

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTT. GIUSEPPE MELI

**ESTERNALIZZAZIONI DELLE PUBBLICHE
AMMINISTRAZIONI.
QUESTIONI DI DIRITTO DEL LAVORO**

—————
TESI DI DOTTORATO
—————

TUTOR

CHIAR.MO. PROF. BRUNO SEBASTIANO CARUSO

**DOTTORATO DI RICERCA IN TEORIA E PRASSI DELLA
REGOLAZIONE SOCIALE NELL'U.E. - XXVI CICLO**

INDICE

Introduzione.

- §1. Oggetto, finalità e metodo. Iniziando dalle conclusioni. 4
- §2. Lo statuto sociale dell'integrazione europea. Il teorema della *social performance*. 17

Capitolo I

Il diritto del lavoro nei processi di esternalizzazione. Le "clausole sociali" come paradigma della narrazione giuslavorista nel terzo millennio.

- §1. Premesse. 24
- §2. Per una rilettura della compatibilità delle clausole di assorbimento del personale con l'ordinamento eurounitario. 28
- §3. Diritto europeo degli appalti e clausole sociali. 35
- §4. Imponibile di manodopera nell'ordinamento italiano. Nessuno (Stato) è un'isola? 42
- §5. Brevi cenni sulle clausole sociali occupazionali. 56
- §6. *Labour standards clauses*. Art. 36 st. lav. e art. 118 del codice dei contratti pubblici *vs.* diritto dell'UE: una sentenza *Ruffert* per l'ordinamento italiano? 60
- §7. Riflessioni conclusive. 71

Capitolo II

La somministrazione di lavoro: uno strumento di *fair outsourcing*?

- §1. Il cubo di *Rubik*. Breve cronistoria dell'interposizione di manodopera nell'ordinamento italiano 83
- §2. La polvere sotto il tappeto. La direttiva 2008/104/CE e il decreto Poletti. 95
- §3. Il lavoro mediante agenzia nel settore pubblico. Un'epifania sulla flessibilità organizzativa? 103

§4. Appalto <i>vs.</i> somministrazione. Un'ipotesi per un' <i>actio finium regundorum</i> .	110
Capitolo III	
Il sintagma che non esiste: le società pubbliche.	
§1. Impresa pubblica, capitalismo municipale ed esternalizzazioni oggettive nell'ordinamento italiano.	127
§2. Il <i>j'accuse</i> alle società pubbliche. Misure di contenimento della spesa di personale: il <i>leading-case</i> delle società partecipate dagli enti locali.	136
§3. Ibridazione, specialità e questioni di diritto del lavoro. La disciplina "speciale" del reclutamento.	148
§4. (<i>Segue</i>) Mobilità ed eccedenze di personale.	154
§5. Pubblici, privati e ancora pubblici. "Societarizzazioni" e passaggio di personale.	159
§6. Riflessioni a margine. Statuto "del non detto" e codatorialità "occulta".	166
Bibliografia.	177

Introduzione.

§1. Oggetto, finalità e metodo. Iniziando dalle conclusioni. §2. Lo statuto sociale dell'integrazione europea. Il teorema della *social performance*.

1. Oggetto, finalità e metodo. Iniziando dalle conclusioni¹.

Una delle soluzioni del paradosso della felicità di Easterlin può essere la risposta alla crisi di identità dell'UE²: 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 comunitaria, anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che - come ampiamente illustrato nella letteratura giuslavoristica³ - ha rafforzato le finalità sociali dell'UE e ha "costituzionalizzato" un ampio catalogo di diritti fondamentali.

In questo senso, come si proverà a illustrare nel prosieguo del lavoro, 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

¹ Ove non diversamente specificato, le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, e in genere gli atti delle Istituzioni europee; le sentenze dei Tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato; le sentenze e i pareri della Corte dei Conti, che verranno citate nel testo, potranno essere consultate on-line, rispettivamente, in: www.curia.europa.eu; www.giustizia-amministrativa.it; www.corteconti.it.

² 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 R. *Does economic growth improve human lot? Some empirical evidence*, in *Nation and Households in economic growth: Essays in honor of Moses Abramowitz*, Davis P.A. e Reder M.W. (a cura di), Academic Press, New York e London, 1974). Le riflessioni di Easterlin sono state utilizzate per sviluppare una critica all'ordine economico del mercato globale focalizzato sulla crescita dell'indice PIL e, precedentemente, per implementare gli studi di economia del benessere attraverso l'analisi dei c.d. beni relazionali (v. anche Scitovsky T., *The Joyless Economy: An Inquiry into Human Satisfaction and Consumer Dissatisfaction*, Oxford University Press, 1976, recensione all'edizione italiana (Ed. Città Nuova, 2007), a cura di Reggiani T., in *Aggiornamenti sociali*, 1, 2008, 69-71). Invero, i concetti furono già approfonditi da Aristotele nel IV sec. a.c., in particolare nell'*Etica Nicomachea*.

³ Tra gli altri, cfr. Caruso B. - Alaimo A., *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT, 82/2010.

della massimizzazione delle utilità strumentali: è noto che le declinazioni politiche della dottrina del *new public management*⁴, 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 appalti. Ciò è avvenuto in modo disorganico, trascurando i problemi di razionalità giuridica e di impatto sociale. Da qui si tratta di partire per analizzare gli epifenomeni lavoristici dell'*outsourcing*, che si prestano altresì a essere osservati come *benchmarks* del modello di *welfare*.

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; in ossequio alla dottrina della *nouvelle gestion publique*, si aspira ad aumentare il prodotto diminuendo i costi. In primo luogo, funzioni e servizi possono essere esternalizzati passando dal *make* al *buy*: si tratta di acquistare sul mercato beni che in precedenza venivano auto-prodotti dalle articolazioni organizzative della p.a.; ciò, essenzialmente, mediante il ricorso agli strumenti contrattuali dell'appalto, della concessione e della somministrazione di lavoro. Alternativamente, l'affidamento "all'esterno" di attività d'interesse pubblico

⁴ L'espressione venne coniata da Hood C., *A public management for all seasons?*, in *Public Administration*, 69 (spring), 1991, 3-19. Sul tema v. anche Hood C. - Peters, G., *The Middle Aging of New Public Management: Into the Age of Paradox?*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2004, 14. Tra gli interventi più interessanti in merito, v. Entwistle T. - Marinetto M. - Ashworth R., *New Labour, the new public management and changin forms of human resource managment*, in *Int. Jour. Hum. Resource Managment*, 2007, 18, 9. Cfr. Cassese S., *Presentazione*, in *Modernizzare l'Amministrazione pubblica. Il libro Bianco del Regno Unito*, Seminari, Spisa, Bologna, Clueb, 2000, 7). Da una prospettiva laburista v. anche Chieco P., *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in *Il lavoro pubblico in Italia*, Carabelli U. - Carinci M.T. (a cura di), Cacucci Editore, Bari, 2010, 265 ss.

può avvenire trasferendo la titolarità delle stesse in capo a operatori economici privati (privatizzazione). Al riguardo, la dottrina giuspubblicistica distingue l'ipotesi di mera trasformazione dell'ente pubblico in soggetto di diritto privato, quale forma organizzativa della pubblica amministrazione, che conserva il controllo azionario (privatizzazione "formale" o "fredda"); dalle privatizzazioni "sostanziali", ove, invece, si verifica l'effettivo trasferimento del rischio d'impresa in capo a un operatore economico privato, non sottoposto al controllo e/o all'influenza dominante della pubblica amministrazione⁵.

Tali strategie producono un effetto di "de-pubblicizzazione" delle regole di *governance* e di azione, che passano dal diritto amministrativo al diritto privato. Al contempo, rappresentano uno strumento di "flessibilizzazione" del fattore lavoro, che si realizza attraverso l'imputazione "all'esterno" dei rapporti; e che determina una modificazione dello statuto degli stessi, oltre a una riduzione del perimetro del pubblico impiego. Si tratta di trasformazioni che sollecitano la narrazione laburista a interrogarsi sull'*outcome* sociale del paradigma efficientista; nonché - a monte - sugli effetti dell'*outsourcing* sulle tecniche di tutela e sulle categorie del diritto del lavoro.

In sede di prima approssimazione, e a livello "epidermico", appare necessario fissare alcune premesse:

- a) la capacità di "penetrazione" dei postulati neoliberali, veicolati dalle Istituzioni economiche internazionali, è riuscita - per lungo tempo - a imporre un approccio "deregolativo" al tema della riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni;
- b) la forza pervasiva della costituzione economica europea, attraverso i principi di diritto enunciati dalla Corte di Giustizia in alcuni noti *leading cases*⁶, ha

⁵ Sul punto, *amplius*, cap. III.

⁶ In particolare, CGUE, sentenze 25.07.1991, C-76/90, *Manfred Sager c. Dennemeyer & Co. Ltd.* Più recentemente, Id., 11.12.2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*; Id. 18.12.2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd / Svenska*

contestualmente indebolito le tecniche di protezione sociale dei lavoratori “esternalizzati”, per pretesa incompatibilità con le libertà economiche⁷;

- c) sul piano interno, le “convulsioni” del legislatore (a corrente alternata⁸), 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”⁹, a ridimensionare le operazioni di *outsourcing* mediante affidamenti a società di capitali a partecipazione pubblica, alla luce dei risultati operativi e finanziari negativi di molti di tali organismi¹⁰ (sostanzialmente a carico dell’erario¹¹). 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

Byggnadsarbetareförbundet e a.; Id. 3.04.2008, C-346/06, *Dirk Rüffert c. Land Niedersachsen*; Id. 19.06.2008, C-319/06, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato del Lussemburgo*. Si tratta del gruppo di decisioni che nella letteratura giuslavorista viene usualmente definito come “*Laval quartet*”.

⁷ Da qui, per esempio, il dubbio di conformità con il diritto eurounitario dell’art. 31, d.lgs. n. 165/2001. Come si approfondirà a seguire (v. *infra* § I.4 e § III.5), la norma definisce una disciplina generale di tutela dei lavoratori “esternalizzati” da parte delle pubbliche amministrazioni, che presenta “un’attitudine ad applicarsi a tutti i processi di privatizzazione o di esternalizzazione riguardanti funzioni o compiti della p.a.” (Chieco P., *op. cit.*, 271), mediante rinvio alla disciplina sul trasferimento d’azienda ex art. 2112 c.c.

⁸ Caruso B., *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 79/2008, efficacemente, ha usato la metafora del pendolo per descrivere la saga delle riforme del lavoro pubblico nell’ultimo decennio.

⁹ Per l’analisi delle questioni nominalistiche e classificatorie v. *infra* §III.1.

¹⁰ In merito, con specifico riguardo alle sole partecipazioni societarie degli enti territoriali, si segnala che la Corte dei Conti nel 2010 rilevava l’esistenza di 5.860 organismi partecipati da 5.928 enti (Comuni e Province), costituiti da 3.787 società e 2.073 organismi diversi; con altissime percentuali di società costantemente in perdita nel triennio 2005 - 2007 (e, dunque, ben lontane dagli obiettivi di efficienza in astratto perseguiti), specialmente nelle regioni meridionali (Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società ed altri organismi da parte di Comuni e Province*).

¹¹ Per una recente ricostruzione dello stato dell’arte del fenomeno delle partecipazioni societarie pubbliche, v. Bonura H., *Le partecipazioni locali. Limiti alle assunzioni/detenzioni ed effetti su bilancio e personale*, iFEL Fondazione ANCI, 2013. Per una risalente e autorevole analisi dell’attività imprenditoriale della pubblica amministrazione v. già Giannini M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, ora in *Id.*, *Scritti*, IV (1955-1962), Milano, 2004.

assunzionali di tali organismi societari¹². 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»¹³, 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”*¹⁴.

Il risultato finale di tali processi organizzativi 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”¹⁵, in via di fatto, sono state

¹² Da ultimo, v. commi 550 e ss., art. 1, legge di stabilità 2014 (l. 27.12.2013, n. 147); e artt. 4, c. 12-bis, 13, 23, d.l. 24.04.2014, n. 66.

¹³ La locuzione è mutuata dall’art. 3, c. 27, l. n. 244/2007 (legge finanziaria 2008), ove si prescrive che: «Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l’assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell’ambito dei rispettivi livelli di competenza».

¹⁴ C. Conti cit. nt. 10, 43.

¹⁵ Com’è noto, con la sentenza *Manfred Sager c. Dennemeyer & Co. Ltd.* del 25.07.1991 la Corte di Giustizia ha modificato il proprio approccio alla libera circolazione dei servizi, passando dalla tutela antidiscriminatoria alla censura delle restrizioni indistintamente applicabili anche alle imprese dello Stato membro ospitante, ponendo attenzione in tal guisa a tutte le misure interne capaci di impedire od ostacolare comunque l’accesso al mercato nazionale. Sull’importanza della sentenza *Sager* cfr., tra gli

contestualmente indebolite le difese immunitarie dei sistemi di *welfare* nazionali nei confronti delle ipotesi di abuso delle libertà economiche e delle pratiche di *dumping*¹⁶. 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 servizi¹⁷.

Senza esprimere alcun giudizio di valore sulle strategie economiche di *downsizing* di matrice neoliberale¹⁸, 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 fondamentali¹⁹. Va da sé che in tal guisa i processi di privatizzazione (formale e sostanziale) del mercato dei servizi pubblici²⁰ si possano prestare a

altri, Barnard C., *The substantive law of the Eu. The four freedoms*, in Oxford University Press, Oxford, 2007, 375 ss.

¹⁶ Il riferimento è, per esempio, all'utilizzo fraudolento delle vicende traslative per "occultare" drastiche strategie di riduzione del personale, con elusione delle norme in materia di eccedenze di personale nel pubblico impiego (cfr. art. 33-34, d.lgs. n. 165/2001), licenziamenti collettivi (cfr. art. 4 e ss., l. 223/1991), e più in generale del principio di (di ordine pubblico) di giustificazione del licenziamento; nonché alle pratiche di abuso della libertà di stabilimento per finalità di *dumping* sui trattamenti economici e normativi dei lavoratori impiegati negli appalti, sfruttando le "maglie larghe" della direttiva 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, come nel caso *Viking*, cit. nt. 6.

¹⁷ Sulla funzione statutale di regolazione attraverso gli appalti pubblici cfr. Scarpelli F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in RGL, 2006, I, 753.

¹⁸ Sebbene, come ricorda anche Caruso, *op. cit.* nt. 8, 6, 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). Muovendo da una critica al paradigma *new public management* sono state proposte visioni diverse dell'amministrazione pubblica. Tra le altre è possibile citare il modello del "*new public service*", che pone particolarmente in evidenza come il rapporto tra poteri pubblici e cittadini non possa essere uguale al rapporto tra il mercato e i clienti; cfr. Denhardt R.B. - Vinzant Denhardt J., *The New Public Service: Serving Rather than Steering*, in *Public Administration Review*, 2000, 6, 549 ss.

¹⁹ In generale, per una riflessione sulle connessioni tra diritto del lavoro, crisi economica e politiche di austerità v. Lo Faro A., *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, in DLRI, 2014, 142, 581.

²⁰ L'espressione «servizio pubblico» è qui adoperata in senso "atecnico". Per un'analisi della nozione v. *infra* § III.1.

giustificare pratiche disinvolve 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 “deregolativa” dei principi di liberalizzazione del mercato unico. Con buona pace del valore (fine) della «parificazione nel progresso»²¹, che viene sostanzialmente accantonato, con notevoli ricadute sociali, in un settore che vale il 18% del prodotto interno lordo dell’Unione Europea²².

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 produttiva²³. 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 sistemi²⁴. In

²¹ Cfr. art. 151 TFUE.

²² Tale stima della spesa per gli appalti pubblici è della Commissione europea [COM(2011) 206, recante “L’Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia «Insieme per una nuova crescita»”].

²³ Cfr. Onida F., *Globalizzazione, standard sociali e del lavoro e ruolo dell’llo*, in *Il governo della globalizzazione*, su www.astrid-online.it. Senza, peraltro, voler scomodare a sostegno anche le teorie degli economisti keynesiani in merito al rapporto tra benessere sociale diffuso e sviluppo economico; tra cui, in prima fila, il premio Nobel J. 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 J., *The price of inequality*, Ed. Micheal Joseph, 2012).

²⁴ La “solidarietà produttivista” è stata una componente fondamentale delle socialdemocrazie nordeuropee. Sul tema dei cambiamenti del *welfare state* scandinavo cfr. Kvist J., Fritzell J., Hvinden B., Kangas O., *Changing Social Equality: The Nordic Welfare Model in the 21st Century*, in *The Policy Press*, Bristol, 2012.

sostanza, come ricorda Pessi: “gli studi sulla “regolazione”, diretti ad indagare le ragioni che portano a bilanciare “il fine dell’efficienza con gli obiettivi sociali che legislatori, partiti politici ed esperti ritengono appropriati” [...], evidenziano che l’aumento della regolazione nel diritto del lavoro, ben oltre gli standards minimi protettivi (“floor of rights”), sia stato utile insieme al processo sociale ed all’efficienza economica”²⁵.

Il “welfare-downgrading” appare ineluttabile se si accetta il punto di vista del conformismo esegetico che sminuisce la *social performance* dell’ordinamento comunitario; 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 Giustizia²⁶, 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 occupazionali²⁷. Come efficacemente 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

²⁵ Pessi R. *Persona e impresa nel diritto del lavoro*, in *Dritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell’Olio*, 2008, 4, che richiama l’opera Deakin S., Seegers G., Van Den Bergh R. (a cura di), *Law and economics in the labor market*, Elgar, Cheltenham, 1999.

²⁶ V. nt. 6.

²⁷ A ben vedere, segnali in tal senso possono trarsi anche dal Rapporto di Mario Monti alla Commissione europea del 9.05.2010 («Una nuova strategia per il mercato unico - Al servizio dell’economia e della società europea») che, tra l’altro, con riferimento ai precedenti *Laval*, *Viking*, *Ruffert* e *Commissione c. Granducato di Lussemburgo*, fa presente che: “Le sentenze della Corte di giustizia precedono l’entrata in vigore del trattato di Lisbona, che fissa esplicitamente l’economia sociale di mercato come uno degli obiettivi dell’Unione e rende la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea vincolante a livello del trattato. Questi elementi dovrebbero definire un nuovo contesto giuridico nel quale le preoccupazioni e i problemi sollevati dai sindacati dovrebbero trovare una risposta adeguata. Tuttavia, se così non fosse, andrebbero esaminati i margini per ulteriori azioni strategiche” (p. 75).

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 atto²⁸. Se si prendono sul serio i progressi sociali del diritto primario e derivato dell'UE, è possibile intravedere degli spiragli nella fitta rete della costituzione economica, che consentono di sviluppare la narrazione laburista. 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 "mercantista" 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)". Infatti, nonostante il tenore del *decisum*, in tali arresti si registra il riconoscimento diretto e nominato dei diritti sociali come componente essenziale dell'identità europea²⁹.

Venendo al tema, è pertanto possibile ipotizzare che nell'ordinamento comunitario vi sia *in nuce* uno strumentario a disposizione dei giuristi per riabilitare, nel quadro di un'azione generale di "resocialisation"³⁰, le misure nazionali che, nel rispetto del principio di proporzionalità, si prestano a tutelare esigenze imperative di tipo sociale nei processi di esternalizzazione, sebbene interferendo con la libertà di circolazione dei servizi. Efficacemente, Frank Hendrickx ha - di recente - esortato a un diverso "approach to European labour law", rammentando che "all the ingredients are

²⁸ Caruso B., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea, Il lavoro subordinato*, Caruso B. - Sciarra S. (a cura di), G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, 748.

²⁹ I corsivi sono di Caruso B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 61/2008, 10 ss.

³⁰ Secondo l'espressione adoperata nell'opera recente più significativa sul tema della "Social Europe", ossia *Resocialising Europe in a time of crisis*, Contouris N. - Freedland M. (a cura di), Cambridge University Press, 2013.

*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*³¹.

Nelle pagine che seguono, partendo da una ridefinizione dello spazio dei valori “fine” dell’ordinamento multilivello, si analizzeranno i profili giuslavoristici delle esternalizzazioni. Dapprima, si affronterà proprio il tema delle misure di protezione dei lavoratori che vengono “esternalizzati” dalle pp.aa.; ciò concentrando l’attenzione sulla forma “mista” dell’appalto³², che costituisce lo strumento maggiormente adottato di *core-focusing*³³. Al riguardo, si proporrà una rilettura “socialmente orientata” delle operazioni di bilanciamento delle misure di tutela con i valori economici, anche alla luce della nuova direttiva sugli appalti. Allo stesso tempo, di fronte all’oggettivo “spiazzamento” delle categorie classiche del giuslavorismo, per effetto delle trasformazioni economiche e produttive globali, si tratterà di utilizzare il discorso sulle clausole sociali come archetipo delle “nuove traiettorie” della narrazione laburista, muovendo in primo luogo dal superamento dell’ossessione neoliberale per la regolazione “debole”³⁴.

³¹ Hendrickx F., *Completing economic and social integration: towards labour law for the United States of Europe*, in *Resocialising Europe in a time of crisis*, Contouris N. – Freedland M. (a cura di), Cambridge University Press, 2013, cit. 69.

³² Secondo la classificazione operata, da una prospettiva giuslavoristica, da Mainardi S., *Esternalizzazioni e trasformazione delle Università in Fondazioni. Profili di diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT, 77/2008, 4, che nell’ambito delle esternalizzazioni distingue “la forma soggettiva della fornitura di manodopera somministrata, che viene ad operare presso l’ente pubblico sollevando però quest’ultimo dalla gestione dei rapporti di lavoro, formalmente e sostanzialmente intrattenuti e regolati dal soggetto privato”; da quella “mista dell’appalto, dove l’ente appaltante, scelto il contraente, mantiene una forma di controllo limitata alla corretta esecuzione dell’opera o servizio, ma trasferisce sull’appaltatore organizzazione, gestione, poteri e responsabilità con riguardo al personale utilizzato nell’appalto”; e, infine, da quella “oggettiva, drastica e definitiva, di esternalizzazione, costituita dalla cessione a soggetti terzi, di natura pubblica o privata, di funzioni ed attività prima svolte dall’ente con proprie risorse umane, materiali e finanziarie”.

³³ Un rapporto Istat del 2003 metteva in evidenza che, 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).

³⁴ Di nuove traiettorie, opposte ossessioni e nuovi paradigmi del diritto del lavoro parla Caruso B., *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, di prossima pubblicazione in *Lavoro e diritti nella crisi europea*, Caruso B. – Fontana G., Il Mulino, 2014.

A tale ultimo fine appare utile invocare due decisive precomprensioni: i) 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 decisioni pubblici. D’altra parte, senza un’efficace politica regolatoria pubblica di sostegno deve riconoscersi che la diffusione di comportamenti socialmente responsabili da parte delle imprese difficilmente potrà affermarsi³⁵; ii) la tendenza a porre una relazione inferenziale tra *performance* economica dei sistemi e regolazione laburista (spesso identificata *de plano* con l’immagine grottesca dell’iper-regolazione farraginosa) si basa su una sovrastima del rapporto tra competitività ed efficienza del mercato del lavoro³⁶. Peraltro, come già accennato, è noto che non vi siano evidenze scientifiche in ordine al positivo influsso dell’abbassamento del livello di *labour protection* sui fondamentali economici dei sistemi nazionali. A tal proposito appare interessante la recente analisi empirica di Crouch 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 ortodoxy that all forms of labour protection and strong welfare states have a negative effect on economic performance*”³⁷.

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*

³⁵ Il pensiero è di Libertini M., *A quindici anni dal T.U.F. - Bilanci e prospettive*, in *RDImpresa*, 2014, 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.

³⁶ Caruso, *op. ult. cit.*, 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.

³⁷ Crouch C., *Entrenching neo-liberalism: the current agenda of European social policy*, in *Resocialising Europe in a time of crisis*, Contouris N. - Freedland M. (a cura di), Cambridge University Press, 2013, cit. 56.

mainstreaming. Tale proposta metodologica, sul piano della filosofia economica, presuppone l'attualità del paradigma del liberalismo sociale³⁸ (nella trasposizione contemporanea del "neowelfarismo liberale"³⁹); 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 comunitario di «economia sociale di mercato»⁴⁰, e all'implementazione del valore (fine) della «parificazione nel progresso»⁴¹.

Se la "premessa social" è funzionale a ridimensionare le letture "riduzioniste", diversamente, l'attribuzione di una dimensione "procedurale" allo statuto eurounitario delle clausole sociali è funzionale al discorso sul riposizionamento del diritto del lavoro, secondo la visione aperta e comunicativa di Habermas⁴². Il riferimento è alle letture che pongono l'attenzione sul valore "costituente" del metodo del bilanciamento secondo il canone della proporzionalità, contestando

³⁸ Sul punto cfr. Vorlander H., *Hegemonialer Liberalismus: Politisches Denken und politische Kultur in den USA 1776-1920*, Campus Verlag, Frankfurt/Main - New York, 1997. V. anche Quadro Curzio A., *Economia oltre la crisi. Come prevenire le recessioni, come assicurare benessere e prosperità*, Ed. La Scuola, 2012. Per le radici del social-liberalismo cfr. Beveridge W., *La piena occupazione e la coscienza sociale*, adesso in, *La libertà solidale. Scritti 1942-1945*, Colucci M. (a cura di), Donzelli, 2010. Più in generale, sul c.d. umanesimo-liberale tedesco, quale matrice ideologica dell'economia sociale di mercato, v. la nota trilogia di Roepke W. *Die Gesellschaftskrise der Gegenwart* (1942); *Civitas Humana*, (1944); *Internationale Ordnung* (1945).

³⁹ Su cui v. diffusamente *infra* §I.7.

⁴⁰ Cfr. art. 3.3 TUE.

⁴¹ L'importanza delle negazione del c.d. "ottimo paretiano" e il superamento di una visione "pan-mercataista" sta alla base delle riflessioni di Amartya Sen sull'impossibilità di realizzare una società autenticamente liberale in assenza di misure correttive delle distorsioni del mercato (Sen A., *The Impossibility of a Paretian Liberal*, in *Journal of Political Economy*, 1970, 78, 152-157). Per un'analisi dell'opera di Vilfredo Pareto, v. *Economia, sociologia e politica nell'opera di Vilfredo Pareto*, Malandrino C., Marchionatti R. (a cura di), Firenze, Olschki, 2000. In termini singolari sul tema della crescita economica, di recente, v. Ricolfi L., *L'enigma della crescita. Alla scoperta dell'equazione che governa il nostro futuro*, Mondadori, Milano, 2014, ove l'A., attraverso quella che definisce "equazione della crescita", sviluppa la suggestiva tesi del conflitto - nelle economie avanzate - tra il benessere e la crescita: in estrema sintesi, a parità di altre condizioni (tasse, istituzioni, capitale umano), un Paese crescerebbe tanto di più quanto più è lontano dal benessere, e tanto di meno quanto più alti sono gli standard di benessere che ha raggiunto. In questa prospettiva, ogni società avrebbe comunque un proprio tetto di crescita, più elevato per quelle con "buoni fondamentali", oltre il quale non può ulteriormente svilupparsi a causa di fattori endogeni al sistema (per l'illustrazione di alcune soluzioni per contrastare l'inevitabile stagnazione, v. *Ibidem*, 164 e ss.).

⁴² In particolare, Habermas J., *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1996.

l'opposta ossessione giuslavorista per la condizionalità dei diritti e la categoria classica dell'inderogabilità⁴³. Il paradigma proceduralista non escluda - ma anzi sollecita - la precettività della regolazione, attraverso quelli che Ashiagbor definisce "puntelli normativi" o "benchmarking sociale"⁴⁴; pur tuttavia, da tale angolazione, la definizione di una cornice rafforzata di diritti sociali dovrebbe passare da un "allargamento della giurisdizione" della narrazione laburista, sulla base di uno statuto legislativo non appiattito sul modello del lavoro subordinato classico.

Per tale via, il discorso deve poi essere esteso al *policy-making* e ai modelli di esternalizzazione della pubblica amministrazione, onde soffermarsi sugli effetti distorsivi e l'antinomie prodotte da strategie di decentramento (supinamente) ripiegate sul paradigma efficientista, nonché dal cattivo funzionamento delle istituzioni politiche; circostanze che hanno favorito la crescita esponenziale di forme improprie e "insincere" di *outsourcing*, attraverso gli appalti e la società "in mano pubblica", essenzialmente per finalità di *dumping* "interno"⁴⁵. Con il collegato effetto di svuotare il bacino della somministrazione che - allo stato - appare lo strumento di flessibilità organizzativa più trasparente e "socialmente sostenibile"; ciò con il concorso del giuslavorismo più conservatore che, assimilando meccanicamente il lavoro mediante agenzia al drammatico fenomeno del "precariato", ne ha condiviso le soluzioni di marginalizzazione. E' il metodo delle *best practies* "rovesciato", con l'amministrazione pubblica che apprende dal privato le pratiche draconiani (e miopi) della riduzione "selvaggia" dei costi come valore "fine".

Eppure, prendendo sul serio il benessere sociale come obiettivo dell'azione amministrativa, le *policies* di decentramento dovrebbero mutuare dall'ordinamento

⁴³ Ancora Caruso, *op. ult. cit.*

⁴⁴ Ashiagbor D., *L'armonizzazione soft: il "Metodo aperto di coordinamento" nella Strategia europea per occupazione*, in *Nuove forme di regolazione: Il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Barbera M. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006, 135.

⁴⁵ Il riferimento è, in particolare, ai costi minori dell'appalto rispetto alla somministrazione, su cui v. *infra* §II.4.

eurounitario le procedure di *impact assesment*⁴⁶; ed essere attuate secondo *benchmarks* predefiniti, che siano più “performanti” rispetto alle formule vuote a cui è stato aduso sino ad oggi un legislatore “umorale”⁴⁷. Da tale prospettiva, i riflessi sul fattore lavoro da “effetto collaterale” devono assurgere a “*outcome*”; che, tuttavia, deve essere bilanciato simmetricamente con gli altri interessi primari concorrenti, riconoscendo valore euristico al paradigma della proporzionalità. Sulla base di tali premesse, e tralasciando gli aneliti riformatori, sin tanto che non troveranno attuazione le sovrabbondanti proposte di ridefinizione dello statuto del lavoro dipendente, l’applicazione del metodo del bilanciamento “riflessivo” dovrebbe tradursi nell’indicazione di un modello di esternalizzazione organizzativa che poggi sulla “baricentricità” della somministrazione, che assurge a veicolo (contingente) di uno statuto basato sulla parità di trattamento.

Nel prosieguo si proverà a sviluppare tali riflessioni, rileggendo con la lente laburista le categorie e gli istituti del decentramento organizzativo “pubblico”; a tal fine si adotterà un metodo comparato, conducendo un raffronto tra la dimensione nazionale e la dimensione europea, a livello di diritto positivo e di formanti giurisprudenziali. In tal modo sarà possibile altresì mettere in luce il fattore costante del disallineamento del diritto interno; e l’insufficiente metabolizzazione dei principi eurounitari tra i parametri di azione della giurisprudenza nazionale.

2. Lo statuto sociale dell’integrazione europea. Il teorema della *social performance*.

⁴⁶ Secondo Gavana G., Osculati F., Zatti A., *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, in *Amministrare*, 2007, 112, 50 ss., anche da una prospettiva meramente economica, nel caso di servizi non collocabili in un settore esposto alla concorrenza, tra l’altro, “*si dovrebbe chiedere la dimostrazione preventiva della soluzione proposta. Si tratterebbe di ripristinare la sostanza della normativa, neppure troppo risalente, sulla municipalizzazione che richiedeva di dimostrare, caso per caso e in apposite delibere comunali, la convenienza del passaggio del servizio*”.

⁴⁷ E’, per esempio, risibile far dipendere le scelte in ordine al mantenimento delle partecipazioni societarie da una clausola generale, e dal contenuto impalpabile, come quella adoperata dall’art. 3, c. 27 della legge finanziaria 2008 («[...] strettamente necessarie alle finalità istituzionali»).

Il tentativo di un approccio “sociale” al tema delle esternalizzazioni delle pubbliche amministrazioni presuppone una risposta affermativa a una 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 TUE⁴⁸ e dalla costituzionalizzazione della Carta di Nizza (art. 6 TUE), passa attraverso l’art. 9 TFUE (clausola sociale orizzontale)⁴⁹, 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 TFUE)⁵⁰.

⁴⁸ In particolare, l’art. 3 TUE prevede che:

«1. L’Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli.
2. L’Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l’asilo, l’immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest’ultima.
3. L’Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico.
L’Unione combatte l’esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Essa rispetta la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica e vigila sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo.
[...]».

⁴⁹ «Nella definizione e nell’attuazione delle sue politiche e azioni, l’Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un’adeguata protezione sociale, la lotta contro l’esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana».

⁵⁰ «Gli Stati membri attuano la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell’Unione definiti all’articolo 3 del trattato sull’Unione europea [...]». Per un’approfondita analisi delle disposizioni sociali dei Trattati si rinvia a Caruso B. – Alaimo A., *op. cit.* nt. 3

Sebbene sino a oggi siano prevalse esegesi riduttive della portata giuridica di tali disposizioni⁵¹, 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 TFUE 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 TCE⁵².

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 economiche⁵³, in favore della dimensione sociale.

⁵¹ Per tutti v. De Pasquale P., *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 81. L'A., pur attribuendo rilievo ai nuovi riferimenti nell'art. 3 alla dimensione sociale e alla diversa collocazione della concorrenza nel TFUE e nel Protocollo, ritiene, tuttavia, che non ci siano nel nuovo TFUE «consistenti alterazioni del sistema attraverso il quale si dà attuazione al principio di libertà di concorrenza» (cfr. artt. 116, 119 e 120 TFUE).

⁵² Sul punto v. Caruso B. - Alaimo A., *op. cit.* nt. 3, 12-14: «Qui è sicuramente visibile una valorizzazione forte della dimensione sociale: gli obiettivi dell'Unione vengono riscritti con riferimenti espliciti all'economia sociale di mercato, alla piena occupazione, al progresso sociale, alla lotta all'esclusione sociale e alle discriminazioni, alla parità tra donne e uomini, alla solidarietà e alla coesione sociale (sono tutti nuovi riferimenti importanti per la dimensione sociale). L'«elevato livello di occupazione» dei precedenti artt. 2 TUE e TCE viene convertito, dai redattori del TL, in «piena occupazione»; il «progresso economico e sociale», in «progresso sociale» e, per quanto concerne la crescita economica, si richiede che essa sia «equilibrata». TL ha, inoltre, eliminato dall'articolo dedicato agli obiettivi dell'Unione il riferimento a «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno» [prima contenuto nell'art. 3, par. 1, lett. g), TCE], trasferendo tale obiettivo nel Protocollo (n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza allegato al Trattato, e confinando nel Tit. VIII del TFUE, dedicato alla politica economica e monetaria (e, segnatamente, negli artt. 119 e 120 TFUE), gli unici riferimenti alla «economia di mercato aperta e in libera concorrenza». Ha inoltre sostituito tale obiettivo con quello di «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva», formula nella quale un ruolo particolarmente incisivo viene assegnato all'aggettivo "sociale", collocato tra i sostantivi "economia" e "mercato". «Connotare l'economia di mercato in senso "sociale" ha voluto dire evidenziare il fatto che l'ordine economico deve tendere, sì, all'efficienza, ma al contempo prevedere meccanismi di correzione affinché tutti possano trarne benefici». L'introduzione, nell'art. 3 TUE, della formula "economia sociale di mercato" va, dunque, letta come uno sforzo per riequilibrare valori, fini ed obiettivi sociali ed economici, appunto nell'ottica di una integrazione tra solidarietà e mercato. L'"economia sociale di mercato" sembra, così, definitivamente assurgere a caratteristica intrinseca del processo di integrazione europea».

⁵³ 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 M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *LD*, 2008, 2, 371 ss.; Orlandini G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca di un equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *W.P. C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*.INT- 66/2008.

Con riguardo alla clausola sociale orizzontale *ex art. 9 TFUE (CSO)*, che fra le nuove disposizioni sociali dei Trattati risulta, allo stato, fra le più “*effettive*”⁵⁴, non può che condividersi la tesi di chi in dottrina suggerisce di abbandonare 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 TFUE)⁵⁵. 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 TUE⁵⁶. Nella logica del *mainstreaming* la clausola sociale informa trasversalmente le

⁵⁴ L’espressione è di Alaimo A., *Presente e futuro del modello sociale europeo. Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione*, in RGL, 2013, 2, 262; il riferimento specifico dell’A. è agli effetti 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 (su cui v. *infra*).

⁵⁵ “*We therefore advocate an extension and mainstreaming of horizontal social clause contained in Articles 8-10 of the Treaty on the Functioning of the European Union, a salso recently advocated by the European Economic and Social Committee*”. La citazione è di Contouris N. – Freedland M., *Epilogue. Resocialising Europe – looking back and thinking forward*, in *Resocialising Europe in a time of crisis*, Contouris N. – Freedland M. (a cura di), Cambridge University Press, 2013, 496. Cfr. Ferrara M.D., *L’integrazione europea attraverso il «social test»: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, in RGL, 2013, 2; Gottardi D., *Tutela del lavoro e della concorrenza tra imprese nell’ordinamento dell’Unione europea*, in DLRI, 2010, 4, 526; Bronzini G., *Il modello sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Le nuove istituzioni europee*, Bassanini F., Tiberi G. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2008; peraltro, secondo l’A., gli artt. 9 e 10, in combinazione, 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*”, 126.

⁵⁶ Come efficacemente illustrato da Ferrara M.D., *op. cit.*, 311-312, infatti “[...] in relazione al profilo sistematico difficilmente si potrà riconoscere una valenza soltanto politica o simbolica a una norma che è inserita nelle disposizioni di applicazione generale di un Trattato. Diversamente opinando, si dovrebbe giungere alla medesima conclusione anche per le altre norme contenute nel Titolo II, la portata vincolante invece non è messa in discussione. Ma anche sul piano letterale la norma non mi sembra offrire spunti per avallare interpretazioni che ne attenuino la portata vincolante. La traduzione dall’inglese del termine *shall* into *account* implica l’uso di un’espressione «tenere conto» in italiano ha un’intensità cogente certamente inferiore della locuzione verbale «dovere essere» utilizzata, ad esempio, nella clausola orizzontale collegata alla tutela delle esigenze ambientali, ma è più vincolante delle espressioni usate nel caso delle *gender e non discrimination mainstreaming clauses* di cui agli articoli 8 e 10 del TfUE secondo cui nella definizione e nell’attuazione delle sue politiche e azioni l’Unione «mira» a eliminare le ineguaglianze a promuovere la parità tra uomini e donne, a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l’origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l’età o l’orientamento sessuale. Nessuno tuttavia mette in discussione che la parità tra i sessi e la tutela antidiscriminatoria rappresentino una costante teleologica contenuto e obiettivo imprescindibile delle politiche e delle azioni europee, e non solo dichiarazioni di principio. L’A. propone altresì una nozione ampia dell’ambito oggettivo di applicazione dell’art. 9: “[...] Se, infatti, si considerasse esaurito il compito di questa clausola nell’ambito delle competenze esclusive o concorrenti dell’Unione, si giungerebbe al paradosso che proprio le materie in cui le ricadute sociali

politiche dell'Unione⁵⁷, e assurge a *binding clause*⁵⁸ 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)⁵⁹ e del Comitato delle Regioni⁶⁰, e, più timidamente, negli atti del Parlamento europeo⁶¹; sebbene, allo stato, la Commissione si sia astenuta dal pronunciarsi esplicitamente sulla portata della disposizione in parola⁶².

hanno più impatto, come ad esempio le politiche economiche, sfuggirebbero all'obbligo di garantire la tutela degli obiettivi sociali indicati nell'art. 9". Diversamente, per una lettura riduttiva della clausola, v. Cantaro A., La politica dell'occupazione, in L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione, Mangiameli S. (a cura di), III, Giuffrè, Milano, 2008, 748; Papadimistriou D., Copeland P., The Eu's Lisbon strategy: evaluating success, understanding failure, MacMillan, Basingstoke, 2012, 106. In tal senso, Villani U., La politica sociale nel Trattato di Lisbona, in RGL, 2012, 1, 46, fa notare che, per esempio, l'espressione «tenere conto» si ritrova nella clausola che implica il rispetto delle esigenze e del benessere degli animali nella formulazione e nell'attuazione delle diverse politiche europee di cui all'art. 13 TFUE.

⁵⁷ Com'è noto, l'implementazione della clausola passa attraverso le procedure di c.d. *Impact assessment* (che può tradursi in termini di "valutazione di impatto sociale"). Per un approfondimento sul tema v. Ferrara, *op. ult. cit.*, 313 ss. Sulla clausola sociale orizzontale v. ancora Vielle P., *How the horizontal social dame can be made to work: the lessons of gender mainstreaming*, in *Etui policy brief european social policy*, 2010, 6, 2.

⁵⁸ L'espressione è di Piris J.C., *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, 310. Sull'estensione al controllo della Corte di Giustizia si veda anche Lecomte F., *Embedding employment rights in Europe*, in *Columbia journal of european law*, 2011, 1, 10. In senso adesivo Alaimo A., *op. ult. cit.*, 262: "É inoltre possibile sostenere che dalla clausola possa scaturire anche un controllo di legittimità degli atti dell'Unione qualora questi ultimi, risultino, per esempio, palesemente pregiudizievoli «per l'occupazione, o per la protezione sociale, o per le altre esigenze risultanti dall'art. 9», divenendo, perciò, annullabili, ai sensi dell'art. 263 TFUE, perché viziati da «violazione dei Trattati». Ma se è vero - come è vero - che la disposizione vincola tutte le istituzioni europee, ci si può persino spingere oltre e ritenere che anche la Corte di giustizia debba fare riferimento alla CSO «in the framework of its classical teleological interpretation method». La clausola - di difficile applicazione diretta - potrebbe così essere utilizzata nelle argomentazioni giuridiche che sorreggono i dicta della Corte indirettamente, e cioè alla stregua di sostegno interpretativo, nel percorso argomentativo di alcune sue decisioni".

⁵⁹ *Ex pluribus*, cfr. parere CESE (2012/C 24/06) del 26.10.2011, recante «Rafforzare coesione sociale e coordinamento Ue in campo sociale grazie alla nuova CSO di cui all'art. 9 TfUe», ove si legge che la clausola è diritto primario dell'UE e si applica a tutte le politiche comunitarie.

⁶⁰ V. in particolare, parere 2011/C 166/09 del 10.04.2011, punto 52, ove si rappresenta che le quattro libertà economiche del mercato unico e il bilancio dell'UE devono essere compatibili con la clausola sociale orizzontale

⁶¹ Nella Risoluzione del Parlamento europeo (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 del Parlamento europeo 2012/C 188 E/09, 2012/C 70 E/04, in sostanza, si afferma che la Commissione e il Consiglio sono tenuti ad attuarla.

⁶² Sull'argomento v. la Comunicazione della Commissione europea COM(2010)608 del 27.10.2010. 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".

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 TFUE 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 regolativa⁶³; 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»⁶⁴, in cui il punto di equilibrio tra diritti fondamentali in potenziale conflitto è pressoché inedito (e mobile)⁶⁵.

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

⁶³ Per un'approfondita trattazione del tema si rinvia ad Alaimo A., *Da «Lisbona 2000» a «Europea 2020». Il «modello sociale europeo» al tempo della crisi: bilanci e prospettive*, in RIDL, 2002, 3.

⁶⁴ 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 N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. di Comunità, 1977, 48).

⁶⁵ Cfr. Caruso B., *op. cit.* nt. 29, 749-750.

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 tal guisa il brodo di coltura in cui si sviluppa la retorica dei movimenti anti-europei, 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 temperamento 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 [...]*”⁶⁶. Di fronte all'ampliamento del catalogo dei valori primari dell'UE non appare più 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.

⁶⁶ Cintioli F., *L'art. 41 Cost. tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Diritto e società*, 2009, 3-4, 394. L'analisi dell'A. riguarda, invero, l'ordinamento italiano: l'art. 41 Cost., il valore della concorrenza e i pericoli conseguenti a una preponderanza della sua dimensione oggettiva su quella soggettiva della libertà di iniziativa economica. Pur tuttavia, le considerazioni in merito alle tendenze del diritto vivente ad assorbire la valenza soggettiva di detta libertà nella prospettiva oggettiva del mercato, come regola delle relazioni economico-sociali, appaiono degli spunti significativi per analizzare l'asimmetria mercatista che, secondo la cultura giuridica europea ortodossa, continua a caratterizzare l'ordinamento eurounitario anche dopo il recupero di una dimensione sociale e la modificazione della costituzione economica europea.

Capitolo I

Il diritto del lavoro nei processi di esternalizzazione. Le “clausole sociali” come paradigma della narrazione giuslavorista nel terzo millennio.

§1.1. Premesse. §1.2. Per una rilettura della compatibilità delle clausole di assorbimento del personale con l’ordinamento eurounitario. §1.3. Diritto europeo degli appalti e clausole sociali. §1.4. Imponibile di manodopera nell’ordinamento italiano. Nessuno (Stato) è un’isola? §1.5. Brevi cenni sulle clausole sociali occupazionali. § 1.6. *Labour standards clauses*. Art. 36 st. lav. e art. 118 del codice dei contratti pubblici *vs.* diritto dell’UE: una sentenza *Ruffert* per l’ordinamento italiano? § 1.7. Riflessioni conclusive.

§1. Premesse.

L’analisi della dimensione giuslavoristica dei processi di esternalizzazione delle pubbliche amministrazioni impone, preliminarmente, una riflessione sistematica sulle misure di protezione dei lavoratori nelle vicende traslative. Si tratta di analizzare quali siano i limiti formali del potenziale regolativo e promozionale dell’*outsourcing* pubblico al cospetto delle istanze “deregolative” dei processi di liberalizzazione dei mercati, tradizionalmente veicolati dalla costituzione economica eurounitaria; nonché di approfondire se tali misure di tutela non siano comunque un vetusto retaggio del paradigma *welfarista*, disarmonico rispetto al modello “riflessivo” del metodo aperto di coordinamento⁶⁷; ovvero se, e in che misura, possano essere considerate una proiezione simbolica di un modello di *policy-making* organico al discorso sul “riposizionamento del diritto del lavoro”, sulla base di un *floor of social rights* “rafforzato”⁶⁸, e secondo una logica procedurale e proporzionalista⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. Ashiagbor D., *L’armonizzazione soft: il “Metodo aperto di coordinamento” nella Strategia europea per occupazione*, in *Nuove forme di regolazione: Il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Barbera M. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006. In generale, sul diritto “riflessivo” cfr. gli storici scritti, e le diverse posizioni, di Luhmann N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, ed. italiana (a cura di) Febbrajo A. – Schmidt R., Il Mulino, Bologna, 2001; e Teubner G., *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano, 1996.

⁶⁸ *In primis*, dalla richiamata “costituzionalizzazione” della Carta di Nizza.

⁶⁹ Cfr. Caruso B., *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, di prossima pubblicazione in *Lavoro e diritti nella crisi europea*, Caruso B. – Fontana G., Il Mulino, 2014. V. anche Caruso B., *Occupabilità, formazione e “capability” nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *DLRI*, 2007, 113; che richiama D’Antona M. (in particolare, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi*

E' noto che nella letteratura giuslavoristica le disposizioni - di fonte legale o contrattuale - che stabiliscono particolari oneri a carico di un'attività economica per finalità di tutela delle condizioni di lavoro e dell'occupazione assumano la generica denominazione di "clausole sociali"⁷⁰. 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 tempo⁷¹: 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 pubblica⁷². 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.⁷³, 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 amministrazione⁷⁴. Allo stesso modo, nel

d'identità? in *Opere*, Caruso B. - Sciarra (a cura di), vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, 249 ss.) e Vardaro G. (specialmente, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 1, 75 ss.).

⁷⁰ Sul tema delle clausole sociali nel commercio internazionale, v. Perulli A., *Clausola sociale*, in *Enc. Dir.*, Annali VII, Giuffrè, 2014, 187 ss.

⁷¹ Sull'argomento v. Perulli A., *Diritto del lavoro e globalizzazione - Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999.

⁷² Per una consultazione del testo v. www.ilo.org. Al riguardo osservava Mancini F., *Sub art. 36*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Comm. c.c.*, Scialoja e Branca (a cura di), Bologna - Roma, 1972, 546, che, preso atto della mancata applicazione dei commi 2, 3 e 4, art. 39 Cost., il legislatore, dopo la ratifica della Convenzione OIL n. 94, avvenuta con la legge 2.08.1952, 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.

⁷³ Cfr. Mancini F., *op. cit.*, 542 ss. Con la sentenza 19.06.1998, 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.

⁷⁴ Per un'ampia rassegna di analoghe norme settoriali v. Ghera E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, 2, 134. Come ricorda l'A., il primo esempio rilevante di clausola sociale si rinviene addirittura nell'art. 357, l. 20.03.1865, n. 2248, all. F sui lavori pubblici (v. anche art. 22 capitolato generale per gli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei Lavori Pubblici, approvato

medesimo ambito, è divenuto uso negoziale l'imposizione - per tramite dei capitolati, ovvero dei contratti collettivi - di oneri di impiego di manodopera⁷⁵.

Il processo di integrazione eurounitaria, la forza espansiva dell'armonizzazione funzionalista, e la messa al bando di «qualsiasi restrizione indistintamente applicabile» alla libera circolazione dei fattori produttivi nel mercato unico⁷⁶, 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 servizi⁷⁷.

Per tale ragione, nel prosieguo del capitolo si proverà a capire se - *in primis*, sul piano giuridico-formale - vi sia spazio per le clausole sociali nel diritto eurounitario.

con d.m. 28.05.1895). Questa norma garantiva i salari dei lavoratori dipendenti dall'appaltatore stabilendo che l'Amministrazione «previo diffidamento» per iscritto all'impresa avrebbe pagato «la mercede giornaliera degli operai che risultasse essersi dall'impresario rifiutata senza giusto motivo, o non corrisposta nel termine consueto » utilizzando, all'uopo, le somme dovute «sul prezzo dei lavori».

⁷⁵ A livello legislativo, nella normativa di ausilio finanziario alle imprese degli anni settanta, si possono rinvenire obblighi «di mantenere occupato il numero di unità lavorative previsto per il normale esercizio dell'impresa ed indicato nell'atto di concessione del beneficio. Così l'art. 9 L. 12 agosto 1977, n. 675 recante provvedimenti per il coordinamento della politica industriale, la ristrutturazione, la riconversione e lo sviluppo di settore; l'art. 9 lett. e) D.M. 28 giugno 1979 e l'art. 9 lett. e) D.M. 10 novembre 1979 recanti le nuove procedure per la concessione delle agevolazioni di cui al D.P.R. 6 marzo 1978 n. 218 (T.U. sull'intervento straordinario nel Mezzogiorno), subordinano la concessione degli incentivi al mantenimento di determinati livelli di occupazione» (così Ghera E., *op. cit.*, 138). I provvedimenti legislativi di liberalizzazione dei servizi pubblici degli anni novanta hanno poi previsto forme diverse di protezione sociale dei lavoratori coinvolti (nel settore trasporto pubblico locale, l'art. 19, d.lgs. n. 422/1997; nel settore dei servizi aeroportuali, il d.lgs. n. 18/1999; nel settore dell'energia elettrica, l'art. 8, d.lgs. n. 79/1999). Queste norme di protezione sociale assumono una funzione peculiare «sono infatti indirizzate a fini diversi dalla garanzia dei minimi contrattuali e rivolte piuttosto a garantire la continuità dell'occupazione oppure a sostenere l'azione del sindacato a fronte dei processi di ristrutturazione dell'impresa e di liberalizzazione dei settori economici; e, in sostanza, tendono a funzionare da «ammortizzatori» di tali processi, collocandosi in una prospettiva di tutela di tipo sindacale-collettivo e non più (solo) individuale dell'interesse dei lavoratori (in questo senso la c.d. clausola sociale si trasforma in strumento di gestione di problemi occupazionali e di governo del conflitto e, perciò, inevitabilmente di vincolo o limite alla libertà delle imprese)» (Ghera, *op. cit.*, 146).

⁷⁶ Secondo la richiamata «formula Sager».

⁷⁷ Secondo Ghera E., *op. cit.*, 150 e ss., esisterebbe già a livello dell'ordinamento interno l'esigenza di verificare la compatibilità delle norme legislative di c.d. vincolo sociale nel processo di liberalizzazione dei servizi pubblici con i principi affermati dalla Corte costituzionale in relazione al diritto di iniziativa economica privata e ai limiti alla libertà dell'impresa.

Sul piano metodologico si adopererà il paradigma dell'appalto pubblico per testare il formante giurisprudenziale e la cornice di norme e principi: essenzialmente, perché si tratta dello strumento quantitativamente prevalente di esternalizzazione di servizi d'interesse pubblico (*lato sensu*)⁷⁸. Pur tuttavia, 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 dalla dismissione della titolarità di attività e di funzioni da parte della pubblica amministrazione (e, in primo luogo, alle c.d. "societarizzazioni"⁷⁹).

A tal fine, in questa sede si proporrà una classificazione delle clausole sociali basata sulla distinzione delle stesse 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 occupazionali"); fanno parte del secondo tipo le misure che si prefiggono

⁷⁸ E sul quale insistono un numero cospicuo di norme e pronunciamenti delle autorità giurisdizionali e amministrative. Come già illustrato, un rapporto Istat del 2003 metteva in evidenza che, 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). Con l'avvertenza che le clausole sociali oggetto di trattazione non esauriscono la dimensione sociale degli appalti pubblici. Si consideri, tra l'altro, la funzione "sociale" delle norme sui requisiti soggettivi dei concorrenti, che comminano l'esclusione dalle procedure di gara agli operatori non in regola con taluni obblighi in materia di lavoro e previdenza, e in particolare se sprovvisti di valido documento unico di regolarità contributiva (art. 57, direttiva 2014/24/UE, art. 38, d.lgs. n. 163/2006). E altresì le norme sulle offerte economiche «anormalmente basse», che fissano le regole secondo cui gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza; e «non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge» (artt. 86-87, d.lgs. n. 163/2006). E' opportuno precisare che tale divieto non trova esplicito riscontro nella direttiva appalti (art. 69); da qui i dubbi di compatibilità con il diritto comunitario, su cui cfr. Costantini S., *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 196/2014, 21 ss.

⁷⁹ Su cui v. *infra* cap. III.

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*")⁸⁰.

E' opportuno anticipare sin da subito che per le due tipologie di clausole è possibile prospettare percorsi interpretativi divergenti: come si avrà modo di approfondire, una lettura "socialmente orientata" consente di ipotizzare che le clausole di assorbimento, in una dimensione procedurale, siano compatibili con l'ordinamento europeo; i termini del discorso mutano radicalmente allorché ci si sposta ad analizzare lo statuto delle clausole sociali del secondo tipo.

§2. 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* (sentenza CGUE 9.12.2004, C-460/2002)⁸¹, 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 pubblici⁸². 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 collettivi,

⁸⁰ 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 G., *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2013, 162.

⁸¹ Conf. CGUE 14.07.2005, 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 M., *Il diritto del lavoro e libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali*, in *RGL*, II, 2006, 44.

⁸² In tal senso, per una approfondita analisi delle finalità sociali degli appalti pubblici, da ultimo, v. Costantini S., *op. cit.*

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 comunitaria.

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 direttiva 2001/23/CE (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 2001/23⁸³ (sebbene il legislatore italiano abbia al riguardo introdotto una disposizione chiaramente contraria al diritto vivente europeo⁸⁴). 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 amministrazioni⁸⁵, 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*

⁸³ Cfr. CGUE 10.12.1998, C-247/96, *Horst Ziemann c. Ziemann Sicherheit GmbH e Horst Bohn Sicherheitsdienst*; Id. 10.12.1998, C-173/96, *Francisca Sánchez Hidalgo e a. contro Asociación de Servicios Aser e Sociedad Cooperativa Mineroa*; Id. 25.01.2001, C-172/99, *Oy Likenne Ab. c. Pekka Liskjarvi e Pentti Juntunen*.

⁸⁴ Il riferimento è all'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, ai sensi del quale: «L'acquisizione di personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda».

