

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

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.

1. Introduzione: il teorema della social performance

Una delle soluzioni del paradosso della felicità di Easterlin può essere la risposta alla crisi di identità dell'UE¹: non basta cercare di aumentare le utilità strumentali (prodotti, beni, servizi); in ultima analisi, occorre perseguire concretamente il fine ultimo del benessere sociale.

Sembra il segreto di Pulcinella, ma la confusione tra “valori mezzo” e “valori fine” è l'equivoco su cui si rischia di continuare a costruire l'integrazione europea, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che – come ampiamente illustrato nella letteratura giuslavoristica² – ha rafforzato

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

¹ Secondo la teoria dell'economista americano Richard Easterlin sarebbe empiricamente dimostrabile che nei Paesi più avanzati la crescita economica e l'aumento del reddito pro-capite non producono un incremento correlato di percezione diffusa di felicità soggettiva (EASTERLIN, *Does economic growth improve human lot? Some empirical evidence*, in DAVIS, REDER, *Nation and Households in economic growth: Essays in honor of Moses Abramowitz*, Academic Press, 1974).

² Tra gli altri, CARUSO, ALAIMO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa “sociale” nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT – 82/2010.

le finalità sociali dell'UE e ha “costituzionalizzato” un ampio catalogo di diritti fondamentali.

In questo senso, l'analisi dei processi di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni nell'ultimo ventennio appare emblematica per spiegare le aporie e gli effetti collaterali della mera ricerca della massimizzazione delle utilità strumentali: è noto che le declinazioni della dottrina del *new public management*³, al fine di perseguire i valori (mezzo) dell'economicità e dell'efficienza, abbiano prodotto prepotenti strategie di “esternalizzazione” (*outsourcing*) delle funzioni e dei servizi; per il cui effetto una vasta platea di lavoratori è stata sottratta al circuito del pubblico impiego, ed è stata sostanzialmente consegnata al mercato degli appalti⁴.

In questo ambito, la capacità di “penetrazione” dei postulati neoliberali, veicolati dalle Istituzioni economiche internazionali, è riuscita – per lungo tempo – a imporre un approccio “deregolativo”. Allo stesso tempo, la forza pervasiva della costituzione economica europea, attraverso i principi di diritto enunciati dalla Corte di Giustizia in alcuni noti *leading cases*⁵, ha contestualmente indebolito le tecniche di protezione sociale dei lavoratori “esternalizzati”, per pretesa incompatibilità con le libertà economiche.

A livello nazionale, le “convulsioni” del legislatore (a corrente alternata⁶),

³ L'espressione venne coniata da HOOD, *A public management for all seasons?*, in *Public Administration*, 1991, pp. 3-19. Tra gli interventi più interessanti sul tema v. ENTWISTLE, MARINETTO, ASHWORTH, *New Labour, the new public management and changing forms of human resource management*, in *International Journal of Human Resource Management*, 2007, pp. 1569-1574. Da una prospettiva laburista v. anche CHIECO, *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in CARABELLI, CARINCI M.T., *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 265 ss.

⁴ Con il termine “esternalizzazione”, nel linguaggio diffuso, s'indica un fenomeno polimorfo, al cui interno è possibile ricondurre politiche e iniziative di natura differente che si collocano in un generale programma di *downsizing* del settore pubblico, che riduce il proprio ambito di competenze e di gestione diretta, avendo effettuato a monte una scelta in ordine al ruolo di programmazione e di regolamentazione da riservare alle istituzioni pubbliche o, comunque, avendo definito un nuovo *core business* dell'amministrazione.

⁵ In particolare, C. Giust. 25 luglio 1991, C-76/90, *Manfred Sager c. Demmeyer & Co. Ltd.* Più recentemente, C. Giust. 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*; C. Giust. 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd / Svenska Byggnadsarbetareförbundet e. a.*; C. Giust. 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Ruffert c. Land Niedersachsen*; C. Giust. 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato del Lussemburgo*. Si tratta del gruppo di decisioni che nella letteratura giuslavoristica viene usualmente definito come “*Laval quartet*”.

⁶ Cfr. CARUSO, *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscilla-*

hanno "pasticciato" notevolmente il quadro normativo, riversando sul *welfare* le tensioni sollevate dai problemi di finanza pubblica. A tale ultimo proposito, per esempio, l'affannoso inseguimento dei parametri del patto di stabilità e dell'equilibrio di bilancio ha spinto il legislatore nazionale, dopo un decennio di "esplosione" del fenomeno della società "in mano pubblica"⁷, a ridimensionare le operazioni di *outsourcing* mediante la tecnica della "privatizzazione formale", alla luce dei risultati operativi e finanziari negativi di molti di tali organismi⁸ (sostanzialmente a carico dell'Erario⁹). Per tale via, sono state introdotte norme di coordinamento finanziario che, da un lato, hanno stratificato in modo caotico obblighi di dismissione e di liquidazione delle partecipazioni; e, dall'altro, hanno interferito con l'autonomia organizzativa e con le politiche assunzionali di tali organismi societari¹⁰. Tali misure generano incertezza sulle sorti dei rapporti di lavoro, stretti tra le decisioni organizzative dei cessionari (privati) delle attività dismesse e i vincoli di contenimento della spesa di personale (nel caso di mantenimento della partecipazione societaria, ovvero di "reinternalizzazione" dell'attività). Tant'è, che già nel 2010 la Corte dei Conti, analizzando il fenomeno delle società partecipate dagli enti locali, e gli effetti delle misure legislative "punitive" che inauguravano il percorso di ridimensionamento delle partecipazioni non "*strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali*"¹¹, prospettava: "*una significativa ricaduta in termini sociali [...] con riferimento al personale che non potrà essere riassorbito dall'ente locale a seguito di liquidazioni societarie, o che verrà ceduto insieme al ramo d'azienda*"¹².

zioni del pendolo si fanno frenetiche), WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 79/2008, che, efficacemente, ha usato la metafora del pendolo per descrivere la saga delle riforme del lavoro pubblico nell'ultimo decennio.

⁷ Per approfondimenti sul tema v. CAMELLI, *Società pubbliche*, in ED, 2012, p. 1190 ss. Per un inquadramento statistico, cfr. Camera dei Deputati-Servizio Studi, *dossier su Le società a partecipazione pubblica*, Serie Documentazione e Ricerche n. 237 del 27 novembre 2011, in www.camera.it; ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, in www.astrid-online.it, 2008.

⁸ Cfr. C. Conti, sez. aut., 22 giugno 2010 n. 14 ("*Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di Comuni e Province*").

⁹ Per una recente ricostruzione dello stato dell'arte del fenomeno delle partecipazioni societarie pubbliche, v. BONURA, *Le partecipazioni locali. Limiti alle assunzioni/detenzioni ed effetti su bilancio e personale*, iFEL Fondazione ANCI, 2013.

¹⁰ Da ultimo, v. l. 27 dicembre 2013 n. 147 (legge di stabilità 2014), art. 1, co. 550 ss.; e d.l. 24 aprile 2014 n. 66, art. 4, co. 12-bis, 13, 23.

¹¹ La locuzione è mutuata dalla l. 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria 2008), art. 3, co. 27.

¹² C. Conti n. 14/10, p. 43.

Il risultato finale di tali processi sul fattore lavoro in questo segmento di mercato – su cui non s’ignora incidano in negativo anche fattori esogeni alle politiche eurounitarie – appare empiricamente rilevabile: il *mix* tra strategie di esternalizzazione “spinta” e draconiane politiche di bilancio ha creato un bacino di lavoratori alla mercé delle vicende traslative nella gestione dei servizi, giacché, per effetto della metabolizzazione della “formula Sager”¹³, in via di fatto, sono state contestualmente indebolite le difese immunitarie dei sistemi di *welfare* nazionali nei confronti delle ipotesi di abuso delle libertà economiche e delle pratiche di *dumping*. Più in generale, è stata depotenziata la funzione regolativa dei contratti pubblici (e in particolare degli appalti) come strumento di conservazione di livelli adeguati di benessere sociale, di razionalizzazione del sistema produttivo, di regolamentazione delle forme di concorrenza tra gli imprenditori e miglioramento della qualità dei processi di produzione di beni e servizi¹⁴.

