

Giuseppe Meli
Clausole sociali. “*Fair-outsourcing*”
delle pubbliche amministrazioni
e paradigma della proporzionalità (Parte II)* **

Sommario: **1.** Introduzione: il teorema della *social performance*. **2.** (Segue). Lo statuto sociale dell'integrazione europea. **3.** (Segue). Brevi cenni preliminari sul tema e sul metodo. **4.** Per una rilettura della compatibilità delle clausole di assorbimento del personale con l'ordinamento eurounitario. **5.** Diritto europeo degli appalti e clausole sociali. **6.** Imponibile di manodopera nell'ordinamento italiano. Nessuno (Stato) è un'isola? **7.** Le clausole sociali occupazionali di tipo promozionale. **8.** Riflessioni conclusive.

6. Imponibile di manodopera nell'ordinamento italiano. Nessuno (Stato) è un'isola?

Nell'ordinamento giuridico italiano la profonda impronta assistenzialista del sistema di *welfare* ha alimentato la proliferazione di clausole sociali: a partire dal paradigmatico art. 36 Stat. lav., la funzione regolativa e protettiva dei contratti pubblici è stata implementata da disposizioni legislative speciali, dai contratti collettivi e dai disciplinari delle procedure di aggiudicazione¹.

* Per ragioni editoriali, il presente saggio viene pubblicato in questa rivista in due parti. Nella prima parte (n. 3/2014) sono contenuti i §§ 1-5; nella seconda i §§ 6-8.

** Ove non diversamente specificato, le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e gli atti delle altre Istituzioni europee, le sentenze dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato, le sentenze e i pareri della Corte dei Conti, i pareri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (oggi Anac), che verranno citati nel testo, potranno essere consultati *on-line*, rispettivamente, in: www.curia.europa.eu; www.giustizia-amministrativa.it; www.corteconti.it; www.anticorruzione.it.

¹ Tra gli altri, nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, v. d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, art. 202, co. 6, che riguarda il passaggio del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani.

Allo stato, al netto dei vincoli europei, il sistema delle esternalizzazioni è (*rectius*, sarebbe) informato a un principio di elevata protezione dei lavoratori coinvolti nelle vicende traslative, in cui il combinato effetto degli artt. 31 d.lgs. 165/2001², 2112 cod. civ., 36 St. lav. e 118, co. 6 d.lgs. 163/06³ si presta astrattamente a garantire *ex se*, in termini generali, sia la continuità dei rapporti di lavoro, sia il rispetto integrale dei contratti collettivi⁴.

L'efficacia liberalizzante e "deregolativa" dei principi europei in materia di circolazione dei servizi e tutela della concorrenza pone, tuttavia, il tema della compatibilità eurounitaria dello statuto protettivo dei lavoratori esternalizzati.

L'incapacità del legislatore nazionale di governare sapientemente il processo di integrazione multilivello impedisce di mettere in comunicazione per via normativa le fonti interne con le fonti sovranazionali, affidando agli altri attori la gestione delle clausole sociali. Sicché, nella prassi i dispositivi di tutela tratteggiati dal diritto positivo risultano virtuali, e vengono sopravanzati da forme spurie di bilanciamento con i valori economici veicolati dalle Istituzioni internazionali. Al contempo una disorganica stratificazione tra norme generali (*in primis*, art. 31, d.lgs. n. 165/01 e 2112 cod. civ.) e norme di settore, in assoluto difetto di coordinamento e d'interazione sistemica, ha accresciuto lo stato di caos in merito ai parametri dell'azione amministrativa (e delle soluzioni giurisprudenziali),

² Sul valore e l'efficacia dell'art. 31 v. FERRETTI, *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggio di dipendenti: il caso delle esternalizzazioni dei servizi pubblici locali*, in *LPA*, 2005, 3-4; GARATTONI, *Il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di un'impresa privata allo Stato: applicazione di norme di diritto pubblico e riduzione della retribuzione*, in *RIDL*, 2005, 2; DE SIMONE, *La «privatizzazione» dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina del trasferimento d'azienda*, in *LD*, 2001, 2.

³ Senza trascurare l'elevato *standard* di protezione (virtualmente) assicurato ai lavoratori impiegati in un appalto in regime di distacco transnazionale ai sensi del d.lgs. 25 febbraio 2000 n. 72, che ha trasposto nel nostro ordinamento la direttiva 96/71. Per ORLANDINI, *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in SCIARRA, CARUSO, *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea. Il lavoro subordinato*, Giappichelli, 2009, p. 580, "si tratta di una delle più neglette normative di diritto del lavoro adottate degli ultimi anni". Ciò in quanto, in sostanza, la disciplina ivi contenuta è informata a un principio di parità di trattamento dei lavoratori stranieri distaccati, con estensione generalizzata dell'applicazione dei contratti collettivi, ben oltre i limiti procedurali e sostanziali fissati dalla direttiva 96/71.

⁴ In ordine all'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. alle ipotesi di subentro in un contratto d'appalto, nonostante l'apparente portata impeditiva dell'art. 29, d.lgs. 276/03, v. SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2006, 41, pp. 21 ss.

prestando il fianco a pratiche di applicazione selettiva, *à la carte*⁵. Parallelamente, una costante (e inespugnabile) ritrosia dei giudici nei confronti di una rigorosa applicazione dei principi europei in materia di trasferimento d'azienda ha accresciuto la decisività della funzione protettiva delle clausole in commento; che, diversamente, nel sistema sarebbero fisiologicamente destinate ad assumere natura meramente complementare e/o sussidiaria rispetto alle tutele già accordate dalla normativa di trasposizione della direttiva 2001/23⁶.

In concreto, la cogenza delle clausole di assorbimento è stata prevalentemente ridimensionata dalla magistratura amministrativa, che è giunta a definire un punto di equilibrio, socialmente più avanzato rispetto a quello propugnato con prevalenza nella letteratura *post* sentenza 460/2002; ma, al tempo stesso, meno *employee-friendly* rispetto al modello (virtualmente) delineato dalle richiamate disposizioni generali.

Il *leading case* può essere considerato la sentenza del Cons. St. 16 settembre 2009 n. 3848 in materia di servizi di pulizia, ove l'obbligo incondizionato di riassunzione dei lavoratori già impiegati nell'appalto, previsto dalla *lex specialis*, viene interpretato coerentemente "con il principio della libertà di iniziativa economica [...] con il quadro normativo di riferimento, [...] la disciplina recata dal contratto collettivo di categoria"⁷. Ne consegue una regola "flessibile" secondo cui: "l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizza-

⁵ Al riguardo può accennarsi al problematico rapporto tra il d.lgs. 165/01, art. 31 e la l. 244/07, art. 3, co. 30. Oppure, al rapporto tra l'art. 2112 e le disposizioni dei singoli contratti collettivi che disciplinano il passaggio di personale nel caso di avvicendamento dell'appaltatore. In generale, si pone il tema della compatibilità del principio d'indisponibilità degli effetti (e della fattispecie) del trasferimento d'azienda con le molteplici fattispecie e applicazioni "particolari", che deviano dal modello comunitario.

⁶ Si consideri, emblematicamente, la nota vicenda del personale Ata della scuola, trasferito dagli enti locali allo Stato. Dopo un lungo e tormentato contenzioso, la Corte di Giustizia, con la sentenza 6 settembre 2011, C-108/2010, *Scattolon c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, è giunta a riconoscere l'applicabilità della direttiva sul trasferimento d'azienda. Sul l'argomento v. CESTER, *Il trasferimento del personale "ATA" dagli enti locali allo Stato davanti alla Corte di giustizia*, in *RIDL*, 2012, 1; BRONZINI, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata (Cedu, 7 giugno 2011, ricorsi nn. 43549/2008, 6107/09 e 5087/09, Sez. II Corte di Giustizia Ue, 6 settembre 2011, causa C-108/10, Grande Sezione)*, in *RIDL*, 2011, 4.

