



Università degli Studi di Milano Bicocca

Scuola di dottorato in Scienze Giuridiche

XXV CICLO

*Tesi di dottorato in
diritto del lavoro*

*Il lavoro nei processi di riorganizzazione
dei servizi pubblici locali*

Marta Giaconi

*A mia mamma,
come ogni cosa io faccio*

*Un ordinamento giuridico che colloca le cose al di sopra
degli individui non può durare a lungo.
I diritti delle persone devono precedere la definizione dei
loro rapporti
con le cose in modo da poter dare un senso alle loro
azioni.*

*Un diritto che rovescia quest'antica gerarchia tra
l'essere, l'avere e l'agire
maltratta gli uomini e incoraggia a sua volta gli uomini
a maltrattare il diritto*

A. Supiot

*Giustizia sociale e liberalizzazione del commercio internazi-
onale,
Lavoro e Diritto, 2011, 501*

*Publiciste et privatiste disputent
sur ce mur qui separe leurs champs,
et qui, prodige! Se met a bouger;
mais qu'en misurant l'ampleur de son mouvement
en recensant les lezardes
ils n'oublient pas qu'en general lorsque le murs bougent
c'est que dans ses profondeurs la terre tremble*

J.Rivero

*Droit du travail et droit administratif,
Droit social, 1960, 609*

*La distinzione tra economico e ciò che non è economico
non risiede in una intrinseca e immutabile
natura delle cose;
è una distinzione storicamente determinata;
è una vicenda di rapporti tra le classi sociali.
In una società retta dal dominio incontrastato del capitale
è economico tutto ciò che in un dato momento storico
la classe capitalistica*

*considera come fonte di possibile profitto
ed è perciò indotta a rivendicare come terreno governato
da specifiche guarentigie di libertà
(la libertà di iniziativa economica)*

F.Galgano

*Sub art. 43 Cost., Commentario della costituzione,
Zanichelli, BOLOGNA - ROMA 1982*

Introduzione alla ricerca.
I servizi pubblici locali come emblema del dialogo tra
diritti sociali e mercato,
tra diritto pubblico e diritto privato.

I servizi pubblici negli ultimi vent'anni sono stati oggetto di una progressiva attrazione verso il mercato, nota come privatizzazione e, nella sua forma più completa, liberalizzazione, comunemente imputata a scelte sovraordinate di origine europea.

Ad esito di tale processo l'erogazione di attività originariamente concepite e forse ancora percepite quale espressione di poteri pubblici - perché funzionali al godimento di diritti ed al soddisfacimento di istanze della collettività - è stata sottratta all'Amministrazione Pubblica e conferita a soggetti formalmente privati con rilevanti implicazioni di carattere sociale.

Al fine di meglio comprendere la portata del fenomeno di trasformazione dei servizi pubblici locali, ed in particolare di quelli economicamente rilevanti, al di là del frammentario sovrapporsi di provvedimenti normativi, è stato utile in primo luogo condurre l'analisi sotto una prospettiva europea, in particolare nell'ambito del complesso rapporto tra mercato e diritti sociali.

Più precisamente nella prospettiva europea determinante si ritiene sia stata la contemplazione dell'accesso ai servizi di interesse economico generale nel catalogo dei diritti della Carta di Nizza (art. 36) e la recente nobilitazione di tale atto con il Trattato di Lisbona. Circostanze queste ultime che hanno consentito di verificare, alla luce della disciplina di hard e soft law, se possa ancora ritenersi immutato il rapporto tra libertà tutelate dalle regole della concorrenza e diritti sociali, così come concepito dai Giudici di Lussemburgo in particolare nell'ambito del

dialogo tra diritti del lavoro e libertà economiche.

Ci si è chiesti, in particolare, se il riconoscimento dell'esistenza di una missione di interesse generale quale deroga di carattere "sociale" alle leggi di mercato, nonché la condivisione di valori sovranazionali in materia di Servizi di interesse generale (Protocollo n. 26 al Tue) possa effettivamente e legittimamente generare speranze quanto alla possibilità che un'Europa sociale – che riconosca quindi l'esistenza di diritti non equi ordinati bensì sovraordinati alle ragioni di carattere economico – venga davvero ad esistenza.