Senza esprimere alcun giudizio di valore sulle strategie economiche di *downsizing* di matrice neoliberale¹⁵, può evocarsi – anche in questo ambito – il pericolo di una *race to the bottom*, che rischia di non poter essere contrastata (*rectius*, governata) efficacemente dal momento che, seguendo il pensiero ortodosso eurounitario, l’ordinamento europeo dovrebbe tollerare un minimo dosaggio di misure nazionali di tutela del lavoro e dell’occupazione, a causa del potenziale conflitto con le libertà economiche fondamentali. Va da sé che in questo modo i processi di privatizzazione (formale e sostanziale) del mercato dei servizi pubblici si possano prestare a giustificare pratiche disinvolute di alleggerimento della spesa di personale, con “deportazione di massa” dei lavoratori addetti in un indefinito spazio di confine pubblico/privato, in cui le garanzie *standard* che dovrebbero assistere le operazioni di riduzione del personale e di trasferimento di azienda sono sopravanzate dalla spinta “de-regolativa” dei principi di liberalizzazione del mercato unico. Con buona pace del valore (*fine*) della “*parificazione nel progresso*”¹⁶, che viene sostanzial-

¹³ C. Giust. 25 luglio 1991, C-76/90. Sull’importanza della sentenza *Sager* cfr., tra gli altri, BARNARD, *The substantive law of the Eu. The four freedoms*, Oxford University Press, 2007, p. 375 ss.

¹⁴ Sulla funzione statutale di regolazione attraverso gli appalti pubblici v. SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL*, 2006, I, p. 753.

¹⁵ Sebbene, come ricorda anche CARUSO, *op. cit.*, p. 6, nt. 8, le ricette del *new public management* siano da tempo oggetto di ripensamento anche nei Paesi che ne hanno visto la genesi (USA e Gran Bretagna). Sull’argomento cfr. DENHARDT, VINZANT DENHARDT, *The New Public Service: Serving Rather than Steering*, in *Public Administration Review*, 2000, p. 549 ss.

¹⁶ Cfr. art. 151 T.fue.

mente accantonato, con notevoli ricadute sociali, in un settore che vale il 18% del prodotto interno lordo dell'Unione Europea¹⁷.

Peraltro, un approccio (meramente) "deregolativo" al tema della produttività della pubblica amministrazione appare comunque inadeguato anche nella prospettiva "efficientista", nella misura in cui trascura che gli effetti sociali "collaterali" incidono anch'essi sulla *performance* dei modelli produttivi: nella letteratura giuridica ed economica è già stato ampiamente documentato il rapporto tra progresso sociale e capacità di esportazione dei sistemi economici, concludendo che in un contesto di garanzia di *labour standards* il capitale è maggiormente incentivato alla crescita professionale e all'efficienza produttiva¹⁸. Analogamente, da tempo risalente, il pensiero "solidarista/produttivista" ha messo in luce come la promozione sociale non assuma una mera funzione redistributiva, ma assurga anch'essa a fattore produttivo, che incide sulla *performance* economica dei sistemi¹⁹.

Il "*welfare-downgrading*" appare ineluttabile se si accetta il punto di vista del conformismo esecutivo che sminuisce la *social performance* dell'ordinamento europeo; da tale angolazione, la "frigidità sociale" delle esternalizzazioni è una sineddoche che esprime il fallimento del modello sociale europeo.

Eppure, sebbene le letture minimaliste della dimensione sociale dell'*outsourcing* seguano il solco (apparentemente) tracciato da alcuni arresti della Corte di Giustizia²⁰, la lenta ma progressiva evoluzione del diritto positivo dell'Unione dovrebbe consentire di preconizzare per il futuro la possibilità di metabolizzare soluzioni "non convenzionali" di (ri)bilanciamento tra libertà economiche, diritti sociali e finalità occupazionali²¹. Come efficace-

¹⁷ Tale stima della spesa per gli appalti pubblici è della *Comm. UE: COM (2011) 206 del 4 marzo 2011*, recante *L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. "Insieme per una nuova crescita"*.

¹⁸ Sono note le teorie degli economisti keynesiani in merito al rapporto tra benessere sociale diffuso e sviluppo economico, tra cui, in prima fila, il premio Nobel Joseph Stiglitz, secondo il quale – in sintesi, e semplificando – se l'indice di Gini (ovvero l'indicatore di disuguaglianza inventato da un economista italiano, appunto Corrado Gini) aumenta, il moltiplicatore degli investimenti diminuisce, e dunque il PIL frena (sull'argomento v. STIGLITZ, *The price of inequality*, Penguin Books UK, 2013).

¹⁹ Cfr. PESSI, *Persona e impresa nel diritto del lavoro*, in AA.VV., *Diritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, 2008, p. 1242, che richiama DEAKIN, SEEGER, VAN DEN BERGH, *Law and economics in the labour market*, Elgar, 1999.

²⁰ V. nt. 5.

²¹ A ben vedere, segnali in tal senso possono trarsi anche dal Rapporto di Mario Monti

mente evidenziato all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, “*la preminenza genetica delle libertà sulle tutele del lavoro e sui diritti sociali non è – nella giurisprudenza della Corte – giustificata sulla base di un’ontologica gerarchizzazione dei principi fondamentali del diritto comunitario. Nasce da specifici elementi di diritto positivo ed è di tipo funzionale. Tale preminenza, pertanto, non costituisce un dato consolidato e immanente all’ordinamento, ma è il punto provvisorio di arrivo di un processo in fieri. L’equilibrio nelle operazioni di bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali, individuato di volta in volta dalla Corte di Giustizia è, peraltro, sempre riferito a casi concreti ed è strutturalmente mobile, dipendendo anche da processi legislativi in atto*”²². Se si prendono sul serio i progressi sociali del diritto dell’UE, è possibile intravedere degli spiragli nella fitta rete della costituzione economica, che consentono di sviluppare la narrazione laborista.

D'altronde, il “*minimalismo costituzionale*”, sia nella narrazione neoliberale, sia nelle letture “*da destra per una critica da sinistra*”, appare trascurare che il *Laval quartet*, che icasticamente descriverebbe l’irredimibile codice genetico “mercatasta” dell’Unione europea – per quanto possa suonare paradossale per le ortodossie antitetiche – può già essere considerato come il passaggio “*dall’integrazione dell’Europa attraverso il diritto (through law) all’integrazione attraverso i diritti, in particolare attraverso i diritti sociali (through social rights)*”. Nonostante il tenore del *decisum*, in tali arresti si registra il riconoscimento diretto e nominato dei diritti sociali come componente essenziale dell’identità europea²³.

Venendo al tema, è possibile ipotizzare che nell’ordinamento europeo vi sia *in nuce* uno strumentario a disposizione dei giuristi per riabilitare, nel quadro di un’azione generale di “*resocialisation*”²⁴, le misure nazionali che, nel rispetto del principio di proporzionalità, si prestano a tutelare esigenze im-

alla Commissione europea del 9 maggio 2010, *Una nuova strategia per il mercato unico – Al servizio dell’economia e della società europea*. Specificamente, cfr. p. 75.

²² CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento costituzionale europeo*, in SCIARRA, CARUSO (a cura di), *Trattato di Diritto Privato dell’Unione Europea. Il lavoro subordinato*, Giappichelli, 2009, p. 748.

²³ I corsivi sono di CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: in-differenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT - 61/2008, p. 10 ss.

²⁴ Secondo l’espressione adoperata nell’opera recente più significativa sul tema della “*Social Europe*”, ossia CONTOURIS, FREEDLAND (eds.), *Resocialising Europe in a time of crisis*, Cambridge University Press, 2013.

perative di tipo sociale nei processi di esternalizzazione, sebbene interferendo con la libertà di circolazione dei servizi. Di recente, Frank Hendrickx ha efficacemente esortato a un diverso "approach to European labour law", rammentando che "all the ingredients are present in the current legal framework to improve the functioning and the broader picture of European labour law as a part of resocialisation of Europe. In particular, change can be brought by using a fundamental rights approach in a proactive and promotional way"²⁵.

