI, Viking, Laval, cit., 2009, 70, il quale sostiene che il rischio che si corre, in virtù degli orientamenti della Corte di Giustizia, è quello che sia minata «la legittimità delle clausole sociali *tout court*, e non solo della loro applicazione nei confronti degli operatori economici stranieri, dal momento che è assai probabile che le imprese italiane rivendichino il diritto a non vedersi poste in condizioni di svantaggio rispetto alle loro concorrenti europee». Lo stesso concetto è espresso (senza specifico riferimento alle clausole sociali) da PALLINI, Law shopping, cit., 4. In merito, si può ricordare che una siffatta situazione si è configurata nel caso CGCE C-60/2003, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG c. José Filipe Pereira Félix*: in merito, cfr. GIUBBONI - ORLANDINI, *La libera circolazione*, cit., 115 e 116.

tenere conto del fatto che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, le clausole sociali hanno subito una mutazione funzionale: se in passato il loro obiettivo era essenzialmente quello di assicurare condizioni minime d'impiego ai lavoratori, più recentemente le clausole sono dirette anche a gestire le tensioni occupazionali e regolare gli effetti sociali dei processi di liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici<sup>117</sup>.

Come noto, l'apertura alla concorrenza di mercati contraddistinti dalla presenza di un unico soggetto pubblico operante in regime di monopolio rende possibile l'entrata di nuovi imprenditori; la liberalizzazione del mercato può avere ricadute significative, dal punto di vista quantitativo e qualitativo, sull'occupazione (riduzione dei tassi occupazionali, ovvero redistribuzione della manodopera fra imprese concorrenti), nonché sulla struttura delle relazioni industriali<sup>118</sup>. In considerazione di ciò, il legislatore ha introdotto nella disciplina dei settori liberalizzati differenti tipi di clausole sociali: alcune di queste sono dirette a garantire la continuità occupazionale dei lavoratori (spesso, attraverso l'imposizione, alle imprese entranti, della riassunzione dei dipendenti dei precedenti gestori del monopolio o del servizio pubblico); altre, invece, prevedono vincoli di tipo concertativo-procedimentale alla contrazione collettiva, imponendo un modello di *employee involvement* nella gestione delle relazioni industriali.

Queste ultime clausole sociali, usualmente, sono modellate sull'archetipo rappresentato dall'art. 36, l. n. 300/1970, ma si caratterizzano per l'ulteriore previsione di procedure di contrattazione e concertazione ad hoc, finalizzate all'istituzionalizzazione del conflitto industriale e caratterizzate da processi regolativi congiunti e concordati fra il soggetto pubblico e le parti sociali. Le clausole sociali che prevedono vincoli concertativo-procedimentali, quali l'art. 13, d.lgs. n. 18/1999<sup>119</sup>, e l'art. 17, comma 13, l. n. 84/1994<sup>120</sup>, possono

---

<sup>117</sup> Cfr. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 144.

<sup>118</sup> Per tutti, cfr. PEDERSINI, *Privatizzazioni, rappresentanza e contrattazione*, CELLA - PROVASI (a cura di), *Lavoro, sindacato, partecipazione. Scritti in onore di Guido Baglioni*, Milano, 2001, 263 ss.

<sup>119</sup> Questa disposizione, relativa al mercato aeroportuale, contiene una clausola sociale, in cui si dispone che l'ENAC, per verificare l'idoneità dei prestatori di servizi di assistenza a terra, deve controllare, fra l'altro, il «rispetto del tipo di

essere discusse sotto il profilo del rispetto dei principi di cui all'art. 39 Cost.<sup>121</sup>, ma non sollevano, in merito all'art. 41 Cost., dubbi di costituzionalità ulteriori rispetto a quelli sollevati dall'art. 36, l. n. 300/1970, e in questa parte dello studio, perciò, non saranno prese in considerazione.

Al centro dell'analisi, invece, saranno poste le clausole finalizzate a stemperare le tensioni occupazionali all'interno dei settori di mercato liberalizzati o privatizzati. Infatti, il legislatore ha gestito le fasi di apertura e liberalizzazione di alcuni segmenti del mercato (contraddistinte da una mera successione cronologica fra gestori di servizi non riconducibile al trasferimento d'azienda), predisponendo tutele finalizzate a garantire, nel passaggio dal precedente al nuovo gestore del

---

contratto che regola il rapporto di lavoro dei dipendenti delle aziende di gestione e dei servizi aeroportuali».

<sup>120</sup> La versione originaria della disposizione richiamata sanciva che i lavoratori dipendenti delle imprese concessionarie e autorizzate in ambito portuale avevano diritto ad un trattamento normativo e retributivo minimo inderogabile, previsto in un contratto collettivo per giungere alla stipulazione del quale i Ministeri dei Trasporti e del Lavoro avrebbero promosso specifici incontri fra l'associazione delle Autorità Portuali, le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le rappresentanze delle imprese e dell'utenza portuale.

<sup>121</sup> Ad esempio, l'art. 13, d.lgs. n. 18/1999, è stato interpretato nel senso di vincolare le parti sociali all'applicazione di un predeterminato contratto collettivo: si prospetterebbe, allora, un'illegittima interferenza con i principi della libertà sindacale (cfr. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 150). Dubbi di legittimità costituzionale rispetto ai principi contenuti nell'art. 39 Cost. sono stati sollevati anche nei confronti dell'art. 17, c. 13, l. n. 84/1994 (cfr. le opinioni divergenti di MARESCA, *Appunti preliminari*, cit., 47, e LAMBERTUCCI, *Principi comunitari della concorrenza e contrattazione collettiva: alcuni profili problematici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, 148). Anche la nuova formulazione dell'art. 17, c. 13, l. n. 84/1994, introdotta dalla l. n. 247/2007, a seguito del lungo contenzioso amministrativo che ha interessato la prima stesura del contratto collettivo dei lavoratori portuali (sulle sent. TAR Lazio 25 novembre 2003, n. 10644 e 26 gennaio 2004, nn. 710, 714 e 715, e sulle sent. Cons. St. 31 maggio 2006, nn. 3301 e 3302, 9 giugno 2006, n. 3450, e 22 giugno 2006, n. 3821, cfr. rispettivamente TINCANI, *Lavoro portuale e contratto collettivo unico di riferimento. Il commento*, in *Lav. Giur.*, 2007, 1016; VEZZOSO, *Sul contratto unico per i lavoratori dei porti*, in *Dir. Mar.*, 2008, 486) ha sollevato dubbi di costituzionalità: cfr. TINCANI, *La nuova disciplina del lavoro portuale*, in CARINCI - MISCIONE (a cura di), *Il collegato lavoro 2008*, Milano, 2008, 380.

servizio, il mantenimento dei livelli di occupazione e la continuità occupazionale ai dipendenti<sup>122</sup>.

L'esempio più significativo di queste disposizioni è rappresentato dall'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, nella cui formulazione originaria era disposto che, in relazione ad ogni trasferimento d'attività concernente i servizi aeroportuali di assistenza a terra, fatta salva l'ipotesi di trasferimento d'azienda, sul nuovo gestore del servizio sarebbe gravato il passaggio del personale dal precedente gestore del servizio stesso al soggetto subentrante, «in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo»<sup>123</sup>. Queste disposizioni hanno la finalità di salvaguardare non solo i livelli occupazionali in un segmento di mercato, ma anche quella di garantire la continuità occupazionale del personale dipendente: obiettivi che sono perseguiti dal legislatore «comprimendo l'autonomia negoziale e restringendo il potere di gestione e, in particolare, di organizzazione dell'impresa»<sup>124</sup>. Se le cose stanno davvero così, occorre verificare la compatibilità di queste clausole sociali con il

<sup>122</sup> GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 145. AIMO, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Torino, 2007, 113, ricorda che il legislatore, a partire dagli anni '20 del XX secolo, ha disciplinato le conseguenze dei fenomeni di mera successione cronologica fra imprenditori: è il caso della disciplina relativa alla concessione per l'esercizio dei servizi pubblici quali la riscossione delle imposte o gli autoservizi urbani ed extraurbani (art. 140, c. 1, d.P.R. n. 858/1963), o di quella relativa alla privatizzazione dei servizi pubblici locali (sull'art. 113, d.lgs. n. 267/2000, e sulle sue successive riformulazioni, cfr. NOVELLA, *Nuove discipline delle trasformazioni dei servizi pubblici locali. Profili giuslavoristici*, in *Lav. Dir.*, 2002, 159 ss.; DE SIMONE, *Modificazioni soggettive dei gestori di servizi pubblici locali e disciplina del trasferimento d'azienda. Prime riflessioni sul rapporto tra norme speciali e norme generali dopo il d.lgs. n. 18/2001*, in *Lav. Dir.*, 2002, 181 ss.).

<sup>123</sup> Si può ricordare anche l'art. 17, c. 4, l. n. 84/1994, ove è previsto che sulle Autorità Portuali gravi l'obbligo di individuare le procedure per garantire la continuità del rapporto di lavoro, nei confronti dell'impresa autorizzata, a favore dei soci e dei dipendenti delle imprese, in precedenza deputate alla fornitura di manodopera temporanea, nate dalla trasformazione delle *ex* Compagnie Portuali. MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling, clausola sociale e contrattazione collettiva*, in *Dir. Trasp.*, 2007, 385, nota 7, annovera, fra le clausole di seconda generazione, l'art. 1, c. 1-*quinquies*, d.l. n. 251/1995.

