RELAZIONI INDUSTRIALI
E RISORSE UMANE

La tutela della continuità occupazionale nel settore del trasporto pubblico su strada e su rotaia

Stefano Costantini

Sommario: **1.** Ambito della ricerca e struttura dell'indagine. – **2.** Gli strumenti di tutela dei livelli occupazionali. Le clausole sociali a difesa dei livelli occupazionali nel settore del trasporto pubblico. – **2.1.** Le clausole sociali ed il principio di libera circolazione dei servizi. – **2.2.** Verso una nuova stagione di clausole sociali? – **3.** L'estensione del campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda. – **3.1.** Limiti all'estensione delle tutele proprie della disciplina del trasferimento d'azienda. La platea dei lavoratori tutelati. – **3.2.** Limiti all'estensione delle tutele proprie della disciplina del trasferimento d'azienda. Il trattamento dei lavoratori. – **3.3.** La disciplina del trasferimento d'azienda ed il principio di libera circolazione dei servizi. – **3.4.** Bilanciare concorrenza e tutela dei lavoratori in caso di trasferimento di (ramo di) azienda: spunti di riflessione conclusivi.

1. Ambito della ricerca e struttura dell'indagine

La recente comunicazione della Commissione europea 2014/C 92/01 ha posto l'attenzione su un ben preciso settore economico: quello relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.
L'interesse è motivato dal rilievo economico e sociale di questo segmento di mercato: il valore aggiunto e l'occupazione nel settore dei trasporti pubblici tramite autobus, tram, metropolitane e ferrovie negli Stati membri corrispondono rispettivamente a circa l'1% del PIL e dell'occupazione totale nell'Unione europea e un settore dei trasporti pubblici che funzioni in modo efficiente è considerato un elemento

---

** Dottore di ricerca in Diritto comunitario e comparato del lavoro, Università degli Studi di Ferrara.*
Ringrazio la professoressa M. Brignardello per l'accurata lettura della ricerca, quando questa era ancora in versione provvisoria, e per gli spunti di approfondimento forniti: lacune ed omissioni presenti nella redazione finale sono da imputarsi soltanto all'Autore.

fondamentale di un'efficace politica sociale, economica e ambientale. Il settore del trasporto ferroviario, in particolare, è considerato un settore in forte espansione, dal momento che, entro l'anno 2050, la maggior parte del trasporto di passeggeri a medio raggio dovrebbe essere effettuato su rotaia, con ricadute positive non solo sulla crescita economica ed occupazionale, ma anche sulla coesione territoriale e sulla riduzione delle emissioni inquinanti, in una logica di continuità con la strategia *Europa 2020* ([1]).

Dal punto di vista giuslavoristico, il mercato del trasporto pubblico su strada e rotaia, come nel caso degli altri settori in cui si sono verificati fenomeni di privatizzazione e/o liberalizzazione ([2]), presenta due spunti d'indagine interessanti, comunque fra loro connessi: lo studio delle relazioni industriali (con riferimento all'analisi degli assetti della contrattazione collettiva e della regolazione del diritto di sciopero) ([3]); la ricognizione degli strumenti di tutela delle condizioni di lavoro e dell'occupazione predisposti dal legislatore e dalla contrattazione collettiva a favore dei lavoratori impiegati dalle imprese di trasporto ([4]).

([1]) Cfr. *Libro bianco sui trasporti del 2011*, COM(2011) 144 final. Con specifico riferimento alle dinamiche ed alle prospettive del trasporto ferroviario, cfr. i contributi di M. TEBALDI, G. NATALICCHI, P. FELICE e L. DORATO, in M. TEBALDI (a cura di), *La liberalizzazione dei trasporti ferroviari*, Il Mulino, 2011.

([2]) In questa sede non si approfondisce il tema del (lento) processo di apertura del mercato dei servizi pubblici di trasporto alla concorrenza: in merito, per tutti, cfr. A. BOITANI, *Ferrovie: il lato oscuro delle riforme*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2010, 221 ss.; A. CABIANCA, *Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di "paradigma"?*, in *Istituzioni del federalismo*, 2010, n. 5/6, 589 ss.; M. BRIGNARDELLO, M. CASANOVA, *Diritto dei Trasporti. Infrastrutture e accesso al mercato*, Giuffrè, 2011, vol. I, cap. IX e X; I.G. ANTONINI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, in R. LOBIANCO (a cura di), *Compendio di diritto ferroviario*, Giuffrè, 2012, 155 ss.

([3]) Cfr., ad esempio, R. PEDERSINI, *Privatizzazioni, rappresentanza e contrattazione*, in G.P. CELLA, G. PROVASI (a cura di), *Lavoro, sindacato, partecipazione. Scritti in onore di Guido Baglioni*, Franco Angeli, 2001, 263 ss. Per quanto riguarda il settore delle ferrovie, nello specifico, cfr. S.M. MACCIÒ, *Il sistema delle relazioni industriali nel settore ferroviario: l'evoluzione nel gruppo FS*, in *q. Rivista*, 2007, 751 ss., e ID., *Le relazioni industriali nelle attività ferroviarie: dal sistema del gruppo FS ad un nuovo contratto collettivo nazionale di settore*, in *Quaderni Agens*, 2008, n. 1, 75 ss.; B. FRATELLO, *Il sistema della partecipazione dei lavoratori del comparto ferroviario*, in M. COTTONE (a cura di), *Il lavoro nei trasporti. Profili giuridici*, Giuffrè, 2014, 183 ss.

([4]) Sull'evoluzione della disciplina dei rapporti di lavoro nel trasporto pubblico locale e sul progressivo superamento della disciplina dettata dal r.d. n. 148/1931, cfr. T. TREU, M. TIRABOSCHI, *Modernizzazione del quadro legale in materia disciplina dei*

In questa sede, l'analisi sarà incentrata sul secondo filone di ricerca e, in particolare, sul problema della tutela degli *stock* occupazionali nella successione fra imprese nell'affidamento e nella gestione del servizio di trasporto: questo tema, infatti, appare cruciale non soltanto "sul lato dell'offerta di lavoro", dal momento che il mantenimento dei livelli di occupazione riveste anche una duplice valenza strategica quando le imprese si trovano a competere per l'accesso al mercato dei trasporti di passeggeri su strada e su rotaia.

Per meglio chiarire questa affermazione è necessario partire da una constatazione: nel corso degli ultimi anni, in virtù delle scelte del legislatore (europeo e nazionale) e delle stazioni appaltanti, lo spazio per le procedure di affidamento non contraddistinte da una gara ([5]) si è progressivamente ridotto a favore di quelle competitive, che stanno divenendo il principale strumento di affidamento dei servizi di trasporto su ruota e rotaia (anche se, in verità, non mancano sporadiche, ma comunque significative, inversioni di tendenza) ([6]).

---

rapporti di lavoro nell'ambito del trasporto pubblico locale, Working Paper Hermes, 2002, n. 4, 16 ss.

([5]) L'affidamento dei servizi di trasporto pubblico su strada e rotaia può avvenire attraverso tre modalità principali: l'affidamento *in house* (in cui le autorità competenti, a livello locale, possono fornire servizi di trasporto pubblico di passeggeri o procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità locale competente esercita un controllo completo ed analogo a quello esercitato sulle proprie strutture); l'affidamento tramite gara a terzi (da intendersi come "operatori non interni" all'autorità competente); l'affidamento diretto senza gara, che può avvenire nel caso di contratti di servizio pubblico di valore inferiore a soglie prestabilite, in casi di emergenza ed in caso di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia (fatta eccezione per altri modi di trasporto ferroviario, quali metropolitana o tram) di durata non superiore a dieci anni. In merito, cfr. *La liberalizzazione dei trasporti urbani in Europa: tendenze e vincoli*, in A. AURILIO, A. TURSILLI (a cura di), *Outsourcing e relazioni industriali nel trasporto pubblico locale*, Franco Angeli, 2011, 25 ss., cui si rinvia per ulteriori approfondimenti. Sulle c.d. gare "a doppio oggetto", ossia sugli affidamenti della gestione del servizio «in capo ad una società a capitale misto pubblico e privato, partecipata dall'ente pubblico affidante», in cui l'individuazione del socio privato avviene «mediante procedure competitive ad evidenza pubblica» che hanno ad oggetto, «al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio», cfr. S. ZUNARELLI, *Il nuovo regime dei servizi di trasporto pubblico locale*, in *Diritto marittimo*, 2010, spec. *Studi in onore di Francesco Berlingieri*, vol. II, 1218.

([6]) Per una descrizione di queste tendenze, che dovrebbero rafforzarsi nei prossimi anni (in merito, basta considerare quanto disposto dall'art. 8, §§ 1 e 2, regolamento n. 2007/1370/CE: *infra*, note 16, 37 e 38, relativamente ai tempi di adeguamento delle discipline nazionali a quella europea), cfr. M.A. SANDULLI, *Affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale su strada e riforma dei servizi pubblici locali*, in *federali-*

Al momento della presentazione delle offerte per la partecipazione al bando dei contratti pubblici, le imprese, usualmente, puntano alla riduzione dei costi, ivi compreso – ovviamente – quello del lavoro ([7]) e spesso, per raggiungere tale obiettivo, manifestano l'intenzione di ridurre (per poi diminuire effettivamente) gli *stock* occupazionali con i quali svolgere il servizio affidato ([8]).
D'altra parte, però, vi è da tenere conto del fatto che, nei mercati "limitati", come quello del trasporto pubblico, ove l'autorizzazione ad operare rappresenta una risorsa scarsa in senso economico, le imprese *incumbent* potrebbero avere interesse a incrementare il loro organico (ovvero a non procedere a possibili operazioni di razionalizzazione dello stesso), qualora vi siano vincoli – di origine legale, amministrativa o contrattuale – tesi al mantenimento dei livelli occupazionali nell'eventuale passaggio dal soggetto gestore al soggetto *new comer*. Infatti, i livelli occupazionali (anche superiori a quelli necessari per uno svolgimento economicamente efficiente del servizio da affidare) tutelati da disposizione di legge, dalla *lex specialis* di gara, o dai contratti collettivi, possono essere usati alla stregua di una "barriera all'entrata" da parte di quelle imprese che sul mercato operano già.
Ciò si spiega con il fatto che alla nozione di "barriera all'entrata" (che peraltro resta controversa e non univocamente definita) si possono ricondurre (anche) quei costi che devono essere inseriti nella funzione di produzione delle imprese *new comers*, che, invece, l'*incumbent* ha già incluso ([9]): proprio i costi della forza lavoro (ed i livelli occupazionali nello specifico) possono rappresentare una *barrier to entry*, considerato che è già stata da tempo acquisita la consapevolezza che la limitazione

---

smi.it, 2010, n. 13; S.M. SAMBRI, *L'affidamento del servizio di trasporto ferroviario e la proposta di modifica del Regolamento (CE) n. 1370/2007*, in *GiustAmm.it*, 2013, n. 9; M. TEBALDI, *Tra alta velocità e bassa competitività. Liberalizzare i treni non è da tutti*, in *il Mulino*, 2013, n. 4, 593 ss.; S. BENEDETTINI, C. STAGNARO, *Il trasporto ferroviario regionale in Italia: tracce di concorrenza?*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2014, 329 ss.

([7]) Più in generale, sul problema del costo del lavoro nel settore del trasporto pubblico locale, cfr. T. TREU, *Trasporto pubblico locale: verso un federalismo contrattuale?*, Documento di ricerca Hermes, gennaio 2006; C. DELL'ARINGA, *Costo del lavoro e tariffe nel trasporto pubblico locale*, Documento di ricerca Hermes, gennaio 2006.