Non si tratta di alimentare rigurgiti dirigisti e politiche (neo)assistenzialiste; piuttosto, del tentativo di sollecitare – *ratione materiae* – l'effettivo coordinamento tra politiche economiche e politiche sociali, secondo un approccio di *social and economic mainstreaming*. Tale proposta metodologica, sul piano della filosofia economica, presuppone l'attualità del paradigma del liberalismo sociale²⁶ (nella trasposizione contemporanea del "neowelfareismo liberale"); e, al contempo, non si contrappone alle teorie che contestano l'eccesso di statalismo, nella misura in cui le strategie di affrancazione delle energie produttive dai vincoli del Leviatano siano comunque concretamente funzionali al modello eurounitario di "economia sociale di mercato"²⁷, e all'implementazione del valore (fine) della "parificazione nel progresso"²⁸.

2. (Segue). *Lo statuto sociale dell'integrazione europea*

Il tentativo di un approccio "sociale" al tema delle esternalizzazioni delle pubbliche amministrazioni presuppone una risposta affermativa a una

²⁵ HENDRICKX, *Completing economic and social integration: towards labour law for the United States of Europe*, in CONTOURIS, FREEDLAND, *op. cit.*, p. 69.

²⁶ Per un intervento recente sul tema, QUADRO CURZIO, *Economia oltre la crisi. Come prevenire le recessioni, come assicurare benessere e prosperità*, La Scuola, 2012. Sul social-liberalismo cfr. BEVERIDGE, *La piena occupazione e la coscienza sociale*, in COLUCCI, *La libertà solidale. Scritti 1942-1945*, Donzelli, 2010.

²⁷ Cfr. art. 3, par. 3, Tue.

²⁸ L'importanza delle negazioni del c.d. "ottimo paretiano" e il superamento di una visione "pan-mercatasta" sta alla base delle riflessioni del premio Nobel Amartya Sen sull'impossibilità di realizzare una società autenticamente liberale in assenza di misure correttive delle distorsioni del mercato (SEN, *The Impossibility of a Paretian Liberal*, in *JPE*, 1970, pp. 152-157; più recentemente, *The idea of justice*, Mondadori, 2010). Per una rilettura dell'opera di Sen nella prospettiva giuslavoristica, v. DEL PUNTA, *Leggendo "The idea of justice", di Amartya Sen*, in *DLRI*, 2013, pp. 197-219.

domanda apparentemente banale: è possibile individuare nell'ordinamento europeo delle solide basi di diritto positivo che, astrattamente, si prestino a legittimare il perseguimento di obiettivi di tutela del lavoro e dell'occupazione nei processi di esternalizzazione di funzioni e servizi pubblici?

In sintesi, e senza aspirare a fornire in questa sede una rappresentazione esaustiva delle norme "socialmente sensibili", giova rammentare che nel diritto dei trattati esiste certamente una "dorsale sociale" che parte dal (nuovo) art. 3 Tue e dalla costituzionalizzazione della Carta di Nizza (art. 6 Tue), passa attraverso l'art. 9 T fue (clausola sociale orizzontale), e si inerpica sino ad assoggettare la politica economica al perseguimento, tra gli altri, degli obiettivi fondamentali di progresso sociale, piena occupazione, lotta contro l'esclusione (art. 120 T fue)²⁹.

Sebbene sino a oggi siano prevalse esegesi riduttive della portata giuridica di tali disposizioni³⁰, dopo Lisbona il minimalismo interpretativo non trova effettive giustificazioni nell'architettura del diritto primario.

In primo luogo, la ridefinizione degli obiettivi dell'Unione nell'art. 3 T fue è avvenuta attraverso un'evidente valorizzazione della dimensione sociale: in tal senso, appaiono sintomatici l'apparizione del paradigma dell'economia sociale di mercato; nonché il bilanciamento linguistico tra finalità economiche e finalità sociali, anche alla luce di una comparazione con i precedenti artt. 2 del Tue e del Tratt. Ce³¹.

Allo stesso modo, l'assorbimento nel diritto primario della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ridimensiona, quantomeno da un punto di vista giuridico-formale, la primazia assoluta delle libertà economiche³².

Con riguardo alla clausola sociale orizzontale (cso) ex art. 9 T fue, che fra le nuove disposizioni sociali dei Trattati risulta, allo stato, fra le più "effettive"³³, non può che condividersi la tesi di chi in dottrina suggerisce di ab-

²⁹ Per un'approfondita analisi delle disposizioni sociali dei Trattati si rinvia a CARUSO, ALAIMO, *op. cit.*

³⁰ Per tutti v. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in DPCE, 2009, p. 81.

³¹ Sul punto CARUSO, ALAIMO, *op. cit.*, pp. 12-14.

³² Tuttavia, in senso contrario, considerano irrilevante l'assetto giuridico che si determinerà con l'efficacia giuridica della Carta di Nizza rispetto agli orientamenti della Corte di Giustizia, tra gli altri, BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in LD, 2008, p. 371 ss.; ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca di un equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 66/2008.

³³ L'espressione è di ALAIMO, *Presente e futuro del modello sociale europeo. Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione*, in RGL, 2013, I, p. 262; il riferimento specifico dell'A. è agli effetti

bandonare il *self-restraint* e propone di attribuire alla stessa la medesima efficacia giuridica vincolante che viene riconosciuta alle *gender e non discrimination mainstreaming clauses* (artt. 8 e 10 Tfu)³⁴. Si tratta, infatti, di una norma inserita tra le disposizioni di applicazione generale; il cui tenore letterale non si discosta significativamente da quello delle "gemelle" clausole antidiscriminatorie; e che non può essere ridotta a mera petizione di principio, a meno di voler svalutare arbitrariamente gli obiettivi sociali di cui all'art. 3 TUE³⁵. Nella logica del *mainstreaming* la clausola sociale informa trasversalmente le politiche dell'Unione³⁶ e assurge a *binding clause*³⁷ per la Corte di Giustizia, anche nell'ipotesi in cui sia denunciata una misura nazionale per il possibile contrasto con una libertà economica sancita dai Trattati. D'altronde, che il ridetto art. 9 costituisca una novità fondamentale del Trattato di Lisbona, nel senso sopradescritto, trova conferma nell'attività consultiva del Comitato economico e sociale europeo (Cese)³⁸ e del Comitato delle Regioni³⁹, e, più

"adattativi" (o di orientamento) che la clausola ha già prodotto nei documenti programmatici delle istituzioni e – elemento ancor più significativo – per l'influenza che essa potrà avere (come parametro di controllo) sulla futura azione di monitoraggio del Cese relativamente alle misure giuridiche e politiche dell'Unione.

³⁴ Cfr. CONTOURIS, FREEDLAND, *Epilogue. Resocialising Europe – looking back and thinking forward*, in CONTOURIS, FREEDLAND (eds.), *op. cit.*, p. 496. Sul punto v. anche BRONZINI, *Il modello sociale nel Trattato di Lisbona*, in BASSANINI, TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee*, Il Mulino, 2008, p. 126, ove l'A. evidenzia come gli artt. 9 e 10 intendono chiaramente impedire che "le misure di natura economica o di rafforzamento della competitività della 'zona Europa' prevalgano su quegli obiettivi anti-discriminatori, di coesione e solidarietà che l'Unione ha voluto accogliere fra i suoi principi-obiettivi".

³⁵ FERRARA, *L'integrazione europea attraverso il "social test": la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, in RGL, 2013, I, pp. 311–312. Diversamente, per una lettura riduttiva della clausola, v. PAPADIMISTRIOU, COPELAND, *The Eu's Lisbon strategy: evaluating success, understanding failure*, MacMillan, 2012, p. 106; VILLANI, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in RGL, 2012, I, p. 46; CANTARO, *La politica dell'occupazione*, in MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, Giuffrè, 2008, III, p. 748 ss.

