

CONCORRENZA, MERCATO DEL LAVORO E DIRITTI DEI LAVORATORI

1. Si è sempre riflettuto poco sulla funzione di regolatore della concorrenza svolta dal diritto del lavoro, intesa come capacità di contrastare la competizione al ribasso tra i lavoratori nell'accesso al mercato del lavoro e quella tra imprese fondata sulle condizioni e sul costo del lavoro. Il contrasto dei fenomeni distorsivi della concorrenza e del *dumping* sociale è stato evidente alle origini della disciplina, ma poi s'è perso di vista e la cultura giuslavorista s'è concentrata soprattutto sulla funzione protettiva e di riequilibrio di potere nell'ambito della relazione individuale e collettiva di lavoro.

In questo modo sono sfuggite, o forse sono state sottovalutate, alcune fasi essenziali della storia recente. Durante gli anni che hanno segnato il passaggio di secolo, caratterizzati dai processi di de-regolamentazione e flessibilizzazione della disciplina, è rimasto in ombra l'allentamento della capacità anti-concorrenziale del diritto del lavoro. Ciò che veniva rimesso in causa non era solo il *quantum* della protezione (cioè, la *quantità* di tutela inderogabile che veniva sottratta ai lavoratori) ma, più a fondo, entrava in crisi l'emancipazione dell'intera disciplina lavoristica dalle regole generali del mercato, e dunque la sua vocazione anti-concorrenziale.

Da questo punto di vista, le dinamiche legislative recenti sono auto-evidenti: lo smantellamento della barriera tra *insiders* e *outsiders* – avviato con la Riforma Fornero e proseguito con più decisione dal Jobs Act – punta verso un mercato del lavoro concorrenziale tanto all'ingresso quanto all'uscita. All'ingresso con la liberalizzazione del contratto a termine e della somministrazione (in particolare, con la soppressione del controllo giudiziario sulle "causali"), mentre all'uscita il costo di sostituzione del lavoratore è stato fortemente ridotto nella casistica più rilevante: quella del licenziamento economico (spec. nel regime delle tutele crescenti ex d. lgs. n. 23/2015).

È lecito allora chiedersi se la competizione tra lavoratori pre/post Jobs Act, tra giovani con tutele crescenti e meno giovani con tutele calanti, costituisca un rimedio potente della crisi occupazionale. Oppure se, al contrario, l'abbattimento delle norme anti-concorrenziali all'ingresso e all'uscita del mercato del lavoro non abbia solo ampliato l'arena della competizione e, in qualche modo, favorito il *dumping* sociale.

Gli effetti distorsivi della concorrenza peraltro riguardano anche le imprese: la legislazione recente ha segmentato il panorama imprenditoriale, non solo tra imprese piccole/grandi, ma anche vecchie/nuove, introducendo differenti regimi di flessibilità nell'uso della forza lavoro e concedendo benefici (e sgravi) che non sempre hanno una reale contropartita in termini di consolidamento dell'occupazione (e pertanto sollevano dubbi di compatibilità con la materia degli aiuti di Stato regolata dal TFUE).

2. L'allentamento del paradigma *anti-dumping* del diritto del lavoro è andato di pari passo con la globalizzazione economica e con le politiche liberiste dell'Unione europea, che hanno incentivato l'integrazione nel mercato unico attraverso l'esaltazione delle libertà economiche e della concorrenza tra individui, tra imprese, tra ordinamenti giuridici. Non si tratta di esibire un anti-europeismo astratto o di maniera, ma convince la tesi (diffusa tra gli stessi europeisti) secondo cui le regole europee – che dovevano essere strumenti di convergenza - sono diventate invece un veicolo della de-costruzione dei diritti nazionali, senza offrire come alternativa un autentico “diritto del lavoro europeo”.

Il ruolo giocato dall'Unione è innegabile: la concorrenza sociale è resa possibile (e, qualcuno dice, incoraggiata) da un'armonizzazione imperfetta che lascia sopravvivere differenze rilevanti tra le discipline nazionali del lavoro. Al contempo, nel dirimere i conflitti economici con elementi sovranazionali è aumentata l'ingerenza negli ordinamenti dei singoli Paesi, con l'obiettivo di assicurare l'intangibilità delle libertà d'impresa. Le maggiori critiche si appuntano sull'attività interpretativa, sempre più rilevante, svolta dalla Corte di giustizia e, in particolare, sull'indirizzo che ha attribuito alle libertà economiche del Trattato – di stabilimento (art. 49 TFUE) e di prestazione dei servizi (art. 56 TFUE) – una tendenziale efficacia orizzontale nei rapporti inter-privati, con ricadute fortemente impegnative per i sistemi giuridici nazionali e per la tutela dei lavoratori.

Un terreno di conflitto molto acceso tra la disciplina lavoristica e il diritto europeo della libera concorrenza riguarda la compatibilità delle clausole sociali negli appalti pubblici e nei distacchi transnazionali, in base alla dir. 2014/24/UE recepita dal d. lgs. n. 50/2016 (Nuovo codice dei contratti pubblici) e alla dir. 2014/67/UE (c.d. direttiva di *enforcement* della precedente dir. 96/71/CE) attuata dal d. lgs. n. 136/2016.

I Trattati dell'Unione vietano agli Stati membri di adottare <<restrizioni>> che ostacolino la libera prestazione di servizi nel loro territorio e, tra queste rientrano - secondo l'interpretazione della Corte di giustizia - anche le condizioni di lavoro più favorevoli rispetto a quelle applicate ai lavoratori nei loro Paesi d'origine. Occorre allora stabilire quale sia lo *standard* di tutela necessaria, oltre il quale le misure sociali introdotte a livello nazionale si trasformano in <<restrizioni>> e in dispositivi protezionistici verso le imprese e verso i lavoratori.