<sup>124</sup> GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 148. Così anche AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 113.

principio della libertà d'iniziativa economica privata, soffermandosi su due distinti aspetti.

In primo luogo, dovranno essere individuate le differenze fra la fattispecie della mera successione cronologica fra appaltatori e quella del trasferimento d'azienda. Proprio queste diversità fanno sorgere dubbi circa la compatibilità fra la disciplina delle clausole sociali ora in esame ed i principi di cui all'art. 41 Cost.: dubbi che, invece, non sono mai stati sollevati in relazione al trasferimento d'azienda ed alle tutele previste dall'art. 2112 c.c. Nel caso del trasferimento d'azienda, infatti, la continuità dei rapporti di lavoro nel passaggio dal cedente al cessionario s'inquadra in una logica di tutela dell'iniziativa economica, dal momento che l'art. 2112 c.c. «rende indissolubile il nesso economico esistente, nell'impresa, fra strumenti produttivi di carattere reale e strumenti produttivi di carattere personale», impedendo che «gli atti di disposizione, mediante i quali l'imprenditore cede ad altri l'azienda» possano pregiudicare l'unità economica dell'impresa e comprometterne l'attitudine produttiva<sup>125</sup>. Nella successione fra appaltatori, invece, l'imprenditore new comer ha diritto ad entrare nel mercato con una propria struttura produttiva: in quest'ipotesi, perciò, non vi è l'esigenza di garantire la sostituzione del cessionario dell'azienda nelle posizioni contrattuali del cedente. Proprio perché non vi è tale esigenza, le clausole sociali in esame hanno suscitato dubbi di compatibilità con i principi di cui all'art. 41 Cost.

In secondo luogo, dovranno essere analizzate le argomentazioni sviluppate dalla Corte Costituzionale, nelle sentenze in cui ha affrontato la questione della legittimità delle

---

<sup>125</sup> GALGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, XIII ed., Bologna, 2011, 68. Poiché l'azienda non si compone solitamente di beni appartenenti all'imprenditore, la necessità di salvaguardarne l'identità nelle vicende traslative impone non soltanto il passaggio della proprietà dei beni aziendali, ma anche la cessione all'acquirente dei contratti che assicuravano all'alienante il godimento dei beni e dei servizi funzionali all'esercizio dell'impresa (fra cui i contratti di lavoro). In quest'ottica s'inquadra anche il divieto di licenziamento motivato dal trasferimento d'azienda (art. 2112, c. 4, c.c.). Viceversa, nell'ottica della salvaguardia della libertà d'iniziativa economica, si può inquadrare la possibilità del cessionario di procedere a licenziamenti per autonomi motivi economici, immediatamente dopo il trasferimento stesso: cfr. NOVELLA, *Osservazioni sulla stabilità del lavoro e tutela della concorrenza nelle vicende circolatorie dell'impresa*, in BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità*, cit., 135.



disposizioni tese a garantire il diritto all'occupazione ai lavoratori dipendenti a fronte del principio di libertà d'iniziativa economica.

### **3.1. Successione cronologica nell'appalto e trasferimento d'azienda**

Per quanto concerne il primo aspetto, occorre definire i contorni del trasferimento d'azienda, guardando in particolare gli strumenti giuridici mediante i quali si realizza il trasferimento e all'oggetto della cessione.

In merito, si deve ricordare anzitutto che un trasferimento d'azienda si può realizzare anche attraverso un negozio giuridico che non preveda un rapporto diretto fra cedente e cessionario: è possibile, infatti, che il trasferimento (specialmente nel caso di attività labour intensive) si configuri tramite «operazioni triangolari, tra cui in primis la successione di due imprenditori nella titolarità di un appalto di servizi»<sup>126</sup>.

Tuttavia, secondo l'orientamento della Corte di Giustizia, la perdita di un appalto di servizi a vantaggio di un'impresa concorrente non rivela, di per sé, l'esistenza di un trasferimento d'azienda: affinché la fattispecie della successione nella titolarità di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera possa essere ricondotta a quella della cessione d'azienda, è necessario che si configuri il trasferimento di un'entità economica organizzata che conserva la propria identità nel passaggio da un imprenditore all'altro<sup>127</sup>. In altri termini, la successione nella titolarità di un appalto di servizi configura un trasferimento d'azienda se l'oggetto che è trasferito (assunta per ipotesi la scarsa entità dei beni materiali ed immateriali) non è un semplice insieme di lavoratori, stabilmente addetti allo svolgimento di un'attività, ma è un insieme di conoscenze e di capacità professionali, integrate e cristallizzate nell'entità rappresentata dal gruppo di lavoratori, che fa del gruppo stesso un complesso

---

<sup>126</sup> AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 126.

<sup>127</sup> Cfr. la giurisprudenza della CGCE citata da AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 125, e BANO, *La circolazione comunitaria di servizi labour intensive*, in *Lav. Dir.*, 2008, 16.

in grado di svolgere un'attività d'impresa, anche se diversa dalla precedente<sup>128</sup>. Se, infatti, la successione fra appaltatori non costituisce trasferimento d'azienda è perché difetta l'elemento base, cioè il trasferimento di un'entità che, per quanto dematerializzata, «deve comunque conservare una propria identità di soggetto economico, di organizzazione di beni e di persone, anche se assemblati in proporzioni pur molto diverse, tale da consentire l'esercizio di un'attività d'impresa»<sup>129</sup>.

Appare evidente, alla luce di quanto appena rilevato, che la fattispecie della successione nell'esecuzione di un appalto, tutelata dalle clausole sociali di seconda generazione, non sia sempre riconducibile a quella del trasferimento d'azienda: è ben possibile, infatti, che la successione fra un imprenditore ed un altro nel compimento di un'opera o nella gestione di un servizio non sia caratterizzata dal transito di alcuna "entità economica produttiva organizzata"<sup>130</sup>. Del resto, il legislatore italiano, in virtù delle differenze intercorrenti fra le due fattispecie, non ha esteso tout court le tutele di cui all'art. 2112 c.c. al caso della successione fra appaltatori: ha previsto, piuttosto, meccanismi che impongono alle nuove imprese che entrano nel mercato l'obbligo di assumere alle proprie dipendenze il personale

---

<sup>128</sup> Sul problema della qualificazione della riassunzione dei lavoratori come elemento costitutivo della fattispecie del trasferimento d'azienda, ovvero come effetto del configurarsi del trasferimento d'azienda, cfr. VALLAURI, *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *Lav. Dir.*, 2002, 618.

<sup>129</sup> Cfr. ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1999, par. 4.3 e par. 8. Sull'art. 29, c. 3, d.lgs. n. 276/2003, secondo cui l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore non costituisce trasferimento d'azienda, cfr. SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 84/2006, par. 6.

<sup>130</sup> Anche se in alcuni settori, come quello dell'*handling* aeroportuale, la successione fra un gestore del servizio ed un altro è di fatto spesso caratterizzata dal passaggio di un certo numero di beni e strutture necessarie allo svolgimento dell'attività (cfr. i par. 28, 39 e 42 sent. CGCE 9 dicembre 2004, C-460/2002, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana*). Cfr. anche BANO, *La circolazione comunitaria*, cit., 21, che ricorda la sent. CGCE 15 dicembre 2005, C-232/2004 e C-233/2004, *Nurten Güney-Görres e Gul Demir c. Securicor Aviation (Germany) Ltd e Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG*.

impiegato dal precedente appaltatore<sup>151</sup>, anche ove non ricorra un trasferimento d'azienda<sup>152</sup>. Ci si può allora chiedere se un siffatto obbligo possa essere considerato legittimo, alla luce dei principi di libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.

### 3.2. Tutela dei livelli occupazionali e libertà d'iniziativa economica nelle sentenze della Corte Costituzionale

In merito all'interrogativo formulato, si può convenire con la dottrina maggioritaria che gli obblighi di legge, a carico degli imprenditori *new comers*, di mantenere i livelli occupazionali e di riassumere i lavoratori impiegati dal gestore uscente di un servizio pubblico possono essere considerati alla stregua di una fattispecie illegittima d'imponibile di manodopera<sup>153</sup>.

L'illegittimità dell'istituto dell'imponibile di manodopera è stata affermata per la prima volta dalla Corte Costituzionale nella sent. 16 dicembre 1958, n. 78, in cui è stata sancita l'incompatibilità del d.lgs. n. 929/1947 C. prov. Stato (ratificato

---

<sup>151</sup> Ad esempio, nel caso dei servizi di *handling*, il legislatore aveva disposto (versione originaria dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999) il mantenimento, per ventiquattro mesi, dei livelli d'occupazione preesistenti, e, a tutela del personale impiegato dal precedente gestore, l'obbligo della sua assunzione a carico del nuovo gestore: cfr. PALLINI, *Il diritto del lavoro e libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, II, 44.