³⁶ Com'è noto, l'implementazione della clausola passa attraverso le procedure di c.d. *Impact assessment* (che può tradursi in termini di "valutazione d'impatto sociale"). Cfr. VIELLE, *How the horizontal social clause can be made to work: the lessons of gender mainstreaming*, in *Etui policy brief European social policy*, 2010, p. 2 ss.

³⁷ PIRIS, *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, Cambridge University Press, 2010, p. 310. Sull'estensione al controllo della Corte di Giustizia si veda anche LECOMTE, *Embedding employment rights in Europe*, in CJEL, 2011, p.10. In senso adesivo ALAIMO, *op. ult. cit.*, p. 262.

³⁸ *Ex pluribus*, cfr. parere Cese (2012/C 24/06) del 26 ottobre 2011 (*Rafforzare coesione sociale e coordinamento Ue in campo sociale grazie alla nuova CSO di cui all'art. 9 TUE*), ove si legge che la clausola è diritto primario dell'UE e si applica a tutte le politiche europee.

³⁹ In particolare, parere 2011/C 166/09 del 10 aprile 2011, punto 52, ove si rappresenta

timidamente, negli atti del Parlamento europeo⁴⁰; sebbene, allo stato, la Commissione si sia astenuta dal pronunciarsi esplicitamente sulla portata della disposizione in parola⁴¹.

Certamente, non può ignorarsi che gli esiti sul diritto vivente di tali innovazioni restino sospesi; viepiù in ragione del permanere di nodi irrisolti in ordine al modello sociale europeo: nel Tfuè la formula “*economia sociale di mercato*” è trasfigurata nella più tradizionale “*economia di mercato aperta e in libera concorrenza*” (artt. 119–120); l’implementazione delle politiche sociali eurounitarie, sempre più affidata al metodo aperto di coordinamento, presenta evidenti elementi di debolezza regolativa⁴²; l’applicazione in via diretta dei diritti declinati nella Carta di Nizza deve essere ancora compiutamente verificata.

Ciò nonostante, appare comunque discutibile la prassi di svilire la portata delle disposizioni di carattere sociale, sulla base di un diffuso pregiudizio nei confronti della effettiva capacità evolutiva dell’ordinamento eurounitario. Diversamente, occorre prendere atto della trasformazione del quadro costituzionale europeo, accettando al contempo che la mutazione genetica della costituzione economica non possa che essere metabolizzata per piccoli passi, attraverso il metodo del bilanciamento; i cui risultati, però, non dovranno essere misurati assumendo quale parametro il *social acquis* dei singoli Stati membri, dal momento che l’accentuato pluralismo (di fonti, modelli, principi, valori, interessi, ecc.) dell’ordinamento multilivello dà vita a un “*sistema aperto*”⁴³, in

che le quattro libertà economiche del mercato unico e il bilancio dell’UE devono essere compatibili con la clausola sociale orizzontale

⁴⁰ Nella Risoluzione del Parlamento UE (2012/C 380 E/08), per esempio, si pone in evidenza che la clausola sociale orizzontale rientra tra i principi generali dell’UE; più significativamente, nelle Risoluzioni 2012/C 188 E/09 e 2012/C 70 E/04, in sostanza, si afferma che la Commissione e il Consiglio sono tenuti ad attuarla.

⁴¹ Sull’argomento v. la comunicazione della Commissione UE COM (2010) 608 del 27 ottobre 2010. Il documento, pur essendo prevalentemente incentrato sui profili della competizione e della crescita, riconosce che la cso, “*ormai scolpita nel trattato sull’Unione europea [...] consente di valutare la pertinenza di tutte le misure politiche in funzione delle loro conseguenze sociali*”.

⁴² Per un’approfondita trattazione del tema si rinvia ad ALAIMO, *Da “Lisbona 2000” a “Europa 2020”*. Il “*modello sociale europeo*” al tempo della crisi: bilanci e prospettive, in RIDL, 2012, III, p. 219 ss.

⁴³ Un “*sistema aperto*”, secondo Norberto Bobbio, è quello in cui “*la maggior parte delle regole sono o vengono considerate allo stato fluido, e in continua trasformazione*”, senza “*una netta linea di demarcazione tra fonti materiali e fonti formali, e al giurista viene attribuito il compito di collaborare insieme con il legislatore e col giudice all’opera di creazione del nuovo diritto*” (BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. di Comunità, 1977, p. 48).

cui il punto di equilibrio tra diritti fondamentali in potenziale conflitto è pressoché inedito (e mobile)⁴⁴.

Sotto altro profilo, estremizzando, l'exasperato *self-restraint* sociale rischia di alimentare in ambito sovranazionale una pericolosa divaricazione tra (nuova) costituzione formale e costituzione materiale: la rassegnazione all'ineluttabile prevalenza nel diritto vivente delle libertà economiche, nonostante gli innegabili progressi del diritto positivo, potrebbe suonare come una resa di fronte alla *vis* espansiva dei mercati e dell'ordine economico, riducendo le disposizioni sociali e le Carte dei diritti a semplice feticcio. Con il pericolo di nutrire in questo modo il brodo di coltura in cui si sviluppa la retorica dei movimenti antieuropei, che hanno riscosso notevole successo alle ultime elezioni per il Parlamento dell'UE.

Non si tratta di auspicare un'iper-regolazione nella prospettiva di un super *welfare state* europeo; quanto piuttosto di sollecitare una dimensione giuridica per il mercato unico, funzionale al perseguimento degli obiettivi (presi sul serio) dell'integrazione: "*Una Costituzione che accoglie l'apertura del mercato, dunque, non deve affatto rinunciare a regolarlo. Ma non deve dimenticare che esso deve esser regolato per la tutela di tutti gli interessi costituzionali puntualmente identificati e assicurando il contemperamento di tutte le libertà individuali in gioco. Per dare una dimensione giuridica al mercato è indispensabile restare all'interno del quadro costituzionale e quindi negare l'autosufficienza di regole del tutto impermeabili agli altri indici o valori che caratterizzano l'ordinamento nella sua globalità. Non si deve insomma pensare di dovere regolare il mercato ... per il mercato. Non esiste solo una (troppo astratta e vaga) regolazione pro-concorrenziale [...]*"⁴⁵.

Di fronte all'ampliamento del catalogo dei valori primari dell'UE non appare giustificabile l'integralismo funzionalista nella cui prospettiva il libero mercato concorrenziale assume un valore ontologico in sé, anziché per la sua strumentalità a soddisfare le pretese dei singoli.

3. (Segue). *Brevi cenni preliminari sul tema e sul metodo*

Nella letteratura giuslavoristica le disposizioni – di fonte legale o contrattuale – che stabiliscono particolari oneri a carico di un'attività economica

⁴⁴ Cfr. CARUSO, *op. cit.*, nt. 22, pp. 749-750.

⁴⁵ CINTIOLI, *L'art. 41 Cost. tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *DeS*, 2009, p. 394.

per finalità di tutela delle condizioni di lavoro e dell'occupazione hanno tradizionalmente assunto la generica denominazione di "clausole sociali"⁴⁶.

Guardando indietro, nel commercio globale la ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze del libero mercato e tutela dei lavoratori (e dei sistemi nazionali di *welfare*), ha rappresentato una costante del diritto internazionale del lavoro per lungo tempo: già nel 1949 la Conferenza generale dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) approvava il testo di una convenzione sulle clausole di lavoro nei contratti stipulati da un'autorità pubblica⁴⁷. In Europa, negli Stati nazionali, l'affermazione del modello dello "Stato sociale di diritto" ha prodotto legislazione protettive (e protezionistiche) di limitazione della libertà economica privata per finalità sociali anche nel settore degli affidamenti pubblici (di appalti, concessioni, benefici e agevolazioni). Nel nostro ordinamento l'art. 41 Cost. ha alimentato politiche regolative promozionali del lavoro, il cui paradigma è divenuto l'art. 36 St. lav.⁴⁸, che ha generalizzato l'obbligo di rispettare i trattamenti minimi previsti dai contratti collettivi di lavoro da parte delle imprese private in rapporto con la pubblica amministrazione⁴⁹. Allo stesso modo, nel medesimo ambito è divenuto uso negoziale l'imposizione – per tramite dei capitolati, ovvero dei contratti collettivi – di oneri d'impiego di manodopera⁵⁰.