⁸⁵ Tra gli altri, CGUE 14.09.2000, C-343/98, *Renato Collino e Luisella Chiappero c. Telecom Italia s.p.a.*; Id. 6.11.2003, C-4/01, *Serene Martin, Rohit Daby e Brian Willis c. South Bank University*. Le pronunce riguardano, rispettivamente, la privatizzazione italiana del settore dei servizi telefonici e la privatizzazione britannica di servizi precedentemente svolti *in house* dal *National Health Service*.

mantenimento delle tutele godute dai lavoratori presso il (pre)cedente datore di lavoro pubblico"⁸⁶.

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 delle surriferite esegesi, che pregiudizialmente mettono 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 Giustizia⁸⁷, può divenire condizione determinante ai fini dell'integrazione della fattispecie di trasferimento d'azienda, con la conseguente applicazione del relativo sistema di tutele⁸⁸; ma se negli appalti pubblici le clausole (di legge, di contratto collettivo o della *lex specialis* della procedura di aggiudicazione) che stabiliscono il

⁸⁶ Lo Faro A., *Le Direttive in materia di crisi e ristrutturazione di impresa*, in Sciarra S. - Caruso B. (a cura di) *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea, Il lavoro subordinato*, Giappichelli Editore, Torino, 2009, 439.

⁸⁷ "In tal senso, quando in un determinato settore come il guardianaggio, in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera, un gruppo di lavoratori che assolve stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica, una siffatta entità può conservare la sua identità al di là del trasferimento qualora il nuovo aggiudicatario dell'appalto non si limiti a proseguire l'attività stessa, ma riassuma anche una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale precedentemente destinato dal predecessore a tale compito" (Tribunale di primo grado, 9.09.2009, *Brink's Security Luxembourg SA c. Commissione delle Comunità europee*, T-437/05). Conf., *ex aliis*, CGUE, 11.03.1997, *Suzen*, C-13/95.

⁸⁸ Nel caso *Temco* la Corte di Giustizia ha concluso che la disciplina sul trasferimento d'azienda "si applica a una situazione in cui un committente che aveva affidato per contratto la pulizia dei suoi locali a un primo imprenditore, il quale faceva a sua volta eseguire questi lavori da un subappaltatore, pone fine a questo contratto e conclude, al fine dell'esecuzione degli stessi lavori, un nuovo contratto con un secondo imprenditore, allorché l'operazione non è accompagnata da alcuna cessione di elementi patrimoniali, materiali o immateriali, tra il primo imprenditore o il subappaltatore e il nuovo imprenditore, ma il nuovo imprenditore riassume, in forza di un contratto collettivo di lavoro, una parte del personale del subappaltatore, a condizione che la riassunzione del personale riguardi una parte essenziale, in termini di numero e di competenze, dei dipendenti che il subappaltatore destinava all'esecuzione dei lavori subappaltati" (CGUE, 24.01.2002, *Temco Service Industries SA c. Samir Imzilyen e altri*, C-51/00).

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 2001/23 (cfr. art. 1, par. 1, lett. c)⁸⁹ 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 scuola⁹⁰.

Diversamente, una riabilitazione delle clausole di assorbimento, e fatto salvo il doveroso *test* proporzionalità, consente di restituire logicità e coerenza all'ordinamento multilivello, nella misura in cui permette di contemperare

⁸⁹ La direttiva si applica «alle imprese pubbliche e private che esercitano un'attività economica, che perseguano o meno scopo di lucro», con esclusione di qualunque «riorganizzazione amministrativa di enti amministrativi pubblici o il trasferimento di funzioni amministrative tra enti pubblici».

⁹⁰ 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 direttiva 2001/23. In merito v. il caso *Sodexo* (CGUE, 20.11.2003, *Carlito Abler e a. c. Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*, C-340/2001); nella fattispecie si trattava di un'ipotesi di subentro in un appalto di ristorazione presso un ospedale e la Corte ha affermato che: "Il trasferimento dei locali e delle attrezzature messe a disposizione dall'ospedale, che risulta indispensabile alla preparazione e alla distribuzione dei pasti ai pazienti e al personale dell'ospedale, è sufficiente a caratterizzare, in queste condizioni, un trasferimento dell'entità economica. Inoltre, risulta evidente che il nuovo appaltatore ha necessariamente ripreso la maggior parte della clientela del suo predecessore, dato che quest'ultima non ha alternative. Ne consegue che l'assenza di riassunzione, da parte del nuovo imprenditore, di una quota sostanziale, in termini di quantità e di competenze, del personale che il suo predecessore destinava all'esecuzione della stessa attività non è sufficiente ad escludere l'esistenza di un trasferimento di un'entità che mantenga la sua identità ai sensi della direttiva 77/187 in un settore, come quello della ristorazione collettiva, in cui l'attività si basa sostanzialmente sulle attrezzature" (punti 36-37). Peraltro, la Corte ha costantemente riconosciuto l'irrelevanza, ai fini dell'integrazione della fattispecie di trasferimento del "fatto che gli elementi materiali rilevati dal nuovo imprenditore non appartenessero al suo predecessore ma siano stati messi a disposizione dal committente" (CGUE, 15.12.2005, C-232/04 e C-233/04, *Nurten Güney-Görres, Gul Demir c. Securicor Aviation (Germany) Ltd, Kotter Aviation Security GmbH & Co. KG*).

effettivamente, caso per caso, gli obiettivi sociali declinati dal diritto primario, e le finalità sociali perseguite dal diritto derivato⁹¹, con le libertà economiche.

All'uopo, 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 economiche⁹².

E' 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 derivato⁹³, 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

⁹¹ Invero, la base giuridica della prima direttiva sul trasferimento d'azienda (1977/187/CEE) è stata, così come per le altre due direttive "sorelle" sui licenziamenti collettivi e sulla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza datoriale, l'art. 100 del Trattato CEE, che contemplava la possibilità di adottare «direttive volte al riavvicinamento delle disposizioni [...] che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune». Nonostante la logica apparentemente "funzionalista" o economica (*i.e.*, assicurare eguali condizioni di mercato), alcuni AA. hanno proposto una diversa ricostruzione, secondo cui tutta la legislazione sociale comunitaria degli anni settanta, ivi comprese le tre direttive sulla crisi d'impresa, deve considerarsi collegata a un progetto sociale, il cui manifesto è il Programma di azione sociale del 1974 (così D'Antona M., *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione Europea*, in Massimo D'Antona. *Opere*, I, Caruso B. - Sciarra S. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2000, 331. Per altri è ragionevole una soluzione "mediana", v. Lo Faro A., *op. ult. cit.*, 395.

⁹² CGUE, 3.02.1982, C-62/81 e C-63/81, *Webb*; Id., 27.03.1990, C-113/89, *Seco e Desquenne & Giral*; Id., 12.12.1996, C-3/95, *Guiot*; Id., 23.11.1999, C-369/96 e C-376/96, *Arblade*; Id. 15.03.2001, C-165/98, *Mazzoleni*; Id. 25.10.2001, C-49/98, C-50/98, da C-52/98 a C-54/98 e da C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*.

⁹³ «Occorre adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti» (considerando 3, direttiva 2001/23).

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»⁹⁴. Una conferma in tal senso viene dai principi enucleati dalla Corte di Giustizia in un recente arresto (CGUE, 6.03.2014, C-458/12, *Armatori e a. c. Telecom Italia s.p.a. e a.*), 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'imprenditore⁹⁵: *“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”* (punto 41)⁹⁶.

⁹⁴ In termini, Carabelli U. - Leccese V., *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in W.P.C.S.D.L.E. *“Massimo D'Antona”*.INT - 35/2005, 42 ss. Gli AA. criticano la sentenza 460/2002 nella parte in cui ha trascurato di valorizzare la clausola di favor, sulla base della quale la normativa interna sui servizi aeroportuali avrebbe potuto essere conservata: *“Al di là della conclusione concreta che si sarebbe potuto raggiungere nel caso di specie, non ci si può infatti nascondere che l'ampliamento della nozione stessa di trasferimento potrebbe rappresentare uno dei possibili modi in cui il legislatore nazionale può prevedere «disposizioni [...] più favorevoli ai lavoratori»; il che, del resto, nell'esperienza italiana è già accaduto, ad esempio, in materia di licenziamenti collettivi, nonché, più problematicamente, anche in materia di trasferimenti d'azienda”*.

⁹⁵ *“Il considerando 3 della direttiva 2001/23 afferma che occorre adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamento dell'imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti. Pertanto, il citato considerando evidenzia il rischio rappresentato, per il mantenimento dei diritti dei lavoratori, dalla situazione di subentro di un nuovo imprenditore, nonché la necessità di tutelare i lavoratori dinanzi a tale rischio mediante l'adozione di opportune disposizioni. Dunque, la semplice mancanza di autonomia funzionale dell'entità trasferita non può, di per sé, costituire un ostacolo a che uno Stato membro garantisca nel proprio ordinamento interno il mantenimento dei diritti dei lavoratori dopo il cambiamento dell'imprenditore. Tale conclusione è corroborata dall'articolo 8 della direttiva 2001/23, il quale dispone che quest'ultima non pregiudica la facoltà degli Stati membri di applicare o di introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori”* (punti 37-40).

⁹⁶ Nel dettaglio, si è trattato di affrontare il dibattuto tema della “pre-esistenza” del ramo d'azienda in relazione all'attuale formulazione dell'art. 2112, c. 5, ult. cpv. del codice civile («[...] Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento»). La CGUE, da un lato, ha affermato che: *“[...] ai fini dell'applicazione di detta direttiva, l'entità economica in questione deve in particolare, anteriormente al trasferimento, godere di un'autonomia funzionale sufficiente”* (punto 32). Dall'altro, però, ha concluso che, per

Passando poi nello specifico all'analisi del presunto valore "sistemico" della sentenza CGUE 460/2002, 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, 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 comunitario, con una precisa opzione in ordine alla gerarchizzazione degli interessi.

Di talché, in carenza di diritto derivato, prendendo sul serio il catalogo dei valori primari dell'integrazione comunitaria, 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.

Non è questa la sede per affrontare il discorso sui parametri del bilanciamento, analizzando, tra l'altro, se si tratti di un giudizio di natura marcatamente "politica"⁹⁷, ovvero di tipo "matematico"⁹⁸; ciò nonostante appaiono utili alcune brevi riflessioni

le ragioni anzidette, la direttiva: "non osta ad una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento"(punto 42). Per un'applicazione (non lineare) dei principi affermati in tale pronuncia del Giudice comunitario v. Cass., sez. lav., 29.05.2014, n. 12103, in www.leggiditaliaprofessionale.it.

⁹⁷ Cfr. Morrone A., *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, in *Enc. Dir., Annali*, Giuffrè, Milano, 2008, II, 185 - 204.

⁹⁸ In tal senso, sulla scorta delle riflessioni di Sartor G., *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 1/2, 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.

al riguardo. In generale, la pratica del bilanciamento richiede - 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 più elevato livello di approfondimento "scientifico" e 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. Con riferimento specifico alle clausole di assorbimento, si segnala che l'*impact assessment*, se si trascurano le interazioni con gli studi di psicologia del lavoro, organizzazione aziendale ed economia applicata, rischia di risultare particolarmente approssimativo. Ragionando sul riposizionamento del diritto del lavoro nei processi di *outsourcing* delle pubbliche amministrazioni, sulla base di un modello di bilanciamento *upstream* di tipo "riflessivo", e in una prospettiva che potremmo definire "seniana"⁹⁹, andrebbe - per esempio - approfondito se (ed entro quali limiti), al di là dei profili giuridico-formali, l'effetto di "sclerotizzazione unilaterale" del rapporto di lavoro, oggettivamente prodotto dalle misure in esame, non possa, in fin dei conti, penalizzare il "contratto psicologico" tra datore e lavoratore, quale concreto e duraturo rapporto fiduciario tra le parti, che rappresenta uno dei fattori su cui si basa la filosofia delle *capability* e della giustizia situata e non trascendentale; e che, in questa prospettiva, favorisce la realizzazione individuale, la soddisfazione, e, in ultima analisi, anche la produttività dell'impresa.

§3. 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*

⁹⁹ Da Amartya Sen, noto economista indiano, premio Nobel per l'economia nel 1998. Per un approfondimento del pensiero dell'A., v. *The idea of justice*, Mondadori, Milano, 2010. Per una rilettura di tale opera nella prospettiva giuslavoristica, v. Del Punta R., *Leggendo «The idea of justice», di Amartya Sen*, in *DLRI*, 2013, 138, 197.

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 del 15.10.2001 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 applicazione 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'impresa". 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 appalti 2004/18/CE del 31.03.2004 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)¹⁰⁰.

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 sociale¹⁰¹;

¹⁰⁰ Ai sensi del considerando n. 33, «Le condizioni di esecuzione di un appalto sono compatibili con la presente direttiva a condizione che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'onori. In particolare esse possono essere finalizzate alla formazione professionale nel cantiere, alla promozione dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione o alla tutela dell'ambiente. A titolo di esempio, si possono citare, tra gli altri, gli obblighi - applicabili all'esecuzione dell'appalto - di assumere disoccupati di lunga durata o di introdurre azioni di formazione per i disoccupati o i giovani, di rispettare in sostanza le disposizioni delle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) nell'ipotesi in cui non siano state attuate nella legislazione nazionale, di assumere un numero di persone disabili superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale».

¹⁰¹ La Commissione individua quattro approcci di base sulle modalità di gestione degli aspetti sociali: « Il primo approccio prevede l'inserimento da parte dell'acquirente di criteri sociali nell'oggetto dell'appalto stesso e/o nelle specifiche tecniche cui i vincitori della gara devono rispondere tenendo conto di tali criteri. Un esempio può essere la specifica di apparecchiature informatiche conformi a determinati criteri di accessibilità. Il secondo approccio prevede, in determinate condizioni, che agli offerenti sia fatto divieto di ottenere appalti pubblici se in precedenza hanno subito condanne per atti illeciti; lo scopo di questo divieto è di impedire agli enti pubblici di aggiudicare appalti ad offerenti che non hanno raggiunto uno standard specifico di comportamento sociale. Il terzo approccio mira a persuadere gli offerenti ad assumersi un impegno verso determinati standard sociali e, in sede di decisione relativa all'aggiudicazione dell'appalto, tiene conto dei risultati da questi raggiunti in tale direzione. Ciò avviene, ad esempio, quando l'organismo pubblico tiene conto di determinati aspetti sociali nei criteri di aggiudicazione. Il quarto approccio è incentrato sulla fase successiva all'aggiudicazione dell'appalto. Richiede che chiunque riceva l'appalto si attenga a determinate condizioni nell'esecuzione dell'appalto stesso e che tutti gli imprenditori sottoscrivano lo stesso requisito, sebbene non sia prevista alcuna valutazione in merito alla capacità dell'imprenditore di attenersi alle condizioni indicate. I quattro approcci di base non necessariamente si escludono a vicenda, ma vengono spesso combinati all'interno di una stessa procedura di appalto pubblico».

- 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 TFUE, 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 condizioni sociali, e promuovendo l'uguaglianza e l'inclusione dei gruppi svantaggiati».

Da ultimo, il 26.02.2014, 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 sociale (considerando n. 3):

- 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 (così il considerando n. 39);
- i considerando nn. 97-99¹⁰², forniscono indicazioni in merito agli aspetti sociali. Rispetto alla previgente direttiva (e, in particolare, al considerando n. 33 della

¹⁰² «Possono essere oggetto dei criteri di aggiudicazione o delle condizioni di esecuzione dell'appalto anche misure intese alla tutela della salute del personale coinvolto nei processi produttivi, alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione dell'appalto o alla formazione riguardante le competenze richieste per l'appalto, purché riguardino i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto. Per esempio, tali criteri o condizioni potrebbero riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata, all'attuazione di azioni di formazione per disoccupati o giovani nel corso dell'esecuzione dell'appalto da aggiudicare. Nelle specifiche tecniche le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere requisiti di

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. 67.2);

- l’art. 18.2 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. 69.3 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, proposti dalla Confederazione Europea dei Sindacati (CES)¹⁰³ conferma l’ineluttabilità del metodo del compromesso.

natura sociale che caratterizzano direttamente il prodotto o servizio in questione, quali l’accessibilità per persone con disabilità o la progettazione adeguata per tutti gli utenti» (considerando 99).

¹⁰³ In particolare, 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. In sintesi, la Convenzione impegna gli Stati aderenti a garantire l’applicazione dei contratti collettivi nell’ambito dei pubblici appalti (pur ammettendo deroghe in casi particolari).

Pur tuttavia, appare eccessivamente cauto affermare che tale approccio - considerato unitamente alle clausole “di salvaguardia”, che ammoniscono sulla necessaria conformità al diritto comunitario 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* (2008) e *Commissione c. Italia* (2002), con l’effetto di minimizzare la portata delle disposizioni sociali delle direttive¹⁰⁴.

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 sociali¹⁰⁵; 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 antidiscriminatoria¹⁰⁶. 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 25.01.2001¹⁰⁷ la stessa Corte di Giustizia

¹⁰⁴ Orlandini G., *op. ult. cit.*, 161 e ss.

¹⁰⁵ Commissione UE, *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*, 2010, 46.

¹⁰⁶ Cfr. Brino V., *Gli equilibri della Corte di Giustizia: il caso Ruffert*, in RIDL, 2008, 2, 481 ss.

¹⁰⁷ V. nt. 83.

sembra, invece, aver legittimato indirettamente la funzione delle clausole di riassunzione nel caso di successione negli appalti¹⁰⁸ (e analogamente nel caso *Temco*¹⁰⁹); ciò, peraltro, negando contestualmente che l'onere in commento violi il principio di concorrenza, purché le condizioni di esecuzione siano chiare e trasparenti¹¹⁰. In ogni caso, sempre sul piano della concorrenza, (quantomeno) le clausole sociali di fonte contrattuale dovrebbero godere dell'immunità accordata da *Albany*¹¹¹ alla contrattazione collettiva nella misura in cui partecipano evidentemente alla funzione tipica di "miglioramento delle condizioni di occupazione e di lavoro"¹¹².

Per inciso, sebbene dal tenore della direttiva, 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

¹⁰⁸ "[...] 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" (punto 23). Conf., incidentalmente, *Hidalgo*, cit. nt. 83, in cui si afferma che: "Il ricorrere di un'entità sufficientemente strutturata ed autonoma nell'ambito dell'impresa a cui è stato affidato l'appalto non viene meno, in linea di principio, per via della circostanza, del resto frequente, che tale impresa sia assoggettata al rispetto di obblighi precisi che le vengono imposti dall'ente committente. Invero, pur potendosi verificare che l'influenza esercitata da quest'ultimo sul servizio fornito dal prestatore sia ampia, ciò non toglie che quest'ultimo conservi normalmente una certa libertà, pur se ridotta, nell'organizzare ed eseguire il servizio in questione, senza che il suo incarico possa essere interpretato come una mera messa a disposizione del suo personale all'ente committente" (punto 27).

¹⁰⁹ V. nt. 88. La CGUE rammenta che "anche se la *Temco* ha sostenuto all'udienza che la riassunzione di una parte del personale della GMC le è stata imposta da un contratto collettivo settoriale (CC del 5 maggio del 1993), una tale circostanza non ha, in ogni caso, alcuna incidenza sul fatto che il trasferimento riguarda un'entità economica. Occorre inoltre sottolineare che l'obiettivo perseguito dal CC del 5 maggio 1993 è lo stesso della direttiva e che questo contratto collettivo riguarda esplicitamente, in merito alla riassunzione di una parte del personale, il caso di una riaggiudicazione come quella nella causa principale" (punto 27).

¹¹⁰ "[...] Certo, l'impresa che era in precedenza appaltatrice conosce esattamente, al contrario dei suoi concorrenti, i costi da essa sostenuti per assicurare il servizio oggetto dell'appalto; tuttavia, da un lato, tale situazione è inerente al sistema e non può giustificare la disapplicazione delle legislazioni sociali e, dall'altro, tale vantaggio è verosimilmente compensato, nella maggioranza dei casi, dalla maggiore difficoltà di tale impresa a modificare le sue modalità di gestione, onde adattare alle nuove condizioni del bando di gara, rispetto a concorrenti che presentano un'offerta a partire da una situazione vergine" (punto 24). Sulla nozione di concorrenza v. *Costantini S.*, op. cit., 9 ss.

¹¹¹ CGUE 21.09.1999, C-67/96, *Albany International BV / Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*.

¹¹² In termini, *Aimo M.*, *Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario*, in *LD*, 2007, 432. *Contra*, *Orlandini G.*, op. ult. cit., 167-168. Nel nostro ordinamento, dopo la sentenza CGUE 460/2002, la nuova disciplina dei servizi aeroportuali, come modificata da ultimo dall'art. 23, l. 13/2007, condiziona l'accesso al mercato all'applicazione del contratto collettivo di settore (cfr. artt. 13-14, d.lgs. 18/99), che prevede proprio l'obbligo di riassunzione del personale dipendente del gestore uscente (allegato 2, CCNL 22.06.2005). Per tale ragione, in dottrina c'è chi sostiene la perdurante illegittimità della disciplina (tra gli altri, *Costantini S.*, op. cit., 252).

l'ipotetica pretesa di "esiliare" gli eventuali obiettivi di protezione dei lavoratori già impiegati nell'appalto, in quanto diversamente "innominati": la formulazione compromissoria delle disposizioni sulle "considerazioni sociali" impone di ricorrere a un'interpretazione sistematica più ampia. Che poi gli esiti di tale processo esegetico nelle singole analisi possano divergere è la conseguenza dell'accresciuto pluralismo del catalogo dei valori primari (nonché delle diverse precomprensioni).

Peraltro, si segnala che nel nuovo testo della 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 [...]»¹¹³.

§4. 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 dello Statuto dei lavoratori, la funzione regolativa e protettiva dei contratti pubblici è stata implementata da disposizioni legislative speciali, dai contratti collettivi e dai disciplinari delle procedure di aggiudicazione¹¹⁴. Allo stato, al netto dei vincoli comunitari, 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. 165/2001¹¹⁵, 2112 c.c., 36 St.

¹¹³ In dottrina c'è peraltro chi propone di distinguere il mercato dei servizi liberalizzati dal mercato degli appalti pubblici, nel senso che quest'ultimo, come emergerebbe dalla disciplina europea, sarebbe più aperto alla contaminazione con obiettivi sociali. Cfr. Aimo M, *op. cit.*, 430; Scarpelli F., *op. ult. cit.*, 774.

¹¹⁴ *Ex aliis*, nel settore dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, v. l'art. 202, c. 6, d.lgs. n. 152/2006 che riguarda il passaggio del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani.

¹¹⁵ «Fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano l'articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'articolo 47, commi da 1 a 4, della

lav. e 118, c. 6 d.lgs. 163/2006¹¹⁶ si presta astrattamente a garantire *ex se*, in termini generali, sia la continuità dei rapporti di lavoro, sia il rispetto integrale dei contratti collettivi¹¹⁷.

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 legislativa le fonti interne con le fonti sovranazionali, affidando agli altri attori la gestione delle clausole sociali¹¹⁸. Ne deriva un effetto di "straniamento" per cui nella prassi delle

legge 29 dicembre 1990, n. 428». Sul tema v. De Simone G., *La «privatizzazione» dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina del trasferimento d'azienda*, in *LD*, 2001, 2; Ferretti M., *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggio di dipendenti: il caso delle esternalizzazioni dei servizi pubblici locali*, in *LPA*, 3-4, 2005; Garattoni M., *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;

¹¹⁶ 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. n. 72/2000, che ha trasposto nel nostro ordinamento la direttiva 96/71. Per Orlandini G., *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Ajani G. - Benacchio G.A. (diretto da), *Il lavoro subordinato*, Sciarra S. - Caruso B. (a cura di), 580, "si tratta di una delle più neglette normative di diritto del lavoro adottate negli 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.

¹¹⁷ Sulle *labour standards clauses* v. *infra* § 1.7. Non merita approfondimento in questa sede la questione della ipotetica portata "impeditiva" dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. nel caso di subentro in un appalto. Come già fatto rilevare, è pacifico nell'ordinamento comunitario che le vicende triangolari che caratterizzano la successione negli appalti integrino la fattispecie di trasferimento d'azienda, purché vi sia la conservazione dell'identità economica dell'attività trasferita. Ragion per cui delle due l'una: o l'art. 29 è una norma manifestamente illegittima perché contraria al diritto comunitario; oppure, deve interpretarsi in termini comunitariamente orientati, nel senso che essa conferma che la mera successione nell'appalto non possa costituire trasferimento d'azienda, senza escludere che in presenza dei presupposti delineati dalla direttiva 2001/23 e dalla giurisprudenza europea si realizzi il trasferimento anche nell'ambito di tali operazioni economiche. Sull'argomento v. Speciale V., *Appalti e trasferimento d'azienda*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"* .IT - 41/2006, 21 ss.

¹¹⁸ Si consideri, emblematicamente, la nota vicenda del personale ATA della scuola, trasferito dagli enti locali allo Stato. In particolare, si rammenta che, a causa di un intervento normativo retroattivo del legislatore, che, in sostanza, aveva escluso l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda e il riconoscimento ai fini economici dell'anzianità pregressa, è sorto un lungo e tormentato contenzioso, a livello nazionale e sovranazionale, in ordine al quale alcuni punti fermi, da ultimo, sono stati posti da due sentenze delle Corti europee: Corte di Giustizia, 6.09.2011, *Scattolon c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, C-108/2010, che ha riconosciuto l'applicabilità della direttiva sul trasferimento d'azienda; e Corte europea dei diritti dell'uomo, causa *Agrati c. Italia*, sentenza del

operazioni di esternalizzazione i dispositivi di tutela predisposti dal diritto positivo risultano virtuali, e vengono sopravanzati dalla tecnica casistica di bilanciamento con i valori economici veicolati dalle Istituzioni europee. Al contempo una disorganica stratificazione tra norme generali (*in primis*, artt. 31 d.lgs. n. 165/2001 e 2112 c.c.) e norme di settore, in assoluto difetto di coordinamento e di interazione sistemica, ha accresciuto lo stato di caos in merito ai parametri dell'azione amministrativa (e delle soluzioni giurisprudenziali), prestando il fianco a pratiche di applicazione selettiva, *à la carte*¹¹⁹. Parallelamente, una costante (e inspiegabile) ritrosia del ceto giudiziario 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 commento¹²⁰; 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 2001/23.

7.06.2011, che ha condannato lo Stato italiano per violazione dell'art. 6 della CEDU (diritto a un equo processo), contestando l'interferenza con l'attività giurisdizionale, con efficacia retroattiva sui giudizi in corso, non giustificata da ragioni imperative d'interesse generale (tali non sarebbero infatti quelle di carattere finanziario). Per un commento della sentenza Scattolon, v. Cester C., *Il trasferimento del personale "ATA" dagli enti locali allo Stato davanti alla Corte di giustizia*, in RIDL, 2012, 1, 124. Sul tema v. anche Bronzini G., *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, 491.

¹¹⁹ Al riguardo può accennarsi al problematico rapporto tra l'art. 31, d.lgs. 165/2001 e il comma 30, l. 244/2007 (legge finanziaria 2008) che, in materia di esternalizzazione di servizi c.d. strumentali mediante il modulo societario, prescrive che: «Le amministrazioni che, nel rispetto del comma 27, costituiscono società o enti, comunque denominati, o assumono partecipazioni in società, consorzi o altri organismi, anche a seguito di processi di riorganizzazione, trasformazione o decentramento, adottano, sentite le organizzazioni sindacali per gli effetti derivanti sul personale, provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali in misura adeguata alle funzioni esercitate mediante i soggetti di cui al presente comma e provvedono alla corrispondente rideterminazione della propria dotazione organica». Oppure, al rapporto tra art. 2112 e le disposizioni dei singoli contratti collettivi che disciplinano il passaggio di personale nel caso di avvicendamento dell'appaltatore (v., per esempio, l'art. 37 del CCNL Cooperative del settore socio-sanitario e assistenziale-educativo, che proceduralizza i «cambi di gestione», prevedendo la riassunzione, previa risoluzione del rapporto di lavoro con il gestore uscente, in luogo della continuità *ope legis*, purché vi sia «invarianza» delle prestazioni richieste, e con la sola garanzia del mantenimento della «retribuzione contrattuale»). 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.

¹²⁰ Cfr., per esempio, Trib. Monza, sez. lav., 01.10.2013, in www.leggiditaliaprofessionale.it, in cui si fa pedissequa applicazione dell'art. 29 d.lgs. 276/2003, si da escludere il trasferimento in caso di successione in un appalto.

In concreto, la cogenza delle clausole di assorbimento è stata prevalentemente ridimensionata dalla magistratura amministrativa¹²¹, che è giunta a definire un punto di equilibrio, socialmente più avanzato di 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 Consiglio di Stato n. 3848/2009 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"¹²². Ne

¹²¹ Giova rammentare che i Giudici amministrativi, in materia, vengono chiamati dalle imprese concorrenti (non aggiudicatarie) a pronunciarsi sulla legittimità degli atti delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, con eventuali effetti caducatori rispetto ai contratti d'appalto, nel caso di accoglimento dei ricorsi. In tali giudizi non viene in rilievo la tutela dei lavoratori e l'applicazione in via diretta delle clausole sociali. Di recente, il T.A.R. Catania (sentenza n. 2081 del 23.07.2014) ha dichiarato il difetto di legittimazione di un gruppo di lavoratori che avevano impugnato la *lex specialis* di un procedura di aggiudicazione di un appalto avente a oggetto il servizio di igiene ambientale, nella parte in cui prevedeva l'obbligo di assumere una parte dell'organico della precedente appaltatrice «solo nel caso in cui l'organico complessivo dell'aggiudicataria si riduca sotto le 165 unità»

¹²² In particolare, l'art. 4 del CCNL 24.10.1997, come modificato dal successivo CCNL del 25.5.2001, prevede che: « [...] In ogni caso di cessazione di appalto, l'Azienda cessante ne darà preventiva comunicazione [...] alle strutture sindacali aziendali e territoriali competenti, fornendo altresì informazioni sulla consistenza numerica degli addetti interessati, sul rispettivo orario settimanale, indicando quelli impiegati nell'appalto in questione da almeno 4 mesi; l'azienda subentrante, con la massima tempestività, preventivamente all'inizio della nuova gestione e, ove oggettivamente ciò non sia possibile, in tempi utili e comunque su richiesta delle Organizzazioni sindacali firmatarie del CCNL darà comunicazione a queste ultime del subentro nell'appalto. Alla scadenza del Contratto di appalto possono verificarsi 2 casi:

a) in caso di cessazione di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali l'impresa subentrante si impegna a garantire l'assunzione senza periodo di prova degli addetti esistenti in organico sull'appalto [...] almeno 4 mesi prima della cessazione stessa, salvo casi particolari quali dimissioni, pensionamenti, decessi;

b) in caso di cessazione di appalto con modificazioni di termini, modalità prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante - ancorché sia la stessa che già gestiva il servizio - sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato, o in assenza presso UPLMO, ove possibile nei 15 giorni precedenti con la rappresentanza sindacale aziendale e le Organizzazioni sindacali stipulanti territorialmente competenti per un esame della situazione, al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità [...]. Il CCNL 25.5.2001 ha aggiunto che: «Nelle procedure di cambio di appalto l'impresa subentrante, fermo restando quanto previsto dalle lett. a) e b) di cui all'art. 4, assumerà in qualità di dipendenti i lavoratori dipendenti e i soci-lavoratori con rapporto di lavoro subordinato trasferiti dall'azienda cessante. Tali

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'organizzazione 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 sociali”¹²³. 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 incontestata (Cons. Stato, sez. IV, 2.12.2013 n. 5725; conf. T.A.R. Lombardia Milano, sez. III, 14.01.2014, n. 116¹²⁴).

assunzioni non costituiscono occupazione aggiuntiva. La normativa di cui sopra dovrà essere armonizzata con quanto previsto nel D. lgs. n. 18/01».

¹²³ Conf., *ex pluribus*, Cons. Stato, sez. V, 16.06.2009, n. 3900. Tale soluzione, essenzialmente, sembra ricalcare le conclusioni generali dall'AG Lèger nel caso *Commissione c. Italia* (in particolare, punto 29).

¹²⁴ Secondo cui, “[...] l'offerente non può obliarne la portata riducendo ad libitum il numero di unità impiegate nell'appalto cui rapportare il servizio; ovvero, a tutto concedere, potrebbe così operare, chiarendo però il formale rispetto della detta prescrizione, richiamando la “flessibilità” affermata dal diritto vivente, e disponendo che le unità assunte vadano adibite ad altre mansioni e servizi”. In altre ancora si afferma, *ex adverso*, l'illegittimità delle clausole di assorbimento: “l'obbligo imposto all'impresa aggiudicataria della nuova gara di mantenere in servizio i medesimi autisti già assunti dal gestore uscente integra un'evidente violazione del principio di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., giacché determina, in via unilaterale, l'imposizione di un vincolo a contrarre al di fuori dei casi tassativamente tipizzati dal legislatore” (T.A.R. Piemonte, sez. I, 27.01.2011, n. 114). L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con l'ordinanza n. 19 del 6.08.2013, 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.

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 principi 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 3848/2009¹²⁵, 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)¹²⁶, nell’ambito della propria attività consultiva, appare condividere la regola flessibile dell’armonizzazione delle clausole, che definisce “*di c.d. imponibile di manodopera*”, con l’organizzazione delle imprese aggiudicatrici di appalti pubblici¹²⁷. Anche in questo ambito prevale il conformismo euristico, con la ripetizione di formule precostituite, mutate dalla giurisprudenza¹²⁸.

¹²⁵ Cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 22.11.2013, n. 5340.

¹²⁶ L’art. 19, c. 2, d.l. 24.06.2014 n. 90, convertito, con modificazioni dalla l. 11.08.2014, n. 114 (recante «misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari»), ha stabilito che «i compiti e le funzioni svolti dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all’Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza (ANAC), di cui all’articolo 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, che è ridenominata Autorità nazionale anticorruzione».

¹²⁷ Su tutti v. parere AG n. 55/2013. Ivi si legge, tra l’altro, che: “*La clausola sociale, infatti, non può alterare o forzare la valutazione dell’aggiudicatario in ordine al dimensionamento dell’impresa e, in tal senso, non può imporre un obbligo di integrale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, senza adeguata considerazione delle mutate condizioni del nuovo appalto, del contesto sociale e di mercato o del contesto imprenditoriale in cui dette maestranze si inseriscono*”. Conf., *ex aliis*, Id. n. 44/2013; per un’analisi più approfondita delle interazioni, v. Id. nn. 19 e 20 del 13.03.2013.

¹²⁸ In altri pronunciamenti l’esposizione è più confusa: nel parere di precontenzioso n. 44 del 25.02.2010 l’AVCP analizza la clausola del capitolato di una gara d’appalto indetta da un Comune che prevedeva l’obbligo «di assumere alle proprie dipendenze il personale adibito alla gestione del servizio di controllo ed accertamento ICI, del servizio di accertamento e riscossione della Imposta Comunale sulla pubblicità, TOSAP e diritti sulle pubbliche affissioni, alle dipendenze della Ditta uscente alla data del 30/06/2008»; e conclude contestando la previsione di un siffatto obbligo che: “*appare giustificabile solo nei limiti in cui lo stesso sia imposto da specifiche disposizioni di legge o della contrattazione collettiva nazionale di riferimento – circostanza non sussistente nella specie per espressa affermazione della stessa stazione appaltante – risultando, altrimenti, la clausola in questione senz’altro lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e*

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: *“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”* (Cons. Stato, sez. III, 10.05.2013, n. 2533).

Tale rudimentale opzione 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”*¹²⁹). Dall'altro, parallelamente - e ribaltando la prospettiva *“ortodossa”* del bilanciamento europeo - la restrizione in tal guisa introdotta 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 economico-

limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41”. Non si comprende allora se tale soluzione valga, *a contrario*, ad abilitare le clausole testualmente previste dalla legge e dai contratti collettivi; anche perché, nel prosieguo della motivazione l'Autorità rinvia a un precedente, asseritamente conforme, del Consiglio di Stato, che rispetto a una misura di assorbimento di fonte contrattuale conferma il principio dell'armonizzazione con l'organizzazione dell'imprenditore (Cons. Stato, sez. V, 16.06.2009, n. 3900).

¹²⁹ V., per esempio, le norme sul rito speciale (e abbreviato) per le controversie in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, artt. 120 e ss., d.lgs. 104/2010 (c.d. *“codice del processo amministrativo”*).

organizzative¹³⁰. Piuttosto, conformemente alla *ratio* protettiva che ha ispirato la disciplina del trasferimento d'azienda¹³¹, 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.¹³²

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 c.c.¹³³, senza necessità di correttivi.

¹³⁰ Si rammenta che l'art. 4.1 della direttiva 2001/23 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 F., *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda. Problemi vecchi e nuovi*, in *QDLRI*, 2005, 28, 95.

¹³¹ Su cui v. *supra* nt. 91.

¹³² 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.

¹³³ "[...] oltre ad armonizzarsi con le finalità di interesse collettivo, riconosciute come limite per la libertà di iniziativa economica privata, trova riscontro anche nell'art. 2, comma 2, del codice degli appalti, che subordina il principio di economicità - nel rispetto delle norme vigenti - "ai criteri...ispirati a esigenze sociali...", non senza ampia sponda anche a livello comunitario (direttiva 14 febbraio 1977, 77/187/CEE e pronunce della Corte di Giustizia, citate dall'appellante, 7.3.1996, cause C-171/94 e C-172/94; 11.3.1997, causa C-13/95; 26.9.2000, causa C-175/99; 14.9.2000, causa C-343/98). A livello normativo primario nazionale, le esigenze di conservazione del posto di lavoro, in caso di trasferimento di azienda, sono recepite dall'art. 2112 cod. civ., la cui applicabilità è stata estesa dalla giurisprudenza ai casi in cui il trasferimento derivi non da un contratto fra cedente e cessionario, ma da un atto autoritativo della p.a. [...]" (Cons. Stato, sez. VI, 26.06.2012, n. 3764; conf. Cons. Stato, sez. VI, 30.04.2013, n. 2374). Nella prima sentenza, peraltro, incidentalmente si riconosce l'irrelevanza del "fatto

D'altronde, secondo la giurisprudenza costituzionale la regola di assorbimento è compatibile con l'art. 41 Cost.¹³⁴; per la Consulta, piuttosto, 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"*¹³⁵ (Id.). 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"* (art. 26, r.d. 18/1931, sul trasporto pubblico locale), da quello specifico degli appalti.

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".

¹³⁴ In particolare, C. Cost. n. 68/2011. Nella specie la Consulta ha censurato, tra l'altro, l'art. 30 della legge della Regione Puglia n. 4 del 2010 nella parte in cui non si limitava a prevedere il mantenimento in servizio di personale già assunto, ma stabiliva in modo automatico e generalizzato l'«assunzione a tempo indeterminato» del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto; applicando altresì questo meccanismo automatico anche «nel caso di affidamento dei servizi in favore di società strumentali costituite dalla Regione, dagli enti o dalle aziende della Regione Puglia e tra società strumentali della Regione, degli enti o delle aziende della Regione Puglia». Secondo la Corte *"Ciò costituisce una violazione dell'art. 97 Cost. (sentenza n. 267 del 2010) e delle norme interposte dettate dall'art. 18 del decreto-legge n. 112 del 2008, come modificato dall'art. 19, comma 1, del decreto-legge n. 78 del 2009, in materia di reclutamento del personale delle società a partecipazione pubblica [...] Ferma rimanendo l'applicazione, alle ipotesi previste dalle disposizioni impugnate, della «clausola sociale» in senso proprio, nei termini prescritti dalle norme e dai contratti collettivi vigenti, e in permanenza dell'affidamento del servizio".* Sostanzialmente, si è trattato di un significativo *revirement* rispetto al precedente C. Cost. n. 356/1993 in cui la Consulta, in linea con la storica sentenza n. 78/1958, aveva dichiarato costituzionalmente illegittima l'art. 67 della legge della Regione Siciliana n. 15/1993 nella parte in cui prevedeva che: «da parte delle società e dei consorzi che hanno assunto l'appalto dei lavori di censimento, catalogazione, inventariazione dei beni culturali ed ambientali nonché i servizi aerofotografici (capitolo 38354) vengono utilizzati prioritariamente i soggetti che hanno prestato e prestano la loro opera [...] della rimanente quota il 50 per cento viene selezionato dal personale di cui agli articoli 19 e 21 della legge regionale 15 maggio 1991, n. 27 e successive modifiche ed integrazioni purché in possesso dei requisiti previsti dalle convenzioni e dagli accordi sindacali». Ciò in quanto tali norme avrebbero compresso *"un elemento, quello relativo al dimensionamento e alla scelta del personale impiegato nell'azienda e al conseguente profilo di organizzazione interna di quest'ultima, che caratterizza il nucleo essenziale della libertà d'iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 della Costituzione"*. Le sentenze sono consultabili in www.cortecostituzionale.it.

¹³⁵ Per una lettura critica della sentenza della Consulta, v. Orlandini G., *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2013, 191 ss.

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'esterno¹³⁶.

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 personale¹³⁷, 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 collettivo¹³⁸. Ne consegue che i nuovi affidamenti a enti e società che ricadono nel perimetro 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 (para)pubblicistico¹³⁹.

¹³⁶ In particolare, le Sezioni riunite della Corte dei Conti (SS.RR. n. 4 del 3.02.2012) hanno chiarito l'inapplicabilità dell'art. 31, d.lgs. n. 165/2001 e la prevalenza dell'art. 97, con riguardo ai lavoratori direttamente reclutati dalla società *in house* che aveva gestito il servizio; cfr. *infra* § III.5. In argomento v. Murrone M. G., *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente pubblico torni a svolgere attività prima trasferite*, in *LPA*, 2009, 3-4.

¹³⁷ La norma paradigmatica è adesso il comma 2-bis dell'art. 18, d.l. 25.06.2008, n. 112.

¹³⁸ *Ex aliis*, Corte dei Conti, sez. reg. controllo Toscana, parere n. 9 del 26.02.2013, secondo cui: "La circostanza che costringa l'azienda speciale ad assumere o reintegrare del personale (ad esempio a seguito di sentenza che, come nel caso prospettato, obblighi l'azienda a reintegrare personale ai sensi dell'art. 2112 del codice civile) non può comportare una deroga al rispetto delle diverse norme in tema di spesa di personale".

¹³⁹ Tra le altre, le principali norme di riferimento sono state quelle di cui al primo alinea del c. 7 dell'art. 76, d.l. n. 112/2008: «E' fatto divieto agli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale è pari o superiore al 50 per cento delle spese correnti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale; i restanti enti possono procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato nel limite del 40 per cento» (abrogata dall'art. 3, c. 5, d.l. 24.06.2014, n. 90); nonché al comma 28, art. 9, d.l. n. 78/2010, che ha previsto i limiti percentuali per le assunzioni con contratti flessibili. Sotto il secondo profilo, si rinvia all'art. 18, cc. 1 e 2, d.l. 112/2008.

Ebbene, se adoperassimo 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 sociali¹⁴⁰. 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» (art. 4, c. 12-bis, d.l. 24.04.2014, n. 66, conv. con modificazioni dalla legge 23.06.2014, n. 89, che ha ulteriormente emendato l'art. 18, c. 2-bis, d.l. 112/2008)¹⁴¹.

¹⁴⁰ E', per esempio, manifestamente irragionevole ipotizzare di estendere *de plano* alle società partecipate di servizi c.d. *labour intensive* il tetto di spesa di personale del 50% sulla spesa corrente (v. art. 76, c. 7, d.l. 112/2008), dal momento che è intuitivo che l'*asset* principale dell'organizzazione di tali attività di impresa siano le risorse umane che, di conseguenza, rappresentano fisiologicamente la voce di costo più rilevante nel bilancio societario. Così come è illogico pretermettere che nel caso di acquisizione di lavoratori per effetto di nuovi affidamenti di contratti pubblici la variazione in aumento della spesa di personale non avviene a entrate invariate, perché, corrispondentemente all'assunzione di nuovi oneri, si registra un aumento del valore della produzione (in termini parzialmente correttivi, infatti, v. da ultimo art. 4, c. 1-bis, d.l. 66/2014)..

¹⁴¹ In precedenza, a esito di numerose (e confuse) modifiche normative, la legge di stabilità 2014 (l. n. 147/2013) aveva riformato ulteriormente il sistema di divieti e limitazioni (comma 557), distinguendo, da un lato, le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Dall'altro, le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica (senza ulteriori specifiche rispetto alle modalità, dirette o per via di procedura concorsuale, di acquisizione di tali contratti). Ai primi, si applicavano «divieti o limitazioni alle assunzioni di personale [...], in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante» e «[...] altresì, le disposizioni che stabiliscono, a carico delle rispettive pubbliche amministrazioni locali, obblighi di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze, attraverso misure di estensione al personale dei soggetti medesimi della vigente normativa in materia di vincoli alla

A conferma della tendenza alle letture *à la carte*, da ultimo, una pronuncia del T.A.R. Lecce (n. 2986 del 1° dicembre 2014) ha aggiunto un ulteriore tassello nel 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 su tale clausola sociale, che il ricorrente assumeva essere in contrasto con i principi affermati dalla Consulta nella richiamata sentenza n. 68/2011. Il Giudice amministrativo ha rigettato il gravame, e *in parte qua* ha concluso per la legittimità della prescrizione di assorbimento; ciò che colpisce e la sinteticità della motivazione, che sorvola *de plano* sui plurimi profili di criticità già analizzati, limitandosi a una giustificazione tautologica: “*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*”. All’uopo, il T.A.R. richiama le fonti dell’istituto¹⁴², come se si trattasse di una tecnica di tutela unitaria e organica, e come se non fosse

retribuzione individuale e alla retribuzione accessoria». Per le società di gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica, invece, era (ed è ancora) esclusa espressamente l’applicazione «diretta» di tali vincoli; per le stesse, infatti, è l’ente locale controllante, nell’esercizio delle prerogative e dei poteri di controllo, a stabilire le modalità e l’applicazione dei citati vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive, da adottarsi poi con provvedimenti societari interni. Parallelamente, la legge di stabilità 2014 aveva già abrogato i commi 1, 2, 3, 3-sexies, 9, 10 e 11 dell’articolo 4, e i commi da 1 a 7 dell’articolo 9 del d.l. n. 95/2012, che stabilivano misure dettagliate che avevano come dirette destinatarie le società c.d. “strumentali”.

¹⁴² “è [...] previsto dalla contrattazione collettiva e da specifiche disposizioni legislative statali, es. l’art. 69 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l’art. 63, comma 4, del d.lgs. 13 aprile 1999, n. 112, l’art. 29, comma 3, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 [...] la conservazione dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d’azienda è prevista dalla Direttiva 12 marzo 2001, 2001/23/CE e dall’art. 2112 c.c. [...]”.

controversa (e controvertibile) l'effettiva precettività della regola di continuità nell'ipotesi di successione negli affidamenti di contratti pubblici.

Merita, infine, un breve cenno la questione della "giustiziabilità" in forma specifica delle clausole di assorbimento. La giurisprudenza di legittimità, pur non escludendo in astratto la tutela "reale" dei lavoratori pretermessi - per tramite dell'applicazione dell'art. 2932 c.c.¹⁴³ - è generalmente giunta a soluzioni negative a causa della insufficiente determinazione, nella fonte che prevede la clausola sociale, di tutti gli elementi del contratto da stipulare, anche nei dettagli, in modo che sia possibile iniziarne l'esecuzione senza che le parti debbano esprimere ulteriori dichiarazioni dirette a precisarne l'oggetto o il contenuto (*ex aliis*, Cass., sez. lav. 5.05.2004, n. 8568; conf. Cass., sez. lav. 26.08.2003, n. 12516); di talché, in tali ipotesi, le conseguenze della violazione degli obblighi di assorbimento si collocano al più sul piano risarcitorio. Diversamente, allorché l'operazione traslativa integri una fattispecie di trasferimento d'azienda, in giudizio si tratterà di accertare la continuità *ope legis* del rapporto di lavoro; ragion per cui, come insegna la prassi delle soluzioni giurisprudenziali, non vi sono ostacoli alla tutela in forma specifica¹⁴⁴.

Tirando le fila dell'analisi del diritto vivente nazionale è possibile concludere che un tendenziale *self-restraint* del ceto forense 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;

¹⁴³ «Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso». Nei casi editi, infatti, la fonte che contempla l'obbligo di assorbimento è un accordo negoziale stipulato in sede sindacale.

¹⁴⁴ *Ex aliis*, recentemente, Trib. Milano, sez. lav., sent. 27.08.2013; conf. Cass., sez. lav., 21.02.2014, n. 4130, entrambe in www.leggiditaliaprofessionale.it.

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 "rassicurante" lente 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 rapporto tra le clausole sociali e le libertà economiche. Specificamente, negli arresti analizzati, sebbene il metodo del bilanciamento (simmetrico) risulti già praticato, appare eccessivamente rudimentale sia sul piano dell'applicazione dei criteri del *balancing test*, secondo le forme largamente sperimentate dalla Corte di Giustizia¹⁴⁵; sia sul piano sostanziale, ove emergono un'embrionale (e insufficiente) visione sistemica multilivello (per esempio, in punto di applicazione del diritto vivente sul trasferimento d'azienda; oppure rispetto alla valutazione degli effetti sulla libertà di circolazione dei servizi), nonché una particolare superficialità dell'*impact assessment* che, in genere, viene basato su concetti assiomatici e *obiter dicta*.

¹⁴⁵ Si rammenta la formula consolidata secondo cui: "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" (punto 37, CGUE, 30.11.1995, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, C-55/94).

§5. Brevi cenni sulle clausole sociali occupazionali.

A parte l'espressa abilitazione delle misure di «lotta alla disoccupazione» nella direttiva appalti, la Corte di Giustizia, nelle sentenze *Beentjes*¹⁴⁶ e *Nord-Pas-de-Calais*¹⁴⁷ ha apertamente riconosciuto la legittimità di siffatte clausole, non soltanto *sub specie* di condizioni di esecuzione, ma (*ante litteram*) 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*¹⁴⁸, la CGUE ha 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'appalto (in termini l'art. 67.2, direttiva 2014/24). Va da sé che tale principio non modifichi la questione della compatibilità; fermo restando che, come rammentato dalla Commissione¹⁴⁹, la sede più appropriata per l'inserimento di aspetti 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 riprese¹⁵⁰ la questione della legittimità delle clausole occupazionali a carattere promozionale negli appalti, confermandone, dal canto suo, la compatibilità in astratto 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

¹⁴⁶ CGUE, 20.09.1988, *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi*, C-31/87.

¹⁴⁷ CGUE, 26.09.2000, *Commissione c. Repubblica francese (Regione Nord-Pas-de-Calais)*, C-225/98.

¹⁴⁸ CGUE, 17.09.2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab, già Stagecoach Finland Oy Ab, c. Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne*, C-513/99.

¹⁴⁹ Guida della Commissione sugli Acquisti sociali, 44.

¹⁵⁰ Si tratta, essenzialmente di pareri *ex art.* 69, d.lgs. n. 163/2006 che contempla la possibilità per le stazioni appaltanti che intendono introdurre particolari condizione di esecuzione di comunicarle all'Autorità, che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto comunitario.

dell'Unione europea) agli aiuti di Stato in favore dell'occupazione¹⁵¹. Nella prospettiva dell'Autorità, gli oneri di procedimentalizzazione della condizione di esecuzione (per esempio, l'approvazione di programmi di inserimento lavorativo) 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 ridetto Regolamento¹⁵².

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

¹⁵¹ "AVCP, parere n. 55/2013. Nella specie, si trattava della richiesta di parere del Comune di Bologna, che dichiarava di voler inserire nel bando per l'affidamento del servizio manutentivo del verde pubblico di proprietà o nelle disponibilità dell'amministrazione comunale "una misura di salvaguardia delle possibilità di occupazione, volta alla tutela di coloro che appartengono a categorie di persone tradizionalmente più deboli nell'ingresso del mercato del lavoro", indicando in questa categoria le persone disabili, con problemi di disagio psichico e di dipendenze psicologiche, detenuti, oltre che i lavoratori ultracinquantenni disoccupati di lungo periodo e adulti soli con figli a carico". Conf., *ex aliis*, pareri AVCP nn. 44/2013 e 24/2012.

¹⁵² Nel dettaglio: «i) qualsiasi giovane che abbia meno di 25 anni o che abbia completato la formazione a tempo pieno da non più di due anni e che non abbia ancora ottenuto il primo impiego retribuito regolarmente; ii) qualsiasi lavoratore migrante che si sposti o si sia spostato all'interno della Comunità o divenga residente nella Comunità per assumervi un lavoro; iii) qualsiasi persona appartenente ad una minoranza etnica di uno Stato membro che debba migliorare le sue conoscenze linguistiche, la sua formazione professionale o la sua esperienza lavorativa per incrementare le possibilità di ottenere un'occupazione stabile; iv) qualsiasi persona che desideri intraprendere o riprendere un'attività lavorativa e che non abbia lavorato, né seguito corsi di formazione, per almeno due anni, in particolare qualsiasi persona che abbia lasciato il lavoro per la difficoltà di conciliare vita lavorativa e vita familiare; v) qualsiasi persona adulta che viva sola con uno o più figli a carico; vi) qualsiasi persona priva di un titolo di studio di livello secondario superiore o equivalente, priva di un posto di lavoro o in procinto di perderlo; vii) qualsiasi persona di più di 50 anni priva di un posto di lavoro o in procinto di perderlo; viii) qualsiasi disoccupato di lungo periodo, ossia una persona senza lavoro per 12 dei 16 mesi precedenti, o per 6 degli 8 mesi precedenti nel caso di persone di meno di 25 anni; ix) qualsiasi persona riconosciuta come affetta, al momento o in passato, da una dipendenza ai sensi della legislazione nazionale; x) qualsiasi persona che non abbia ottenuto il primo impiego retribuito regolarmente da quando è stata sottoposta a una pena detentiva o a un'altra sanzione penale; xi) qualsiasi donna di un'area geografica al livello NUTS II nella quale il tasso medio di disoccupazione superi il 100 % della media comunitaria da almeno due anni civili e nella quale la disoccupazione femminile abbia superato il 150 % del tasso di disoccupazione maschile dell'area considerata per almeno due dei tre anni civili precedenti».

per finalità sociali e occupazionali, testualmente prevista dalla direttiva appalti; e, dall'altro, attraverso un'interpretazione "sistematica", mutua dallo stesso diritto comunitario 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 comunitaria¹⁵³; e, allo stesso modo, laddove stabilisce, in virtù di un 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 indeterminatezza del bilanciamento, che non si spinge oltre l'enunciazione vaga di formule precostituite e principi generali¹⁵⁴.

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 comunitario. 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 comunitario (*post* Lisbona) la compatibilità in

¹⁵³ Emblematicamente, nel parere 25 del 3.07.2013 l'AVCP, in premessa adoperava quali parametri l'art. 41 e il diritto vivente interno; salvo poi richiamare nelle conclusioni, apoditticamente, "i principi del Trattato CE", unitamente al principio di non discriminazione e alla tutela della concorrenza, senza chiarire in che termini, concretamente, la previsione di un obbligo di assunzione di lavoratori svantaggiati (anziché la mera priorità) possa impattare negativamente su tali valori.

¹⁵⁴ Nel parere n. 55 de 6.11.2013, l'AVCP si limita 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".

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 promozionali - in generale, e fatte salve le specifiche condizioni di proporzionalità - potranno reputarsi illegittime, in via esemplificativa, 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 2204/2012, 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.

§6. *Labour standard clauses*. Art. 36 st. lav. e art. 118 del codice dei contratti pubblici vs. diritto comunitario: una sentenza *Ruffert* per l'ordinamento italiano?

La violazione dell'obbligo di applicazione di uno specifico contratto collettivo di lavoro costituisce causa di esclusione di un operatore economico da una procedura di evidenza pubblica per l'aggiudicazione di un appalto: la costante riproposizione di questo principio di diritto da parte dei Tribunali amministrativi regionali¹⁵⁵, a ben vedere, rappresenta un "atto di ostilità" (*rectius*, di indifferenza) nei confronti dell'ordinamento eurounitario in materia di restrizioni indistintamente applicabili alla libera circolazione dei servizi in ambito europeo¹⁵⁶.