Il dibattito domestico registra con la precisione di un sismografo le minime oscillazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia che pare complessivamente poco propensa ad ammettere la compatibilità con il diritto europeo: tanto delle clausole sociali c.d. di prima generazione relative alla garanzia retributiva, quanto di quelle c.d. di seconda generazione finalizzate ad assicurare il riassorbimento dei lavoratori e la continuità occupazionale nel cambio appalto.

Peraltro, nel dibattito nazionale emergono tratti abbastanza curiosi, se non paradossali. Mentre la normativa italiana di recepimento delle direttive del 2014 e la giurisprudenza amministrativa sono di massima orientate in senso favorevole all'introduzione delle clausole sociali, una parte consistente della dottrina solleva dubbi di compatibilità, facendo prevalere la posizione più restrittiva della Corte di giustizia.

Vale la pena di chiedersi se tale indirizzo restrittivo costituisca un ostacolo davvero insuperabile. La stessa giurisprudenza europea non è per nulla univoca e, proprio sul terreno degli appalti pubblici, mostra un'ampia disponibilità ad ammettere altre clausole di condizionalità (ad es., quelle che impongono l'osservanza dei c.d. Protocolli di legalità: CGUe causa Edilux C-425/2014), senza evocare alcun contrasto con il principio di libera concorrenza.

Un altro ambito nel quale un acceso conflitto d'interessi tra i lavoratori rischia di trasmodare in una vera e propria concorrenza a livello individuale riguarda l'applicazione dei criteri di scelta nelle procedure di crisi aziendale, nei licenziamenti collettivi e per motivo oggettivo (c.d. economico), nei trasferimenti d'azienda o di ramo. Si tratta d'un terreno sempre più sensibile ed esposto alla competizione tra individui, nella misura in cui arretra il controllo del giudice sui presupposti sostanziali delle decisioni imprenditoriali e si attenuano le garanzie legislative in caso di licenziamento illegittimo (spec. in relazione alla violazione dei criteri di scelta: art. 10 d. lgs. 23/2015). Nella giurisprudenza nazionale si registrano opzioni interpretative divergenti, e talora un po' confuse, che possono condurre a risultati processuali anche molto differenti.

3. Una mappatura, sebbene sommaria e incompleta, dei fenomeni distorsivi della concorrenza induce ad interrogarsi sulle contromisure che il diritto del lavoro può approntare. La principale difficoltà rimane quella di stabilire il livello *minimo* di tutela dei lavoratori che dev'essere assolutamente garantito, oltre il quale – dal punto di vista del diritto europeo - la competizione tra individui e quella tra le imprese si considera un fatto fisiologico e accettabile.

È un livello di civiltà del lavoro, che assume un valore politico piuttosto che tecnico-giuridico. Ed essenzialmente politica, appunto, è la risposta che chiama in causa i diritti sociali fondamentali della Carta di Nizza che, secondo un'ampia condivisione di idee, dovrebbero costituire il nucleo intangibile della disciplina lavoristica. Infatti il consenso è amplissimo in linea di principio, mentre esiste un notevole contrasto sulla composizione del catalogo dei diritti sociali e sul loro contenuto giuridico. La questione s'è manifestata emblematicamente con le recenti riforme della normativa dei licenziamenti: ci si è chiesti se il rimedio di tipo economico - indennitario stabilito dal legislatore per i licenziamenti ingiustificati soddisfa o meno lo *standard* di protezione sancito dalla Carta di Nizza. Le risposte sono state tutt'altro che univoche.

Un tentativo di definire il livello di tutela inviolabile del lavoro è stato compiuto dal "Pilastro dei diritti sociali" adottato dalla Risoluzione del Parlamento europeo nel gennaio 2017: il documento definisce un nucleo di diritti fondamentali che sono azionabili dai lavoratori a prescindere dal tipo di rapporto contrattuale stipulato con l'impresa (è un'idea che richiama alla mente il nostro progetto dello "Statuto dei lavori" e il dibattito di fine secolo sul riordino della disciplina lavoristica secondo criteri progressivi di tutela).

Vero è che la Comunicazione della Commissione europea dell'aprile 2017, sortita dal lancio del Pilastro, ha ribadito l'impegno a sviluppare la politica sociale ma, al contempo, ha riconfermato il carattere sussidiario dell'intervento sovranazionale, chiamando in causa i Paesi membri per

l'attuazione dei diritti sociali fondamentali. In altri termini, gli Stati nazionali rimangono i principali destinatari della domanda sociale e delle attese di protezione dei lavoratori.

Forse possiamo prendere sul serio il rilancio della politica sociale europea annunciato dall'adozione del Pilastro, ma occorre fare chiarezza sulle competenze legislative dell'Unione: attualmente l'art. 153, par. 2, TFUE stabilisce in modo troppo fumoso i confini dell'intervento sovranazionale in campo sociale e del lavoro. Solo evitando di confondere l'obiettivo del mercato comune con le politiche del mercato in senso stretto, si può puntare su un "diritto del lavoro europeo" capace di contrastare il *dumping* sociale e le strategie competitive al ribasso che vengono tuttora utilizzate da alcuni Paesi membri con effetti depressivi generalizzati della protezione dei lavoratori nel mercato interno e nei mercati nazionali.

Prof. Avv. Patrizia Tullini – Ordinaria di Diritto del Lavoro Università di Bologna