⁴⁶ Sul tema delle clausole sociali nel commercio internazionale, v. PERULLI, *Clausola sociale*, in *ED*, 2014, VII, p. 187 ss.; ID., *Diritto del lavoro e globalizzazione - Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, 1999.

⁴⁷ Per una consultazione del testo www.ilo.org. Al riguardo, osservava MANCINI, *Sub art. 36*, in *Comm. Scialoja-Branca*, p. 546, come, preso atto della mancata applicazione dell'art. 39 Cost., co. 2, 3 e 4, il legislatore, dopo la ratifica della Convenzione OIL n. 94, avvenuta con la legge 2 agosto 1952 n. 1305, avrebbe preso ad adottare in questo settore una linea di politica del diritto che garantiva il rispetto dei livelli retributivi minimi previsti dalla contrattazione collettiva, senza incorrere in violazione dello stesso art. 39 Cost.

⁴⁸ Cfr. MANCINI, *op. cit.*, p. 542 ss. Con la sentenza C. Cost. 19 giugno 1998 n. 226, in www.cortecostituzionale.it, la Consulta ha esteso l'ambito di applicazione della norma, testualmente circoscritto al settore dei lavori pubblici, anche alle concessioni di servizi.

⁴⁹ Per un'ampia rassegna delle norme settoriali v. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, p. 134 ss. Come ricorda l'A., il primo esempio rilevante di clausola sociale si rinviene addirittura nell'art. 357, l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F sui lavori pubblici.

⁵⁰ Così, per esempio, la normativa di ausilio finanziario alle imprese negli anni settanta (tra gli altri, l. 12 agosto 1977 n. 675, art. 9). Analogamente, i provvedimenti legislativi di liberalizzazione dei servizi pubblici degli anni novanta hanno previsto forme di protezione sociale dei lavoratori coinvolti (nel settore trasporto pubblico locale, d.lgs. 19 novembre 1997 n. 422,

Il processo di integrazione europea, la forza espansiva dell'armonizzazione funzionalista, e la messa al bando di "qualsiasi restrizione indistintamente applicabile" alla libera circolazione dei fattori produttivi nel mercato unico⁵¹, hanno ridimensionato la capacità regolativa degli ordinamenti statuali, specie nei settori sottoposti al processo di liberalizzazione; per l'effetto è suonato un *early warning* anche nei confronti delle clausole sociali, per il potenziale conflitto con il principio dello Stato d'origine, che, in sostanza, dovrebbe informare la circolazione transazionale dei servizi.

Per tale ragione, è utile approfondire il tema della compatibilità con l'ordinamento dell'UE delle tecniche di tutela dei lavoratori impiegati in regime di "esternalizzazione", adoperando il paradigma dell'appalto per testare il formante giurisprudenziale e la cornice di norme e principi: ciò, essenzialmente, perché si tratta della forma di *outsourcing* di servizi pubblici (in senso "atecnico") largamente prevalente⁵². A tal fine, nel prosieguo si esaminerà il funzionamento delle clausole sociali negli avvicendamenti delle attività affidate "all'esterno", proponendo una classificazione delle stesse basata sulla distinzione in due categorie, in relazione alla diversa funzione cui concretamente assolvono: seguendo questo criterio, appartengono a un primo tipo quelle che perseguono finalità di tutela dell'occupazione, in termini di salvaguardia dei lavoratori già impiegati in una certa attività economica ("clausole di assorbimento"), ovvero di promozione dell'assunzione di lavoratori inoccupati ("clausole promozionali"); fanno parte del secondo tipo le misure che si prefiggono di tutelare gli *standards* di lavoro, attraverso l'imposizione di specifici trattamenti economici e/o normativi, privi *ex se* di efficacia *erga omnes* ("*labour standards clauses*")⁵³. Specificamente, si analizzerà

art. 19; nel settore dei servizi aeroportuali, il d.lgs. 13 gennaio 1999 n. 18; nel settore dell'energia elettrica, d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79, art. 8).

⁵¹ Secondo la richiamata "formula Sager".

⁵² E sul quale insistono un numero cospicuo di norme e pronunciamenti delle autorità giurisdizionali e amministrative. Un rapporto Istat del 2003 metteva in evidenza che in Italia, già allora, nel settore dei servizi ivi definiti "interni" (vigilanza, sicurezza, manutenzione ecc.) la percentuale (del campione) di enti e amministrazioni che avevano adottato politiche di esternalizzazione era in media superiore al 70%; nel settore dei servizi informativi e informatici del 90%; e in quello dei servizi c.d. "finali" (rifiuti, socio-assistenziali, a rilevanza economica in generale) del 40% (v. Istat, *Statistiche delle amministrazioni pubbliche*, in www.istat.it/dati/catalogo/20070227_01, 2003, in www.istat.it).

⁵³ In dottrina è frequente e diffusa la distinzione tra clausole "di prima generazione" (quelle sui trattamenti) e clausole "di seconda generazione" (quelle occupazionali). Così, da ultimo, ORLANDINI, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, FrancoAngeli, 2013, p. 162.

l'interazione tra diritto eurounitario e “clausole sociali occupazionali”, con brevi accenni al tema della compatibilità delle clausole del secondo tipo, per la cui più ampia trattazione sia consentito rinviare a un precedente lavoro⁵⁴. Con l'avvertenza che tali misure non esauriscono comunque la dimensione “sociale” degli appalti pubblici⁵⁵.

Le considerazioni e le conclusioni che si rasseggeranno sullo statuto europeo delle clausole sociali, *mutatis mutandis*, potranno essere estese – per analogia, e con gli opportuni adattamenti – anche alle misure a effetto equipollente adoperate nelle diverse fattispecie traslative, caratterizzate anch'esse dalla dismissione della titolarità di attività e di funzioni da parte della pubblica amministrazione.

4. *Per una rilettura della compatibilità delle clausole di assorbimento del personale con l'ordinamento eurounitario*

Il pensiero ortodosso eurounitario utilizza essenzialmente il *leading case* *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*⁵⁶, in tema di liberalizzazione dei servizi di *handling* aeroportuale, per ricostruire la cornice di principi europei che neutralizzerebbero l'efficacia delle clausole di assorbimento negli appalti pubblici⁵⁷. In questa prospettiva, in sintesi, l'imposizione di oneri assunzionali ostacola il pieno dispiegarsi della libertà di circolazione dei servizi dal momento che – specie ai nuovi operatori – non consente di avvalersi appieno del costo del lavoro come fattore concorrenziale; ne consegue che sono potenzialmente illegittime tutte le disposizioni (di legge, dei contratti collet-

⁵⁴ MELI, *Procedure di affidamento dei contratti pubblici, obbligo di applicazione dei contratti collettivi e diritto comunitario: il caso Ruffert e la sindrome (italiana) dello struzzo*, in *LPA*, 2012, II, p. 570 ss.

⁵⁵ Su cui v. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le “clausole sociali” fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT* - 196/2014, p. 21 ss.

⁵⁶ C. Giust. 9 dicembre 2004, C-460/2002; conf. C. Giust. 14 luglio 2005, C-386/2003, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania*. In sostanza, la disciplina italiana e quella tedesca avevano previsto a carico delle imprese *new comers* nel mercato dei servizi di assistenza a terra di un aeroporto nazionale “l'onere di assumere alle proprie dipendenze il personale impiegato dal precedente gestore in misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita”. Sull'argomento v. PALLINI, *Il diritto del lavoro e libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali*, in *RGL*, 2006, II, p. 44.

⁵⁷ COSTANTINI, *op. cit.*

tivi, dei capitolati d'appalto) che stabiliscono una regola di continuità dei rapporti di lavoro in essere con il precedente gestore del servizio.

Pur tuttavia, è possibile porre in dubbio l'ineluttabilità di tale conclusione, sulla base di una rilettura del diritto positivo e della giurisprudenza europea.

Innanzitutto, l'idiosincrasia nei confronti delle clausole di assorbimento pone non trascurabili problemi di coerenza e logicità dell'ordinamento sovranazionale.