([8]) Con riferimento al settore ferroviario, cfr. C. GRILLO, *Serve un'inversione di tendenza*, in *Il Lavoro nei Trasporti*, 2013, n. 6, 7.

([9]) Cfr. A. FRIGNANI, S. GAMBUTO, *Le barriere "artificiose" all'accesso al mercato negli appalti pubblici di servizi e forniture: il debole ruolo dell'AGCM*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2006, § 1 (cui si rinvia per ampi riferimenti dottrinali).

della concorrenza fra lavoratori può tradursi immediatamente in una limitazione della concorrenza fra le imprese ([10]).
Sulla base di queste considerazioni, appare evidente che, nell'analisi degli strumenti di tutela dei livelli occupazionali utilizzati nelle fasi di passaggio da un'impresa ad un'altra nella gestione di un servizio di trasporto pubblico, sia ineludibile prendere in esame la contrapposizione fra i diritti sociali dei lavoratori e la libertà di concorrere sul mercato.
In questa ricerca, peraltro, non si assume il paradigma secondo cui un mercato completamente deregolamentato, per quanto riguarda le tutele dei livelli di occupazione, implicherebbe una maggiore competitività fra le imprese: maggiore competitività che comporterebbe inevitabilmente, dopo una fisiologica, iniziale riduzione degli *stock* occupazionali, un innalzamento dei medesimi *stock* nel medio-lungo termine. Pertanto, sarà perseguito il fine di cercare un "punto di equilibrio", che possa portare alla definizione di istituti che siano tesi alla tutela dei livelli di occupazione ed alla garanzia dell'identità dei lavoratori occupati dalle imprese nella successione nella gestione di un servizio di trasporto pubblico, ma che, al contempo, non comprimano in maniera eccessiva (o compromettano in modo irreparabile) la concorrenza fra le imprese nel mercato.

2. Gli strumenti di tutela dei livelli occupazionali. Le clausole sociali a difesa dei livelli occupazionali nel settore del trasporto pubblico

Nell'ordinamento sono presenti differenti strumenti che sono in grado di offrire protezione ai lavoratori nella fase in cui un soggetto *new comer* subentra ad un *incumbent* nella gestione di un servizio di trasporto pubblico locale. Questi strumenti si possono sostanzialmente ricondurre a due modelli distinti: da un lato, quello dell'utilizzo delle c.d. "clausole sociali" poste a tutela dei livelli occupazionali, che saranno al centro della prima parte di questa indagine; dall'altro lato, quello dell'estensione del campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda alla fattispecie della successione fra imprese nella gestione di un servizio di trasporto pubblico su strada o rotaia (che sarà preso in considerazione nella seconda parte della ricerca).

([10]) Cfr. P. ICHINO, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2000, 641.

Le clausole sociali tese alla continuità occupazionale impongono al soggetto *new comer* l'obbligo di riassumere (in tutto o in parte) i lavoratori impiegati dall'impresa che esce dal mercato ([11]).
Tali clausole possono trovare origine in fonti diverse (legge; bando ad evidenza pubblica per l'affidamento; disposizione di contratto collettivo) e si possono presentare con "variegate formulazioni", incidenti «sulle modalità operative del procedimento, sull'individuazione della platea dei lavoratori interessati, sulle condizioni di operatività». Spesso, poi, le modalità con cui si configura il nuovo rapporto di lavoro presso il datore di lavoro *new comer* variano a seconda che il contratto pubblico sia affidato, o meno, alle medesime condizioni contrattuali precedenti ([12]).
Per quanto riguarda il settore del trasporto pubblico su strada e su rotaia, non si rinvengono nell'ordinamento clausole sociali di origine legale, modellate sull'archetipo rappresentato dall'originario articolo 14, decreto legislativo n. 18/1999, relativo al mercato dei servizi aeroportuali: si trattava di una clausola in cui era stabilito che, in ogni caso di trasferimento d'attività concernente i servizi aeroportuali di *handling*, fatta salva l'ipotesi di trasferimento d'azienda, sul nuovo gestore del servizio sarebbe gravato il passaggio del personale dal precedente ge-

([11]) Sul tema delle clausole sociali "di seconda generazione" o "di nuova generazione", nel sistema degli appalti pubblici e delle concessioni, cfr. E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *q. Rivista*, 2001, 133 ss.; S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, in *Ianus*, 2011, § 3; G. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013, 161 ss. e 191 ss., nonché V. BRINO, *Le clausole sociali a tutela dell'impiego e i vincoli di compatibilità con il mercato*, in M.T. CARINCI (a cura di), *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa (scelte organizzative e diritto del lavoro)*, Giuffrè, 2015, 321 ss., e M.A. IMPICCIATORE, *Appalti pubblici: clausole sociali e tutela del lavoro. Una fitta rete di interessi contrapposti, quale effettività?*, ivi, 359 ss.
([12]) Citazioni tratte da M.M. MUTARELLI, *Gli effetti delle clausole di riassunzione nell'avvicendamento di appalti privati*, in M.T. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, 337 ss. In questa sede non si indaga né sulla natura, né sulle diverse fattispecie delle clausole sociali volte a tutelare i livelli occupazionali: in merito, cfr. V. BRINO, *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014, 123 ss.; A. ADINOLFI, G. ESPOSITO, *Subentro di nuovo appaltatore e garanzie per i lavoratori occupati*, in *DPL*, 2015, 937 ss.

store del servizio stesso al soggetto subentrante, «in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo» ([13]).
Le clausole sociali (somiglianti per struttura e contenuti a quelle di origine legale), invece, sono contenute principalmente nei contratti collettivi di settore: emblematico, in tal senso è il caso del trasporto ferroviario ([14]). L'articolo 16-*ter* del contratto collettivo nazionale delle attività ferroviarie, infatti, stabilisce che «in caso di affidamento con gara dei servizi di trasporto, il personale utilizzato da almeno nove mesi alle dipendenze del precedente affidatario nelle medesime attività oggetto della gara transita con passaggio diretto alle dipendenze del nuovo affidatario, in relazione al perimetro e/o ai volumi delle attività oggetto del nuovo affidamento» ([15]).
La peculiarità di questa clausola sociale risiede nel fatto di essere vincolante per qualsiasi impresa che si affacci nel mercato delle attività ferroviarie, pur essendo contemplata in un contratto collettivo che, come tutti i contratti collettivi di diritto comune, è fonte di obbligazioni soltanto fra le parti stipulanti.
Il carattere vincolante della clausola si spiega con la circostanza che il contratto collettivo nazionale della categoria, in virtù dell'articolo 8, decreto legislativo n. 188/2003 (relativo all'attuazione delle direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE) ([16]), deve essere rispettato da

---

([13]) Per altri esempi di clausole sociali contenute in disposizioni di legge, cfr., ad esempio, art. 17, comma 4, l. n. 84/1994 (in merito, cfr. S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata*, cit., 236, nota 123).
([14]) Cfr. C. GRILLO, *op. cit.*, 7.
([15]) Il riferimento al «passaggio diretto alle dipendenze del nuovo affidatario» potrebbe indurre a pensare che l'art. 16-*ter* del contratto collettivo nazionale delle attività ferroviarie sancisca non tanto un obbligo di riassunzione immediata in capo al soggetto *new comer*, ma, piuttosto, introduca un meccanismo che stabilisce la continuità giuridica del rapporto e del contratto di lavoro dei dipendenti dell'*incumbent* con l'impresa subentrante, modellato su quanto previsto dalla disciplina in materia di trasferimento (di ramo) d'azienda. Appare evidente che l'opzione fra la continuità giuridica del rapporto dei lavoratori già impiegati dall'*incumbent* e la loro assunzione *ex novo* non è neutra. Infatti, oltre a quanto si avrà modo di rilevare *infra* (§ 3.3), un'impresa che non dovesse garantire la continuità giuridica dei rapporti di lavoro sarebbe tenuta ad assumere *ex novo* a tempo indeterminato, facendo ricorso, a far data dal 7 marzo 2015, al nuovo contratto di lavoro a tutele crescenti ed acquisendo il diritto (per i lavoratori assunti nel corso del 2015) agli esoneri contributivi per le nuove assunzioni (di cui all'art. 1, commi 118-124, l. n. 190/2014).
([16]) Le tre direttive richiamate costituiscono il c.d. "primo pacchetto ferroviario", ossia il primo nucleo di direttive e regolamenti europei tesi alla creazione di un contesto giuridico e normativo funzionale alla liberalizzazione dei servizi di trasporto su rotaia. A questo primo "pacchetto", ne sono seguiti altri due: il "secondo", accompagnato

tutte le imprese ferroviarie e le associazioni internazionali di imprese ferroviarie che vogliano espletare sull'infrastruttura nazionale servizi di trasporto (di merci e/o) di persone. La disposizione in ultimo ricordata, infatti, stabilisce che le imprese ferroviarie debbano osservare «la legislazione nazionale, regionale, la normativa regolamentare, compatibili con la legislazione comunitaria, ed applicate in modo non discriminatorio, con particolare riguardo agli standard definiti e alle prescrizioni in materia di: […] b *bis*) regolazione dei trattamenti di lavoro del personale definiti dalla contrattazione collettiva c) salute, sicurezza, condizioni sociali e diritti dei lavoratori e degli utenti» ([17]).
È, dunque, il richiamo agli standard in materia di regolazione dei trattamenti di lavoro definiti dalla contrattazione collettiva nazionale che rende vincolante per l'impresa *new comer* il riassorbimento della manodopera precedentemente impiegata dall'impresa uscente ([18]).

---

dalla comunicazione *Verso uno spazio ferroviario europeo integrato*, COM(2002) 18, è rappresentato dal regolamento n. 881/2004/CE, dalle direttive 2004/49/CE, 2004/50/CE e 2004/51/CE; il "terzo" ha preso corpo nelle direttive 2007/58/CE e 2007/59/CE, nonché nei regolamenti 2007/1370/CE, 2007/1371/CE e 2007/1372/CE (sui primi tre "pacchetti", nonché sulla direttiva 2012/34/CE *refusion*, che istituisce uno spazio ferroviario europeo unico, cfr. L. LANUCARA, *Il contesto normativo comunitario nel settore ferroviario a seguito dell'approvazione del terzo pacchetto ferroviario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, 825 ss.; P. POLIMANTI, *La liberalizzazione del trasporto ferroviario*, in *Amministrazione in cammino*, 2010; A. ROMAGNOLI, *L'accesso al mercato dei servizi di cabotaggio ferroviario in ambito europeo nel quadro del processo di liberalizzazione del trasporto internazionale di passeggeri: l'esperienza francese e quella italiana a confronto*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 2013, §§ 1 e 2; M. DELSIGNORE, *Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta*, in *RIDPC*, 2014, 449 ss.). La Commissione europea sta elaborando un "quarto pacchetto ferroviario", introdotto dalla COM(2013) 25 *Completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europee*, ed articolato in sei proposte legislative: la proposta di regolamento COM(2013) 26; la proposta di regolamento COM(2013) 27; la proposta di regolamento COM(2013) 28; la proposta di direttiva COM(2013) 29; la proposta di direttiva COM(2013) 30; la proposta di direttiva COM(2013) 31.

([17]) In questa sede, non ci si sofferma sull'evoluzione normativa che ha contraddistinto l'art. 8, d.lgs. n. 188/2003, modificato, nel corso del tempo, dall'art. 8, comma 3-*bis*, lett. *a-b*, d.l. n. 138/2011 (convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011), dall'art. 37, comma 2, lett. *a-b*, d.l. n. 1/2012 (convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2012), e, in ultimo, dall'art. 4, comma 32, l. n. 92/2012. In merito, cfr. G. GAMBERINI, D. VENTURI, *La contrattazione collettiva nel settore ferroviario*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, 214 ss.