⁷ Si tratta del ccnl del 24 ottobre 1997, art. 4, come modificato dal successivo ccnl del 25 maggio 2001.

zione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante. I lavoratori che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali⁸. Si tratta, dunque, di trasfigurare il principio di continuità dei rapporti di lavoro in un più blando criterio di priorità.

L'altra faccia del metodo del bilanciamento ("a schema libero") è l'incertezza casistica, governata dall'applicazione selettiva dei principi e delle disposizioni di legge: in altre pronunce, prevale il formalismo, e il Giudice amministrativo, pur ribadendo il suesposto principio di flessibilità, facendo leva sull'obbligo di rispettare le clausole del capitolato (fatta salva la facoltà di impugnazione tempestiva di quelle ritenute illegittime), ha statuito la vincolatività *tout court* dell'obbligo di assorbimento, siccome recepito dalla *lex specialis* di gara rimasta incontestata⁹.

Le motivazioni delle sentenze che si occupano del tema rivelano la percezione del problema del contemperamento degli interessi contrapposti in gioco; ma, a ben vedere, sono poco rigorose nelle operazioni di bilanciamento in concreto e risultano "appiattite" sulla dimensione statica della libertà di iniziativa economica. Ciò che manca è una visione olistica, che si traduca in un'analisi approfondita dell'interazione tra valori sociali e libertà economiche nell'ordinamento multilivello; piuttosto, si registra un gioco di rinvii, che si risolve in una mera ripetizione dell'*obiter dictum* della sentenza 3848/09¹⁰, con la tendenza a rifugiarsi risolutivamente nella dimensione soggettiva dell'art. 41 Cost.

In linea con l'orientamento prevalente dei Giudici amministrativi, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp)¹¹, nell'ambito della propria attività consultiva, appare condividere

⁸ Conf., *ex pluribus*, Cons. St., sez.V, 16 giugno 2009 n. 3900; da ultimo Tar Pescara, 2 gennaio 2015 n. 6. Tale soluzione, peraltro, sembra ricalcare le conclusioni generali dall'AG Lèger nel caso *Commissione c. Italia* (v., in particolare, par. 29).

⁹ Tar Milano 14 gennaio 2014 n. 116; Cons. St. 2 dicembre 2013 n. 5725. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con l'ordinanza del 6 agosto 2013 n. 19, si è occupata del tema senza tuttavia entrare nel merito della legittimità delle clausole, e limitandosi indirettamente a confermare che può trattarsi di una condizione di esecuzione dell'appalto da indicarsi in tempo utile affinché i potenziali concorrenti possano valutare la convenienza dell'offerta.

¹⁰ Così Tar Napoli 22 novembre 2013 n. 5340.

¹¹ Per effetto del d.l. 24 giugno 2014 n. 90, art. 19, co. 2, convertito, con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014 n. 114 i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti

la regola flessibile dell’armonizzazione delle clausole – che definisce “*di c.d. imponibile di manodopera*” – con l’organizzazione delle imprese aggiudicatarie di appalti pubblici¹². Anche in questo ambito prevale il conformismo euristico, con la ripetizione di formule precostituite, mutate dalla giurisprudenza¹³.

Dal punto di vista pratico, in questi percorsi interpretativi, in sostanza, l’effetto di assorbimento del personale viene sottoposto a una condizione potestativa, il cui verificarsi dipende dalle soluzioni organizzative unilateralmente adottate dall’operatore subentrante, che la stazione appaltante è chiamata a controllare; nel senso che per “*evitare che la clausola possa essere (illegittimamente) elusa l’amministrazione deve comunque verificare che effettivamente il mutamento tecnico organizzativo del servizio non renda più necessario l’impiego di tutto il personale precedentemente utilizzato per il servizio*”¹⁴.

Tale rudimentale formula di bilanciamento non risulta particolarmente brillante sotto il profilo della logica giuridica, dal momento che se, da un lato, il parametro adoperato rischia di esasperare oltremodo l’incertezza applicativa, e si scontra con il principio di non aggravamento della procedura (in una fase in cui, stando al diritto degli appalti, dovrebbero valere opposti principi “acceleratori”¹⁵). Dall’altro, parallelamente – e ribaltando la prospettiva “ortodossa” del bilanciamento europeo – la restrizione che si introduce non supera il *test* di necessità al fine di tutelare la libertà *ex art. 41 Cost.*, perché non potrebbe comunque revocarsi in dubbio che il principio di continuità dei rapporti di lavoro, quand’anche applicato rigorosamente (e senza riserve), non abbia quale corollario una regola di immodificabilità dell’organico aziendale. Vale a dire che la tutela dei lavoratori all’atto del mutamento della titolarità di un’attività economica organizzata non disattiva in ogni caso il potere dell’impresa di recedere dai rapporti di lavoro per ragioni

pubblici di lavori, servizi e forniture sono stati trasferiti all’Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza (Anac).

¹² Su tutti v. Avcp, parere 6 novembre 2013, n. 55. Conf., *ex aliis*, Avcp, parere 30 luglio 2013 n. 44. Per un’analisi più approfondita delle interazioni, v. Avcp, pareri 13 marzo 2013 nn. 19 e 20.

¹³ In altri pronunciamenti l’esposizione è ancora più disordinata (così, Avcp parere 25 febbraio 2010 n. 44).

¹⁴ Cons. St. 10 maggio 2013 n. 2533.

¹⁵ Cfr., per esempio, le norme sul rito speciale (e abbreviato) per le controversie in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (c.d. “codice del processo amministrativo”), artt. 120 ss.

economico-organizzative¹⁶. Piuttosto, conformemente alla *ratio* protettiva che ha ispirato la disciplina del trasferimento d'azienda, il passaggio *ipso iure* del personale responsabilizza l'imprenditore, su cui – nella veste di soggetto “forte” del contratto – viene, eventualmente, addossato l'onere di dimostrare *ex post* l'esigenza oggettiva di procedere a una riduzione del personale.

Non v'è dubbio che lo spostamento dell'onere in capo all'impresa sottenda una precisa opzione di politica sociale; ma, sul piano del diritto interno, la libertà di adeguare comunque *a posteriori* l'organizzazione aziendale alle specifiche esigenze produttive, nel rispetto delle procedure previste dal diritto del lavoro, sdrammatizza il rapporto tra le clausole sociali e l'art. 41 Cost.¹⁷.

Tant'è che, in altre pronunce dei Giudici amministrativi, il cui tenore appare complessivamente differente rispetto alle soluzioni maggioritarie, il dispositivo in commento assume legittimità, *sic et simpliciter*, proprio a motivo della sua “finalità sociale”, ai sensi e per gli effetti dell'art. 41 Cost.; e in questa prospettiva, che fa registrare un accenno di effettivo approccio comparativo, si dichiara che la clausola sociale si armonizza con il diritto degli appalti, trovando sponda nei principi comunitari e nell'art. 2112 cod. civ.¹⁸, senza necessità di correttivi.

D'altronde, secondo la giurisprudenza costituzionale la regola di assorbimento è compatibile con l'art. 41 Cost.¹⁹; per la Consulta, piuttosto,

¹⁶ Si rammenta che la direttiva 2001/23, art. 4, par. 1, prevede esplicitamente che il dispositivo di protezione dei lavoratori, che non possono essere licenziati a motivo del trasferimento d'azienda, comunque “*non pregiudica i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione*”. Sul punto cfr. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda. Problemi vecchi e nuovi*, in *QDLRI*, 2005, 28, p. 95 ss.