Non può sfuggire che le vicende traslative triangolari che caratterizzano la successione negli appalti pubblici, astrattamente, ricadano nel perimetro di applicazione della dir. 2001/23/CE del 12 marzo 2001 (relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese); e che, al contempo, vi sia affinità tra la funzione conservativa delle clausole di assorbimento e il principio di continuità su cui è costruito il meccanismo di tutela nelle operazioni di trasferimento d'azienda.

Peraltro, è noto che la Corte di Giustizia abbia ripetutamente riconosciuto che la successione in un appalto (di servizi) affidato da un committente pubblico possa rientrare nell'alveo della direttiva 2001/23⁵⁸ (sebbene il legislatore italiano abbia al riguardo introdotto una disposizione chiaramente contraria al diritto vivente europeo⁵⁹).

Tant'è che, in passato, la dottrina, sulla scorta delle soluzioni adottate dalla Corte di Giustizia in fattispecie relative a grandi operazioni di esternalizzazione delle pubbliche amministrazioni⁶⁰, ha efficacemente osservato che la disciplina del trasferimento d'azienda "*si candida sempre più a costituire una sorta di statuto minimo dei diritti dei lavoratori coinvolti in processi di esternalizzazione, garantendo in molti casi il mantenimento delle tutele godute dai lavoratori presso il (pre)cedente datore di lavoro pubblico*"⁶¹.

⁵⁸ Cfr. C. Giust. 25 gennaio 2001, C-172/99, *Oy Likenne Ab. c. Pekka Liskjarvi e Pentti Juntenen*; C. Giust. 10 dicembre 1998, C-247/96, *Horst Ziemann c. Ziemann Sicherheit GmbH e Horst Bohn Sicherheitsdienst*; C. Giust. 10 dicembre 1998, C-173/96, *Francisca Sánchez Hidalgo e a. c. Asociación de Servicios Aser e Sociedad Cooperativa Minerva*.

⁵⁹ Il riferimento è al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, art. 29.

⁶⁰ Tra gli altri, C. Giust. 6 novembre 2003, C-4/01, *Serene Martin, Rohit Daby e Brian Willis c. South Bank University*; C. Giust. 14 settembre 2000, C-343/98, *Renato Collino e Luisella Chiappero c. Telecom Italia s.p.a.* Le pronunce riguardano, rispettivamente, la privatizzazione britannica di servizi precedentemente svolti *in house* dal *National Health Service* e la privatizzazione italiana del settore dei servizi telefonici.

⁶¹ LO FARO, *Le Direttive in materia di crisi e ristrutturazione di impresa*, in SCIARRA, CARUSO, *op. cit.*, p. 439.

Secondo la prospettiva degli epigoni della giurisprudenza di *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana* del 2002 la tutela della continuità dei rapporti di lavoro pare essere concepita, esclusivamente, proprio entro i confini della nozione comunitaria di trasferimento d'azienda; con conseguente incompatibilità delle soluzioni nazionali che estendono (ovvero, generalizzano) il meccanismo di passaggio degli addetti all'attività economica che si trasferisce.

Volendo trarre appieno le implicazioni di tale esegesi, che pregiudizialmente mette al bando le clausole di assorbimento, si rischia di provocare un corto circuito: allorché la manodopera costituisca il fattore di produzione principale dell'attività economica organizzata che si trasferisce (*rectius*, "esternalizza"), il passaggio di tale *asset*, secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia⁶², può divenire condizione determinante ai fini dell'integrazione della fattispecie di trasferimento d'azienda, con la conseguente applicazione del relativo sistema di tutele; ma se negli appalti pubblici le clausole (di legge, di contratto collettivo o della *lex specialis* della procedura di aggiudicazione) che stabiliscono il passaggio del fattore lavoro sono *a priori* illegittime, va da sé che la condizione in questione rischia di divenire concretamente impossibile. Per tale via, l'inclusione delle vicende traslative dei servizi pubblici nell'alveo della direttiva 2001/23⁶³ finisce per obliterare i poteri regolativi delle pubbliche amministrazioni nelle operazioni di esternalizzazione, "imprigionati" in una irrazionale logica circolare. Detto altrimenti, la nozione di azienda trasferita, faticosamente assestata sul binomio continuazione dell'attività/conservazione dell'identità, nel caso di attività c.d. *labour intensive* (che costituiscono l'*hard core* dei processi di esternalizzazione delle pp.aa.), difficilmente potrà essere integrata se il passaggio del fattore lavoro non può essere legittimamente previsto tra le condizioni di affidamento dei contratti pubblici; con l'effetto di neutralizzare a monte lo statuto europeo dei lavoratori "trasferiti", ridotto a mera ipotesi di scuola⁶⁴.

⁶² *Ex aliis*, Trib. UE 9 settembre 2009, T-437/05, *Brink's Security Luxembourg SA c. Commissione delle Comunità europee*; C. Giust. 24 gennaio 2002, C-51/00, *Temco Service Industries SA c. Samir Imzilyen e altri*; C. Giust. 11 marzo 1997, C-13/95, *Suzen*.

⁶³ Ai sensi dell'art. 1, par. 1, lett. c.

⁶⁴ Per il resto, rispetto ai servizi "promiscui", in cui il fattore lavoro sia soltanto uno degli *asset* dell'azienda, è plausibile che l'ipotetica incompatibilità della clausole di assorbimento sia comunque sopravanzata dal trasferimento degli altri fattori (committente/utenti, metodi di produzione, attrezzature), con conseguente applicazione della regola di continuità ai sensi della dir.

Diversamente, una riabilitazione delle clausole di assorbimento, fatto salvo il doveroso *test* di proporzionalità, consente di restituire logicità e coerenza all'ordinamento multilivello, nella misura in cui permette di contemperare effettivamente, caso per caso, gli obiettivi sociali declinati dal diritto primario, e le finalità sociali perseguite dal diritto derivato⁶⁵, con le libertà economiche.

Al riguardo, vengono in soccorso elementi di carattere generale, nonché argomenti di carattere specifico.

Sotto il primo profilo, oltre alla rinvigorita dimensione sociale dei Trattati, occorre rammentare che la Corte di Giustizia ha tradizionalmente arruolato la tutela dei lavoratori tra le "ragioni imperative di interesse generale", astrattamente abilitate a limitare le libertà economiche⁶⁶.

È altresì indiscutibile che il principio di "insensibilità" dei rapporti di lavoro rispetto alle operazioni di avvicendamento nella titolarità di un'attività economica, per tramite delle direttive sul trasferimento d'azienda, sia entrato a far parte dell'*acquis communautaire* sin dagli anni settanta; ragion per cui, non potrebbe dubitarsi che le misure sociali nazionali che – in via complementare o sussidiaria – concorrono ad assicurare l'effetto di continuità del fattore lavoro, e gli obiettivi di protezione indicati dal diritto derivato⁶⁷, possano risultare compatibili con il diritto dell'UE. D'altronde, proprio nella direttiva 2001/23 è contenuta una clausola di *favor* (art. 8), che consente agli Stati membri di "applicare o di introdurre disposizioni [...] più favorevoli ai lavoratori": ebbene, non v'è ragione per escludere che l'ampliamento della nozione di trasferimento d'azienda, anche attraverso l'utilizzo di clausole di assorbimento, possa costituire proprio una legittima modalità di applicazione "di disposizioni più favorevoli"⁶⁸.

2001/23. Sul punto cfr. C. Giust. 15 dicembre 2005, C-232/04 e C-233/04, *Nurten Güney-Görres, Gul Demir c. Securicor Aviation (Germany) Ltd, Kotter Aviation Security GmbH & Co. KG*; C. Giust. 20 novembre 2003, C-340/2001, *Carlito Abler e a. c. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*.

⁶⁵ Cfr. D'ANTONA, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione Europea*, in CARUSO, SCIARRA, Massimo D'Antona. *Opere*, Giuffrè, 2000, I, p. 331; LO FARO, *op. ult. cit.*, p. 395.