([18]) In questa sede non ci si addentra nella questione della legittimità costituzionale, rispetto all'art. 39 Cost., di quelle disposizioni che impongono, nell'ambito dei pubblici appalti e delle concessioni, il rispetto di un determinato contratto collettivo (ossia del contratto collettivo di settore): in merito, fra i molti, cfr. E. GHERA, *op. cit.*, 150;

2.1. Le clausole sociali ed il principio di libera circolazione dei servizi

La legittimità della clausola sociale contenuta all'articolo 16-*ter* del contratto collettivo delle attività ferroviarie e vincolante ai sensi dell'articolo 8, decreto legislativo n. 188/2003, però, appare dubbia alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, rispetto al principio della libera circolazione di servizi ([19]), così, come di dubbia legittimità appaiono inevitabilmente le clausole sociali, finalizzate alla tutela dei livelli occupazionali, contenute nei contratti collettivi di cui la legge impone l'applicazione *ultra partes* ([20]).

S. BELLOMO, *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali*, in *LG*, 2010, 56; T. TREU, *Contrattazione collettiva e controversie giudiziarie*, in *Contratti e contrattazione collettiva*, 2012, 4; S. VARVA, *Il lavoro negli appalti pubblici*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *op. cit.*, 213 ss.

([19]) In verità, questa clausola appare di dubbia legittimità anche rispetto al principio di libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. In questa sede, tale problematica non viene affrontata, rinviando alla dottrina che ha avuto modo di soffermarsi su di essa: cfr. E. GHERA, *op. cit.*, 133 ss.; S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata*, cit., § 3.2; M. LOZITO, *Tutele e sottotutele del lavoro negli appalti privati*, Cacucci, 2013, 110 ss.; G. ORLANDINI, *op. cit.*, 161 ss. e 191 ss. Più in generale, sul rapporto fra libertà di iniziativa economica e disposizioni volte ad imporre alle imprese l'assunzione di manodopera, cfr. A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, 2006, 139 ss.; F. SCARPELLI, *Iniziativa economica, autonomia collettiva, sindacato giudiziario: dall'art. 41 della Costituzione alla recente legislazione sulle trasformazioni dell'impresa*, in *LD*, 1996, 15 ss.

([20]) Ciò accade molto frequentemente nel caso degli appalti pubblici e delle concessioni, in virtù dell'art. 118, d.lgs. n. 163/2006: cfr. S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2014, n. 196, 45 ss. Emblematico rimane sempre il caso dell'*handling* aeroportuale, ove l'allegato 2 del contratto collettivo per il personale di terra del trasporto aereo e delle attività aeroportuali prevede che la successione fra appaltatori (salva l'ipotesi di trasferimento 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. E l'accesso al mercato dell'*handling* è subordinato proprio al rispetto dei trattamenti economici e normativi del contratto collettivo di settore, in virtù dell'art. 13, d.lgs. n. 18/1999: cfr. M. AIMO, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, 2007, 120; D. MAFFEO, *Liberalizzazione dell'*handling*, clausola sociale e contrattazione collettiva*, in *Diritto dei trasporti*, 2007, 389 ss.; S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata*, cit., 245 ss.

Gli interrogativi sulla legittimità di queste clausole sociali trovano la loro origine nella giurisprudenza della Corte di giustizia, e in particolare nelle argomentazioni contenute in due diverse sentenze.
Anzitutto, si deve tener presente la pronuncia 9 dicembre 2004, C-460/2002, *Commissione delle Comunità Europee* c. *Repubblica italiana*, relativa al recepimento della direttiva 1996/67/CE, riguardante l'accesso al mercato dell'*handling* aeroportuale e finalizzata a garantirne il libero accesso ai prestatori dei servizi ([21]).
Come accennato in precedenza, il legislatore italiano, con l'articolo 14, decreto legislativo n. 18/1999, in applicazione dell'articolo 18, direttiva 1996/67/CE, concernente le possibili misure dirette alla tutela dei diritti dei lavoratori ([22]), aveva previsto a carico delle imprese *new comers* nel mercato dei servizi di assistenza a terra di un aeroporto nazionale (nel caso in cui non si configurasse un trasferimento di azienda), l'obbligo di assumere il personale impiegato dal precedente gestore del servizio di *handling*, proporzionalmente alla quota di traffico o di attività acquisita. Secondo la Corte di giustizia, però, la clausola sociale contenuta all'articolo 14, decreto legislativo n. 18/1999, era da ritenersi incompatibile con le finalità della direttiva 1996/67/CE ([23]), poiché, vincolando

([21]) A pochissimo tempo di distanza da questa sentenza, era stata emessa dalla Corte di giustizia un'altra pronuncia relativa al recepimento (questa volta da parte del legislatore tedesco) della direttiva sull'*handling* aeroportuale, per contenuti ed argomentazioni del tutto simile a quella in esame nel testo: il riferimento è alla sentenza C. giust. 9-14 luglio 2005, C-386/2003, *Commissione delle Comunità Europee* c. *Repubblica federale di Germania*. Per l'inquadramento sistematico dei due casi, cfr. M. PALLINI, *Il diritto del lavoro e libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali*, in *RGL*, 2006, II, 44 ss.
([22]) L'art. 18, direttiva 1996/67/CE, stabilisce che «gli Stati membri possono adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori e il rispetto dell'ambiente».
([23]) Cfr. §§ 34 ss., sentenza C. giust. C-460/2002. In questa sede, non ci si sofferma sui nodi critici che la dottrina ha rilevato nelle argomentazioni della Corte di giustizia, per i quali si rinvia a U. CARABELLI, V. LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di* favor *e di non regresso nelle direttive sociali*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 2005, n. 35, 43 ss.; M.M. MUTARELLI, *Protezione del lavoro vs. protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di Giustizia sui servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo motivata in modo insoddisfacente*, in *RIDL*, 2005, II, 275; M. AIMO, *op. cit.*, 103. Sull'incompatibilità con il principio di libera circolazione dei servizi dell'art. 20, d.lgs. n. 18/1999 (abrogato dall'art. 19, comma 1, l. n. 29/2006), teso a salvaguardare in via transitoria le situazioni contrattuali dei dipendenti delle imprese *incumbent*, dal momento dell'entrata in vigore del provvedimento fino alla scadenza dei contratti collettivi, cfr. G. MANCUSO, *Libertà di accesso al mercato e mantenimento dei livelli occupazionali nei servizi di* handling, in *Diritto dei trasporti*, 2005, 185 e 191.

le imprese che avessero voluto entrare nel mercato dell'*handling* ad assumere i lavoratori già impiegati nei servizi di assistenza a terra, rendeva onerosa l'immissione di nuovi prestatori di servizi in quel mercato ([24]), con effetti restrittivi della concorrenza fra le imprese non proporzionali rispetto al fine di garantire la stabilità occupazionale dei lavoratori ([25]).

In secondo luogo, si deve tener conto della sentenza della Corte di giustizia 15 luglio 2010, C-271/2008, *Commissione Europea* c. *Repubblica federale di Germania*, in cui la Corte ha ribadito che i contratti collettivi possono anche non ricadere sotto le previsioni dell'articolo 101, n. 1, TFUE (relativo al divieto di pratiche tali da impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno), purché siano volti a conseguire gli obiettivi di miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro, e purché le misure introdotte siano necessa-

([24]) Già nel 1998, quando l'iter d'approvazione del d.lgs. n. 18/1999 non era ancora concluso, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, AGCM (segnalazione del 23 febbraio 1998) aveva manifestato dubbi sulla compatibilità della clausola sociale in via di definizione (poi contemplata all'art. 14) rispetto ai principi nazionali e dell'Unione europea in materia di concorrenza (cfr. S.M. CARBONE, F. MUNARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva sul libro accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2000, 111, nota 40; D. MAFFEO, *op. cit.*, 386, nota 8).

([25]) Attualmente, l'art. 14 del d.lgs. n. 18/1999 (art. 23, l. n. 13/2007) stabilisce 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». In un primo momento, però, il legislatore aveva riscritto la disposizione in esame stabilendo 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» (art. 3, comma 8, d.lgs. n. 96/2005, come modificato dall'art. 4, comma 11, d.lgs. n. 151/2006). Questa disposizione era stata censurata dalla Commissione europea, che, con parere del 4 aprile 2006, aveva affermato che la nuova formulazione dell'art. 14, d.lgs. n. 18/1999, non era idonea a superare il contrasto con il diritto dell'Unione europea rilevato nella sentenza C-460/2002. Ciò, poiché il novellato testo dell'art. 14 avrebbe obbligato 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 alle imprese *new comers* un obbligo di riassunzione, incompatibile con le istanze di apertura del mercato (cfr. D. MAFFEO, *op. cit.*, 388; G. MASTRANDREA, *Handling e protezione sociale: una vicenda non chiusa*, in *Diritto dei trasporti*, 2007, 377 ss.).

rie e proporzionali ai risultati da ottenere ([26]). Ciò, tuttavia, non implica *ex se* che questi contratti siano compatibili con le norme dell'Unione riguardanti l'applicazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, dal momento che queste due libertà rispondono a presupposti di applicazione differenti rispetto al principio della *fair and open competition* ([27]).

Alla luce di questo orientamento e di quello espresso dalla Corte di giustizia nella già citata sentenza C-460/2002, pare allora inevitabile dubitare della correttezza della posizione secondo cui le clausole di garanzia di continuità occupazionale sarebbero legittime, qualora trovassero la loro fonte in un contratto collettivo, anziché nella legge (e tale contratto collettivo dovesse essere applicato per legge) ([28]). Gli obblighi di riassunzione sono stati ritenuti dalla Corte di giustizia incompatibili con il diritto dell'Unione europea, poiché scoraggerebbero potenziali *new comers* dall'entrare in un mercato, a causa dei costi di manodopera ad essi imposti: costi di manodopera non determinati da proprie scelte imprenditoriali ([29]). 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», sembrano allora incompatibili

([26]) Cfr. § 59, sentenza C. giust. 21 settembre 1999, C-67/1996, *Albany International BV* (su cui M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *RIDL*, 2000, II, 241).

([27]) Cfr. § 46-48, sentenza C. giust. C-271/2008. In merito, cfr. S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata*, cit., 250 ss.

([28]) In questo senso, invece, cfr. M. AIMO, *op. cit.*, § 3; G. MELI, *Clausole sociali. "Fair outsourcing" delle pubbliche amministrazioni e paradigma della proporzionalità (Parte I)*, in *DLM*, 2014, 741.

([29]) Simili argomentazioni si rinvengono sia nelle sentenze di giudici nazionali (cfr. i riferimenti presenti in D. MAFFEO, *op. cit.*, 391), sia nella giurisprudenza di altri Paesi appartenenti all'Unione europea (cfr. i riferimenti presenti in V. BRINO, *Diritto del lavoro, concorrenza e mercato*, Cedam, 112). In senso contrario, hanno ammesso la legittimità delle clausole sociali tese alla riassunzione dei lavoratori impiegati dall'*incumbent*, TAR Lazio 18 giugno 2013, n. 6094, e, in precedenza, C. Stato 26 giugno 2012, n. 3764, e C. Stato 30 aprile 2013, n. 2374, sentenza non definitiva (rinvenibili, come la restante giurisprudenza amministrativa citata nel corso di questa indagine, all'interno del sito *www.giustizia-amministrativa.it*). C. Stato 5 aprile 2013, n. 1896, ha affermato che le clausole sociali non sono legittime qualora impongano al soggetto *new comer* l'assunzione a tempo indeterminato dei dipendenti prima impiegati con contratto "standard" dal soggetto uscente, in quanto vi può essere contrasto fra durata del contratto di lavoro e durata dell'appalto o della concessione: cfr. S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici*, cit., 49, nota 160.

con il diritto europeo nella misura in cui, in concreto, sono in grado di produrre «l'effetto di porre a carico dei nuovi operatori i costi di gestione di chi li ha preceduti» ([30]).