Si tratta di un corto circuito che dipende, da un lato, dalla perdurante vigenza dell'art. 36 st.lav.¹⁵⁷ e dall'obbligo di applicazione dei contratti collettivi di lavoro del settore e della zona in cui si eseguono le prestazioni (art. 118, c. 6, d.lgs. 163/2006); e, dall'altro, dai principi desumibili dalla direttiva 1996/71/CE, per come declinati dai giudici lussemburghesi¹⁵⁸ e dalla Commissione europea¹⁵⁹, che circoscrivono significativamente le condizioni di applicazione di specifici *standards* di tutela ai

¹⁵⁵ Tra le più recenti, T.A.R. Veneto, sez. I, 9.01.2012, n. 4.

¹⁵⁶ Come già ricordato, con la sentenza 25.07.1991, *Manfred Sager c. Dennemeyer & Co. Ltd.* C-76/90, la Corte di Giustizia ha modificato il proprio approccio alla libera circolazione dei servizi, passando dalla tutela antidiscriminatoria alla censura delle restrizioni indistintamente applicabili anche alle imprese dello Stato membro ospitante, ponendo attenzione in tal guisa alle misure interne capaci di impedire od ostacolare comunque l'accesso al mercato nazionale. Sull'importanza della sentenza *Sager* cfr., tra gli altri, Barnard C., *The substantive law of the Eu. The four freedoms*, in *Oxford University Press*, Oxford, 2007, 375 e ss.

¹⁵⁷ Da ultimo (simbolicamente) ribadita dall'art. 44, co. 1, lett. b), d.l. n 201 del 2011.

¹⁵⁸ In particolare, CGUE, 3.04.2008, C-346/06, *Ruffert c. Land Niedersachsen*; ma anche, *ex pluribus*, 18.12.2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, 19.06.2008, C-319/06, *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*; 11.12.2007, C-438/2005 *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*.

¹⁵⁹ Cfr. Commissione, COM (2003) 458.

lavoratori impiegati negli appalti transnazionali¹⁶⁰. Il rapporto tra le *labour standards clauses* e il diritto eurounitario è complicato dalle soluzioni applicative della giurisprudenza interna che, veicolando l'obbligatorietà per gli operatori economici concorrenti degli *standards* contrattuali eterodeterminati dall'amministrazione aggiudicatrice, aumentano il rischio di una censura europea nei confronti dell'ordinamento italiano. Paradossalmente, ove appare minore la potenzialità di penetrazione delle istanze sociali nel diritto eurounitario, risulta maggiore la resistenza "antidumping" dell'ordinamento interno.

E' noto che la sentenza *Rush Portuguesa*¹⁶¹, la direttiva 96/71 e il caso *Ruffert*¹⁶², scanditi in progressione cronologica, abbiano tracciato il solco in cui, in questo ambito, si è mosso l'ordinamento comunitario¹⁶³: la sentenza *Rush*, aprendo uno scenario di incertezza circa la regolazione dei rapporti di lavoro nel mercato interno dei servizi¹⁶⁴, ha spianato la strada per la direttiva¹⁶⁵, che ha definito il «nocciolo duro»¹⁶⁶ degli strumenti nazionali di protezione applicabili ai lavoratori distaccati da un'impresa straniera, senza lasciare spazio per ulteriori interferenze con le regole dello Stato d'origine; l'intervento della Corte di Giustizia nel caso *Ruffert*, a esito di un percorso già segnato dalle pronunce *Viking* e *Laval*, ha infine rappresentato un approdo "formalista" del *balancing test* tra libertà economiche e protezione sociale,

¹⁶⁰ Per un'ampia analisi della mobilità transazionale di manodopera nel mercato unico europeo cfr. Orlandini G., *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in Caruso B. - Sciarra S. (a cura di), *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea, Il lavoro subordinato*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, 551 ss.

¹⁶¹ CGUE 27.03.1990, C-113/89, *Rush Portuguesa Lda c. Office National d'immigration*.

¹⁶² Sul tema v. Brino V., *Gli equilibri della Corte di giustizia: il caso Ruffert*, in RIDL, 3, 479-486.

¹⁶³ Come noto, invece, la direttiva 2006/123/CE sul mercato interno dei servizi (c.d. direttiva *Bolkestein*) non riguarda le condizioni di lavoro di quanti sono impiegati in una prestazione transnazionale, che restano dettate dal quadro di regole definito dalla direttiva 96/71 e dai principi dedotti dall'art. 49 TCE (arg. ex artt. 3 e 17.2, direttiva 2006/123). Conf. CGUE, *Commissione c. Lussemburgo*, cit. nt. 6, punto 23.

¹⁶⁴ Consentendo, *de facto*, che il principio di parità di trattamento fosse applicato dallo Stato francese ai lavoratori portoghesi distaccati in Francia dalla società *Rush Portuguesa*. Per una ricostruzione del caso v. Lo Faro A., *Diritti sociali e libertà economiche nel mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in LD, 2008, 1, 71.

¹⁶⁵ Sul punto cfr. Orlandini, *op. cit.*, 556.

¹⁶⁶ Direttiva 96/71/CE, considerando 14.

che ha dato adito ai necrologi per il modello sociale europeo¹⁶⁷. In estrema sintesi, secondo la CGUE l'art. 3, n. 7 della direttiva 96/71¹⁶⁸ non può essere interpretato nel senso di consentire allo Stato membro ospitante di subordinare l'effettuazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di tutela minima¹⁶⁹. Più specificamente, si tratta delle condizioni di lavoro e di occupazione¹⁷⁰ previste da disposizioni legislative, regolamentari e amministrative (e/o, nel solo settore dell'edilizia - per come definito nell'allegato alla direttiva - da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale), nelle materie tassativamente indicate dall'art. 3.1 lett. a-g (tariffe minime salariali, durata minima delle ferie annuali retribuite, sicurezza, salute e igiene sul lavoro, ecc.); salva la possibilità di applicare, anche in altre materie, disposizioni interne di ordine pubblico internazionale¹⁷¹; deroga da interpretarsi, però, restrittivamente e senza che tale nozione possa essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro. Per il resto, la facoltà degli Stati di imporre alle imprese straniere i trattamenti previsti dai contratti collettivi, in settori diversi dall'edilizia, dipende comunque dalla circostanza che si tratti di contratti: i) dotati di efficacia *erga omnes*; ii) ovvero, applicabili, in genere, a tutte le imprese simili nell'ambito territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate e/o conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale; sempreché sia

¹⁶⁷ Sulle precomprensioni che, tuttavia, occorrerebbe, invece, tener in mente nell'analisi critica del percorso della Corte di Giustizia v. Caruso B., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea, Il lavoro subordinato*, Caruso B. - Sciarra S. (a cura di), G. Giappichelli Editore, Torino, 2009, 746 e ss. In generale, sul bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche v. Caruso B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT*, 61/2008.

¹⁶⁸ Ove prescrive che: «I paragrafi da 1 a 6 non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori».

¹⁶⁹ In particolare, sentenza *Ruffert*, pp. 33-34.

¹⁷⁰ In ordine al significato della locuzione «condizioni di lavoro e occupazione» cfr. Pallini M., *Politiche sociali e politiche di liberalizzazione dei mercati: il caso Bolkestein*, in *Qrs*, 2006, 3.

¹⁷¹ Sulla nozione di ordine pubblico, cfr. Orlandini, *op. ult. cit.*, 568 e ss. Ma anche Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *LD*, 2008, 1, 134 ss.

assicurata la parità di trattamento tra imprese nazionali e imprese straniere¹⁷² (art. 3.8).

L'esegesi minimalista della CGUE fa *pendant* con la lettura restrittiva della Commissione secondo cui: “[...] se gli Stati membri, in mancanza di un sistema che consenta di dichiarare di applicazione generale i contratti collettivi o gli arbitrati, decidono di avvalersi delle altre due categorie di contratti collettivi di cui all'articolo 3, paragrafo 8 (contratti collettivi generalmente applicabili o contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative) devono farne esplicita menzione nella legge di recepimento della direttiva relativa ai lavoratori distaccati [...]”; ma, “poiché nessuna delle leggi di recepimento fa riferimento alle opzioni del secondo comma del paragrafo 8, la Commissione conclude che gli Stati membri nei quali non esistono contratti collettivi dichiarati di applicazione generale a norma del primo comma del paragrafo 8 dell'articolo 3 della direttiva, non applicano le condizioni di lavoro e di occupazione fissate dai contratti collettivi ai lavoratori distaccati nel loro territorio. Di conseguenza in questi paesi, ai lavoratori distaccati nel loro territorio si applicano solo le condizioni di lavoro e di occupazione definite dalle disposizioni legislative”¹⁷³.

Da tale prospettiva il diritto del lavoro può assurgere a ostacolo alla libera circolazione dei servizi, a meno che, caso per caso, non si riscontri l'oggettiva esistenza di un vantaggio per i lavoratori stranieri, che riesca a superare pure il rigoroso *test* di proporzionalità¹⁷⁴. Anche la parità di trattamento dei lavoratori può essere “protezionistica”, e dunque comunitariamente illecita¹⁷⁵.

¹⁷² «Vi è parità di trattamento, a norma del presente articolo, quando le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga: - sono soggette, nel luogo o nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi delle imprese che effettuano il distacco, per quanto attiene alle materie menzionate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo; e sono soggette ai medesimi obblighi, aventi i medesimi effetti» (art. 3.8, direttiva 96/71). Cfr. Pallini M., *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro ha già la sua Bolkestein?*, in *RIDL*, 2006, 2.

¹⁷³ Commissione, COM (2003) 458, par. 4.1.2.1.

¹⁷⁴ Cfr. CGUE 25.10.2001, *Finalarte Sociedade de Construcao Civil Ld*, su cui v. Davies P., *The Posted Workers Directive and The EC Treaty*, in *Industrial Law Journal*, 2002, 302.

¹⁷⁵ Così Lo Faro, *op. ult. cit.*, 76. Sebbene le conclusioni dell'Avvocato Generale Mengozzi nel caso *Laval* rivelino una minima considerazione delle finalità nazionali di lotta contro il *dumping* sociale (punto 307).

Con la sentenza *Ruffert* la Corte di Giustizia, esasperando oltremodo il proprio approccio antidiscriminatorio¹⁷⁶, ha riconosciuto che: “la direttiva 96/71, interpretata alla luce dell’art. 49 CE, osta ad un provvedimento legislativo, emanato da un’autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire appalti pubblici di lavori esclusivamente alle imprese che, all’atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l’esecuzione dei lavori oggetto di appalto, perlomeno la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo applicabile nel luogo dell’esecuzione di questi ultimi, in quanto detta retribuzione non sia stata fissata secondo una delle modalità di cui all’art. 3, nn. 1 e 8, della direttiva» (36-43)¹⁷⁷.

Per tale via, il “*quarantonovismo*”¹⁷⁸ cannibalizza l’art. 39 TCE (oggi art. 45 TFUE).

D’altra parte, che negli appalti «transfrontalieri» (*i.e.* di rilevanza comunitaria) i *labour standards* debbano (ancora) fare i conti con la direttiva 96/71 trova conferma nei considerando della nuova direttiva appalti (2014/24/UE)¹⁷⁹; sebbene non sia possibile trascurare che la maggiore “sensibilità sociale” dell’ordinamento eurounitario abbia fatto breccia anche in questo ambito, ove la comparazione di linguaggi con il testo della direttiva previgente (2004/18), a ben vedere, consente di registrare un lieve

¹⁷⁶ In tal senso Orlandini, *op. cit.*, 573-574, che rileva come nella specie sia stata (inopportuna) censurata una mera condizione di aggiudicazione di un appalto pubblico, indistintamente applicabile anche agli operatori economici nazionali che partecipano alla procedura, piuttosto che un’impropria estensione dell’efficacia del contratto collettivo. Nel ragionamento del Giudice europeo il contrasto tra la normativa in esame e l’ordinamento comunitario poggia anche sulla circostanza per cui la legge del *Land* di Bassa Sassonia si applica solo agli appalti pubblici e non anche a quelli privati. In altre parole, per la CGUE è determinante la sostanziale differenziazione tra la protezione accordata ai lavoratori impiegati in un appalto pubblico e quella riconosciuta ai lavoratori che eseguono una prestazione analoga nel settore privato.

¹⁷⁷ Sul caso *Ruffert* cfr. De Salvia A., *Non c’è due senza tre: la corte di giustizia nel caso Ruffert*, in *ADL*, 2008, 6, 1415.

¹⁷⁸ L’espressione è di Lo Faro, *op. ult. cit.*, 69. In tal modo, rischia di tramontare la prospettiva giuslavorista di applicare un unico statuto ai lavoratori migranti, a prescindere dalle diverse fattispecie di mobilità che sono astrattamente ipotizzabili, basato sul principio della parità di trattamento con i lavoratori dello Stato ospitante.

¹⁷⁹ In particolare, v. considerando 37 e 98.

cambiamento di rotta¹⁸⁰; che, a fini interpretativi, potrebbe anche essere valorizzato tenendo conto del “*social approach*” di cui si è già parlato nelle pagine precedenti.

La normativa di recepimento della direttiva 96/71 (*i.e.* il d.lgs. 72/2000), dal canto proprio, aumenta la distanza tra gli ordinamenti; tant’è che in dottrina si è denunciato che: “*Il d.lgs. n. 72/2000 [...] rappresenta una delle più neglette normative di diritto del lavoro adottate negli ultimi anni*”¹⁸¹, perché impone all’impresa straniera stabilita in un altro Stato membro il rispetto delle «medesime condizioni di lavoro previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, nonché dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative a livello nazionale, applicabili ai lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui i lavoratori distaccati svolgono la propria attività in posizione di distacco» (art. 3). In altri termini, la scelta del legislatore italiano di introdurre nell’ordinamento il principio della *parità di trattamento* dei lavoratori distaccati - spostando, sostanzialmente, i confini tra libera circolazione dei lavoratori e libera circolazione dei servizi, per come tradizionalmente tracciati dalle Istituzioni europee - è antitetica rispetto al principio dello stato d’origine (salve le eccezioni specificamente

¹⁸⁰ Il considerando 34 della direttiva 2004/18 prevedeva, perentoriamente, che: « [...] nelle situazioni transfrontaliere, in cui lavoratori di uno Stato membro forniscono servizi in un altro Stato membro per la realizzazione di un appalto pubblico, la direttiva 96/71/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi, stabilisce le condizioni minime che devono essere rispettate nel paese ospitante nei confronti di detti lavoratori distaccati». Diversamente, in generale, nella nuova direttiva viene fissato un principio che potrebbe assurgere a canone interpretativo secondo cui la clausola di conformità al diritto dell’UE e agli accordi internazionali (elencati nell’allegato X) delle misure sociali nazionali, «tuttavia [...] non dovrebbe in alcun modo impedire l’applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori» (considerando 37); e, con riferimento alla direttiva 96/71 la perentorietà diviene più *soft* e viene declinata in funzione della parità di trattamento («le misure [...] si dovrebbero applicare conformemente alla direttiva 96/71 [...] e in modo da garantire la parità di trattamento [...]»); e poi ancora: « [...] I requisiti riguardanti le condizioni di lavoro fondamentali disciplinate dalla direttiva 96/71/CE, quali le tariffe minime salariali, dovrebbero pertanto rimanere al livello stabilito dalla legislazione nazionale o da contratti collettivi applicati in conformità del diritto dell’Unione nel contesto di tale direttiva» (considerando 98).

¹⁸¹ Così Orlandini, *op. ult. cit.*, 580.

contemplate dalla direttiva 96/71) intorno al quale, invece, è stata forgiata la disciplina comunitaria delle prestazioni transnazionali di servizi¹⁸².

Allo stesso modo, gli artt. 87, c. 3¹⁸³, 118, c. 6¹⁸⁴, d.lgs. n. 163/2006 (c.d. "codice dei contratti pubblici") e l'36, c. 1 dello Statuto dei lavoratori¹⁸⁵ - che, *de facto*, impongono, con formule diverse, l'applicazione dei contratti collettivi da parte degli aggiudicatari di appalti, concessioni e agevolazioni pubbliche - esprimono una dimensione "promozionale" dei contratti pubblici troppo spinta rispetto a i limiti posti dalla *posted workers directive*: non v'è chi non sappia che il sistema italiano di contrattazione collettiva è attualmente privo dei requisiti di efficacia *erga omnes* (ovvero comunque di «estensione generalizzata»), che sono richiesti dalla 96/71 perché sia comunitariamente tollerabile un siffatto obbligo di rispetto degli accordi sindacali¹⁸⁶.

Se tali sono le premesse di diritto positivo, sarebbe lecito attendersi il manifestarsi di un diffuso contenzioso tra le imprese degli Stati *newcomers*, che pretendono di accedere al mercato interno degli appalti pubblici, e le amministrazioni aggiudicatrici, partendo dalla rivendicazione dell'applicazione delle regole dello Stato d'origine, con inevitabile coinvolgimento della Corte di Giustizia in sede di interpretazione pregiudiziale. Eppure, l'analisi della giurisprudenza amministrativa in materia di

¹⁸² Per un approfondimento sulle delocalizzazioni e l'appalto transnazionale v. M.T. Carinci, *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT, 44/2006.

¹⁸³ «Non sono ammesse giustificazioni (*dell'offerta*) in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge». Corsivo e parentesi ns.

¹⁸⁴ «L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni; è, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto [...]».

¹⁸⁵ «Nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dallo Stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata e nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona».

¹⁸⁶ Per un'approfondita analisi del sistema sindacale italiano v. Caruso B. - Alaimo A., *Diritto sindacale*, Il Mulino, 2012.

affidamenti di contratti pubblici rivela che: a) allo stato, si registra un solo caso edito in cui l'applicazione a un'impresa straniera di condizioni eccedenti i trattamenti minimi ex direttiva 96/71 sia stata ritenuta in contrasto con l'ordinamento comunitario (sebbene ivi il giudice amministrativo non abbia affrontato direttamente il problema dell'applicazione dei contratti collettivi di lavoro)¹⁸⁷; 2) *ex adverso*, le condizioni dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici costituiscono sovente un *casus belli* tra imprese nazionali e stazioni appaltanti, che "danno vita" attraverso i capitoli speciali d'appalto alle clausole normative di applicazione dei contratti collettivi.

Le soluzioni giurisprudenziali mostrano - anche in questo caso - una "ritrosia" del ceto nei confronti del diritto eurounitario. Tant'è che, in misura prevalente, i giudici amministrativi, lungi dall'adottare interpretazioni conformi o adeguatrici¹⁸⁸, consentono al dato normativo di deflagrare in tutta la sua potenzialità esplosiva: il rispetto dei contratti collettivi di lavoro costituisce condizione di partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento; ovvero, in ogni caso, rappresenta un parametro di anomalia dell'offerta economica, ai sensi dell'art. 86, d.lgs. 163/2006, che non può, comunque, derogare ai minimi salariali.

In tal senso, assume - per esempio - valore paradigmatico un precedente del T.A.R. Veneto¹⁸⁹ che, sulla scia di una giurisprudenza consolidata¹⁹⁰, con una motivazione *tranchant*, ha riconosciuto che la dichiarazione con cui l'impresa concorrente afferma che, in caso di aggiudicazione, applicherà un Ccnl diverso da

¹⁸⁷ T.A.R. Trentino Alto Adige, Bolzano, 19.04.2005, n. 140, confermata da Cons. Stato, sez. IV, 1.03.2006, n. 928. In particolare, si è trattato di disapplicare l'art. 47 della legge 6/1998 della Provincia di Bolzano, per contrasto con l'art. 49 TCE, nella parte in cui imponeva alle imprese stabilite fuori dal territorio nazionale l'obbligo di versare i contributi alla locale Cassa edile, a fronte della sostanziale equipollenza degli obblighi e delle prestazioni previdenziali nel Paese d'origine (l'Austria). Per una riflessione sull'assenza di contenzioso in merito v. Orlandini, *op. ult. cit.*, 580.

¹⁸⁸ Come suggerito da Orlandini, *op. ult. cit.*, 581.

¹⁸⁹ T.A.R. Veneto, sez. I, 9.01.2012, n. 4.

¹⁹⁰ Conf., *ex pluribus*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *quater*, 7.04.2010, n. 5759; T.A.R. Piemonte, sez. I, 25.10.2008, n. 2687.

quello richiesto dalla *lex specialis*¹⁹¹ costituisce causa di esclusione dalla procedura¹⁹². In altre pronunce la magistratura si è spinta oltre, allorché ha ritenuto illegittima l'applicazione di un certo Ccnl perché non attinente alla fattispecie contrattuale posta a base di gara (¹⁹³), anche a prescindere dalle previsioni del capitolato, “[...] per cui l'unica ragione che può individuarsi a base della scelta di un contratto collettivo che concerne attività sostanzialmente distinte è quella del suo costo, che ha consentito la formulazione di un'offerta sicuramente più vantaggiosa, ma ciò, oltre ad essere ovviamente non consentito, è altresì notevolmente pericoloso per il prosieguo delle prestazioni”¹⁹⁴.

Ebbene, sia che la motivazione poggi su una difesa della “parità delle armi” tra i concorrenti¹⁹⁵, ovvero si basi sulla tutela della regolarità formale nelle gare d'appalto; sia che la spiegazione dei provvedimenti giudiziari risieda nell'anomalia dell'offerta incongrua rispetto al costo del lavoro secondo le tabelle contrattuali (con conseguente imposizione surrettizia degli accordi collettivi di settore¹⁹⁶), il risultato finale è il medesimo: stando ai prevalenti orientamenti dei giudici amministrativi, tutti gli operatori economici che concorrono per l'aggiudicazione di un contratto pubblico nel territorio dello Stato sono tenuti a conformarsi ai contratti collettivi in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni, tanto in sede di predisposizione dell'offerta economica, tanto in fase di esecuzione del contratto. In

¹⁹¹ L'art. 11 del CSA prevedeva l'obbligo per il prestatore del servizio di applicare integralmente al personale impiegato tutte le disposizioni normative e retributive contenute nel Ccnl del settore telecomunicazioni-tlc/servizi.

¹⁹² Per il resto, la motivazione è asfittica e il ragionamento logico-giuridico sfuggente: non è chiaro, per esempio, se per il giudice l'esito sarebbe potuto essere diverso in mancanza di un'esplicita previsione del CSA

¹⁹³ In alcuni casi la magistratura amministrativa ha pure “riesumato” la tesi della perdurante vigenza dell'art. 2070 c.c. al fine di individuare il Ccnl applicabile all'impresa, v. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 18.06.2007, n. 5265, confermata in sede d'appello dal Consiglio di Stato, sez. VI, 18.03.2008, n. 1139.

¹⁹⁴ Cons. Stato, sez. V, 6.10.2010, n. 7332.

¹⁹⁵ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *quater*, 7.04.2010, n. 5759; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 11.12.2008, n. 3130.

¹⁹⁶ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 24.9.2009, n. 680; T.A.R. Marche, 7.02.2006, n. 39. Sulla legittimità dell'esclusione dell'offerta economica non congrua rispetto al costo del lavoro ai sensi del Ccnl, pur nel silenzio dei documenti di gara sul contratto collettivo applicabile, v. Cons. Stato, sez. V, 18.10.2010, n. 5820.

definitiva, essi non possono conseguire vantaggi concorrenziali attraverso il *dumping* salariale e normativo.

E' pur vero che è possibile rinvenire alcuni timidi interventi dissonanti, e sparuti (ma inefficaci) sforzi di chiarimenti¹⁹⁷; ma è, altresì, difficile negare che la prassi diffusa delle stazioni appaltanti e le interpretazioni della giurisprudenza maggioritaria - per quanto socialmente "avanzate" - armino pericolosamente il potenziale bellico della normativa di recepimento, contribuendo a caricare una "pistola fumante" che attende che un'impresa di uno Stato *newcomer* sollevi le proprie obiezioni per essere innescata¹⁹⁸.

Per di più, con particolare riferimento alle clausole salariali, il quadro è stato ulteriormente complicato dal legislatore che - con l'art. 32, c. 7-bis, d.l. 21.06.2013, n. 69 - ha introdotto il comma 3-bis all'art. 82, d.lgs. 163/2006 (rubricato «Criterio del prezzo più basso»), con il quale viene stabilito specificamente che: «Il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra

¹⁹⁷ Cons. Stato, sez. V, 14.02.2012, n. 727, ove, apoditticamente e incidentalmente, si afferma che l'imposizione da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice di uno specifico Ccnl costituirebbe un'inammissibile ingerenza nella conduzione dell'appalto. L'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP), con il parere 6.07.2011, AG 15/2011, in *www.avcp.it*, investita di un parere sull'ammissibilità di clausole che impongono agli operatori economici l'applicazione di uno specifico contratto collettivo ai fini dell'ammissione alla gara, ha fornito indicazioni contraddittorie e non risolutive: partendo da un'ampia riflessione generale sul tema, e dando atto dell'esistenza di orientamenti giurisprudenziali contrapposti, l'AVCP se l'è cavata alla fine attraverso una risposta "pilatesca", circoscritta al problema dell'applicazione del contratto di settore a una società cooperativa, che però conferma indirettamente la tolleranza dell'imposizione (surrettizia) dei contratti collettivi di diritto comune

¹⁹⁸ Vi è una certa analogia tra la legislazione del Land Bassa Sassonia, messa sotto accusa nel caso *Ruffert*, e la normativa italiana: «E' consentita l'aggiudicazione di appalti per lavori edili solo alle imprese che, alla presentazione dell'offerta, si impegnino per iscritto a corrispondere ai loro dipendenti, per le rispettive prestazioni, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo ed al tempo dell'effettuazione di tali prestazioni [...]» (art. 3, n. 1, legge tedesca); «[...] Non saranno prese in considerazione le offerte sprovviste della seguente documentazione: [...] 3. Dichiarazione di rispetto del contratto collettivo secondo l'art. 3» (art. 6). Orlandini, *op. ult. cit.*, 573 e 581, prova a ridimensionare contrasto tra ordinamenti, ritenendo di «generale applicazione», ai sensi dell'art. 3.8, direttiva 96/71, quantomeno i minimi retributivi fissati dalla contrattazione collettiva, e richiamando a tal fine l'*acquis nationale* sulla giustiziabilità dell'art. 36 Cost., attraverso l'art. 2099 c.c. e il parametro sindacale. V. anche Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *LD*, 2008, 48, che invita, seppur problematicamente, a non adottare un approccio eccessivamente formalistico che finirebbe per svantaggiare le imprese italiane e a considerare la realtà fattuale della diffusione dei contratti collettivi e del peso delle organizzazioni firmatarie.

le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro». Si tratta di una regola per la definizione dei criteri di aggiudicazione degli appalti pubblici, che sostanzialmente è volta a impedire il ribasso sul costo del personale; vincolando indirettamente gli offerenti alle rispetto dei trattamenti salariali previsti dai contratti collettivi.

Pur tuttavia, recentemente, la norma è stata disapplicata dal T.A.R. Palermo (sentenza 16.07.2014, n. 1882), perché l'esclusione automatica del concorrente che si sia discostato dal costo della manodopera predeterminato dalla stazione appaltante arrecherebbe *“un vulnus alla tutela della concorrenza”*. Infatti, *“l'art. 55 della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 prevede in maniera esplicita che le imprese devono poter giustificare l'ammontare della propria offerta anche in relazione agli oneri nascenti dal rispetto delle «disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro vigenti nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione»”*. La motivazione risulta estremamente basilare, specie laddove trascura l'interazione con i principi di liberalizzazione e con la direttiva 96/71. Il *deficit* di approfondimento scientifico rende difficile immaginare che tale decisione possa assurgere a *leading-case*; per quanto, in ogni caso, la progressiva metabolizzazione dei principi eurounitari sui trattamenti contrattuali sembri ineluttabile.

Diversamente che per le clausole di assorbimento, non sembra che i *wishful thinking* sull'evoluzione della *governance* sociale possano aprire un varco - al di fuori del percorso tracciato dalla direttiva 96/71 - per implementare le clausole sui *labour standards*; perlomeno, sin tanto che rimane in piedi l'impianto (e il bilanciamento *upstream*) della *posted workers directive*. Eppure, tra le pieghe del diritto eurounitario

sembrano annidarsi dei profili aporetici di regolazione, che potrebbero sollecitare una revisione dei principi sul trattamento dei *posted workers*¹⁹⁹; riportando altresì d'attualità la proposta giuslavorista di un unico statuto per i lavoratori migranti, imperniato sul principio di parità di trattamento²⁰⁰.

Senza scomodare i *decision-makers* europei, comunque, un'efficace risposta interna alla minaccia rappresentata dal principio dello Stato d'origine potrebbe essere a portata di mano se il legislatore e le parti sociali decidessero finalmente di affrontare, senza remore e pregiudiziali ideologiche, i limiti intrinseci del sistema di relazioni sindacali; approntando una soluzione normativa per l'efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva, sì da superare a monte la condizione comunitaria ostativa all'estensione dei trattamenti contrattuali alle imprese straniere che prestano servizi in Italia²⁰¹.

§7. Riflessioni conclusive.

Nelle pagine che precedono si è provato a rappresentare che gli obiettivi protettivi e promozionali delle clausole sociali trovano "copertura" nel diritto comunitario. Diversamente, le *labour standard clauses*, per quanto astrattamente funzionali alla narrazione laburista sull'aggiornamento delle categorie classiche (dalla norma inderogabile, alla parità di trattamento), allo stato, si scontrano con il diritto derivato.

¹⁹⁹ In breve, il riferimento è *in primis* all'oggettiva difficoltà di assicurare "effettività" alla direttiva 2008/14 (sul lavoro mediante agenzia), rispettando contestualmente la direttiva 96/71, su cui v. *infra* § II.4.

²⁰⁰ Sulla necessità di superare a monte lo scivolamento della mobilità transnazionale dei lavoratori europei dall'art. 39 all'art. 49 del TCE, e conseguentemente la c.d. formula *Sager*, si dà poter applicare a «chiunque svolga in un medesimo luogo una medesima prestazione di lavoro», cfr. Lo Faro, *op. cit.*, 90. Sulla circolazione transnazionale dei servizi e il conflitto tra Stati *newcomers* e Stati importatori cfr. Hepple B., *Labour Laws and Global Trade*, in *Hart Publishing*, Oxford, 2005.

²⁰¹ Per una critica del sistema contrattuale italiano v. Carinci F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, 133/2011.

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 teoretico esasperatamente “post-modernista”, che produce una (auto)ghettizzazione della scienza giuridica nel ruolo di semplice esegeta della giurisprudenza²⁰² (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 tipo neoliberale. Va da sé che secondo una logica “mercataista”, 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 un disvalore²⁰³.

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

²⁰² Per un’analisi recente delle tendenze della cultura giuridica v. Libertini M., *La ricerca giuridica in Germania. Uno sguardo dall’Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 1, 121-131, che pone in correlazione il postmodernismo con il nichilismo giuridico che secondo l’A. è largamente praticato, sebbene non ufficialmente professato nella produzione dottrinale: “*La mentalità postmoderna (molto diffusa perché rientra nel mainstream della cultura occidentale) porta a impostare ricerche giuridiche che si limitano ad esercitare l’arte del commento a decisioni giurisprudenziali e (talora) alle retoriche che esse esprimono, o che svolgono «variazioni sul tema» su tali retoriche, muovendosi talora in un orizzonte ordinamentale indeterminato*”, 128.

²⁰³ Cfr. Orlandini G., *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2013, 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 (così Pagano U., *Property rights, asset specificity, and the division of labour under alternative capitalist relations*, in *Cambridge Journal of Economics*, 1991. V. anche Deakin S., Wilkinson F., *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *DLRI*, 1999, 587 ss.

favore di quello che, efficacemente, viene definito “*neowelfarismo liberale*”²⁰⁴. Con tale espressione si intende descrivere la sintesi ideologica che unisce i nuclei centrali della tradizione liberaldemocratica e di quella socialdemocratica, in una 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 contrastanti²⁰⁵.

Sebbene il potenziale trasformativo di tale approccio “*sia attualmente imbrigliato dal rigorismo delle autorità economiche europee e internazionali*”²⁰⁶, 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*²⁰⁷, attraverso strumenti che determinino un riequilibrio tra tutele nel (e del)

²⁰⁴ Per un “manifesto” del pensiero neowelfarista liberale v. Ferrera M., *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in *Stato e mercato*, 2013, 97, 3 ss.; Vandembroucke F., *Europe: The Social Challenge. Defining the Union’s social objective is a necessity rather than a luxury*, in *OSE Opinion Paper*, 2012, 11; Sabel C.F. – Zeitlin J. (a cura di), *Experimentalist Governance in the European Union. Towards a New Architecture*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Non v’è dubbio che il “padre nobile” del paradigma filosofico egualitarista-liberale sia stato Rawls J. (per tutti, v. Rawls J., *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1971).

²⁰⁵ Cfr. Freedman M., *European liberalism*, in *European Journal of Political Theory*, 2008, 7, 9, 9-30; Magnette P., *The Fragility of Liberal Europe*, in *European Political Science*, 2009, 8, 190-200.

²⁰⁶ L’espressione è di Ferrera M., *op. ult. cit.*, 31.

²⁰⁷ Per un recente intervento sul tema della *flexicurity* v. Heyes J., *Flexicurity in crisis: European labour market policies in a time of austerity*, in *European Journal of Industrial Relations*, 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”.IT – 141/2012*; in precedenza, Caruso B. – Massimiani C., *Prove di democrazia in Europa: la “flessicurezza” nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in *DLM*, 2007, 457 ss.; Ales E., *Modello sociale europeo e flexicurity: una sorta di “patto leonino” per la modernizzazione*, in *DLM*, 2007, 523 ss. Per alcuni spunti sul diritto del lavoro europeo al tempo della crisi, di recente, Sciarra S., *Common places, new places. The labour law rhetoric of the crisis*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT – 92/2012*.

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*”²⁰⁸, nella cui prospettiva “*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*”²⁰⁹; 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*”²¹⁰ 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 della dottrina neowelfarista liberale, 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 economici²¹¹.

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

²⁰⁸ Pessi R., *Persona e impresa nel diritto del lavoro*, in *Dritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell’Olio*, 2008, 2, 14.

²⁰⁹ Del Punta R., *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001, 3 ss.

²¹⁰ Pessi R., *op. ult. cit.*, 3. Per le riflessioni sul tema di Persiani M. v. *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004, 89 e ss. In questa prospettiva, v. Deakin S. – Wilkinson F., *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *DLRI*, 1999, 587 ss., 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.

²¹¹ Già prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona la CGUE nel citato caso *Viking* dava atto che: “[...] la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall’art. 136, primo comma, CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, un protezione sociale adeguata e il dialogo sociale” (punto 79).

archetipo del diritto del lavoro del terzo millennio, come controlimito alle spinte deregolative dell'Ordine economico globale²¹².

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 servizi²¹³, e la natura virtualmente "protezionistica" delle misure di tutela del diritto del lavoro nazionale²¹⁴. 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 europei²¹⁵, si tratterà di accertare se gli effetti "restrittivi" delle misure di protezione sociale siano diretti, indiretti o meramente ipotetici; "o meglio

²¹² Per una recente analisi del tema del bilanciamento in relazione alla crisi epocale e al paradigma giuslavoristico v. Caruso B., *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, di prossima pubblicazione in *Lavoro e diritti nella crisi europea*, Caruso B. - Fontana G., Mulino, 2014.

²¹³ Si rammenta che la direttiva di riferimento è la 2006/123 (c.d. direttiva *Bolkestein*), il cui art. 16 (che a ben vedere non si discosta significativamente dalla criticata versione originaria, che esplicitava la c.d. clausola del Paese d'origine), in sostanza, prevede che a una impresa sia garantito il libero accesso sul territorio di uno Stato membro se: a) questa non è obbligata a rispettare la normativa vigente; b) ovvero, si applica il principio del Paese d'origine. Gli Stati possono derogare, imponendo quali requisiti «necessari» soltanto quelli «giustificati da esigenze di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente», contrapponendosi tale formula a quella storicamente adoperata nella giurisprudenza della CGUE sull'art. 49 TCE ("*esigenze imperative di interesse pubblico*"). Pur tuttavia, l'art. 1.6 prevede che la direttiva: «non pregiudica [...] le disposizioni giuridiche o contrattuali che disciplinano le condizioni di occupazione, le condizioni di lavoro [...] e i rapporti tra datori di lavoro e lavoratori»; e l'art. 16.3 che allo Stato ospitante, conformemente al diritto comunitario, «non può essere impedito di applicare [...] le proprie norme in materia di condizioni di occupazione, comprese le norme che figurano negli accordi collettivi». In termini condivisibili, Orlandini G., *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in *Il lavoro subordinato*, Sciarra S. - Caruso B. (a cura di), in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Ajani G. - Benacchio G.A. (diretto da), 577-578, rileva che i pericoli di *dumping* e di concorrenza al ribasso tra mercati del lavoro, in effetti, rimangono invariati dopo l'approvazione della *Bolkestein*; in termini non dissimili, v. Pallini M., *La Direttiva Bolkestein non ha peccati se non...l'ignava*, in *Biblioteca delle libertà*, in URGE - Biblioteca delle libertà, 2007, XLII, 186, 107 e ss.

²¹⁴ Più in generale, Pessi R., *op. ult. cit.*, 3, richiamando le riflessioni di Del Punta ricorda che "il diritto del lavoro si è sempre caratterizzato per una dialettica costante tra i valori e le norme, tanto da poter essere riportato alla categoria weberiana del diritto materiale, espressione della razionalità rispetto al valore". Ne discende che l'apertura cognitiva verso l'esterno appartiene allo statuto assiologico della materia chiamata, appunto, a razionalizzare eticamente i valori prodotti dalla società e dalle scienze che ne elaborano il processo genetico".

²¹⁵ 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 comunitario, v., CGUE, 28.02.1991, C-312/89, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c. SIDEF-Conforama, Arts et meubles, JIMA*; CGUE 28.02.1991, C-332/89, procedimento penale c. *André Marchandise, Jean-Marie Chapuis, SA Trafitec*; CGUE 16.12.1992, C-169/91, *Council of the City of Stoke-on-Trent and Norwich City Council c. B & Q plc*.

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]"²¹⁶; 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 contesto²¹⁷; ne consegue la parcellizzazione degli esiti del sindacato e la difficoltà di prognosi generali per categorie di fattispecie, fatti salvi i casi di patologie "auto-evidenti"²¹⁸.

²¹⁶ Carabelli U. – Leccese V., *op. ult. cit.*, 21.

²¹⁷ Com'è noto, idoneità, necessità e proporzionalità *strictu sensu* sono gli indici in base ai quali si manifesta il controllo di proporzionalità da parte della Corte di Giustizia, senza, tuttavia, che essi si compongano in una nozione stabile del principio in parola. Secondo Tridmas T, *The general principles of EC law*, Oxford European Union Law Library, 2006, 6, 91 ss., sebbene la giurisprudenza comunitaria procede alla verifica della proporzionalità in base a un *test* tripartito (necessità, idoneità e proporzionalità *strictu sensu*), "in practice the Court does not distinguish in its analysis between the second and the third test". L'approccio pragmatico della CGUE 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 W., *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*, 1999, Hart Publishing, Oxford, 37-63 secondo cui, infatti, "Proportionality remains a vague concept", cit., 60.

²¹⁸ Sembra questo il caso delle misure promozionali previste dagli artt. 34 e 35 della legge di stabilità 2014 della Regione Siciliana (legge n. 5/2014), nella parte in cui prescrivono l'obbligo per l'amministrazione regionale, i servizi sanitari, le società partecipate e gli enti regionali di inserire nei bandi di gara apposita clausola che contempra l'onere di riservare il 20% delle assunzioni a particolari categorie di lavoratori (appartenenti al bacino dei c.d. "P.I.P." (che provengono dai piani di inserimento professionale a carattere regionale), e al bacino dei soggetti utilizzati nei cantieri di servizi di cui all'articolo 1 della legge regionale 19.05.2005, n. 5). In disparte gli oggettivi dubbi in ordine all'esatta portata di tale obbligo - non è chiaro se: i. l'onere riguardi solo eventuali nuove assunzioni; ii. il 20% sia un dato complessivo, per entrambe le categorie, ovvero se tali percentuali debbano essere apprezzate separatamente (20% + 20%) -, tali norme, *ictu oculi*, non dovrebbero superare il vaglio di proporzionalità, laddove trascurano del tutto il temperamento con le libertà economiche, sotto il profilo della valutazione di compatibilità in concreto tra profili professionali dei lavoratori "protetti", oggetto dei singoli contratti pubblici e organizzazione dell'impresa affidataria.

Nella sentenza *Commissione c. Germania* del 2010²¹⁹, 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 comunitario, la pronuncia ha confermato incidentalmente "la possibilità che il bando di gara imponga agli offerenti interessati condizioni che rispondano agli interessi dei lavoratori coinvolti"²²⁰. Nel dettaglio, la CGUE 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 pubblici²²¹.

²¹⁹ CGUE, 15.07.2010, 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.

²²⁰ Punto 56.

²²¹ "Si pone dunque la questione relativa al temperamento delle esigenze connesse alla realizzazione dell'obiettivo sociale perseguito nella fattispecie dalle parti della negoziazione collettiva con quelle derivanti dalle direttive 92/50 e 2004/18 [...]norma suddetta finisce per escludere completamente, e a tempo indeterminato, l'applicazione delle norme dettate dalle direttive 92/50 e 2004/18 nel settore della previdenza complementare dei dipendenti comunali [...]Occorre però rilevare che è possibile conciliare l'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti con quella di meccanismi, previsti, in particolare, dalla legislazione sociale tedesca, i quali garantiscano la partecipazione, in seno all'amministrazione o azienda comunale interessata, dei lavoratori o di loro rappresentanti all'adozione delle decisioni riguardanti la scelta dell'organismo o degli organismi ai quali sarà affidata l'attuazione del sistema di conversione salariale [...] il rispetto delle direttive in materia di appalti pubblici di servizi non risulta inconciliabile con la realizzazione della finalità sociale perseguita dalle parti firmatarie del TV-EUmw/VKA nell'esercizio del loro diritto di negoziazione collettiva" (punti 51, 55 e 56). La Corte, peraltro, esclude che si tratti di un *revirement* rispetto al caso *Albany* (CGUE 21.09.1999, C-67/96, *Albany International BV / Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*): "È pur vero che, segnatamente nelle citate sentenze *Albany* e *van der Woude*, la Corte ha statuito che, malgrado gli effetti restrittivi della concorrenza ad esso inerenti, un accordo collettivo concluso tra le organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori, il quale istituisca, in un settore determinato, un regime pensionistico complementare gestito da un fondo pensioni, l'affiliazione al quale è obbligatoria, non ricade sotto le previsioni dell'art. 101, n. 1, TFUE. Tuttavia, un ragionamento siffatto non pregiudica in alcun modo la diversa questione, che si pone nel presente procedimento, relativa al rispetto, ai fini della designazione degli organismi assicurativi incaricati dell'attuazione del sistema di conversione salariale di cui trattasi, delle norme dell'Unione riguardanti l'applicazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici, nell'ambito di un contratto collettivo di lavoro applicabile a datori di lavoro pubblici" (punti 45-46).

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. E’ 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 ponderazione²²² - sarebbe quantomeno discutibile invocare, ai nostri fini, in termini ieratici i risultati del bilanciamento dei citati casi *Viking*, *Laval* e *Ruffert*, come espressione di un’irredimibile asimmetria *pro-market*: nella prima decisione la CGUE, confermando che la tutela dei lavoratori può giustificare la restrizione di una libertà economica, a ben vedere, ha rimesso al giudice nazionale il *test* di proporzionalità²²³; 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 comunitario²²⁴. In altre parole, si incorrerebbe in un salto logico a voler sostenere semplicisticamente che le conclusioni di tali arresti

²²² Che, tuttavia, appare determinante: il passaggio dall’ “efficacia politica” all’ “efficacia giuridica” della Carta di Nizza dovrebbe segnare il passaggio dal “riconoscimento” alla “affermazione” dei diritti sociali; in tal senso, rispetto ai casi *Laval* e *Viking*, Caruso B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 61/2008, 24 ss., spiega con efficacia come, probabilmente, l’operazione di bilanciamento in concreto ivi effettuata dalla CGUE sia stata condizionata dalla circostanza che la Carta di Nizza non fosse ancora assurta a fonte normativa; e che, pertanto, i diritti sociali, seppur menzionati e riconosciuti a livello interpretativo, rimanevano in uno stadio di mera “enunciazione”.

²²³ Caruso B., *op. ult. cit.*, 38 e ss., rileva come però la Corte, dopo aver rimesso al giudice nazionale il *test* di proporzionalità, alla fine, risolva 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*” (*Viking*, punti 86 ss.).

²²⁴ Di recente, l’*European Committee of Social Rights*, istituito nell’ambito del Consiglio d’Europa per monitorare il rispetto della Carta sociale europea da parte degli Stati membri, a seguito del reclamo presentato dalle Confederazioni sindacali svedesi avverso le modifiche apportate dal legislatore nazionale in conseguenza della sentenza *Laval*, con la decisione del 3.07.2013, in www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/Complaints/CC85AdmissMerits_en.pdf, ha concluso che la normativa di adeguamento è in contrasto con gli artt. 6§2, 6§4, 19§4 a) e b) della Carta, perché introduce limitazioni eccessive al diritto di sciopero e di contrattazione collettiva

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 fattori di tipicità estrinseci” ai principi di diritto ivi affermati²²⁵; e d'altronde, a ben vedere, rispetto all'ipotetico conflitto delle clausole di tipo occupazionale con la disciplina comunitaria 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. 2.1 della stessa direttiva²²⁶; con conseguente inapplicabilità, *ratione personae*, della 96/71 e ri-espansione dei principi generali del bilanciamento.

Recentemente, la CGUE, nel caso *Bundesdruckerei GmbH c. Stadt Dortmund* (18.09.2014, 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

²²⁵ Il corsivo è di Caruso B., *op. ult. cit.*, 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 CGUE, i lavoratori lettoni non avrebbero potuto comunque beneficiare.

²²⁶ «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».

l'offerente non intendeva eseguire l'appalto mediante distacco transnazionale di lavoratori - è giunta a dichiarare l'illegittimità della misura sociale in questione, per contrasto con l'art. 56 TFUE.

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, nonostante costituisca 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" (punto 31). Piuttosto, il giudizio è dipeso da un'applicazione - anche in questo caso, come in *Ruffert* - "esasperata" (e irragionevole) della tutela antidiscriminatoria²²⁷; 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" (par. 34). Per quanto la soluzione possa sembrare un assist alle pratiche di *dumping*, essa non infierisce 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

²²⁷ "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)" (punto 32).

“delocalizzazione” 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 CGUE di non aver sanzionato l’abuso delle libertà economiche²²⁸, ma in tal guisa, probabilmente, si chiederebbe troppo al Giudice europeo, ossia di spingersi sino a difendere i 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 cogliere l’imprescindibilità di un apporto proattivo dei giuristi per impiegare la crescente “fertilità sociale” dell’ordinamento comunitario²²⁹, al fine di promuovere un riposizionamento razionale del diritto del lavoro nell’ambito dei processi - in atto - di integrazione delle politiche economiche degli Stati membri²³⁰. 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” e tenendo

²²⁸ 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.

²²⁹ Caruso B., *op. ult. cit.*, 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”.

²³⁰ 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); «*Two Pack*» (proposto dalla Commissione nel 2011 e adottato nel 2013); «*European Stability Mechanism*» (febbraio 2012); «*Fiscal Compact*» (marzo 2012). Secondo Morrone, *op. cit.*, 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 «costituente», potendo imprimere una diversa direzione all’europa process, verso un’unità economica non limitata ai vincoli di bilancio, ma implicante anche politiche fiscali e di protezione sociale comuni”. Per un’analisi del bilanciamento operato dalla Corti nazionali nel giudizio sulle misure finanziarie anti-crisi, v. Contiades X. (a cura di), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Ashgate, Farnham, 2013; Lo Faro A., *op. cit.* nt. 19.

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”*. Da tale angolazione, 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”*²³¹.

²³¹ I corsivi si riferiscono a Caruso B., *op. cit.* nt. 212. In termini critici sulla “condizionalità” e sulle prospettive dell’integrazione sociale v. Giubboni S., *Europe’s crisis-law and the welfare state – A critique*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT, 109/2014, che parla di *“de-socialisation processes”*; Fontana G., *Crisi economica ed effettività dei diritti in Europa*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT, 104/2014.

Capitolo II

La somministrazione di lavoro: uno strumento di *fair outsourcing*?

§1. Il cubo di *Rubik*. Breve cronistoria dell'interposizione di manodopera nell'ordinamento italiano. §2. La polvere sotto il tappeto. La direttiva 2008/104/CE e il decreto Poletti. §3. Il lavoro mediante agenzia nel settore pubblico. Un'epifania sulla flessibilità organizzativa? §4. Appalto *vs.* somministrazione. Un'ipotesi per un'*actio finium regundorum*.

1. Il cubo di *Rubik*. Breve cronistoria dell'interposizione di manodopera nell'ordinamento italiano.

Com'è noto, per oltre quarant'anni nell'Italia repubblicana il mercato del lavoro è stato regolato da due leggi dirette a reprimere fenomeni assimilabili dal punto di vista socio-economico: la legge n. 264/1949 impediva ai privati di gestire i servizi di collocamento; la legge n. 1369/1960 vietava l'assunzione formale di lavoratori da adibire alle effettive dipendenze di altri soggetti. In generale, veniva considerato illecito - nelle diverse forme - il fenomeno del c.d. "*marchandage du travail*", che nel linguaggio del legislatore del 1960 era definito «interposizione» o appalto di «mere prestazioni di lavoro»²³². Le ragioni dello sfavore nei confronti dell'interposizione affondavano nell'esperienza drammatica del "caporalato", quale forma diffusa di sfruttamento e reificazione del lavoratore, realizzata attraverso l'impiego formale da parte di un soggetto interposto (c.d. "caporale"), privo di consistenza imprenditoriale e solidità economico-finanziaria; che in tal guisa sollevava l'utilizzatore finale della prestazione da responsabilità e oneri. Il divieto era rigido e presidiato dalla sanzione civile dell'imputazione dei rapporti di lavoro in capo al datore di lavoro effettivo; nonché da una sanzione penale di natura contravvenzionale²³³.

²³² Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T., *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 2011, 113 ss.

²³³ E' ampia la letteratura sull'interposizione di manodopera. Tra gli altri, v. Cessari A., *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *DL*, 1961, I, 128-35; Spano S., *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965; Mazzotta O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979; De Simone G., *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Franco Angeli, Torino,

Non è ipotizzabile riepilogare in questa sede le ragioni storiche del divieto; né le interpretazioni sulla *ratio*, sull'utilità e sulla struttura dell'illecito configurato dal divieto medesimo, per come ricostruite dalla dottrina nell'arco di oltre un quarantennio. In breve, è possibile ricordare che, tradizionalmente, tutte le pattuizioni atipiche volte a realizzare - citando Carnelutti - una "*somministrazione di lavoro subordinato altrui*" siano state, in periodi e con argomentazioni diverse, ritenute incompatibili con il "tipo lavoro subordinato" di cui all'art. 2094 c.c.²³⁴. Tale lettura del fenomeno interpositorio era aderente al modello fordista del lavoro nell'impresa "monade", integrata verticalmente; e faceva *pendant* con la disciplina del lavoro del codice civile, che individua proprio nella subordinazione nell'impresa *ex art. 2094 c.c.* il modello paradigmatico di rapporto di lavoro²³⁵. Secondo un'altra nota lettura, la finalità della legge sarebbe stata altresì quella di collocare il lavoratore subordinato nell'area di tutela più affidabilmente assicurata dal soggetto che, attraverso il significativo elemento della effettiva utilizzazione della prestazione, dimostrasse maggiore consistenza imprenditoriale²³⁶. La dottrina più recente ha colto nel divieto d'interposizione di cui all'art. 1 della legge n. 1369 una regola generale di trasparenza volta a impedire "*la frammentazione della realizzazione del contenuto tipico del contratto di lavoro attraverso la dissociazione tra il momento dell'acquisizione formale della prestazione*

1995; Ichino P., *Il lavoro interinale e gli altri varchi del (muro) del divieto di interposizione*, in *DLRI*, 1998, 503 ss.; Tiraboschi M., *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999; Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, in *Il Codice Civile. Commentario Art. 2127*, Schlesinger A. (diretto da), Milano, 2000; Bonardi O., *L'utilizzazione indiretta del lavoratore. Divieto di interposizione e lavoro interinale*, Franco Angeli, Milano, 2001; Esposito M., *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Jovene, Napoli, 2002; Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2002.

²³⁴ Carnelutti F., *Contratto di lavoro subordinato altrui*, in *RDC*, 1961.

²³⁵ Il legislatore del codice prende in considerazione anche altre forme di lavoro subordinato non svolte in un contesto imprenditoriale, la cui disciplina è modulata in base alle caratteristiche dell'organizzazione del datore di lavoro e della prestazione in essa svolta; tuttavia, il lavoro nell'impresa è sempre la regola generale, che si applica lì dove non espressamente derogata e, nei limiti della compatibilità, costituisce il baricentro della disciplina della subordinazione (Speziale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, 94/2010, 5).

²³⁶ Spagnuolo Vigorita L., *Note sul "lavoro intermittente tramite agenzia"*, in *DRI*, 1992, 77 ss.

(stipulazione del contratto di lavoro) ed il momento della effettiva utilizzazione della prestazione dedotta in contratto (svolgimento del rapporto di lavoro)”²³⁷.

L’art. 1 della 1369/1960 si applicava anche nei confronti delle aziende dello Stato e degli enti pubblici, pur se gestiti in forma autonoma (art. 1, c. 4); ivi comprese le amministrazioni autonome delle ferrovie dello Stato delle poste e telecomunicazioni e dei monopoli di Stato (art. 1, d.P.R. 1192/1961, recante «Norme per la disciplina dell’impiego della mano d’opera negli appalti concessi dalle Amministrazioni autonome delle ferrovie dello Stato, dei monopoli di Stato e delle poste e telecomunicazioni»)»²³⁸.

L’ordinamento per lungo tempo non ha consentito deviazioni rispetto alla regola di biunivocità ed esclusività del rapporto tra lavoratore e datore di lavoro. Pertanto, la possibilità di avvalersi di soggetti economici esterni all’impresa per la fornitura di servizi strumentali al ciclo produttivo (*i.e.*, di “esternalizzare”) era sostanzialmente subordinata alla conclusione di un contratto di appalto *ex art.* 1655 c.c.; che, secondo la definizione codicistica, è il negozio attraverso il quale l’appaltatore non si limita a fornire manodopera all’appaltante, ma s’impegna altresì a realizzare un’opera o a fornire un servizio mediante una propria organizzazione di mezzi, strumenti e personale, sotto la propria esclusiva gestione e con assunzione in proprio del rischio d’impresa. La tipologia di appalto “lecito” si basava su un principio di parità di trattamento (retributivo e normativo) dei lavoratori impiegati rispetto a quelli dell’appaltante; e su un regime di solidarietà tra i contraenti in relazioni ai crediti retributivi dei dipendenti dell’appaltatore (art. 3, l. 1369/1960)²³⁹.

²³⁷ De Simone G., *op. cit.*, 173. La sintesi delle diverse letture della dottrina è di Zappalà L., *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 12/2004, 9 ss.

²³⁸ Per l’applicabilità anche nei confronti degli enti pubblici non economici, ivi compresi quelli a carattere territoriale, v. Cass. 1.10.1979, n. 5019; Cass. 4.01.1980, n. 9; Cass. 5.01.1981, n. 13, tutte in www.leggiditaliaprofessionale.it.

²³⁹ Il regime di tutela di cui all’art. 3 non trovava applicazione per alcuni ipotesi tassative di appalto, ai sensi dell’art. 5, l. 1369/1960.

In tale quadro, i confini dell'appalto *ex art. 1655* coincidevano, essenzialmente, con i limiti al decentramento produttivo e alla segmentazione del ciclo dell'impresa. Da qui, la necessità di definire i canoni generali per distinguere gli appalti "genuini" da quelli "spuri", espressione di pratiche fraudolente finalizzate ad aggirare i principi della legge 1369/1960, mediante l'interposizione fittizia di un appaltatore "testa di paglia".

Nelle prime interpretazioni giurisprudenziali, e nelle elaborazioni dottrinali, prevaleva una lettura del divieto d'interposizione secondo un canone "commercialistico", in linea con un'interpretazione strettamente letterale del dato normativo²⁴⁰. Si poneva quindi l'attenzione sull'esistenza di un rapporto di appalto fra i due imprenditori, piuttosto che valutare l'eventuale esistenza di un rapporto di lavoro fra il lavoratore e il presunto committente²⁴¹: in sostanza, perché la violazione del divieto in parola fosse presunta (*iuris et de iure*), occorreva che sia il capitale, sia ogni altro mezzo di organizzazione e di produzione risultassero forniti dall'appaltante²⁴².