⁶⁶ C. Giust. 25 ottobre 2001, C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*; C. Giust. 15 marzo 2001, C-165/98, *Mazzoleni*; C. Giust. 23 novembre 1999, C-369/96 e C-376/96, *Arblade*; C. Giust. 12 dicembre 1996, C-3/95, *Guiot*; C. Giust. 27 marzo 1990, C-113/89, *Seco e Desquenne & Giral*; C. Giust. 3 febbraio 1982, C-62/81 e C-63/81, *Webb*.

⁶⁷ Cfr. dir. 2001/23, cons. 3.

⁶⁸ In termini, CARABELLI, LECCESE, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le*

Una conferma in tal senso viene dai principi enucleati dalla Corte di Giustizia in un recente arresto⁶⁹, in cui, in sede di interpretazione pregiudiziale della direttiva 2001/23, i giudici lussemburghesi, richiamando proprio il contenuto del ridetto art. 8, hanno chiarito che la circostanza che una fattispecie traslativa non integri i presupposti del trasferimento d'azienda non osta a che un Stato membro garantisca comunque il mantenimento dei diritti dei lavoratori dopo il cambiamento dell'imprenditore⁷⁰: “*la direttiva summenzionata è intesa soltanto ad un'armonizzazione parziale della materia in oggetto, e non mira ad instaurare un livello di tutela uniforme per tutta l'Unione secondo criteri comuni, bensì a garantire che il lavoratore interessato sia tutelato, nei suoi rapporti con il cessionario, allo stesso modo in cui lo era nei suoi rapporti con il cedente, in forza delle norme giuridiche dello Stato membro interessato*”⁷¹.

Passando poi nello specifico all'analisi del presunto valore “sistemico” della sentenza 460/02, giova far rilevare che il percorso argomentativo ivi seguito pare invero essere stato condizionato dagli specifici parametri del giudizio di conformità: si è trattato di valutare la compatibilità del diritto italiano con le finalità della direttiva 96/67/CE del 15 ottobre 1996, ossia – in primo luogo – “*l'apertura dei mercati interessati*” e “*la creazione delle condizioni adeguate in vista di una concorrenza intracomunitaria*”; e, a differenza della casistica richiamata in precedenza, nella fattispecie la ponderazione dei valori in conflitto era già stata effettuata a monte del legislatore europeo, con una precisa opzione in ordine alla gerarchizzazione degli interessi.

Per questa ragione, in carenza di diritto derivato, prendendo sul serio il catalogo dei valori primari dell'integrazione eurolunitaria, e superando l'approccio minimalista secondo cui la direttiva 2001/23 avrebbe già fissato il limite massimo di “flessibilità sociale” dell'ordinamento dell'UE, l'esito censorio non potrebbe essere scontato.

Piuttosto, il principio di continuità dei rapporti di lavoro viene assorbito nella dimensione procedurale del giudizio di proporzionalità. Si tratta di un modello “riflessivo”, in cui il controllo diffuso di proporzionalità delle misure di tutela deve ritenersi governato dall'opzione politica raffigurata nei Trattati

clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .INT – 35/2005, p. 42 ss.

⁶⁹ C. Giust. 6 marzo 2014, C-458/12, *Armatori e a. c. Telecom Italia s.p.a. e a.*

⁷⁰ Cfr. parr. 37-40.

⁷¹ Par. 41. Per un'applicazione (non lineare) dei principi affermati in tale pronuncia del Giudice europeo v. Cass. 29 maggio 2014 n. 12103, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

europei⁷², ove la simmetria istituzionale degli interessi in gioco fa assumere alla tecnica del bilanciamento un tratto accentuatamente "matematico"⁷³, giacché il giudizio finisce per essere attratto nell'alveo della valutazione – quantitativa, pragmatica e casistica – di *market impact*⁷⁴. Tale metodo richiederebbe però – a monte, da parte dei *decision makers* e, a valle, da parte delle Corti – una maggiore consapevolezza della funzione regolativa del *balancing test* e, pertanto, un livello più elevato di approfondimento scientifico, nonché un maggiore rigore motivazionale rispetto a quelli in uso; sì da facilitare le pratiche conformative, la prevedibilità delle decisioni, il controllo diffuso e la verifica della coerenza nel tempo delle soluzioni.

5. Diritto europeo degli appalti e clausole sociali

I documenti e gli atti legislativi europei in materia di appalti pubblici, se interpretati in termini globali e sistematici, rivelano un *climax* sociale, che fa *pendant* con l'evoluzione della dimensione sociale nel diritto primario dell'UE, e assume valore esegetico nell'economia del giudizio di compatibilità delle clausole in commento. Sebbene non possa negarsi che la metabolizzazione degli obiettivi sociali nel diritto degli appalti avvenga per piccoli passi e faccia registrare alcune battute d'arresto.

Già nella comunicazione interpretativa (sul diritto comunitario degli appalti pubblici e le possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici) della Commissione UE del 15 ottobre 2001 si affermava che:

- "Obiettivi sociali possono essere perseguiti attraverso l'applicazione di clausole contrattuali o di 'condizioni di esecuzione dell'appalto', nei limiti in cui tale applica-

⁷² Sulla natura marcatamente politica del metodo del bilanciamento, cfr. MORRONE, *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *ED*, 2008, II, pp. 185-204.

⁷³ In tal senso, sulla scorta delle riflessioni di SARTOR, *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, pp. 331-374, potrebbe essere utile approfondire l'applicabilità di un modello di ragionamento "teleologico", che si basi sull'idea che la proporzionalità possa essere governata da norme "di valore", e consista nella valutazione dell'impatto sui valori rilevanti in gioco; valutazione che può essere considerata un ragionamento di tipo "quantitativo", anche quando non siamo in grado di assegnare simboli numerici alle magnitudini considerate. In questa prospettiva il bilanciamento dipende da relazioni e formule aritmetiche, nel presupposto che le utilità differenziali dell'impatto sui diversi interessi in gioco siano matematicamente confrontabili.

⁷⁴ Su cui v. *infra* § 8.

zione venga effettuata nel rispetto del diritto comunitario e, in particolare, la stessa non abbia un'incidenza discriminatoria, diretta o indiretta nei confronti degli offerenti di altri Stati membri" (p. 16);

- "Tra le esigenze imperative giustificate dall'interesse generale già riconosciute dalla Corte rientrano, in particolare, la tutela dei lavoratori [...]" (p. 21);

- "L'eventualità che un'impresa, a seguito della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, rilevi alcune attività esercitate fino a quel momento da un'altra impresa, potrebbe rientrare nel campo di applicazione della direttiva in materia di "trasferimento d'impres". Tale trasferimento potrebbe, infatti, avvenire in relazione all'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico, ad un processo di privatizzazione di un settore con trasferimento di un ente sotto forma di regime di concessione amministrativa o in seguito ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, ad esempio un appalto di servizi" (p. 23).

Pur tuttavia, la direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 (relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici) si limitava a recepire il principio generale secondo cui: "Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali" (art. 26)⁷⁵.

Successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Commissione ha implementato il rapporto tra obiettivi sociali e procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici:

- nel 2010, con l'atto denominato "Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici", che contiene indicazioni e chiarimenti per le stazioni appaltanti, ed è informato al principio secondo cui: "Uno dei principali vantaggi degli appalti pubblici socialmente responsabili risiede, come già visto, nel fatto che possono essere utilizzati dalle autorità pubbliche per promuovere il modello sociale europeo". In questa prospettiva, quindi, gli appalti pubblici assurgono esplicitamente a strumenti per l'affermazione della dimensione sociale;

- nel 2011, con il "Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici" ove, tra l'altro, richiamando l'art. 9 Tfeue, si sofferma sull'"uso strategico degli appalti pubblici in risposta alle nuove sfide"; e a tal fine sollecita le amministrazioni aggiudicatrici a sfruttare "il proprio potere di acquisto per appaltare beni e servizi a maggiore valenza "sociale" per favorire l'innovazione, rispettare l'ambiente e lottare contro i cambiamenti climatici, riducendo il consumo energetico, aumentando l'occupazione, migliorando la salute pubblica e le

⁷⁵ Cfr. cons. n. 33.

condizioni sociali, e promuovendo l'uguaglianza e l'inclusione dei gruppi svantaggiati".