<sup>152</sup> In riferimento al caso dell'*handling* aeroportuale, basandosi sulla differente tutela fornita ai lavoratori dall'art. 2112 c.c. e dall'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, NOVELLA, *Osservazioni sulla stabilità*, cit., 133 ss., fornisce una risposta negativa al quesito se la protezione accordata dall'ultima disposizione citata possa essere ricondotta ad un "trattamento di miglior favore" ai sensi dell'art. 8, dir. 2001/23/CE. Considerato che «la regola del trattamento più favorevole trova il suo presupposto funzionale (...) nella circostanza che i trattamenti posti a confronto siano comparabili sotto il profilo quantitativo», se «si esce dai termini del confronto "quantitativo"», il rischio è che si possa procedere al raffronto fra «il *melius* dal *pejus*» soltanto attraverso valutazioni soggettive circa i (presunti) interessi dei destinatari della disciplina (NOVELLA - VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, 184 ss.). Nel caso in esame, mancano «i requisiti minimi per poter procedere al *test* del *favor*», perché l'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, prevede non l'estensione della disciplina di cui all'art. 2112 c.c., ma un tipo di tutela diversa, cioè l'obbligo di assunzione in capo al gestore *new comer* (NOVELLA, *Osservazioni sulla stabilità*, cit., 140).

<sup>153</sup> Cfr. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 148.

con l. n. 621/1952), relativo alle norme sul massimo impiego dei lavoratori agricoli, con l'art. 41 Cost.

In questa sede, non è possibile descrivere in modo accurato i complicati meccanismi che regolavano la «determinazione autoritativa, demandata al Prefetto, del numero dei lavoratori “imponibili” per ettaro-coltura»<sup>154</sup>; meccanismi tanto complessi che hanno spinto la dottrina a porsi il quesito se la Corte abbia inteso dichiarare l'illegittimità dell'istituto in sé, per la limitazione dell'iniziativa economica privata imposta all'imprenditore agricolo, ovvero per come esso era stato strutturato nel d.lgs. n. 929/1947 C. prov. Stato<sup>155</sup>. Senza addentrarsi nel dibattito sviluppatosi attorno a questo interrogativo, è sufficiente rilevare che la dottrina maggioritaria ha affermato che gli argomenti sviluppati dalla Corte nella sent. n. 78/1958 avevano «portata generale»<sup>156</sup> e, quindi, potevano essere riferiti all'intero mercato del lavoro (e non al solo settore agricolo)<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> ICHINO, *Diritto al lavoro e collocamento nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1988, 24. In merito, cfr. anche BARASSI, *Il diritto del lavoro*, t. II, Milano, 1949, 92 ss.; VIESTI, *L'imponibile di manodopera e la Costituzione*, in *Rass. Dir. Pubb.*, 1957, I, 337 ss.; FLAMMIA, *Sui limiti contenuti nell'art. 41 Cost.*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1958, par. 3.

<sup>155</sup> Cfr. CRISAFULLI, *Costituzione ed imponibile di mano d'opera*, in *Giur. Cost.*, 1958, 1205; PERA, *Assunzioni obbligatorie*, cit., 125 e 126.

<sup>156</sup> CRISAFULLI, *Costituzione ed imponibile*, cit., 1205. In senso contrario, ICHINO, *Diritto al lavoro*, cit., 24, nota 41.

<sup>157</sup> PERA, *Assunzioni obbligatorie*, cit., 124, sosteneva che, «nel settore agricolo un sistema di assunzioni obbligatorie in genere, se giustificato dal duplice fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali», poteva «trovare la sua legittimazione nella generica formula dell'art. 44 Cost., secondo la quale “la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata”». Analogamente M. MAZZIOTTI, *Iniziativa economica privata*, cit., 1216-1218; MORTATI, *Iniziativa privata e imponibile di mano d'opera*, in *Giur. Cost.*, 1958, par. 4; BRANCA, *Il procedimento di collocamento dei prestatori di lavoro*, in BRANCA, *Legislazione sociale. Saggi*, Padova, 1977 (scritto originario del 1957), 239. In senso contrario, cfr. VIESTI, *L'imponibile di manodopera*, cit., 341, e lo stesso BRANCA, *Sull'imponibile di mano d'opera in agricoltura* (scritto originario del 1959), in BRANCA, *Legislazione sociale*, cit., 268, secondo cui l'art. 44 Cost. prevede limiti alla proprietà privata terriera e, non già, all'impresa (ma, sul punto, cfr. PERA, *Assunzioni obbligatorie*, cit., 124, nota 94, il quale rileva che «nel settore agricolo la proprietà e l'impresa almeno di norma coincidono»). Cfr. anche CRISAFULLI, *Costituzione ed imponibile*, cit., par. 3.

In particolare, per quanto riguarda le argomentazioni relative alla compatibilità dell'istituto dell'imponibile di manodopera con l'art. 41 Cost., la Corte Costituzionale ha rilevato che l'obbligo imposto dal decreto legislativo, gravante sugli imprenditori, interferiva gravemente con la loro «personale iniziativa» economica, nonché con la loro «libera valutazione e conseguente autodeterminazione» degli «adeguati elementi per dimensionare l'azienda e provvedere alla sua interna organizzazione», a causa dell'«immissione, nel complesso equilibrio dell'azienda, di elementi non richiesti, spesso non ritenuti idonei». Infatti, l'imprenditore, attraverso il sistema dell'imponibile di manodopera, era «obbligato all'assunzione di prestatori d'opera e all'esborso dell'importo delle relative retribuzioni maggiorate di una penale», anche qualora egli non avesse voluto «usufruire dell'opera di tali lavoratori».

Non solo. La Corte Costituzionale ha anche puntualizzato che un sistema di assunzioni obbligatorie non è giustificabile ai sensi dell'art. 41, comma 3, Cost.<sup>138</sup>. Secondo la Corte, infatti, evocare i «fini sociali» della disciplina dell'imponibile di manodopera non giustifica «l'ammissibilità di una compressione dell'iniziativa economica privata così penetrante da dar fondamento al sistema dell'imponibile di mano d'opera». L'art. 41, comma 3, Cost. consente al legislatore ordinario di adottare disposizioni «idonee a delineare, da un punto di vista della generale utilità, programmi diretti a stimolare, indirizzare, coordinare l'attività economica al fine di (...) determinare (un) fruttuoso assorbimento di mano d'opera»: ciò, tuttavia, non può portare a considerare legittime quelle norme che «siano congegnate in modo da interferire nell'attività economica di singoli operatori, turbando e

---

<sup>138</sup> La Corte Costituzionale, per argomentare l'illegittimità delle disposizioni in materia d'imponibile di manodopera rispetto alle previsioni dell'art. 41, c. 2, Cost., ha affermato che, in questa disposizione, «sono posti limiti di ordine negativo alla libera iniziativa privata»: pertanto obblighi di *pati* o di *facere*, quali erano, invece, quelli previsti nella disciplina dell'imponibile di manodopera, non erano compatibili con l'art. 41, c. 2, Cost. (per richiami, *supra*, nota 15). Sul rapporto fra l'art. 41, c. 2, Cost. ed il d.lgs. n. 929/1947 C. prov. Stato, VIESTI, *L'imponibile di manodopera*, cit., 338, ha affermato che l'istituto dell'imponibile di manodopera era da considerare in contrasto con il principio dell'utilità sociale, «perché nessuno, meglio del privato conduttore» avrebbe potuto «apprezzare le necessità di lavoro dei vari terreni, al fine di ottenere la maggior produzione con la minor spesa».

comprimendo quell'iniziativa privata» garantita dall'art. 41, comma 1, Cost. Dunque, «l'obbligo imposto ad operatori di assumere prestatori d'opera anche contro la valutazione da essi fatta della organizzazione della propria azienda resta estraneo» al disposto dell'art. 41, comma 3, Cost. «e non può inquadarsi nelle provvidenze di ordine generale ivi previste»<sup>139</sup>.

L'interpretazione secondo cui le argomentazioni sviluppate dalla Corte Costituzionale nella sent. n. 78/1958 hanno portata generale (e non limitata al solo mercato del lavoro agricolo) è avvalorata da un'ulteriore sentenza in materia d'imponibile di manodopera. Infatti, anche nella sent. 28 luglio 1993, n. 356, la Corte ha affermato che l'obbligo a carico delle società e dei consorzi, imposti dall'art. 67, l. reg. Sicilia 31 marzo – 1 aprile 1993, di assunzione dei “giovani” «occupati in progetti di utilità collettiva», non è compatibile con i principi di libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.<sup>140</sup>.

In particolare, la Corte ha sancito che non è legittimo «limitare la libertà dei privati, imponendo loro di assumere obbligatoriamente un certo numero di dipendenti, per quanto giustificato e persino lodevole possa sembrare dal lato morale o anche da quello sociale l'intento di favorire categorie particolarmente colpite dalla sventura»: l'istituto dell'imponibile di manodopera deve essere «dichiarato costituzionalmente illegittimo poiché comprime un elemento, quello relativo al dimensionamento e alla scelta del personale impiegato nell'azienda e al conseguente profilo di organizzazione interna di quest'ultima, che caratterizza il nucleo essenziale della libertà d'iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost.».