2.2. Verso una nuova stagione di clausole sociali?

I molti dubbi relativi alla legittimità delle clausole sociali di riassunzione del personale impiegato dall'impresa uscente potrebbero far ipotizzare un inevitabile tramonto di questo strumento di tutela dei livelli occupazionali, a favore di strumenti alternativi.
Uno di questi potrebbe essere rappresentato dal riconoscimento, ai dipendenti dell'*incumbent*, del diritto di precedenza (delimitato nel tempo ed attivabile in caso di sostanziale equivalenza fra le qualifiche ricercate dall'impresa e quelle possedute dal lavoratore) nelle assunzioni che effettuerà l'imprenditore *new comer*.
Tale diritto di precedenza, attribuito nei limiti sopra indicati, non sembrerebbe comprimere in modo illecito la libertà d'iniziativa economica e la libertà di prestare servizi dell'impresa *new comer*, ma parrebbe limitarne soltanto la possibilità di scelta dei lavoratori da assumere, in funzione della tutela occupazionale dei dipendenti dell'*incumbent* ([31]).
Peraltro, a sostegno della legittimità di una clausola di questo tipo, si può ricordare come il riconoscimento del diritto di precedenza in caso di nuove assunzioni sia già diffuso nel nostro ordinamento ([32]), ma, soprattutto, come sulla sua compatibilità con le regole della concorrenza si siano già pronunciate la Corte di giustizia ([33]), la Commissione europea ([34]), la giurisprudenza (amministrativa) italiana ([35]) e l'Autorità per

([30]) D. MAFFEO, *op. cit.*, 388. Cfr. anche S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata*, cit., 24, e ID., *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici*, cit., 55.
([31]) Cfr. S. COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata*, cit., 256 ss.
([32]) Cfr., ad esempio, l'art. 8, comma 1, l. n. 223/1991.
([33]) Cfr. § 45, conclusioni dell'avvocato generale Léger, C. giust. C-460/2002.
([34]) La Commissione europea si era pronunciata sull'art. 23, comma 3, l. n. 84/1994, come modificato dall'art. 2, comma 23, l. n. 647/1996, in materia di lavoro portuale (cfr. S.M. CARBONE, F. MUNARI, *Gli effetti del diritto comunitario sulla riforma portuale in Italia. Risultati e prospettive*, in *Il diritto marittimo*, 1994, 65, nota 90).
([35]) Cfr. C. Stato 16 giugno 2009, n. 3900, su cui S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici*, cit., 55, nota 180.

la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP, ora ANAC – Autorità nazionale anticorruzione) ([36]).

Il riconoscimento del diritto di precedenza, tuttavia, sembra offrire un basso livello di tutela ai lavoratori interessati da una successione fra imprese che gestiscono un servizio di trasporto su strada o su rotaia, almeno sino a quando la successione non possa essere configurata come trasferimento (di ramo) d'azienda. Ecco perché non appare opportuno riporre in un cassetto lo strumento rappresentato dalle clausole sociali.

Per rilanciare l'utilizzo delle clausole sociali tese alla continuità occupazionale ed attenuarne i profili di illegittimità, sembra possibile prendere in considerazione il potenziale delle nuove direttive europee relative agli appalti pubblici ed alle concessioni. È pur vero che tali direttive possono non trovare immediata applicazione in larga parte del settore dei trasporti su strada e su rotaia ([37]): tuttavia, ciò non toglie che que-

([36]) Cfr. parere AVCP, 13 marzo 2013, n. AG 19/13, e AG 20/13, nonché parere AVCP, 23 gennaio 2013, n. 41, su cui S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici*, cit., 55, nota 180.

([37]) Sebbene il procedimento di selezione delle imprese e di affidamento dei servizi di trasporto pubblico resti di impronta squisitamente pubblicistica e nonostante le amministrazioni e gli enti aggiudicatori siano riconducibili alle nozioni di cui agli artt. 3 e 4, direttiva 2014/25/UE, e 6 e 7, direttiva 2014/23/UE, vi è da tenere conto del fatto che la recente direttiva 2014/25/UE, relativa alle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, non trova applicazione, ai sensi dell'art. 21, lett. *g*, agli appalti concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana. La direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, non si applica, ai sensi dell'art. 10, § 3, alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri di cui al regolamento (CE) n. 1370/2007. Questa limitazione del campo di applicazione delle due direttive appare sintonica con la previsione di cui all'art. 5, § 1, regolamento (CE) n. 1370/2007, ove è stabilito che i contratti di servizio o i contratti di servizio pubblico di cui alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (oggi sostituite dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE – sugli appalti pubblici – e 2014/25/UE) «per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri con autobus o tram» debbano essere aggiudicati «secondo le procedure di cui a dette direttive, qualora tali contratti non assumano la forma di contratti di concessione di servizi». Le recenti direttive sui contratti pubblici, dunque, non sono applicabili ai contratti per la fornitura di servizi pubblici di trasporto di passeggeri per ferrovia o metropolitana, la cui aggiudicazione dovrebbe rimanere soggetta al regolamento (CE) n. 1370/2007. Con riferimento alla disciplina antecedente all'introduzione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, cfr. i contributi raccolti in A. CLARONI (a cura di), *La disciplina del trasporto pubblico locale: recenti sviluppi e prospettive*, Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2011, nonché ISFORT, *Il lungo percorso della riforma del trasporto pubblico locale alla ricerca di una disciplina di settore*, 2011.

ste possano trovare applicazione residuale ([38]) e che, comunque, i principi in esse contenuti si possano ben adattare a qualsiasi procedura di aggiudicazione di contratto pubblico, anche "sotto soglia" ([39]).
Anzitutto, si può sottolineare come, nelle recenti direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, sia affermata esplicitamente la volontà di promuovere un utilizzo dei contratti pubblici teso al «conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale» ([40]). E tale volontà è resa esplicita laddove vengono dettate le disposizioni in merito alle «condizioni di esecuzione dell'appalto» ([41]), in cui è stabilito che le stazioni appaltanti possano «esigere condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto, purché collegate all'oggetto dell'appalto […] e indicate nell'avviso di indizione di una gara o nei documenti di gara» e riguardanti «considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione».
Ci si può allora chiedere se il richiamo alle «considerazioni legate all'occupazione», nelle disposizioni relative alle condizioni di esecuzione dell'appalto, possa rappresentare un elemento utile per sostenere una nuova legittimazione delle clausole sociali finalizzate alla tutela dei livelli occupazionali nelle fasi di successione fra imprese appaltatrici e concessionarie, specialmente considerando che le disposizioni contenute nella previgente disciplina europea in materia ([42]), con riferimento alle «condizioni di esecuzione dell'appalto», facevano esclusivo riferimento a «considerazioni sociali e ambientali» ([43]).

([38]) Come rilevato alla nota precedente, il regolamento (CE) n. 1370/2007 disciplina le concessioni per il trasporto pubblico di passeggeri con autobus e tram, per ferrovia o metropolitana. Nella misura in cui, però, il regolamento (CE) n. 1370/2007 lascia al diritto nazionale la facoltà di distaccarsi dalle norme in esso fissate, gli Stati membri potrebbero prevedere che la gestione dei servizi pubblici di trasporto passeggeri debba essere assegnata mediante procedure di aggiudicazione conformi alle rispettive regole generali in materia di contratti pubblici. Sul processo di revisione del regolamento (CE) n. 1370/2007 (ed in particolare dell'art. 5, in cui è dettata la disciplina delle differenti modalità di affidamento dei servizi di trasporto pubblico su strada e rotaia – *supra*, nota 5), innescato dalla proposta di regolamento COM(2013) 28, e contraddistinto da uno spiccato *favor* nei confronti delle procedure competitive, cfr. M.S. SAMBRI, *op. cit.*
([39]) Cfr. S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici*, cit., 12.
([40]) Cfr., ad esempio, considerando 2, direttiva 2014/24/UE.
([41]) Art. 70, direttiva 2014/24/UE; art. 87, direttiva 2014/25/UE.
([42]) Cfr. l'art. 26, direttiva 2004/18/CE, e l'art. 38, direttiva 2004/17/CE, su cui COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici*, cit., 45.
([43]) Per dare una risposta a questo interrogativo, si può, in prima battuta, guardare l'impianto generale della nuova disciplina europea degli appalti (cfr., ad esempio, i considerando 98 e 99, direttiva 2014/24/UE): così facendo, tuttavia, la soluzione posi-

In secondo luogo (e, forse, soprattutto), è opportuno ricordare che nelle nuove direttive europee sui contratti pubblici è stata data preferenza, fra i criteri di aggiudicazione, a quello dell'"offerta economicamente più vantaggiosa", rispetto a quello del "minor prezzo" ([44]). L'offerta economicamente più vantaggiosa è individuata sulla base del prezzo o del costo, seguendo un approccio costo/efficacia, e «può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali», connessi all'oggetto del contratto pubblico in questione ([45]). Fra i criteri sociali possono rientrare anche l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto, «qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto» ([46]).

Per quanto riguarda il trasporto pubblico su strada o rotaia, stanti i rilevanti interessi di sicurezza nell'erogazione del servizio, è evidente che il personale addetto al trasporto (o, comunque, alle funzioni aziendali strategiche nelle imprese di trasporto) debba soddisfare specifici (ed elevati) requisiti di esperienza, professionalità e qualità, e che tale personale possa essere sostituito soltanto qualora il personale sostitutivo sia di livello qualitativo (almeno) equivalente ([47]).

---

tiva è tutt'altro che scontata. Nelle nuove direttive sui contratti pubblici, infatti, quando si esemplificano gli obiettivi sociali che possono essere perseguiti attraverso la messa a bando di appalti pubblici e concessioni, sono posti come intenti perseguibili quello della promozione dell'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, della maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e della conciliazione tra lavoro e vita privata, dell'assunzione di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili (quali i disoccupati di lunga durata ovvero i giovani inoccupati). Non si rinvengono mai, dunque, la finalità della tutela ovvero dell'innalzamento dei livelli occupazionali in quanto tali, né, tanto meno, la garanzia della continuità occupazionale per i dipendenti dell'*incumbent*. In senso contrario, G. MELI, *op. cit.*, 741.

([44]) Cfr. L. MICONI, *Osservazioni preliminari sulle direttive appalti e concessioni*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2014, spec. n. 5, 25 ss.

([45]) Cfr. l'art. 67, direttiva 2014/24/UE, e l'art. 82, direttiva 2014/25/UE. Per quanto riguarda le concessioni, invece, l'art. 41, § 2, direttiva 2014/23/UE, stabilisce che «i criteri di aggiudicazione sono connessi all'oggetto della concessione e non attribuiscono una incondizionata libertà di scelta all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore. Essi possono includere, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione».