¹⁷ Ciò, tuttavia, non impedisce che, sulla base di un più articolato *impact assessment*, le singole misure, in funzione degli effetti prodotti sui diversi interessi in gioco, possano comunque risultare in concreto illegittime.

¹⁸ Cons. St. 26 giugno 2012 n. 3764; conf. Cons. St. 30 aprile 2013 n. 2374. Nella prima sentenza, peraltro, si riconosce incidentalmente l'irrilevanza del “*fatto che nella specie non si è avuto trasferimento di beni, poiché ciò non incide sull'astratta legittimità della clausola in quanto prevista indipendentemente da tale circostanza*”.

¹⁹ In particolare, C. Cost. 3 marzo 2011 n. 68. Sostanzialmente, si è trattato di un significativo *revirement* rispetto ai precedenti in materia, specie C. Cost. n. 28 luglio 1993 n. 356 e C. Cost. 30 dicembre 1958 n. 78. Le sentenze sono consultabili in www.cortecostituzionale.it. Per una lettura critica della sentenza 68/2011, v. ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, FrancoAngeli, 2013, pp. 191 ss.

si registra una potenziale conflittualità con altri valori primari allorché la clausola sociale sia trasfigurata in un obbligo di stabilizzazione a tempo indeterminato, condizione che, nel caso sia imposta a soggetti formalmente o sostanzialmente pubblici, contrasta apertamente con l'art. 97 Cost.; e, parimenti, nel caso d'impresе o società interamente private si riflette sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione affidante "in termini di [...], di minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l'obbligo eccede i limiti temporali dell'affidamento del servizio". Nel giustificare la legittimità costituzionale, il Giudice delle leggi richiama l'ampia diffusione della clausole di assorbimento nell'ordinamento, senza distinguere il settore dei servizi "liberalizzati", da quello specifico degli appalti.

Dal canto proprio la magistratura contabile, ha fissato alcuni puntelli: in primo luogo, il principio di continuità dei rapporti di lavoro è comunque recessivo rispetto all'art. 97 Cost., a prescindere dalla natura temporanea del passaggio di personale, nel caso di c.d. "reinternalizzazione" di servizi da parte dell'amministrazione, ossia nell'ipotesi in cui il trasferimento dell'attività economica segua il percorso inverso, e l'ente riassuma direttamente l'organizzazione e la gestione di un servizio precedentemente affidato all'esterno²⁰.

Analogamente, nell'ipotesi di esternalizzazione in favore di società od organismi partecipati dalle pubbliche amministrazioni, l'efficacia delle clausole di assorbimento è in concreto ridimensionata dall'estensione a tali soggetti della congerie di norme di contabilità pubblica, finalizzate al contenimento (e al controllo) della spesa di personale²¹, la cui applicabilità – secondo le sezioni di controllo della Corte dei Conti – non è esclusa dalla circostanza che le eventuali nuove assunzioni avvengano per ordine giudiziale, ovvero per obblighi di legge o di contratto collettivo²². Ne consegue che i nuovi affidamenti a enti e società che ricadono nel peri-

²⁰ In particolare, le Sezioni riunite della Corte dei Conti (parere 3 febbraio 2012 n. 4) hanno riconosciuto l'inapplicabilità del d.lgs. n. 165/2001, art. 31 e la prevalenza dell'art. 97 con riguardo ai lavoratori direttamente reclutati dalla società *in house* che aveva gestito il servizio. Sul tema v. MURRONE, *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente pubblico torni a svolgere attività prima trasferite*, in *LPA*, 2009, nn. 3-4.

²¹ La norma paradigmatica è adesso contenuta nel d.l. 25 giugno 2008 n. 112, art. 18, co. 2-bis.

²² Così, *ex aliis*, C. Conti, sez. reg. contr. Toscana, parere 26 febbraio 2013 n. 9.

metro di applicazione dei richiamati vincoli assunzionali causano un corto circuito normativo allorché il passaggio dei lavoratori addetti al servizio sia astrattamente impedito dai limiti di spesa di personale e dai vincoli procedurali di stampo pubblicistico²³. Ebbene, se si adoperassero come parametro gli orientamenti rigoristici e draconiani dei Giudici contabili non v'è dubbio che le finalità sociali soggiacerebbero *tout court* alle esigenze di bilancio; pur tuttavia, tale ipotetica soluzione, che sottende un atteggiamento paternalistico e punitivo nei confronti degli organismi partecipati, meriterebbe di essere approfondita e corretta, alla luce di criteri di razionalità economica e di giusto bilanciamento tra obiettivi di contenimento della spesa pubblica e obiettivi sociali. Tant'è, che gli ultimi interventi legislativi in materia fanno registrare una parziale inversione di tendenza, nella misura in cui viene estesa a tutte le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo la regola *soft* – in precedenza prevista soltanto per le società di servizi pubblici locali – di applicazione “mediata” del principio di riduzione dei costi del personale, per tramite dell’interposizione delle direttive specifiche dell’Ente controllante, “*tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera*”²⁴.

A conferma della tendenza alle letture *à la carte*, da ultimo, una pronuncia del Tar Lecce²⁵ ha aggiunto un ulteriore tassello al quadro dei percorsi “carsici” seguiti nel diritto vivente. Nella fattispecie si è trattato di pronunciarsi sulla legittimità di una delibera del direttore generale di un Azienda sanitaria locale con la quale era stato disposto l’affidamento diretto dei servizi di pulizia e sanificazione a una società *in house* dell’Asl, con obbligo di assorbimento dei lavoratori subordinati a tempo indeterminato presso il precedente gestore “esterno”. Uno dei motivi di doglianza poggiava proprio sulla clausola sociale, che il ricorrente assumeva

²³ Tra le altre, le principali norme di riferimento sono state quelle di cui al co. 7, art. 76, d.l. 112/08 (la norma è stata abrogata dall’art. 3, co. 5, d.l. 24 giugno 2014 n. 90); nonché al co. 28, art. 9, d.l. 78/10, che ha previsto i limiti percentuali per le assunzioni con contratti flessibili. Sotto il secondo profilo, si rinvia all’art. 18, co. 1 e 2, d.l. 112/08.

²⁴ D.l. 66/14, art. 4, co. 12-*bis*, che ha ulteriormente emendato il d.l. 112/08, art. 18, co. 2-*bis*. La legge di stabilità 2014 aveva già abrogato i co. 1, 2, 3, 3-*sexies*, 9, 10 e 11 dell’art. 4, e i co. da 1 a 7, art. 9, d.l. 6 luglio 2012 n. 95, che stabilivano misure limitative di dettaglio che avevano come dirette destinatarie le società pubbliche c.d. “strumentali”.

²⁵ Tar Lecce 1 dicembre 2014 n. 2986.

essere in contrasto con i principi affermati dalla Consulta nella richiamata sentenza n. 68/2011. Il Giudice amministrativo ha rigettato il gravame, concludendo per la legittimità della prescrizione di assorbimento: nella specie, ciò che colpisce è la sinteticità della motivazione, che sorvola *de plano* sui plurimi profili di criticità già analizzati, limitandosi a una giustificazione tautologica²⁶; ciò, peraltro, richiamando le diverse fonti che contemplano l'istituto, come se si trattasse di una tecnica di tutela unitaria e organica, e come se non fosse controversa (e controvertibile) l'effettiva precettività della regola di continuità nell'ipotesi di successione negli affidamenti di contratti pubblici.