---

<sup>139</sup> In merito, cfr. PERA, *Assunzioni obbligatorie*, cit., 128 ss. La Corte si è espressa in senso opposto rispetto a MORTATI, *Il diritto al lavoro*, cit., 185, il quale riteneva che l'imponibile di manodopera potesse essere ricondotto «ai principi che hanno trovato consacrazione nell'art. 41 Cost.: cioè nella funzione sociale dell'impresa», in base a cui avrebbe potuto essere richiesto un assorbimento medio o almeno minimo di mano d'opera, determinata «in base ad un calcolo di massimo rendimento» della stessa, «ma sempre a patto di escludere ogni specie di superlavoro». Secondo l'A., così interpretato, il d.lgs. n. 929/1947 C. prov. Stato sarebbe stato «suscettibile di estensione a rami d'industria diversi da quello agricolo».

<sup>140</sup> Cfr. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 150.

Perciò, ha concluso la dottrina<sup>141</sup>, «il tratto distintivo dell'imponibile di manodopera è stato individuato dalla giurisprudenza costituzionale nella sua capacità di "alterare la valutazione dei datori di lavoro in ordine al dimensionamento delle imprese"»<sup>142</sup>. Ed è proprio «l'onere economico derivante all'impresa dall'obbligo di assumere lavoratori» (anche in soprannumero), se non compensato dalla presenza di correttivi che valgano a bilanciarlo, a rendere l'istituto dell'imponibile di manodopera incompatibile con i principi di cui all'art. 41 Cost.<sup>143</sup>.

Quanto affermato dalla Corte Costituzionale in ordine all'imponibile di manodopera giustifica, allora, un forte dubbio di legittimità costituzionale sulle clausole sociali di seconda generazione finalizzate ad assicurare la continuità occupazionale in favore del personale occupato in determinate imprese o settori economici. È evidente, infatti, che attraverso l'imposizione

<sup>141</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Libertà d'impresa (di assicurazione) e garanzia dei livelli occupazionali. Prime osservazioni alla sent. n. 316 del 1990 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1990, 2035 e 2036.

<sup>142</sup> Tali considerazioni sono avvalorate dai principi che si evincono dalle sentenze della Corte Costituzionale relative al sistema del cosiddetto "collocamento obbligatorio". Nel caso delle assunzioni obbligatorie, infatti, è stato stabilito (sent. 8 giugno 1960, n. 38) che «il vincolo imposto al datore di lavoro non incide sulla scelta delle dimensioni della compagine aziendale, avendo ad oggetto soltanto la riserva di una determinata percentuale di posti in organico a favore degli appartenenti alle categorie protette», ed è pertanto compatibile con i principi di cui all'art. 41 Cost. perché la privata iniziativa non viene annullata o soppressa (ICHINO, *Diritto al lavoro*, cit., 26).

<sup>143</sup> Cfr. Corte Cost. 5 luglio 1990, n. 316, in cui è stato giudicato compatibile, con i principi di cui all'art. 41 Cost., l'art. 11, cc. 3 e 4, l. n. 39/1977, che impone l'obbligo a carico delle compagnie cessionarie di quote di portafoglio delle imprese assicuratrici in liquidazione coatta amministrativa di assumere parte del personale dell'impresa stessa. In questo caso, «l'obbligo di assunzione fuori organico» è compensato «dall'incremento del volume di affari portato dalla contestuale cessione di una quota proporzionale del portafoglio dell'impresa in liquidazione». Invece, nel caso dell'imponibile di manodopera agricola ed in quello dell'art. 67, l. reg. Sicilia 31 marzo - 1 aprile 1993, l'obbligo di assunzione non era bilanciato dall'erogazione di alcun beneficio pubblico. In merito, cfr. M. LUCIANI, *Libertà d'impresa*, cit., 2036, secondo cui le argomentazioni della Corte Costituzionale, nella sent. n. 316/1990, sono insoddisfacenti, poiché negare che le misure di cui all'art. 11, cc. 3 e 4, l. n. 39/1977, siano riconducibili alla fattispecie dell'imponibile di manodopera non è per di sé sufficiente ad escludere un «*vulnus* alla libertà d'iniziativa economica».

dell'obbligo di riassunzione del personale dipendente dal precedente appaltatore (o gestore del servizio), ovvero dell'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali, che incidono «sulla consistenza qualitativa e quantitativa dell'occupazione, viene fortemente compressa la libertà organizzativa dell'imprenditore, se è vero che “il dimensionamento e la scelta del personale impiegato nell'azienda caratterizzano il nucleo essenziale della libertà d'iniziativa economica”»<sup>144</sup>.

### **3.3. L'impatto del diritto dell'UE sulle clausole di seconda generazione**

La legittimità delle clausole sociali di seconda generazione non è dubbia solo in rapporto alla libertà d'iniziativa economica. Parte della dottrina ha sostenuto che le clausole sociali di riassunzione possono creare «una restrizione eccessiva – e cioè sproporzionata rispetto al fine – della libertà di quella stessa concorrenza che il legislatore si propone d'instaurare» nei segmenti di mercato ristrutturati e privatizzati: i vincoli posti a protezione dell'occupazione dei lavoratori, «comprimendo eccessivamente la libertà economica, oltre a penalizzare le imprese», potrebbero ledere anche la libertà di concorrenza, nella sua componente “oggettiva” di libero accesso al mercato<sup>145</sup>.

Per verificare queste affermazioni, può essere utile guardare la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in modo simmetrico a quanto fatto per le clausole sociali di prima generazione: la CGCE, infatti, ha avuto modo di pronunciarsi in alcune occasioni anche sulle clausole sociali poste a protezione dei livelli occupazionali nei mercati liberalizzati.

In merito, particolare attenzione deve essere prestata alle sent. CGCE 9 dicembre 2004, C-460/2002, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana, e 14 luglio 2005, C-386/2003, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania, entrambe relative al recepimento nazionale della dir. 96/67/CE, del 15 ottobre 1996, riguardante l'accesso al

---

<sup>144</sup> GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 149.

<sup>145</sup> Cfr. GHERA, *Le c.d. clausole sociali*, cit., 153 e 154.



mercato dell'*handling* aeroportuale e finalizzata a garantirne il libero accesso ai prestatori dei servizi (art. 6), in funzione della «riduzione dei costi di gestione delle compagnie aeree» e del «miglioramento della qualità offerta agli utenti» (considerando n. 5). In ambedue i casi, erano state sottoposte al vaglio della CGCE clausole sociali, tese alla salvaguardia della continuità occupazionale nel settore dell'*handling* aeroportuale, nell'ipotesi di successione fra appaltatori: clausole che i legislatori nazionali avevano adottato in base alle previsioni contenute nell'art. 18, dir. 96/67/CE, relativo alla possibilità di adottare misure dirette alla tutela dei diritti dei lavoratori.

«In modo assolutamente speculare», la disciplina italiana (art. 14, d.lgs. n. 18/1999) e la disciplina tedesca avevano previsto a carico delle imprese *new comers* nel mercato dei servizi di assistenza a terra di un aeroporto nazionale (anche nel caso in cui non si configurasse un trasferimento di azienda) «l'onere di assumere alle proprie dipendenze il personale impiegato dal precedente gestore in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita»<sup>146</sup>.

In modo altrettanto speculare, la disciplina italiana e quella tedesca sono state dichiarate non compatibili con le previsioni della dir. 96/67/CE, proprio in ragione della «non proporzionalità degli effetti restrittivi della concorrenza tra imprese nel mercato dei servizi aeroportuali, rispetto al fine di garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori»<sup>147</sup>. In particolare, la CGCE ha affermato che le clausole adottate dal legislatore italiano e da quello tedesco consentivano di esercitare una pressione sulle imprese che avessero voluto entrare nel mercato dell'*handling*, vincolandole ad assumere i lavoratori già impiegati nei servizi di assistenza a terra: in questo modo,

---

<sup>146</sup> PALLINI, *Il diritto del lavoro*, cit., 344, il quale mette in rilievo che, mentre nella disciplina italiana l'obbligo di assunzione trovava applicazione in ogni caso, nella disciplina tedesca era attribuita «all'originario gestore-monopolista dei servizi a terra di ciascun aeroporto la facoltà di decidere se esigere dalle imprese neoentrate la riassunzione» dei dipendenti o se ricevere, invece, «dalle stesse imprese un corrispettivo compensativo dei costi, per incentivi all'esodo incentivato, licenziamenti, ammortizzatori sociali», che il gestore uscente avrebbe sopportato «a seguito della mancata assunzione dei suoi dipendenti in esubero».

<sup>147</sup> PALLINI, *Il diritto del lavoro*, cit., 345.

l'immissione di nuovi prestatori di servizi nel mercato risultava più onerosa<sup>148</sup>.

Secondo la dottrina, tuttavia, la CGCE non ha adeguatamente motivato tali decisioni<sup>149</sup>: infatti, «sarebbe stato lecito attendersi un giudizio di ragionevolezza esplicito sulle scelte compiute» dai legislatori nazionali, «in modo da valutare il contemperamento realizzato tra le contrapposte esigenze, entrando anche nel merito degli obiettivi perseguiti e degli strumenti individuati», per la salvaguardia della continuità occupazionale nel settore dell'*handling* aeroportuale, all'interno delle discipline italiana e tedesca<sup>150</sup>.