([46]) *Ibidem*. In proposito, cfr. anche le conclusioni dell'avvocato generale Wathelet, C. giust. C-601/2013, *Ambisig – Ambiente e Sistemas de Informação Geográfica SA*, nonché § 31, sentenza C. giust. 26 marzo 2015, C-601/2013.

([47]) In effetti, alcuni strumenti per garantire livelli minimi comuni di professionalità dei lavoratori adibiti ai servizi di trasporto pubblico hanno iniziato a trovare diffusione nel mercato europeo, come testimonia, ad esempio, la c.d. "certificazione dei mac-

In quest'ottica, le clausole sociali tese alla riassunzione dei lavoratori potrebbero rivestire un'importanza strategica nella stima dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad esempio, attraverso l'attribuzione di un punteggio della valutazione più elevato, in proporzione al numero di lavoratori impiegati dall'*incumbent* cui venga garantita la continuità occupazionale, ovvero il riconoscimento della preferenza, a parità di punteggio, alle imprese che assicurino il più alto tasso di mantenimento dei livelli occupazionali relativi alla gestione precedente ([48]).
È evidente che, in questa seconda ipotesi, le clausole sociali subirebbero una profonda mutazione genetica e funzionale: infatti, tali clausole non conterrebbero più un obbligo di riassunzione gravante sulle imprese nella fase di esecuzione del servizio di trasporto pubblico, ma rappresenterebbero un incentivo al ricollocamento dei dipendenti dell'*incumbent*, finalizzato all'ottenimento di una migliore valutazione della propria offerta nella fase di aggiudicazione del contratto pubblico ([49]).
Resta fuori discussione che clausole sociali così configurate non possano essere considerate aprioristicamente al riparo da un vaglio giudiziario sulla loro compatibilità e proporzionalità rispetto ai principi di *fair and open competition* fra le imprese e di libera circolazione dei servizi. La minore rigidità di un impianto normativo (previsto dalla legge o dalle leggi di gara) che sostituisca agli obblighi di riassunzione un sistema di incentivazione alla riassunzione, tuttavia, sembrerebbe garantire un corretto bilanciamento fra le tutele occupazionali e la libertà delle imprese di prestare servizi all'interno del mercato dell'Unione ([50]), alme-

chinisti addetti alla guida di locomotori e treni" (direttiva 2007/59/CE), documento che comprova il fatto che il titolare ha ricevuto una formazione specifica in un'impresa ferroviaria sul sistema di gestione della sicurezza. Per la ricostruzione dell'origine e dalla diffusione di questo istituto, cfr. I. INGLESE, *Gli sviluppi del dialogo sociale europeo nel trasporto ferroviario*, in *LPO*, 2004, 394.

([48]) In termini simili si esprimeva l'art. 3, comma 4, della proposta di l. n. 948 (a firma del deputato Lanzillotta), dedicata alla *Disciplina dei servizi pubblici locali*, presentata il 9 maggio 2008, nel corso della XVI Legislatura (rimasta lettera morta).

([49]) Sul labile confine fra i concetti di "requisiti di partecipazione", "criteri selettivi" e "condizioni d'esecuzione", cfr. S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici*, cit., 57 (e la dottrina citata in nota 187), nonché S. VARVA, *op. cit.*, § 6 ss.

([50]) La valutazione circa la legittimità delle clausole così strutturate cambierebbe, se l'impegno alla riassunzione dei lavoratori impiegati dall'*incumbent* fosse utilizzato non come criterio di valutazione dell'offerta, ma alla stregua di un elemento di esclusione delle offerte che non contenessero proposte di reimpiego per i dipendenti dell'impresa uscente.

no secondo gli attuali standard di valutazione adottati dalla Corte di giustizia e da molte corti nazionali ([51]).

3. L'estensione del campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda

Come abbiamo segnalato in apertura di questa ricerca, a tutela dei livelli occupazionali nel settore del trasporto pubblico, in caso di successione fra un'impresa uscente ed una *new comer*, non sono poste soltanto le c.d. "clausole sociali", ma si trovano anche disposizioni che ampliano il campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda. Di queste disposizioni abbiamo esempi sia nel diritto europeo, sia in quello nazionale.

Per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, si deve ricordare l'articolo 4, par. 5, regolamento (CE) n. 1370/2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto su strada e per ferrovia ([52]), ove è disposto che «fatta salva la legislazione nazionale e comunitaria, compresi i contratti collettivi tra le parti sociali, le autorità competenti possono imporre all'operatore del servizio pubblico prescelto di garantire al personale precedentemente assunto per fornire i servizi i diritti di cui avrebbe beneficiato se avesse avuto luogo un trasferimento ai sensi della direttiva 2001/23/CE» ([53]).

Dunque, questa disposizione, che riprende il considerando 16 del regolamento, permette ([54]) agli Stati membri di estendere le tutele previste

([51]) Sull'inevitabilità di un ridimensionamento (che, però, ad oggi non si è ancora registrato) della primazia delle libertà economiche rispetto ai diritti sociali dei lavoratori, a seguito (soprattutto) dell'assorbimento della Carta dei diritti fondamentali nel diritto primario europeo, in molti hanno scritto, anche con riferimento alla disciplina dei contratti pubblici (recentemente, G. MELI, *op. cit.*, 726 ss.).

([52]) Sul campo di applicazione del regolamento (CE) n. 1370/2007, *retro*, note 37 e 38. Per un'analisi approfondita, cfr. A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale alla difficile ricerca di un "centro di gravità", tra disciplina di settore, servizi pubblici locali e normativa comunitaria*, in *GiustAmm.it*, 2010, n. 4, § 4 ss.

([53]) L'art. 4, § 5, stabilisce, inoltre, che i documenti di gara devono individuare il personale interessato da tale garanzia, precisandone in modo trasparente i diritti contrattuali. E, qualora le autorità competenti impongano a un operatore di servizio pubblico di conformarsi a taluni standard sociali, tali standard devono essere inclusi nei documenti di gara (art. 4, § 6): cfr. C. INGRATOCI, *L'accesso all'infrastruttura ferroviaria e gli obblighi di servizio pubblico*, in L. TULLIO, M. DEIANA (a cura di), *Codice dei trasporti*, Giuffrè, 2011, 426 ss.

([54]) L'art. 4, § 5, stabilisce che i diritti individuati nella disciplina del trasferimento d'azienda "possano" essere imposti e non "debbano" essere imposti (o "siano" impo-

nella disciplina del trasferimento d'azienda alla fattispecie della successione fra imprese nell'affidamento e nella gestione di un servizio di trasporto. In altri termini, l'articolo 4, par. 5, prevede l'applicazione della tutela prevista per i lavoratori in caso di trasferimento d'azienda in una fattispecie diversa, quella della successione fra imprese appaltatrici o concessionarie, che può configurare (ma non necessariamente implica) un trasferimento ([55]): come noto, infatti, la perdita di un affidamento da parte di un'impresa a favore di un'impresa concorrente non rappresenta in sé un trasferimento d'azienda, non essendo scontato che, in questa ipotesi, si venga a concretizzare il trasferimento di un'entità economica organizzata che conserva la propria identità nel passaggio fra le imprese ([56]).

Anche nella legislazione nazionale, si rinvengono disposizioni (riguardanti il trasporto pubblico regionale e locale) che estendono il campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda alla fattispecie della successione fra imprese appaltanti e/o concessionarie.

In proposito, è possibile ricordare l'articolo 18, decreto legislativo n. 422/1997, secondo cui, gli enti regionali e locali devono garantire (fra

---

sti). Il legislatore europeo, dunque, pur avendo deciso di disciplinare alcuni aspetti del mercato dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, tramite un regolamento, cioè un atto normativo che è dotato di efficacia orizzontale e verticale e le cui norme sono *self-executing*, ha lasciato che siano i legislatori nazionali (o, comunque, le "autorità competenti") a emanare eventuali atti di esecuzione per tutelare i lavoratori interessati dal passaggio al soggetto *new comer* attraverso l'applicazione estensiva della disciplina del trasferimento d'azienda. Proprio questa discrezionalità ha creato una situazione a "macchia di leopardo", in cui soltanto alcuni Paesi membri hanno dato applicazione ai principi contenuti nel regolamento (cfr. C. GRILLO, *op. cit.*, 7).

([55]) In questa sede non sarà affrontato l'annoso 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: ampiamente, sul tema, M. VALLAURI, *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *LD*, 2002, 618, e, recentemente, M. NOVELLA, *Il trasferimento d'azienda: la fattispecie*, in M. AIMO, D. IZZI (a cura di), *op. cit.*, 244 ss.

([56]) Su questo tema la bibliografia è molto ampia: si rinvia per tutti a M. NOVELLA, *Il trasferimento d'azienda: la fattispecie*, cit., 246 ss. In questa ricerca non verrà approfondita la problematica della compatibilità con il diritto europeo dell'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276/2003, secondo cui, in caso di cambio di gestione di un appalto e di subentro di un nuovo appaltatore, il fatto di aver assunto il personale già impiegato nell'appalto «in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda»: sul punto, si rinvia a V. BRINO, *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, cit., 123 ss.

gli altri aspetti) «l'indicazione delle modalità di trasferimento, in caso di cessazione dell'esercizio, dal precedente gestore all'impresa subentrante […] del personale dipendente», con riferimento a quanto disposto all'articolo 26, regio decreto n. 148/1931. Tale articolo dispone che «in caso di cessione di linee ad altra azienda, o fusione di aziende, devono essere osservate le disposizioni […] pel passaggio del personale di ruolo alla nuova azienda, mantenendo, per quanto è possibile, al personale un trattamento non inferiore a quello precedentemente goduto e assicurando i diritti acquisiti».
Anche in questo caso, appare chiara la volontà del legislatore del 1997 di estendere l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda a quella della successione fra imprese nell'affidamento e nella gestione di un servizio di trasporto, appunto, attraverso il richiamo alla disciplina di cui all'articolo 26, regio decreto n. 148/1931. «In un'ottica di tutela e garanzia dei diritti acquisiti nonché di valorizzazione della posizione di servizio raggiunta», infatti, «il personale deve passare alle dipendenze della società subentrante mantenendo, per quanto è possibile, un trattamento non inferiore a quello già previsto dalla società uscente» ([57]).