Tirando le fila dell'analisi del diritto vivente, è possibile concludere che un tendenziale *self-restraint* della magistratura nei confronti del fenomeno di integrazione con le fonti sovranazionali abbia prodotto un duplice effetto "centrifugo": in primo luogo, e sino a tempi recenti, una minore permeabilità dell'ordinamento rispetto ai principi del libero mercato veicolati dal diritto eurounitario, condizione – comune ad altri ambiti – sulla quale hanno inciso fattori ideologico-culturali di resistenza politica e legislativa alle "fascinazioni" neoliberali. All'interno del contesto normativo "dato", il diritto pretorio (e, in particolare, la magistratura amministrativa) tratta le libertà economiche come fattori di interferenza "esterni", e tende a leggerli attraverso la lente rassicurante dell'art. 41 Cost. Ciò ha determinato un'opposta asimmetria parametrica *pro-employees*, la cui correzione *pro-market* tutt'ora in corso, sollecitata dall'attività di *moral suasion* delle Autorità di garanzia, e favorita dalla (tardiva) diffusione di una cultura giuridica europea, si risolve in una classificazione idealmente equiordinata dei valori sottesi alle operazioni di bilanciamento. Ne consegue che il "brodo di coltura" delle decisioni giurisprudenziali appare già preordinato a tollerare il potenziale regolativo degli appalti pubblici; piuttosto si pone il problema inverso di assicurare una corretta (e "proporzionata") considerazione dei valori economici, per come declinati nel diritto europeo.

Pur tuttavia, il *deficit* di integrazione si riverbera in negativo sul giudizio di proporzionalità, che, come già accennato, dovrebbe governare il

²⁶ "La delibera [...] si limita a conservare lo status quo ante e non valica i limiti della clausola sociale (non crea nuovi diritti, ma conserva solo quelli esistenti): non vi è pertanto violazione dei principi del pubblico concorso e del buon andamento, ma mero rispetto delle garanzie dei diritti dei lavoratori previste dalla legge e dai contratti collettivi per le ipotesi di subentro nell'appalto e di trasferimento d'azienda".

rapporto tra le clausole sociali e le libertà economiche. Specificamente, negli arresti analizzati il metodo del bilanciamento (simmetrico), sebbene già praticato, appare eccessivamente rudimentale sia sul piano dell'applicazione dei criteri del *balancing test*, secondo le forme largamente sperimentate dalla Corte di Giustizia²⁷; sia sul piano sostanziale, ove emergono un'embrionale (e insufficiente) visione sistemica multilivello, nonché una particolare superficialità dell'*impact assessment* che, in genere, viene basato su concetti assiomatici e *obiter dicta*.

7. Le clausole sociali occupazionali di tipo promozionale

A parte l'espressa abilitazione delle misure di "lotta alla disoccupazione" nella direttiva appalti, la Corte di Giustizia nelle sentenze *Beentjes*²⁸ e *Nord-Pas-de-Calais*²⁹ ha apertamente riconosciuto la legittimità delle clausole promozionali, non soltanto *sub specie* di condizioni di esecuzione, ma altresì come criteri di aggiudicazione, purché essere rispettino "i principi fondamentali del diritto comunitario, ed in particolare il principio di non discriminazione". Nella successiva pronuncia *Concordia Bus*³⁰, i giudici lussemburghesi hanno precisato che gli aspetti ambientali (e quindi, *mutatis mutandis*, quelli sociali) perché possano essere utilizzati quali criteri qualitativi di aggiudicazione devono essere comunque connessi con l'oggetto dell'appalto³¹. Va da sé che tale ultimo principio non modifichi i termini della questione della compatibilità delle clausole; fermo restando che, come rammentato dalla Commissione³², la sede più appropriata per l'inserimento di aspetti

²⁷ Secondo la formula generale: "i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo" (par. 37, C. Giust. 30 novembre 1995, C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*).

²⁸ C. Giust. 20 settembre 1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi*.

²⁹ C. Giust. 26 settembre 2000, C-225/98, *Commissione c. Repubblica francese (Regione Nord-Pas-de-Calais)*.

³⁰ C. Giust. 17 settembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab, già Stagecoach Finland Oy Ab, c. Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne*.

³¹ In termini, dir. 2014/24, art. 67, par. 2.

³² Comm. UE, *Guida sugli Acquisti sociali*, p. 44.

sociali correlati all'occupazione e alle condizioni di lavoro del personale coinvolto nell'esecuzione dell'appalto rimanga quella del regolamento contrattuale, all'osservanza delle cui clausole devono impegnarsi i concorrenti della procedura di aggiudicazione, a pena di esclusione.

L'Avcp ha affrontato a più riprese il tema della legittimità di tali misure negli appalti, confermandone dal canto proprio la compatibilità con i principi comunitari, "purché siano rispettati i criteri individuati dal Regolamento CE del 12 dicembre 2002, n. 2204, relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato CE (oggi artt. 107 e 108 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) agli aiuti di Stato in favore dell'occupazione"³³. Nella prospettiva dell'Autorità, gli oneri di procedimentalizzazione della condizione di esecuzione³⁴, e l'eventuale imposizione di uno specifico contingente di lavoratori svantaggiati, non pongono dubbi di conformità; piuttosto si configura un limite soggettivo, nel senso che il bacino dei soggetti destinatari delle misure sociali deve essere definito ai sensi del Regolamento 2204/2012. Ne consegue che, in concreto, tali dispositivi non costituiscono aiuti di stato, e non minacciano di alterare la concorrenza, se riguardano lavoratori svantaggiati che soddisfino almeno un criterio *ex art. 2, lett. f)* del Regolamento 2002/2204.

Sin qui la soluzione adottata appare condivisibile, perché rappresenta un'applicazione lineare dei principi e delle norme desumibili dal diritto dell'UE: da un lato, fa leva sulla possibilità di utilizzare le condizioni di esecuzione dell'appalto per finalità sociali e occupazionali, testualmente prevista dalla direttiva appalti; e, dall'altro, attraverso un'interpretazione "sistematica", mutua dallo stesso diritto europeo l'ambito soggettivo di applicazione degli interventi di inserimento lavorativo.

Diversamente, l'impostazione risulta ancora una volta approssimativa nella parte in cui pretende di estendere *de plano* il sopradescritto principio di "armonizzazione flessibile" con l'organizzazione dell'impresa, sulla base di una discutibile operazione di adeguamento all'art. 41 Cost., con un'impropria e confusa sovrapposizione tra la dimensione nazionale e la dimensione comunitaria; e, allo stesso modo, laddove stabilisce, in virtù di un

³³ Avcp parere 6 novembre 2013, n. 55. Conf., *ex aliis*, Avcp parere 27 settembre 2012 n. 24. Si tratta di pareri *ex d.lgs. n. 163/2006, art. 69*, che contempla la possibilità per le stazioni appaltanti che intendono introdurre particolari condizioni di esecuzione di comunicarle all'Autorità, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto eurounitario.

³⁴ Come, per esempio, l'approvazione di programmi di inserimento lavorativo.

sommario *test* di proporzionalità, una regola – generale e astratta – di alternatività tra clausole di assorbimento e clausole occupazionali. Detto altrimenti, non è chiaro perché le stazioni appaltanti – sempre e comunque – dovrebbero scegliere alternativamente tra le due opzioni: anche in questo caso, si riscontra un vizio di indeterminazione del bilanciamento, che non si spinge oltre l'enunciazione vaga di formule precostituite e principi generali³⁵.