Parte della ricerca è stata dedicata alla ricostruzione delle riforme che ha condotto alla contrattualizzazione del pubblico impiego nonché ad alcuni profili del lavoro svolto presso gli enti locali. Due ragioni hanno principalmente inciso sulla scelta, apparentemente ridondante, di ripercorrere le trasformazioni dell'impiego pubblico, già oggetto di numerosi studi. In primo luogo la necessità di descrivere lo *status quo ante*, ossia il regime giuridico cui i lavoratori alle dipendenze di enti pubblici sono sottoposti prima dell'esternalizzazione (associativa) di servizi ed attività che, si rammenta, viene frequentemente ascritta alle ipotesi di trasferimento d'attività di cui all'art. 31 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, con conseguente trasformazione del regime giuridico applicato ai lavoratori.

In secondo luogo si è inteso esprimere il convincimento che entrambi i fenomeni richiamati, privatizzazione del pubblico impiego ed esternalizzazione dei servizi pubblici, abbiano preso avvio dalla comune necessità di rendere qualitativamente superiori le prestazioni rese dall'Amministrazione Pubblica, così meglio soddisfacendo gli interessi pubblici e dal diffuso convincimento che a tale risultato si possa giungere solo sfruttando "*le motivazioni*

individuali ed egoistiche”, tipiche del mercato¹.

Come si vedrà a complicare il già incerto rapporto tra pubblico e privato sono, in particolare, i modelli societari formalmente privati ma sostanzialmente pubblici, noti anche come quasi-amministrazioni². L'uso di strumenti di diritto privato non ha, infatti, impedito di valorizzare la sostanza pubblicistica soprattutto con riferimento a specifici aspetti³ tra i quali si ricordano le modalità di assunzione nonché i limiti derivanti dalla soggezione al patto di stabilità ed ai vincoli in materia di spese per il personale.

La successione cronologica dei provvedimenti normativi

¹ BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, PADOVA, 2000, p. 714, che per l'appunto individua un parallelismo tra la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego e quella dei servizi pubblici fondate entrambe sulla relazione di strumentalità tra il perseguimento dell'interesse economico privato e la soddisfazione dell'interesse pubblico.

²PARISIO, *Forma privatistica e sostanza pubblicistica modello societario e gestione dei spl* in, FALCON- MARCHETTI, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive. Atti del convegno di Trento 7 e 8 giugno 2012* Cedam, PADOVA, 2013.

³Una delle manifestazioni della difficile qualificazione è la incerta responsabilità degli amministratori che ha comportato un irrobustimento del ruolo della corte conti (da ultimo C.Conti Abruzzo 21 marzo 2012 n. 84) oltre a determinare come si vedrà una spaccatura tra Cassazione e Corte dei conti sul danno erariale. Cfr anche Cass. Sez. Un. 10063/2011 che, invece, ai fini della sussistenza del danno erariale ritiene rilevi solo che il danno sia arrecato ad un soggetto pubblico, dando così applicazione al criterio sostanzialistico. La natura dei fondi e le finalità pubbliche perseguite prevalgono sulla scelta forma del modello societario. Ragion per cui determinante è l'impiego di risorse pubbliche per la cura di interessi pubblici a nulla rilevando la tipologia degli strumenti usati.

adottati nei due settori, lavoro e servizi pubblici, indurrebbe a ritenere che dopo un primo ampio tentativo di efficientamento dell'Amministrazione perlopiù costituito dalla sottoposizione dei dipendenti pubblici alla disciplina civilistica, il legislatore abbia orientato i propri sforzi, forse non potendosi ritenere pienamente soddisfacenti i risultati raggiunti mediante l'importazione di categorie di diritto privato, verso una privatizzazione più radicale ed invasiva, ottenuta mediante l'esternalizzazione di attività e servizi pubblici ed avviata con l'intervento di soggetti privati, pur talvolta partecipati dallo stesso ente⁴. La portata di tali trasformazioni, tuttavia, è tale da mettere in discussione non solo i confini esterni del diritto pubblico ma anche i valori e regimi interni all'Amministrazione Pubblica stessa⁵.