3.1. Limiti all'estensione delle tutele proprie della disciplina del trasferimento d'azienda. La platea dei lavoratori tutelati

Il fatto che il legislatore nazionale e quello europeo estendano il campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda alla fattispecie del passaggio, da un'impresa ad un'altra, nella gestione di un servizio pubblico di trasporto su strada o rotaia, *prima facie*, sembrerebbe essere in perfetta linea di continuità con quanto previsto dall'articolo 8, direttiva 2001/23/CE, secondo cui (conformemente alle previsioni dell'articolo 153, par. 4, TFUE – già articolo 137, par. 4 TCE) non è preclusa agli Stati membri la facoltà «di applicare od introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori» in materia di trasferimenti di imprese, di stabili-

([57]) A. CLARONI, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in S. ZUNARELLI (a cura di), *Il diritto del mercato del trasporto*, Cedam, 2008, 173, e, già in precedenza, ID., *Il trattamento del personale dipendente nella riforma del settore del trasporto pubblico locale*, in *Diritto dei trasporti*, 2004, 99 ss.

menti o di parti di imprese o di stabilimenti, rispetto a quelli contemplati nella direttiva.
Infatti, è pur vero che «la regola del *favor* si presta ad una piana applicazione soltanto se la si riferisce ai livelli di tutela previsti dalla direttiva, mentre pare di più difficile applicazione se viene riferita alla definizione dell'ambito di applicazione della disciplina protettiva» ([58]). Tuttavia, nel caso del trasferimento dell'intera azienda «si può ritenere che la protezione dei lavoratori aumenti di pari passo con l'ampiezza dell'ambito di applicazione della disciplina: quante più fattispecie possono configurarsi come "trasferimento d'azienda" tanti più lavoratori potranno beneficiare della disciplina di tutela» ([59]).
A ben vedere, però, il legislatore europeo e quello nazionale non estendono, *tout court*, la disciplina del trasferimento d'azienda (intera) alla fattispecie del passaggio da un'impresa ad un'altra nella gestione di un servizio pubblico di trasporto su strada o rotaia: infatti, in un caso, la garanzia approntata non riguarda tutti i lavoratori impiegati dall'impresa uscente; nell'altro caso, invece, non sono salvaguardati tutti i diritti di cui godono i lavoratori nel trasferimento d'azienda.
Per quanto riguarda l'articolo 4, par. 5, regolamento (CE) n. 1370/2007, il personale che si vuole tutelare non è l'intero organico alle dipendenze del soggetto uscente dal mercato, ma è soltanto quello "precedentemente assunto per fornire i servizi": è evidente, dunque, che il regolamento (CE) n. 1370/2007 voglia offrire tutela ai soli lavoratori che siano adibiti a mansioni correlate all'attività di trasporto pubblico (ossia adibiti al ramo "della fornitura del servizio"). La previsione del regolamento, dunque, lascia ampia discrezionalità ai legislatori nazionali non soltanto nel se (come abbiamo già rilevato in precedenza), ma anche nel come procedere all'emanazione degli specifici atti di esecuzione: l'ampiezza con cui le "autorità competenti" possono interpretare la nozione di "personale precedentemente assunto per fornire i servizi" può far variare in modo assai sensibile la platea dei lavoratori interessati dall'estensione del campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda ([60]).

([58]) M. NOVELLA, M. VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. e i vincoli del diritto europeo*, in *DLRI*, 2005, 184.
([59]) *Ibidem*. Analogamente, cfr. V. SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2006, n. 46, 7.
([60]) Cfr. I. INGLESE, *Trasporto pubblico: subentro e trasferimento d'azienda*, in *DPL*, 2012, 250-251.

In proposito, è da considerare il fatto che, avendo il regolamento europeo specificato che la tutela in esame possa essere estesa al "personale precedentemente assunto per fornire i servizi", i legislatori nazionali non sembrano legittimati a dilatare la protezione a favore di tutti i lavoratori dipendenti dal soggetto uscente. In altri termini, la disciplina europea dà ampio margine di manovra ai legislatori dei singoli Paesi membri nell'attuazione concreta delle misure poste a tutela dei lavoratori dell'*incumbent* e modellate sulla disciplina del trasferimento d'azienda: ciò non toglie che la tutela pensata a livello europeo non riguardi le aziende intere di trasporto, bensì un ramo delle aziende medesime, ossia quello dedicato alla fornitura dei servizi (che può essere definito soltanto a livello nazionale, in modo più o meno ampio, a seconda delle modalità di attuazione prescelte dal legislatore del singolo Paese membro).

In tutti i casi, una normativa nazionale che estendesse la tutela protettiva del trasferimento d'azienda soltanto ai lavoratori impiegati dall'*incumbent* nella fornitura del servizio di trasporto su strada o rotaia (e non a tutti i lavoratori dipendenti), in caso di subentro di una nuova impresa nella gestione del servizio, parrebbe perfettamente in linea con le previsioni di cui all'articolo 8, direttiva 2001/23/CE, poiché «l'ampliamento della nozione di parte di azienda trasferibile» consentirebbe di comprendere nella disciplina nazionale anche una fattispecie che, altrimenti, sarebbe esclusa. «In questo modo si estenderebbe il numero (o la tipologia) dei lavoratori interessati e, di conseguenza, le tutele garantite dalla disciplina protettiva» ([61]).

([61]) V. SPEZIALE, *op. cit.*, 7. Questa opzione interpretativa, peraltro, sembra avvalorata dalla recente giurisprudenza della Corte di giustizia: nella sentenza 6 marzo 2014, C-458/12, *Lorenzo Amatori*, infatti, è stato affermato che, proprio sulla base della clausola di miglior favore contenuta all'art. 8, direttiva 2001/23/CE, è possibile ritenere compatibile con il diritto europeo una normativa nazionale (nel caso di specie, l'art. 2112 c.c.) che estende l'applicazione della disciplina del trasferimento di ramo di azienda (che dovrebbe preesistere al trasferimento) all'ipotesi in cui la parte di impresa ceduta non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma, preesistente al suo trasferimento (cfr. C. CESTER, *Il trasferimento del ramo d'azienda ancora alla prova della Corte di giustizia fra uso capovolto della normativa di tutela e disciplina di maggiore favore*, in *RIDL*, 2014, II, 470 ss., nonché L. CORAZZA, *L'equivoco delle esternalizzazioni smascherate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *RIDL*, 2014, II, 684 ss.).

3.2. Limiti all'estensione delle tutele proprie della disciplina del trasferimento d'azienda. Il trattamento dei lavoratori

Non è soltanto l'articolo 4, par. 5, regolamento (CE) n. 1370/2007, che presenta profili problematici nell'estensione del campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda alla fattispecie della successione fra imprese nella gestione di un servizio di trasporto pubblico: anche l'articolo 18, decreto legislativo n. 422/1997, disposizione "quadro" nazionale in materia di esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, pone diversi interrogativi ai quali non è facile dare risposta.

Come abbiamo già avuto modo di accennare, l'articolo 18, decreto legislativo n. 422/1997, richiama il precedente (e risalente) articolo 26, regio decreto n. 148/1931: dalla lettura combinata di queste due disposizioni si evince che, in caso di subentro nella gestione di un servizio di trasporto pubblico, gli enti regionali e locali debbano indicare le modalità di trasferimento del personale dipendente dal precedente gestore del servizio all'impresa *new comer*, con il mantenimento, "per quanto possibile", di un trattamento non inferiore a quello precedentemente goduto e con la garanzia dei diritti acquisiti ([62]).

Se così stanno le cose, gli enti locali sembrerebbero tenuti a prevedere sistemi di salvaguardia dell'occupazione per tutti i dipendenti del gestore uscente del servizio, nel passaggio all'impresa entrante; nel far ciò, tuttavia, potrebbero non essere garantite integralmente le prerogative dei lavoratori interessati da un trasferimento d'azienda, dal momento che il mantenimento del trattamento economico e normativo garantito dall'impresa uscente, nonché i diritti acquisiti, sono tutelati soltanto "per quanto possibile" ([63]).

L'articolo 18, decreto legislativo n. 422/1997, e l'articolo 26, regio decreto n. 148/1931, perciò, non prevedono l'estensione della disciplina di cui all'articolo 2112 del codice civile, ma un tipo di tutela diversa, dove il livello delle garanzie che possono essere approntate per i lavoratori è variabile a seconda delle circostanze e delle condizioni in cui

---

([62]) Sull'art. 18, d.lgs. n. 422/1997, e l'art. 26, r.d. n. 148/1931, cfr. A. CLARONI, *op. cit.*, 172 ss.

([63]) In merito, l'art. 16, comma 7, del contratto collettivo nazionale "autofiloferrotranvieri ed internavigatori" sancisce che, in relazione alle garanzie a favore dei dipendenti delle imprese «interessate da processi di trasferimento di attività per subentro di azienda a qualunque titolo nelle attività rientranti nel campo di applicazione come definito dal presente contratto, si applicano le normative contrattuali vigenti nei rispettivi singoli Ccnl», fatti salvi gli accordi di confluenza agli stessi, ove esistenti.

avviene il passaggio da un'impresa all'altra, nella gestione del servizio di trasporto pubblico.

Nel caso in esame, dunque, il superamento di un eventuale test del *favor* da parte delle due disposizioni in esame, rispetto alle previsioni di cui all'articolo 8, direttiva 2001/23/CE, è tutt'altro che scontato: infatti, a fronte dell'estensione del campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda, si registra una tutela che non è (*rectius*, potrebbe non essere) quella propria del trasferimento d'azienda. Addirittura, ci si potrebbe interrogare sulla possibilità di procedere al test del *favor*, considerato che la regola del trattamento più favorevole trova il suo presupposto nella circostanza che i trattamenti posti a confronto siano comparabili sotto il profilo "quantitativo". In questo caso, infatti, si uscirebbe dai termini di un confronto "quantitativo" e si configurerebbe il rischio di dover procedere al raffronto fra *melius* e *peius* soltanto attraverso valutazioni relative ai (presunti) interessi dei destinatari della disciplina ([64]).

Questi interrogativi, tuttavia, perdono relativamente importanza quando si procede nell'analisi delle leggi regionali che hanno dato attuazione al decreto legislativo n. 422/1997, disciplinando l'aspetto relativo al trasferimento del personale, nell'ambito della riforma del trasporto pubblico locale.

È possibile sottolineare, infatti, che molte sono le Regioni che hanno esteso integralmente l'ambito di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda alla fattispecie della successione fra imprese nella gestione dei servizi di trasporto pubblico ([65]), facendo esplicito riferimento all'articolo 2112 del codice civile ([66]), ovvero introducendo disposizioni, volte alla tutela dei trattamenti economici e normativi, non-

([64]) Cfr. M. NOVELLA, *Osservazioni sulla stabilità del lavoro e tutela della concorrenza nelle vicende circolatorie dell'impresa*, in M.V. BALLESTRERO (a cura di), *op. cit.*, 140. Quello esposto nel testo è il motivo per cui non pare possibile ricondurre la disciplina delle clausole sociali (legali o contrattuali che siano) all'art. 8, direttiva 2001/23/CE, dal momento che la tutela che queste clausole offrono differisce da quella posta a protezione dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda in modo significativo (*infra*, § 3.3).

([65]) Cfr. A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale*, cit., § 2.3.; A. CLARONI, *op. cit.*, 174 ss.; G. ORLANDINI, *op. cit.*, 193, nota 63.

([66]) Cfr., seppur con diverse formulazioni, art. 14, comma 1, l.r. Emilia Romagna n. 30/1998; art. 22, comma 1, lett. *b*, l.r. Lazio n. 16/2003; art. 25, comma 1, lett. *b*, l.r. Veneto n. 25/1998 (come modificato dall'art. 28, comma 1, l.r. n. 4/2008).

ché dei diritti acquisiti dai lavoratori dell'impresa uscente, del tutto simili a quelle contemplate all'articolo 2112 del codice civile ([67]).
Peraltro, un risultato simile (se non identico) è raggiunto anche dai legislatori regionali, che hanno ripreso (quasi) pedissequamente il testo degli articoli 18, decreto legislativo n. 422/1997, e 26, regio decreto n. 148/1931, o fatto esplicito rinvio ad essi, ma elidendo la locuzione "nei limiti del possibile", relativamente al livello di mantenimento dei trattamenti goduti dai lavoratori dell'impresa uscente e della garanzia dei diritti acquisiti, e ponendo a carico dell'impresa entrante l'obbligo di applicazione del medesimo contratto collettivo di lavoro (nazionale e, eventualmente, aziendale) applicato dall'impresa uscente ([68]).