Invero, la necessità di trasfigurare in ogni caso le condizioni di esecuzione di tipo occupazionale in meri ed eventuali criteri di priorità nelle assunzioni, a geometria variabile, in funzione delle esigenze organizzative, non appare necessitata alla luce del diritto dell'UE. A tal proposito valgono le riflessioni già sviluppate in merito alle clausole di assorbimento, nel senso che – in sintesi – appare immanente ai valori primari dell'ordinamento eurounitario (*post* Lisbona) la compatibilità in astratto di oneri di tipo sociale negli appalti pubblici, pur con possibile interferenza negativa con l'organizzazione dell'appaltatore; fermo, tuttavia, il rispetto dei principi di non discriminazione e di proporzionalità (come confermato dalla giurisprudenza richiamata nell'*incipit* del paragrafo). Per tale via il *downgrading* di effettività ed efficacia delle clausole in commento non può basarsi su un approccio “metafisico” al tema del rapporto tra libertà economiche e finalità sociali, ma deve eventualmente poggiare su una valutazione empirica (e prognostica) di *market impact*, secondo i richiamati criteri del *balancing test*.

Per tale ragione, nella prassi potrebbe apparire opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici, che intendono avvalersi della capacità promozionale degli appalti, relazionino a monte sulla *ratio* delle condizioni di esecuzione a carattere occupazionale, sull'eventuale incidenza sulle dinamiche di prezzo e sul rapporto costi/benefici; sì da rendere altresì accessibili e trasparenti i criteri di individuazione del bacino dei lavoratori destinatari delle misure di inserimento. Ne consegue che, in questa prospettiva, le clausole di questo tipo – in generale, e fatte salve le specifiche condizioni di proporzionalità – potranno reputarsi illegittime, in via esem-

³⁵ Nel parere del 6 novembre 2013 n. 55 l'Avcp si è limitata a rilevare che: “*La somma delle due condizioni appare particolarmente gravosa per l'impresa e restrittiva della libertà di iniziativa economica dell'impresa new comer. Pertanto, andrebbe opportunamente riprodotta la formula del rispetto della facoltà dell'aggiudicatario di valutare la compatibilità con la propria struttura operativa e organizzazione di impresa e, comunque, dovrebbe essere indicata una preferenza esclusiva dell'amministrazione per l'una o per l'altra clausola*”.

plificativa, allorché: i) l'operazione di esternalizzazione, a causa degli oneri imposti all'aggiudicatario, risulti oggettivamente anti-economica, sì da restringere grandemente la platea dei potenziali concorrenti; ii) il bacino dei lavoratori svantaggiati sia individuato in violazione del Regolamento 2012/2204, ovvero comunque secondo criteri discriminatori (specie su base territoriale); iii) l'obbligo di inserimento prescindendo da una valutazione di compatibilità del profilo professionale dei soggetti interessati con le funzioni da espletare, con preferenza, pertanto, per obblighi di "chiamata numerica" rispetto a obblighi di "chiamata nominativa".

In ogni caso, non è difficile ipotizzare che il punto di maggiore tensione rimarrà la definizione dei limiti della facoltà degli enti aggiudicatori di "ritagliare" dalle categorie generali di lavoratori svantaggiati, per come definite in sede comunitaria, particolari bacini – di "interesse locale" – di soggetti destinatari delle misure occupazionali.

8. *Riflessioni conclusive*

Nelle pagine che precedono si è provato a rappresentare che gli obiettivi protettivi e promozionali delle clausole sociali trovano "copertura" nel diritto euronario.

Il discorso sulle tutele nelle vicende circolatorie delle imprese si presta a produrre un effetto *spill-over* sul modello sociale europeo ove assurga a *training path* per la dottrina per confrontarsi con i limiti di un metodo teorico esasperatamente "post-modernista", che produce una (auto)ghettizzazione della scienza giuridica nel ruolo di semplice esecutore della giurisprudenza³⁶ (e, nella specie, la tendenza a ridurre l'ordinamento dell'UE al *Laval quartet*); e per aggiornare le coordinate dell'ideologia dell'integrazione sovranazionale.

Non v'è lo spazio in questa sede per approfondire adeguatamente l'argomento, ma è opportuno chiarire che le analisi che tendono a censurare "ontologicamente" le clausole sociali, nel presupposto di una perdurante asimmetria tra libertà economiche e diritti sociali, appaiono condizionate – più o meno dichiaratamente – da precomprensioni (*rectius*, retaggi) di

³⁶ Per un'analisi recente delle tendenze della cultura giuridica v. LIBERTINI, *La ricerca giuridica in Germania. Uno sguardo dall'Italia*, in RTDP, 2014, 1, pp. 121-131.

tipo neoliberale. Va da sé che secondo una logica “mercatasta”, e con le lenti della flessicurezza e della Strategia europea per l’occupazione, premesso che la tutela dell’occupazione non è sinonimo di garanzia di continuità della stessa, le misure che limitano la mobilità in uscita e irrigidiscono la stabilità del posto di lavoro assumono comunque un disvalore³⁷.

Il pensiero neoliberale, che indubbiamente ha esercitato una parabola di influenza nel discorso sul *welfare*, tuttavia, sembra trovarsi adesso in una fase discendente. In particolare, si fa riferimento alle analisi che descrivono la transizione ideologica in corso in Europa, segnata dal lento declinare della dottrina neoliberista in favore di quello che, efficacemente, viene definito “*neowelfarismo liberale*”³⁸.

Con tale espressione si intende descrivere la sintesi ideologica che unisce i nuclei centrali della tradizione liberaldemocratica e di quella socialdemocratica, in un prospettiva post-neoliberista di modernizzazione del *welfare*. In queste letture, si prende atto della formazione, a partire dalla fine degli anni novanta, di una comunità ideologica post-neoliberista intorno al tema della “*ricalibratura*” dello stato sociale, con la coniugazione di due ulteriori obiettivi: a) l’impegno a promuovere e sostenere l’individualità, la razionalità, l’apertura (inclusa l’apertura dei mercati); b) l’impegno a mantenere un equilibrio ragionevole tra valori in competizione e spinte normative inevitabilmente contrastanti³⁹.

Peraltro, gli entusiasmi deregolativi sembrano trascurare due decisive precomprensioni.

³⁷ ORLANDINI, *op. ult. cit.*, pp. 163 ss. Sebbene, nel pensiero economico si faccia strada la teoria secondo cui nel contesto attuale non possa esistere un’equazione tra riduzione dell’apparato protettivo *standard* ed efficientamento del mercato (cfr. DEAKIN, WILKINSON, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in DLRI, 1999, pp. 587 ss. A tal proposito, appare interessante la recente analisi empirica di CROUCH (*Entrenching neo-liberalism: the current agenda of European social policy*, in CONTOURIS, FREEDLAND, *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge University Press, 2013, p. 56) che, sulla base dei dati raccolti, pone in rilievo come: “*We cannot claim any particular causal directions for these relationship, but they do cast serious doubts on the claim of the neo-liberal orthodoxy that all forms of labour protection and strong welfare states have a negative effect on economic performance*”.

³⁸ Per un “manifesto” del pensiero neowelfarista liberale v. FERRERA, *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in SM, 2013, 97, pp. 3 ss.; ma v. anche VANDENBROUCKE, *Europe: The Social Challenge. Defining the Union’s social objective is a necessity rather than a luxury*, in OSE Opinion Paper, 2012, 11.

³⁹ Cfr. FREEDEN, *European liberalism*, in *European Journal of Political Theory*, 2008, 7, 9, pp. 9-30; MAGNETTE, *The Fragility of Liberal Europe*, in *European Political Science*, 2009, 8, pp. 190-200.