Successivamente, negli anni settanta e ottanta, la dottrina giuslavoristica, nella stagione di affermazione (e affrancazione dal diritto civile) del diritto del lavoro, impose una lettura negativa del decentramento produttivo: per quanto le strategie di segmentazione possano trovare giustificazione anche in obiettivi di ottimizzazione dell'allocazione delle risorse (riconducibili alla sfera dell'autonomia privata e della

²⁴⁰ L'art. 1, c. 3, l. 1369/1960 prevedeva che: «È considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto o subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impieghi capitali, macchine e attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante».

²⁴¹ Salento A., *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, in *DLRI*, 2006, II, 447.

²⁴² *Ex aliis*, Cass., 28.5.1965, n. 1079, in *RGL*, 1965, 11, 338. Salento, *op.cit.*, riferisce che "complessivamente, nei contratti collettivi degli anni '70 emergeva un discorso sindacale centrato sulla insufficienza della legge 1369 del 1960 in relazione alle esigenze di tutela dell'azione sindacale e della stabilità dell'occupazione. Rispetto al dettato legislativo, era l'oggetto stesso della regolamentazione a cambiare: dal divieto di interposizione si muoveva verso un divieto (o comunque una limitazione) del decentramento produttivo in generale, a prescindere dagli strumenti della sua realizzazione".

libertà d'impresa), esse sono comunque segnate da una sostanziale riduzione dei margini di libertà di azione sindacale e, quindi, da una spiccata potenzialità di pregiudizio degli interessi collettivi dei lavoratori²⁴³. In questa prospettiva, ebbe a dispiegarsi la dimensione "lavoristica" del fenomeno interpositorio, attraverso un parallelismo con la subordinazione; a tal fine, venne recuperata la concezione proposta da Umberto Romagnoli già nel 1967²⁴⁴, secondo cui allorché ci sia inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'utilizzatore sussiste un rapporto di subordinazione. Detto altrimenti, come teorizzava Mazzotta, si affermò l'orientamento per cui il contenuto innovativo della legge 1369/1960 era consistito nell'aver sancito il principio alla cui stregua è vietato all'imprenditore - non tanto porre in essere delle intese interpositive fraudolente, quanto - acquisire attraverso schemi giuridici diversi dal contratto di lavoro *ex art. 2094 c.c.* l'utilizzazione della forza lavoro. Sulla scia di tali autorevoli letture, nel medesimo periodo, la giurisprudenza era giunta ad assimilare il sindacato sulle fattispecie di presunta interposizione ai giudizi di accertamento della subordinazione, spostando l'indagine dalla natura imprenditoriale dell'interponente alle caratteristiche della prestazione lavorativa²⁴⁵.

Le trasformazioni economiche degli anni ottanta generarono l'elaborazione del paradigma dell'impresa "post-fordista", che diviene un'entità frammentata, variabile e polimorfa. L'obsolescenza dei modelli di produzione dell'industria "fordista" fece breccia nella cultura giuridica, sì da mettere in discussione gli schemi e le categorie tradizionali del diritto del lavoro, e tra queste il concetto di subordinazione. L'immanente segmentazione del ciclo produttivo e la conseguente "dispersione" dei poteri datoriali; la "terziarizzazione" delle società occidentali; l'accresciuta autonomia

²⁴³ Salento A., *op. cit.*, 452.

²⁴⁴ Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano, 1967.

²⁴⁵ Mazzotta O., *op. cit.*, 265 ss; *ibidem* anche per un'ampia rassegna giurisprudenziale.

organizzativa dei lavoratori dipendenti e il conseguimento di un *floor of rights*, che riduce l'asimmetria di poteri tra le parti del rapporto, progressivamente, indussero a una riflessione sulla trasformazione del lavoro e della subordinazione e, di conseguenza, a un ripensamento dei fenomeni interpositori²⁴⁶. Tant'è, che in quegli anni una parte della dottrina ebbe a manifestare insofferenza per l'interpretazione "lavoristica" del decentramento, che affondava le proprie radici su una configurazione storicamente determinata dei rapporti produttivi e dell'organizzazione d'azienda, ma che non avrebbe lasciato "lo spazio flessibile di cui pare necessaria l'apertura nella normativa, al fine di consentire al nuovo decentramento strutturale dell'impresa post-industriale di collocarsi"²⁴⁷. E' noto che da questo punto di vista la ricostruzione più ampia e sistematica sia stata quella di Pietro Ichino, che, in estrema sintesi, propose di riprendere "le redini della costruzione commercialistica" del divieto di interposizione, e quindi di incardinarne l'interpretazione non sul rapporto fra lavoratore e committente/interponente, ma sui tratti del soggetto appaltatore interposto. Sennonché, constatato che erano frequenti i casi di rapporti inter-impresariali nei quali l'obbligato principale svolgeva un'attività economicamente rilevante soltanto in una fase "preparatoria" della prestazione lavorativa, l'Autore giunse a identificare tale ultimo apporto quale "soglia minima di imprenditorialità", oltre la quale l'appalto può essere ritenuto lecito²⁴⁸.

Pur tuttavia nel diritto pretorio, sebbene si registrasse un progressivo allontanamento dal canone "lavoristico"²⁴⁹, alla fine degli anni novanta, si poteva

²⁴⁶ Sul tema v. D'Antona M., *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in Pedrazzoli M. (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, II Mulino, Bologna, 1989, 43-65. V. anche Salento A., *Postfordismo e ideologie giuridiche. Nuove forme d'impresa e crisi del diritto del lavoro*, Angeli, Milano, 2003.

²⁴⁷ Zanelli P., *Il decentramento produttivo*, in *GI*, IV, 1988, 99.

²⁴⁸ Cfr. Ichino P., *Il lavoro interinale e gli altri varchi del «muro» del divieto di interposizione*, in *DLRI*, 1999, 503-518; Id., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 1999, 203-275; Id., *Le nuove forme del decentramento produttivo*, in *RIDL*, 1999, III, 149-168.

²⁴⁹ Cass. 31.12.1993, n. 13015, in *LG*, 1994, 279, ove si afferma che la circostanza che i dipendenti dell'appaltatore (una piccola impresa di manutenzione che eseguiva lavori presso un istituto di credito) ricevessero disposizioni dal personale del committente non esclude di per sé la legittimità dell'appalto. Conf., *ex aliis*, Cass. 13.09.1997, n. 9144, in *LG*, 1997, 210-216.

riscontrare “una persistente eterogeneità degli approcci al tema, quasi che la legge n. 1369 fosse agli albori della sua applicazione e necessitasse ancora di una sistemazione nell’ordinamento giuridico”²⁵⁰.

E’ in questa fase che è comunque possibile registrare nel diritto vivente una tendenza “espansiva”, a legislazione invariata, che secondo alcuni Autori avrebbe traciato nella creazione di un “tipo giurisprudenziale di appalto di mere prestazioni di lavoro lecite”²⁵¹, a geometria variabile perché basato su argomentazioni multiformi: un’interpretazione “adeguatrice” dell’art. 1, c. 3, della 1369/1960, per la presa d’atto del processo di “smaterializzazione” dei fattori produttivi; l’utilizzo della nozione di “valore aggiunto”²⁵²; il ricorso all’indice dell’apporto dell’appaltatore nella fase “preparatoria” della prestazione²⁵³; un ritorno al canone commercialistico e alla mera verifica della natura autenticamente imprenditoriale dell’interponente²⁵⁴.

In tale contesto disordinato e tumultuoso di interpretazioni giuridiche, il legislatore, prendendo atto del mutamento della realtà produttiva, dapprima, aprì un “varco nel muro” del divieto di interposizione²⁵⁵, e con la legge n. 196/1997 (c.d. “pacchetto Treu”), limitatamente ad alcune causali, introdusse la possibilità di ricorrere a un contratto “nominato” di «fornitura di lavoro temporaneo»: l’intervento non metteva in discussione il divieto generale all’utilizzazione indiretta di prestazioni

²⁵⁰ Così Esposito M., *La nozione di datore di lavoro e le fattispecie interpositorie*, in *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Rusciano M. (a cura di), Jovene, Napoli, 2004, 149-162.

²⁵¹ Zappalà L., *op. cit.*, 9.

²⁵² Sul punto è paradigmatica la nota sentenza SS.UU., 19.10.1990, n. 10183, in *FI*, 1992, 524 ss., con la quale la Suprema Corte giunge a riconoscere la rilevanza dei beni immateriali e del *know how* di impresa, come “valore aggiunto” alla mera prestazione lavorativa, in grado di salvare l’operazione economica dall’area della illiceità sancita nella legge n. 1369.

²⁵³ Cfr. Ichino P., *Il diritto del lavoro ed i confini dell’impresa*, in *DLRI*, 1999, 207 ss.

²⁵⁴ In termini critici, v. Lo Faro A., *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, ed. provv., Giuffrè, Milano, 2003, 89-90, che osserva come nella qualificazione dell’appalto dovrebbe essere l’elemento “oggettivo” della fornitura del servizio ad avere valore assorbente ai fini della operazione qualificatoria, piuttosto che l’elemento “soggettivo” della sussistenza dell’impresa, atteso che “se è vero che chi fornisce un servizio è quasi certamente una impresa, non è necessariamente vero il contrario, poiché una impresa può anche fornire mere prestazioni di lavoro”.

²⁵⁵ Si tratta della nota espressione di Ichino P., *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel “muro” del divieto di interposizione*, in *DLRI*, 1997, 3, secondo il quale il “pacchetto Treu” avrebbe addirittura rafforzato l’operatività del divieto di interposizione, 506 ss.

lavorative, dal momento che la fattispecie rimaneva confinata a specifiche e tassative ipotesi, in correlazione a esigenze di carattere meramente temporaneo. Successivamente, con il d.lgs. n. 276/2003, si è assistito a un significativo *revirement* di politica legislativa, con l'introduzione di un contratto tipico di «somministrazione di lavoro» (a tempo determinato o indeterminato); con la contestuale abrogazione sia della legge 1369/1960, sia dei limiti già previsti per la «fornitura di lavoro temporaneo» dalla legge 196/1997.

E' stato ampiamente illustrato dalla letteratura giuslavorista che il tratto saliente del nuovo istituto sia lo "sdoppiamento" della figura datoriale: i lavoratori «svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore» (art. 20, c. 2); sebbene il centro d'imputazione formale del rapporto di lavoro sia un'agenzia per il lavoro, che per esercitare l'attività di somministrazione di manodopera deve possedere specifici requisiti giuridici e finanziari. Pertanto, il datore di lavoro "formale" è l'agenzia interinale, che conserva altresì il potere disciplinare; tuttavia, il potere direttivo della prestazione è esercitato dall'utilizzatore. Sul piano degli obblighi datoriali, l'obbligazione retributiva e quella contributiva gravano sull'agenzia, così come l'obbligo di formazione e di addestramento; pur tuttavia, l'utilizzatore nel contratto commerciale di somministrazione deve impegnarsi a rimborsare i trattamenti retributivi e previdenziali, per i quali assume comunque un'illimitata responsabilità solidale (art. 23, c. 3). Con riferimento alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro, l'utilizzatore ha un obbligo di protezione analogo a quello che sussiste nei confronti dei propri dipendenti. Per quanto non diversamente previsto, il rapporto di lavoro con l'agenzia per il lavoro resta soggetto alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali; nonché alle disposizioni dei contratti collettivi di settore.

L'operazione di allineamento al formante giurisprudenziale e di tipizzazione di una fattispecie contrattuale *ad hoc* è avvenuta rafforzando il principio di parità di trattamento "*come spada*"²⁵⁶, vale a dire come regola che - di fatto - fa (o dovrebbe far) conseguire ai lavoratori i risultati che nella nostra tradizione giuslavoristica sono ordinariamente garantiti dalla norma inderogabile.

Il legislatore delegato, parallelamente, ha ampliato la nozione di trasferimento d'azienda (art. 32, c. 1) e ha ridefinito quella di appalto (art. 29, c. 1), eliminando in tale ambito la regola di parità di trattamento e la responsabilità solidale "rafforzata" di cui all'art. 3, l. 1369/60²⁵⁷.

Nei primi commenti sulla novella ricorre la presa d'atto dell'effetto "deregolativo" della disciplina della somministrazione, che, in genere, coesiste con una ricostruzione "riduttiva" dell'istituto, la cui natura eccezionale dipenderebbe dalla persistente validità dello schema sotteso alla legge 1369/60, che si basa sulla centralità del tipo contrattuale *ex art. 2094 c.c.*, rispetto al quale il lavoro interinale costituirebbe una deroga²⁵⁸.

²⁵⁶ Barbera M., *L'uguaglianza come scudo e l'uguaglianza come spada*, in *RGL*, 2002, cit., 805.

²⁵⁷ La disciplina della responsabilità solidale è contenuta adesso nell'art. 29, c. 2, ed è circoscritta ai trattamenti retributivi e ai contributi previdenziali. La norma è stata oggetto di successivi interventi e rimaneggiamenti; da ultimo è stata modificata dall'art. 4, c. 31, lett. a) e b), l. 28.06.2012, n. 92: «Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti, in caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Il committente che ha eseguito il pagamento può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali».

²⁵⁸ Zappalà L., *op.cit.*, 28 ss.; Mazzotta O., *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), Ed. Scientifica, Napoli, 2004, 97 ss.; Del Punta R., *Commento all'art.*

Un approccio “ideologico” all’istituto, unitamente alla fisiologica necessità di tararne le potenzialità e i limiti, hanno sottoposto la somministrazione a convulse modifiche normative.

La somministrazione «a tempo indeterminato» è stata dapprima abrogata con la legge n. 247/2007; salvo poi essere reintrodotta per specifiche causali dalla legge n. 191/2009, che ha anche esteso alla contrattazione aziendale territoriale la competenza a prevedere ipotesi di ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato, ulteriori rispetto a quelle già previste dall’articolo 20, d.lgs. n. 276/2003. A far data dalla citata legge n. 191, sono state sperimentate fattispecie di somministrazione c.d. “acausalità”, ove per tali s’intendono ipotesi di utilizzabilità dell’istituto senza l’obbligo di indicare le ragioni giustificatrici: in principio per l’assunzione (a tempo determinato e indeterminato) di lavoratori *ex art. 8, c. 2, l. 223/1991* (ossia iscritti nelle liste di mobilità); a seguire, l’art. 4, c. 1, lett. c), d.lgs. 24/2012 ha previsto ulteriori casi di deroga in ordine ai presupposti per la somministrazione a termine di lavoratori disoccupati e/o «svantaggiati»²⁵⁹; da ultimo, la l. 92/2012 (c.d. riforma Fornero)²⁶⁰ e il d.l. 20.03.2014, n. 34 (c.d. decreto Poletti) hanno esteso al lavoro somministrato a termine la regola generale di “acausalità” introdotta per i contratti a tempo

1, c. 2, lett. m), n), o), in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Carinci M.T. (a cura di), Ipsoa, Milano, 2003, 67 ss.; Salento A., *op. cit.*, 474.

²⁵⁹ Nel dettaglio, allo stato si tratta:

«a) di soggetti disoccupati percettori dell’indennità ordinaria di disoccupazione non agricola con requisiti normali o ridotti, da almeno sei mesi;

b) di soggetti comunque percettori di ammortizzatori sociali, anche in deroga, da almeno sei mesi. Resta comunque fermo quanto previsto dei commi 4 e 5 dell’articolo 8 del decreto-legge 21 marzo 1988, n. 86, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 maggio 1988, n. 160;

c) di lavoratori definiti «svantaggiati» o «molto svantaggiati» ai sensi dei numeri 18) e 19) dell’articolo 2 del regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione, del 6 agosto 2008. Con decreto di natura non regolamentare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, si provvede all’individuazione dei lavoratori di cui alle lettere a), b) ed e) del n. 18) dell’articolo 2 del suddetto regolamento (CE) n. 800/2008» (art. 20, c. 5-ter, d.lgs. 276/2003).

²⁶⁰ Con riferimento all’intervento della riforma Fornero sulla somministrazione di lavoro e, in particolare, sulla “acausalità” della somministrazione a tempo determinato, cfr. Tiraboschi M., *Somministrazione di lavoro: ritorno al passato*, in *La nuova riforma del lavoro*, Magnani M. - M. Tiraboschi (a cura di), Giuffrè, Milano, 2012, 109-115.

determinato, con il limite di durata massima di trentasei mesi. In precedenza, l'art. 8, l. 148/2011, nel quadro di una disposizione assai discussa sulla contrattazione collettiva «di prossimità», aveva abilitato i contratti collettivi territoriali o aziendali a disciplinare, anche in deroga ai contratti nazionali e alle disposizioni di legge, i casi di ricorso alla somministrazione di lavoro (e il regime di solidarietà degli appalti)²⁶¹.

In questo quadro, nel processo di progressiva “liberalizzazione” dell’istituto, il legislatore ha scelto di fissare un regime a “doppio binario”, in base al quale nelle pubbliche amministrazioni la disciplina della somministrazione trova applicazione, esclusivamente, per quanto attiene alla fornitura di lavoro a tempo determinato (art. 86, c. 9, d.lgs. 276/2003), fatte salve le ipotesi di *staff leasing* di cui all’art. 20, c. 4, lett. i-bis); e con esclusione, in ogni caso, della sanzione della trasformazione del rapporto di lavoro *ex art. 27, c. 1*²⁶². La distanza tra settore privato e settore pubblico è dilatata dal tenore dell’art. 36, d.lgs. 165/2001 (recante, «Utilizzo di contratti di lavoro flessibile»), nella parte in cui prevede, esplicitamente, che il fabbisogno delle pubbliche amministrazioni sia soddisfatto, in via ordinaria, mediante contratti di

²⁶¹ E' vasta la letteratura sull'art. 8: *ex aliis*, v. Garilli A., *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT, 139/2012; Perulli A. - Speciale V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT, 132/2011. E' noto che Confindustria, CGIL, CISL e UIL abbiano sottoscritto una nota integrativa all'accordo interconfederale del 28.06.2011 (in materia di rappresentatività, relazioni sindacali e contrattazione decentrata) con la quale hanno concordato che le materie delle relazioni industriali e della contrattazione sono affidate all'autonoma determinazione delle parti. Conseguentemente, «si impegnano ad attenersi all'accordo interconfederale del 28 giugno, applicandone compiutamente le norme e a far sì che le rispettive strutture, a tutti i livelli, si attengano a quanto concordato nel suddetto accordo sindacale». Tale nota, pur senza riferimento esplicito all'art. 8, indica la volontà delle parti di volersi muovere nel rispetto dell'accordo del 28 giugno, sì da “neutralizzare” la portata applicativa dell'art. 8. Sull'accordo interconfederale v. Carinci F., *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT, 125/2011.

²⁶² «In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286» (art. 36, c. 5, d.lgs. 165/2001).

lavoro subordinato a tempo indeterminato (comma 1); diversamente, le tipologie contrattuali flessibili - tra le quali viene inserita pure la somministrazione - rispondono a esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale (comma 2). Tale presupposto assume carattere imperativo²⁶³, ragion per cui l'effetto "deregolativo" del decreto Poletti, attraverso la leva della "acausalità", non si estende al settore pubblico; nel senso che, il contratto commerciale di somministrazione stipulato dalle pubbliche amministrazioni, anche dopo la modifica dell'art. 20, c. 4, d.lgs. 276/2003, dovrà comunque continuare a indicare le ragioni temporanee o eccezionali che giustificano il ricorso al lavoro interinale.

Come si avrà modo di illustrare appresso, la formalizzazione di un rapporto regola/eccezione tra il modello di lavoro subordinato *ex* art. 2094 c.c. e il lavoro interinale, nonostante gli aneliti di una parte della dottrina, non trova espressa corrispondenza nell'ordinamento del lavoro privato.

Né, d'altra parte, sarebbe ancora possibile proporre la tesi dell'inapplicabilità dell'art. 36, c. 2 alla somministrazione di lavoro, a dispetto del richiamo testuale contenuto nel corpo di tale ultima norma. Tale esegesi, in passato, in un contesto di assoluta "convulsione" normativa, appariva suffragata dal tenore del comma 1-*bis* dell'art. 36, introdotto dal d.l. n. 4/2006, ove si prevedeva che: « Le amministrazioni possono attivare i contratti di cui al comma 1 solo per esigenze temporanee ed eccezionali e previo esperimento di procedure inerenti assegnazione di personale anche temporanea, nonché previa valutazione circa l'opportunità di attivazione di contratti con le agenzie di cui all'articolo 4, comma 1, lettera a), del decreto legislativo

²⁶³ Si rammenta, infatti, che, ai sensi dell'art. 2, c. 2, d.lgs. 165/2001: «I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge».

10 settembre 2003, n. 276, per la somministrazione a tempo determinato di personale, ovvero di esternalizzazione e appalto dei servizi». Si trattava di un principio di *favor*, confermato da una lettura della Funzione Pubblica, che era giunta a escludere esplicitamente la somministrazione dalle limitazioni di cui al ridetto art. 36²⁶⁴. Pur tuttavia, il principio è stato progressivamente eroso dalle riforme successive che hanno cancellato il c. 1-bis²⁶⁵, affermando via via un'opposta regola di inclusione che sembra confermata da precisi indici testuali²⁶⁶; trova corrispondenza nelle norme sul consolidamento della spesa di personale²⁶⁷; e, d'altronde, è stata successivamente ratificata dalla stessa Funzione pubblica²⁶⁸.

2. La polvere sotto il tappeto. La direttiva 2008/104/CE e il decreto Poletti.

Nel discorso giuslavorista sul contratto "tipizzato" di somministrazione ricorre un effetto "fata Morgana", per cui nell'orizzonte dell'istituto si stagliano le immagini dello sfruttamento nella versione postmoderna del "precariato"; la visione drammatica sollecita le interpretazioni riduttive, che fanno "rientrare dalla finestra" il principio regolativo della legge 1369/1960, sì da relegare il lavoro mediante agenzia nella sfera dell'eccezionalità e della temporaneità²⁶⁹. Costituiscono manifestazioni di

²⁶⁴ In particolare, v. circolare FP n. 3 del 19.03.2008, in www.funzionepubblica.gov.it.

²⁶⁵ Per effetto dell'art. 1, cc. 345-346 della legge 244/2007 (legge finanziaria 2008).

²⁶⁶ In tal senso, con l'art. 49, c. 1, d.l. 112/2008 è stato modificato l'art. 36 (che, a seguire, è stato ripetutamente emendato). Il legislatore del 2008 per l'utilizzo del lavoro flessibile ha coniato una formula che si presta a includere anche la somministrazione («[...]le amministrazioni pubbliche possono avvalersi delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale»); e ha aggiunto altresì un ultimo capoverso al comma 2 che contiene una norma di chiusura che, evidentemente, nel presupposto che la disposizione disciplini anche le condizioni per il ricorso al lavoro interinale, vieta di ricorrere alla somministrazione per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

²⁶⁷ Tra le altre, art. 1, c. 557-bis, l. n. 296/2006.

²⁶⁸ Cfr. parere UPPA n. 49/2008, in www.funzionepubblica.gov.it.

²⁶⁹ V., *ex aliis*, Carinci M.T., 2007, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione etitolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in *ADL*, 2007, 1019 ss.; Salento A., *op. cit.*; Zappalà L. *op. cit.* Conf. SS.UU. 26.10.2006, n. 22910, in www.leggiditaliaprofessionale.it. *Contra*, per l'inattualità del divieto di interposizione nell'assunzione di manodopera e l'insussistenza della sua presunta necessità sul piano teorico, tra gli altri, v. Romei R., *La somministrazione di lavoro dopo le recenti riforme*, in *DRI*, 2012, 4/XXII; Ichino P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 1999, 203; De Luca Tamajo R., *Riflessioni*

tale approccio la tendenza all'assimilazione al contratto a tempo determinato²⁷⁰, e, più in generale, alla "poor flexibility"; la dilatazione "creativa" degli indici dell'appalto illecito e, simmetricamente, della subordinazione ex art. 2094 c.c.

L'approccio "catartico" al lavoro interinale si spinge sino a censurare i tentativi di riposizionamento sistematico delle tipologie contrattuali, alla luce delle oggettive trasformazioni globali dell'economia e del lavoro, quali surrettizie soluzioni di convalidazione giuridica ex post di modelli regolativi meramente funzionali alle esigenze delle imprese²⁷¹. Per tale via anche l'evoluzione degli assetti normativi finisce "sotto il tappeto".

Eppure, come ricorda Romei, guardando al nostro ordinamento, non è possibile obliterare la progressiva "detipizzazione" delle causali di somministrazione²⁷²; la cancellazione dai testi normativi del requisito della temporaneità; la delega "deregolativa" in favore della contrattazione collettiva: "Insomma, l'equazione che per molto tempo ha mosso il diritto del lavoro, secondo la quale il tipo socialmente prevalente era anche il tipo normativamente imposto, vincolante per l'autonomia privata salvo specifiche eccezioni (cfr. l'articolo 1 comma 1 della legge n. 230/1962) non sembra rappresentare più una chiave di lettura attuale"²⁷³. Peraltro, la legge n. 92/2012 ha modificato la lettera del primo comma dell'articolo 1 d.lgs. 368/2001, per cui il contratto di lavoro non è più stipulato «di regola a tempo indeterminato», ma quest'ultimo tipo di rapporto «costituisce la forma comune di rapporto di lavoro». Si tratta della ricognizione di un

intorno alle prospettive di legalizzazione del lavoro interinale, in RIDL, I, 418 ss.; Tiraboschi M., *Il lavoro temporaneo in Italia*, in DRI, 1992, 83 ss.

²⁷⁰ In termini critici sull'equiparazione v. Spattini S.- Tiraboschi M., *La somministrazione di lavoro dopo il decreto Poletti: una prospettiva di flexicurity?*, in www.bollettinoadapt.it. Di recente, la stessa Corte di Giustizia (CGUE 11.04.2013, *Della Rocca c. Poste italiane*, C-290/12) ha ribadito l'inapplicabilità della direttiva 1999/70/CE sul lavoro a termine sia al rapporto di lavoro a tempo determinato tra un lavoratore interinale e un'agenzia di lavoro interinale, sia al rapporto di lavoro a tempo determinato tra tale lavoratore e un'impresa utilizzatrice

²⁷¹ Salento A., *op. cit.*, 468.

²⁷² Unitamente alla tipizzazione del distacco - ex art. 30, d.lgs. 276/2003 - quale ulteriore forme di utilizzazione indiretta delle prestazioni di lavoro.

²⁷³ Romei R., *op. cit.*, 973.

dato statistico-fattuale, che rispetto alla somministrazione deve essere letto e interpretato anche alla luce della direttiva 2008/104/CE «relativa al lavoro tramite agenzia interinale»²⁷⁴.

Tale direttiva costituisce il primo intervento organico del legislatore eurounitario nella materia²⁷⁵, ed è stato preceduto da una lunga gestazione caratterizzata dalla rinuncia (avvenuta in data 21.05.2001) delle parti sociali europee alla conclusione di un accordo, che ha impedito l'adozione di un provvedimento basato sulla procedura *ex art. 155 TFUE*.

La direttiva appare fortemente condizionata dalla Strategia Europea per l'Occupazione e dall'ideologia dell'Agenda di Lisbona: il modello sociale europeo, declinato con il linguaggio della *flexicurity*, richiede «per i lavoratori e le imprese, nuove forme di organizzazione del lavoro e una maggiore differenziazione dei contratti» (considerando 9). Da tale angolazione, «il lavoro tramite agenzia interinale risponde non solo alle esigenze di flessibilità delle imprese ma anche alla necessità di conciliare la vita privata e la vita professionale dei lavoratori dipendenti. Contribuisce pertanto alla creazione di posti di lavoro e alla partecipazione al mercato del lavoro e all'inserimento in tale mercato» (considerando 11). Pertanto, se nell'ordinamento eurounitario la flessibilità organizzativa realizzata mediante i contratti a termine soltanto in alcune circostanze risponde alle esigenze sia dei lavoratori, sia dei datori di lavoro (come notoriamente scolpito nel preambolo della direttiva 1999/70/CE); diversamente, il lavoro mediante agenzia costituisce uno strumento di flessibilità "*well-rounded*", non esiliata nel limbo della marginalità.

²⁷⁴ Come segnalato da Maresca A., Relazione al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15.10.2007, un ulteriore indice del "sovertimento" dello schema sotteso alla legge 1369/1960 può essere considerata la riforma dell'apparato sanzionatorio, che non è più ancorato a un generale divieto di interposizione, ma appare frammentato in tanti diversi apparati sanzionatori quante sono le forme di decentramento produttivo illegittime (la somministrazione irregolare, sanzionata all'art. 27 c. 1, d. lgs. 276/2003; l'appalto illecito, *ex art. 29*, comma 3-bis; il distacco/comando illegittimo, *ex art. 30*). Per una rassegna degli orientamenti della dottrina al riguardo v. Corazza L., *op. ult. cit.*, 6 ss.

²⁷⁵ Mutarelli M.M., *Il lavoro tramite agenzia: modelli di disciplina in Europa*, in *DLM*, 2007, 567 ss.

La chiave di volta che regge e bilancia istanze del mercato, politica occupazionale e politica sociale è il principio di parità di trattamento²⁷⁶; la creazione di un *plafond* minimo di diritti previene l'utilizzo dei maggiori spazi di flessibilità quali strumenti di *dumping* sociale²⁷⁷. Vale a dire che nell'ottica del legislatore comunitario, "il margine - comunque non eliminabile - di maggiore convenienza per l'imprenditore, legato alla possibilità di sottrarsi alla stabilità del rapporto a tempo indeterminato, è compensato dagli effetti di promozione dell'occupazione connaturati ad un ricorso più flessibile al lavoro tramite agenzia"²⁷⁸.

Il manifesto dell'intervento legislativo è l'art. 2: «La presente direttiva è volta a garantire la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale e migliorare la qualità del lavoro tramite agenzia interinale garantendo il rispetto del principio della parità di trattamento di cui all'articolo 5 nei confronti dei lavoratori tramite agenzia interinale e riconoscendo tali agenzie quali datori di lavoro, tenendo conto nel contempo della necessità di inquadrare adeguatamente il ricorso al lavoro tramite agenzia interinale al fine di contribuire efficacemente alla creazione di posti di lavoro e allo sviluppo di forme di lavoro flessibili».

La "contropartita" del *floor of rights* è l'invito a riesaminare eventuali restrizioni e divieti al ricorso alla fornitura di manodopera (considerando 18); ferme le norme sui «requisiti nazionali in materia di registrazione, autorizzazione, certificazione, garanzia finanziaria o controllo delle agenzie di lavoro interinale» (art. 4.4). Nel dettaglio, le limitazioni nazionali sono giustificate, esclusivamente, da ragioni

²⁷⁶ Zappalà L., *La «flessibilità nella sicurezza» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in DLRI, 74, descrive, invece, le istanze di politica sociale come soprafatte dalla "schiacciante" presenza di quelle di politica occupazionale.

²⁷⁷ Sulla funzione del principio di parità di trattamento quale misura di prevenzione contro fenomeni di *dumping* sociale cfr. Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in DLRI, 2010, 23; Mutarelli M.M. 2007, *op.cit.*, 570; Speciale V., *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in RGL, I, 15 ss.

²⁷⁸ Così Pantano F., *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, 72/2009, 8. Sulla tema della flessibilità v. Massimiani C., *Flexicurity and decent work in Europe: can they coexist?*, in WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2008/65.

d'interesse generale «che investono in particolare la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale, le prescrizioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro o la necessità di garantire il buon funzionamento del mercato del lavoro e la prevenzione di abusi» (art. 4.1).

Si tratta di un principio di liberalizzazione che deve essere letto e applicato alla luce del *favor* chiaramente espresso dal legislatore europeo nei confronti della somministrazione. Si condividono, pertanto, le interpretazioni che evidenziano come, a questo punto, le legislazioni nazionali debbano essere vagliate escludendo la legittimità di limitazioni di carattere "oggettivo", finalizzate a circoscrivere l'applicazione dell'istituto piuttosto che a implementare la tutela dei lavoratori interinali²⁷⁹. Detto altrimenti, al bilanciamento della direttiva 2008/104, non può essere sovrapposto un bilanciamento a livello decentrato che alteri la tassonomia del modello eurounitario di flessibilità, fatte salve le possibili asimmetrie che derivino dall'attivazione delle eccezioni tassativamente previste²⁸⁰; ne consegue che, in questa prospettiva, i divieti possono essere mantenuti, essenzialmente, se assumono una funzione antifraudolenta dello schema legale²⁸¹.

Il decreto 20.03.2014, n. 34 (c.d. decreto Poletti), sebbene rappresenti l'ennesimo intervento disorganico ed estemporaneo sulle tipologie contrattuali, offre comunque alcuni spunti di ordine sistematico, che convergono con la *ratio* della direttiva 2008/104.

²⁷⁹ Pantano F., *op. cit.*, 9 ss.

²⁸⁰ Soprattutto, a livello nazionale sono possibili deroghe al principio di parità di trattamento. Per un'ampia disamina cfr. Pantano F., *op. cit.*, 15 ss.

²⁸¹ Per esempio, possono essere considerate legittime le norme che dichiarano l'invalidità delle clausole contrattuali impeditive dell'assunzione del lavoratore somministrato da parte dell'impresa utilizzatrice. Ferrara M.D., *La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 101/2013, 14, segnala, per l'appunto, "che potrebbero non superare il vaglio di compatibilità le disposizioni nazionali che autorizzano il ricorso al lavoro interinale solo in taluni settori o per determinate attività o che ne vietano l'uso in alcuni settori in forza di una presunta lesività di un interesse generale. E' questo il caso, ad esempio, dell'ordinamento italiano in materia di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato in cui, come è noto, si autorizza l'uso di questa tipologia contrattuale in determinati settori e attività, dell'ordinamento tedesco dove persistono divieti di utilizzare il lavoro interinale in alcuni settori, come l'edilizia o il trasporto per scopi commerciali".

In primo luogo, la rimozione *tout court* del c.d. “causalone” sul versante del contratto di lavoro a tempo determinato, che - come è noto - ha costituito il tratto più significativo della novella, fa *pendent* con la rimozione della regola di causalità per il contratto commerciale di somministrazione a termine²⁸²; che, pertanto, viene “liberalizzato”, eccezion fatta per i divieti espliciti *ex art. 20, c. 5, d.lgs. 276/2003*²⁸³. A ciò si aggiunge che il limite di durata massima di trentasei mesi per i rapporti di lavoro a termine, previsto dall’art. 1, c. 1, d.lgs. n. 368/2001, è riferito al contratto di lavoro subordinato nell’ambito di un contratto di somministrazione ai sensi del comma 4 dell’art. 20, d.lgs. n. 276/2003. Di talché, evidentemente, tale misura “anti-abusiva” non è applicabile al contratto commerciale tra agenzia e utilizzatore; con la conseguenza che lo *staff leasing* diviene potenzialmente obsoleto, dal momento che - allo stato - è in astratto possibile ricorrere alla somministrazione a tempo determinato senza soluzioni di continuità, e a prescindere dalla sussistenza di particolari presupposti oggettivi. Semmai è configurabile un limite “soggettivo”, nel senso che in tal caso i singoli lavoratori non potranno comunque essere impiegati per più di trentasei mesi: al riguardo, al limite alla durata del rapporto di lavoro subordinato con l’agenzia (*ex art. 1, c. 1, d.lgs. 368/2001*) si sovrappone l’analogo limite «di missione» previsto dall’art. 47 del CCNL delle Agenzie di somministrazione di lavoro. Tale clausola rinvia all’art. 22, c. 2, d.lgs. n. 276/2003 che, con riferimento alla disciplina del rapporto di lavoro nel caso di somministrazione a tempo determinato,

²⁸² In particolare, l’articolo 1, c. 2, lett. a), punto 1), d.l. 34/2014, come modificato dalla legge di conversione 16.05.2014, n. 78, elimina i primi due periodi del comma 4 dell’articolo 20 del d.lgs. 276/2003 che condizionavano la legittimità del ricorso alla somministrazione alla presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.

²⁸³ Ossia: «a) sostituzione di lavoratori che esercitano il diritto di sciopero; b) utilizzo presso unità produttive nelle quali si sia proceduto, nei sei mesi precedenti, a licenziamenti collettivi ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, di lavoratori adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione, tranne nel caso in cui il contratto sia stipulato per provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti ovvero preveda l’assunzione di lavoratori in mobilità (articolo 8, comma 2, della legge 23 luglio 1991, n. 223) ovvero il contratto di somministrazione abbia una durata iniziale non superiore a tre mesi; c) utilizzo presso unità produttive con lavoratori in cassa integrazione per sospensione o riduzione dell’orario di lavoro, adibiti alle stesse mansioni cui si riferisce il contratto di somministrazione; d) l’utilizzo da parte di imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi».

richiama l'applicazione del d.lgs. n. 368/2001 «per quanto compatibile», e con esclusione dei cc. 3 e ss. dell'art. 5; e prescrive, per l'appunto, che siano i contratti collettivi applicati dal somministratore a stabilire il regime e la durata delle proroghe²⁸⁴. Per inciso, emerge un evidente *deficit* di coordinamento tra l'art. 1, d.lgs. n. 368/2001 e l'art. 22, c. 2, d.lgs. n. 276/2003: il primo, infatti, ha sostanzialmente limitato l'autonomia collettiva, giacché ha già previsto una regola di durata, non derogabile da parte della contrattazione collettiva, testualmente applicabile anche ai rapporti di lavoro con le agenzie interinali; diversamente, l'art. 22 appare ancora «tarato» sulla normativa previgente che delegava alle parti sindacali la disciplina della durata del rapporto di lavoro con l'agenzia²⁸⁵. L'art. 47 del CCNL, che - come detto - si occupa della durata della «missione», si riferisce, esclusivamente, alle proroghe ai sensi dell'art. 22, c. 2, d.lgs. n. 276/2003; *i.e.* alle fattispecie di

²⁸⁴ Per un'analitica ricostruzione delle novità per il lavoro interinale contenute nel decreto Poletti v. Spattini S. - Tiraboschi M., *op. cit.*

²⁸⁵ Si noti, peraltro, che un'ulteriore incongruenza sta nel fatto che l'art. 47 del CCNL, sebbene richiami l'art. 22, d.lgs. n. 276/2003, letteralmente, disciplina la durata e le proroghe della *missione* e non del rapporto di lavoro. La stratificazione degli interventi normativi pone, peraltro, ulteriori problemi di coordinamento, per esempio, in merito all'ambito di applicazione del limite quantitativo del 20% del numero complessivo dei contratti a termine da parte di uno stesso datore di lavoro, ai sensi dell'art. 1, c. 1, ult. cpv: le modifiche apportate in sede di conversione, e, in particolare, la sostituzione della locuzione «rapporti di lavoro» con «contratti di lavoro», nonché l'eliminazione del riferimento all'utilizzatore, hanno consentito di chiarire che il limite quantitativo è strettamente riferito ai soli contratti di lavoro a tempo determinato con l'esclusione dal computo di lavoratori in somministrazione. Tuttavia, la formulazione della disposizione richiamata crea non pochi problemi rispetto all'applicazione della norma nei confronti delle agenzie di somministrazione, nella veste di datori di lavoro che assumono lavoratori a tempo determinato da somministrare. Infatti, la disposizione in parola si riferisce ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati da «ciascun datore di lavoro» e pertanto - pare - anche dalle agenzie di somministrazione; alle quali però non si dovrebbe applicare la sanzione amministrativa prevista per lo «sfornamento» dall'art. 4-*speties*, d.lgs. n. 368/2001, che rientra tra le norme «escluse» dal rinvio operato dall'art. 22, c. 2 (*sic!*). Ferma restando, in ogni caso, la derogabilità del limite da parte della contrattazione collettiva, *ex art.* 10, c. 7, d.lgs. n. 368/2001. Diversamente, i limiti quantitativi di cui all'art. 20, c. 4, d.lgs. 276/2003, la cui definizione è demandata «ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi in conformità alla disciplina di cui all'articolo 10 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368», riguardano l'utilizzazione della somministrazione di lavoro a tempo determinato; ossia i contratti commerciali di somministrazione tra agenzia e utilizzatore. Da quanto sopra dovrebbe inferirsi che, prestando osservanza pedissequa alle disposizioni richiamate, l'ipotesi di somministrazione irregolare *ex art.* 27, d.lgs. 276/2003, e quindi la sanzione civilistica dell'imputazione del rapporto all'utilizzatore, si avrebbe soltanto nel caso di superamento del limite *ex art.* 20, c. 4.

somministrazione a termine²⁸⁶. Pur tuttavia, nonostante il tenore letterale di tale ultima clausola contrattuale, non pare sia possibile concludere, *a contrario*, che nello *staff leasing* i singoli lavoratori possano essere “trattenuti in missione” indefinitamente: il principio di temporaneità dell’assegnazione presso l’utilizzatore sembra essere enucleabile a partire dalle definizioni contenute dagli artt. 1, 3 e 5 della direttiva 2008/104²⁸⁷. Fermo restando che tale soluzione “antiabusiva”, che opera sul piano dei rapporti di lavoro, non può essere impropriamente confusa e sovrapposta ai presupposti dei rapporti commerciali di somministrazione²⁸⁸, che - giova ripetere - stando all’idealtipo eurounitario, non dipendono da esigenze di carattere meramente temporaneo.

Non è chiaro se le novità sul lavoro interinale siano soltanto un effetto collaterale di un’*instant act* sul lavoro, ma il decreto Poletti sembra rappresentare comunque una tappa importante nel processo di mimesi della somministrazione rispetto al modello europeo di lavoro mediante agenzia. Eppure, permangono nell’ordinamento alcuni elementi di antinomia; tra questi, la disciplina della somministrazione nelle pubbliche amministrazioni.

²⁸⁶ Nel corso del dibattito parlamentare sul decreto Poletti, la Commissione lavoro del Senato ha approvato l’ordine del giorno n. G/1464/4/11 al DDL n. 1464, accolto dal Governo come raccomandazione, con il quale, tra l’altro, che: «l’articolo 4 della Direttiva 2008/104/CE, mirata alla promozione del lavoro tramite agenzia, impone agli Stati membri di distinguere la relativa disciplina da quella del contratto a termine, evitando l’applicazione al lavoro tramite agenzia di divieti o limitazioni che in questo caso non hanno ragion d’essere»; e, sulla base di queste considerazioni, conclude impegnando il Governo «a operare in sede di interpretazione e applicazione dell’articolo 1 del decreto legge nella sua nuova formulazione confermando che i limiti di cui all’articolo 1, comma 1, e all’articolo 5, comma 4-bis, secondo periodo, del decreto legislativo n. 368/2001, così come modificati dal decreto-legge n. 34/2014, sono esclusivamente riferibili al contratto a tempo determinato e non al lavoro somministrato tramite agenzia».

²⁸⁷ Ai sensi dell’art. 3.1, lett. c) il «lavoratore tramite agenzia interinale» è: «il lavoratore che sottoscrive un contratto di lavoro o inizia un rapporto di lavoro con un’agenzia interinale, al fine di essere inviato in missione presso un’impresa utilizzatrice per prestare temporaneamente la propria opera sotto il controllo e la direzione della stessa». L’art. 5.5 prevede che: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente alla legislazione e/o le pratiche nazionali, per evitare il ricorso abusivo all’applicazione del presente articolo e, in particolare, per prevenire missioni successive con lo scopo di eludere le disposizioni della presente direttiva».

²⁸⁸ Per una lettura diversa della temporaneità, alla luce della sua funzione “antiabusiva”, Ferrara M.D., *op. cit.*, 28 ss.

§3. Il lavoro mediante agenzia nel settore pubblico. Un'epifania sulla flessibilità organizzativa?

“Laicamente”, occorre ribadire che l’impiego tramite agenzia costituisce una forma normale di assunzione di manodopera²⁸⁹: le “intenzioni” eurounitarie trovano riscontro nei fatti del legislatore nazionale, che, come visto, ha progressivamente liberalizzato l’istituto, nell’ambito di un percorso di (cauto) recepimento dello schema eurounitario. In questa prospettiva, la “coazione a ripetere” il presupposto tacito della temporaneità delle esigenze di fornitura di personale - che diviene l’espedito per salvaguardare l’eccezionalità dell’istituto - non può essere giustificata²⁹⁰.

Sulla base di tali premesse, è possibile annoverare il ridetto art. 36, d.lgs. n. 165/2001 nell’alveo delle restrizioni ingiustificate al lavoro mediante agenzia interinale. Vale a dire che la regola secondo cui, affastellate indistintamente tutte le fattispecie contrattuali diverse dal lavoro subordinato a tempo indeterminato sotto l’ombrello dell’art. 36²⁹¹, il ricorso al «lavoro flessibile» è consentito «per rispondere ad esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale» è contraria al diritto eurounitario, nella misura in cui estende meccanicamente tale presupposto anche alla somministrazione.

Nella direttiva 2008/104 non c’è alcuna disposizione che consente di implementare asimmetrie regolative tra settore privato e settore pubblico²⁹²; e, d’altronde, la limitazione oggettiva e generale *ex art. 36, c. 2* non supera il *test* dell’art.

²⁸⁹ Pantano F., *op. cit.*, 36.

²⁹⁰ Anche Carinci M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d’azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell’impresa*, Giappichelli, Torino, 2008, 39, pur ritenendo che il d.lgs. n. 276/2003 mantenga in vita il generale divieto di interposizione previsto dalla l. n. 1369/1960, sostiene che esso abbia fatto venire meno la necessaria temporaneità delle esigenze sottese al ricorso alla somministrazione.

²⁹¹ Con esclusione delle collaborazioni coordinate e continuative (co.co.co.) e del lavoro autonomo, che ricadono sotto l’egida dell’art. 7, d.lgs. 165/2001.

²⁹² Ai fini della direttiva, ai sensi dell’art. 3.1, lett. d), si considera «impresa utilizzatrice»: «qualsiasi persona fisica o giuridica presso cui e sotto il cui controllo e direzione un lavoratore tramite agenzia interinale presta temporaneamente la propria opera».

4 della direttiva stessa²⁹³. La *ratio* della disposizione nazionale è nota ed evidente: contrastare il fenomeno del “preariato” nelle pubbliche amministrazioni²⁹⁴; senza entrare nel merito del dibattito sull’argomento, va da sé che l’ideologia sottesa al progressivo irrigidimento dei presupposti di utilizzo del lavoro flessibile²⁹⁵, nella parte in cui si assimila la somministrazione alle altre tipologie contrattuali “*non standard*”²⁹⁶, è antitetica rispetto al modello eurounitario, nella cui prospettiva il lavoro mediante agenzia “*è un catalizzatore dell’incontro tra la domanda e l’offerta di lavoro e, quindi, di incentivo all’incremento dei livelli occupazionali che il legislatore europeo gli attribuisce. La logica che sembra trasparire dalla direttiva è quella per la quale attraverso il lavoro temporaneo sono moltiplicate le possibilità di conseguimento di un lavoro stabile*”²⁹⁷. In altri termini, l’obiettivo del “contingentamento” *tout court* del lavoro interinale - a prescindere dalle precomprensioni che si mettono in campo - non può intuitivamente

²⁹³ A cui si aggiunge altresì il divieto assoluto di somministrazione per l’esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

²⁹⁴ Cfr. circolare Funzione Pubblica del 21.11.2013, in www.funzionepubblica.gov.it.

²⁹⁵ Da ultimo art. 4, c. 1, lett. a), d.l. 31.08.2013, n. 101.

²⁹⁶ Nella trattazione dell’argomento, per mero tuziorismo, non si adopererà l’aggettivo “atipico” per indicare la somministrazione e, in generale, i rapporti contrattuali diversi dal modello *ex art.* 2094 c.c. Sebbene non sia questa la sede per affrontare la questione nel dettaglio, si rammenta che la nozione di “atipicità” diffusa nel diritto del lavoro non coincide con quella propria del diritto civile. È unanimemente riconosciuta la valenza del tutto descrittiva del termine “atipico” quando riferito ai contratti di lavoro (così Ghera E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, 320): questi, infatti, sono previsti e disciplinati puntualmente dalla legge, quindi sono tipici nel senso che al termine si attribuisce nel diritto civile generale. D’Antona M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990, 533 ss., ha giustamente osservato che “l’uso di concetti come tipo e sottotipo (e metodo tipologico), o anche rapporto speciale o contratto a causa mista” rischia di apparire “così poco controllato, da risultare molto spesso fuorviante”, poiché “il fenomeno della tipizzazione del contratto di lavoro subordinato segue andamenti esattamente inversi rispetto a quelli che si registrano nel diritto dei contratti, dove il tipo contrattuale non è altro che un modello di disciplina [...] che guida le parti al conseguimento dell’effetto giuridico voluto e consente all’interprete di integrare il programma negoziale laddove è carente, richiamando gli effetti naturali dello schema regolato al quale il contratto venga ricondotto. Nel rapporto di lavoro subordinato, invece, la tipizzazione va di pari passo con lo sviluppo storico del diritto del lavoro come ordinamento protettivo e non riflette la stabilizzazione di regolarità e prassi degli affari ma i modelli dell’intervento eteronomo sul contratto, ordinato alla tutela del lavoratore”. Più recentemente, Napoli M., *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *DLRI*, 2004, 597, ha osservato che bisogna smettere di considerare il lavoro *part-time*, il lavoro a temine, e il lavoro interinale, basati sul principio di parità di trattamento con il «lavoratore comparabile», come forme “atipiche”; piuttosto l’unitarietà del contratto di lavoro subordinato coesiste con una articolazione dei modelli di regolazione. Da tale angolazione, la subordinazione non è espressione di rigidità, ma al contrario è un “paradigma capace di rispondere esaurientemente ai bisogni di flessibilità dell’impresa” e senza che questo impedisca la tutela del lavoratore.

²⁹⁷ Pantano F., *op.cit.*, 37.

rappresentare una «ragione di interesse generale» ex art. 4.1 della direttiva 2008/104: ciò in quanto, attraverso la lente dell'integrazione multilivello, non può costituire un *target* legittimo di politica legislativa la definizione di un assetto del mercato del lavoro oggettivamente contrario allo schema delineato dal legislatore europeo²⁹⁸. Semmai, ferma l'illegittimità della restrizione generale, andrebbe approfondito se possa invece essere "salvato" il divieto di *staff leasing* nel settore pubblico, argomentando in merito all'imperatività dei principi di buon andamento e imparzialità ex art. 97 Cost., che rischierebbero di essere violati allorché si consentisse la surrettizia costituzione di rapporti di lavoro durevoli con la pubblica amministrazione, senza il rispetto di procedure di tipo concorsuale. In tal senso, è possibile ipotizzare un contrasto tra un'interpretazione "costituzionalmente orientata", che, secondo l'insegnamento della Consulta²⁹⁹, impone un'esegesi restrittiva delle eccezioni alla regola dell'accesso mediante concorso pubblico; e un'interpretazione "comunitariamente orientata", che - come detto - suggerisce di escludere la legittimità di restrizioni dettate da finalità diverse dal perseguimento degli interessi di carattere generale enunciati nell'art. 4.1 della ridetta direttiva³⁰⁰.

²⁹⁸ Pantano F., *op. cit.*, 9, ricorda che: "la prospettiva adottata non è tanto quella di verificare se gli ordinamenti possiedono gli «anticorpi» necessari a «rendere il più alto livello di flessibilità tollerabile e coerente con la finalità di assicurare la qualità del lavoro» [...] Semmai, è necessario che le restrizioni ed i divieti già esistenti non costituiscano impedimenti "ingiustificati" al ricorso al lavoro tramite agenzia in relazione agli interessi di carattere generale enunciati nell'art. 4, § 1".

²⁹⁹ Tra le numerose pronunce sul tema, v. Corte Costituzionale n. 89/2003, in www.cortecostituzionale.it, ove si conferma la legittimità del divieto di conversione del contratto ex art. 36, c. 5, d.lgs. 165/2001, e la disparità di trattamento con il settore privato, alla luce dell'art. 97 Cost.

³⁰⁰ D'altra parte, l'obbligo della procedura a evidenza pubblica, ai sensi del d.lgs. 163/2006, per la scelta dell'agenzia di somministrazione, e la possibile predeterminazione di criteri di avviamento alla missione che rispettino i principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza potrebbero comunque "sdrammatizzare" il potenziale conflitto con l'art. 97 Cost; a tale ultimo proposito si dovrebbe chiarire come possa essere applicata alla somministrazione di lavoro la regola dell'art. 36, c. 2, primo cpv., secondo cui il ricorso alle tipologie contrattuali flessibili deve comunque avvenire «nel rispetto delle procedure di reclutamento vigenti». Da un'altra prospettiva, proprio l'esistenza di tali soluzioni "alternative" potrebbe impedire al divieto assoluto di *staff leasing* di superare il *test* di proporzionalità, laddove si adducesse l'esistenza di mezzi a effetto equipollente per rispettare l'art. 97 Cost., che non pregiudichino *tout court*, e a monte, l'operatività dell'istituto.

Il “riposizionamento” del diritto del lavoro rispetto alle strategie di esternalizzazione delle pubbliche amministrazioni passa anche dalla razionalizzazione della flessibilità contrattuale, secondo i principi dell’ordinamento eurounitario. Per tale via, attraverso una riscrittura dell’art. 36, la somministrazione - piaccia o non piaccia - dovrebbe essere “riabilitata”, come modalità ordinaria di assunzione da parte delle pubbliche amministrazioni³⁰¹.

In tal senso, il paradigma dell’art. 2094 c.c. non sembra incompatibile con la lettura proposta del fenomeno interpositorio. Nell’ultimo decennio, la moltiplicazione delle forme di lavoro ha intaccato in modo strisciante la centralità dal modello codicistico del lavoro subordinato a tempo indeterminato: l’ascesa della somministrazione è un indice della rottura di questo caposaldo del diritto del lavoro classico; più in generale, su questo versante si colloca l’apertura dell’ordinamento a fattispecie di *codatorialità sostanziale* “a intensità variabile”³⁰², ove - di fatto e/o di diritto - alla “frammentazione” dei poteri tipici datoriali si giustappone una condivisione delle responsabilità nei confronti dei lavoratori. Oltre alle ipotesi tipizzate di somministrazione e distacco, il legislatore, da ultimo, dopo caute aperture

³⁰¹ Meritano soltanto un breve cenno le interpretazioni che, contravvenendo apertamente al tenore letterale dell’art. 20, d.lgs. 276/2003, pretendono di introdurre l’ulteriore presupposto dell’ “accessorietà” delle attività oggetto di somministrazione rispetto all’oggetto sociale dell’impresa utilizzatrice. In giurisprudenza, v. Trib. Roma 19.11.2010, n. 18385; Trib. Torino 26.07.2010, n. 2246; Trib. Torino 20.07.2010, n. 2130; Trib. Torino 11.03.2010, n. 604; Trib. Torino 3.07.2010, n. 1014 tutte in *RIDL*, 2011, II, 70, con nota critica di Romei R., *Somministrazione a tempo indeterminato e dintorni: le tendenze creative della giurisprudenza*.