Da ultimo, il 26 febbraio 2014 è stata approvata la nuova direttiva appalti 2014/24/UE che, dichiaratamente, aggiorna la precedente normativa anche al fine di permettere ai committenti di fare un uso migliore degli appalti per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale⁷⁶:

- il considerando n. 37 prevede che, in vista di un'adeguata integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro, è particolarmente importante che gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure pertinenti per garantire pure il rispetto degli obblighi in materia sociale; tali misure possono trovare riscontro in clausole contrattuali (cons. n. 39);

- i considerando nn. 97-99 forniscono indicazioni in merito agli aspetti sociali. Rispetto alla previgente direttiva (e, in particolare, al cons. n. 33 della stessa) si registra una maggiore articolazione delle "considerazioni sociali", e, soprattutto, la novità della possibilità di introdurre tali profili, non soltanto nell'ambito delle condizioni di esecuzione, ma altresì tra i criteri di aggiudicazione (conformemente a quanto contemplato altresì dal successivo art. 67, par. 2);

- l'art. 18, par. 2, prescrive che: "*Gli Stati membri adottano misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione di appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro elencate nell'allegato X*";

- l'art. 69, par. 3, prevede che: "*L'amministrazione aggiudicatrice respinge l'offerta se ha accertato che l'offerta è anormalmente bassa in quanto non rispetta gli obblighi applicabili di cui all'articolo 18, paragrafo 2*";

- l'art. 70 ricalca l'art. 26 della direttiva del 2004 sulle condizioni di esecuzione. Tuttavia, viene meno l'espresso richiamo alla necessaria compatibilità con il diritto comunitario; e tra le condizioni indicate compare un riferimento alle considerazioni relative all'occupazione.

Non v'è dubbio che il lessico sociale degli atti comunitari richiamati sia prudente e sommario. D'altra parte, la bocciatura di taluni emendamenti alla proposta della Commissione sulla nuova direttiva appalti, presentati dalla

⁷⁶ In particolare, v. cons. n. 3.

Confederazione Europea dei Sindacati (Ces)⁷⁷, conferma l'ineluttabilità del metodo del compromesso.

Pur tuttavia, appare eccessivamente cauto affermare che tale approccio – considerato unitamente alle clausole “di salvaguardia”, che ammoniscono sulla necessaria conformità al diritto dell'UE delle misure sociali, e che sono disseminate nei testi dei provvedimenti delle Istituzioni europee – confermi la trascurabile capacità regolativa degli appalti. In questa prospettiva il diritto eurounitario viene sostanzialmente ridotto ai menzionati precedenti *Ruffert* e *Commissione c. Italia*, con l'effetto di minimizzare la portata delle disposizioni sociali delle direttive⁷⁸.

A tale impostazione può opporsi che il *mainframe* dell'ordinamento europeo deve essere aggiornato, tenendo conto del riequilibrio, a livello di diritto primario, del rapporto tra libertà economiche e obiettivi sociali. Per di più, come visto, il diritto derivato e gli atti non legislativi sugli appalti fanno registrare una progressiva insinuazione della funzionalizzazione sociale dei contratti pubblici, e un'operazione di *soft-enforcement* nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici: in tale contesto, la centralità assoluta di *Ruffert* e *Commissione c. Italia* deve essere ripensata. D'altronde, da un lato, è la stessa Commissione a precisare che *Ruffert* non compromette le possibilità offerte dalle direttive di tenere conto degli aspetti sociali⁷⁹; e, d'altra parte, dando per conosciuti i contenuti di tale sentenza, è inequivocabile che la Corte di Giustizia ivi non contesti la clausola sociale in sé, quanto piuttosto l'ambito di applicazione del contratto collettivo che la contiene, finendo per “esasperare” la tutela antidiscriminatoria⁸⁰. Dall'altro lato, a conferma della singolarità della fattispecie vagliata nel caso *Commissione c. Italia*, vale la pena far osservare che nel precedente *Oy Liikenne* del 25 gennaio 2001⁸¹ la stessa Corte di Giustizia sembra, invece, aver legittimato indirettamente la funzione delle clau-

⁷⁷ Soprattutto, quello che introduceva espressamente l'obbligo di rispettare “i contratti collettivi vigenti nel luogo di prestazione del lavoro, del servizio o della fornitura, quale condizione di aggiudicazione degli appalti”; e quello che integrava l'elenco delle Convenzioni OIL dell'allegato XI con la Convenzione n. 94/1949 sulle clausole sociali (che, in sintesi, impegna gli Stati aderenti a garantire l'applicazione dei contratti collettivi nell'ambito dei pubblici appalti).

⁷⁸ ORLANDINI, *op. ult. cit.*, p. 161 ss.

⁷⁹ COMM. UE, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, 2010, p. 46.

⁸⁰ Cfr. BRINO, *Gli equilibrismi della Corte di Giustizia: il caso Ruffert*, in *RIDL*, 2008, II, pp. 481 ss.

⁸¹ V. nt. 58.

sole di riassunzione nel caso di successione negli appalti⁸² (e analogamente nel caso *Temco*⁸³); ciò, peraltro, negando contestualmente che l'onere in commento violi il principio di concorrenza, purché le condizioni di esecuzione siano chiare e trasparenti⁸⁴. In ogni caso, sempre sul piano della concorrenza, (quantomeno) le clausole sociali di fonte contrattuale dovrebbero godere dell'immunità accordata da *Albany*⁸⁵ alla contrattazione collettiva, nella misura in cui esse partecipano evidentemente alla funzione tipica di "miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro"⁸⁶.

Per inciso, sebbene dal tenore della dir. 2004/18, e in particolare dal considerando n. 99, possa trarsi una particolare ed esplicita considerazione per le finalità di "lotta alla disoccupazione", non pare che tale circostanza – a contrario – possa giustificare l'ipotetica pretesa di esiliare gli eventuali obiettivi di protezione dei lavoratori già impiegati nell'appalto, in quanto diversamente "innominati". A riprova di ciò, si segnala che nel testo della nuova direttiva appalti la natura non tassativa delle finalità a carattere socio-occupazionale, indicate come ipoteticamente perseguibili nei considerando, è confermata da una formulazione più chiaramente di tipo esemplificativo rispetto alla precedente ("Per esempio, tali criteri o condizioni, potrebbero riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata [...]").

⁸² "[...] L'operatore che presenta un'offerta deve anche essere in grado di valutare se, qualora quest'ultima abbia successo, avrà interesse a riacquistare dall'attuale appaltatore significativi elementi patrimoniali ed a riprendere tutto o parte del suo personale o se sarà obbligato a farlo e se, all'occorrenza, si troverà in una situazione di trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva 77/187" (par. 23). Conf., incidentalmente, *Hidalgo*, cit., nt. 58, par. 27.

⁸³ Cfr. par. 27.

⁸⁴ Par. 24. Sulla nozione di concorrenza v. COSTANTINI, *op. cit.*, p. 9 ss.

⁸⁵ C. Giust. 21 settembre 1999, C-67/96, *Albany International BV / Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*.

⁸⁶ In termini, AIMO, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in *LD*, 2007, p. 432. *Contra*, ORLANDINI, *op. ult. cit.*, pp. 167-168. Nel nostro ordinamento, dopo la sentenza C. Giust. 460/2002, la nuova disciplina dei servizi aeroportuali, come modificata da ultimo dalla l. 28 maggio 2007 n. 13, art. 23, condiziona l'accesso al mercato all'applicazione del contratto collettivo di settore, che prevede proprio l'obbligo di riassunzione del personale dipendente del gestore uscente (ccnl del 22 giugno 2005, all. 2). Per tale ragione, in dottrina c'è chi sostiene la perdurante illegittimità della disciplina (tra gli altri, COSTANTINI, *op. cit.*, p. 252).

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 Author 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 Author develops a social-oriented theory, appraising the strength of EU legal framework: thus, the expected conflict with fundamental 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.