Il "dramma del nostro tempo" non è quello di avere poco mercato, e l'obiettivo primario non può essere quello di liberalizzare il più possibile ogni attività economica; ma il problema sta nel deterioramento della qualità e dell'efficienza dei centri di decisione pubblici. Senza un'efficace politica regolatoria pubblica di sostegno la diffusione di comportamenti socialmente responsabili da parte delle imprese difficilmente potrà affermarsi⁴⁰.

Allo stesso tempo, la tendenza a porre una relazione inferenziale tra *performance* economica dei sistemi e regolazione laburista (spesso identificata con l'immagine grottesca della iper-regolazione farraginosa) si basa su una sovrastima del rapporto tra competitività ed efficienza del mercato del lavoro⁴¹.

Sebbene il potenziale trasformativo dell'approccio neowelfarista "sia attualmente imbrigliato dal rigorismo delle autorità economiche europee e internazionali"⁴², esso offre un ambiente ideologico che supporta, sul piano teorico, la coltivazione di un metodo che mette in discussione la preponderanza programmatica della costituzione economica. Per tale via, è possibile prefigurare una correzione del modello euro-mediterraneo di *flexicurity*⁴³, attraverso strumenti che determinino un riequilibrio tra tutele nel (e del) posto di lavoro e tutele nel (e del) mercato, pur attraverso la (ri)legittimazione del potenziale regolativo degli appalti pubblici (e delle operazioni di esternalizzazione).

Sul piano del discorso giuslavorista il neowelfarismo offre una sponda alle teorie sul "sincretismo tra economia e diritto del lavoro"⁴⁴, nella cui prospettiva

⁴⁰ Il pensiero è di LIBERTINI, *A quindici anni dal T.U.F. – Bilanci e prospettive*, in *RDImpresa*, 2014, p. 326. L'analisi dell'A. riguarda il funzionamento dei mercati finanziari, ma le riflessioni sulla responsabilità sociale d'impresa e sulle politiche di liberalizzazione si prestano ad assumere una portata più ampia e generale.

⁴¹ CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, di prossima pubblicazione in CARUSO, FONTANA, *Lavoro e diritti nella crisi europea*, il Mulino, 2015, pur invitando a non sottostimare il dato, spiega come i dati contenuti nel "The global competitiveness Report 2013-2014", che misura annualmente il livello di competitività di ogni sistema nazionale, si basano sull'analisi di dodici indicatori; e quello relativo alla *Labour market efficiency* (che ricomprende la regolazione del lavoro), pesa soltanto 1/12.

⁴² L'espressione è di FERRERA, *op. cit.*, p. 31.

⁴³ Per un recente intervento sul tema della *flexicurity* v. HEYES, *Flexicurity in crisis: European labour market policies in a time of austerity*, in *EJIR*, 2013. Ma anche ZOPPOLI L., *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2012, 141.

⁴⁴ PESSI, *Persona e impresa nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Dritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, 2008, 2, p. 14.

“l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio”⁴⁵; e il richiamo “al bilanciamento dei valori costituzionali avanzato da Mattia Persiani per coniugare il valore persona per la protezione del lavoro ed il valore impresa (ed efficienza dell'impresa) per la produzione di reddito e di occupazione”⁴⁶ non appare eterodosso (ed eretico).

D'altra parte, come si è visto, il diritto positivo eurounitario non fa registrare uno *spread* negativo rispetto ai principi sopraesposti, nella misura in cui l'assimilazione nei Trattati della dimensione sociale fa sì che l'ordinamento multilivello, dal punto di vista giuridico-formale, sia (divenuto) uno spazio giuridico conteso tra valori solidaristici e valori economici.

In questo quadro, il metodo del bilanciamento conferma ed esalta la propria funzione “costituente”, quale chiave di mediazione e di dinamico equilibrio di interessi costituzionalmente rilevanti; e il corollario della proporzionalità assurge ad archetipo del diritto del lavoro del terzo millennio, come controlimite alle spinte deregolative dell'ordine economico globale.

A livello micro, l'esigenza di ricomporre il dualismo tra valori primari è immanente anche al funzionamento delle clausole sociali, a causa di un'ostilità genetica tra il principio dello Stato d'origine, che – come è noto – informa la mobilità transazionale dei servizi, e la natura virtualmente “protezionistica” delle misure di tutela previste dal diritto del lavoro degli Stati membri. Sicché, oltre il livello minimo di mediazione normativa della direttiva 2001/23, entra in gioco il canone della proporzionalità.

In generale, nell'ambito di tale giudizio, a competenza ripartita tra i giudici nazionali e i giudici europei⁴⁷, si tratterà di accertare se gli effetti restrittivi delle misure di protezione sociale siano diretti, indiretti o mera-

⁴⁵ DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001, pp. 3 ss.

⁴⁶ PESSI, *op. cit.*, p. 3; PERSIANI, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, pp. 89 ss. In questa prospettiva, DEAKIN, WILKINSON, *op. ult. cit.*, pongono l'accento sulla necessità che l'uso delle risorse, sulle quali i diritti inizialmente incidono, possa essere rinegoziato, riaprendo il tema della inderogabilità e della sua permeabilità all'autonomia collettiva.

⁴⁷ Per alcuni casi in cui la Corte di Giustizia si è pronunciata direttamente sulla proporzionalità, senza adire i giudici nazionali, onde assicurare uniformità di interpretazione a livello europeo, v. C. Giust. 16 dicembre 1992, C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council c. B & Q plc.*; C. Giust. 28 febbraio 1991, C-312/89, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c. SIDEF-Conforama, Arts et meubles, JIMA*; C. Giust. 28 febbraio 1991, C-332/89, procedimento penale c. *André Marchandise, Jean-Marie Chapuis, SA Trafitex*.

mente ipotetici; "o meglio ancora se essi non siano troppo aleatori e troppo indiretti perché l'obbligo che (quella disciplina) sancisce possa essere considerato idoneo ad ostacolare (la) libertà (degli operatori economici stabiliti in altri Stati membri)"⁴⁸; se, eventualmente, tali misure risultino idonee rispetto allo scopo e, in tale ipotesi, se non vi siano strumenti alternativi a effetto equipollente, ma di minor impatto sulle libertà economiche; nonché, in caso contrario, quale sia il livello di adeguata ponderazione tra gli interessi in gioco.

Pur seguendo costantemente tali coordinate metodologiche, l'applicazione della proporzionalità da parte della Corte di Giustizia è pragmatica, multiforme e si basa su specifiche condizioni normative e di contesto⁴⁹; ne consegue la parcellizzazione degli esiti del sindacato e la difficoltà di prognosi generali per categorie di fattispecie, fatti salvi i casi di patologie "autoevidenti"⁵⁰.

Nella sentenza *Commissione c. Germania* del 2010⁵¹, la tecnica del bilanciamento tra finalità sociali e libertà economiche è stata utilizzata in materia di appalti pubblici: sebbene l'esito non sia stato positivo per chi continua ad aspirare all'immunità assoluta della contrattazione collettiva dal sindacato di conformità al diritto dell'UE, la pronuncia ha confermato incidentalmente "la possibilità che il bando di gara imponga agli offerenti inte-

⁴⁸ CARABELLI, LECCESE, *op. ult. cit.*, p. 21.

⁴⁹ Com'è noto, idoneità, necessità e proporzionalità *stricto sensu* sono gli indici in base ai quali si manifesta il controllo di proporzionalità da parte della Corte di Giustizia, senza che tuttavia essi si compongano in una nozione stabile del principio in parola. Secondo TRIDMAS, *The general principles of EC law*, Oxford European Union Law Library, 2006, 6, pp. 91 ss., sebbene la giurisprudenza comunitaria proceda alla verifica della proporzionalità in base a un *test* tripartito (necessità, idoneità e proporzionalità *stricto sensu*), "in practice the Court does not distinguish in its analysis between the second and the third test". L'approccio pragmatico della Corte di Giustizia evidenzia lascia trasparire, pertanto, un concetto multiforme e ambiguo di proporzionalità, insuscettibile di essere ricondotto ad alcun rigido assetto e, proprio per questo, capace di adattarsi a fattispecie differenti. In termini, cfr. VAN GERVEN, *The effect of proportionality on the actions of member States of the European community, national viewpoints from continental Europe*, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, 1999, pp. 37-63, secondo cui, infatti, "Proportionality remains a vague concept", cit. p. 60.