³⁰² Il termine *codatorialità sostanziale* è impiegato, tra gli altri, da Barbera M., *op. ult. cit.*, 2; De Luca Tamajo R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: analisi e prospettive*, in *RIDL*, 2007, I. *Contra* Speciale V., *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT*, 94/2010, che sviluppa una propria teoria generale della codatorialità, e ritiene invece improprio l’accostamento di questo *tòpos* alle fattispecie legali di decentramento produttivo, nell’ambito delle quali il legislatore ha esplicitamente definito un unico centro di imputazione formale dei rapporti di lavoro. Invero, ciò che si vuol mettere a fuoco con la lente della *codatorialità sostanziale* (o di fatto), partendo dal paradigma dell’art. 2094 c.c., è la “atipicità” delle relazioni di potere che si instaurano nell’ambito delle fattispecie di decentramento, specie con riguardo alla scissione tra titolarità formale del contratto di lavoro e potere direttivo; che non può essere ridotta al regime della solidarietà passiva per le obbligazioni contrattuali.

giurisprudenziali³⁰³, ha sperimentato forme di codatorialità nelle «reti di imprese»³⁰⁴ (art. 30, c. 4-ter, d.lgs. 276/2003); e, anche al di fuori di un «contratto di rete», di assunzione congiunta nei gruppi di società (art. 31)³⁰⁵: nonostante le incertezze dovute alla laconicità del dato normativo, è possibile affermare che si tratti di fattispecie di “*job sharing dal lato datoriale*”³⁰⁶, caratterizzate dalla condivisione di poteri, diritti e responsabilità³⁰⁷. Il “*power sharing*” si distingue dal “*power splitting*” del lavoro interinale; entrambi, però, sono manifestazione dello sgretolamento della regola aurea dell’esclusività e della biunivocità del rapporto di lavoro, conseguenza della flessibilizzazione della figura datoriale, frutto della sopravvenuta impossibilità di identificarla in quella “*sorta di tecnostruttura concentrata che assicura[va] l’integralità*”

³⁰³ V., in particolare, Cass. n. 24.03.2003, n. 4274, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, ove si è espressamente ammesso che, in caso di esercizio condiviso del potere direttivo o di conformazione da parte di più società appartenenti al medesimo gruppo, non fosse riscontrabile un solo e unico datore di lavoro, ma più datori di lavoro, da individuarsi nelle imprese che abbiano effettivamente esercitato tali poteri. In Cass. 29.11.2011, n. 25270, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, la Suprema Corte ha riconosciuto che vengano esercitati poteri tipici del datore di lavoro da parte di una pluralità di soggetti, a vario modo collegati, quando “*la destinazione della prestazione di lavoro riguarda il complesso delle società operative, secondo le note forme della prestazione cumulativa o alternativa*”. Per Biasi M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità: le trasformazioni dell’impresa e le risposte dell’ordinamento*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 218/2014, 12, si tratta di letture che denotano il superamento di una concezione del gruppo come fenomeno in sé patologico, come tale da guardare con sospetto (se non addirittura da reprimere). Sul tema v. Meliaddò G., *Imprese a struttura complessa, controllo dei fenomeni di esternalizzazione ed interpretazioni giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2010, I, col. 3329.

³⁰⁴ Il d.l. n. 5/2009 ha regolato, per gli aspetti diversi da quelli lavoristici, il contratto di rete tra imprese, quale strumento di aggregazione, ordinariamente di tipo orizzontale, con il quale due o più imprese si obbligano a esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato. Si rinvia sul punto all’ampia trattazione di Mattioni M., *Il contratto di rete: un inquadramento civilistico*, in *Contratto di rete e diritto del lavoro*, Zilio Grandi G. - Biasi M. (a cura di), Padova, 2014.

³⁰⁵ Per certi versi, una “diluizione” (*ratione materiae*) della nozione di datore lavoro si registra anche nel d.lgs. n. 81/2008 in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro che, nella parte in cui definisce gli obblighi di coordinamento connessi ai contratti d’appalto, d’opera o di somministrazione (art. 26), può essere considerato “*espressione di una tendenza assai precisa: la nozione di datore di lavoro non è necessariamente collegata alla titolarità formale del contratto ma al rapporto organizzativo che si instaura tra una persona fisica o giuridica e coloro che svolgono attività lavorativa a favore di tale organizzazione*” (Speziale V., *op. ult. cit.*, 19).

³⁰⁶ Biasi M., *op. cit.*, cit., 19.

³⁰⁷ Per un’ampia trattazione dell’argomento v. Biasi M., *op. cit.*; ma anche Alvino I., *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Milano, 2014. Precedentemente, tra gli altri, Perulli A., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in RIDL, 2007, I.

del processo di produzione in un unico edificio”³⁰⁸. Per tale via, la codatorialità assurge a “elemento di sistema”³⁰⁹, comunemente all’esperienza di altri ordinamenti³¹⁰.

Allo stesso modo, non sembra che dalla giurisprudenza costituzionale sull’indisponibilità del tipo³¹¹ possano essere tratte indicazioni in ordine al modello di lavoro subordinato cui il legislatore sarebbe chiamato a ispirarsi; né di sfavore nei riguardi del fenomeno dissociativo³¹². A tal proposito merita di essere richiamato l’insegnamento di un’autorevole dottrina civilistica, secondo cui la sistematica del codice – e, in particolare, l’esame degli artt. 2128 e 2239 – dimostra che il *tipo di lavoro subordinato* ha una portata più ampia di quello realizzato nell’impresa: il lavoro

³⁰⁸ De Luca Tamajo R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: analisi e prospettive*, in RIDL, 2007, I, cit., 4. Sul ripensamento della nozione di datore di lavoro, in ambito italiano, v. già Nogler L., *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, in LD, 1992, 2, 293; recentemente, Speciale V., *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT , 94/2010; Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in DLRI, 2010, 2, 203 ss., la quale propone un’interessante lettura della figura del datore di lavoro attraverso un canone funzionalistico, poi ripreso e declinato, avuto riguardo in particolare alle imprese a struttura complessa. In ambito internazionale, Prassl J., *Rethinking the notion of the employer, The notion of the employer*, in *The Law Quarterly Review*, 2013, 129, 380 ss.

³⁰⁹ Nell’accezione di Barbera M., *op. ult. cit.*, 221.

³¹⁰ Dalla *Joyn employment doctrine* statunitense (v. Corazza L., «Contractual integration» e rapporti di lavoro, Padova, Cedam, 2004) all’esperienza australiana (Cullen R., *Servant and Two Masters? The Doctrine of Joint Employment in Australia*, AJLB, 16). In Europa forme di contitolarità, con tutele variabili, sono ammesse, tra gli altri, in Regno Unito, [Francia Dockès E., *Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Francia*, Rapporto nazionale (Tema 2), XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, Parigi, 5 - 8 settembre, 2006, (dattiloscritto)], Spagna [Villalòn J.C. , *Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Spagna*, Rapporto nazionale (Tema 2), XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, Parigi, 5 - 8 settembre 2006, (dattiloscritto)].

³¹¹ Cfr. Corte Cost. 29.03.1993, n. 121, in *Foro It.*, 1993, I, 2432 ss.; Corte Cost. 23-31.03.1994, n. 115, in *ADL*, 1995, 297 ss.

³¹² Corazza L., *op. cit.*, 10. In termini v. Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, relazione al convegno AIDLASS “Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro”, (Salerno, 22-23 maggio 1998), in *DLRI*, 1998, 547 ss. Speciale V., *op. cit.* nt. 302, 33 ss., riconosce che l’art. 2094 c.c. non osta, in linea di principio, alla codatorialità; e a tal fine, tra l’altro, ricorda che la stessa disposizione codicistica parla di «collaborazione» nell’impresa: “Si tratta di un concetto che, debitamente attualizzato, è di grande modernità, perché consente di collegare il contratto di lavoro non ad un «soggetto», ma ad una realtà produttiva «oggettiva» anche se suddivisa tra più imprenditori. In questo caso la subordinazione può essere ricostruita con l’identificazione di coloro che, prescindere dalla titolarità del contratto, esercitano sul lavoratore quei poteri organizzativi che sono la sostanza del lavoro subordinato”. La codatorialità presuppone la presenza di alcuni elementi: “in primo luogo, lo svolgimento di un’attività lavorativa di carattere personale da parte di uno specifico soggetto. Poi, l’assoggettamento di questa prestazione alla eterodirezione e la presenza degli altri caratteri sopradescritti. Infine, vi deve essere un ulteriore decisivo elemento: l’attitudine della attività professionale a soddisfare, nel medesimo tempo, gli interessi di diversi datori” (cit., 34). Per l’A., tuttavia, rimane in piedi lo schema dell’art. 1369/1960, che però non eserciterebbe comunque alcuna influenza negativa sul discorso in merito alla plurisoggettività datoriale. Per un intervento più risalente in tema di compatibilità in astratto tra l’art. 2094 c.c. e l’ipotesi della contitolarità del rapporto di lavoro v. Magrini S., *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1980.

subordinato di cui all'art. 2094 c.c. costituisce un sottotipo caratterizzato dall'inserimento del lavoratore nell'organizzazione interna dell'imprenditore. Esso rappresenta il tipo sociologicamente più importante cui si è ispirato il legislatore nel "disciplinare il rapporto di lavoro e perciò si colloca, come tipo sociale normativo, in posizione di maggior rilievo che non gli altri sottotipi rispetto al tipo formale o legale"³¹³.

Il discorso sul divieto di interposizione e quello sul modello di subordinazione corrono su binari diversi che convergono e si incrociano: l'interpretazione "evolutiva" dell'art. 2094 c.c., dal punto di vista socio-economico, intercetta il decentramento produttivo e il fenomeno del policentrismo dell'impresa; dal punto di vista giuridico-formale, si nutre del dato normativo, segnato dall'implementazione della somministrazione, oltretutto dalle altre ipotesi "sperimentali" di subordinazione "non standard". Al contempo, la "decostruzione"³¹⁴ delle categorie "aristoteliche" del diritto del lavoro offre una sponda teorica alla tesi del superamento dello schema della legge 1369/1960, che, per l'appunto, si basava su una nozione monista e rigida di rapporto di lavoro. Peraltro, se si accetta la prospettiva della "scomposizione" della subordinazione, onde promuovere la razionalizzazione assiologica della razionalità economica³¹⁵; e si prende atto dell'immanenza del processo di liberalizzazione del lavoro mediante agenzia, il discorso sulla sopravvivenza del principio cardine della legge 1369/1960, a ben vedere, diviene sostanzialmente obsoleto nella sua proiezione

³¹³ Cataudella A., *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Scritti sui contratti*, Cedam, Padova, 1998, 139 ss. (ma già in *DL*, 1983, I, 77 ss.). L'A. parte dall'ottica tradizionale, secondo la quale è la causa - intesa come funzione economico sociale - che identifica il tipo. Nel contratto previsto dall'art. 2094 c.c. è la subordinazione l'elemento tipizzante, anche se questo concetto non va inteso in maniera univoca, ma va considerato con "graduazioni intermedie". Aderiscono, sostanzialmente, a questa impostazione anche Grandi M., *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, Pedrazzoli M. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1989 77-91; e Loy G. *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, Pedrazzoli M. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1989, 55-65. Ovviamente, la letteratura sul tema è sterminata e le ricostruzioni contrastanti; per un riepilogo v. Speziale V., *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" e possibili riforme*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. *IT*, 51/2007.

³¹⁴ L'espressione è di Speziale, *op. cit.* nt. 302, 94.

³¹⁵ Ancora Speziale, *ibidem*.

“difensiva”, quale strumento per preservare la baricentricità del modello *ex art. 2094 c.c.*, esiliando nell’alveo dell’eccezionalità le possibili deviazioni.

§4. Appalto vs. somministrazione. Un’ipotesi per un’*actio finium regundorum*.

Resta da chiarire se il processo di liberalizzazione del lavoro mediante agenzia sia un frutto “avvelenato” dell’integrazione comunitaria; ovvero, se l’implementazione della somministrazione possa rappresentare una soluzione di esternalizzazione delle pubbliche amministrazioni che realizza un bilanciamento “socialmente sostenibile” tra istanze produttive e tutela dei lavoratori.

A tal fine occorre sviluppare un’analisi non “metafisica”, che non trascuri di considerare, in particolare, che nella prassi amministrativa le esigenze di flessibilità organizzativa vengono prevalentemente soddisfatte mediante il ricorso ai contratti di appalto. Vale a dire che nel nostro ordinamento il paradigma del *new public management* è stato (ed è), essenzialmente, declinato attraverso il modello del “*procurement outsourcing*” (specie nel settore dei servizi ausiliari e strumentali, che è quello a maggiore intensità di esternalizzazione)³¹⁶; che, sotto il profilo dei rapporti di lavoro, produce una particolare “deresponsabilizzazione” del committente pubblico, che si ritaglia un ruolo di mero “guardiano dall’esterno” attraverso le controverse

³¹⁶ La Ragioneria dello Stato nella propria analisi del conto annuale del periodo 2007-2011, in www.rgs.mef.gov.it, ha rilevato che i dati sul lavoro interinale nelle pp.aa. dimostrano che la presenza “è molto sporadica e limitata”; peraltro, con un *trend* negativo di utilizzo (nel 2011 si contavano 9.346 unità annue, concentrate prevalentemente nei comparti sanità ed enti locali). A fronte di tale dato: i) tra il 2000 e il 2009 il valore totale della spesa per consumi intermedi - che rappresenta il valore dei beni e servizi consumati (cioè sia trasformati che esauriti) come *input* all’interno del processo produttivo, a esclusione del capitale fisso - è cresciuto del 54,9%. Più o meno in linea è il dato di crescita della spesa per gli acquisti di beni da produttori *market*; ii) tra il 2004 e il 2006 l’83% degli enti pubblici ha esternalizzato parte dei servizi, con punte dell’80% nel settore dei servizi generali interni (cfr. Fiorentino L. - Zanarini L., *Terzo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, 2011; per i dati analitici sui Comuni v. *Rapporto sullo stato del processo di esternalizzazione delle funzioni e dei servizi nei Comuni*, in www.extra.anci.it); iii) secondo i dati dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nel 2012, il valore degli appalti pubblici nel settore dei servizi è stato di € 43.306.705.200,00 (AVCP, relazione annuale 2012, in www.avcp.it).

“clausole sociali”³¹⁷. Appalti e fornitura di manodopera sono da considerare alla stregua di “vasi comunicanti”³¹⁸, per cui il riempimento dell’uno determina lo svuotamento dell’altro: si tratta pertanto di capire se, sia da un punto di vista giuridico-formale, sia secondo una lettura “proporzionalista” del modello sociale³¹⁹, lo “stato dell’equilibrio dei fluidi” meriti di essere riconsiderato.

Ai sensi dell’art. 29 del d.lgs. 276/2003: «il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell’articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell’appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell’opera o del servizio dedotti in contratto, dall’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa». Vi è stato un vasto consenso in dottrina in merito al ridimensionamento dell’impatto innovativo dell’art. 29 sulla nozione di appalto, che sarebbe stato il segno di un mero adeguamento del legislatore al diritto vivente, ove si andava affermando un “alleggerimento” dei confini materiali dell’impresa “autentica”³²⁰. Eppure, tale disposizione, che nelle intenzioni del legislatore del 2003 dovrebbe marcare i confini con la nuova fattispecie della somministrazione di lavoro, già nei primi commenti della dottrina ha suscitato allarme, poiché veniva segnalato il rischio che fosse adoperata come “grimaldello” per legittimare surrettiziamente l’appalto di mera manodopera³²¹: un’interpretazione “lasca” dell’indice dell’«esercizio del potere organizzativo e direttivo», sulla falsariga

³¹⁷ Su cui diffusamente *supra* cap. I. Sul particolare regime di solidarietà che vige nel settore degli appalti pubblici v. *infra* nt. 331.

³¹⁸ La metafora è di Lo Faro A., *op.cit.*, 141.

³¹⁹ Cfr. *supra* §1 e §1.7.

³²⁰ Si è già detto al riguardo del valore innovativo della sentenza SS.UU. n. 10183/1990 (v. *supra* nt. 252). In dottrina, Corazza L., *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT, 93/2009, 6 ss.; Mazzotta O., *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, 225 ss.

³²¹ Alleva P. G., *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in RGL, I, 887-923.

di alcune soluzioni giurisprudenziali degli anni novanta, avrebbe potuto far dilatare l'area dell'appalto lecito, sino a includere appalti interni di segmenti del ciclo produttivo "a un soggetto che opera come semplice capo-squadra"³²². Da qui il pericolo che la norma facilitasse lo svuotamento della somministrazione, consentendo pratiche "di fuga" verso forme fraudolente ed elusive di appalto³²³.

In generale, la "pressione osmotica" verso l'appalto è l'effetto di pratiche di *dumping* "interno": da un'angolazione tardo-taylorista la minimizzazione dei costi (di produzione e di transazione) per il fattore lavoro è un paradigma del valore dell'efficienza aziendale. Da tale prospettiva, l'avvicendamento del metodo dell'autoproduzione (*make*) con gli appalti introaziendali (*buy*) rappresenta una soluzione di esternalizzazione auspicabile perché consente notevoli risparmi diretti e vantaggi indiretti, innanzitutto perché le condizioni lavoro e di occupazione del personale addetto non sono tutelate da un "principio di parità di trattamento"³²⁴; elemento che, diversamente, nel lavoro interinale, anche per la compresenza di ulteriori fattori di costo (utile dell'agenzia, oneri contributivi accessori), tende a ridurre il lucro "differenziale" dell'operazione di esternalizzazione del lavoro³²⁵. Parallelamente, le ipotizzabili misure di protezione nelle vicende traslative dell'attività economica "esternalizzata", finalizzate a elevare una barriera di *floor of*

³²² Salento A., *op. cit.*, 474.

³²³ Di "corsa" verso gli appalti, come conseguenza del *gap* di tutele, parla Del Punta R., *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA.VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, 80.

³²⁴ Il principio di parità di trattamento, invece, "indirizza l'operatore economico a perseguire una competitività basata su costi diversi da quelli del lavoro, incentivando ottimizzazioni organizzative, innovazioni di processo e di prodotto, specializzazioni produttive e miglioramento della qualità del lavoro; uniche leve in grado di reggere davvero la concorrenza globalizzata, dal momento che, per quanto i costi del lavoro possono essere abbassati, non può esservi competizione con Paesi dediti allo sfruttamento intensivo della manodopera" (De Luca Tamajo, *op. ult. cit.*, 25).

³²⁵ Alleva, *op. cit.*, 893 ss., propone un esempio: "l'impresa utilizzatrice che volesse poniamo - non impiegare personale proprio in magazzino, avrebbe questa scelta: o richiedere ad un'agenzia autorizzata di avviarle quattro lavoratori da immettere in magazzino, con l'onere, però, di organizzarli, dirigerli e, soprattutto, di garantire che siano pagati come i propri dipendenti, oppure appaltare, per così dire, al "primo che passa" le operazioni di magazzino. perché pensi lui a organizzare e dirigere la "squadretta" dei quattro lavoratori, suoi dipendenti, pagandoli ciò che crede, senza responsabilità per il committente".

rights rispetto al gioco della spirale al ribasso dei *labour standards* come fattore concorrenziale, sono neutralizzate perché - perlomeno secondo la *vulgata* interpretativa, e come già illustrato nel capitolo precedente - sarebbero incompatibili con il diritto eurounitario, dal momento che rappresenterebbero un limite illegittimo alla libertà di circolazione dei servizi. Senza contare che nel confronto “economicista” con la somministrazione, l’appalto risulta preferibile perché non richiede il possesso di particolari condizioni soggettive di affidabilità e garanzia³²⁶. Dal punto di vista delle pubbliche amministrazioni viene poi in rilievo un ulteriore vantaggio di tipo contabile, laddove, anche alla luce delle citate regole di consolidamento e onnicomprensività della spesa di personale, gli appalti - contrariamente al lavoro mediante agenzia - consentono di “alleggerire” tale ultima voce di costo, che, viene tramutata in spesa per forniture e servizi; per l’effetto le amministrazioni riducono l’incidenza percentuale della spesa di personale rispetto al complesso delle spese correnti, che - come è noto - costituisce un dato su cui sono misurati gli obiettivi di finanza pubblica³²⁷ e i vincoli assunzionali³²⁸.

In questo quadro occorre, pertanto, definire puntualmente i confini giuridici delle fattispecie contrattuali di esternalizzazione, sulla base di un’interpretazione sistematica, che sia conforme all’assetto normativo e al modello di flessibilità di derivazione eurounitaria; e, ove possibile, realizzi un giusto bilanciamento tra le istanze produttive di efficientamento organizzativo e la garanzia di un nucleo di tutele per i lavoratori che operano in regime di *outsourcing*. Con l’avvertenza che nel

³²⁶ Diversamente, con riferimento ai requisiti di iscrizione all’albo ministeriale delle agenzie per il lavoro, v. art. 5, d.lgs. 276/2003.

³²⁷ In particolare, per le autonomie regionali e gli enti locali sottoposti al patto di stabilità interno sono fissati obiettivi generali di riduzione progressiva della spesa di personale (art. 1, c. 557, l. 296/2006), che include «anche quelle sostenute per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, per la somministrazione di lavoro, per il personale di cui all’articolo 110 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché per tutti i soggetti a vario titolo utilizzati, senza estinzione del rapporto di pubblico impiego, in strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all’ente» (c. 557-bis).

³²⁸ V., per esempio, art. 9, c. 28, d.l. 78/2010.

settore di applicazione del «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»³²⁹, di cui al d.lgs. n. 163/2006, i tentativi di sistematizzazione devono tenere conto dell'autarchia del sistema, che si basa - conformemente alle definizioni dell'ordinamento eurounitario - su una nozione "allargata" di appalto³³⁰, che si estende sino a sovrapporsi alla categoria generale dei "contratti passivi", nei quali la parte pubblica sopporta un costo al fine di acquisire una prestazione; e che poggia su un quadro di regole *ad hoc*, anche per ciò che concerne la «tutela del lavoro»³³¹.

Ora, l'art. 29, d.lgs. n. 276/2003 appare ripiegato sulla dimensione "civilistica" del fenomeno interpositorio, nella misura in cui riprende lo schema dell'art. 1655 c.c., secondo il quale il tratto caratterizzante dell'appalto consiste nell'organizzazione dei mezzi. Laddove, «in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto», la norma prevede la possibilità di inferire l'elemento "organizzativo" dell'appaltatore dall'esercizio del «potere direttivo e organizzativo» e dall'assunzione del rischio di impresa si coglie un tentativo (maldestro) di dare una lettura "evolutiva" dell'appalto, adeguando gli indici di imprenditorialità "genuina" al mutamento della realtà economica e alla "smaterializzazione" dei fattori produttivi.

Ciò che però occorre far rilevare sin da subito è che, a dispetto del tenore letterale dell'art. 29, in ogni caso, non pare che l'indagine sul tipo di collegamento che

³²⁹ Per le "coordinate" di applicazione cfr. art. 3, d.lgs. n. 163/2006.

³³⁰ Ai sensi dell'art. 3, c. 6, d.lgs. n. 163/2006: «Gli appalti pubblici sono i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal presente codice».

³³¹ Tra gli altri, come visto, l'art. 118 contiene una particolare "clausola sociale" che obbliga le imprese appaltatrici all'applicazione dei contratti collettivi, senza spingersi sino alla definizione di una regola di parità di trattamento. La tutela dei crediti retributivi e previdenziali non si basa sull'art. 29, d.lgs. 276/2003 (la cui applicabilità agli appalti pubblici è stata esplicitamente esclusa, con una norma di interpretazione autentica, dall'art. 9, c. 1, d.l. 28.06.2013, n. 76), e, più in generale, sulla regola della responsabilità solidale, ma su uno specifico meccanismo di intervento sostitutivo in caso di inadempienza dell'appaltatore, ai sensi degli artt. 4-6, d.P.R. n. 207/2010; e in via residuale sull'azione diretta *ex art.* 1676 c.c. (per una ricostruzione delle regole di tutela dei crediti retributivi e previdenziali v. Cass., 7.07.2014, n. 15432, in www.leggiditaliaprofessionale.it)

intercorre tra i lavoratori impiegati e il committente sia obliterabile al fine di accertare la liceità dell'appalto.

Per comprendere meglio la *ratio* di tale impostazione è necessario un breve preambolo: la descritta evoluzione giuridica del fenomeno interpositorio nell'ordinamento, e il superamento dello schema 1369/1960, si sono compiuti, non attraverso un *overruling* in favore della "deregolazione selvaggia"; quanto piuttosto attraverso la razionalizzazione di una fattispecie *ad hoc*, con la quale si aspira a promuovere un modello "*fair*" di flessibilità organizzativa. Il legislatore ha optato per l'introduzione di un istituto generale di fornitura di manodopera che pretende di coniugare le esigenze della produzione con quelle di tutela dei lavoratori, che vengono declinate con un linguaggio diverso da quello del diritto del lavoro classico. Si è detto che, dal punto di vista giuslavoristico, il tratto più significativo del lavoro mediante agenzia è lo "sdoppiamento" della figura datoriale, con allocazione in campo al committente/utilizzatore del potere di dirigere la prestazione dei lavoratori somministrati, che vengono inseriti nella sua organizzazione per soddisfare esigenze temporanee o permanenti. Secondo il modello legale, la somministrazione ha un ambito di applicazione generale, nel senso che non è circoscritta ai servizi "ad alta intensità di manodopera", ma può riguardare anche attività c.d. "*capital intensive*"³³². Il sistema si regge sull'imperatività delle condizioni e dei limiti dell'istituto, ragion per cui se la somministrazione di lavoro avviene al di fuori dello schema normativo è prevista la sanzione civilistica dell'imputazione formale del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore³³³.

³³² Ciò trova conferma nella disciplina delle "causali" ex art. 20, d.lgs. n. 276/2003. Infatti, da un lato, la somministrazione a termine è "libera" dal punto di vista oggettivo; dall'altro, l'elencazione delle causali dello *staff leasing* comprende esplicitamente attività in cui il valore degli *assets* materiali non è trascurabile (in particolare, trasporto e movimentazione di macchinari e merci, edilizia all'interno degli stabilimenti).

³³³ Non è condivisibile la tesi della natura "ricognitiva" della sanzione civilistica ex art. 27, d.lgs. n. 276/2003, nel presupposto che si tratterebbe di allineare l'assetto formale del rapporto di lavoro a quello sostanziale: da questo punto di vista, la sentenza che accoglie il ricorso giurisdizionale del lavoratore sarebbe comunque una pronuncia dichiarativa che accerta un rapporto di subordinazione ex art. 2094 c.c.

Riassunti nei termini sopradetti i tratti salienti della somministrazione, occorre soffermarsi sugli indici normativi dell'appalto. In primo luogo, per escludere che l'elemento dell'assunzione del «rischio di impresa», a ben vedere, possa assumere effettivamente valore distintivo: posto che il «rischio» di cui all'art. 1655 non deve essere inteso nel senso di sopportazione del fortuito, bensì “*in senso economico*”³³⁴, è intuitivo che esso sia presente in modo non dissimile sia nell'attività d'impresa dell'appaltatore, sia nell'attività di impresa dell'agenzia per il lavoro, come pericolo di sopravvenienze negative che, a livello generale, alterino l'equilibrio finanziario dell'attività di impresa; ovvero, a livello specifico, modifichino l'equilibrio economico del contratto con il committente/utilizzatore³³⁵. Tant'è che nelle interpretazioni giurisprudenziali tale elemento tende a sfumare sino a sovrapporsi alla dimensione organizzativa della prestazione lavorativa³³⁶. Allo stesso modo, la questione dei mezzi assume rilievo subordinato dal momento che, come anticipato, tale fattore non è esclusivo dell'appalto, giacché pure la somministrazione può riguardare attività c.d. “*capital intensive*”³³⁷. Della fattispecie legale astratta resta pertanto l'elemento

(Chieco P., *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, 2004, Curzio P. (a cura di), Cacucci, Bari, 137; Salento A., *op. cit.*, 479). Invero, in disparte il valore indicativo del dato letterale («il lavoratore può chiedere [...] la costituzione di un rapporto di lavoro [...]»), si segnala che la fattispecie di «somministrazione irregolare» trova applicazione anche per violazioni meramente formali (tali, per esempio, sono quelle che riguardano i vizi di forma del contratto commerciale di somministrazione); che non riguardano l'assetto del rapporto trilaterale tra agenzia, lavoratore e utilizzatore.

³³⁴ Mirabelli G., *Dei singoli contratti*, in *Commentario Utet*, Torino, 1968, 396; Villanacci G., *Appalto*, in *Dig. civ.*, agg. 2007, 4° ed., 50.

³³⁵ Si consideri, per esempio, che rispetto a un ipotetico contratto di somministrazione di un servizio trasporto di merci, ex art. 20, c. 3, lett. c), l'improvvisa rottura dei mezzi adibiti al servizio, e la necessità di sostenere le spese per la loro sostituzione, astrattamente, potrebbe compromettere l'utile di impresa e rendere antieconomico il contratto; con le conseguenze previste dalle legge (es., risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c.) e dal contratto. Peraltro, nell'appalto l'istituto delle varianti (art. 1659 c.c.) e quello della revisione prezzi (1664 c.c.), “ammortizzano” il «rischio di impresa» dell'appaltatore. Negli appalti pubblici, inoltre, la predeterminazione analitica del quadro economico-finanziario in sede di predisposizione degli atti della procedura a evidenza pubblica di aggiudicazione, e quindi la valutabilità a priori delle condizioni contrattuali, riduce (se non anche azzerava) l'alea di non coprire i costi di lavoro e di capitale con il prezzo, laddove anche la percentuale (minima) di utile finale risulta predeterminata a monte, in sede di presentazione dell'offerta economica.

³³⁶ Cfr. Cass. 27.11.2012, n. 21030, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, ove il rischio d'impresa viene riferito alla prestazione dei lavoratori addetti, “*inteso in relazione alla gestione dei mezzi di produzione o del servizio*”.

³³⁷ Al riguardo valgono anche le considerazioni sulla trascurabilità del regime proprietario nella prospettiva della *teoria dell'azione organizzativa* su cui v. *infra*.

dell'esercizio del «potere direttivo e organizzativo»; ed è dunque sul versante della relazione trilaterale tra lavoratore, committente/utilizzatore, terzo interposto che deve essere esperita l'*actio finium regundorum*.

Si è già fatto cenno alle tendenze "espansive" della giurisprudenza e di una parte della dottrina, che, prima della riforma del 2003, al fine di scardinare l'anacronistico assetto imposto dalla legge 1369/1960, avevano provato a "forzare" e "svalutare" il dato dell'eterodirezione sino a renderlo evanescente³³⁸, se non anche - in alcuni casi - ad accantonarlo del tutto³³⁹. Dopo il decreto Biagi, con la tipizzazione della fattispecie di somministrazione di lavoro, vengono meno le giustificazioni contingenti dell'occultamento del canone "giuslavoristico" del fenomeno interpositorio, ed è possibile tornare ad analizzarne la dimensione intersoggettiva. In altri termini, per ricostruire i connotati di ogni fattispecie *border-line* di decentramento produttivo il primo *step* logico-giuridico è accertare a chi i lavoratori siano effettivamente subordinati.

Storicamente, nella tradizione giuridica italiana ed europea il potere direttivo ha assunto una funzione baricentrica rispetto alla definizione della condizione di subordinazione³⁴⁰. Eppure, è ampiamente condiviso che nell'attuale contesto produttivo esista una discrasia molto forte tra valore giuridico attribuito al potere direttivo nei vari ordinamenti e la sua concreta idoneità nei fatti a essere l'elemento

³³⁸ Si è detto, per esempio, della teoria di Ichino sull'identificazione del potere organizzativo con l'*attività preparatoria*, quale soglia minima di imprenditorialità (v. *supra* p. 88).

³³⁹ Secondo Corazza L., *Contractual integration, impresa e azienda*, in *DLRI*, 1999, 2-3, 393, "Il [...] coordinamento da parte dell'imprenditore è affidato, più che al potere di eterodirezione, al contratto che lega i due soggetti imprenditoriali. Difficilmente si potrà identificare il nucleo centrale e caratterizzante dell'impresa nella sua organizzazione, intesa quale luogo - e momento - in cui l'imprenditore può esercitare il coordinamento di tutti i fattori produttivi dirigendoli verso il risultato previsto dall'attività economica [...]".

³⁴⁰ Ovviamente, la letteratura è sterminata. Per una ricostruzione in una prospettiva storica v. Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, 261 ss. Per un recente riepilogo del dibattito v. Marimpietri I., *Il lavoro subordinato*, in *Trattato dei contratti*, Rescigno P., Gabrielli E. (diretto da), *I contratti di lavoro*, Vallebona A. (a cura di), I, Utet, Torino, 2009, 30 ss.; a questi AA. si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali. Per un'analisi comparata v. Supiot A., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *DRI*, 2000, 217 ss.

essenziale di qualificazione del lavoro subordinato³⁴¹, perlomeno nella sua declinazione classica di potere di impartire, nel dettaglio, le modalità di esecuzione del lavoro. A riprova, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), in alcuni recenti studi e documenti, sottolinea l'insufficienza della *direzione* a identificare la subordinazione e rileva che "nelle nuove forme di organizzazione del lavoro, c'è sempre meno controllo e sempre maggiore integrazione" dei lavoratori nelle strutture produttive³⁴².

Per definire un criterio valido di descrizione e classificazione del «potere organizzativo e direttivo», una prospettiva che appare degna di particolare interesse è quella della dottrina sociologica che a tal fine chiama in causa l'aspetto *processuale della teoria dell'azione organizzativa*, attraverso una lettura coordinata dei classici contributi di Max Weber, Herbert Simon, e James D. Thompson³⁴³; nel dettaglio, è possibile mutuare la ricostruzione della nozione di organizzazione, che sembra attagliarsi puntualmente alle trasformazioni produttive e del lavoro nell'impresa nella società globalizzata. Da tale punto di vista, l'aspetto essenziale del fenomeno organizzativo è il *coordinamento* di azioni e decisioni rispetto a un obiettivo definito³⁴⁴; l'organizzazione d'impresa non è un contesto definito entro confini materiali ma un *processo*; gli strumenti di lavoro sono un mero ausilio della tecnica che, a sua volta, è l'elemento strumentale dell'orientamento dello scopo. Queste considerazioni offrono spunti utili per una rimodulazione di alcuni costrutti-chiave dell'indagine giuridica sul fenomeno interopositorio e sulle relazioni produttive: come anticipato, "nelle più

³⁴¹ Così Speziale V., *op. ult. cit.*, 66.

³⁴² ILO, *The employment relationship: An annotated guide to ILO Recommendation N. 198*, 2007, in www.ilo.org. Più in generale, l'Organizzazione riconosce come "Today, the subordination criterion has proven to be insufficient as a principal benchmark to determine a genuine employment relationship as distinct from commercial relationships", 33. In questa prospettiva, piuttosto, secondo l'ILO, occorrerebbe dare rilievo alla condizione di dipendenza economica.

³⁴³ Salento A., *op. cit.*, 484 ss. Per un'approfondita esposizione della *teoria dell'azione organizzativa*, v. Maggi B., *De l'agir organisationnel. Un point de vue sur le travail, le bien-être, l'apprentissage*, Octarès Éditions, Tolosa, 2003.

³⁴⁴ In merito v. Thompson J.D., *L'azione organizzativa*, Isedi, Torino, 1988, (ed. or.: *Organizations in action*, McGraw-Hill, New York, 1967).

recenti configurazioni (cosiddette «postfordiste») della struttura organizzativa si assiste a un declino della dimensione puramente prescrittiva della direzione aziendale, ma è un declino che non comporta un affievolimento della capacità di controllo e di coordinamento delle azioni e delle decisioni, tendendo anzi ad aumentare l'efficacia"³⁴⁵. In tale contesto il dominus dell'organizzazione "non è chi produce e detta le regole di esecuzione, ma colui che produce e impone [...] le regole procedurali per la produzione di regole di esecuzione, e definisce la direzione di senso, gli obiettivi di questa complessiva azione normativa"³⁴⁶; in definitiva, il potere si identifica con il coordinamento. Rispetto alla teoria della "primazia del coordinatore" il problema degli assets diviene secondario, perché il soggetto che esercita tale potere può anche decidere di farne a meno, lasciando la proprietà degli strumenti di produzione ad altri soggetti imprenditoriali, che, in ultima analisi, "subiscono" l'azione esterna di organizzazione³⁴⁷.

La prospettiva della *teoria dell'azione organizzativa* ha il merito di offrire una lettura "evolutiva" dell'eterodirezione; rischia, tuttavia, di erodere smisuratamente l'area degli appalti leciti, spingendosi oltre una soglia razionale di equilibrio logico-giuridico, nel tentativo dichiarato di frenare "l'arbitrio nel trattamento della manodopera"³⁴⁸.

Le organizzazioni produttive o distributive gerarchiche "integrate" rappresentano un elemento di sistema: un epifenomeno dell'*outsourcing* è la disintegrazione verticale dell'impresa "monade" che fa spazio a un'organizzazione reticolare e plurale di imprese, connesse e interdipendenti dal punto di vista

³⁴⁵ Così Salento, *op. cit.*, 485, che richiama la *sociologie du travail* francese e, in particolare, De Tersaac G., *Come cambia il lavoro. Efficacia, autonomia, valorizzazione delle competenze*, Etas, Milano, 1993, (ed. or.: *Autonomie dans le travail*, PUF, Paris, 1992); oltre che Friedberg E., *Qualche riflessione sulle nuove dinamiche organizzative e manageriali del 2000*, in *Le sfide organizzative di fine e inizio secolo: tra post-fordismo e deregolazione*, Maggi B. (a cura di), Etas, Milano, 2000.

³⁴⁶ Ancora Salento, *op. cit.*, 485.

³⁴⁷ Secondo tale punto di vista, pertanto, negli appalti *capital intensive* l'organizzazione e il regime proprietario dei mezzi assumono un valore meramente presuntivo; senza che, anche in tali casi, si possa prescindere dall'indagine sull'esercizio del potere di coordinamento (Salento, *op. cit.*, 487).

³⁴⁸ Salento, *op. cit.*, 489.

organizzativo ed economico nell'ambito di un medesimo ciclo produttivo³⁴⁹. L'integrazione si compie essenzialmente attraverso contratti commerciali (appalto, somministrazione, *franchising*, distribuzione, ecc.) che creano nessi organizzativi e cointeressenze. In tale contesto il coordinamento dell'entità economica collocata al vertice della piramide è un dato fisiologico³⁵⁰. Viepiù allorché il committente sia sottoposto all'obbligo di rispettare le procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006; ciò in quanto, in tale ambito, la sovrapposizione degli interessi pubblici (trasparenza, imparzialità, economicità, efficienza, concorrenza) agli interessi organizzativi/imprenditoriali produce un elevato livello di procedimentalizzazione dei rapporti intersoggettivi, sia nella fase pre-contrattuale, sia nella fase esecutiva. Per tale via, l'adempimento della prestazione viene "imbrigliato" in una fitta rete di condizioni e disposizioni eterodeterminate (dalla legge e dalla stazione appaltante), che comprimono significativamente l'autonomia organizzativa dell'appaltatore; senza che ciò venga a dipendere necessariamente da pratiche interpositorie "opportunistiche".

Per tali ragioni, appare opportuno ridimensionare il valore icastico del *potere di coordinamento*³⁵¹; nel senso che, sebbene esso possa validamente costituire un indice di subordinazione nei confronti del soggetto imprenditoriale che lo esercita, dovrà comunque verificarsi, caso per caso, se l'interposto non abbia contestualmente una propria autonoma *relazione di potere* con i fattori produttivi. Ciò, analizzando, per esempio, il grado d'identità tra il contenuto delle disposizioni organizzative dell'impresa principale e la direzione delle prestazioni lavorative. Detto altrimenti,

³⁴⁹ Sulle organizzazioni imprenditoriali integrate v. Speciale, *op. ult. cit.*, 40 ss.

³⁵⁰ Negli appalti, peraltro, la codificazione del potere "d'ingerenza" del committente (1662 c.c.), e - per tale via - il diritto di sindacare il modo e il ritmo della prestazione, rappresenta l'antecedente giuridico del coordinamento. Ed è proprio sulla scorta di tale possibile e lecita ingerenza del committente nella concreta direzione dei lavori che parte della dottrina ha avanzato talune perplessità sull'utilizzo del criterio della verifica del soggetto che esercita il potere direttivo ai fini della distinzione fra appalto lecito e interposizione illecita nel vigore della legge 1369 (Bonardi O., *op. cit.*, 345 ss.; Lo Faro A., *op. cit.*, 98 ss.).

³⁵¹ Per Speciale, *op. ult. cit.*, 66, nell'impresa integrata il potere direttivo non è un elemento caratterizzante il vincolo di subordinazione nei confronti dell'impresa principale.

affinché il *link* assuma le fattezze del *dominio*, il potere direttivo e organizzativo deve essere espressione di un *know-how* specifico, da intendere “come un preciso e identificabile patrimonio di conoscenze, esperienze, professionalità di cui il committente sia privo”³⁵²; in tal caso, il *coordinamento* sembra degradare a *diritto di ingerenza* (più o meno intensa). Diversamente, allorché la relazione con gli *assets* si riduca alla riproduzione delle istruzioni impartite dal *dominus* del ciclo produttivo, e alla mera gestione della manodopera (e degli altri fattori), dovrà essere rilevata una fattispecie interpositoria; che potrà essere considerata lecita esclusivamente nella misura in cui avrà assunto pedissequamente i tratti della somministrazione *ex art. 20 ss., d.lgs. n. 276/2003*³⁵³.

³⁵² Chieco P., *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Curzio P. (a cura di), Cacucci, Bari, 2006, 202. Sul *know-how* come criterio discrezionale della legittimità dell'appalto, v. Alleva P.G., *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al Decreto Legislativo n. 276/2003.*, Ghezzi G. (a cura di), Ediesse, Roma, 2004, 170-174. La tesi che si propone non sembra poi lontana dall'articolata ricostruzione della nozione di “*valore aggiunto*”, attraverso l'analisi dei contenuti del potere direttivo, di De Luca Tamajo R., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, De Luca Tamajo R. (a cura di), Napoli, 2002, 48 ss., che, in estrema sintesi, distingue i concetti di “*organizzazione dei lavoratori*” e “*organizzazione delle prestazioni lavorative*”: secondo l'A., il *quid pluris* che mette l'appaltatore deve essere qualcosa di diverso da quella attività - anch'essa avente natura imprenditoriale e gestita a proprio rischio - svolta dalle agenzie di somministrazione, che organizzano il lavoro, selezionano e formano le risorse. In generale, per una critica alle teorie del “*valore aggiunto*”, attesa l'inidoneità di queste a risolvere la questione della liceità o meno di fenomeni interpositori particolarmente complessi, v. Lo Faro A., *op. cit.*, 92 ss.; Bonardi O., *La distinzione tra somministrazione e appalto nei servizi c.d. labour intensive*, in *D&L*, 2004, 41 ss., in termini sostanzialmente non dissimili, richiamando Ichino (*Il contratto di lavoro*, I, Milano 2000, 460 ss.), ritiene determinante l'analisi dell' “*apporto dell'appaltatore*” ovvero della sua “*professionalità*”, che deve essere individuata in quel qualcosa che si aggiunge alle prestazioni di lavoro e può consistere anche in conoscenze, reti di relazione e tecniche di controllo dell'appaltatore, tali per cui, senza di esse la prestazione del singolo lavoratore avrebbe minor valore produttivo intrinseco per l'impresa utilizzatrice o non ne avrebbe alcuno. L'A. suggerisce altresì l'adozione di un criterio basato sul corrispettivo pattuito, al fine di verificare se l'entità, oltre al costo della manodopera e al margine di profitto, rispecchi “*il valore aggiunto della professionalità dell'appaltatore*”; per gli appalti in favore di società cooperative propone altresì di accertare la genuinità della vita associativa.

³⁵³ A tal proposito, si condivide quanto affermato da Zappalà L., *op. cit.* nt. 237, 25, laddove sostiene che questa regola non potrà essere elusa nemmeno a fronte di un ipotetico fenomeno di esternalizzazione che, potenzialmente, non lede i diritti dei lavoratori coinvolti, poiché già la valutazione sulla meritevolezza di eventuali operazioni economiche aventi ad oggetto il lavoro altrui è stata effettuata dal legislatore e cristallizzata nel «tipo legale» della somministrazione di lavoro. In tale disciplina, come si è visto, solo le agenzie autorizzate assumono “*la posizione di soggetti del mercato in base ad un'investitura normativa*” (Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2011, 53).

Va da sé che, seguendo tale percorso interpretativo, il lavoro mediante agenzia interinale si presta a divenire il modello assorbente del decentramento produttivo, specie nel settore dei servizi *labour intensive* a basso contenuto specialistico (pulizia, custodia, vigilanza, manutenzione ordinaria, ecc.)³⁵⁴; ove il *know-how* aziendale - che deve essere oggetto di un'interpretazione assolutamente rigorosa³⁵⁵ - appare ontologicamente trascurabile rispetto al grado di intensità dell'azione di integrazione organizzativa del committente³⁵⁶.

Viepiù, le pubbliche amministrazioni dovrebbero perseguire strategie trasparenti di decentramento produttivo, optando per la somministrazione dei servizi "endoaziendali" (*rectius*, strumentali) allorché - come avviene presuntivamente nei casi sopraccitati - il *know-how* specifico degli operatori presenti nel segmento di mercato sia marginale rispetto al fattore di coordinamento e di integrazione organizzativa con gli apparati tradizionali³⁵⁷. Sul piano dell'economicità, peraltro, il

³⁵⁴ A tal proposito è suggestiva la tesi abbozzata da Zappalà L., *op. ult. cit.*, 25, che traendo spunto dall'elencazione delle causali di *staff-leasing* ex art. 20, c. 3, che concernono prevalentemente servizi c.d. *labour intensive*, adombra l'idea della "presunzione" di somministrazione per tali attività.

³⁵⁵ Si condivide a proposito quanto rilevato da Bonardi, *op. cit.*, 241-242, in merito alla necessità che il *know-how* (dalla prospettiva dell'A., testualmente, "la professionalità") non debba divenire "evanescente", sì da identificarsi, per esempio, nell'utilizzo del "normale pacchetto «Office» di Microsoft per organizzare il lavoro o che in un servizio di pulizia la professionalità dell'appaltatore è data dalla conoscenza dei prodotti di consumo[...]".

³⁵⁶ A scopo illustrativo, si consideri un appalto per il servizio di pulizia aggiudicato da un'amministrazione pubblica. Prendendo come riferimento il capitolato e il disciplinare di un contratto effettivamente affidato da un'amministrazione, e del quale si ometteranno i riferimenti specifici per ragioni di riservatezza, si può notare come, posta l'irrelevanza della dotazione delle attrezzature per le ragioni già esposte, da un lato, l'indicazione della tipologia e della frequenza delle prestazioni si spinga sino alla definizione analitica delle modalità del servizio: tra le altre, «Tutte le operazioni di spolveratura devono essere eseguite ad umido. Non è pertanto consentito l'uso di piumini e aste piumate». Dall'altro, in considerazione dell'oggetto del contratto, appare impalpabile quale sia il patrimonio di conoscenze e professionalità specifiche, che dovrebbe rappresentare il *quid pluris* rispetto alla mera direzione della manodopera.

³⁵⁷ E' opportuno precisare che i contratti pubblici di somministrazione sono comunque soggetti alle procedure di affidamento di cui al d.lgs. n. 163/2006 (c.d. "codice dei contratti pubblici"): a voler tacer d'altro, vi è un'intuitiva sovrapposibilità tra l'attività delle agenzie per il lavoro ex art. 4, d.lgs. 276/2003 (i.e. «somministrazione, intermediazione, ricerca e selezione del personale, supporto alla ricollocazione professionale») e i «servizi di collocamento e reperimento di personale», di cui all'allegato II B al d.lgs. 163/2006. Ai sensi dell'art. 20, d.lgs. 163/2006, tali appalti sono esclusi in parte dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici (ossia, sono soggetti a un regime "semplificato"). Nella nuova direttiva sugli appalti pubblici 2014/24/UE del 26.02.2014, che abroga la direttiva 2004/18/CE, non compare più la categoria dei «servizi di collocamento e reperimento di personale»; diversamente, viene introdotta una categoria di «servizi di manodopera per privati, servizi di personale di agenzia per

maggior costo del lavoro mediante agenzia rispetto al regime degli appalti (o delle convenzioni con le società pubbliche), dovrebbe essere bilanciato dalla maggiore qualità dei servizi offerti (e dunque dalla maggiore produttività)³⁵⁸.

Ciò che accade, invece, è che l'ordinamento del lavoro pubblico, attraverso la lente dell'art. 36, d.lgs. 165/2001, mostri lo sguardo severo alla flessibilità organizzativa; salvo poi "lavarsi le mani" della pratica degli appalti "selvaggi" e della rincorsa al lavoro cooperativo a basso costo³⁵⁹. Eppure, il ridimensionamento della natura autenticamente "finalistica" del valore dell'efficienza, e una lettura "proporzionalista" dei fenomeni di esternalizzazione delle pubbliche

privati, servizi di personale impiegatizio per privati, personale temporaneo per privati, servizi di assistenza domestica e servizi domestici», che vengono sottoposti a un regime «particolare» ai sensi delle disposizioni del capo I del titolo III della direttiva; allo stato, pertanto, e in attesa del recepimento a livello nazionale, non è chiaro se da ciò possa inferirsi, *a contrario*, che i servizi di personale di agenzia per il settore pubblico siano soggetti alla disciplina generale, ovvero siano *tout court* esclusi dall'ambito di applicazione del d.lgs. 163/2006.

³⁵⁸ In termini, tra gli altri, cfr. Tiraboschi M., *Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 29/2005, che enfatizza anche il ruolo dei fondi di formazione (*ex art. 12, d.lgs. 276/2003*) e degli enti bilaterali. Secondo l'A., 18, che cita anche le riflessioni di Cisnetto E. (*Outsourcing e innovazione per combattere il declino*, in Il Messaggero dell'11.07.2004), "il ricorso alla somministrazione non significa dunque impoverire la dotazione di capitale umano delle nostre imprese e optare per una via bassa dello sviluppo. E' questa, semmai, una strategia che può consentire di incidere significativamente e, in forma strutturale, su alcune delle principali patologie del nostro sistema produttivo: «innanzitutto, disporre di aggiornamenti tecnologici continui, poi ridurre i costi grazie ad una maggiore produttività e a processi gestionali più agili e migliorare la qualità dei servizi. In altre parole, diventare più competitivi»"

³⁵⁹ Il riferimento è alla diffusione degli affidamenti di contratti pubblici di servizi ausiliari e strumentali in favore d'impresе cooperative, che consentono un risparmio significativo sul costo del lavoro alla luce dei livelli retributivi mediamente inferiori dei contratti collettivi del settore. In merito, è emblematico e noto il caso affrontato nella sentenza del T.A.R. Piemonte n. 2711 del 27.06.2006. Si trattava del ricorso proposto dall'A.P.L.A. (Agenzie per il Lavoro Associate) avverso la procedura di affidamento del servizio di «prestazioni infermieristiche» indetta dall'Azienda Sanitaria Ospedaliera San Giovanni Battista di Torino. Per quanto qui d'interesse, motivo del contendere era, tra l'altro, la qualificazione del contratto in termini di appalto di servizi anziché di somministrazione di lavoro, con ogni conseguenza in ordine ai requisiti soggettivi di partecipazione. Il T.A.R. Piemonte, *in parte qua*, accolse il ricorso attraverso una ricostruzione del contenuto del contratto, che, secondo il Giudice, avrebbe dato luogo a un'obbligazione di mezzi e non di risultato, per cui "l'oggetto contrattuale risulta strutturalmente incompatibile con quello dell'appalto di servizi". A prescindere dal giudizio sulla pertinenza della motivazione, giova precisare che si trattava di un'ipotesi macroscopica di interposizione fraudolenta, per il fatto che il potere direttivo veniva dichiaratamente assegnato al committente (nei documenti di gara si precisava infatti che i lavoratori sarebbero stati sottoposti alla «direzione e il controllo della stazione appaltante»). Tuttavia, appare interessante un passaggio della sentenza ove si rileva che lo schema tipico della somministrazione di lavoro "si caratterizza per la ricerca di lavoratori da utilizzare per i generici scopi del committente, in chiave d'integrazione del personale esistente in organico". La sentenza fu riformata in grado d'appello dal Consiglio di Stato (sentenza 5198/2007) per motivi meramente processuali, ossia per asserito difetto di legittimazione e interesse dell'associazione ricorrente in primo grado.

amministrazioni, suggerirebbero di promuovere il lavoro mediante agenzia alla stregua di una “entropia negativa”; che, mediante il paradigma della parità di trattamento, realizza un bilanciamento (più) simmetrico tra tutela del lavoro e istanze di flessibilizzazione. A tal fine, sarebbe comunque imprescindibile adottare soluzioni normative “incentivanti”, specie attraverso l’equiparazione contabile (ai fini della spesa di personale) con l’appalto.

Pur tuttavia, la centralità della somministrazione quale modello di flessibilità *fair* deve fare i conti con alcuni profili aporetici di regolazione. In primo luogo, desta perplessità l’interazione e la coabitazione con la *posted workers directive*: giova rammentare che la 96/71, ai sensi del considerando n. 22 della direttiva 2008/14, dovrebbe trovare applicazione anche alle ipotesi di distacco transnazionale nell’ambito di un rapporto di lavoro interinale. Ciò vuole dire che, secondo un’interpretazione lineare della disposizione, il principio di parità di trattamento finisce per essere fagocitato dal principio dello Stato d’origine; con l’effetto di sollecitare il *law shopping* delle agenzie e la concorrenza deregolativa tra gli ordinamenti, dal momento che la direttiva 2008/14 consente altresì ampie opportunità di deroga alla parità di trattamento³⁶⁰, che permettono agli Stati membri di implementare significative asimmetrie delle forme di tutela dei lavoratori interinali³⁶¹.

³⁶⁰ V., in particolare, l’art. 5 della direttiva. Per un esame delle deroghe v. Ferrara M.D., *La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT, 101/2013, 21 ss., che evidenzia come le disposizioni in merito riproducano sostanzialmente le posizioni dei diversi Stati membri che nel corso del processo legislativo hanno osteggiato il principio di parità di trattamento; ma anche Pantano F., *Il lavoro tramite agenzia interinale nell’ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull’ordinamento interno*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT, 72/2009, 15 ss. A prescindere dalle deroghe nazionali, l’azione del legislatore comunitario è poco incisiva in materia di diritti collettivi (v. art. 7), specie laddove rimette agli Stati di definire i termini del computo dei lavoratori interinali a fini sindacali; per una lettura critica v. Pantano, *op. cit.* 28 ss. Rispetto alla parità di trattamento retributivo, per esempio, nel nostro ordinamento è previsto che siano i contratti collettivi a stabilire i criteri e le modalità di corresponsione della parte accessoria della retribuzione collegata alla produttività (art. 23, c. 4); tale norma ha, evidentemente, una potenzialità derogatoria significativa.

³⁶¹ Sulle prospettive, i correttivi necessari e la funzione del *temporary agency work*, recentemente, Chacartegui C., *Resocialising temporary agency work through a theory of “reinforced” liability*, in *Resocialising*

In ogni caso, realisticamente, occorre prendere atto che di fronte alla multiformità e alla complessità delle forme di integrazione produttiva nell'economia globalizzata gli ipotizzabili criteri astratti di classificazione degli istituti del decentramento produttivo, alla prova pratica, nonostante gli sforzi interpretativi, siano comunque esposti al rischio di rivelarsi degli "impalpabili formalismi"³⁶²; da un altro punto di vista, è l'inadeguatezza delle categorie classiche del giuslavorismo a costringere l'interprete ad audaci equilibrismi giuridici. Da qui, nella prospettiva del riposizionamento razionale del diritto del lavoro, non è possibile sottrarsi all' "eterno ritorno" delle proposte di ricostruzione della nozione di subordinazione intorno al concetto di *dipendenza economica e funzionale*³⁶³, quale canale d'accesso a uno statuto protettivo minimo fondato innanzitutto sul principio di parità di trattamento. A cui accostare la razionalizzazione della *codatorialità*, quale tecnica di tutela generale nel

Europe in a time of crisis, Contouris N. – Freedland M. (a cura di), Cambridge University Press, 2013, 213 ss.

³⁶² L'espressione è di Carinci M.T., *Il divieto di interposizione: novità e continuità dopo la legittimazione del lavoro temporaneo*, in AA.VV., *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, in QDLRI, Utet, Torino, 1999, 22, 108.