Sarebbe stato altrettanto legittimo attendersi che la CGCE valutasse le clausole sociali non solo in ragione della loro funzione di tutela dei posti di lavoro dei lavoratori occupati da un operatore in procinto di uscire dal mercato, ma anche in ragione dell'«ulteriore obiettivo di favorire la mobilità tra le imprese, nell'indubbio interesse dell'imprenditore uscente (di risolvere agevolmente i contratti di lavoro con il personale interessato), ma anche (...) di quello subentrante (di reclutare personale già esperto)»<sup>151</sup>.

Ciò non toglie, però, che almeno un elemento potesse orientare i legislatori nazionali (in particolare, quello italiano) nella direzione imboccata infine dalla Corte di Giustizia. Infatti, già nel 1998, quando l'iter d'approvazione del d.lgs. n. 18/1999, di trasposizione della dir. 96/67/CE, non era ancora concluso, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) aveva manifestato dubbi sulla compatibilità della clausola sociale in via di definizione (poi contemplata all'art. 14, d.lgs. n. 18/1999) rispetto ai principi nazionali e dell'UE in materia di

---

<sup>148</sup> Par. 26 ss. sent. CGCE C-386/2003 e par. 34 ss. sent. CGCE C-460/2002.

<sup>149</sup> In questa sede non ci si sofferma sulle argomentazioni portate innanzi alla CGCE, da parte dei governi italiano e tedesco, a difesa delle proprie discipline nazionali: le argomentazioni riguardavano la riconducibilità della fattispecie della successione fra appaltatori a quella del trasferimento d'azienda. In merito si rinvia *supra*, par. 3.1.

<sup>150</sup> MUTARELLI, *Protezione del lavoro vs. protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di Giustizia sui servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo motivata in modo insoddisfacente*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, 275. Cfr. anche PALLINI, *Il diritto del lavoro*, cit., 348; AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 117 e 118.

<sup>151</sup> AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 107.

concorrenza<sup>152</sup>. In particolare, al par. 3.2 segnalazione AGCM 23 febbraio 1998, “Liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti”, era stato affermato che «l'imposizione ai nuovi entranti dell'onere di assorbire manodopera eccedente può disincentivare l'ingresso sul mercato di nuovi operatori e può ridurre l'impatto concorrenziale, limitando in tal modo i benefici della liberalizzazione in termini di riduzione dei prezzi e miglioramento della qualità dei servizi»<sup>153</sup>.

### **3.3.1. Gli spazi a disposizione della contrattazione collettiva nella tutela dell'occupazione dei lavoratori**

Alla luce degli esiti delle sent. CGCE C-460/2002 e C-386/2003, è interessante esaminare come i legislatori nazionali (in particolare, quello italiano) abbiano rivisto la disciplina delle clausole sociali per renderle compatibili con i principi della concorrenza dell'UE: gli sviluppi della normativa relativa alla protezione dell'occupazione permettono, infatti, di approfondire ulteriormente il delicato rapporto fra i diritti sociali dei lavoratori e le ragioni della libertà di concorrenza fra le imprese.

Per ciò che concerne la riformulazione dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, in un primo momento, il legislatore aveva stabilito che, «salva restando l'applicazione di specifiche norme contrattuali di tutela», l'ENAC avrebbe dovuto assicurare, nel caso di successione fra appaltatori nell'*handling* aeroportuale, «l'applicazione delle misure di protezione sociale previste dalla normativa vigente, privilegiando il reimpiego del personale in attività analoghe», che avessero richiesto «il possesso di particolari requisiti professionali e di sicurezza da parte del personale addetto»<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> Cfr. CARBONE - MUNARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, in *Dir. Comm. Int.*, 2000, 111, nota 40; MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling*, cit., 386, nota 8.

<sup>153</sup> Simili considerazioni si rinvencono anche al par. 39 segnalazione AGCM 5 febbraio 2004, “Liberalizzazione e privatizzazione delle attività aeroportuali”.

<sup>154</sup> Art. 3, c. 8, d.lgs. n. 96/2005, come modificato dall'art. 4, c. 11, d.lgs. n. 151/2006.

Questa disposizione, però, è stata censurata dalla Commissione europea, la quale, con parere del 4 aprile 2006, ha affermato che la nuova formulazione dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, non era idonea a superare il contrasto con il diritto dell'UE: tale riformulazione, infatti, obbligava l'ENAC a «privilegiare il reimpiego del personale in possesso di determinati requisiti» e presupponeva, in capo all'ENAC medesimo, un'autorità sufficiente per (o, comunque, la possibilità di) imporre effettivamente alle imprese *new comers* il reimpiego di tale personale. In particolare, secondo la Commissione, la nuova disposizione aveva nuovamente come risultato (sebbene non più raggiunto attraverso un'imposizione di origine legale) un obbligo di riassunzione dei dipendenti del precedente gestore a carico delle imprese *new comers*: obbligo incompatibile con le istanze di apertura del mercato aeroportuale<sup>155</sup>.

Si è giunti così alla terza stesura dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, in cui è stato stabilito che «fatte salve le disposizioni normative e contrattuali di tutela», nel caso di successione fra appaltatori nell'*handling* aeroportuale, «al fine d'individuare gli strumenti utili a governare gli effetti sociali derivanti dal processo di liberalizzazione, il Ministro dei Trasporti, di concerto con il Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, garantisce il coinvolgimento dei soggetti sociali, anche a mezzo di opportune forme di concertazione»<sup>156</sup>. Nella nuova formulazione dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, dunque, sembrerebbe essere venuto meno qualsiasi obbligo, a carico degli imprenditori *new comers* del settore aeroportuale, di riassumere i lavoratori dipendenti dal precedente gestore del servizio di *handling*.

Quest'impressione, tuttavia, non è esatta, poiché il ruolo di tutela dell'occupazione, ricoperto in precedenza dalla legge, è affidato oggi alla contrattazione collettiva: certo non è la stessa cosa, ma anche il contratto collettivo è fonte di obbligazioni.

---

<sup>155</sup> Cfr. MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling*, cit., 388, che sottolinea le affinità fra questa seconda formulazione dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, e la normativa tedesca che era stata giudicata incompatibile con i principi della concorrenza dell'Unione europea, al centro della controversia CGCE C-386/2003. AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 119, ha affermato, invece, che questa riformulazione dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, aveva comportato un «sostanziale svuotamento della previgente previsione della clausola di protezione» sociale.

<sup>156</sup> Art. 23, l. n. 13/2007.

Infatti, le stesure dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, successive a quella originaria, hanno fatto salve le eventuali misure di protezione sociale contenute nella contrattazione collettiva di settore: ed il contratto collettivo di riferimento ha previsto che la successione fra appaltatori nell'ambito dell'*handling* aeroportuale, ad eccezione dell'ipotesi di trasferimento diretto di ramo d'azienda, comporta il passaggio del personale dal precedente gestore a quello subentrante, in ragione della quota di traffico acquisita da quest'ultimo, con applicazione del trattamento economico e normativo contemplato nel medesimo contratto collettivo<sup>157</sup>. Il disposto combinato di questo testo contrattuale con quello dell'art. 13, d.lgs. n. 18/1999 (che subordina l'accesso al mercato dell'*handling* al rispetto dei trattamenti economici e normativi del contratto collettivo di settore<sup>158</sup>), fa dunque sì che l'*handler* subentrante sia «tenuto ad assumere il personale precedentemente in forza presso l'*handler* cessante»<sup>159</sup>.

Ma si può ritenere compatibile con i principi dell'UE l'obbligo di riassumere i lavoratori in caso di successione fra appaltatori, se tale obbligo trae origine nel contratto collettivo, anziché nella legge? Secondo parte della dottrina, è possibile dare una risposta affermativa a questo interrogativo<sup>160</sup>.

Nel par. 59 sent. CGCE 21 settembre 1999, C-67/1996, Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, la Corte di Giustizia ha esplicitamente affermato che «taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli

---

<sup>157</sup> Cfr. AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 119; MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling*, cit., 389. Il riferimento è all'allegato n. 2 del contratto collettivo per il personale di terra del trasporto aereo e delle attività aeroportuali sottoscritto il 26 luglio 2005. I contenuti della "clausola sociale" di origine contrattuale sono rimasti invariati (art. G3) nel rinnovo del contratto sottoscritto il giorno 8 luglio 2010.

<sup>158</sup> Cfr. MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling*, cit., 390. L'A. sposa la tesi secondo cui l'art. 13, d.lgs. n. 18/1999, deve essere interpretato nel senso di vincolare le parti sociali all'applicazione del contratto collettivo di settore (*supra*, nota 119), basandosi anche sul testo della circ. n. 2007/APT-02°, con cui l'ENAC ha imposto l'obbligo a carico dei gestori di servizi aeroportuali di applicare integralmente il contratto collettivo del settore dell'*handling*.

<sup>159</sup> Ancora MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling*, cit., 390. Analogamente AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 120.