⁵⁰ Sembra questo il caso delle misure promozionali previste della legge di stabilità 2014 della Regione Siciliana (l.r. 28 febbraio 2014, n. 5), artt. 34 e 35.

⁵¹ C. Giust. 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*. In sintesi, si trattava di valutare la legittimità di un contratto collettivo che obbligava talune amministrazioni e aziende comunali tedesche a stipulare contratti relativi a servizi di previdenza complementare con particolari organismi e imprese, senza ricorrere a tal fine a una gara a evidenza pubblica.

ressati condizioni che rispondano agli interessi dei lavoratori coinvolti”⁵². Nel dettaglio, la Corte di Giustizia ha poi risolto la questione attraverso il canone della proporzionalità, e le misure censurate non hanno superato il vaglio di legittimità sotto il profilo della necessità, dal momento che nella specie – a dire della Corte – sarebbe stato possibile adottare soluzioni alternative per conciliare gli obiettivi sociali perseguiti dalle parti della negoziazione collettiva con le norme sugli appalti pubblici.

Il *deficit* di “necessità” ha consentito alla Corte di non spingersi sino all’ultimo stadio del *balancing test* (proporzionalità in senso stretto), ove la ponderazione assurge a giudizio di valore sugli interessi in gioco. È in quella sede, in sostanza, che si misurano i rapporti di forza tra i valori in conflitto; e rispetto a tale valutazione – anche a prescindere dal mutamento del quadro costituzionale e, quindi, dei parametri della ponderazione – sarebbe quantomeno discutibile invocare, ai nostri fini, in termini ieratici i risultati del bilanciamento dei citati casi *Viking*, *Laval* e *Rüffert*, come espressione di un’irredimibile asimmetria *pro-market*: nella prima decisione i giudici lussemburghesi, confermando che la tutela dei lavoratori può giustificare la restrizione di una libertà economica, a ben vedere, hanno rimesso al giudice nazionale il *test* di proporzionalità⁵³; nelle altre due, rispetto alla dibattuta “recessività” delle misure/azioni a carattere sociale al cospetto della libera circolazione dei servizi, appare comunque determinante l’interposizione della *posted workers directive* (96/71/CE) e il bilanciamento *upstream* del legislatore europeo. In altre parole, si incorrerebbe in un salto logico a voler sostenere semplicisticamente che le conclusioni di tali arresti assurgano a “manifesto vetero-funzionalista” e ridondino meccanicamente in un principio generale di illegittimità delle tecniche di protezione dei lavoratori coinvolti nei processi di circolazione transnazionale dei servizi e delle imprese, perché non si possono trascurare “i fat-

⁵² Par. 56.

⁵³ CARUSO, *op. ult. cit.*, pp. 38 ss., rileva come però la Corte, dopo aver rimesso al giudice nazionale il *test* di proporzionalità, alla fine, risolve in astratto il bilanciamento, compromettendo di fatto la decisione del giudice di merito, nella parte in cui statuisce che lo statuto della Federazione internazionale dei lavoratori marittimi (ITF) impone l’inizio dell’azione sindacale, a richiesta di uno dei suoi membri, sulla base del semplice cambio di bandiera da parte del proprietario della nave “*indipendentemente dall’eventualità che l’esercizio da parte di quest’ultimo del suo diritto alla libertà di stabilimento possa o meno avere conseguenze dannose per i posti o le condizioni di lavoro dei suoi dipendenti*” (parr. 86 ss.).

tori di tipicità estrinseci” ai principi di diritto ivi affermati⁵⁴. D'altronde, a ben vedere, rispetto all'ipotetico conflitto delle clausole di tipo occupazionale con la disciplina europea del distacco transazionale di servizi, occorre segnalare che proprio l'“imposizione di manodopera” neutralizza la liturgia di Ruffert, nella misura in cui l'effetto di conservazione nel tempo dei posti di lavoro impedisce che i dipendenti “che passano” siano qualificabili come “*lavoratori distaccati*” ai sensi dell'art. 2, co. 1, della stessa direttiva⁵⁵; con conseguente inapplicabilità, *ratione personae*, della 96/71 e ri-espansione dei principi generali del bilanciamento.

Recentemente, la Corte di Giustizia, nel caso *Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund* (18 settembre 2014, C-549/13), è tornata a occuparsi delle “*considerazioni sociali*” assunte dalle stazioni appaltanti quali condizioni di esecuzione del contratto. Nel dettaglio, si è pronunciata in ordine alla compatibilità con l'ordinamento dell'UE di una prescrizione che obbliga gli affidatari di un appalto pubblico ad applicare un salario minimo ai lavoratori, nella misura in cui si estenda l'impegno anche ai subappaltatori stabiliti in uno Stato membro diverso da quello in cui ha sede l'amministrazione aggiudicatrice.

La Corte – sulla base della direttiva 2004/18, ed escludendo che la fattispecie rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva 96/71, dal momento che l'offerente non intendeva eseguire l'appalto mediante distacco transazionale di lavoratori – è giunta a dichiarare l'illegittimità della misura sociale, per contrasto con l'art. 56 Tfu.

Nonostante l'esito possa apparentemente indebolire la lettura “socialmente orientata” del diritto degli appalti, la motivazione offre degli spunti interessanti perché – a ben vedere – il Giudice europeo non ha messo in discussione che un onere economico supplementare (come una tariffa salariale minima) possa essere giustificato da ragioni sociali, sebbene costituisca

⁵⁴ Il corsivo è di CARUSO, *op. ult. cit.*, p. 25, che, tra l'altro, fa rilevare la probabile incidenza sull'esito del bilanciamento nel caso *Laval*, e sull'assertività dei principi ivi statuiti rispetto alla sentenza *Viking*, di alcune circostanze “esterne”: a) la particolare nazionalità del giudice relatore (estone); b) lo specifico oggetto della richiesta dei sindacati svedesi nei confronti dell'impresa lettone che si estendeva all'imposizione di ulteriori oneri previdenziali e assicurativi di cui, pare di capire dalla presentazione iniziale della C. Giust., i lavoratori lettoni non avrebbero potuto comunque beneficiare.

⁵⁵ “*Ai fini della presente direttiva, per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno Stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente*”.

una restrizione alla libera circolazione dei servizi. Ciò, peraltro, spingendosi sino ad annoverare tra gli “*obiettivi di protezione dei lavoratori*” anche quello di garantire che “*ai lavoratori venga versata una congrua retribuzione per evitare sia il «dumping sociale» sia la penalizzazione delle imprese concorrenti che concedono una congrua retribuzione ai loro dipendenti*”⁵⁶. Piuttosto, il giudizio è dipeso da un’applicazione – anche in questo caso, come in *Rüffert* – “*esasperata*” (e irragionevole) della tutela antidiscriminatoria⁵⁷; nonché, soprattutto, da una valutazione di (s)proporzionalità in senso stretto, perché “*un salario minimo fisso che corrisponde a quello richiesto per assicurare una congrua retribuzione ai lavoratori dello Stato membro dell’amministrazione aggiudicatrice con riferimento al costo della vita esistente in tale Stato membro, ma che non ha alcun rapporto con il costo della vita nello Stato membro [...] va oltre quanto è necessario per assicurare il raggiungimento dell’obiettivo della protezione dei lavoratori*”⁵⁸.