3.3. La disciplina del trasferimento d'azienda ed il principio di libera circolazione dei servizi

L'applicazione *tout court* della disciplina del trasferimento dell'azienda intera alla fattispecie della successione fra imprese nella gestione di un servizio di trasporto su strada o rotaia, tuttavia, suscita dubbi di compatibilità con il principio di libera circolazione di servizi.
Se, infatti risulta controversa la legittimità delle clausole sociali che prevedono a carico del soggetto *new comer* l'obbligo di riassunzione dei lavoratori dell'imprenditore uscente dal mercato rispetto alla libertà di prestare servizi non può non essere controversa l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda, che comporta rigidità nella gestione della manodopera (e, quindi – seguendo il ragionamento sviluppato dalla Corte di giustizia nelle sentenze sopra citate – effetti restritti-

([67]) Cfr. art 18, comma 2, l.r. Toscana n. 42/1998; art. 24, comma 1, lett. *b*, l.r. Abruzzo n. 152/1998 (ove, però, è stabilito che «sugli organici delle imprese subentranti è prevista la concertazione preventiva con le OO.SS.», si può quindi desumere che non sia previsto un trasferimento "automatico" di tutto il personale in forza all'impresa uscente verso la nuova impresa affidataria del servizio di trasporto pubblico); art. 37, comma 1, l.r. Campania n. 3/2002; art. 13, comma 3-*ter*, l.r. Molise n. 19/2000 (introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. *c*, l.r. n. 12/2009); art. 25, comma 1, lett. *b*, l.r. Umbria n. 37/1998 (come modificato dall'art. 28, comma 1, l.r. n. 5/2012, con cui è stato specificato che il trasferimento del personale dall'impresa cessante all'impresa subentrante avviene «senza periodo di prova per il personale esistente nell'organico dell'impresa cessante […] salvo il periodo necessario per il compimento del periodo di prova non maturato»).
([68]) Cfr. art. 10, comma 2, l.r. Liguria n. 31/1998; art. 21, comma 3, lett. *b*, l.r. Marche n. 45/1998; art. 18, comma 1, lett. *b*, l.r. Basilicata n. 22/1998; art. 17, comma 1, lett. *b*, l.r. Calabria n. 23/1999; art. 11, comma 4, l.r. Piemonte n. 1/2000.

vi sulla libera circolazione dei servizi) ancora maggiori rispetto a quelle discendenti dall'applicazione delle clausole sociali.
Le clausole sociali volte alla garanzia dei livelli occupazionali, infatti, tendono ad introdurre elementi di rigidità, imponendo la riassunzione (totale o parziale) dei dipendenti dell'impresa uscente. Oltre a ciò, vi è da tener conto che il soggetto *new comer* è (tendenzialmente) vincolato al rispetto o all'applicazione del contratto collettivo del medesimo settore, rispettato o applicato dall'impresa uscente, in virtù di disposizioni quali l'articolo 36, legge n. 300/1970, ovvero l'articolo 118, comma 6, decreto legislativo n. 163/2006. Appare evidente, quindi, che il soggetto che entra sul mercato abbia risicati "margini di manovra" nella riduzione dei costi di lavoro che contraddistinguevano la funzione produttiva dell'impresa uscente ([69]).
L'estensione della disciplina del trasferimento d'azienda alla fattispecie della successione fra imprese nell'affidamento e nella gestione di un servizio comporta, a carico dell'impresa *new comer*, vincoli ancora più rigidi nella gestione della manodopera. Tale estensione, infatti, implica non soltanto l'obbligo di garantire la continuità giuridica dei rapporti di lavoro (con conseguente vincolo di: *a)* farsi carico del trattamento di fine rapporto maturato dai dipendenti nel periodo lavorato alle dipendenze del precedente appaltatore, «poiché in caso di trasferimento d'azienda non c'è interruzione del rapporto di lavoro, e il lavoratore non può quindi pretendere il pagamento del t.f.r. dal precedente datore di lavoro»; e *b)* riconoscere «ai lavoratori "ereditati"» l'anzianità di servizio e gli eventuali «trattamenti economici *ad personam*»), ma anche l'obbligo di «rispondere, quale obbligato in solido, delle obbligazioni assunte» dall'impresa uscente verso i propri lavoratori ([70]).

([69]) Cfr. V. BRINO, *Successione di appalti e tutela della continuità dell'occupazione*, cit., 128.
([70]) D. BUONCRISTIANI, *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, in *RIDL*, 2007, I, § 2. Si deve considerare, inoltre, che l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda alla fattispecie della successione fra imprese nell'affidamento e nella gestione di un servizio acuisce un problema che si registra anche nel caso in cui siano (o debbano essere applicate) le clausole sociali per la riassunzione dei lavoratori. Tale applicazione, infatti, moltiplica per l'impresa subentrante il rischio di dover acquisire alle proprie dipendenze i lavoratori "sgraditi" o in esubero dell'azienda cessante, la quale, proprio per liberarsene, li ha assegnati all'ultimo istante al servizio in scadenza (eventualità, questa, che usualmente è scongiurata, nell'impianto delle clausole sociali, attraverso la determinazione di un periodo minimo di assegnazione al servizio del lavoratore, il cui rapporto di lavoro è "destinato a passare" all'impresa *new comer*: *retro*, § 2, in merito all'art. 16-*ter* del contratto collettivo nazionale delle attività ferroviarie).

Del resto, la dottrina ha sottolineato che, dove è stata disposta l'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda alla fattispecie della successione fra imprese nella gestione dei servizi pubblici di trasporto pubblico su strada e rotaia, si è registrata una rigidità nell'utilizzo della forza lavoro tale da comportare un basso (se non nullo) tasso di dinamicità delle imprese nel mercato del trasporto ([71]).

Si può allora comprendere facilmente il perché l'AGCM si sia già espressa da tempo sull'illegittimità delle disposizioni che tendono a «tutelare il fattore lavoro, imponendo all'impresa aggiudicataria della gara di utilizzare lo stesso numero di dipendenti e di garantire le medesime condizioni retributive applicate dal precedente gestore» ([72]).

Tuttavia, sull'adozione effettiva di questo elevato grado di tutela della manodopera nel caso di successione fra imprese nella gestione di un servizio di trasporto pubblico su strada o rotaia, è stata rilevata nel passato (e continua a registrarsi) una singolare convergenza: sostenitori della necessità di garantire i lavoratori dipendenti dall'*incumbent* attraverso la disciplina del trasferimento d'azienda sono stati sia (com'è facile immaginare) le organizzazioni sindacali, sia (e questo è meno scontato) le imprese che gestiscono i servizi.

A ben vedere, però, tutto ciò è perfettamente logico: ad ogni ostacolo (almeno nel breve periodo) in più che incontrano i nuovi entranti corrisponde un vantaggio ulteriore per le imprese già operanti sul mercato ([73]). Ed il cerchio delle convenienze all'applicazione "estesa" della disciplina del trasferimento d'azienda si chiude prendendo in considerazione i soggetti che affidano i servizi (ossia gli enti pubblici): molto spesso, infatti, non si rinviene alcuna forma di separazione sostanziale fra l'ente pubblico «e (almeno) uno dei partecipanti alla gara stessa» (l'impresa *ex* monopolista sul territorio nazionale o l'azienda *ex* municipalizzata locale). Peraltro, «un simile rapporto "incestuoso" espone le gare al rischio di essere tagliate su misura del vincitore desiderato»

([71]) Cfr., con riferimento al trasporto pubblico regionale su strada o rotaia, A. BOITANI, C. CAMBINI, *Il trasporto pubblico locale in Italia. Dopo la riforma i difficili albori di un mercato*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2002, § 3; A. CLARONI, *op. cit.*, 178.

([72]) Con riferimento al settore ferroviario cfr. AGCM, *Considerazioni e proposte per una regolazione proconcorrenziale dei mercati a sostegno della crescita economica*, 11 giugno 2008, AS453 (su cui P. POLIMANTI, *op. cit.*, 37).

([73]) Cfr. A. BOITANI, C. CAMBINI, *op. cit.*, § 3.

dall'ente pubblico, e, comunque, al rischio di un «depotenziamento delle gare stesse come strumento di selezione del gestore migliore» ([74]).
Così si spiega l'ampia diffusione delle clausole di estensione del campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda alla fattispecie della successione fra imprese nella gestione di un servizio pubblico di trasporto, riscontrabile (fatte salve sporadiche eccezioni) ([75]) all'interno di quasi tutte le legislazioni regionali.

3.4. Bilanciare concorrenza e tutela dei lavoratori in caso di trasferimento di (ramo di) azienda: spunti di riflessione conclusivi

Nonostante il fatto che i dubbi di legittimità siano tutt'altro che infondati, in differenti proposte di revisione della disciplina europea in materia di pubblici servizi, è stata rilanciata la possibilità per gli Stati membri di estendere alla fattispecie della successione fra imprese nell'affidamento e nella gestione di un servizio di trasporto, la disciplina del trasferimento d'azienda in materia di protezione del personale dipendente ([76]).
Disposizioni simili a quelle contenute all'articolo 4, par. 5, regolamento (CE) n. 1370/2007 ([77]), sono infatti contenute all'articolo 10, par. 2, della proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio per l'istituzione di un quadro normativo per l'accesso al mercato dei servizi

([74]) A. BOITANI, C. CAMBINI, *op. cit.*, 55.
([75]) Cfr. la l.r. Lombardia n. 6/2012, in cui, all'art. 35, relativamente alle procedure ed alle garanzie per il trasferimento del personale impiegato dalle imprese di trasporto pubblico, è stato stabilito che «la Regione prevede nelle procedure di affidamento e nei contratti di servizio […] clausole atte a garantire il mantenimento dei livelli occupazionali, il rispetto del contratto collettivo nazionale di lavoro di settore e le condizioni economiche e normative della contrattazione integrativa». In precedenza, la l.r. Lombardia n. 22/1998 (abrogata dall'art. 143, comma 1, lett. *a*, n. 32, l.r. Lombardia n. 11/2009), prevedeva all'art. 20, comma 6, e all'art. 22-*ter*, commi 3 e 4, misure di tutela dei livelli occupazionali del tutto simili a quelle contemplate nelle altre leggi regionali italiane sul trasporto pubblico locale (*supra*, § 3.2): sulla legittimità delle previsioni contenute nella l.r. Lombardia n. 22/1998, si era pronunciato TAR Milano 13 aprile 2004, n. 1453.
([76]) Cfr. V. BRINO, *Le clausole sociali a tutela dell'impiego*, cit., § 3.1.
([77]) Nella proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio, di modifica del regolamento (CE) n. 1370/2007, per quanto riguarda l'apertura del mercato dei servizi di trasporto nazionale di passeggeri per ferrovia – COM(2013) 28 final – non si registrano ipotesi di variazione rispetto a quanto disposto dall'art. 4, § 5, regolamento (CE) n. 1370/2007.

portuali e la trasparenza finanziaria dei porti – COM(2013) 296 *final* ([78]), e all'articolo 12, della proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio relativo ai servizi di assistenza a terra negli aeroporti dell'Unione – COM(2011) 824 *final* ([79]).

In ambedue le proposte, le autorità europee hanno rilevato che la discontinuità del personale, nel caso di avvicendamento fra imprese nella gestione di un servizio, può avere un effetto negativo sulla qualità dei servizi medesimi: per questo motivo, è considerata necessaria la predisposizione di strumenti adeguati di tutela delle condizioni di lavoro ([80]). Tale tutela è stata individuata nella possibilità dell'estensione della disciplina del trasferimento d'azienda: questa estensione, però, non riguarda tutti i lavoratori dell'impresa *incumbent*, ma soltanto quelli le cui mansioni siano strettamente collegate all'erogazione del servizio affidato. Ciò sembra rappresentare il necessario compromesso fra due distinte esigenze.