<sup>160</sup> Cfr. AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 121.

accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori. Tuttavia, gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, n. 1, TCE nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro». La CGCE, dunque, ha riconosciuto che la contrattazione collettiva può contenere clausole aventi effetti limitativi della concorrenza fra le imprese.

Ciò, tuttavia, non significa che qualsiasi accordo collettivo di lavoro goda dell'*antitrust immunity*: secondo la Corte di Giustizia soltanto i contratti collettivi che «per la loro natura e per il loro oggetto siano volti a conseguire gli obiettivi di miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro posti dagli artt. 2 e 3, lett. g) e i), TCE» non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 85 TCE (poi rinumerato come art. 81 TCE, ed ora trasposto nell'art. 101 TFUE)<sup>161</sup>. In altri termini, la «necessaria correlazione dell'oggetto della contrattazione collettiva rispetto agli obiettivi di protezione sociale individuati dal Trattato (...) non mette autonomamente al riparo i prodotti dell'autonomia collettiva dall'osservanza della logica mercantile, sottoponendoli (...) «ad un controllo sul merito dei fini, dei risultati e della congruità del rapporto tra questi»<sup>162</sup>.

Alla luce delle indicazioni che emergono dalla sent. CGCE C-67/1996, è stato affermato che le disposizioni di legge, quali il vigente art. 14, d.lgs. n. 18/1999, che permettono alla contrattazione collettiva d'introdurre obblighi di riassunzione a carico delle imprese *new comers* sarebbero legittime, nonostante gli effetti di disincentivazione dell'ingresso sul mercato a danno di nuovi operatori e conseguente restrizione della concorrenza sul mercato. Infatti, le clausole negoziali di riassunzione, previste nel contratto collettivo preso a riferimento nel settore dell'*handling* e dirette a salvaguardare l'occupazione dei lavoratori, si collocherebbero «ben all'interno dei confini entro cui il contratto collettivo, per la sua natura e il suo oggetto (...) è stato considerato impermeabile» alle regole dell'UE sulla

---

<sup>161</sup> Cfr. e cit. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, 241.

<sup>162</sup> AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 121 e 122.

concorrenza<sup>165</sup>. In altri termini, gli obblighi di riassunzione di natura contrattuale godrebbero dell'*antitrust immunity*, perché non solo finalizzati, ma anche necessari a conseguire un obiettivo d'interesse generale (il miglioramento delle condizioni di lavoro) e perché considerati come il risultato di un processo di contrattazione in grado di garantire correlazione fra il fine della tutela dell'occupazione ed i sacrifici imposti alle libertà di mercato. Infatti, a differenza di quanto avveniva nella disciplina delle clausole sociali previste *ex lege*, dove il sacrificio della libertà d'impresa e di concorrenza a vantaggio del diritto al lavoro era unilateralmente determinato dal legislatore, in questo caso l'equilibrio fra libertà di mercato e diritto all'occupazione sarebbe liberamente determinato dalle parti sociali.

### 3.3.2. Il principio della libera prestazione di servizi e la tutela dei livelli occupazionali

Queste affermazioni, tuttavia, non appaiono condivisibili: infatti, è possibile dubitare della compatibilità delle clausole sociali di origine contrattuale tese alla salvaguardia della continuità occupazionale nell'ipotesi di mera successione fra appaltatori, con il principio della libera circolazione dei servizi. Peraltro, alcune riserve in merito sono già emerse sia nelle sentenze dei giudici nazionali<sup>164</sup>, sia nella giurisprudenza di altri Paesi appartenenti all'UE<sup>165</sup>.

---

<sup>163</sup> AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 123.

<sup>164</sup> MAZZEO 2007, 391, ricorda l'ordinanza TAR Lazio 13 gennaio 2005, n. 203, con cui è stato sospeso l'atto ENAC n. 2004/6979, che aveva impedito ad un'impresa di svolgere l'attività di servizi di *handling* per conto di una compagnia aerea, asserendo il mancato rispetto del contratto collettivo di settore. In particolare, il TAR Lazio ha ritenuto che, «secondo quanto è dato desumere dalla motivazione della sentenza della CGCE C-460/2002 (...) la previsione dell'art. 13, d.lgs. n. 18/1999, ove interpretata nel senso che impone l'applicazione del contratto collettivo di settore dei gestori aeroportuali, appare di dubbia compatibilità con la direttiva comunitaria n. 96/67/CE», considerato anche «il collegamento tra l'art. 13 e l'art. 14 del d.lgs. n. 18/1999, ritenuto in contrasto con la dir. 96/67/CE dalla predetta sentenza della Corte di Giustizia».

<sup>165</sup> BRINO, *Il diritto comunitario e le misure nazionali a sostegno dell'occupazione: un compromesso difficile*, in *Gius. Civ.*, 2005, 2595, ricorda che, in Francia, «il *Conseil d'État* è più volte intervenuto in materia di accordi collettivi che impongono il trasferimento di una parte di lavoratori dal

Il punto di partenza del ragionamento è rappresentato dalla constatazione che la Corte di Giustizia, come abbiamo già avuto modo di vedere nel caso delle clausole sociali di prima generazione, valuta la legittimità delle disposizioni poste a tutela dei lavoratori non (soltanto) con riferimento alla prospettiva “soggettiva”, ma (anche) con riferimento alla prospettiva “oggettiva” della concorrenza, con conseguente scivolamento del piano d’analisi dal principio della libertà di concorrenza sul mercato a quello della libertà di accesso al mercato (e, dunque, della libera prestazione di servizi).

In particolare, si può ricordare che, secondo la CGUE<sup>166</sup>, è pur vero che, nella già citata sent. Albany<sup>167</sup>, «la Corte ha statuito che, malgrado gli effetti restrittivi della concorrenza ad esso inerenti, un accordo collettivo concluso tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori (...) non ricade sotto le previsioni dell’art. 101, n. 1, TFUE» (ex art. 81 TCE); tuttavia, questa considerazione «non pregiudica in alcun modo la diversa questione (...) delle norme dell’Unione riguardanti l’applicazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi». Se, infatti, l’«esercizio della libertà delle parti sociali e del diritto di negoziazione collettiva» non implica, di per sé, «come inevitabile corollario, una lesione (...) alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi», «il fatto che un accordo o un’attività siano sottratti all’ambito applicativo delle disposizioni del Trattato in materia di concorrenza non ha come conseguenza automatica che tale

---

precedente al nuovo concessionario di un servizio pubblico». Secondo il *Conseil d’État*, la clausola negoziale che obbliga i nuovi gestori a riassumere i lavoratori impiegati dal precedente gestore dissuade i concorrenti, provocando una distorsione della concorrenza: tale disposizione, anche se finalizzata a preservare l’occupazione, apporterebbe un pregiudizio eccessivamente sproporzionato al principio di libertà di concorrenza. Cfr. anche i dubbi di CORTI, *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, I, 799.

<sup>166</sup> Par. 45 sent. CGUE 15 luglio 2010, C-271/2008, *Commissione Europea c. Repubblica federale di Germania*. La Corte di Giustizia delle Comunità europee ha cambiato nome in Corte di Giustizia dell’Unione europea, in seguito all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Pertanto per le sentenze posteriori al 1° dicembre 2009 sarà utilizzato l’acronimo CGUE.

<sup>167</sup> In verità, la CGUE oltre alla sent. Albany, ricorda anche la sent. CGCE 21 settembre 2000, C-222/1998, *Hendrik van der Woude e Stichting Beatrixoord*.



accordo o tale attività siano altresì esonerati dal rispettare gli obblighi imposti dalle disposizioni» del Trattato in materia di libera prestazione dei servizi, «dal momento che questi due ordini di disposizioni rispondono ciascuno a specifici presupposti di applicazione»<sup>168</sup>.

Ciò significa che, sebbene sia le disposizioni relative alla libertà di stabilimento e d'impresa e alla libera prestazione dei servizi, sia le disposizioni relative alla libertà di concorrenza rispecchino la finalità di realizzazione e regolazione del mercato UE, il fatto che un accordo o un'attività, «in considerazione del loro concreto atteggiarsi, esulino dall'ambito applicativo delle disposizioni in materia di concorrenza non comporta necessariamente che tale accordo o tale attività siano altresì esclusi dal campo di applicazione delle disposizioni sulla libera circolazione»: è ben possibile, infatti, che «un accordo o un'attività possano soggiacere alle disposizioni sulla libera circolazione e contemporaneamente esulare dal campo di applicazione delle disposizioni sulla concorrenza, e viceversa». Dunque, secondo la giurisprudenza della CGCE (e ora della CGUE), la circostanza che le disposizioni dei contratti collettivi funzionali al miglioramento delle condizioni d'impiego e di lavoro non soggiacciano all'art. 101 TFUE, «non significa necessariamente che dette disposizioni siano altresì escluse dal campo di applicazione del principio della libertà di stabilimento e del principio della libera prestazione dei servizi»<sup>169</sup>.

Di conseguenza, non sembra possibile sostenere che le clausole di garanzia di continuità occupazionale siano legittime, qualora trovino la loro fonte in un contratto collettivo, anziché nella legge. Gli obblighi di riassunzione sono stati giudicati incompatibili con il diritto dell'UE, perché in grado di compromettere l'apertura dei mercati, scoraggiando potenziali *new comers* a causa del profilarsi di costi (elevati) di manodopera, non determinati dalle proprie scelte imprenditoriali (con conseguente compressione della libertà d'impresa e di

---

<sup>168</sup> Par. 46-48 sent. CGUE C-271/2008.