³⁶³ La tesi della subordinazione come *dipendenza* o *inserimento* in una struttura produttiva da altri organizzata è risalente nel tempo. Cfr. Greco P., *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1939, 53 ss.; Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano, 1967, 189 ss.; Mengoni L., *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano, 1971, 42 ss. Così come in chiave di ripensamento della subordinazione è interessante ricordare la teoria della subordinazione come "doppia alienità". Si tratta di una tesi, già sostenuta in molti studi (v., per esempio, gli AA. sopracitati); che è stata "formalizzata" dalla Corte Costituzionale nella famosa sentenza n. 30 del 12.02.96, in NGL, 504 (relatore lo stesso Mengoni). In essa si afferma che la subordinazione "è determinata dal concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui si inserisce". L'interpretazione è stata recentemente ribadita anche alla luce di una lettura "costituzionalmente orientata" dell'art. 2094 c.c. (tra gli altri, Roccella M., 2007, *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B.*, in RGL, II 131 ss). Il dibattito sulla "crisi della subordinazione" si svolge ormai sin dagli anni '80 e ha trovato uno dei suoi momenti più elevati in un famoso convegno poi confluito in un importante volume dal titolo significativo [Pedrazzoli M (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, 1989]. La prospettiva che ha riscosso maggiore successo e quella della rimodulazione delle tutele e, per tale via, di una disciplina del lavoro *sans phrase* o senza aggettivi adottata, con sfumature diverse, tra gli altri, da Alleva P.G., *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*, in Ghezzi G. (a cura di), Ediesse, Roma, 1996, 187 ss.; D'Antona M., *Ibidem*, 195 ss.; Ichino P., *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996; Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1998, 397 ss. Per un intervento recente, v. Caruso B., *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, di prossima pubblicazione in *Lavoro e diritti nella crisi europea*, Caruso B. – Fontana G., Il Mulino, 2014

caso di cointeressenza di due o più soggetti economici nell'impiego di un lavoratore³⁶⁴, fondata sulla condivisione delle responsabilità passive. Probabilmente, tali riforme "sdrammatizzerebbero" a monte la competizione tra le forme di esternalizzazione, indirizzando gli operatori economici (ivi comprese le pubbliche amministrazioni) a perseguire strategie di competizione basate su criteri diversi dal costo del lavoro, incentivando ottimizzazioni organizzative, innovazioni di processo e di prodotto, specializzazioni produttive e il miglioramento della qualità del lavoro³⁶⁵.

³⁶⁴ *De iure condendo*, per un modello di disciplina legale della *codatorialità* v. Speciale, *op. cit.* nt. 302, 86 ss.

³⁶⁵ Sciarra S., *The evolution of Labour Law (1992 - 2003) General Report, Final draft*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 46/2004, 86, in relazione alla nozione di lavoro economicamente dipendente, afferma che dovrebbe essere altresì introdotto "a network of benefits and facilities, mostly related to the life cycle (accession to pension funds, accession to special bank credits, social security benefits, mobility allowances, training facilities, pregnancy and parental leaves, childcare facilities)". Sul tema, recentemente, v. Zoppoli L., *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 213/2014.

Capitolo III

Il sintagma che non esiste: le società pubbliche.

§1. Impresa pubblica, capitalismo municipale ed esternalizzazioni oggettive nell'ordinamento italiano. § 2. Il *j'accuse* alle società pubbliche. Misure di contenimento della spesa di personale: il *leading-case* delle società partecipate dagli enti locali. §3. Ibridazione, specialità e questioni di diritto del lavoro. La disciplina "speciale" del reclutamento. §4. (*Segue*) Mobilità ed eccedenze di personale. §5. Pubblici, privati e ancora pubblici. "Societarizzazioni" e passaggio di personale. §6. Riflessioni a margine. Statuto "del non detto" e codatorialità "occulta".

§1. Impresa pubblica, capitalismo municipale ed esternalizzazioni oggettive nell'ordinamento italiano.

La storia dell'*outsourcing* delle pubbliche amministrazioni s'incrocia con la saga delle partecipazioni azionarie dello Stato³⁶⁶.

Quello delle società "partecipate" è un fenomeno assai diffuso sin dall'inizio del secolo scorso, specie nella forma della costituzione *ex lege*, prevalentemente secondo lo schema della «società anonima» di cui al codice del commercio del 1882³⁶⁷. L'evoluzione del modello della società "a partecipazione pubblica" - fatto di ascese e declini ciclici - è stato condizionata dai mutamenti principali che hanno investito il nostro ordinamento, dall'avvento della Costituzione repubblicana all'integrazione giuridica comunitaria; nonché da contingenze storiche ed economiche che spesso hanno dato impulso a direttrici contrapposte³⁶⁸.

Storicamente, il modello delle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni - caratterizzato da un'eterogeneità "irriducibile", che a ben vedere

³⁶⁶ Sul tema v. Giannini, M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.; Cassese S. - Massera A., *Le imprese pubbliche in Italia*, in AA.VV., *L'impresa pubblica*, Milano, 1977, 95 ss.

³⁶⁷ Sul punto in particolare Ravà R., *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 324 ss., ove si trova un'ampia trattazione del tema con numerosi riferimenti di diritto comparato e la conclusione che, in Italia: "l'autorità pubblica, nel ricorrere a forme giuridiche offertele dal diritto privato, le ha adottate, più che altrove, nella loro integrità, senza modificarle e spesso deformarle".

³⁶⁸ Così Urbano G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2.

impedisce di identificare una categoria unitaria di «società pubbliche»³⁶⁹ - ha assunto una dimensione duale: economica e organizzativa.

Sotto il primo profilo, per lungo tempo, le partecipazioni sono state espressione dell'intervento diretto dello Stato nel mercato (lo "Stato imprenditore"), secondo un modello di economia "mista": specialmente a partire dagli anni trenta del secolo scorso, il declino dello Stato liberale porta con sé il superamento di una concezione "minimalista" dell'azione pubblica³⁷⁰; e, viepiù con la copertura dell'art. 41 della Costituzione³⁷¹, il protagonismo economico della pubblica amministrazione si esprime massicciamente in forme eterogenee (aziende, enti pubblici, economici, società per azioni a partecipazione statale). In tale contesto, le partecipazioni societarie assumono progressivamente valore baricentrico, a causa del declino del modello organizzativo dell'azienda-organo (o azienda autonoma)³⁷²; a cui

³⁶⁹ Sull'oggettiva inesistenza di una categoria unitaria v. Cammelli M., *Società pubbliche*, in *Enc. Diritto*, Annali, V, 2012, 1190. Napolitano G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Soc.*, 2006, 5-6, 1000, osserva come il sintagma «società pubblica» "fino a poco tempo fa [era] estraneo al lessico giuridico italiano". Per una descrizione dei diversi modelli v. Fracchia F., *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 3/4, 589 ss. Per un tentativo di classificazione, v. Urbano, *op. cit.*, 69 ss. In passato, in dottrina era invalsa la distinzione tra le società di diritto singolare (regolate da norme a fattispecie esclusiva) e società di diritto speciale (soggette a disciplina speciale), v. Ibba C., *Le società legali*, Giappichelli, 1992, 9 ss.; v. altresì Marasà G., *Società speciali e società anonime*, in *Enc. giur.*, XXM, Roma, 1993, il quale parla di società "speciali" con riferimento ai casi in cui la fattispecie presenti tutti i requisiti indicati dalla definizione generale con l'aggiunta di alcuni elementi peculiari (è la situazione che ricorre quando i soci sono determinati per legge); e di società "anomale" quando manchi un elemento della fattispecie generale (ad es. lo scopo di lucro). In generale v. inoltre Visintini G., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1979.

³⁷⁰ Il superamento del modello liberale condusse in alcuni casi alla sostituzione coatta dei privati con l'impresa pubblica in posizione di monopolio attraverso il riscatto delle precedenti concessioni che erano in mano ai privati. Al riguardo v. Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Laterza, 2005, 11 ss., che ripercorre la nascita delle grandi Aziende di Stato.

³⁷¹ Cfr. Fonderico G., *Diritto della regolazione e del mercato. Lezioni*, I, 51 ss.

³⁷² Il cui *dies a quo*, a livello centrale, può simbolicamente essere identificato con la trasformazione delle Ferrovie dello Stato in ente pubblico economico, a opera della legge 17.05.1985, n. 210. A livello locale, si assiste via via al tramonto dell'azienda speciale ("municipalizzata") quale modulo di gestione dei servizi pubblici locali, che dapprima viene privata del proprio tratto caratteristico, ossia la mancanza di personalità giuridica, da parte dell'art. 23 della legge 8.06.1990, n. 241, e viene messa in concorrenza con la formula organizzativa della società per azioni (art. 22). Clarich M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. Amm.*, 1996, 28, riconosce che, per effetto di tali modifiche legislative, "nel caso delle aziende costituite dagli enti locali, sopravvive[va] ormai solo il nomen juris e non più la sostanza di una formula organizzativa che ha trovato un largo impiego a partire dalla legge Giolitti sulla municipalizzazione dei servizi locali (Legge 29 marzo 1903, n. 103, poi confluita nel Testo Unico 15 ottobre 1995, n. 2578)". A seguire, con l'art. 35 della legge 28.12.2001 (legge finanziaria 2002), il modello aziendale subisce la scure dell'ideologia delle privatizzazioni e viene cancellato nel settore dei servizi «di rilevanza industriale».

cronologicamente segue altresì la recessività del modello dell'ente pubblico economico³⁷³. Alla fine degli anni ottanta l'azionariato pubblico aveva assunto dimensioni tali da assurgere a modello economico, "alla stregua di una terza via di politica economica, mediana tra il socialismo e il liberismo"³⁷⁴. Eppure, l'assetto delle partecipazioni statali già negli anni settanta era stato messo in discussione perché i dati empirici evidenziavano l'inefficienza del sistema, specie per le gravi perdite degli organismi partecipati, che esponevano il bilancio pubblico a ingenti operazioni di ripianamento e rifinanziamento. La letteratura giuspubblicistica ha variamente descritto le ragioni della crisi che, sinteticamente, possono essere individuate nell'abbandono di criteri di razionalità imprenditoriale, in favore di politiche assistenzialiste e clientelari, secondo la logica della "tasca profonda"³⁷⁵.

Parallelamente, il processo di integrazione comunitaria, e la metabolizzazione dei principi del liberalismo economico e della concorrenza, hanno influenzato una strategia economica di complessiva ridefinizione dei rapporti tra Stato e mercato (dallo "Stato imprenditore" allo "Stato regolatore"³⁷⁶). Il diritto europeo ha imposto la dismissione dei monopoli statali (specie nel settore dei servizi pubblici "di rete"); e vietato il rifinanziamento pubblico delle imprese in perdita³⁷⁷. Al contempo, i vincoli

Per le norme sulla trasformazione delle aziende speciali in società per azioni cfr. art. 115, d.lgs. n. 267/2000. Per un'analisi storica della partecipazione degli enti locali v. Bonura H., *Le partecipazioni locali*, iFEL Fondazione ANCI, 2013, 17 ss.

³⁷³ Ne dà ampia descrizione Clarich, *op. ult. cit.*, 29 ss.

³⁷⁴ L'espressione è di Scoca F. G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 2, 239.

³⁷⁵ V. Merusi F. - Iaria D., *Partecipazioni Pubbliche*, in *Enc. Giur.* XXII, Roma, 1990, 4, che individuano la causa principale nell'eccessiva espansione dei settori d'intervento, circostanza che avrebbe impedito il controllo e il coordinamento del sistema; Cfr. Minervini G., *Società a partecipazione pubblica*, in *GCO*, 1982, 182; Roversi Monaco F., *Indirizzo delle partecipazioni statali e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, III, 1987, 478 e ss.; Visentini G., *op. cit.*, Milano, 1979, 174-175.

³⁷⁶ La letteratura sul tema è notevolmente ampia. Tra gli altri v. Cassese S., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991, 378 ss.; Majone G. - La Spina A., *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. di Scienza dell'Amministrazione*, 1991, 3, 11 ss.; Clarich M., *op. ult. cit.*, 3. A livello nazionale, si è avuto dapprima il passaggio dalle aziende autonome dello stato agli enti pubblici economici; e, poi, alle società per azioni (secondo uno schema che si è verificato, tra gli altri, per le Poste, per le Ferrovie dello stato, per la Cassa Depositi e Prestiti, ecc.). Per un'analisi economica v. Stiglitz J., *Il ruolo dell'economia dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 1992.

³⁷⁷ Il riferimento è alla rigida disciplina europea sugli «aiuti di stato» (artt. 107-108 TFUE; Regolamento CE n. 994 del 15.05.1998).

europei di bilancio e di indebitamento hanno generato politiche di *spending review* e di ristrutturazione della spesa pubblica, nel rispetto di principi di rigore e contenimento; che, a loro volta, hanno suggerito di procedere alla dismissione delle attività in perdita. Per tale via, sono state attuate politiche di liberalizzazione e di privatizzazione che hanno prodotto un ridimensionamento del fenomeno dell'azionariato di Stato³⁷⁸.

Ciò nonostante, nell'ultimo ventennio il modello della "società pubblica"³⁷⁹ ha subito un rinnovato impulso: sia come stadio intermedio del processo di privatizzazione, allorché la dismissione di attività imprenditoriali pubbliche sia avvenuta previa trasformazione della forma giuridica dell'impresa pubblica (privatizzazione formale o "fredda"), senza alcun mutamento sostanziale in termini di *corporate governance*³⁸⁰; sia, soprattutto, come forma organizzativa nel quadro della razionalizzazione degli apparati pubblici e del perseguimento di obiettivi di economicità e di "agilità" operativa. In tale ultima dimensione, si è assistito a una crescita esponenziale delle società partecipate da persone giuridiche pubbliche³⁸¹, tanto da spingere la dottrina a prendere atto dell'insinuazione di un nuovo modello

³⁷⁸ Nei primi anni novanta, in particolare, gli interventi normativi sulle privatizzazioni sono stati convulsi e caotici, cfr. Ammannati L., *Le privatizzazioni in Italia: alla ricerca di un progetto*, in *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Ammannati L. (a cura di), Milano, 1995. Secondo la Curatrice del volume, cit. 17, già allora, considerando "le norme sulle privatizzazioni a livello nazionale (a esclusione della disciplina relativa alle banche), dal 1992 ad aprile del 1995 si [erano] succeduti 41 provvedimenti legislativi. Di questi 33 sono decreti legge, di cui 20 decreti legge reiterati, e 17 sono poi i decreti non convertiti. A questi si aggiungono circa 18 atti regolamentari e di indirizzo".

³⁷⁹ Il sintagma assume qui una valenza meramente descrittiva. Sull'utilizzo "promiscuo" dello stesso v. Bonura H., *Le partecipazioni locali*, iFEL Fondazione ANCI, 2013, 10.

³⁸⁰ A cui, in alcuni casi, per scelta politica, ovvero per l'oggettiva difficoltà di trovare acquirenti privati non è seguita la fase successiva di privatizzazione sostanziale. Sul punto v. Urbano, *op. cit.*, 6; Jaeger P.G., *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 990. Ancora una volta, l'esempio può essere quello dell'ex Azienda autonoma delle FF.SS., poi ente Ferrovie dello Stato e oggi Ferrovie dello Stato italiane s.p.a. Allo stato, la società ha assunto la forma di una *holding*, con capogruppo Ferrovie dello Stato italiane s.p.a., cui fanno capo le diverse società operative nei settori di filiera.

³⁸¹ Per un inquadramento statistico, cfr. Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, 2008, in www.astrid-online.it; Camera dei Deputati-Servizio Studi, *Dossier su Le società a partecipazione pubblica*, Serie Documentazione e Ricerche n. 237 del 27.11.2011, in www.camera.it; Corte dei Conti, *Indagine sul fenomeno delle partecipazioni in società e altri organismi da parte di comuni e province*, adunanza del 22.06.2010.

di organizzazione amministrativa³⁸². Essenzialmente, si è trattato di un modo di declinare il paradigma efficientista del *new public management* attraverso strategie di *core-focusing* da parte delle pubbliche amministrazioni, attuate mediante soluzioni di esternalizzazione di tipo “oggettivo”³⁸³. Semplificando, in tal guisa si realizza una soluzione di decentramento produttivo che consiste nel conferimento di funzioni e servizi d’interesse pubblico a soggetti formalmente privati, perché siano forniti alla stessa amministrazione conferente, che passa così dal *making* al *buying* (*servizi strumentali*); ovvero affinché siano offerti sul mercato ai cittadini/utenti (*servizi di interesse economico generale*). Secondo la classificazione fatta propria dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 326/2008, che verteva sull’interpretazione dell’art. 13, d.l. n. 223/2006 (c.d. “decreto Bersani”)³⁸⁴, dal punto di vista “oggettivo”,

³⁸² Cfr. da ultimo Cerulli Irelli V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, 35 ss.

³⁸³ Secondo la classificazione operata, da una prospettiva giuslavoristica, da Mainardi S., *Esternalizzazioni e trasformazione delle Università in Fondazioni. Profili di diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT, 77/2008, 4, che nell’ambito delle esternalizzazioni distingue “la forma soggettiva della fornitura di manodopera somministrata, che viene ad operare presso l’ente pubblico sollevando però quest’ultimo dalla gestione dei rapporti di lavoro, formalmente e sostanzialmente intrattenuti e regolati dal soggetto privato”; da quella “mista dell’appalto, dove l’ente appaltante, scelto il contraente, mantiene una forma di controllo limitata alla corretta esecuzione dell’opera o servizio, ma trasferisce sull’appaltatore organizzazione, gestione, poteri e responsabilità con riguardo al personale utilizzato nell’appalto”; e, infine, da quella “oggettiva, drastica e definitiva, di esternalizzazione, costituita dalla cessione a soggetti terzi, di natura pubblica o privata, di funzioni ed attività prima svolte dall’ente con proprie risorse umane, materiali e finanziarie”.

³⁸⁴ L’art. 13 d.l. 112/2008, al fine «di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale», ha introdotto limitazioni operative per le c.d. *società strumentali*. Nel testo vigente si prevede che: « 1. [...] le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all’attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l’attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti.

2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1.

3. Al fine di assicurare l’effettività delle precedenti disposizioni, le società di cui al comma 1 cessano entro quarantadue mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto le attività non consentite. A tale fine possono cedere, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, le attività non consentite a terzi ovvero scorporarle, anche costituendo una separata società. I contratti relativi alle attività non

si tratta di distinguere tra “attività amministrativa in forma privatistica” e “attività d’impresa di enti pubblici”: [...] *L’una e l’altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza [...]*³⁸⁵.

Negli ultimi anni, però, le società a partecipazione pubblica (e, in particolar modo, a partecipazione pubblica locale) sono state interessate da numerosi interventi legislativi che, in modo frammentario e confuso, hanno provato a “forzare” il dato giuridico della natura sostanzialmente e formalmente privata di tali soggetti in favore di una loro progressiva “pubblicizzazione sostanziale”³⁸⁶. Nelle tendenze derogatorie

cedute o scorporate ai sensi del periodo precedente perdono efficacia alla scadenza del termine indicato nel primo periodo del presente comma.

4. I contratti conclusi, dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, in violazione delle prescrizioni dei commi 1 e 2 sono nulli. Restano validi, fatte salve le prescrizioni di cui al comma 3, i contratti conclusi dopo la data di entrata in vigore del presente decreto, ma in esito a procedure di aggiudicazione bandite prima della predetta data».

³⁸⁵ Va ricordato che la distinzione tra attività “strumentali” e “di servizio pubblico” non ha supporto normativo, né è di agevole ricostruzione. Basti dire che servizi, come quelli di pulizia e custodia, tipicamente considerati a carattere *strumentale* (AGCM, Parere del 6.08.2009, Bollettino, n. 35/09; Parere del 28.05.2009, Bollettino n. 34/09; T.A.R. Bari, 17.05.2010, n. 1898), in passato, in alcuni arresti, sono stati annoverati tra i servizi pubblici locali (CGA, 23.07.2001, n. 410). La Corte Costituzionale (sent., 17.11.2010, n. 325, in www.cortecostituzionale.it) ha confermato che la nozione di servizio pubblico locale a rilevanza economica, adoperata in ambito nazionale, ha natura “oggettiva” ed è omologa alla nozione eurounitaria di «servizio di interesse economico generale», ex artt. 14 e 106 TFUE): “in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (ex multis, Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia) e dalla Commissione europea (in specie, nelle Comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel Libro verde sui tali servizi del 21 maggio 2003), emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all’ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno «contenuto omologo», come riconosciuto da questa Corte con la sentenza n. 272 del 2004 [...] Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che: a) è reso mediante un’attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato» (come si esprimono sia la citata sentenza della Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia, sia le sentenze della stessa Corte 10 gennaio 2006, C-222/04, Ministero dell’economia e delle finanze, e 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, AOK Bundesverband, nonché il Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, al paragrafo 2.3, punto 44); b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche “fini sociali”) nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni (Corte di giustizia UE, 21 settembre 1999, C-67/96, Albany International BV). Le due nozioni, inoltre, assolvono l’identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica”.

³⁸⁶ In ordine ad analoghe tendenze nella legislazione meno recente v. Cottino G., *Partecipazione pubblica all’impresa privata ed interesse sociale*, in Arch. Giur. 1965, 70, che parlava di “focolai pubblicistici”.

più recenti i tratti di specialità tendono a generalizzarsi per categorie di società a partecipazione pubblica. Non più (o non soltanto) nell'ottica del perseguimento dell'interesse pubblico specifico della società, quanto piuttosto per coordinare la natura "ibrida" di tali soggetti con alcuni interessi generali, di tipo trasversale. In tal senso, particolare attenzione è stata rivolta alla categoria delle società "in mano pubblica"³⁸⁷, che nel lessico legislativo vengono - in genere - identificate con l'espressione ("atecnica") «società a partecipazione pubblica totalitaria o di controllo»³⁸⁸.

Tale processo risponde all'esigenza di affrontare due fenomeni solo in apparenza distinti:

a) da un lato, il ricorso crescente delle pubbliche amministrazioni (e, in particolare, degli enti locali) agli strumenti di diritto privato a fini elusivi delle normative pubblicistiche in materia di concorrenza, ovvero d'imparzialità/buon andamento, ovvero ancora di finanza pubblica;

b) dall'altro, come detto, il crescente polimorfismo delle organizzazioni amministrative, il cui perno centrale non è più da tempo costituito dai modelli di diritto pubblico. E' il caso di tutti quegli enti di diritto privato (società di capitali, fondazioni, associazioni) che, a diverso titolo, concorrono all'esercizio dell'attività amministrativa (e per le quali si è giunti a coniare le espressioni di "*semi-amministrazioni*"³⁸⁹ o di "*organizzazioni pubbliche in forma privatistica*"³⁹⁰).

³⁸⁷ Ove per tale s'intende, in particolare, quella in cui la pubblica amministrazione detiene un numero di azioni sufficienti ad assicurare il controllo; che può altresì dipendere da fattori estrinseci al possesso del pacchetto azionario, *i.e.* dall'attribuzione di particolari prerogative da parte della legge al socio pubblico. Per una definizione in termini della società "*in mano pubblica*" cfr. Galgano F., *La società per azioni*, Cedam, 1988, 453.

³⁸⁸ In materia di reclutamento del personale, v. art. 18, d.l. 112/2008; rispetto alla giurisdizione della Corte dei Conti, sia pur *a contrario*, art. 16-bis, d.l. 248/2007; v. altresì art. 29, c. 1, l. n. 241/1990 (recante «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi»).

³⁸⁹ Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013, 351.

³⁹⁰ Cerulli Irelli V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, 38.

Tali circostanze hanno sollecitato la dottrina giuspubblicista e la giurisprudenza a interrogarsi sulla natura e sul regime giuridico delle società partecipate; nel dettaglio, si è acceso un dibattito, con percorsi esegetici ed esiti profondamente divergenti³⁹¹, sugli effetti dell'impatto delle discipline legali "particolari" sullo statuto della società per azioni, onde chiarire se (e in quali casi) tale contaminazione abbia prodotto "per

³⁹¹ Gosis F., *Attività e funzionalizzazione nelle società partecipate*, in www.air.unimi.it, specialmente sulla base di un criterio "teleologico", ossia prendendo atto dell'inderogabilità dello scopo lucrativo della società di capitali, e della sua incompatibilità ontologica con l'interesse pubblico-sociale generale (su cui conf. Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma 2003, 162), nega la "neutralità" dell'istituto societario rispetto alla dicotomia ente pubblico/ente privato, sì da escludere la razionalità di letture "sostanzialiste", volte a negare la natura privatistica delle società "in mano pubblica". In tal senso, trovando conferme nella norma di interpretazione autentica contenuta nel secondo periodo dell'art. 4, c. 13, d.l. 95/2012 («Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali»); che sembrerebbe voler imprimere un indirizzo di cautela verso un processo di progressiva "entificazione" pubblica di tali società, valorizzando la forma privata societaria e la disciplina comune dell'attività rispetto alla sostanza pubblica del soggetto e della funzione. Fracchia, *op. cit.*, 617 ss., parla di modelli societari "derogatori" permeati dall'esigenza di aggregare e sovrapporre l'interesse sociale e l'interesse pubblico. Per l'A., però, al di fuori dello schema della società *in house*; e fatti salvi altresì i casi in cui la legge costruisce statuti speciali per tutelare interessi pubblici "vitali", lo strumentario per attribuire rilevanza all'interesse pubblico dovrebbe essere quello ordinario offerto dal codice civile. Nel primo caso le società sembrano acquisire una "connotazione pubblicistica"; rispetto a tali ipotesi l'A. esprime delle riserve in ordine all'utilizzo dello schermo societario, senza spingersi sino a negare la compatibilità giuridica con lo statuto privatistico. Sembra diversa la prospettiva di Cerulli Irelli, *op. ult. cit.*, 48 ss., che rispetto alle società "legali", allorché la deviazione dello statuto societario e l'alterazione della causa tipica siano state previste dal legislatore, assimila le società il cui oggetto sociale consista primariamente nella cura di un interesse pubblico, al di fuori di un mercato concorrenziale, alle pubbliche amministrazioni (*sub specie* di "organizzazioni pubbliche in forma privatistica"). Secondo questa classificazione, appartengono, tra le altre, a questa categoria: Invitalia, Italia Lavoro s.p.a., Difesa Servizi s.p.a., Enav, Anas. In tali ipotesi il controllo pubblico del pacchetto azionario, peraltro, eliminerebbe il possibile contrasto tra interessi pubblicistici e interessi lucrativi. Per un'autorevole posizione meno recente, v. Giannini M.S., *Persone giuridiche pubbliche e private*, in *Stato e diritto*, 1940.128 ss.; in particolare, l'A. affermava che "gli enti pubblici hanno strutture differentissime tra di loro", cit. 128, e che, in termini astratti, non può esservi alcuna "ripugnanza, né di diritto positivo e neppure logica, fra la natura pubblica di un ente e la struttura di società per azioni", cit. 150. Sulla "neutralità" della veste societaria si espresso il Consiglio di Stato, nella sentenza sez. VI, 24.11.2010 n. 5379, la quale, ancorché sia riferita al caso della RAI S.p.a., costituisce espressione di un indirizzo più generale della giurisprudenza amministrativa. Secondo Maltoni A., *Attività amministrative e soggetti di diritto privato: le società partecipate*, in *Foro It.*, 2014, 7, 5 ss., la ricognizione del processo di "entificazione", in ogni caso, non può condurre alla piena assimilazione alla pubblica amministrazione, quantomeno perché la struttura organizzativa delle società partecipate resta disciplinata dal diritto privato. L'A. cita il caso della società del gruppo FS, RFI s.p.a.: in una controversia davanti al Giudice amministrativo, con riguardo alla dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza di determinate opere adottata dalla Società, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che l'amministratore delegato era legittimato ad adottare tale provvedimento amministrativo, posto che il C.d.A. di R.F.I. S.p.a., coerentemente "con i principi che governano i poteri di rappresentanza delle società", aveva deliberato di investire proprio l'amministratore delegato dei poteri in materia (Cons. Stato, sez. VI, 7.11.2006, n. 6553).

gemmazione” una sorta di sottotipo - poi variamente articolato al proprio interno - attratto nell’orbita pubblicistica.

Il problema è costituito dalla tensione creata da due opposte tendenze (presenti tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza): l’una, volta a limitare (fino a negare) la sfera di specialità delle società pubbliche rispetto al regime codicistico generale; l’altra, invece, diretta a svalutare gli elementi formali collegati alla natura giuridica di tali soggetti (società di capitali), in favore di quelli di tipo “sostanziale” o “funzionale”, sì da arrivarne a teorizzare la natura di veri e propri enti pubblici³⁹². In questa tensione, per dirla con le parole del giudice amministrativo, *“la sensazione che si trae, da un punto di vista più socio-politico che giuridico, è che in tale fase del nostro ordinamento prevalga una diffusa e voluta ambiguità sull’argomento, ambiguità per l’appunto finalizzata da un lato ad utilizzare il più snello e funzionale modello/modulo privatistico della società per azioni per lo svolgimento delle attività perseguite, salvo poi dall’altro richiamare le valenze pubblicistiche per ciò che concerne il controllo (anche con effetti giurisdizionali per le specifiche competenze della Corte dei Conti) sulla gestione economico-aziendale, ovvero l’obbligo di sottoposizione a procedura di evidenza pubblica nella materia degli appalti, e soprattutto per i criteri di nomina dei componenti degli organismi societari”*³⁹³.

Il tutto in un clima di disfavore nei confronti della costituzione/ricorso a tali soggetti³⁹⁴, oltre gli stessi limiti posti dall’ordinamento europeo; per il quale, al

³⁹² Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 11.01.2013, n. 122.

³⁹³ Cons. Stato, sez. I, parere 16.11.2011, n. 4782.

³⁹⁴ Urbano, *op. cit.*, 13, che giunge ad affermare che *“L’argine legislativo alle partecipazioni societarie degli enti pubblici ha raggiunto un livello tale da indurre la dottrina che da tempo si occupa del fenomeno a registrare un cambio di tendenza in termini principio: dalla capacità generale degli enti pubblici alla creazione di società al principio di capacità speciale (è consentito solo dove permesso dalla legge)”*. Vedi, ad es., art. 4, cc. 1-3, d.l. 95/2012, che aveva previsto, in linea generale, alternativamente, l’obbligo di soppressione o di alienazione delle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all’art. 1, c. 2, d.lgs. 165/2001, che abbiano conseguito nell’anno 2011 un fatturato da prestazioni di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90% dell’intero fatturato. Sono peraltro previste dalla medesima norma ampie eccezioni (ad es. le società che svolgono servizi di interesse generale, anche aventi rilevanza economica; le società che svolgono prevalentemente compiti di centrali di committenza; Sogei e Consip; le società finanziarie partecipate dalle regioni (comma 4). Sul punto cfr. anche Ibba C., *Dall’ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in *www.giustamm.it*, 2011, 1.

contrario, vige il principio di neutralità rispetto alla natura (pubblica o privata) dell'impresa. Ciò che, infatti, conta nella dimensione europea è l'assenza di privilegi ingiustificati in favore dell'impresa pubblica, in ragione della natura della proprietà³⁹⁵.

Va da sé che la questione della natura giuridica delle società partecipate non assuma una valenza meramente descrittiva, dal momento che, tra l'altro, da essa dipende la definizione del regime giuridico applicabile per quanto non espressamente previsto dalle norme "speciali"³⁹⁶.

Pur tuttavia, ai nostri fini, non appare necessario "dipanare la matassa" delle interpretazioni e delle soluzioni proposte al riguardo dalla dottrina giuspubblicistica; diversamente, è sufficiente osservare che, da un lato, la congerie di disposizioni "particolari", ha interferito con l'ordinamento del lavoro nelle società partecipate, tanto che appare ragionevole chiedersi se per un "effetto valanga" sia stato prodotto un diritto del lavoro "speciale". Dall'altro, proprio il processo di "entificazione" - come s'illustrerà nel §6 - può mettere in discussione la legittimità dell'utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni di alcuni modelli societari come strumenti di esternalizzazione, al fine di perseguire obiettivi di flessibilità organizzativa.

§2. Il *j'accuse* alle società pubbliche. Misure di contenimento della spesa di personale: il *leading-case* delle società partecipate dagli enti locali.

³⁹⁵ Il principio di neutralità rispetto al regime proprietario è ricavabile dall'art. 345 TFUE. Ciò che conta è che l'impresa pubblica non riceva trattamenti privilegiati (cfr. art. 106 TFUE). Per una lucida analisi della questione cfr. Libertini M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *federalismi.it*, 2010, 8, 2 ss.

³⁹⁶ Sul tema v. Di Lullo M., *Organizzazione amministrativa e modelli privatistici: le società (legali) «pubbliche amministrazioni»*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 255 ss.

L'esigenza di contrastare le condotte elusive³⁹⁷ e la sempre più stretta commistione fra sfera pubblica e privata (anche in un'ottica di consolidamento e controllo del perimetro della finanza pubblica c.d. "allargata") hanno condotto all'emanazione:

i) di numerose norme applicabili, indifferentemente e sin dal loro concepimento, ad amministrazioni pubbliche ed enti privati (ad es., il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture; le norme in materia di contenimento della spesa pubblica o di riduzione dei costi della politica applicabili a tutte le "amministrazioni pubbliche" di cui all'elenco redatto dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1 della legge 31.12.2009, n. 196; elenco che, come è noto, comprende tanto soggetti pubblici che privati);

ii) di norme direttamente incidenti sullo statuto di enti privati (ad es., le norme in materia di composizione degli organi amministrativi o di controllo);

iii) di norme che hanno esteso agli enti privati vincoli e limiti da tempo ricadenti sulle pubbliche amministrazioni in senso proprio.

Il convulso attivismo del legislatore è l'effetto di una strategia disorganica di ridimensionamento delle "societarizzazioni", che si basa, da un lato, su *input* normativi di dismissione delle partecipazioni; e, dall'altro, sull'imposizione di una congerie di obblighi che mirano ad attrarre nell'orbita pubblicistica l'ordinamento degli organismi partecipati.

A tale ultima linea di intervento, si rifanno le norme che hanno esteso alle società partecipate vincoli e limiti in materia di personale; norme, peraltro, di per sé caratterizzate da forte confusione e frammentarietà³⁹⁸.

³⁹⁷ "Tale orientamento origina dalla necessità di reagire all'"uso disinvolto" che, negli anni, è stato fatto dello strumento civilistico, funzionalizzando lo schermo della personalità giuridica societaria all'alleggerimento dei bilanci pubblici, più che alla ricerca dell'efficienza e dell'economicità della macchina amministrativa pubblica" (Corte dei Conti, sez. reg. controllo Lazio, parere 10.07.2013, n. 143).

³⁹⁸ Non a caso, le sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei Conti hanno di recente richiamato la "necessità" dell'intervento del legislatore per fare "chiarezza in ordine ai frammentari e spesso incongruenti

Dalla prospettiva giuslavorista, tale operazione ha determinato due epifenomeni correlati: la fagocitazione e l'ibridazione del diritto del lavoro. Il discorso giuslavoristico è stato, infatti, messo in disparte dall'ideologia del rigore "morale" e finanziario; di conseguenza, i profili sociali del moto perpetuo delle riforme delle esternalizzazioni "oggettive" hanno finito per ridursi a meri "effetti collaterali". Tant'è che, come già ricordato nella parte introduttiva, 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»³⁹⁹, 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"*⁴⁰⁰.

Allo stesso tempo, la mancanza di una visione organica e sistematica ha altresì generato dei "mostri" giuridici, frutto di un'incontrollata ibridazione genetica tra l'ordinamento del lavoro privato e l'ordinamento del lavoro pubblico; tanto da imporre un sincretismo con il discorso giuspubblicista sulla natura giuridica della società pubbliche, onde chiarire quale sia lo "statuto del non detto".

L'invasività del legislatore/demiurgo è stata particolarmente incisiva nell'universo delle partecipazioni degli enti locali, essenzialmente perché in tale

vincoli posti nel tempo alle spese di personale degli enti territoriali e alle conseguenti facoltà assunzionali" (Corte dei Conti, SS.RR., 24.10.2012, n. 26).

³⁹⁹ La locuzione è mutuata dall'art. 3, c. 27, l. n. 244/2007 (legge finanziaria 2008), ove si prescrive che: «Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza».

⁴⁰⁰ Corte dei Conti, *cit.* nt. 381, 43.

comparto è stato più intenso il ricorso alle “societarizzazioni”. In questo paragrafo, pertanto, si concentrerà l’attenzione sulle norme dettate per tali ultimi organismi societari, principalmente perché il carattere “trasversale” delle relative misure limitative consente di sviluppare un discorso generale e unitario; che, è altresì utile a illustrare il metodo e le tendenze del legislatore. Tale rappresentazione consente inoltre di abbozzare dei criteri interpretativi per i problemi che tale forma di esternalizzazione pone al diritto del lavoro.

Nel dettaglio, in primo luogo, per ragioni di veridicità e trasparenza, si è progressivamente affermato un criterio di consolidamento della spesa di personale delle pubbliche amministrazioni locali con quella sostenuta dai relativi enti strumentali. In tale direzione si muovono le norme che - in recepimento dei principi elaborati dalla magistratura contabile in ordine all’obbligo di consolidamento dei risultati economici e finanziari del c.d. “*gruppo municipale*”⁴⁰¹, e nell’ottica di una corretta rappresentazione del bilancio comunale - hanno imposto:

a) di consolidare quella sostenuta per «tutti i soggetti a vario titolo utilizzati, senza estinzione del rapporto di pubblico impiego, in strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all’ente», ai fini del rispetto del tetto di spesa storica stabilito dall’art. 1 comma 557 della legge n. 296/2006 (cfr. art. 14, c. 7, d.l. n. 31.05.2010, n. 78, che ha introdotto il comma 557-bis alla l. 296/06);

b) di consolidare anche quelle sostenute «dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che sono titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgono funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale, nè commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni

⁴⁰¹ Corte dei Conti, SS.RR. in sede di controllo, n. 27/2011.

amministrative di natura pubblicistica», ai fini dell'osservanza dei limiti nel rapporto fra spesa per il personale e spesa corrente (art. 76, c. 7 d.l. 25.06.2008, n. 112, oggi abrogato dal penultimo periodo del c. 5 dell'art. 3, d.l. 24.06.2014, n. 90).

Come confermato dagli organi di controllo⁴⁰², si tratta(va) di obblighi direttamente ricadenti sulle amministrazioni locali controllanti, e non anche sulle singole società controllate. Pur tuttavia, la violazione degli obiettivi di contenimento della spesa da parte degli enti controllanti produceva "a cascata" effetti preclusivi anche nei confronti degli organismi partecipati⁴⁰³.

Tuttavia, da ultimo, il legislatore, con il comma 5 dell'art. 3 del d.l. 24.06.2014, n. 90⁴⁰⁴, ha abrogato l'art 76, comma 7 d.l. 112/2008 (e, al contempo, ha stabilito specifiche percentuali di *turn-over* per il personale a tempo indeterminato degli enti locali per gli anni 2014-2018).

Ne consegue che, fatto salvo quanto previsto dai commi 557 e ss. dell'art. 1 della legge finanziaria 2007 con riferimento agli obblighi di riduzione della spesa storica, la regola del consolidamento all'interno del gruppo municipale è stata sostituita dal principio - più *soft* - del "coordinamento": «[...] Le amministrazioni di cui al presente comma coordinano le politiche assunzionali dei soggetti di cui all'articolo 18, comma 2-bis, del citato decreto-legge n. 112 del 2008 al fine di garantire anche per i medesimi

⁴⁰² *Ex pluribus*, Corte dei Conti, sez. reg. di controllo per la Lombardia, parere 265/2013/PAR.

⁴⁰³ *Id.*, parere 116/2013/PAR.

⁴⁰⁴ «Negli anni 2014 e 2015 le regioni e gli enti locali sottoposti al patto di stabilità interno procedono ad assunzioni di personale a tempo indeterminato nel limite di un contingente di personale complessivamente corrispondente ad una spesa pari al 60 per cento di quella relativa al personale di ruolo cessato nell'anno precedente. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 16, comma 9, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135. La predetta facoltà ad assumere è fissata nella misura dell'80 per cento negli anni 2016 e 2017 e del 100 per cento a decorrere dall'anno 2018. Restano ferme le disposizioni previste dall'articolo 1, commi 557, 557-bis e 557-ter, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. A decorrere dall'anno 2014 è consentito il cumulo delle risorse destinate alle assunzioni per un arco temporale non superiore a tre anni, nel rispetto della programmazione del fabbisogno e di quella finanziaria e contabile. L'articolo 76, comma 7, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 è abrogato. Le amministrazioni di cui al presente comma coordinano le politiche assunzionali dei soggetti di cui all'articolo 18, comma 2-bis, del citato decreto-legge n. 112 del 2008 al fine di garantire anche per i medesimi soggetti una graduale riduzione della percentuale tra spese di personale e spese correnti» (enfasi ns.).

soggetti una graduale riduzione della percentuale tra spese di personale e spese correnti». Per tali ragioni, è altresì superata - ed è divenuta irrilevante - la dibattuta questione del funzionamento del richiamato comma 7 dell'art. 76, nei confronti delle società partecipate, che, secondo un primo orientamento, sarebbe stato direttamente applicabile ai singoli organismi, oltretutto nei confronti degli enti locali controllanti (teoria del c.d. "doppio vaglio"); mentre, secondo un'interpretazione di segno diverso, avrebbe dovuto essere considerato una misura recante un obiettivo che avrebbe dovuto essere verificato soltanto a livello di "gruppo municipale", a seguito del consolidamento della spesa di personale⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ Secondo gli orientamenti più restrittivi della magistratura contabile, in passato, sarebbero esistiti vincoli "duplicati" e ricadenti tanto sull'ente locale (*rectius*, sul "gruppo municipale", comprensivo dell'ente locale e degli enti partecipati), quanto, autonomamente e direttamente, sui singoli organismi partecipati; con conseguente doppio vaglio sul rispetto dei limiti, prima in capo ai singoli organismi e poi complessivamente in capo al gruppo municipale: *"L'applicazione alle società delle norme contenenti limiti in tema di spesa di personale degli enti locali [deve] avvenire con riferimento alla sola società e non in forma consolidata con l'ente locale di appartenenza, vale a dire che l'applicazione delle norme deve avvenire distintamente, per l'ente locale da una parte e per la società dall'altra. La società, infatti, sarà tenuta ad applicare le norme [...] dell'art. 76, c. 7, d.l. 112/08 con riferimento esclusivo ai propri documenti contabili e ai dati del proprio bilancio. Allo stesso modo, l'ente locale applica le limitazioni di legge che lo riguardano riferendosi al proprio bilancio, fatta eccezione per lo specifico consolidamento che l'art. 76, c. 7, sopra citato impone e che obbliga l'ente a considerare, ai fini del confronto strutturale spesa di personale-spesa corrente, anche la spesa sostenuta dalle società da esso partecipate"* (Corte dei Conti, sez. reg. contr. Toscana, parere 26.02.2013, n. 10; conf. Corte dei Conti, sez. reg. controllo Lazio, parere 10.07.2013, n. 143). Diversamente, secondo un altro orientamento: *"gli obblighi in capo alla società partecipata, [...] non si rinvengono nell'art. 76 comma 7 del d.l. n. 112/2008, né nelle altre disposizioni di legge che hanno come ambito soggettivo d'applicazione gli enti locali (per esempio, i citati artt. 1 comma 557 della LF n. 296/2006 o 76 comma 4 del d.l. n. 112/2008), ma in quelle che prendono direttamente in considerazione le società medesime (l'art. 18 comma 2 bis del d.l. n. 112/2008, citato dal Comune istante, l'art. 9 comma 29 del d.l. n. 78/2010 e, da ultimo, soprattutto, l'art. 25 del d.l. n. 1/2012 convertito nella legge n. 27/2012)"* (Corte dei Conti Lombardia sezione regionale di controllo, 260/2012/PAR). In tal senso, con specifico riguardo all'art. 76, c. 7, d.l. n. 112/2008, si sarebbe configurato *"un solo tetto complessivo delle spese di personale rispetto alle spese correnti [...] da calcolare in capo all'ente locale in base alle attività del gruppo municipale, ex d.l. 98/2011, senza che gravi un concorrente ed autonomo limite percentuale in capo alla società in house singolarmente intesa"* (Corte dei Conti, sez. reg. contr. Lombardia, parere 19.01.2012, n. 7). A tale conclusione, il giudice contabile giungeva sulla base di due assunti fondamentali: a) il criterio del "doppio vaglio" sarebbe in palese contrasto con i canoni di autonomia organizzativa dell'ente locale e con la natura di principio tipica della potestà legislativa concorrente dello Stato nella materia del coordinamento della finanza pubblica; b) non sarebbe logico imporre un tetto specifico in capo alle singole società partecipate, e non invece in capo all'ente locale singolarmente inteso, in relazione al quale l'opzione del legislatore in favore del consolidamento comporterebbe la rilevanza della percentuale complessiva derivante dall'attività del "gruppo" in favore dell'amministrazione controllante: *"in altri termini, in relazione a uno specifico vincolo di spesa, il consolidamento in capo al gruppo municipale [...] si rivela, ex se, alternativo rispetto al vaglio autonomo del rispetto del medesimo vincolo di spesa in capo alla singola partecipata facente parte del gruppo"* (*Ibidem*).

Parallelamente, e in via complementare, il legislatore ha approvato misure limitative direttamente applicabili agli organismi partecipati.

In tal senso, si è innanzitutto per lungo tempo provato a estendere alle società pubbliche i vincoli del c.d. "patto di stabilità"⁴⁰⁶.

Come è noto, la disciplina del patto di stabilità impone alle amministrazioni pubbliche e, nello specifico, agli enti locali una serie di obiettivi di finanza pubblica e di contenimento della spesa (v., principalmente, la l. n. 220/2010, art. 1, commi 87 ss.; d.l. n. 78/2010, art. 14; d.lgs. n. 149/2011, art. 7; d.l. n. 98/2011, art. 20; l. n. 183/2011, artt. 30-32).

A fronte di resistenze e difficoltà applicative⁴⁰⁷, la legge di stabilità 2014 ha abrogato le previgenti disposizioni in materia, introducendo una norma-principio, che, accantonando l'obiettivo di diretta estensione dei vincoli del patto, (ri)definisce i termini dell'inclusione delle società partecipate nel perimetro della finanza pubblica: «A decorrere dall'esercizio 2014 i soggetti di cui al comma 550 a partecipazione di maggioranza, diretta e indiretta, delle pubbliche amministrazioni locali concorrono

⁴⁰⁶ In principio, il comma 1 dell'art. 19 del d.l. 1.07.2009, n. 78 aveva introdotto il comma 2-*bis* all'art. 18 del d.l. 25.06.2008, n. 112, secondo cui: «[...] Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e per i rapporti con le regioni, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, da emanare entro il 30 settembre 2009, sono definite le modalità e la modulistica per l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica». A seguire, con la lett. a) del comma 1 dell'art. 25, d.l. 24.01.2012, n. 1, il legislatore introduceva l'art. 3-bis al d.l. 13.08.2011, n. 138, il cui comma 5 (abrogato dall'art. 1, comma 559, lett. a), l. 27.12.2013, n. 147, a decorrere dal 1° gennaio 2014) ribadiva che «Le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e successive modificazioni», precisando, altresì, che «L'ente locale o l'ente di governo locale dell'ambito o del bacino vigila sull'osservanza da parte delle società di cui al periodo precedente dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno». La legittimità costituzionale (e l'applicabilità anche alle Regioni a statuto speciale, in quanto norma di coordinamento della finanza pubblica) era stata favorevolmente scrutinata dal giudice costituzionale, sia pure entro i precisi limiti indicati (Corte Cost., 20.03.2013, n. 46, in www.cortecostituzionale.it).

⁴⁰⁷ Nel quadro normativo descritto nella nota precedente appariva incontestato che la concreta efficacia/precettività del principio fosse comunque subordinata all'adozione di un decreto ministeriale, che tuttavia tardava ad essere emanato, sì da privare di effettiva operatività la regola di assoggettamento al patto (*ex multis*, Corte dei Conti, sez. reg. di controllo Lombardia, parere 19.01.2012, n. 7).

alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza. Per i servizi pubblici locali sono individuati parametri standard dei costi e dei rendimenti costruiti nell'ambito della banca dati delle Amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 13 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, utilizzando le informazioni disponibili presso le Amministrazioni pubbliche. Per i servizi strumentali i parametri standard di riferimento sono costituiti dai prezzi di mercato» [comma 553, art. 1, legge 27.12.2013, n. 147 (legge di stabilità 2014)].

Con specifico riferimento, invece, alla spesa di personale e alla capacità assunzionale delle società partecipate, sono state via via introdotte norme vincolistiche basate su una differenziazione del regime giuridico tra società di servizi pubblici locali e società strumentali (art. 18 comma 2-bis del d.l. n. 112/2008; art. 9 comma 29 del d.l. n. 78/2010; art. 25 del d.l. n. 1/2012, convertito nella legge n. 27/2012; art. 4 del d.l. n. 95/2012, convertito con legge n. 135/2012; art. 3-bis, d.l. 13.08.2011, n. 138).

All'esito - anche in questo caso - di numerose (e confuse) modifiche normative vengono attualmente in rilievo:

- il comma 562 della legge n. 147/2013 (legge di stabilità 2014), che ha abrogato i commi 1, 2, 3, 3-sexies, 9, 10 e 11 dell'articolo 4, e i commi da 1 a 7 dell'articolo 9 del d.l. n. 95/2012, che stabilivano misure limitative di dettaglio che avevano come dirette destinatarie le società c.d. "strumentali".

- l'art. 4, c. 12-bis, d.l. 24.04.2014, n. 66 (convertito, con modificazioni, dalla legge 23.06.2014, n. 89), che ha riformato ulteriormente il sistema di divieti e limitazioni. In particolare, la norma ha emendato - ancora una volta - il c. 2-bis dell'art. 18, d.l. 25.06.2008, n. 112⁴⁰⁸, ridefinendo il meccanismo di estensione dei

⁴⁰⁸ In precedenza, il comma 557 della l. 147/2013 (legge di stabilità 2014) aveva delineato un sistema binario distinguendo, da un lato, le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica

vincoli in materia di personale alle società a partecipazione locale, attraverso l'introduzione di una regola generale secondo cui: «le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo si attengono al principio di riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. A tal fine l'ente controllante, con proprio atto di indirizzo, tenuto anche conto delle disposizioni che stabiliscono, a suo carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale⁴⁰⁹, definisce, per ciascuno dei soggetti di cui al precedente periodo, specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, tenendo conto del settore in cui

locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311. Dall'altro, le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica (senza ulteriori specifiche rispetto alle modalità, dirette o per via di procedura concorsuale, di acquisizione di tali contratti). Ai primi, testualmente, «divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante» e « [...] si applicano, altresì, le disposizioni che stabiliscono, a carico delle rispettive pubbliche amministrazioni locali, obblighi di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze, attraverso misure di estensione al personale dei soggetti medesimi della vigente normativa in materia di vincoli alla retribuzione individuale e alla retribuzione accessoria». Per le società di gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica, invece, la norma escludeva tassativamente l'applicazione «diretta» di tali vincoli; per le stesse, infatti, è l'ente locale controllante, nell'esercizio delle prerogative e dei poteri di controllo, a stabilire le modalità e l'applicazione dei citati vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive, da adottarsi poi con provvedimenti societari interni;

⁴⁰⁹ A tal fine si rammenta che le misure di contenimento della spesa di personale degli enti locali si rinvergono principalmente nell'art. 1, c. 557, l. n. 296/2006, che pone un obbligo di riduzione progressiva della spesa per il personale, sanzionato, in caso di mancato rispetto, con il divieto di assunzione a qualsiasi titolo (il comma 557-ter, inserito dall'art. 14 del d.l. n. 78/2010, rinvia all'art. 76, c. 4, del d.l. n. 112/2008; nell'art. 76, c. 4 d.l. n. 112/2008, secondo cui: «In caso di mancato rispetto del patto di stabilità interno nell'esercizio precedente è fatto divieto agli enti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione continuata e continuativa e di somministrazione, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto. È fatto altresì divieto agli enti di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi della presente disposizione». L'art. 9, c. 28, d.l. 78/2010 fissa un limite specifico ove, in sostanza, prevede la possibilità di avvalersi di personale a tempo determinato (o con convenzioni ovvero con contratti di collaborazione coordinata e continuativa), nel limite del 50% della spesa sostenuta per le stesse finalità nell'anno 2009. Invero, tale previsione, non è immediatamente diretta agli enti locali, ma costituisce, nei loro confronti, principio generale ai fini del coordinamento della finanza pubblica, e, quindi, «i limiti imposti dalla norma sono suscettibili di diretta applicazione e devono essere rispettati secondo le modalità indicate, e solo in presenza di particolari necessità, da dimostrare a fondamento dell'atto regolamentare, può essere adottato un atto generale conformativo del potere nei limiti dei principi posti dalla norma statale» (Corte dei Conti, SS.RR. per la Regione Siciliana in sede consultiva, parere 17.04.2012, n. 11).

ciascun soggetto opera. Le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo adottano tali indirizzi con propri provvedimenti e, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, gli stessi vengono recepiti in sede di contrattazione di secondo livello fermo restando il contratto nazionale in vigore al 1° gennaio 2014»⁴¹⁰.

Il combinato effetto della soppressione delle misure di dettaglio di cui all'art. 4, d.l. 95/2012 e della trasfigurazione dell'obbligo di applicare il regime previsto per l'ente controllante in un mero dovere di attenersi al «principio di riduzione dei costi del personale» produce un indubbio “allentamento” dei vincoli gravanti sulle società *strumentali*; per le quali si giunge adesso all'estensione del regime più “elastico” già previsto per le società di servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Allo stato, pertanto, il sistema vincolistico poggia, pressoché esclusivamente, sull'art. 18, c. 2-bis, che - come accennato - stabilisce un meccanismo generale di applicazione dei principi di contenimento della spesa di personale per il tramite di una “doppia mediazione”:

i) la prima, a opera dell'ente “capogruppo”, cui compete definire «specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera»;

ii) la seconda, a opera delle singole società, che dovranno adottare le misure necessarie a perseguire gli obiettivi di contenimento stabiliti a livello di “gruppo municipale”.

In tal modo, conformemente alla *ratio* “deflattiva” che sembra ispirare i recenti interventi legislativi, il tema dei vincoli viene coniugato con il linguaggio dei principi

⁴¹⁰ Al contempo, viene previsto un regime speciale per le aziende speciali e le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, scolastici e per l'infanzia, culturali e alla persona (ex IPAB) e le farmacie che sono escluse dai suddetti limiti, «fermo restando l'obbligo di mantenere un livello dei costi del personale coerente rispetto alla quantità di servizi erogati». Per le aziende speciali cosiddette “multiservizi” tale disciplina trova applicazione qualora l'incidenza del fatturato dei servizi esclusi risulti superiore al 50 per cento del totale del valore della produzione.

e degli obiettivi tendenziali (fissati nelle direttive dell'ente socio); facendo salva l'autonomia organizzativa delle società partecipate, alle quali si riconosce la facoltà di definire i termini dell'attuazione in concreto degli indirizzi impartiti⁴¹¹.

In questa prospettiva, si dovrebbe altresì escludere che l'attività di «indirizzo» dell'ente socio, fisiologicamente, possa assumere in concreto i tratti di un potere di tipo "autorizzatorio", caso per caso: appare piuttosto ragionevole e coerente con la logica del "coordinamento" che l'intervento si manifesti "a monte", e si esprima per direttive di carattere generale⁴¹².

L'art. 18, c. 2-bis, si applica a tutte le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo. L'attuale formulazione della disposizione elimina, infatti, i dubbi interpretativi che in passato potevano essere adombrati a causa dell'ambiguità del tenore letterale delle previgenti versioni, nella parte in cui il perimetro di efficacia soggettiva veniva definito facendo riferimento alle «aziende speciali, alle istituzioni e alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo [...] inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311». E' noto che la questione controversa (e, oggi, come detto, superata) investisse, in particolare, la portata - costitutiva o meramente ricognitiva - del rinvio all'elenco ISTAT⁴¹³.

⁴¹¹ In termini rispetto alle modalità operative, *ex aliis*, Corte dei Conti, sez. reg. contr. Lombardia, parere 24.04.2012, n. 147, relativamente al regime previsto per le società di servizi pubblici locali a rilevanza economica, che - come detto - è divenuto adesso il paradigma per tutti gli organismi partecipati.

⁴¹² Per un'analisi delle recenti modifiche cfr. Corte dei Conti, sez. reg. contr. Emilia Romagna, parere 7.07.2014, n. 170.