Per quanto la soluzione possa sembrare un *assist* alle pratiche di *dumping*, essa non infortisce sui modelli di *welfare* nazionali, e non rappresenta effettivamente un ulteriore arresto *pro-deregulation*: in questo caso, infatti, la concorrenza al ribasso non è agevolata da un bilanciamento asimmetrico dei valori dell’UE; ma dipende essenzialmente dalle strategie di “*de-localizzazione*” delle imprese, avverso le quali anche i singoli Stati membri hanno le armi spuntate, a prescindere dall’impatto dei valori economici dell’integrazione. Si potrebbe forse rimproverare alla Corte di Giustizia di non aver sanzionato l’abuso delle libertà economiche⁵⁹, ma in questo modo, probabilmente, si chiederebbe troppo al Giudice europeo, ossia di ergersi a difensore dei sistemi sociali degli Stati “*oldcomers*”.

In definitiva, prendendo sul serio i *paths* sociali del diritto eurounitario, l’interrogativo sulla legittimità delle misure in commento nell’ordinamento multilivello trova risposta nell’equilibrio dinamico e casistico definito attraverso il canone della proporzionalità. Per tale via, il discorso sulle clausole sociali assume altresì valore simbolico perché consente di

⁵⁶ Par. 31.

⁵⁷ “*La Corte ha già affermato che, nei limiti in cui si applica ai soli appalti pubblici, una tale misura nazionale non è idonea a raggiungere detto obiettivo se non vi sono elementi che indichino che lavoratori attivi sul mercato privato non hanno bisogno della medesima protezione salariale di quelli attivi nell’ambito degli appalti pubblici (v., in tal senso, sentenza Rüffert, punti da 38 a 40)*” (par. 32).

⁵⁸ Par. 34.

⁵⁹ Nella specie, il concorrente era un’impresa tedesca che aveva dichiarato di voler subappaltare il servizio in favore di una propria controllata (al 100%) stabilita in Polonia.

cogliere l'imprescindibilità di un apporto proattivo dei giuristi per impiegare la crescente "fertilità sociale" dell'ordinamento europeo⁶⁰, al fine di promuovere un riposizionamento razionale del diritto del lavoro nell'ambito dei processi in atto di integrazione delle politiche economiche degli Stati membri⁶¹. Tale operazione impone, però, di metabolizzare il tramonto del paradigma giuslavoristico novecentesco e, pertanto, di leggere la "condizionalità economica" dei diritti sociali, il "*Laval quartet*", le misure anti-crisi e le politiche di austerità dell'UE seguendo "*nuove traiettorie*", tenendo presente che "*la narrazione giuslavoristica, per potersi sviluppare e adeguare alla condizione oggettiva di crisi, deve uscire dalle secche dell'alternativa binaria condizionalità/incondizionalità per addentrarsi nel ben più complesso e articolato percorso del bilanciamento e dei suoi corollari: il principio di proporzionalità in primo luogo*". Il paradigma proceduralista non esclude – ma anzi sollecita – la precettività della regolazione, attraverso quelli che Ashiagbor definisce "*puntelli normativi*" o "*benchmarking sociale*"⁶². In tale contesto, bilanciamento e proporzionalità assumono una duplice connotazione: in negativo, come strumento difensivo, in termini di "*restringimento compatibile*"; in positivo, come "*tecnica di individuazione del contenuto necessario e indefettibile di un diritto nel bilanciamento con altri*"⁶³.

⁶⁰ CARUSO, *op. ult. cit.*, p. 42, in generale, evidenzia come sia cruciale ai fini dell'integrazione "[...] intensificare la comunicazione, anche critica, tra la dottrina europea postnazionale e la Corte di giustizia, intesa quale tassello di un dialogo più ampio tra dottrina (che è parte integrante della società civile europea in costruzione) e le istituzioni europee. Il diritto costituzionale europeo in progress ha tutto da guadagnare da prove di democrazia basate proprio sull' "agire comunicativo".

⁶¹ Il riferimento è, in particolare, al piano europeo di interventi per fronteggiare la crisi economica, adottati a far data dal 2010: "*Framework agreement on the establishment of a European stability fund*" (giugno 2010); "*Euro-Plus Pact*" (marzo 2011); "*Six Pack*" (dicembre 2011); "*Tivo Pack*" (proposto dalla Commissione nel 2011 e adottato nel 2013); "*European Stability Mechanism*" (febbraio 2012); "*Fiscal Compact*" (marzo 2012). Secondo MORRONE, *op. cit.*, p. 84, "*si può dire che prende forma nell'ordinamento europeo un originale principio di solidarietà responsabile interstatale, che assume un particolare significato proprio nell'attuale contesto di crisi economico-finanziaria: perché può svolgere una funzione «costitutiva», potendo imprimere una diversa direzione all'european process, verso un'unità economica non limitata ai vincoli di bilancio, ma implicante anche politiche fiscali e di protezione sociale comuni*".

⁶² ASHIAGBOR, *L'armonizzazione soft: il "Metodo aperto di coordinamento" nella Strategia europea per occupazione*, in BARBERA, *Nuove forme di regolazione: Il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, 2006, p. 135.

⁶³ I corsivi sono di CARUSO, *op. cit.*, nt. 43. In termini critici sulla "condizionalità" e sulle prospettive dell'integrazione sociale v. GIUBBONI, *Europe's crisis-law and the welfare state – A critique*, in WP CSDLE "*Massimo D'Antona*", 2014, p. 109, che parla di "*de-socialisation processes*"; FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti in Europa*, in WP CSDLE "*Massimo D'Antona*", 2014, 104.

Abstract

Il saggio affronta il tema della dimensione sociale dei processi di esternalizzazione delle pubbliche amministrazioni, sotto il profilo della compatibilità delle c.d. “clausole sociali di seconda generazione” con l’ordinamento dell’UE; ed assumendo come modello paradigmatico di *outsourcing* la forma “mista dell’appalto. L’Autore propone una lettura “socialmente orientata” del tema, valorizzando a tal fine il potenziale sociale del diritto dell’UE. Da questa prospettiva, il possibile conflitto con le libertà economiche fondamentali viene ridimensionato, ed è assorbito in una dimensione procedurale, governata dal metodo casistico del bilanciamento (simmetrico). Per tale via, il discorso sulle clausole sociali assume altresì valore simbolico perché consente di cogliere l’imprescindibilità di un apporto proattivo dei giuristi per impiegare la crescente “fertilità sociale” dell’ordinamento europeo, al fine di promuovere un riposizionamento razionale del diritto del lavoro – basato sul principio di proporzionalità – nell’ambito dei processi in atto di integrazione delle politiche economiche degli Stati membri.

The Autor analyses the social dimension of the public services outsourcing, referring to the compatibility of “second generation social clauses” with EU legislation, as workers protection devices in public procurement. The Autor develops a social-oriented theory, appraising the strenght of EU legal framework: thus, the expected conflict with fundemental economic freedoms is brought down, and it’s ruled by the (well-balanced) balancing test. In this way, the speech about social clauses takes a symbolic meaning too, as a training path for testing the idea of “resocialising Europe” – in the context of economic integration – through a new status for labour law, based on fundamental social benchmarks and enforced by the principle of proportionality.

Key words

Clausole sociali, Esternalizzazioni, Appalti pubblici, Bilanciamento, Proporzionalità, Trasferimento d’azienda.

Social clauses, Outsourcing, Public procurement, Balancing test, Proportionality, Transfer of undertaking.