<sup>169</sup> Par. 65-67 conclusioni Avv. Gen. TRSTENJAK al caso CGUE C-271/2008, presentate il 14 aprile 2010: in merito, cfr. CARABELLI, *Unione europea e libertà economiche "sociofaghe"* (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale), in [www.scienze politiche.uniba.it](http://www.scienze politiche.uniba.it), 2010, par. 1.

prestare servizi)<sup>170</sup>. Le previsioni dei contratti collettivi, al pari di qualsiasi altra disposizione tesa alla protezione sociale dei lavoratori che «preveda il riassorbimento da parte dei nuovi entranti di personale del precedente gestore, ancorché non fondata, su un obbligo legale ma derivante da una imposizione in via di fatto», sono incompatibili con il diritto comunitario nella misura in cui, in concreto, sono in grado di produrre «l'effetto di porre a carico dei nuovi operatori i costi i gestione di chi li ha preceduti»<sup>171</sup>.

Si può così convenire con quella dottrina che sostiene che la libertà di prestare servizi all'interno del mercato UE si estrinseca anche nel diritto dell'imprenditore «di avvalersi liberamente del personale che costituisce il nucleo dell'impresa, perché ciò è indispensabile per l'esercizio efficace dell'attività dell'impresa»<sup>172</sup>.

#### 4. Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, è possibile ora verificare quali siano i rapporti di forza fra i diritti sociali dei lavoratori e la libertà d'iniziativa economica, quando si vengano a trovare in conflitto fra loro, in virtù delle clausole sociali previste dall'ordinamento: tali rapporti variano significativamente, a seconda che si prendano in esame le clausole di prima o di seconda generazione.

Gli obblighi di assunzione e riassunzione, contenuti nelle clausole sociali di seconda generazione appaiono illegittimi, sia con riferimento alla libertà d'iniziativa economica, sia con riferimento alla libertà di concorrenza, entrambe contraddistinte da un "nucleo" essenziale, non comprimibile dal legislatore: l'impresa non può essere gravata da costi non voluti e non programmati, in funzione di un obbligo di assunzione di manodopera. In questo caso, il diritto al lavoro (inteso come il diritto ad avere un'occupazione) lascia il passo alla libertà di dotarsi della manodopera ritenuta necessaria per lo svolgimento dell'attività economica. Queste affermazioni, peraltro, sono

---

<sup>170</sup> Cfr. par. 34 sent. CGCE C-460/2002.

<sup>171</sup> MAFFEO, *Liberalizzazione dell'handling*, cit., 388.

<sup>172</sup> BANO, *Diritto del lavoro*, cit., 96.

coerenti con l'interpretazione dell'art. 4, comma 1, Cost., sostenuta dalla dottrina maggioritaria, secondo cui «nella locuzione “diritto al lavoro” occorre tenere distinti due significati: la libertà di lavorare; il diritto ad ottenere un lavoro. Questo secondo significato denota una “pretesa” nei confronti dei pubblici poteri o di altri soggetti che non assurge, nel nostro sistema, a diritto soggettivo perfetto»<sup>173</sup>.

Gli spazi d'azione a disposizione del legislatore per garantire il diritto al lavoro a coloro che vengono espulsi dal processo produttivo nel caso di successione fra appaltatori appaiono dunque ristretti alla possibilità di concedere loro un diritto di precedenza nelle assunzioni che effettuerà l'imprenditore *new comer*. Questo diritto, però, deve essere delimitato nel tempo e, soprattutto, attivabile in caso di sostanziale equivalenza fra le qualifiche ricercate dall'impresa e quelle possedute dal lavoratore. In questo modo, infatti, la libertà d'iniziativa economica non sarebbe violata nel suo nucleo essenziale, in relazione al dimensionamento della forza-lavoro: sarebbe solo limitata la possibilità di scelta dei lavoratori da assumere. E questa pare una restrizione compatibile sia con il diritto interno, sia con il diritto dell'UE, come dimostra il fatto che simili diritti di precedenza, già presenti nell'ordinamento italiano<sup>174</sup>, sono stati ritenuti compatibili con il principio della libera prestazione di

---

<sup>173</sup> BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità*, cit., 10, che ricorda come la sent. Corte Cost. 9 giugno 1965, n. 45, abbia affermato che «il diritto al lavoro non può essere configurato come un diritto soggettivo all'occupazione nei confronti dello Stato o degli imprenditori». Analogamente SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, ricerca diretta da SCOGNAMIGLIO, Milano, 1978, 40-41, e più recentemente LA MACCHIA, *La pretesa al lavoro*, Torino, 2000, 29; GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT – 46/2006, 8; ALAIMO, *Il diritto al lavoro*, cit., 17 ss.; G. U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, cit., 40.

<sup>174</sup> Cfr., ad esempio, l'art. 8, c. 1, l. n. 223/1991, e l'art. 5, cc. 4 *quater* e 4 *quinquies*, d.lgs. n. 368/2001.

servizi, sia nella giurisprudenza comunitaria<sup>175</sup>, sia dalla Commissione europea<sup>176</sup>.

Per ciò che concerne, invece, le clausole sociali di prima generazione, il discorso è più complesso. Abbiamo avuto modo di vedere, infatti, che il trattamento economico e normativo minimo indicato in un contratto collettivo, che deve essere rispettato in virtù di una clausola sociale, non può essere ritenuto un ostacolo al libero dispiegarsi della libera concorrenza sul mercato, se questa è intesa (com'è accaduto nella sent. Corte Cost. n. 226/1998) in senso "soggettivo", cioè come condizione in cui tutte le imprese godono di un'effettiva parità e sono soggette ai medesimi vincoli (anche quelli, di origine legale o contrattuale, posti a tutela del contraente debole nel rapporto di lavoro). Se, invece, la concorrenza è considerata in modo "oggettivo", cioè se viene presa in considerazione l'apertura dei mercati quale pre-condizione per poter concorrere su di essi (com'è avvenuto nella sent. CGCE C-346/2006), i minimi di trattamento economici e normativi contemplati nel contratto collettivo possono configurare un ostacolo alla libertà di prestare servizi.

Resta allora da capire se sia possibile giungere ad una risposta univoca al quesito relativo alla legittimità delle clausole sociali di prima generazione.

In effetti, esiste una via (angusta, in verità) da seguire per giustificare la permanente legittimità delle clausole sociali di prima generazione, anche alla luce del principio della libera prestazione di servizi.

---

<sup>175</sup> Cfr. par. 45 conclusioni Avv. Gen. LÉGER al caso CGCE C-460/2002, presentate il 9 settembre 2004: cfr. BRINO, *Il diritto comunitario*, cit., 2593, e AIMO, *Stabilità del lavoro*, cit., 118.

<sup>176</sup> La Commissione europea aveva avuto modo di manifestare dubbi sulla compatibilità delle clausole di riassunzione con il diritto comunitario, in riferimento all'art. 23, c. 3, l. n. 84/1994, come modificato dall'art. 2, c. 23, l. n. 647/1996. Nell'occasione, aveva affermato che potevano essere ritenute compatibili con i principi comunitari della concorrenza e di libera circolazione dei servizi eventuali disposizioni che avessero assegnato al personale espulso dal mercato un diritto di precedenza in caso di assunzioni da parte dell'imprenditore *new comer*: tale diritto avrebbe dovuto però essere limitato nel tempo e, soprattutto, applicabile soltanto "a parità di qualifiche" (cfr. CARBONE - MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia. Risultati e prospettive*, in *Dir. Mar.*, 1994, 65, nota 90).

Alla base del ragionamento vi sono due constatazioni. Da un lato, abbiamo rilevato che, nelle sentenze della CGCE e della CGUE, la libertà economica è assunta «come lo scopo fondamentale e preminente che deve guidare il sindacato di legittimità» delle normative lavoristiche nazionali<sup>177</sup>: queste ultime possono essere considerate legittime, ai sensi dell'art. 56 TFUE, soltanto nel caso in cui non rappresentino un ostacolo alla libera circolazione dei servizi (essendo necessarie, adeguate e proporzionali rispetto ai fini perseguiti di tutela dei lavoratori). Dall'altro lato, abbiamo evidenziato che l'art. 3.7 dir. 96/71/CE è interpretato dalla CGCE (ed ora dalla CGUE) in chiave "minimalista", nel senso che uno Stato membro non può subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più gravose della soglia di protezione minima dei lavoratori, perché altrimenti sarebbero sfavoriti i prestatori di servizi stabili in altri Stati, ove la normativa lavoristica sia meno rigorosa di quella dello Stato ospite<sup>178</sup>. E abbiamo avuto modo di vedere, al contempo, che la nozione di "ordine pubblico sociale" nazionale non può essere ricondotta al concetto di ordine pubblico di cui all'art. 3.10 dir. 96/71/CE, che è invece interpretato dalla Corte di Giustizia alla stregua di "ordine pubblico internazionale".