⁴¹³ Sul punto, come è noto, si erano delineate due opposte interpretazioni: l'una, basata sul dato letterale, che restringeva l'ambito della norma alle sole società espressamente inserite nell'elenco (Corte dei conti, sez. reg. di controllo per la Liguria, 26.03.2014, n. 19); l'altra, fatta propria, in larga prevalenza, dal giudice contabile, per cui l'elenco in parola avrebbe avuto carattere meramente ricognitivo (e non costitutivo) delle «unità istituzionali» in possesso dei requisiti per l'assimilazione alle pubbliche amministrazioni. Tale considerazione, e l'esigenza di non restringimento della platea dei destinatari delle norme vincolistiche, avrebbero imposto dunque di prescindere da un'interpretazione meramente letterale, con conseguente irrilevanza sostanziale dell'inclusione nell'elenco (tra le altre, Corte dei Conti, sez. reg. di controllo per il Lazio, parere 143/2013; Corte dei Conti, sez. reg. di controllo per la Puglia, parere 17.05.2012, n. 64). Tale ultimo approccio, tuttavia, probabilmente, avrebbe dovuto essere rivisto

La rappresentazione diacronica dei divieti e delle limitazioni alla spesa di personale delle società "locali" sembra rivelare un parziale *revirement* della legislazione più recente rispetto all'approccio "assimilazionista": il metodo del consolidamento della spesa e l'estensione dei principi di rigore e contenimento vengono adesso declinati, in modo trasversale, con il linguaggio degli obiettivi tendenziali. Tale orientamento sembra essere una presa d'atto dell'impossibilità di sovrapporre meccanicamente il modello societario alle forme organizzative tradizionali; pur tuttavia, sebbene possa offrire una sponda alla difesa dello statuto privatistico, specialmente rispetto agli orientamenti "pan-pubblicisti" della magistratura amministrativa e contabile, esso - evidentemente - non interferisce con l'avanzato processo di ibridazione legislativa delle categorie giuridiche⁴¹⁴.

alla luce delle modifiche - al testo dell'art. 1, l. 31.12.2009, n. 196 - introdotte dal comma 7 dell'art. 5, d.l. 2.03.2012, n. 16. Per effetto di tali modifiche, infatti, «ai fini della applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica, per amministrazioni pubbliche si intendono, per l'anno 2011, gli enti e i soggetti indicati a fini statistici nell'elenco oggetto del comunicato dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) in data 24 luglio 2010, pubblicato in pari data nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 171, nonché a decorrere dall'anno 2012 gli enti e i soggetti indicati a fini statistici dal predetto Istituto nell'elenco oggetto del comunicato del medesimo Istituto in data 30 settembre 2011, pubblicato in pari data nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 228, e successivi aggiornamenti ai sensi del comma 3 del presente articolo, effettuati sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti dell'Unione europea, le Autorità indipendenti e, comunque, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni». Tale modifica - come è stato osservato (T.A.R. Lazio, sede di Roma, sez. III, 12.06.2013, n. 5938) - ha prodotto una sorta di "legificazione" degli elenchi ISTAT del 2010 e del 2011, "per cui il legislatore avrebbe quindi ritenuto di attribuire «con legge» la natura pubblica agli enti indicati nei predetti elenchi e l'interprete, di fronte ad una qualificazione espressa in tal senso mediante uno strumento primario di legificazione, non può che limitarsi a prendere atto di tale scelta legislativa, a sua volta sindacabile solo nei limiti dell'irragionevolezza sotto eventuali vari profili, accertabile come noto però solo dal «giudice delle leggi" (*Ibidem*); con l'ulteriore conseguenza che "è dunque con la statuizione d'inserzione nella lista che si costituiscono gli obblighi ricadenti sugli enti che ivi figurano iscritti, del tutto indipendentemente dalla loro natura pubblica o privata" (T.A.R. Lombardia, Milano, 4.02.2013, n. 326). In altri termini, sarebbe stato il legislatore a individuare un elenco-base (quello del 2011) di soggetti vincolati all'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica; l'ISTAT può solo aggiornare tale elenco, inserendovi nuovi soggetti (ma non sottraendoli, dal momento che ciò, per il giudice amministrativo, richiederebbe un nuovo intervento legislativo).

⁴¹⁴ Tra l'altro, con riferimento ai principi e alle regole dell'attività in generale (artt. 1, c. 1-ter e 29, c. 1, l. 241/1990; all'attività contrattuale (d.lgs. n. 163/2006); alla nomina e alla revoca degli amministratori; alla responsabilità per danno erariale e alla giurisdizione della Corte dei Conti; ecc. Sul tema v. Di Lullo, *op. cit.*, 264 ss., che, complessivamente, offre una lettura che appare di tipo "pan-pubblicista".

§3. Ibridazione, specialità e questioni di diritto del lavoro. La disciplina “speciale” del reclutamento.

In generale, nella prospettiva giuslavorista si registra un elevato livello di “contaminazione” rispetto alla disciplina del reclutamento del personale.

Le norme paradigmatiche sono contenute nell’art. 18, cc. 1 e 2, d.l. 112/2008, e sono teleologicamente assimilabili, nonché complementari, a quelle di contabilità pubblica sopra analizzate: essenzialmente, si tratta di procedimentalizzare l’assunzione nelle società “in mano pubblica” (non soltanto locale) in funzione antielusiva, attraverso una mimesi del modello di reclutamento pubblicistico. Ciò, evidentemente, perché, da un lato, il principio di consolidamento della spesa, che rende trasparente la sostanziale imputazione al bilancio pubblico degli oneri di personale delle società partecipate, impone particolare rigore nelle politiche assunzionali, per gli effetti di finanza pubblica che ne derivano. Dall’altro, sul piano ideologico, si tratta dell’effetto di una visione “pan-pubblicistica”, nonché di un obiettivo “punitivo” nei confronti di tale modello di *outsourcing*, che in passato è stato uno strumento abusato per la perpetrazione di pratiche politiche clientelari. In tal senso, si giunge a riporre una fiducia “salvifica” nell’opzione concorsuale⁴¹⁵.

Ancora una volta, viene fissato un doppio regime: a) per le società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali sussiste un obbligo di stabilire con propri provvedimenti «criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al

⁴¹⁵ L’espressione è di Carinci F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *LPA*, 2008, 959. Cfr. anche Pizzoferrato A., *Sulla riforma della pubblica amministrazione*, in *LPA*, 2008, 1045 ss., che si interroga sull’utilità della norma in questione, chiedendosi anche il perché l’equiparazione non abbia, per esempio, riguardato anche le procedure di valutazione del personale. Tale opzione sembra avere ricevuto “copertura” da parte della Consulta, *ante litteram*, che nella sentenza 1.02.2006, n. 29 ha dichiarato la legittimità costituzionale di una norma regionale che imponeva la regola del pubblico concorso per le assunzioni nelle società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizio pubblico; che, per il Giudice delle leggi, “può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, agli enti pubblici”.

comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165⁴¹⁶» (art. 35, c. 1);
b) per le altre società a partecipazione pubblica totalitaria o di controllo il vincolo è più blando, dal momento che è prescritto soltanto che esse adottino «con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità» (art. 35, c. 2)⁴¹⁷.

Al di là degli intuitivi effetti di distorsione concorrenziale sul mercato, a causa dell'incremento dei costi di transazione per tali società, i sopraccitati principi di accesso agli impieghi e di conferimento degli incarichi presentano alcuni profili di approssimazione, e determinano problemi di coordinamento sistematico.

Innanzitutto, sotto il profilo soggettivo, la categoria delle «altre società a partecipazione pubblica totalitaria o di controllo» richiede un notevole sforzo interpretativo. L'utilizzo "atecnico" del termine «controllo», porta con sé un margine di incertezza: se verrà inteso in senso civilistico *ex art. 2359 c.c.*, l'ambito di applicazione sarà più ampio, e potrà ricomprendere - per esempio - anche le società "miste"; diversamente, nel caso in cui prevalesses una lettura in chiave

⁴¹⁶ Ai sensi del quale: «le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi:

- a) adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;
- b) adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;
- c) rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori; (162)
- d) decentramento delle procedure di reclutamento;
- e) composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali».

⁴¹⁷ Al riguardo viene altresì in rilievo la norma "doppione" contenuta nell'art. 3-bis, c. 6, d.l. 183/2011, secondo cui: «Le società affidatarie in house [...] adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché i vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabiliti dall'ente locale controllante ai sensi dell'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge n. 112 del 2008».

“giuspubblicistica”, sì da ridurre la relazione di controllo al modello dell'*in house*⁴¹⁸, si circoscriverebbe significativamente il perimetro di applicazione.

Invero, un'interpretazione aderente alla *ratio* “omnipervasiva” della riforma suggerirebbe comunque di preferire la prima soluzione⁴¹⁹.

Non si comprende però agevolmente in base a quali criteri di ragionevolezza, si operi una disparità di trattamento a detrimento delle società di servizi pubblici locali, per le quali si stabilisce un regime di tendenziale assimilazione alle pubbliche amministrazioni tradizionali. Ciò, peraltro, considerando che - come visto - in materia di spesa di personale, sino a tempi recenti, sia stata perpetrata un'asimmetria opposta, basata su un regime di *favor* per le società di servizi pubblici locali; giustificata dalla magistratura contabile in ragione della proiezione sul mercato di tali organismi, e la cui l'eventuale validità concettuale dovrebbe logicamente “irradiare” l'intera normativa speciale⁴²⁰.

Infine, a ben vedere, in modo quantomeno discutibile, non è prevista alcuna sanzione “civilistica”⁴²¹ nel caso in cui le società procedano a effettuare assunzioni in violazione dei principi di cui ai ridetti commi 1 e 2; né, d'altronde, sembra possibile

⁴¹⁸ Su cui v. *infra* § III.6. In questa sede è sufficiente ricordare che secondo i principi del diritto eurounitario il modello dell'*in house* non è astrattamente incompatibile con la compresenza nella compagine societaria di soggetti privati, purché essi non esercitino un controllo e/o un'influenza dominante (cfr. art. 12, direttiva 2014/24/UE); ciò che si vuol dire è che, ove prevalessse l'interpretazione soggettivamente restrittiva della norma, l'endiadi (partecipazione pubblica totale o di controllo) conserverebbe comunque un proprio significato.

⁴¹⁹ Sebbene, paradossalmente, il capo VI del d.l. 112/2008, nel quale sono collocate le disposizioni in commento, sia rubricato «Liberalizzazioni e deregolazione».

⁴²⁰ *Ex aliis*, Corte dei Conti, sez. reg. contr. Lombardia, 7/2012/PAR, che ha riconosciuto che “la *minor latitudine*” dei limiti e divieti *illo tempore* vigenti, rispetto a quelli previsti per le società strumentali, fosse coerente con la natura di “attività di impresa di enti pubblici”, che è esercitata dalle società in questione, fisiologicamente protesa al mercato e rivolta al pubblico (consumatori o utenti), a differenza sia della c.d. attività amministrativa di diritto privato propria delle società strumentali; sia, ovviamente, delle società che svolgono servizi pubblici locali privi di rilevanza economica. In termini, sull'irrazionalità della disparità di trattamento, Piperata G., *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *LPA*, 2009, 3-4, 643 ss.; seguendo tale ragionamento l'A. non giustifica altresì l'esclusione *tout court* delle società quotate nei mercati regolamentati.

⁴²¹ Fatte salve, naturalmente, le responsabilità amministrative, ed eventualmente erariali, degli amministratori.

spingersi sino ad abbracciare un'interpretazione "creativa", che, forzando il dato letterale, aggiunga la regola "pubblicistica" generale della nullità dei contratti di lavoro di cui agli artt. 3, d.P.R. 3/1957 e 5, d.l. 702/1978⁴²².

Ulteriori dosi di "ibridazione" e di incertezza interpretativa derivano poi dall'applicazione dell'art. 18 al personale dirigenziale delle società partecipate.

E' noto che nell'ordinamento del lavoro privato il rapporto di lavoro con il personale di qualifica dirigenziale sia connotato dall'elemento tipico della "fiduciarietà", da cui dipende altresì la specialità dello statuto applicabile ai dirigenti⁴²³.

Diversamente, in relazione alle pubbliche amministrazioni in senso proprio è stato già da tempo chiarito che vi è *"un principio di ragionevolezza logica, prima ancora che giuridica, da seguire in occasione dell'attribuzione dei suddetti incarichi dirigenziali, integrando la valutazione delle qualità soggettive dei dirigenti interessati con una serie di elementi di ordine oggettivo, al fine di circoscrivere opportunamente, pur senza arrivare necessariamente a negarlo, il carattere discrezionale e, quindi, fiduciario delle scelte"*⁴²⁴. E ciò vale tanto per gli incarichi conferiti ai dirigenti di ruolo (per l'attribuzione dei quali, il legislatore, contrariamente che nel passato, a partire dal 2009, ha inserito - con il comma 1-bis all'art. 19 del d.lgs. 165/01 - specifici obblighi procedimentali); che per quelli attribuiti a personale "esterno", anche di alta specializzazione. Il giudice contabile, infatti, ha costantemente ritenuto che, al di là perfino dell'esistenza di specifiche norme, *"le ineludibili esigenze di imparzialità e buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.), nonché lo stesso principio di uguaglianza tra i cittadini nell'accesso ai pubblici uffici*

⁴²² Al riguardo v. *infra* in questo stesso capitolo il §6, relativamente alle considerazioni generali sul regime applicabile ai profili non esplicitamente disciplinati dalle norme speciali.

⁴²³ Nella manualistica ricorre l'identificazione del dirigente con l'*alter ego* dell'imprenditore; *ex aliis*, Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T., *Diritto del lavoro*, Utet, 2011, 2, 152. E' noto che, comunque, da tempo, sia stata messa in discussione l'unitarietà della categoria (v. Tosi P., *Il dirigente d'azienda*, Angeli, Milano, 1974).

⁴²⁴ Corte dei Conti, sez. giur. Lombardia, 24.03.2009, n. 165.

(art. 51 Cost.), richiedano, comunque, l'attivazione, ai fini dell'affidamento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, di procedure selettive, le quali, sebbene più snelle e semplificate rispetto ad una vera procedura concorsuale (del tipo di quella prevista per l'accesso alla qualifica dirigenziale), rispondano a degli standards minimi di pubblicità, trasparenza ed economicità, sì da garantire l'individuazione, con modalità oggettive e lineari, del soggetto in grado di svolgere al meglio l'attività richiesta"⁴²⁵.

Alla luce del tenore letterale dell'art. 18, cc. 1 e 2, d.l. 112/08, nonché di un'interpretazione teleologica delle medesime norme, non sembra possibile escludere il personale dirigenziale dal perimetro di applicazione delle norme.

Pur tuttavia, tale conclusione può condurre a esiti ontologicamente incompatibili con lo statuto societario, specie nel caso in cui si pretenda di estendere i medesimi vincoli procedurali alla nomina dei *direttori generali*.

In via preliminare, occorre rammentare come nel diritto societario la figura del direttore generale, a prescindere dal tipo di contratto che lo lega alla società [di lavoro subordinato, di mandato (1703 e ss. c.c.), di prestazione d'opera intellettuale (2229 e ss., c.c.)]⁴²⁶, assuma comunque una posizione peculiare nell'organizzazione aziendale,

⁴²⁵ Corte dei Conti, sez. giur. Campania, 28.12.2012, n. 261.

⁴²⁶ Appare necessario precisare che il rapporto di lavoro del direttore generale di una società di capitali è stato tradizionalmente ritenuto astrattamente configurabile tanto in termini di subordinazione, che di autonomia: "Va aggiunto che se tradizionalmente il direttore generale è stato inquadrato nell'ambito dei lavoratori dipendenti dell'impresa, ancorché il vincolo di subordinazione, pur sussistente, risulti affievolito dall'ampiezza e discrezionalità dei poteri attribuiti (Cass. 10.11.1987, n. 8279; Cass. 16.6.1979, n. 3400), non sono mancate affermazioni contrarie, essendo stato sostenuto che il direttore generale può anche essere un soggetto esterno alla società, non legato da un vincolo di subordinazione (Cass. 14.7.1993, n. 7796; Cass. 4.6.1981, n. 3614), ancorché la prestazione per le caratteristiche che la contraddistinguono rientri ragionevolmente nella previsione dell'attività coordinata e continuativa" (Cass. Civ., sez. I, 5.12.2008, n. 28819, in www.leggiditaliaprofessionale.it); tale conclusione non sembra messa in discussione nemmeno per effetto della modifica (a opera del d.lgs. 17.01.2003, n. 6) dell'art. 2396, c.c., cui è stato aggiunto un riferimento «alle azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società». Tale riferimento, infatti, lascia intendere che la varietà delle azioni esercitabili discenda dalla possibilità di diversificazione delle modalità di inquadramento del rapporto. In altri termini, ancora oggi, la natura, autonoma o subordinata, del rapporto di lavoro del direttore generale sembra dipendere dalle previsioni statutarie o regolamentari, dalla volontà delle parti e, soprattutto, dalle concrete modalità di espletamento dell'attività dirigenziale. In un arresto più risalente la Suprema Corte ha affermato che si ritiene normalmente insussistente un "apporto di lavoro subordinato fra il direttore generale di una società di capitali e la società stessa allorché l'uno abbia il potere di formare ed esprimere la volontà dell'altra, in tutti gli affari di ordinaria e straordinaria amministrazione, nel modo ritenuto più opportuno e senza doverne rispondere nei confronti di alcun altro organo sociale" (Cass. Civ., sez. I, 4.06.1981, n. 3614, in www.leggiditaliaprofessionale.it).

che vale a distinguerlo da ogni altro dipendente o collaboratore: in estrema sintesi, si tratta di un esponente apicale con “*compiti di alta gestione all'interno dell'impresa sociale*”⁴²⁷, che ha un ruolo preminente rispetto a tutti gli altri prestatori di lavoro. A tal proposito la giurisprudenza ha ripetutamente osservato che l'articolo 2396 c.c., nella parte in cui richiama per i direttori generali le disposizioni che regolano la responsabilità degli amministratori, dimostra una contiguità di tale figura agli «organi sociali», specie allorché la sua nomina sia prevista dallo Statuto della società⁴²⁸. Questa particolare natura di “(semi-)organo”, nonché l'imprescindibilità di tale figura per il corretto funzionamento della compagine aziendale, ha di recente spinto l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo, nell'ambito della propria attività consultiva, a escludere l'applicazione dei vincoli assunzionali (di tipo quantitativo) per la nomina del direttore generale di una società partecipata regionale, giacché si tratterebbe di un doveroso atto di preposizione a un ufficio “obbligatorio” ai sensi dello Statuto sociale⁴²⁹.

Ebbene, sulla base di un'interpretazione rigorosa dei vincoli gravanti sulle società pubbliche, probabilmente, dovrebbe concludersi per l'assimilazione a ogni fine dell'assunzione del direttore generale a quella di un'altra unità di personale; è pur vero, però, che tale soluzione appare irragionevole nella misura in cui, in una “foga pan-pubblicista”, finisce per obliterare la peculiarità della natura di tale figura nell'organizzazione societaria; che appare altresì oggettivamente inconciliabile con

⁴²⁷ Minervini G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956 207. Sull'argomento v. anche Borgioli, *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur.comm.*, 1975, 593 e ss.; Borgioli, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975, 34 e ss; Abbadessa, *Il direttore generale*, in *Trattato delle società per azioni*, Colombo - Portale (diretto da), Torino, 1991, 4, 461 e ss; Malberti, *Commento all'articolo 2396*, in *Commentario alla riforma delle società*, Ghezzi (a cura di), Milano, 2004, 663 e ss.

⁴²⁸ Cass., 12.06.2007, n. 13765; Cass., sez. lav., 24.11.2005, n. 24717; entrambe in www.leggiditaliaprofessionale.it.

⁴²⁹ La notizia si è appresa dagli organi di stampa.

procedure e oneri che determinino un sostanziale *downgrading* del grado di fiduciarità⁴³⁰.

§.4. (Segue) Mobilità ed eccedenze di personale.

L'incrocio pubblico/privato è stato ulteriormente implementato dalla legge 27.12.2013, n. 147 (legge di stabilità 2014), che applica gli istituti tipicamente pubblicistici della «mobilità»⁴³¹ e dell'«eccedenza di personale» alle società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. 165/2001⁴³². Tuttavia, ciò avviene mediante l'emanazione di una disciplina "speciale", piuttosto che attraverso il rinvio all'ordinamento del pubblico impiego.

In particolare, il comma 563 dell'art. 1 prevede che: «le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, o dai loro enti strumentali, ad esclusione di quelle emittenti strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati e delle società dalle stesse controllate, anche al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 31 del medesimo decreto legislativo n. 165 del 2001, possono, sulla base di un accordo tra di esse, realizzare, senza necessità del consenso del lavoratore, processi di mobilità di personale anche in servizio alla data di entrata

⁴³⁰ Al fine di sottrarsi al circuito dell'art. 18, per la nomina dei direttori generali negli enti locali è possibile ipotizzare un percorso "alternativo": se ragioni di razionalità logico-giuridica, infatti, impongono una mimesi tra società partecipate ed enti soci quanto ai principi che presidono all'assunzione di personale, allorché l'ordinamento dell'amministrazione controllante escluda, eventualmente, per particolari categorie di lavoratori, l'obbligo dell'evidenza pubblica, simmetricamente, anche gli organismi partecipati dovrebbero sottrarsi dal dovere di applicare l'art. 18, d.l. 112/08 per il reclutamento delle medesime figure professionali. A voler concludere diversamente, peraltro, si perverrebbe a un esito irragionevole, dal momento che si finirebbe per imporre a soggetti di diritto privato vincoli pubblicistici più stringenti rispetto a quelli che gravano sulle stesse amministrazioni pubbliche controllanti. Se ciò è vero, per gli enti locali è ipotizzabile che l'art. 108, d.lgs. 267/2000, laddove consente al Sindaco di procedere al conferimento *intuitu personae* dell'incarico di direttore generale del Comune, con contratto a tempo determinato (al di fuori della dotazione organica), parallelamente, autorizzi le società partecipate a nominare con le stesse modalità il proprio direttore generale.

⁴³¹ Le norme in questione, in realtà, riprendono testualmente i commi 2-7 dell'art. 3 del d.l. 31.08.2013, n. 101, poi soppressi in sede di conversione.

⁴³² Anche in questo caso si registra l'impiego "atecnico" della nozione di «controllo».

in vigore della presente legge, in relazione al proprio fabbisogno e per le finalità dei commi 564 e 565, previa informativa alle rappresentanze sindacali operanti presso la società e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo dalla stessa applicato, in coerenza con il rispettivo ordinamento professionale e senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica. Si applicano i commi primo e terzo dell'articolo 2112 del codice civile. La mobilità non può comunque avvenire tra le società di cui al presente comma e le pubbliche amministrazioni».

La disposizione non è di facile interpretazione.

In primis, non è ben chiara l'esatta portata soggettiva del comma 563. La norma, infatti, si rivolge alle «società controllate, direttamente o indirettamente, dalle pubbliche amministrazioni (di cui al d.lgs. 165/01) ovvero dai loro enti strumentali». Non è, tuttavia, esplicitato se gli “scambi” di personale debbano avvenire tra società controllate, direttamente o indirettamente, dalla stessa pubblica amministrazione (o ente strumentale) ovvero anche da amministrazioni diverse, purché comprese nell'elenco di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. 165/01. Il dato letterale della norma e la *ratio* complessiva dell'intervento (mirata ad attenuare gli effetti sociali dei processi di ristrutturazione societaria, di contenimento della spesa pubblica e di presenza di eccedenze di personale, senza maggiori o nuovi oneri per la finanza pubblica allargata) potrebbero, tuttavia, far propendere per la seconda interpretazione. A conforto di tale tesi, inoltre, va detto che laddove il legislatore (come per il comma 566⁴³³) ha voluto fare riferimento a società controllate «dal medesimo ente o dai suoi enti strumentali» lo ha fatto espressamente. Il punto, tuttavia, è obiettivamente controverso.

⁴³³ «Entro dieci giorni dal ricevimento dell'informativa di cui al comma 565, si procede, a cura dell'ente controllante, alla riallocazione totale o parziale del personale in eccedenza nell'ambito della stessa società mediante il ricorso a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro, ovvero presso altre società controllate dal medesimo ente o dai suoi enti strumentali con le modalità previste dal comma 563. Si applica l'articolo 3, comma 19, della legge 28 giugno 2012, n. 92, e successive modificazioni».

In ogni caso, è opportuno fare presente che, sotto il profilo contabile, le due opzioni non sono equipollenti: se il passaggio infragruppo municipale assume valore “neutro” e non incide sulla spesa di personale del gruppo; diversamente, l’acquisizione di lavoratori da una società partecipata “esterna”, costituisce a tutti gli effetti, sul piano finanziario, una nuova assunzione.

Va ricordato, inoltre, che il comma 563 prevede espressamente che, nel loro complesso, tali operazioni non possono determinare oneri aggiuntivi per la finanza pubblica. Il che dovrebbe comportare, ad esempio, che il dipendente trasferito non possa ricevere un trattamento superiore a quello precedentemente goduto o, ancora, che la società cedente proceda alla sostituzione del dipendente trasferito in mobilità.

In secondo luogo, non appare chiaro se i processi di mobilità di cui al comma 563 siano liberi o vincolati nelle finalità e/o nelle procedure. Quanto al primo aspetto, la norma rinvia espressamente alle finalità di cui ai commi 564⁴³⁴ e 565⁴³⁵; cioè, a esigenze da parte dell’ente controllante di riorganizzazione delle funzioni e dei servizi esternalizzati, nonché di razionalizzazione delle spese e di risanamento economico-finanziario, ovvero a esigenze conseguenti la rilevazione di eccedenze di personale. Quanto al secondo aspetto (vincoli procedurali), la norma fa riferimento esclusivamente a un accordo tra le società, ma - ove il ricorso allo strumento fosse considerato direttamente funzionale alle finalità di cui ai commi successivi - tali

⁴³⁴ «Gli enti che controllano le società di cui al comma 563 adottano, in relazione ad esigenze di riorganizzazione delle funzioni e dei servizi esternalizzati, nonché di razionalizzazione delle spese e di risanamento economico-finanziario secondo appositi piani industriali, atti di indirizzo volti a favorire, prima di avviare nuove procedure di reclutamento di risorse umane da parte delle medesime società, l’acquisizione di personale mediante le procedure di mobilità di cui al medesimo comma 563».

⁴³⁵ «Le società di cui al comma 563, che rilevino eccedenze di personale, in relazione alle esigenze funzionali o ai casi di cui al comma 564, nonché nell’ipotesi in cui l’incidenza delle spese di personale sia pari o superiore al 50 per cento delle spese correnti, inviano alle rappresentanze sindacali operanti presso la società e alle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo dalla stessa applicato un’informativa preventiva in cui sono individuati il numero, la collocazione aziendale e i profili professionali del personale in eccedenza. Tali informazioni sono comunicate anche alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica. Le posizioni dichiarate eccedentarie non possono essere ripristinate nella dotazione di personale neanche mediante nuove assunzioni. Si applicano le disposizioni dell’articolo 14, comma 7, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135 ».

accordi dovrebbero essere: preceduti dagli atti di indirizzo di cui al comma 564, nel caso di riorganizzazione di funzioni/servizi o di razionalizzazione delle spese; e accompagnati dalle modalità di cui ai successivi commi 565 e 566.

Da ultimo, non si comprende se la mobilità debba avere carattere plurimo/collettivo (come lascerebbe intendere il riferimento all'art. 2112); ovvero possa avere anche carattere singolo.

Una linea ricostruttiva della disciplina illustrata, tuttavia, può fondarsi su alcune considerazioni:

i. appare chiara la volontà del legislatore di estendere alle società di capitali "in mano pubblica" un istituto, la mobilità - intesa come cessione del singolo contratto di lavoro che prescinde dalla cessione del ramo d'azienda - non presente nel mondo delle imprese private, ma già regolato in quello pubblico (art. 30, d.lgs. 165/01), dove si punta a soddisfare la migliore ricollocazione dei lavoratori del settore, senza pregiudizio economico complessivamente considerato;

ii. altrettanto chiaro è il *favor* espresso dal legislatore per il ricorso a tale istituto. Non a caso, per le pubbliche amministrazioni in senso proprio è stato introdotto il vincolo «del previo espletamento di mobilità rispetto al reclutamento di nuovo personale» (art. 30, c. 2, d.lgs. 165/01); vincolo inderogabile anche a opera dell'autonomia collettiva. Per le società "in mano pubblica", allo stesso modo, si prevede l'adozione, a opera delle amministrazioni controllanti, di atti di indirizzo che favoriscano, prima di avviare nuove procedure di reclutamento di risorse umane da parte delle medesime società, l'acquisizione di personale mediante le procedure di mobilità;

iii. tale *favor* è giustificato dalla considerazione che l'istituto consente di realizzare una pluralità di interessi, tanto di carattere generale (processi

riorganizzativi; riduzione dei costi pubblici; riallocazione delle risorse), quanto particolare (salvaguardia dei posti di lavoro).

Con riferimento alle eccedenze di personale, i commi 565-568 definiscono un'articolata procedura *ad hoc*. In disparte i profili di carattere strettamente procedurale, in generale, si registra la "singolarità" del procedimento, sia rispetto al pubblico impiego (art. 33 ss., d.lgs. 165/2001), sia rispetto alla disciplina dei licenziamenti collettivi nel settore privato (artt. 4 ss., l. 223/1991). In tal senso, stando al tenore letterale del comma 565, appare assolutamente peculiare l'imposizione di un obbligo di attivazione della procedura allorché l'incidenza delle spese di personale sia pari o superiore al 50% delle spese correnti⁴³⁶. Sul piano "ideologico", l'istituto deve essere letto in combinato con la mobilità di cui al comma 563 (nonché con il successivo comma 564): entrambi esprimono la sfiducia del legislatore nei confronti dell'autonomia organizzativa degli organismi partecipati, nella misura in cui viene sostanzialmente stabilita una regola di "eterodirezione" delle politiche di riorganizzazione del personale, che vengono assoggettate al «piano industriale» degli enti controllanti⁴³⁷. Le soluzioni legislative poggiano altresì su una lettura unitaria e unificante del fenomeno delle partecipazioni all'interno del "gruppo", che, tuttavia, rischia di condurre a esiti irragionevoli: basi al riguardo adombrare il dubbio di logicità della generalizzazione dell'automatismo sopradescritto in ordine all'attivazione della procedura di eccedenza. La "*golden rule*" del 50%, infatti, ove

⁴³⁶ Il comma 565 prevede altri due casi di attivazione della procedura: in relazione alle esigenze funzionali; ovvero, nel caso in cui dipenda da un piano industriale di razionalizzazione predisposto dall'ente controllante. Per il personale in esubero "non riassorbito" a esito del procedimento, il c. 568-ter prevede adesso un titolo di precedenza, a parità di requisiti, per l'impiego «nell'ambito di missioni afferenti a contratti di somministrazione di lavoro stipulati, per esigenze temporanee o straordinarie, proprie o di loro enti strumentali, dalle stesse pubbliche amministrazioni».

⁴³⁷ Tant'è, che il comma 564 prevede che: «Gli enti che controllano le società di cui al comma 563 adottano, in relazione ad esigenze di riorganizzazione delle funzioni e dei servizi esternalizzati, nonché di razionalizzazione delle spese e di risanamento economico-finanziario secondo appositi piani industriali, atti di indirizzo volti a favorire, prima di avviare nuove procedure di reclutamento di risorse umane da parte delle medesime società, l'acquisizione di personale mediante le procedure di mobilità di cui al medesimo comma 563».

applicata meccanicamente, è intuitivamente una misura impropria dell'efficiente allocazione della spesa corrente laddove la società partecipata svolga attività *labour intensive* (ad alto o basso contenuto specialistico), in cui l'elemento "personale" costituisce l'*asset* principale dell'azienda; e, di conseguenza, razionalmente, la maggiore voce di costo.

§5. Pubblici, privati e ancora pubblici. "Societarizzazioni" e passaggio di personale.

I processi di privatizzazione ed esternalizzazione delle funzioni e dei servizi da parte delle pubbliche amministrazioni hanno fisiologicamente provocato la "mobilitazione" di una massa consistente di rapporti di lavoro.

Si è già detto nel primo capitolo di come in passato la dottrina, sulla scorta delle soluzioni adottate dalla Corte di Giustizia in fattispecie relative a grandi operazioni di esternalizzazione delle pubbliche amministrazioni⁴³⁸, abbia 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*"⁴³⁹. Si è altresì affrontato il tema dell'interferenza di tali processi con il discorso giuslavorista sull'efficacia e la legittimità delle clausole sociali di assorbimento del personale; e dell'incidenza di tali dispositivi di protezione sull'effettività, specie nel settore dei servizi *labour intensive*, del quadro di tutele definito dalla direttiva 23/2001/CE.

⁴³⁸ Tra gli altri, CGUE 14.09.2000, C-343/98, *Renato Collino e Luisella Chiappero c. Telecom Italia s.p.a.*; Id. 6.11.2003, C-4/01, *Serene Martin, Rohit Daby e Brian Willis c. South Bank University*. Le pronunce riguardano, rispettivamente, la privatizzazione italiana del settore dei servizi telefonici e la privatizzazione britannica di servizi precedentemente svolti *in house* dal *National Health Service*.

⁴³⁹ Lo Faro A., *op. cit.* nt. 86, 439.

Ciò che occorre ancora analizzare è quale sia stato, a livello nazionale, il grado di “penetrazione” dello statuto protettivo del trasferimento d’azienda nel contesto delle “societarizzazioni” pubbliche; rammentando al riguardo che il diritto eurounitario, fatte salve le vicende inerenti la riorganizzazione di enti e funzioni di tipo amministrativo (*ex art. 1, c. 1, lett. c*), non consente di escludere l’applicazione della disciplina di tutela in ragione della natura pubblica del cedente e/o del cessionario di un’entità economica che conserva la propria identità; e, allo stesso modo, che costituisce *ius receptum* a livello europeo il principio di “neutralità” dello strumento che determina il passaggio dell’entità economica⁴⁴⁰.

Invero, con riferimento alle pubbliche amministrazioni, l’art. 31, d.lgs. 165/2001 (rubricato «Passaggio di dipendenti per effetto di trasferimento di attività») contiene una norma generale che pare addirittura estendere il campo di applicazione della direttiva⁴⁴¹: la nozione di attività ivi adottata, *prima facie*, sembra più ampia della nozione comunitaria di azienda, che – com’è noto – presuppone un complesso organizzato di fattori produttivi, che preesistono al trasferimento⁴⁴².

Eppure, il diritto vivente è segnato da una congerie di norme speciali (fatte salve dallo stesso art. 31⁴⁴³); di accordi sindacali e contratti collettivi; e di interpretazioni

⁴⁴⁰ Per la CGUE qualsiasi operazione economica che determina la modificazione soggettiva della titolarità dell’impresa, a prescindere dal mezzo tecnico usato per attuare la sostituzione del titolare può costituire trasferimento d’azienda, ai sensi e per gli effetti della direttiva 2001/23/CE (per tutte, v. CGUE, 17.12.1987, *Ny Mølle Kro*, C-287/86).

⁴⁴¹ «Fatte salve le disposizioni speciali, nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applicano l’articolo 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all’articolo 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428».

⁴⁴² In ogni caso, l’allargamento del perimetro di applicazione della direttiva 2001/23 potrebbe trovare copertura nell’art. 8 della stessa direttiva quale disposizione di maggior favore. In generale, sul tema v. Ferretti M., *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggio di dipendenti: il caso delle esternalizzazioni dei servizi pubblici locali*, in LPA, III-IV, 2005; Garattoni M., *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, II.

⁴⁴³ Una norma “derogatoria” a carattere generale è contenuta nell’art. 3, c. 30, l. 244/2007, che per le esternalizzazioni societarie «strettamente necessarie per le finalità istituzionali» (ossia, le uniche che, nel settore dei servizi strumentali dovrebbero reputarsi legittime, ai sensi del precedente comma 27), prescrive un meccanismo che pretermette a monte l’operatività degli artt. 31, d.lgs. 165/2001 e 2112 c.c. :

giurisprudenziali (specie, della magistratura contabile), che, a ben vedere, hanno trasformato il rigido impianto protettivo predisposto dagli artt. 31, d.lgs. 165/2001 e 2112 c.c. in un *self-service* normativo.

Un criterio-guida per orientarsi nell'universo delle discipline derogatorie dovrebbe essere rappresentato dall'imperatività delle tre regole auree del trasferimento d'azienda: continuità *ope legis* dei rapporti di lavoro; conservazione del *background* dei trattamenti, fatti salvi gli effetti della sostituzione del contratto collettivo applicato dal cessionario; responsabilità solidale per le obbligazioni pregresse⁴⁴⁴.

Se, sul piano teorico, la disciplina protettiva dei lavoratori nei processi di "esternalizzazione oggettiva" non dovrebbe correre al di fuori dei binari tracciati dalla direttiva 23/2001 e dall'art. 31, d.lgs. 165/2001, appare maggiormente problematica la metabolizzazione dei medesimi principi nell'ambito dei processi inversi. Il riferimento è alle strategie di "*re-insourcing*" delle pubbliche amministrazioni, sollecitate dalle norme "*punitive*" sopraccitate, che fissano obblighi di dismissione delle partecipazioni; e dai vincoli pubblicistici che, riducendo l'utilità differenziale che deriva dall'applicazione dello statuto privatistico, rappresentano un disincentivo al mantenimento della formula organizzativa societaria. Con riferimento a tali vicende traslative un'interpretazione strettamente letterale dell'art. 31 induce a escluderne l'applicabilità a tali fattispecie di "*reinternalizzazione*"⁴⁴⁵; di talché,

«Le amministrazioni che, nel rispetto del comma 27, costituiscono società o enti, comunque denominati, o assumono partecipazioni in società, consorzi o altri organismi, anche a seguito di processi di riorganizzazione, trasformazione o decentramento, adottano, sentite le organizzazioni sindacali per gli effetti derivanti sul personale, provvedimenti di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali in misura adeguata alle funzioni esercitate mediante i soggetti di cui al presente comma e provvedono alla corrispondente rideterminazione della propria dotazione organica». Una norma settoriale è, per esempio, l'art. 28, c. 6, d.lgs. 164/2000 in materia di distribuzione del gas.

⁴⁴⁴ Per un'analitica descrizione delle tutele previste dalla direttiva, ancora una volta, v. Lo Faro, *op. ult. cit.*, 435 ss.

⁴⁴⁵ La norma identifica i cessionari utilizzando l'espressione «altri soggetti pubblici o privati»: sembra piuttosto intuitivo che la condizione di "alterità" debba essere ricostruita sulla base del primo termine della relazione, ossia «pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture». Con la conseguenza che tali soggetti appaiono contemplati dalla disposizione soltanto nella veste di cedenti.

l'operatività dello statuto protettivo potrebbe inferirsi soltanto da una lettura "comunitariamente orientata" dell'art. 2112 c.c.⁴⁴⁶

Rispetto a un'interpretazione siffatta costituiscono potenziali ostacoli "interni": l'art. 97 Cost. e i vincoli di contabilità pubblica⁴⁴⁷.

Nel nostro ordinamento l'arbitro di tale conflitto è stato (ed è) la giurisprudenza contabile, principalmente perché la "spada di Damocle" della responsabilità erariale finisce per condizionare l'azione dei *decision makers*; e, per tale ragione, occorre soffermarsi sugli orientamenti della Corte dei Conti.

Dall'analisi della parieristica si trae la non uniformità delle posizioni delle sezioni regionali, perlomeno sino a un recente passato. In particolare, con riferimento al principio di continuità *ope legis* dei rapporti di lavoro sono stati espressi orientamenti negativi, sulla base della tesi dell'inderogabilità della regola concorsuale *ex art. 97 Cost.* e del divieto di sanzioni "reali" di cui all'art. 36, c. 6, d.lgs. 165/2001⁴⁴⁸; ma anche favorevoli, nel rispetto dell'art. 2112 e dei conformi accordi sindacali di reintegra⁴⁴⁹. Dal canto proprio le Sezioni riunite in sede di controllo⁴⁵⁰ hanno adottato un soluzione singolare di legittimazione del (ri)trasferimento del personale; prescindendo esplicitamente dall'art. 2112 c.c., e sulla base di un dato di tipo negoziale: la circostanza che fosse stato stipulato un accordo sindacale, che prevedeva a monte la reinternalizzazione del personale in presenza di particolari condizioni, che risultavano poi effettivamente soddisfatte (essenzialmente, la disponibilità economico-finanziaria dell'amministrazione cessionaria; e la disponibilità in dotazione organica). Pur tuttavia, in tale intervento si è rimarcata la discrezionalità

⁴⁴⁶ Per tutte, v. CGUE, 26.09.2000, *Mayeur c. APIM*, C-175/99, ove è stato confermato che la direttiva sul trasferimento d'azienda trova applicazione anche in caso di reinternalizzazione da parte di un Comune/persona giuridica di diritto pubblico di un servizio in precedenza prestato da un'associazione senza scopo di lucro/persona giuridica di diritto privato nell'interesse del Comune stesso.

⁴⁴⁷ In generale sul tema cfr. Bonura, *op. cit.*, 61 ss.

⁴⁴⁸ Corte dei Conti, sez. contr. Veneto, 22.05.2008, n. 18.

⁴⁴⁹ Corte dei Conti, sez. contr. Lombardia, 11.09.2008, n. 68.

⁴⁵⁰ Corte dei Conti, SS. RR., 12.04.2010, n. 8.

del reinserimento, ferma restando l'affermazione del principio secondo cui il processo di esternalizzazione può prevedere garanzie di reingresso "senza ledere il principio di concorsualità".

Seppur con diverse sfumature, è possibile asserire che, dopo il pronunciamento delle Sezioni riunite, gli orientamenti successivi abbiano sostanzialmente confermato il medesimo impianto, con una costante: l'occultamento dell'art. 2112 c.c., con l'esclusione della vigenza di un obbligo normativo di riassorbimento in capo all'amministrazione, che - secondo i giudici contabili - al più potrebbe autovincolarsi per via amministrativa o negoziale⁴⁵¹.

In tali pareri, la "sdrammatizzazione" del potenziale conflitto con l'art. 97 Cost. è però significativamente dipesa dalla circostanza che si trattava di ipotesi di reinserimento in organico di lavoratori in precedenza esternalizzati.

Diversamente, allorché si è trattato di esprimersi sul passaggio di personale assunto direttamente dalla società partecipata, si è consolidato il principio secondo cui l'imperatività della regola dell'accesso ai pubblici impieghi mediante concorso, imponga di verificare le modalità assunzionali, onde assicurare che il reclutamento sia avvenuto con forme sostanzialmente conformi all'art. 97 Cost.⁴⁵².

Al contempo, le Sezioni riunite hanno adottato al riguardo una soluzione particolarmente rigorosa rispetto ai vincoli di contabilità, ritenendo a tali fini di dover assimilare il passaggio di personale a una nuova assunzione⁴⁵³. In tal senso non hanno trovato condivisione gli orientamenti minoritari che suggerivano di ritenere "neutrale" l'internalizzazione, perché il principio di "consolidamento" delle spese

⁴⁵¹ Corte dei Conti, sez. contr. Lombardia, 30.11.2010, n. 1014; Corte dei Conti, sez. contr. Sardegna, 18.11.2010, n. 109.

⁴⁵² Corte dei Conti, SS.RR., 2/3.2.2012, nn. 3 e 4; Corte dei Conti, sez. contr. Toscana, 11.06.2013, n. 174.

⁴⁵³ SS.RR. cit. nt. 139. Il principio del consolidamento, di matrice giurisprudenziale, è stato recepito dal legislatore con l'articolo 20, c. 9, del d.l. 111/2011, ai fini del rapporto spesa corrente/spesa di personale; mentre il legislatore non ha esteso il medesimo principio ai fini del computo della spesa storica rilevanti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1, c. 557, legge 296/2006 (cfr. Corte dei Conti, SS. RR., 25.11.2011, n. 3 e 12.05.2011, n. 27).

all'interno del "gruppo" impedirebbe all'operazione di alterare i saldi complessivi. Per il giudice contabile - che, prendendo atto della complessità e della controvertibilità della questione, ha sollecitato un intervento legislativo - l'interpretazione restrittiva si giustifica anche per ragioni pratiche, ossia per l'oggettiva difficoltà di allineare e bilanciare finanziariamente le voci di spesa degli enti e quelle delle società partecipate; tanto più a fronte dell'irredimibile multiformità delle forme societarie adottate dalle pubbliche amministrazioni.

Sebbene l'applicazione dell'art. 18, d.l. 112/2008 potrà sostanzialmente ridurre la distanza tra l'art. 2112 c.c. e l'art. 97 Cost., rimane sul piano dei principi un'incompatibilità latente tra formanti e ordinamenti; acuita dalla rigidità dei limiti contabili⁴⁵⁴.

Per il resto, l'osservazione delle occasionali (e incidentali) pronunce della giurisprudenza amministrativa sull'argomento offre un quadro piuttosto confuso e approssimativo, che conferma l'impressione del *self-service* normativo⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Recentemente, la Corte dei Conti, sez. contr. Lombardia (parere 18.02.2014, n. 76), ha ribadito che: "il processo di "reinternalizzazione" del personale - in presenza di un accordo sottoscritto dall'ente locale, dalla società e dalle organizzazioni sindacali- può avvenire solo in presenza di rigorosi presupposti: la reinternalizzazione dei servizi, la reintegrazione dei soli ex dipendenti comunali e la vacanza nell'organico dell'ente locale dei posti del personale trasferito oppure, qualora al momento della esternalizzazione l'organico fosse stato ridotto, la riespansione dello stesso in conseguenza della reinternalizzazione dei servizi (delibera Sez. Riun. n. 8/2010). A detti presupposti si aggiungono i rigidi vincoli di finanza pubblica fissati dal legislatore in materia di spese per il personale degli enti locali (delibere Sez. Riun. QMIG n. 3 e n. 26 del 2012)". Rispetto al limite del c.d. *turn-over* ha altresì confermato che: "Trattandosi di un vincolo di finanza pubblica non è suscettibile di deroghe interpretative, nemmeno nella prospettiva avanzata dall'ente locale (ovvero, quella di configurare il passaggio del personale dalla società all'ente locale come "mobilità"). Infatti, la legge di stabilità per l'anno 2014 (l. n. 147/2013), al comma 563 dell'art. 1, esclude espressamente che possa avvenire un processo di mobilità tra le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni, ex art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/01, e le pubbliche amministrazioni medesime".

⁴⁵⁵ Cfr. T.A.R. Palermo, 19.04.2013, n. 850, relativamente all'impugnazione di una delibera che, per effetto del trasferimento di funzioni (tra cui il servizio di Polizia municipale) a un'Unione di Comuni, modificava la dotazione organica: "[...] La cd. reinternalizzazione del personale già dipendente dell'amministrazione comunale trasferito ad altri enti o forme associative costituisce uno dei problemi attualmente più dibattuti nell'attuale assetto ordinamentale degli enti locali. Sul punto bisogna distinguere due ipotesi: la prima, quella inerente al trasferimento di servizi e funzioni a soggetti privati attraverso le varie modalità di cd. esternalizzazione previste sia dalla legislazione statale che da quella regionale (quest'ultima storicamente emanata sia in esercizio della potestà legislativa esclusiva siciliana in materia di enti locali che per effetto di quella concorrente in materia di pubblici servizi). Secondo l'assetto ordinamentale attuale, il riassorbimento del personale trasferito ai soggetti privati mediante cessione del rapporto di lavoro non è ammesso, salve le diverse specifiche disposizioni di legge espressione di una contraria scelta del legislatore (quali, ad esempio, l'art. 11, comma 12, della l.r. n. 17 del 2004, riguardante il personale trasferito alle società d'ambito per la gestione del ciclo dei rifiuti). Il

Di recente, il T.A.R. Puglia - come già rappresentato *supra* al §I.4 - ha affrontato la questione da un'altra angolazione: nel dettaglio, si è trattato di una fattispecie di passaggio di personale dal gestore "esterno" di un servizio strumentale a una società *in house* dell'amministrazione affidante. Nonostante anche in questo ambito si ponga il tema del rispetto dei vincoli contabili e della garanzie *ex art. 97 Cost.* (per tramite dell'art. 18, d.l. 112/2008), viepiù se si assume la prospettiva della "entificazione" delle società "in mano pubblica", il Giudice amministrativo è giunto a sancire la legittimità della clausola di assorbimento (dei lavoratori assunti a tempo indeterminato dal precedente gestore), prevista dalla delibera di affidamento diretto. Ciò, sulla base di una debole argomentazione tautologica, che sembra poggiare su una lettura "epidermica" del fenomeno, nella misura in cui le interferenze con gli interessi primari concorrenti (*in primis*, imparzialità e libertà economiche) sono del tutto trascurate, in favore di un'interpretazione assolutistica della regola di continuità dei rapporti di lavoro⁴⁵⁶.

trasferimento del personale dall'ente pubblico a quello privato (e non solo) è assistito dalle garanzie legislative e contrattuali proprie della dismissione di rami di attività (art. 31 d.lgs. n. 165 del 2001; art. 2112 c.c.). Parzialmente diversa è la questione inerente al trasferimento di personale a seguito del trasferimento di funzioni e servizi alle unioni di comuni. Su tale fattispecie si registra il completo vuoto normativo, salva la disciplina contrattuale contenuta nel CCNL di Comparto del 22 gennaio 2004 che, invero, si limita a regolare la fattispecie della temporanea assegnazione). Per tale ipotesi, in difetto di specifiche disposizioni, non può predicarsi un divieto di riassorbimento nell'organico dell'ente partecipante all'Unione in presenza di una reinternalizzazione del servizio. e ciò a prescindere dalla formale previsione o meno previsione delle relative posizioni lavorative in dotazione organica (la quale, come detto, non può non tenere conto sia della «dismissione» che, specularmente, della successiva «riacquisizione» della funzione o servizio), ovviamente quando ciò non sia vietato dalle norme di finanza pubblica (le quali ovviamente supererebbero anche un'espressa previsione dei posti). Sul punto il Collegio ritiene che, in ogni caso, l'obbligo di riassunzione sussista qualora al momento della scelta di gestire il servizio in forma associata sia stato previsto, a norma di statuto o di regolamento, ovvero mediante un protocollo di intesa tra amministrazione comunale e organizzazioni sindacali di settore, il reintegro nel ruolo del comune in caso di totale o parziale reinternalizzazione dei servizi pubblici locali o delle funzioni (in tal senso cfr., Corte dei conti, sez. contr. sez. Piemonte, delibera n. 284/2012; n. 3/2012, sez. Lombardia n. 1014/2010; sez. Lazio n. 67/2011)". Invero, nella specie sembra possibile affermare che la fattispecie avrebbe potuto ritenersi esclusa, ai sensi dell'art. 1, c., lett. c della direttiva 23/2001, quale operazione di riorganizzazione di funzioni amministrative.

⁴⁵⁶ Il T.A.R. ha negato che la delibera di affidamento diretto del servizio fosse contraria alla giurisprudenza costituzionale in tema di applicazione dell'art. 97 Cost. al trasferimento di personale alle società pubbliche (in particolare, C. Cost. n. 68/2011) sulla base della seguente motivazione: "La delibera dunque, seppur in modo non sempre perspicuo e con espressioni a tratti anfibologiche, 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

Dal canto suo, la Suprema Corte, in passato, ha adottato soluzioni ondivaghe⁴⁵⁷; eppure, l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia sul noto caso del trasferimento del personale ATA dal ruolo degli enti locali allo Stato, e la conseguente condanna dello Stato italiano, dovrebbe sollecitare la magistratura (e i *decision makers*) a prendere maggiormente sul serio - e a confrontarsi in modo trasparente - con i principi europei in materia di trasferimento d'azienda, anche rispetto alle fattispecie di riorganizzazione amministrativa⁴⁵⁸.

§6. Riflessioni a margine. Statuto "del non detto" e codatorialità "occulta".

Il contagio "pubblicistico" dell'ordinamento del lavoro delle società partecipate sebbene - quantomeno sino al recente passato - abbia assunto obiettivi "assimilativi", alla fine, a ben vedere, si limita a produrre un effetto "ibridativo" a geometria variabile⁴⁵⁹. La tecnica legislativa non si basa su un rinvio alla disciplina del lavoro pubblico; diversamente, è proprio l'afferenza dei rapporti alla categoria del lavoro privato che spiega il ricorso allo schema della norma "singolare", che, limitatamente

di trasferimento d'azienda (la clausola sociale anche nota come clausola di «protezione» o di «salvaguardia» sociale o «clausola sociale di assorbimento» è un istituto previsto dalla contrattazione collettiva e da specifiche disposizioni legislative statali, es. l'art. 69 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l'art. 63, comma 4, del d.lgs. 13 aprile 1999, n. 112, l'art. 29, comma 3, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che opera nell'ipotesi di cessazione d'appalto e subentro di imprese o società appaltatrici e risponde all'esigenza di assicurare la continuità del servizio e dell'occupazione, nel caso di discontinuità dell'affidatario; la conservazione dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda è prevista dalla Direttiva 12 marzo 2001, 2001/23/CE e dall'art. 2112 c.c., la cui applicabilità, ricorrendo determinate condizioni, è stata estesa dalla giurisprudenza ai casi in cui il trasferimento derivi non da un contratto fra cedente e cessionario, ma da un atto autoritativo della P.A.: Cass. Lav. n. 21023 del 2007, n. 5708 del 2009 e n. 21278 del 2010, Corte di Giustizia, 29 luglio 2010, C-151/09, UGT-FSP, punti 23 e 25)" (T.A.R. Puglia Lecce, 1.12.2014, n. 2986).

⁴⁵⁷ In senso contrario v. Cass. 24.03.2004, n. 5394, in *Foro it.*, 2004, I, 2033, con nota di Perrino A.M. Per l'estensione della disciplina del trasferimento d'azienda alle vicende traslative che coinvolgono la pubblica amministrazione v., invece, Cass. 8.11.2004, n. 21248, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 11 e Cass. 27.04.2004, n. 8054, in *Giust. civ. mass.*, 2004, 4.

⁴⁵⁸ In particolare, è noto che il Giudice europeo abbia statuito l'applicabilità della disciplina del trasferimento d'azienda alla fattispecie traslativa in questione (CGUE, 6.09.2011, *Scattolon c. MIUR*, C-108/2010): per pervenire a una soluzione affermativa ha considerato determinante che il personale ATA, svolgendo funzioni di ausilio tecnico e amministrativo, non esercitava un'attività riconducibile all'esercizio della prerogativa di un pubblico potere, tenuto anche conto del fatto che i servizi svolti da questa categoria di lavoratori non sono incompatibili con l'affidamento degli stessi a operatori economici privati (punti 44-46).

⁴⁵⁹ Come detto, il livello più elevato d'incidenza di norme speciali "trasversali" su sottocategorie di organismi societari si registra sul versante delle partecipazioni degli enti locali.

ad alcuni profili, definisce una disciplina *ad hoc* (del reclutamento, della mobilità, dell'eccedenza di personale, ecc.), sì da configurare un fascio di rapporti di lavoro a disciplina speciale. Nel dettaglio è il particolare "dosaggio" dell'interesse pubblico che plasma in modo peculiare le condizioni dello scambio tipico del lavoro subordinato privato; senza ridondare nella creazione di un sottotipo, né trascinare nello spazio del pubblico impiego⁴⁶⁰.

Per tale ragione, per gli istituti non regolati dalle norme speciali dovrebbe trovare applicazione la disciplina ordinaria e generale del lavoro subordinato nell'impresa (anche per effetto di un'applicazione analogica dell'art. 2239 c.c.)⁴⁶¹. Nella specie, peraltro, tale conclusione trova conferma nella norma generale di interpretazione autentica di cui all'art. 4, c. 13, ult. cpv.⁴⁶²; nell'indice rappresentato dal *downgrading* di contaminazione pubblicistica, che pare ispirare gli interventi legislativi più recenti⁴⁶³; nonché nei principi affermati nella giurisprudenza (della sezione lavoro) della Suprema Corte⁴⁶⁴.

Sulla base di tale criterio dovrebbe essere definito lo statuto del "non detto", ivi comprese - per quel che qui interessa, e tra le altre - le questioni: del regime delle

⁴⁶⁰ In tal senso si considerino altresì le norme che estendono alle società partecipate le «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione», di cui alla legge 190/2012 (art. 1, c. 34, l. 190/2012); nonché gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, di cui al d.lgs. 33/2013 (art. 11, d.lgs. 33/2013).

⁴⁶¹ In ordine ai rapporti di lavoro "a disciplina speciale", cfr. Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *op. cit.*, 52-53.

⁴⁶² «Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali».

⁴⁶³ Il riferimento è in particolare alle modifiche apportate all'art. 18, c. 2-bis dall'art. 4, c. 12-bis, d.l. 24.04.2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23.06.2014, n. 89, su cui v. *supra* § III.2.