Da un lato, vi è l'esigenza di non ostacolare il processo di apertura alla concorrenza del mercato dei servizi pubblici, permettendo alle imprese ivi operanti di giocare le proprie strategie concorrenziali anche basandosi sul "fattore lavoro": fattore che rimarrebbe invece assolutamente rigido, nel caso in cui si applicasse la tutela dettata dalla disciplina del trasferimento d'azienda a tutti i dipendenti dell'*incumbent* ([81]).

([78]) Nella disposizione in questione è stabilito che gli enti di gestione dei porti possono esigere che il prestatore di servizi portuali designato conceda al personale impiegato dal prestatore storico di servizi portuali gli stessi diritti che tale personale avrebbe potuto rivendicare in caso di un trasferimento d'azienda. Per un sintetico inquadramento della COM(2013) 296 final, cfr. S. COSTANTINI, *Fronte del porto: lavoro, concorrenza, libera prestazione di servizi*, in *LD*, 2014, 160.

([79]) La disposizione richiamata stabilisce che, qualora a seguito di una procedura di gara un prestatore di servizi di assistenza a terra perda la propria autorizzazione, gli Stati membri possano esigere che i prestatori sostitutivi concedano ai lavoratori precedentemente addetti alla fornitura di servizi i diritti che spetterebbero loro in caso di trasferimento d'azienda, in proporzione al volume di attività trasferito. Sulla COM(2011) 824 final, cfr. F. GASPARI, *La proposta di Regolamento della Commissione europea sui servizi di assistenza a terra*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2012, 129 ss. Si segnala che la COM(2011) 824 final è stata ritirata in data 7 marzo 2015.

([80]) Cfr. considerando 19, COM(2013) 296 final, e considerando 17 e 28, COM(2011) 824 final.

([81]) Dell'affiorare di questa necessità si ha traccia negli emendamenti che hanno interessato il testo originario della COM(2011) 824 final, nel corso del 2013. Per ciò che qui interessa, si segnala soprattutto (pur essendo rimasta nella sostanza immutata la previsione di cui all'art. 12) l'introduzione del considerando 17-*bis* (in cui era sancito che la finalità ultima delle misure poste a protezione dei livelli occupazionali dovesse

Dall'altro lato, invece, vi è la necessità di garantire che, nei settori che si aprono alla concorrenza, siano salvaguardati rilevanti interessi pubblici, quale quello del rispetto di standard minimi di qualità e di sicurezza. In quest'ottica, la continuità occupazionale dei lavoratori addetti alla "fornitura dei servizi", in funzione delle competenze acquisite e della formazione ricevuta, appare un elemento strategico per la garanzia di tali standard. Ciò, peraltro, appare ancor più vero nel settore dei trasporti pubblici, ove ogni singolo sistema nazionale adotta i propri standard tecnici ed amministrativi, per cui i vari sistemi degli Stati membri differiscono nelle procedure di gestione, nei sistemi di sicurezza, e nella formazione dei lavoratori delle imprese di trasporto, con conseguente impossibilità di realizzare una "interoperatività" delle medesime imprese nel mercato europeo ([82]).

Tutto quanto esposto fino ad ora, però, non risolve i dubbi sul se e sul come gli Stati membri debbano dare attuazione alle disposizioni contenute nei regolamenti vigenti o di futura adozione.

Anzitutto, i regolamenti e le proposte di regolamento illustrati contengono una mera possibilità (e non impongono un obbligo) per gli Stati membri di estendere la disciplina del trasferimento (di ramo) d'azienda alla fattispecie della successione fra imprese nella gestione di un servizio pubblico (di trasporto): sarà così inevitabile trovare Stati (come già oggi accade) che daranno attuazione alle disposizioni del regolamento, ed altri che, invece, non lo faranno.

In secondo luogo, restano di difficile identificazione i lavoratori destinatari della tutela garantita dall'estensione del campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda: escluso che tale tutela riguardi tutti i lavoratori dell'impresa *incumbent*, sarà la legge a dover indicare quali soggetti siano destinatari della tutela. È palese, tuttavia, la difficoltà di identificare tali lavoratori ([83]): ci si può chiedere, ad

---

essere «il miglioramento della qualità dei servizi di assistenza a terra», senza incremento degli oneri amministrativi per le società offerenti, che dovevano restare libere di decidere sulle politiche in materia di risorse umane). In merito, cfr. M. DEIANA, *Riflessioni sulla proposta di nuova regolamentazione dei servizi di assistenza a terra*, in *Diritto dei trasporti*, 2014, 41-42.

([82]) Cfr. A. PULLINI, *Il trasporto ferroviario*, in S. ZUNARELLI (a cura di), *op. cit.*, 86 (che fa riferimento al trasporto ferroviario, ma le considerazioni si attagliano bene anche al settore del trasporto su gomma).

([83]) L'interrogativo relativo al come possano essere individuati i dipendenti che devono trasferirsi "insieme" al servizio di cui cambia la gestione è stato spesso affrontato dalla dottrina: con riferimento alla stagione delle c.d. "privatizzazioni" e delle "liberalizzazioni", cfr. M. NOVELLA, *Nuove discipline delle trasformazioni dei servizi pubblici locali. Profili giuslavoristici*, in *LD*, 2002, 159 ss.; G. DE SIMONE, *La "privatiz-*

esempio, se nella platea dei soggetti interessati figuri solamente il personale viaggiante, o anche il personale di stazione e/o di fermata, e se sia legittimo escludere il personale tecnico-amministrativo. Oppure ci si può domandare se sia necessario distinguere, all'interno del personale viaggiante fra i lavoratori addetti alla guida e quelli adibiti (*latu sensu*) al servizio passeggeri. E, sempre a titolo esemplificativo, ci si può interrogare sulla sorte di quei dipendenti impiegati su più linee di trasporto, di una delle quali l'impresa perda l'affidamento: come potranno essere imputati, questi lavoratori, ad una linea di trasporto, piuttosto che all'altra, e, conseguentemente, stabilire se essi debbano "transitare" al nuovo imprenditore, ovvero restare alle dipendenze dell'originario datore di lavoro ([84])?

Probabilmente, i legislatori nazionali, anche qualora decidano di dare attuazione ai regolamenti europei, non detteranno una disciplina specifica generale, ma indicheranno soltanto delle *guide lines* (finalizzate a rendere il "passaggio" dei lavoratori il più trasparente possibile, anche attraverso l'introduzione di momenti di confronto sindacale, modellati su quelli di cui all'articolo 47, legge n. 428/1990) e rinvieranno alla *lex specialis* l'identificazione concreta dei lavoratori destinatari della tutela tipica garantita dalla disciplina del trasferimento di (ramo di) azienda (anche attraverso il "recepimento" di quanto concordato in sede sindacale), in quanto i bandi di gara risultano inevitabilmente "più flessibili" ed in grado di adattarsi alle specificità dell'affidamento di quanto non faccia una legge.

Ciò, peraltro, è proprio quanto previsto dello schema di atto di regolazione recante misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l'assegnazione in esclusiva dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri e definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, allegato "A" alla delibera 12 marzo 2015, n. 26, emanata dall'Autorità di regolazione dei trasporti. All'interno di tale atto, volto a dettare una disciplina uniforme delle regole procedurali delle gare bandite dagli enti territoriali (o dagli enti delegati) per l'affidamento in esclusiva dei contratti di servizio di trasporto pubblico di passeggeri di cui al decreto legislativo n. 422/1997 ed al regolamento

---

zazione" dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina del trasferimento d'azienda, in *LD*, 2001, 257 ss., ed EA., *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 *LD*, 2002, 181 ss.

([84]) A tal proposito, ci si può chiedere se sia «configurabile un diritto di opposizione in capo al lavoratore "in transito"»: G. DE SIMONE, *La "privatizzazione" dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina del trasferimento d'azienda*, cit., 263.

n. 2007/1370/CE, si rinvengono alcune misure finalizzate a garantire una equa e non discriminatoria partecipazione delle imprese di trasporto alle gare. Fra tali misure, ne figura una (la n. 8), relativa al trasferimento del personale, ove è sancito, al comma 1, lettera *a*, che i documenti di gara devono disciplinare «le modalità e le condizioni per il trasferimento all'aggiudicatario del personale in servizio presso il gestore uscente e adibito allo svolgimento dei servizi oggetto di affidamento o assegnato, sulla base di apposita rendicontazione contabile, in maniera prevalente alle attività relative ai servizi oggetto di gara» ([85]).
Tutto questo, ovviamente, non toglie che anche gli strumenti di tutela dei livelli occupazionali contemplati nelle disposizioni della *lex specialis* debbano risultare comunque necessari e proporzionati rispetto alla limitazione imposta alla libertà di concorrenza fra le imprese e di libero accesso ai mercati ([86]) e che un ruolo determinante sarà giocato dalla "sensibilità dei giudici", qualora siano chiamati ad esprimersi sulla loro legittimità ([87]).

La tutela della continuità occupazionale nel settore del trasporto pubblico su strada e su rotaia – Riassunto. *Nel settore del trasporto pubblico su strada e su rotaia si rinvengono due modelli distinti di strumenti posti a tutela dei livelli occupazionali nel caso di successione fra imprese nell'affidamento e nella gestione di un servizio: le c.d. "clausole sociali" e l'estensione del campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda. La ricerca si propone di mettere in luce i rilevanti dubbi sulla compatibilità di siffatti strumenti con il principio della libera circolazione dei servizi e con il diritto della concorrenza europeo e si pone altresì il fine di contribuire alla definizione di istituti tesi alla tutela dei livelli di occupazione ed alla garanzia dell'identità dei lavoratori occupati dalle imprese nella successione nella gestione di un servizio di trasporto pubblico, che non comprimano in maniera eccessiva (o compromettano in modo irreparabile) la competizione nel mercato.*

([85]) L'art. 8, comma 2, dello schema prevede che il personale in servizio da trasferire all'aggiudicatario deve essere «individuato previa consultazione del gestore uscente e delle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative».
([86]) Proprio per garantire una migliore proporzionalità fra obblighi gravanti sulle imprese *new comer* ed esigenze di tutela dei lavoratori, all'art. 8, comma 1, lett. *b*, dello schema è stabilito che i documenti di gara devono disciplinare «le modalità di gestione del trattamento di fine rapporto del personale da trasferire, nella disponibilità del datore di lavoro». Lo schema, dunque, non prevede dunque l'integrale ed immediato accollo da parte dell'impresa *new comer* dei debiti per TFR maturato, ma non corrisposto, dall'impresa uscente ai propri (ex) dipendenti (a differenza di quanto avviene nella disciplina del trasferimento d'azienda): si supera (forse) così uno di quei nodi critici sopra evidenziati (§ 3.3), in merito all'applicazione "estesa" della disciplina del trasferimento d'azienda.
([87]) Cfr. V. BRINO, *La previsione di clausole sociali*, cit., § 3.

The Continuity of Employment Protection in the Road and Rail Public Transport Sector (Article in Italian) – Summary. *In the road and rail public transport sector, two kinds of means are useful to shield employment rates, in case of sequence of commitment and management of a public transport service. In fact, on one hand, there're the so called "social clauses"; on the other hand, there's the possibility, for the competent authorities, to require the selected public service operator to grant staff previously taken on to provide services the rights to which they would have been entitled if there had been a transfer within the meaning of Dir. 2001/23/EC. This essay highlights the significant doubts about the compatibility of the two kinds of means with the freedom to provide services, guaranteed by Art. 56 Tfeu, and the principle of an open market economy with free competition, considered by Art. 119 Tfeu. The article aims to contribute to the settlement of measures which could ensure the continuity of the employment, without constricting excessively (or annihilating) free competition in the road and rail public transport sector.*