Queste interpretazioni dell'art. 56 TFUE e delle disposizioni contenute nella direttiva sul distacco transnazionale favoriscono una sorta di «concorrenza tra ordinamenti giuridici»<sup>179</sup>: e proprio la Corte di Giustizia, a partire dalla fine degli anni '90 del secolo scorso, ha mostrato un «favor per l'instaurazione di un rapporto competitivo tra gli ordinamenti degli Stati membri», prima nell'ambito del diritto societario, in materia di libertà di

---

<sup>177</sup> BANO, *Diritto del lavoro*, cit., 131.

<sup>178</sup> Cfr. PIZZOFRATTO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, 543.

<sup>179</sup> PALLINI, *Law shopping*, cit., 8.

stabilimento<sup>180</sup>, per estendersi, successivamente, interessando il diritto del lavoro, al campo della libera prestazione di servizi<sup>181</sup>.

In merito, la dottrina ha rilevato che l'istituzionalizzazione del metodo del raffronto competitivo fra ordinamenti, improntato alla lettura "minimalista" delle normative poste a tutela dei lavoratori, ha come unica possibile conseguenza quella che possiamo definire la «costituzionalizzazione» del dumping sociale<sup>182</sup>.

In alcune sentenze, però, la Corte di Giustizia ha affermato che la tutela del mercato del lavoro e dei lavoratori contro il dumping sociale deve essere considerata come una ragione imperativa d'interesse generale, in grado di giustificare una restrizione alla libertà di prestare servizi. La CGCE ha sancito, infatti, che «la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di dumping sociale» è «una ragione che può giustificare l'apposizione di ostacoli alla libera circolazione»<sup>183</sup>. È evidente, dunque, che la tutela dei lavoratori e

<sup>180</sup> Cfr. e cit. PALLINI, *Law shopping*, cit., 9, il quale fa riferimento al *leading case* CGCE 9 marzo 1999, C-212/1997, *Centros Ltd e Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*.

<sup>181</sup> Anche la tutela del diritto di stabilimento può dare origine a fenomeni di *law shopping*, con pregiudizio ai diritti dei lavoratori (come testimonia la controversia CGCE C-438/2005): cfr. PALLINI, *Law shopping*, cit., 8. Sulla distinzione fra libertà di stabilimento e libertà di prestazione di servizi, in ragione del requisito della temporaneità, cfr. CARABELLI, *Europa dei mercati*, cit., 80.

<sup>182</sup> Prendendo il termine in prestito da RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, El caso Ruffert, cit. In questa sede non è possibile soffermarsi sull'analisi della nozione di *dumping sociale*: in merito si rinvia alla copiosa bibliografia che si è sviluppata negli ultimi anni e, in particolare, ad A. LYON-CAEN, *A proposito del dumping sociale*, in *Lav. Dir.*, 2011, 7 ss.; PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in *Lav. Dir.*, 2011, 13 ss.; VOLPE, *Delocalizzazione e dumping sociale. La prospettiva delle teorie economiche*, in *Lav. Dir.*, 2011, 45 ss.

<sup>183</sup> ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., 41. L'A. ricorda il par. 103 sent. CGCE C-341/2005 (ove è affermato che «la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di *dumping sociale* può costituire una ragione imperativa d'interesse generale, ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale da giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato») ed il par. 41 sent. CGCE C-60/2003, ove è affermato che «in quanto uno degli scopi perseguiti dal legislatore nazionale consista nel prevenire una concorrenza sleale da parte delle imprese che retribuiscano i loro dipendenti a un livello inferiore rispetto a quello corrispondente al salario minimo (...) un tale scopo può essere preso in

la tutela del mercato nazionale del lavoro dal rischio di dumping sociale sono accomunate dalla Corte di Giustizia quali ragioni d'interesse generale, tali da legittimare una restrizione alla libera prestazione dei servizi<sup>184</sup>.

Se così stanno le cose, si verifica un “corto circuito” nelle argomentazioni della Corte di Giustizia: alla luce della necessità di tutelare il mercato del lavoro nazionale dal rischio di dumping, ciò che non è ammissibile perché non idoneo, necessario o sproporzionato al fine della determinazione di un livello minimo di tutela dei lavoratori, potrebbe diventare «legittimo, se funzionale ad evitare la concorrenza al ribasso tra sistemi lavoristici»<sup>185</sup>.

È pur vero che la CGCE non ha chiarito in che misura e fino a che punto le misure di protezione dal dumping siano compatibili con gli equilibri del mercato interno: però, essendo state riconosciute 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, cioè della concorrenza attuata dalle imprese straniere grazie al più basso costo del lavoro del quale beneficiano nei Paesi di stabilimento» è necessario che tali principi siano applicati coerentemente ed incidano nelle valutazioni che la Corte effettua, quando è chiamata a giudicare «i limiti di “estensione” del sistema lavoristico nazionale ad imprese di servizi stranieri»<sup>186</sup>.

La necessità di un migliore temperamento «fra diritti fondamentali e libertà sociali, onde (...) evitare una competizione a favore di standard sociali più bassi», è stata affermata anche dal Parlamento europeo, nella risoluzione del 22 ottobre 2008, n. 2008/2085 (INI), ove è sancito che le libertà economiche dell'UE «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», poiché le libertà economiche non

---

considerazione quale esigenza imperativa atta a giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi».

<sup>184</sup> BANO, *Diritto del lavoro*, cit., 106.

<sup>185</sup> ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., 42.

<sup>186</sup> ORLANDINI, *Autonomia collettiva*, cit., 43.

contrastano con i diritti fondamentali dei lavoratori e non hanno, rispetto a questi, un rango superiore<sup>187</sup>.

E, con specifico riferimento al settore degli appalti pubblici (cioè il contesto nel quale le clausole sociali hanno trovato il loro terreno di sviluppo), l'esigenza della revisione e dell'ammodernamento del quadro normativo, in funzione della definizione di una politica equilibrata, che garantisca una «leale concorrenza» fra le imprese stabilite nei paesi membri dell'Unione europea, rappresenta il concetto cardine del punto 2.12 del *Single Market Act* – Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: “Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. Insieme per una nuova crescita” – COM (2011) 206 del 13 aprile 2011.

Alla luce di quanto visto fino ad ora, il divieto della «sleale concorrenza sul piano delle condizioni retributive e normative», che si può leggere anche nel Protocollo n. 27 sul mercato interno e sulla concorrenza allegato al TUE<sup>188</sup>, e la consapevolezza che «il dumping sociale non sia, né possa diventare, parte di un corretto sviluppo economico»<sup>189</sup>, possono rappresentare il contrappeso necessario per riequilibrare il piatto della bilancia su cui si trovano i diritti sociali fondamentali, rispetto a quello su cui sono poste le libertà economiche. Come ha rilevato la dottrina, infatti, la possibilità di raggiungere una posizione di equilibrio fra diritti sociali e libertà economiche non passa solamente attraverso «un'equipollenza astratta e nominale» dei primi rispetto alle

---

<sup>187</sup> Cfr. CARABELLI, *Unione europea*, cit., par. 5.

<sup>188</sup> Nel suddetto Protocollo n. 27, si afferma che il mercato interno dell'Unione europea, di cui all'art. 3 TUE, si deve basare su una «competizione non falsata». Sullo spostamento del principio della “competizione non falsata” dall'art. 3.1, lett. g, TCE, al Protocollo n. 27, cfr. le differenti interpretazioni di ALGOSTINO, *Costituzionalismo e Trattato di Lisbona: l'insostenibile pesantezza del mercato*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 848, e GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2010, 522.

<sup>189</sup> SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. Dir.*, 2008, 269.



seconde, già formalmente ed esplicitamente riconosciuta dalla Corte di Giustizia<sup>190</sup>.

In conclusione, la valorizzazione delle istanze anti-dumping, che provengono dai trattati comunitari e dalla medesima giurisprudenza comunitaria, può comportare, in ultima istanza, il superamento (o, comunque, un affievolimento) della “visione minimalista” dell’art. 56 TFUE e della dir. 96/71/CE, adottata dalla stessa Corte di Giustizia: per questa via, sembra possibile riaffermare la permanente legittimità delle clausole sociali di prima generazione e, più in generale, recuperare la contrattazione collettiva alla sua funzione naturale e costitutiva di leva del miglioramento delle misure standard previste dalla legge a tutela di tutti i lavoratori<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> CARABELLI, *Europa dei mercati*, cit., 183. BALLESTRERO, *Globalizzazione e diritto*, cit., par. 6, ritiene che «un buon suggerimento di politica del diritto», per ottenere un rapporto di parità fra diritti sociali e libertà economiche, sia quello di valorizzare le novità apportate dal TUE e dal TFUE, e gli altri “pilastri” che sorreggono l’architettura dei diritti fondamentali: gli artt. 2 e 3 TUE e gli artt. 9 e 10 TFUE; i diritti contenuti della Carta di Nizza; i principi generali “classici” del diritto dell’UE; i diritti umani sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali; le tradizioni costituzionali comuni (cfr. CARUSO, *I diritti sociali*, cit., 21 ss.).

<sup>191</sup> GOTTARDI, *Tutela del lavoro*, cit., 533.