⁴⁶⁴ Cfr. Cass. 13.05.2013, n. 11417, ove si esclude l'assimilabilità di una società di servizi pubblici locali, derivante dalla trasformazione di un'azienda municipalizzata, a un ente strumentale, confermandosene la natura privatistica, anche alla luce dell'art. 4, c. 13, d.l. 95/2012, a cui viene riconosciuto il valore "di norma di chiusura". Sebbene, in materia previdenziale, essenzialmente ai fini degli obblighi di versamento dei contributi per la CIG, rispetto ai quali - ai sensi dell'art. 3, c. 1, d.gs.C.P.S. n. 869 del 1947 ss.mm.ii. - sono esonerate le «imprese pubbliche», la posizione della Cassazione sia più articolata, *ex aliis*, Cass., 7.01.2014, n. 75; entrambe le sentenze in www.leggiditaliaprofessionale.it.

assunzioni con le c.d. tipologie contrattuali flessibili⁴⁶⁵; degli aspetti “patologici” del reclutamento⁴⁶⁶; della stabilità del rapporto di lavoro dei dirigenti; dei profili disciplinari del rapporto; della disciplina delle mansioni; delle regole che presiedono alle dinamiche sindacali⁴⁶⁷.

Ex adverso, non appaiono convincenti le interpretazioni “costituzionalmente orientate”, che, “brandendo” l’art. 97 Cost.⁴⁶⁸, finiscono sostanzialmente per trasfigurare la “specialità” in una copia sbiadita dello statuto pubblicistico, perché l’argomento presupposto dell’ “entificazione sostanziale” ha il limite di provare troppo⁴⁶⁹: se in via interpretativa si giunge a negare che il diritto privato trovi

⁴⁶⁵ Con conseguente inapplicabilità dell’art. 36, d.lgs. 165/2001 (e fatti salvi i limiti di tipo contabile).

⁴⁶⁶ Ivi compresa la giurisdizione del giudice ordinario. A tale ultimo proposito, in senso conforme, sulla base di argomenti di tipo “oggettivo”, e di un criterio letterale/soggettivo, ex artt. 1, c. 2, d.lgs. 165/2001 (nel cui alveo per l’appunto non figurano gli organismi di tipo societario) e 64, d.lgs. 165/2001, cfr. SS.UU. ord., 22.12.2011, n. 28329, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; ma anche T.A.R. Catania, sez. II, 23.03.2012, n. 833.

⁴⁶⁷ Fermo restando l’obbligo per le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo di osservare il principio generale di contenimento delle spese di personale e degli oneri contrattuali, e di attenersi a tal fine agli indirizzi dell’ente controllante, ai sensi dell’art. 18, c. 2-bis, d.l. 112/2008.

⁴⁶⁸ Per una lettura in chiave “privatistica” dell’art. 97 Cost., in rapporto alla causa lucrativa delle società di capitali, quale strumento di realizzazione del principio costituzionale dell’equilibrio di bilancio, v. Gosis, *op. cit.*, 18 ss.

⁴⁶⁹ Per un’interpretazione “espansiva” v. Di Lullo, *op. cit.*, 276 ss. *Contra* Gosis, *op. cit.*, 7 ss., che afferma che, alla luce della sistematica del codice civile, e della giurisprudenza di legittimità, “le deroghe al diritto comune non possono essere ricostruite in via sistematica o comunque interpretando creativamente previsioni legislative in realtà quantomeno equivoche; occorre invece una volontà chiara ed espressa”. L’A., 17-18, esprime un orientamento nettamente contrario alle distorsioni pubblicistiche, anche nel modello generale dell’*in house* (su cui v. *infra*), ove la commistione socio pubblico/società raggiunge il livello più estremo: “fino alla introduzione della norma di interpretazione autentica in questione, ci si poteva, forse, porre il seguente interrogativo: o ritenere che il legislatore amministrativo non comprendesse la concreta irrealizzabilità dell’*in house* nel nostro ordinamento e quindi richiamasse un modello organizzatorio solo apparentemente possibile [...] oppure, in ipotesi, cercare di sostenere che, implicitamente, il diritto societario venisse derogato nei casi di richiamo ex lege all’*in house*. Come dire: il legislatore che prevede la gestione *in house*, lo fa sul presupposto di avere esso stesso, contemporaneamente, legittimato le connesse deroghe al diritto societario ordinario, creando uno statuto speciale (a ben vedere accentuatamente pubblicistico) per le società *in house* [...] Ebbene, oggi, grazie, all’art. 4, co. 13, cit., è difficile sfuggire alla considerazione per cui l’*in house*, ove anche richiamato dal legislatore amministrativo come possibile modello debba fare pienamente i conti con il diritto societario comune e i suoi principi imperativi. Eventuali deroghe a quest’ultimo non possono difatti che essere espresse, e non meramente discendenti (secondo un ragionamento, a dire il vero, vagamente circolare) dal richiamo alla possibilità di affidamenti *in house*. In sostanza, occorre ritrovare delle previsioni espresse di autorizzazione dell’*in house*, simili, ad es., a quelle che (significativamente) il legislatore amministrativo ha già ritenuto di dover dettare in tema di Anas s.p.a. [...] e Difesa Servizi s.p.a. [...]”. *Contra*, nel senso del superamento dei potenziali conflitti attraverso la creazione di uno statuto speciale *ad hoc* della società *in house*, legalmente derogatorio al diritto societario comune, v. Guerra F., *Il “controllo analogo”*, in *Giur. comm.*, I, 2011, 798 ss., secondo cui la legislazione in tema di servizi pubblici locali al tempo vigente avrebbe dovuto interpretarsi nel senso di legittimare la disapplicazione di regole fondamentali del diritto societario comune alla società *in house*.

applicazione generale, oltre che sul piano dell'attività, anche sotto il profilo organizzativo⁴⁷⁰, non si comprende perché la pubblica amministrazione dovrebbe adottare il modello societario⁴⁷¹.

Può essere comprensibile l'anelito interpretativo di allineare l'ordinamento delle società "in mano pubblica" al dato sostanziale, allorché tali organismi - per legge e/o per statuto - assumano le fattezze di "semi-amministrazioni"⁴⁷². Eppure, le tendenze "espansive" della dottrina e della giurisprudenza, spesso assecondate da un legislatore "approssimativo"⁴⁷³, sembrano eccedere il limite di elasticità del diritto positivo (e, in particolare, del diritto societario) nella misura in cui il *pathos* "moralizzatore" giunge a obliterare che, ove legittima, l'opzione politica per la forma della società si spiega e giustifica proprio per l'adozione di uno statuto privatistico (di azione e di organizzazione). Ciò non esclude che, nella diversa prospettiva di una riforma organica della materia, si possa discutere di differenziare gli statuti delle società partecipate sulla base di criteri oggettivi e teleologici (e, chiaramente, non in

⁴⁷⁰ Di Lullo, *op. cit.*, 290, rispetto alle società che svolgono attività amministrativa, osserva che il rispetto degli artt. 3 e 97, dovrebbe impedire anche l'applicazione delle regole del diritto privato in materia di nomina e revoca degli amministratori (in particolare, art. 2383 c.c.), perché la loro posizione corrisponde a quella dei vertici degli enti pubblici.

⁴⁷¹ All'uopo sembrano pertinenti le considerazioni delle Sezioni Unite della Cassazione (ord., 22.12.2011, n. 28329, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*), che, con riferimento alla RAI s.p.a., nel confermare che i "segmenti speciali" di disciplina non alterano lo statuto privatistico, fanno presente come, d'altronde, l'espressa configurazione (per legge) quale società per azioni, "non potrebbe di certo assumere una valenza assolutamente neutrale".

⁴⁷² Al riguardo merita di essere richiamata la classificazione di Assonime (*Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, 2008, in *www.astrid-online.it*) che riduce a due le macrocategorie di società "pubbliche". Le prime, pur aventi forma societaria, sono - di fatto - parte della pubblica amministrazione e sono definite *semi-amministrazioni*. Le altre svolgono attività d'impresa sul mercato e sono definite *società di mercato*. Nel trattare delle *semi-amministrazioni*, il rapporto delinea tre sotto-categorie principali di utilizzo dello strumento societario con finalità diverse da quello di esercizio dell'attività di impresa con scopo lucrativo: a) il modello delle società *in house*, diffuso soprattutto a livello di enti locali, che consente l'affidamento diretto di servizi pubblici, in deroga alle procedure ad evidenza pubblica; b) le società cui vengono attribuite funzioni pubbliche (es. Anas, Enav); c) le società che prestano servizi strumentali alle funzioni pubbliche esercitate da vere e proprie autorità amministrative e in particolare le società costituite da amministrazioni regionali e locali, oggetto di una disciplina restrittiva ad opera del già menzionato art. 13 del c.d. decreto Bersani.

⁴⁷³ Il riferimento è all'utilizzo disinvolto, "atecnico" e "asistemico" delle categorie giuridiche. A cui si aggiunge la tendenza a sovrapporre impropriamente modelli organizzativi diversi: in particolare, aziende speciali, istituzioni e società partecipate (individuate secondo criteri cangianti). Sul punto v. *supra* in questo stesso capitolo.

funzione della misura della partecipazione pubblica); distinguendo le “*semi-amministrazioni*” dalle “*società di mercato*”, sì da restituire le seconde al diritto comune⁴⁷⁴. Immaginando di limitare, per tale ultimo gruppo di società, le norme speciali di stampo pubblicistico che, irrigidendo l’operatività o l’organizzazione, e pregiudicando così la competizione paritaria con i concorrenti privati, dovrebbero essere strettamente giustificate in base ai principi comunitari di necessità e proporzionalità, per la tutela di un interesse pubblico chiaramente identificato⁴⁷⁵. Oppure, altrimenti, che si possa perfino riflettere sull’opportunità e la compatibilità giuridica del ricorso alla forma della società per azioni per l’esercizio di funzioni di interesse pubblico (*lato sensu*), in presenza di condizioni di specialità che finiscano per trasfigurare significativamente i connotati del modello⁴⁷⁶.

Tale ultima questione possiede anche una proiezione prettamente giuslavoristica.

⁴⁷⁴ Così, tra gli altri, Piperata, *op. cit.*, 655 ss. Da tale prospettiva rimane comunque il problema di definire quando la società “non abbia mercato”, ossia non eserciti propriamente attività d’impresa; sul tema cfr. Libertini M., *Organismo di diritto pubblico, rischio d’impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. Impr.*, 2008, 1201 ss.

⁴⁷⁵ Conformemente alle indicazioni contenute nel rapporto OCSE sulla *governance* delle “*State Owned Enterprises*” (OECD, *Corporate Governance of State-Owned Enterprises – A survey of OECD Countries*, in www.oecd.org, 2005), dove si sottolinea, nelle annotazioni al cap. 1 («*Ensuring an Effective legal and Regulatory Framework for State-Owned Enterprises*»), che: «*When streamlining the legal form of State-Owned Enterprises, governments should base themselves as much as possible on corporate law and avoid creating a specific legal form when this is not absolutely necessary for the objectives of the enterprise*».

⁴⁷⁶ La legislazione sembra ammettere esplicitamente che nell’ordinamento possano essere costituite «società con totale o prevalente capitale pubblico» che esercitano «funzioni amministrative» (art. 29, c. 1, l. 241/90). E’ il caso di ricordare, però, che rispetto all’utilizzo del modello societario l’art. 3, c. 27 della legge 244/2007 (legge finanziaria 2008) ha previsto un divieto che dovrebbe limitare il fenomeno delle “societarizzazioni”: «Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». In merito si ricordino le sempre attuali riflessioni di Ascarelli T., *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 995 ss., secondo cui la società in mano pubblica dovrebbe ritenersi una “*formula insincera*”, destinata a “*essere superata*” (a favore dell’ente pubblico economico), ove davvero si voglia coerentemente agire per finalità, dirette, di interesse pubblico. Più recentemente, sembrano esprimere perplessità sulle “società/enti” Urbano, *op. cit.*, 78; Fracchia, *op. cit.*, 620 ss.; Gosis, *op. cit.*, 10, che contesta la nozione di *quasi-amministrazione*, partendo dalla distinzione tra oggetto e causa: la circostanza che una società partecipata abbia come oggetto un’attività amministrativa (o di interesse pubblicistico) non incide sulla causa (e dunque sullo statuto), che rimane lucrativa. Per un approfondimento delle questioni v. anche Clarich M., *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009.

Per approfondire tale aspetto occorre soffermarsi preliminarmente sul rapporto organizzativo e funzionale che s'instaura tra le c.d. *semi-amministrazioni* e le pubbliche amministrazioni controllanti. Prendendo atto dell'eterogeneità delle forme societarie astrattamente riconducibili a tale categoria, si assumerà come riferimento del discorso il modello della società *in house*, ove - per definizione - l'incidenza della dimensione pubblicistica della partecipazione è particolarmente intensa; e pur considerando che nel diritto vivente tale formula organizzativa presenta dei caratteri generali definiti, si da poter essere sostanzialmente considerata una categoria unitaria.

E' noto che si tratti di un istituto di matrice giurisprudenziale, elaborato dalla giurisprudenza europea a far data dalla celebre sentenza *Teckal*⁴⁷⁷; applicato e precisato da numerose decisioni dei giudici nazionali⁴⁷⁸; che trova altresì riscontro nel diritto positivo⁴⁷⁹; e il cui campo di applicazione è quello dei contratti pubblici.

Sulla base del diritto europeo, costituisce *ius receptum* il principio secondo cui affinché sia legittimo un affidamento diretto di un contratto pubblico (senza previo esperimento di procedura di gara, nelle forme previste dalla direttiva 2004/18) sia necessario: a) che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri uffici e servizi; b) che il soggetto affidatario svolga prevalentemente la propria attività in favore dell'ente affidante⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ CGUE, 18.11.1999, *Teckal*, C-107/98.

⁴⁷⁸ *Ex aliis*, Cons. Stato, Ad. pl., 3.03.2008, n. 1.

⁴⁷⁹ Cfr. art. 4, c. 8, d.l. 95/2012; art. 3, c. 6-bis, d.l. 183/2011.

⁴⁸⁰ L'*in house*, come alternativa al ricorso al mercato mediante procedure a evidenza pubblica, è previsto dall'art. 113, d.lgs. 267/2000 per i servizi pubblici locali a rilevanza economica; dall'art. 4, c. 8, d.l. 95/2012, che, in sostanza, prevede che l'affidamento diretto di contratti di fornitura di beni e servizi di tipo strumentale, senza il rispetto delle procedure concorrenziali, dall'1.01.2014 possa avvenire soltanto in favore di società a totale partecipazione pubblica, secondo la formula dell'*in house*. La Consulta, con la sentenza 229/2013, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 8 nella parte in cui si applica alle Regioni a statuto ordinario. La nuova direttiva generale sugli appalti 2014/24/ ha di fatto recepito l'istituto generale dell'*in house*, quale fattispecie esclusa dal proprio ambito di applicazione; definendo a tal fine, analiticamente, le condizioni necessarie perché si abbia «controllo analogo» (art. 12). In giurisprudenza, *ex pluribus*, Cons. Stato, sez. VI, 03.04.2007, n. 1514. In dottrina, v. Cavallo Perin R, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in Bonura H. - Cassano M. (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Giappichelli, Torino, 2011, 119 ss.

In presenza di tali presupposti si verifica una condizione di “immedesimazione organica” dell’affidatario, che, ove assuma la forma societaria, si definisce per l’appunto società *in house*.

La giurisprudenza comunitaria e i giudici nazionali⁴⁸¹ hanno progressivamente precisato i contorni del “*controllo analogo*”, seguendo un approccio rigoroso e restrittivo, in linea con la natura apparentemente eccezionale dell’*in house providing*, quale modello organizzativo dei servizi pubblici derogatorio rispetto ai fondamentali principi comunitari di concorrenza, trasparenza e non discriminazione.

In generale, alla luce del formante giurisprudenziale, può affermarsi che affinché vi sia la condizione di “*controllo analogo*”, inteso come rapporto equivalente - ai fini degli effetti pratici - a una relazione di subordinazione gerarchica tra amministrazione aggiudicatrice e organismo affidatario, è necessario che:

i) vi sia una partecipazione pubblica totalitaria (ovvero, stando al tenore dell’art. 12 della nuova direttiva appalti 2014/24/UE, purché l’eventuale partecipazione di capitali privati «non comporti controllo o potere di veto»)⁴⁸²;

ii) l’organo amministrativo della società non abbia rilevanti poteri gestionali, e all’ente pubblico controllante sia consentito di esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale⁴⁸³

iii) l’impresa non abbia acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo dell’ente pubblico e che potrebbe risultare, tra l’altro:

⁴⁸¹ Su tutte, Cons. Stato, Ad. Pl., 3.03.2008, n. 1.

⁴⁸² CGUE, 11.01.2005, *Stadt Halle* C-26/03; Cons. Stato, sez. V, 13.07.2006, n. 4440. Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, oltre alla necessaria totale proprietà del capitale da parte del soggetto pubblico, ha ritenuto essenziale “il concorso dei seguenti ulteriori fattori tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia effettiva, e non solo formale o apparente: a) il controllo del bilancio; b) il controllo sulla qualità della amministrazione; c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti; d) la totale dipendenza dell’affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali” (CGA, 04.09.2007, n. 1514).

⁴⁸³ Cons. Stato, sez. VI, 23.10.2007, n. 1514. Tale orientamento, sebbene largamente diffuso, rappresenta un possibile punto di rottura con il modello civilistico della società per azioni, laddove si pone in aperto contrasto con l’art. 2380-bis, c. 1, c.c., nella parte in cui prevede che «la gestione dell’impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale».

dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero⁴⁸⁴.

Sotto il profilo del controllo sulla gestione della società si è altresì chiarito che “il controllo analogo deve importare un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e le decisioni importanti, e può essere attuato con poteri di direttiva, di nomina e revoca degli amministratori, e con poteri di vigilanza e ispettivi”⁴⁸⁵; in modo tale che i compiti affidati alla società siano trattati come se fossero stati a essa delegati dall'amministrazione (c.d. “delegazione inter-organica”); di talché il soggetto partecipato si configuri come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, ma che in concreto continua a costituire parte della stessa⁴⁸⁶.

Ora, se tali sono i caratteri indefettibili della società *in house*⁴⁸⁷, nel caso in cui l'organismo partecipato svolga essenzialmente funzioni e servizi di supporto per l'amministrazione controllante (*rectius*, di tipo strumentale), sembra possibile

⁴⁸⁴ CGUE, 10.11.2005, *Mödling o Commissione c. Austria*, C-29/04; Id., 13.10.2005, *Parking Brixen*, C-458/03.

⁴⁸⁵ Cons. Stato, sez. VI, 11.02.2013, n. 762; T.A.R. Lazio Roma, sez. II-ter, 13.06.2007, n. 5408.

⁴⁸⁶ La giurisprudenza ha ritenuto sussistere una tale incisiva ingerenza ove lo statuto della società preveda poteri speciali in capo all'Ente pubblico, quali la nomina del presidente e di un numero predeterminato di membri del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 30.03.2005, n. 2784); ovvero quando venga costituito un apposito organo con penetranti poteri di controllo sulla gestione straordinaria e ordinaria (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 15.07.2005, n. 634). In tal senso, non dovrebbe reputarsi sufficiente un mero controllo *a posteriori* per soddisfare il requisito del controllo analogo “[...] dato che questo non consente all'autorità pubblica di influenzare preventivamente le decisioni degli organismi societari [...]», da intendersi come “penetrante azione propulsiva o propositiva sulle linee strategiche ed operative della Società (con la determinazione degli ordini del giorno degli organi sociali, l'indicazione dei dirigenti da nominare e l'elaborazione di direttive sulla politica aziendale) e in incisivi poteri suscettibili di inibire iniziative o decisioni che si pongano in contrasto con i propri interessi” (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 11.01.2010, n. 15). Risulta quindi indispensabile che le decisioni più importanti siano sempre sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 29.12.2009, n. 8970). Anche se più recentemente, il Consiglio di Stato ha incidentalmente affermato al riguardo che “il c.d. controllo preventivo è un istituto recessivo nei modelli organizzativi sia pubblici e privati, ed è sempre più spesso sostituito dal controllo successivo” (Cons. Stato, sez. VI, 11.02.2013, n. 762).

⁴⁸⁷ Come già fatto rilevare, la nuova direttiva appalti (2014/24/UE) ha adottato una definizione di «controllo analogo», quale «influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata»; e, contestualmente, ha fissato le condizioni per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture al di fuori delle procedure ivi disciplinate (c.d. “affidamenti diretti”): in sintesi, oltre al controllo analogo; attività prevalente (80%); partecipazione pubblica totalitaria, salvo che si tratti di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto. Si tratta, evidentemente, di una disciplina che condiziona il modello dell'*in house* nell'ordinamento degli Stati membri.

adombrare l'ipotesi che, sul piano dei rapporti di lavoro s'instauri una relazione trilaterale tra amministrazione utilizzatrice, società e lavoratori addetti; che, adoperando lo strumentario adottato per l'indagine sul binomio appalto/somministrazione, si presta a essere qualificata in termini di "codatorialità di fatto" (e occulta): richiamando la lettura sociologica del potere di eterodirezione delle prestazioni già proposta nelle pagine che precedono, nella specie - per definizione - esso, nella dimensione "evoluta" di *potere di coordinamento*, risulta allocato presso l'amministrazione affidante; dalla quale altresì dipendono, in via esclusiva, le risorse economiche e finanziarie della società⁴⁸⁸; nonché gli indirizzi e le direttive in materia di personale⁴⁸⁹. Senza trascurare la responsabilità "politica" dell'andamento della società e delle sorti dei rapporti di lavoro. In tali casi, peraltro, dovrebbe escludersi che l'organismo partecipato conservi una relazione di dominio con i fattori produttivi che esprima un *know-how* proprio e specifico, e che valga a derubricare il coordinamento in mero potere d'ingerenza, laddove - come in genere è accaduto - la costituzione della società sia avvenuta per trasformazione di precedenti forme organizzative "interne" all'ente; e, in ogni caso, allorché le prestazioni abbiano un basso contenuto specialistico⁴⁹⁰.

Ne consegue che il *dominus* sostanziale dei rapporti di lavoro con le società *in house* (di servizi strumentali), in ultima analisi, appare essere la pubblica

⁴⁸⁸ In pratica, si tratta di un rapporto di dipendenza economica assimilabile alla subfornitura, perché giova ricordare che l'art. 13 del decreto Bersani impedisce a tali società di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati. I rapporti tra società e azionista di controllo, in genere, vengono regolati da convenzioni o contratti di servizio, che definiscono anche il corrispettivo dei servizi erogati. Tuttavia, non si può ritenere che si tratti di autentiche manifestazioni dell'autonomia negoziale delle parti, dal momento che l'amministrazione contraente, esercita il controllo della società, sia a livello assembleare, sia a livello amministrativo. Peraltro, in alcune pronunce della magistratura contabile si afferma che, in virtù dell'immedesimazione organica, non vi è ragione per escludere che l'ente locale debba far fronte ai debiti propri della società *in house*: "Questa conclusione [...] risponde anche ad esigenze di tutela dei creditori sociali che nel dare fiducia alla società hanno indubbiamente fatto affidamento sulla natura pubblica della stessa, e conseguentemente sulla quasi certezza di ottenere il soddisfacimento integrale del proprio credito" (Corte dei Conti, sez. contr. Piemonte, parere 19.01.2012, n. 3).

⁴⁸⁹ Per le società degli enti locali, secondo quanto testualmente previsto dall'art. 18, c. 2-bis, d.l. 112/2008.

⁴⁹⁰ Sul punto v. *supra* § II.4.

amministrazione controllante/committente; diversamente, in capo al datore di lavoro formale sembra residuare un'attività di mera direzione della manodopera.

Le medesime considerazioni possono estendersi alle forme societarie diverse dall'*in house*, nelle quali si realizza un'analoga commistione tra strumentalità delle funzioni rispetto ai fini dell'ente controllante e immedesimazione organica.

Rispetto a tali fattispecie, non si pone soltanto il tema - comune alla categoria delle c.d. "semi-amministrazioni" - della dimensione "sostanziale" della società; e, di conseguenza, di quale debba essere lo statuto dei rapporti di lavoro dei dipendenti addetti al servizio. Piuttosto, è logicamente pregiudiziale adombrare il fondato sospetto che, dalla prospettiva giuslavoristica, tale scelta organizzativa di esternalizzazione sia di per sé illegittima, perché con essa si realizza una fattispecie di codatorialità di tipo interpositorio, senza rispettare lo schema della somministrazione di lavoro. Se l'*in house* si riduce a mero schermo privatistico per la fornitura di servizi strumentali, con coordinamento, responsabilità politico-finanziaria e inserimento organizzativo presso l'amministrazione controllante, a ben vedere, e per quanto tale conclusione possa apparire radicale e "pericolosa" per il bilancio pubblico, non può reputarsi irragionevole prospettare che per tale via l'ordinamento stia praticamente tollerando un'ipotesi di illecita fornitura di manodopera⁴⁹¹.

⁴⁹¹ Secondo Gosis, *op. cit.*, 13 ss. il modello della società *in house*, per come delineato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, sarebbe altresì incompatibile con il diritto societario italiano: "Il problema è che l'ordinario diritto societario consiste, in gran parte, in regole imperative[...] il diritto societario comune non solo impone un'autonomia teleologica della società rispetto ai soci (l'interesse sociale non è ridicibile, come già notato, all'interesse del socio dominante, mentre la giurisprudenza comunitaria pare esigere, ai fini del controllo analogo, una piena coincidenza di fini tra ente pubblico e società *in house* [...] ossia la circostanza che quest'ultima si conformi « a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico »[...] ma, specie dopo la riforma del 2003 e in relazione alle società per azioni, ha inteso con ancor più chiarezza rimarcare la esclusiva competenza (e responsabilità) gestoria degli amministratori. Con ciò ha segnalato la sostanziale inconciliabilità tra controllo analogo (se rigorosamente inteso) e diritto societario comune". Per una riaffermazione del carattere tendenzialmente imperativo del diritto societario e dei limiti che ciò comporta quanto alla ricostruzione del regime delle società in mano pubblica v. Cintioli F., *Disciplina pubblicistica e corporate governante delle società partecipate da enti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 7 ss., secondo cui: "buona parte delle disposizioni che compongono il diritto societario e che riguardano la struttura delle società consistono in altrettante norme di ordine pubblico, rivolte a tutelare interessi assunti come pubblici, generali e parimenti cogenti". L'A. sembra poi ammettere una forte contaminazione pubblicistica, in particolare, della società *in house*, vista come, almeno in ipotesi, una nuova tipologia societaria, in cui causa e

Senza contare che alcune lucide analisi economiche, da una diversa prospettiva, hanno da tempo messo in discussione la *performance* effettiva e la razionalità della flessibilità organizzativa attuata mediante esternalizzazioni “fredde”⁴⁹².

interesse sociale potrebbero anche essere mutati in senso pubblicistico, fino alla affermazione per cui l'*in house* costituirebbe “una nozione avente una valenza qualificatoria di una fattispecie di società”. Diversamente Libertini M., *op. cit.* nt. 390, 24 ss., che, pur censurando la prassi italiana di identificare il controllo analogo con le clausole statutarie che prevedono organi “atipici” di controllo, nonché attraverso forme che attribuiscono all’azionista pubblico “poteri amministrativi diretti”, specie per l’incompatibilità con l’art. 2380-bis, c.c., che sancisce che «la gestione dell’impresa spetta esclusivamente agli amministratori»; ammette che il modello possa essere interpretato e applicato conformemente al diritto eurounitario e al diritto societario inquadrando il controllo analogo nella disciplina dei patti parasociali e del potere di direzione e coordinamento nei gruppi d’imprese *ex artt.* 2497 ss., c.c.

⁴⁹²Cfr. Gavana G., Osculati F., Zatti A., *op. cit.*, 22 ss. che muovono una critica serrata al modello: “Quando la proprietà è totalmente in mano pubblica la forma giuridica della società di capitali risulta inappropriata in quanto non in grado di svolgere le funzioni economiche basilari che normalmente sono attribuite a tale fattispecie giuridica. Essa non può raccogliere finanziamenti (capitale di rischio) da una pluralità di fonti e non può essere scalata. Conseguentemente, né si pone al servizio di un progetto economico che possa assumere dimensioni ampie e crescenti, né può, attraverso lo scambio di azioni, pervenire sotto il controllo degli operatori più adatti”. Per gli AA., peraltro, si complica il “controllo democratico”, perché gli utenti non sanno a chi rivolgere le proprie doglianze (se agli organi politici o quelli sociali). Dal punto di vista finanziario poi, in assenza di un bilancio consolidato, l’operazione non assicura l’*accountability* e la trasparenza: “il Comune riporterà, tra i costi, il corrispettivo negoziato con la società in house per il servizio pubblico esternalizzato, ma non potrà evidenziare i costi che il gestore sostiene per erogare tale servizio. Nell’incapacità o nell’impossibilità (pena l’eccessivo scadimento quali-quantitativo del servizio reso) della società che gestisce il servizio di contenere i costi di erogazione dello stesso entro il limite del corrispettivo pattuito con il Comune, il suo bilancio di esercizio chiuderà in perdita, magari per più periodi amministrativi consecutivi qualora non vengano rinegoziate le condizioni contrattuali o non vi sia sufficiente tensione verso la riduzione delle inefficienze di gestione da parte del management. Il rendiconto del Comune rimarrà muto sulle perdite cumulate dalla sua controllata sino a quando, per evitare crisi irreversibili della società, sarà politicamente costretto a dare copertura (anche se non giuridicamente obbligato). L’intervento di ripiano, però, potrebbe avvenire anche a molti anni di distanza rispetto alla manifestazione delle cause di formazione delle perdite stesse. Pertanto, per gli stakeholders del Comune è insufficiente e fuorviante valutare un risultato frutto della contrapposizione tra i ricavi che il Comune realizza sottoforma di trasferimenti, tributi locali, e altre entrate e il costo misurato dal corrispettivo negoziato con la società in house”. In generale, l’*outsourcing* funzionerebbe soltanto in un ambiente concorrenziale.

Bibliografia

Abbadessa P., *Il direttore generale*, in *Trattato delle società per azioni*, Colombo – Portale (diretto da), Torino, 1991, 4.

Alaimo A., *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020». Il «modello sociale europeo» al tempo della crisi: bilanci e prospettive*, in *RIDL*, 2002, 3.

Alaimo A., *Presente e futuro del modello sociale europeo. Lavoro, investimenti sociali e politiche di coesione*, in *RGL*, 2013, 2.

Ales E., *Modello sociale europeo e flexicurity: una sorta di “patto leonino” per la modernizzazione*, in *DLM*, 2007.

Alleva P.G., *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al Decreto Legislativo n. 276/2003*, Ghezzi G. (a cura di), Ediesse, Roma, 2004.

Alleva P.G., *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, I, 887-923.

Alleva P.G., *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*, in Ghezzi G. (a cura di), Ediesse, Roma, 1996

Alvino I., *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Milano, 2014.

Ammannati L., *Le privatizzazioni in Italia: alla ricerca di un progetto*, in *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Ammannati L. (a cura di), Milano, 1995.

- Ascarelli T., *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959.
- Ashiagbor D., *L'armonizzazione soft: il "Metodo aperto di coordinamento" nella Strategia europea per occupazione*, in *Nuove forme di regolazione: Il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Barbera M. (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006.
- Ballestrero M. V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *LD*, 2008, 2.
- Barbera M., *L'uguaglianza come scudo e l'uguaglianza come spada*, in *RGL*, 2002.
- Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *DLRI*, 2010.
- Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *DLRI*, 2010, 2.
- Barnard, C. *The substantive law of the Eu. The four freedoms*, in *Oxford University Press*, Oxford, 2007.
- Beveridge W., *La piena occupazione e la coscienza sociale, adesso La libertà solidale. Scritti 1942-1945*, in Colucci M. (a cura di), Donzelli, 2010.
- Biasi M., *Dal divieto di interposizione alla codatorialità: le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, 218/2014.
- Bobbio N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Ed. di Comunità, 1977.

Bonardi O., *La distinzione tra somministrazione e appalto nei servizi c.d. labour intensive*, in *D&L*, 2004.

Bonardi O., *L'utilizzazione indiretta del lavoratore. Divieto di interposizione e lavoro interinale*, Franco Angeli, Milano, 2001.

Bonura H., *Le partecipazioni locali. Limiti alle assunzioni/detenzioni ed effetti su bilancio e personale*, iFEL Fondazione ANCI, 2013.

Borelli S., *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *LD*, 2008, 1.

Borgioli A., *Amministratori di fatto e direttori generali*, in *Giur.comm.*, 1975.

Borgioli A., *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1975.

Brino V., *Gli equilibrismi della Corte di Giustizia: il caso Ruffert*, in *RIDL*, 2008, 2.

Bronzini G., *Il modello sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Le nuove istituzioni europee*, Bassanini F., Tiberi G. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2008.

Bronzini G., *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.

Cammelli M., *Società pubbliche*, in *Enc. Diritto, Annali*, V, 2012.

Cantaro A., *La politica dell'occupazione*, in *L'ordinamento europeo. Le politiche dell'Unione*, Mangiameli S. (a cura di), III, Giuffrè, Milano, 2008.

Carabelli U. – Leccese V., *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in W.P.C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, 35/2005.

Carinci F., *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT, 133/2011.

Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T., *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 2011.

Carinci F., *L'accordo interconfederale del 28 giugno 2011: armistizio o pace?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT, 125/2011.

Carinci F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in LPA, 2008.

Carinci M.T., 2007, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione etitolare di tutte le posizioni di diritto, potere, obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico*, in ADL, 2007.

Carinci M.T., *Il divieto di interposizione: novità e continuità dopo la legittimazione del lavoro temporaneo*, in AA.VV., *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, in QDLRI, Utet, Torino, 1999.

Carinci M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, in *Il Codice Civile. Commentario Art. 2127*, Schlesinger A. (diretto da), Milano, 2000.

Carinci M.T., *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT, 44/2006.

Carinci M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo. Diritto del lavoro e nuove forme di organizzazione dell'impresa*, Giappichelli, Torino, 2008.

Carnelutti F., *Contratto di lavoro subordinato altri*, in RDC, 1961.

Caruso B. - Alaimo A., *Diritto sindacale*, Il Mulino, 2012.

Caruso B. - Alaimo A., *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT, 82/2010.

Caruso B. - Massimiani C., *Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in DLM, 2007.

Caruso B., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Ajani G. - Benacchio G.A. (diretto da), in *Il lavoro subordinato*, Sciarra S. - Caruso B. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009.

Caruso B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT, 61/2008.

Caruso B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT, 61/2008.

Caruso B., *La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 79/2008.

Caruso B., *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, di prossima pubblicazione in *Lavoro e diritti nella crisi europea*, Caruso B. - Fontana G., Il Mulino, 2014.

Caruso B., *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in DLRI, 2007.

Cassese S. - Massera A., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *L'impresa pubblica*, AA.VV., Milano, 1977.

Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Laterza, 2005.

Cassese S., *Presentazione*, in *Modernizzare l'Amministrazione pubblica. Il libro Bianco del Regno Unito*, Seminari, Spisa, Bologna, Clueb, 2000.

Cassese S., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1991.

Cataudella A., *Spunti sulla tipologia dei rapporti di lavoro*, in *Scritti sui contratti*, Cedam, Padova, 1998.

Cavallo Perin R., *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o in house providing*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Bonura H. - Cassano M. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011.

Cerulli Irelli V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011.

Cessari A., *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *DL*, 1961, I.

Chacartegui C., *Resocialising temporary agency work through a theory of "reinforced" liability*, in *Resocialising Europe in a time of crisis*, Contouris N. – Freedland M. (a cura di), Cambridge University Press, 2013;

Chieco P., *Privatizzazioni, esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, in *Il lavoro pubblico in Italia*, Carabelli U. – Carinci M.T. (a cura di), Cacucci, Bari, 2010.

Chieco P., *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Curzio P. (a cura di), Cacucci, Bari, 2004.

Cintioli F., *Disciplina pubblicistica e corporate governante delle società partecipate da enti pubblici*, in www.giustamm.it.

Cintioli F., *L'art. 41 Cost. tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Diritto e società*, 2009, 3-4.

Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013.

Clarich M., *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2009.

Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. Amm.*, 1996.

Contiades X. (a cura di), *Constitutions in the Global Financial Crisis. A Comparative Analysis*, Ashgate, Farnham, 2013.

Contouris N. - Freedland M., Epilogue. *Resocialising Europe – looking back and thinking forward*, in *Resocialising Europe in a time of crisis*, Contouris N. - Freedland M. (a cura di), Cambridge University Press, 2013;

Corazza L., «*Contractual integration*» e rapporti di lavoro, Padova, Cedam, 2004.

Corazza L., *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 93/2009.

Costantini S., *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le “clausole sociali” fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in W.P.C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 196/2014.

Cottino G., *Partecipazione pubblica all’impresa privata ed interesse sociale*, in *Arch. Giur.*,1965.

Crouch C., *Entrenching neo-liberalism: the current agenda of European social policy*, in *Resocialising Europe in a time of crisis*, Contouris N. - Freedland M. (a cura di), Cambridge University Press, 2013;

Cullen R., *Servant and Two Masters? The Doctrine of Joint Employment in Australia*, AJLB, 2003.

D’Antona M., *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell’Unione Europea*, in *Massimo D’Antona. Opere*, Caruso B. - Sciarra S. (a cura di), I, Giuffrè, Milano, 2000.

D'Antona M., *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *DLRI*, 1990.

D'Antona M., *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?* In Massimo D'Antona. *Opere*, Caruso B. - Sciarra S. (a cura di), vol. I, Giuffrè, Milano, 2000.

D'Antona M., *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, Pedrazzoli M. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1989, 43-65.

De Luca Tamajo R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: analisi e prospettive*, in *RIDL*, 2007, I.

De Luca Tamajo R., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, De Luca Tamajo R. (a cura di), Jovene, Napoli, 2002.

De Luca Tamajo R., *Riflessioni intorno alle prospettive di legalizzazione del lavoro interinale*, in *RIDL*, I.

De Pasquale P., *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009.

De Salvia A., *Non c'è due senza tre: la corte di giustizia nel caso Rüffert*, in *ADL*, 2008, 6.

De Simone G., *La «privatizzazione» dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina del trasferimento d'azienda*, in *LD*, 2001, 2.

De Simone G., *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Torino, 1995.

De Tersaac G., *Come cambia il lavoro. Efficacia, autonomia, valorizzazione delle competenze*, Etas, Milano, 1993, (ed. or.: *Autonomie dans le travail*, PUF, Paris, 1992).

Deakin - Wilkinson, *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in *DLRI*, 1999.

Deakin S., Seegers G., Van Den Bergh R. (a cura di), *Law and economics in the labor market*, Elgar, Cheltenham, 1999.

Del Punta R., *Commento all'art. 1, c. 2, lett. m), n), o)*, in *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Carinci M.T. (a cura di), Ipsoa, Milano, 2003.

Del Punta R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001.

Del Punta R., *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in *AA.VV., Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004.

Del Punta R., *Leggendo «The idea of justice», di Amartya Sen*, in *DLRI*, 2013.

Denhardt R.B. - Vinzant Denhardt J., *The New Public Sewice: Serving Rather than Steering*, in *Public Administration Review*, 2000, 6.

Di Lullo M., *Organizzazione amministrativa e modelli privatistici: le società (legali) «pubbliche amministrazioni»*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2.

Dockès E., *Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Francia*, Rapporto nazionale (Tema 2), XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, Parigi, 5 - 8 settembre, 2006, (dattiloscritto)].

Easterlin R. *Does economic growth improve human lot? Some empirical evidence*, in *Nation and Households in economic growth: Essays in honor of Moses Abramowitz*, Davis P.A. - Reder M.W. (a cura di), Academic Press, New York / London, 1974.

Entwistle T. - Marinetto M. - Ashworth R., *New Labour, the new public management and changing forms of human resource management*, in *Int. Jour. Hum. Resource Management*, 2007, 18.

Esposito M., *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002.

Esposito M., *La nozione di datore di lavoro e le fattispecie interpositorie*, in *Problemi giuridici del mercato del lavoro*, Rusciano M. (a cura di), Jovene, Napoli, 2004, 149-162.

Ferrara M.D., *L'integrazione europea attraverso il «social test»: la clausola sociale orizzontale e le sue possibili applicazioni*, in *RGL*, 2013, 2.

Ferrara M.D., *La Direttiva 2008/104/Ce relativa al lavoro tramite agenzia interinale: aspetti problematici e modelli di implementazione*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT*, 101/2013.

Ferrera M., *Neowelfarismo liberale: nuove prospettive per lo stato sociale in Europa*, in *Stato e mercato*, 2013, 97.

Ferretti M., *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggio di dipendenti: il caso delle esternalizzazioni dei servizi pubblici locali*, in *LPA*, 2005, 3-4.

Fiorentino L. - Zanarini L., *Terzo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, 2011.

Fonderico G., *Diritto della regolazione e del mercato. Lezioni*, I, 2012.

Fontana G., *Crisi economica ed effettività dei diritti in Europa*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 104/2014.

Fracchia F., *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 3/4.

Freeden M., *European liberalism*, in *European Journal of Political Theory*, 2008, 7, 9, 9-30.

Friedberg E., *Qualche riflessione sulle nuove dinamiche organizzative e manageriali del 2000*. in *Le sfide organizzative di fine e inizio secolo: tra post-fordismo e deregolazione*, Maggi B. (a cura di), Etas, Milano, 2000.

Galgano F., *La società per azioni*, Cedam, 1988;.

Garattoni M., *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.

Garilli A., *L'art. 8 della legge n. 148/2011 nel sistema delle relazioni sindacali*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT, 139/2012.

Gavana G., Osculati F., Zatti A., *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, in *Amministrare*, 2007, 112.

Ghera E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006.

Ghera E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, 2.

Giannini M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, ora in *Id., Scritti*, IV (1955-1962), Milano, 2004.

Giannini M.S., *Persone giuridiche pubbliche e private*. in *Stato e diritto*, 1940.

Giubboni S., *Europe's crisis-law and the welfare state – A critique*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT*, 109/2014.

Gosis F., *Attività e funzionalizzazione nelle società partecipate*, in *www.air.unimi.it*.

Gottardi D., *Tutela del lavoro e della concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, 2010, 4.

Grandi M., *La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, Pedrazzoli M. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1989, 77-91.

Greco P., *Il contratto di lavoro*, Utet, Torino, 1939.

Guerra F., *Il "controllo analogo"*, in *Giur. comm.*, 2011, I.

Habermas J., *Between Facts and Norms: Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge, 1996.

Hendrickx F., *Completing economic and social integration: towards labour law for the United States of Europe*, in *Resocialising Europe in a time of crisis*, Contouris N. - Freedland M. (a cura di), Cambridge University Press, 2013;

- Hepple B., *Labour Laws and Global Trade*, in *Hart Publishing*, Oxford, 2005.
- Heyes J., *Flexicurity in crisis: European labour market policies in a time of austerity*, in *European Journal of Industrial Relations*, 2013.
- Hood C. - Peters, G., *The Middle Aging of New Public Management: Into the Age of Paradox?*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 2004, 14.
- Hood C., *A public management for all seasons?*, in *Public Administration*, 69 (spring), 1991, 3-19.
- Ibba C., *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in *www.giustamm.it*, 201, 1.
- Ibba C., *Le società legali*, Giappichelli, Torino, 1992.
- Ichino P., *Il lavoro interinale e gli altri varchi del «muro» del divieto di interposizione*, in *DLRI*, 1999, 503-518.
- Ichino P., *Il contratto di lavoro*, I, Giuffrè, Milano, 2000.
- Ichino P., *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 1999, 203-275.
- Ichino P., *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996.
- Ichino P., *Le nuove forme del decentramento produttivo*, in *RIDL*, 1999, III, 149-168.
- Irti N., *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2011.
- Jaeger P.G., *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. comm.*, 1992, I.

Kvist J., Fritzell J., Hvinden B., Kangas O., *Changing Social Equality: The Nordic Welfare Model in the 21st Century*, in *The Policy Press*, Bristol, 2012.

Lecomte F., *Embedding employment rights in Europe*, in *Columbia journal of european law*, 2011, 1.

Libertini M., *A quindici anni dal T.U.F. – Bilanci e prospettive*, in *RDImpresa*, 2014.

Libertini M., *La ricerca giuridica in Germania. Uno sguardo dall'Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 1, 121-131.

Libertini M., *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *federalismi.it*, 2010, 8.

Libertini M., *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contr. Impr.*, 2008.

Lo Faro A., *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, ed. provv., Giuffrè, Milano, 2003.

Lo Faro A., *Diritti sociali e libertà economiche nel mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *LD*, 2008, 1.

Lo Faro A., *Compatibilità economiche, diritti del lavoro e istanze di tutela dei diritti fondamentali: qualche spunto di riflessione dal caso italiano*, in *DLRI*, 2014, 142.

Lo Faro A., *Le Direttive in materia di crisi e ristrutturazione di impresa*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Ajani G. - Benacchio G.A. (diretto da), in *Il lavoro subordinato*, Sciarra S. - Caruso B. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009.

Loy G. *Riflessioni su specialità, tipo e sottotipo nel lavoro subordinato*, in *Lavoro subordinato e dintorni*, Pedrazzoli M. (a cura di), Il Mulino, Bologna, 1989.

Luhmann N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, ed. italiana (a cura di) Febbrajo A. - Schmidt R., Il Mulino, Bologna, 2001.

Maggi B., *De l'agir organisationnel. Un point de vue sur le travail, le bien-être, l'apprentissage*, Octarès Éditions, Tolosa, 2003.

Magnette P., *The Fragility of Liberal Europe*, in *European Political Science*, 2009, 8, 190-200.

Magrini S., *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1980.

Mainardi S., *Esternalizzazioni e trasformazione delle Università in Fondazioni. Profili di diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, 77/2008.

Majone G. - La Spina A., *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. di Scienza dell'Amministrazione*, 1991, 3.

Malandrino C., Marchionatti R. (a cura di), *Economia, sociologia e politica nell'opera di Vilfredo Pareto*, Firenze, Olschki, 2000.

Malberti C., *Commento all'articolo 2396*, in *Commentario alla riforma delle società*, Ghezzi F. (a cura di), Milano, 2004.

Maltoni A., *Attività amministrative e soggetti di diritto privato: le società partecipate*, in *Foro It.*, 2014, 7.

Mancini F., *Sub art. 36, in Statuto dei diritti dei lavoratori, in Comm. c.c., Scialoja e Branca (a cura di), Bologna - Roma, 1972, 546.*

Marasà G., *Società speciali e società anonime, in Enc. giur., XXM, Roma, 1993.*

Maresca A., *Relazione al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007.*

Marimpietri I., *Il lavoro subordinato, in Trattato dei contratti, Rescigno P., Gabrielli E. (diretto da), I contratti di lavoro, Vallebona A. (a cura di), I, Utet, Torino, 2009.*

Marinelli M., *Decentramento produttivo e tutela del lavoratore, Torino, 2002.*

Massimiani C., *Flexicurity and decent work in Europe: can they coexist?, in WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2008/65.*

Mattioni M., *Il contratto di rete: un inquadramento civilistico, in Zilio Grandi G. - Biasi M. (a cura di), Contratto di rete e diritto del lavoro, Padova, 2014.*

Mazzotta O., *Diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, 2005.*

Mazzotta O., *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori, in Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema, De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), Ed. Scientifica, Napoli, 2004.*

Mazzotta O., *Rapporti interpositori e contratto di lavoro, Giuffrè, Milano, 1979.*

Meliadò G., *Imprese a struttura complessa, controllo dei fenomeni di esternalizzazione ed interpretazioni giurisprudenziali, in Foro it., 2010, I, col. 3329.*

Mengoni L., *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, Milano, 1971.

Merusi F. – Iaria D., *Partecipazioni Pubbliche*, in *Enc. Giur.* XXII, Roma, 1990.

Minervini G., *Società a partecipazione pubblica*, in GCO, 1982.

Minervini G., *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956.

Mirabelli G., *Dei singoli contratti*, in *Commentario Utet*, Torino, 1968.

Morrone A., *Bilanciamento (Giustizia costituzionale)*, *Enc. Dir.*, Annali, Giuffrè, Milano, 2008, II, 185-204.

Murrone M. G., *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente pubblico torni a svolgere attività prima trasferite*, in *LPA*, 2009, 3-4.

Mutarelli M.M., *Il lavoro tramite agenzia: modelli di disciplina in Europa*, in *DLM*, 2007.

Nadalet S., *L'attuazione della Direttiva 96/71 sul distacco*, in *LD*, 2008.

Napoli M., *Autonomia individuale e autonomia collettiva nelle più recenti riforme*, in *DLRI*, 2004.

Napolitano G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Soc.*, 2006, 5-6.

Nogler L., *Gruppo di imprese e diritto del lavoro*, in *LD*, 1992, 2.

Onida F., *Globalizzazione, standard sociali e del lavoro e ruolo dell'Ilo*, in *Il governo della globalizzazione*, in www.astrid-online.it.

Orlandini G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca di un equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in W.P. C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».INT, 66/2008.

Orlandini G., *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in *Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Ajani G. - Benacchio G.A. (diretto da), *Il lavoro subordinato*, Sciarra S. - Caruso B. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2009..

Orlandini G., *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2013;

Pagano U., *Property rights, asset specificity, and the division of labour under alternative capitalist relations*, in *Cambridge Journal of Economics*, 1991.

Pallini M., *La Direttiva Bolkestein non ha peccati se non...l'ignava*, in *Biblioteca delle libertà*, in URGE - Biblioteca delle libertà, 2007, XLII, 186.

Pallini M., *Politiche sociali e politiche di liberalizzazione dei mercati: il caso Bolkestein*, in *Qrs*, 2006, 3.

Pantano F., *Il lavoro tramite agenzia interinale nell'ordinamento comunitario. Prime osservazioni in merito alla direttiva 2008/104/CE ed al suo impatto sull'ordinamento interno*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT, 72/2009.

Papadimistriou D., Copeland P., *The Eu's Lisbon strategy: evaluating success, understanding failure*, MacMillan, Basingstoke, 2012.

Pedrazzoli M., *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati*, relazione al convegno AIDLASS "Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro", (Salerno, 22-23 maggio 1998), in *DLRI*, 1998.

Pedrazzoli M., *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1998.

Persiani M. v. *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, in *ADL*, 2004.

Perulli A. – Speziale V., *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, 132/2011.

Perulli A., *Clausola sociale*, in *Enc. Dir.*, Annali VII, Giuffrè, 2014;

Perulli A., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, in *RIDL*, 2007, I.

Perulli A., *Diritto del lavoro e globalizzazione - Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Cedam, Padova, 1999.

Perulli A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, Milano, 1992, 261 ss.

Pessi R. *Persona e impresa nel diritto del lavoro*, in *Dritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, 2008.

Pessi R., *Persona e impresa nel diritto del lavoro*, in *Dritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, 2008, 2.

Piperata G., *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, in *LPA*, 2009, 3-4.

Piris J.C., *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

Pizzoferrato A., *Sulla riforma della pubblica amministrazione*, in *LPA*, 2008.

Prassl J., *Rethinking the notion of the employer, The notion of the employer*, in *The Law Quarterly Review*, 2013, 129.

Quadro Curzio A., *Economia oltre la crisi. Come prevenire le recessioni, come assicurare benessere e prosperità*, Ed. La Scuola, 2012.

Ravà R., *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I.

Rawls J., *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1971.

Ricolfi L., *L'enigma della crescita. Alla scoperta dell'equazione che governa il nostro futuro*, Mondadori, Milano, 2014.

Roccella M., *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B.*, in *RGL*, 2007, II.

Romagnoli U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Giuffrè, Milano, 1967.

Romei R., *La somministrazione di lavoro dopo le recenti riforme*, in *DRI*, 2012, 4/XXII.

Roversi Monaco F., *Indirizzo delle partecipazioni statali e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di Vittorio Bachelet*, III, 1987.

Sabel C.F. - Zeitlin J. (a cura di), *Experimentalist Governance in the European Union. Towards a New Architecture*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Salento A., *Postfordismo e ideologie giuridiche. Nuove forme d'impresa e crisi del diritto del lavoro*, Angeli, Milano, 2003.

Salento A., *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, in *DLRI*, 2006, II.

Sartor G., *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2012, 1/2, 331-374.

Scarpelli F., *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda. Problemi vecchi e nuovi*, in *QDLRI*, 2005, 28.

Scarpelli F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL.*, 2006, I.

Sciarra S., *Common places, new places. The labour law rhetoric of the crisis*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT*, 92/2012;

Sciarra S., *The evolution of Labour Law (1992 - 2003) General Report, Final draft*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 46/2004.

Scitovsky T., *The Joyless Economy: An Inquiry into Human Satisfaction and Consumer Dissatisfaction*, Oxford University Press, 1976, recensione all'edizione italiana (Ed. Città Nuova, 2007), a cura di Reggiani T., in *Aggiornamenti sociali*, 2008, 1.

Scoca F. G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 2.

Sen A., *The idea of justice*, Mondadori, Milano, 2010.

Sen A., *The Impossibility of a Paretian Liberal*, in *Journal of Political Economy*, 1970, 78, 152-157.

Spagnuolo Vigorita L., *Note sul "lavoro intermittente tramite agenzia"*, in *DRI*, 1992.

Spano S., *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965.

Spattini S.- Tiraboschi M., *La somministrazione di lavoro dopo il decreto Poletti: una prospettiva di flexicurity?*, in www.bollettinoadapt.it.

Speziale V., *Appalti e trasferimento d'azienda*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 41/2006.

Speziale V., *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT , 94/2010.

Speziale V., *Il lavoro subordinato tra rapporti speciali, contratti "atipici" e possibili riforme*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT, 51/2007.

Speziale V., *Le "esternalizzazioni" dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *RGL*, I.

Stiglitz J., *Il ruolo dell'economia dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 1992.

Stiglitz J., *The price of inequality*, Ed. Micheal Joseph, 2012.

Supiot A., *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, DRI, 2000.

Teubner G., *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano, 1996.

Thompson J.D., *L'azione organizzativa*, Isedi, Torino, 1988, (ed. or.: *Organizations in action*, McGraw-Hill, New York, 1967).

Tiraboschi M., *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera*, Giappichelli, Torino, 1999.

Tiraboschi M., *Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano: due modelli inconciliabili?*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT , 29/2005.

Tiraboschi M., *Il lavoro temporaneo in Italia*, in DRI, 1992.

Tiraboschi M., *Somministrazione di lavoro: ritorno al passato*, in *La nuova riforma del lavoro*, Magnani M. - M. Tiraboschi (a cura di), Giuffrè, Milano, 2012, 109-115.

Tosi P., *Il dirigente d'azienda*, Angeli, Milano, 1974.

Tridmas T., *The general principles of EC law*, Oxford European Union Law Library, 2006, 6.

Urbano G., *Le società a partecipazione pubblica tra tutela della concorrenza, moralizzazione e amministrativizzazione*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

Van Gerven W., *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*, 1999, Hart Publishing, Oxford, 37-63.

Vandenbroucke F., *Europe: The Social Challenge. Defining the Union's social objective is a necessity rather than a luxury*, in *OSE Opinion Paper*, 2012, 11.

Vardaro G. *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *PD*, 1.

Vielle P., *How the horizontal social dame can be made to work: the lessons of gender mainstreaming*, in *Etui policy brief european social policy*, 2010, 6.

Villalòn J.C. , *Liberalizzazione degli scambi e del diritto del lavoro in Spagna*, Rapporto nazionale (Tema 2), XVIII Congresso mondiale di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, Parigi, 5 - 8 settembre 2006, (dattiloscritto)].

Villanacci G., *Appalto*, in *Dig. civ.*, agg. 2007, 4° ed.

Villani U., *La politica sociale nel Trattato di Lisbona*, in *RGL*, 2012, 1.

Visintini G., *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e diritto speciale*, Milano, 1979.

Vorlander H., *Hegemonialer Liberalismus: Politisches Denken und politische Kultur in den USA 1776-1920*, Campus Verlag, Frankfurt/Main - New York, 1997.

Zanelli P., *Il decentramento produttivo*, in *GI*, 1988, IV.

Zappalà L., *La «flessibilità nella sicurezza» alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, in *DLRI*, 2003.

Zappalà L., *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla «tipizzazione» del contratto di somministrazione di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 12/2004.

Zoppoli L., *Il “riordino” dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 213/2014.

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”.IT* - 141/2012.