⁴Di tale avviso parrebbe CATELANI, *L'impiego pubblico*, tratto da SANTANIELLO, *Trattato di diritto Amministrativo*, secondo il quale le riforme del pubblico impiego degli anni Novanta si sono limitate a mutarne "la qualificazione formale" non potendosi tuttavia ritenere sufficiente "per cambiare la natura del rapporto la modificazione del suo nomen iuris" occorrendo al contrario "che al precedente regime giuridico se ne sostituisca un altro caratterizzato dal trasferimento reale ed effettivo delle attività di competenza dell'amministrazione dalla sfera pubblica alla sfera privata". Detta privatizzazione sostanziale, precisa l'autore, dovrebbe comunque esser condotta con cautela comportando infatti una sottrazione all'amministrazione di settori del suo apparato "con il conseguente venir meno per l'impiegato della stabilità e della certezza della retribuzione presenta costi sociali assai elevati che ne rendono difficoltosa l'applicazione".

⁵Come osservato da NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, MILANO, 2003., MILANO 2003 pur con riferimento al rapporto tra diritto amministrativo e privato, p. 24 e ss. Sugli effetti derivanti dai mutamenti in esame sulla stessa delimitazione delle strutture organizzative pubbliche richiama

Dinamiche paragonabili a quelle che si stanno verificando nel nostro ordinamento accomunano altri Paesi all'interno dell'Unione Europea. Vista l'importanza che la teoria del servizio pubblico ha assunto in Francia si è ritenuto che la comparazione con tale sistema possa costituire un'utile fonte di riflessione ed ispirazione. Molte sono, infatti, le trasformazioni che hanno coinvolto funzione pubblica e servizi pubblici francesi, e, nonostante in entrambi gli ambiti il percorso di privatizzazione si trovi ad un livello inferiore rispetto a quello italiano, la riflessione sulla materia è stata da tempo estesa anche ai profili di diritto del lavoro.

l'attenzione BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Giuffrè, MILANO, 2008. L'Autore ritiene gli elementi che attualmente compongono la struttura organizzativa abbiano infatti carattere diffuso, in ragione dell'"*ampio ricorso all'affidamento esterno dell'esercizio di funzioni e servizi pubblici in origine auto prodotti dalla stessa amministrazione*" che, osserva puntualmente BOTTINO, "*assume oggi le nuove vesti di soggetto regolatore concedente e vigilante sull'esecuzione della medesima funzione o servizio delegato a terzi*" pur rimanendone titolare. Altra concausa della trasparenza dei confini organizzativi sarebbe l'adozione di modelli organizzativi reticolari.

Indice

Premessa. Lavoro e Amministrazione tra pubblico e privato.....p.15

Capitolo Primo. Servizio pubblico, alla ricerca di una definizione.

- I. I servizi pubblici all'europea.....p.29
- II. Il contributo della Corte di Giustizia.....p.48
- III. Servizi pubblici e lavoro nella costruzione del modello sociale europeo.....p.64
- IV. Servizi pubblici in Italia. Quel che resta di una nozione.....p.103

Capitolo Secondo. Il rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione. Le peculiarità del lavoro presso gli Enti locali.

- I. Le specificità del lavoro nel pubblico impiego.....p.117
- II. La prima privatizzazione.....p.127
- III. La seconda e la terza privatizzazione.....p.140
- IV. La riforma Brunetta.....,.....p.144
- V. Il lavoro alle dipendenze degli Enti locali.....p.167
- VI. Il Enti locali e contrattazione integrativa.....p.176
- VII. La legge Fornero e il pubblico impiego. La conferma di una differenza.....p.190

Capitolo Terzo. Servizi pubblici e mercato a livello locale: le conseguenze sul lavoro

I.	<i>L' esternalizzazione nel settore pubblico.....</i>	<i>p.201</i>
II.	<i>Profili e problemi di diritto del lavoro. Un inquadramento classico, tra clausole sociali e trasferimento di attività.</i>	
	<i>A)le clausole sociali</i>	
	<i>a i) l'art. 36 dello Statuto dei lavoratori.....</i>	<i>p.216</i>
	<i>a ii) le clausole sociali di seconda generazione.....</i>	<i>p.230</i>
	<i>a iii) le clausole di successione.....</i>	<i>p.241</i>
	<i>a iv) i limiti.....</i>	<i>p.251</i>
	<i>B) Il trasferimento di attività da una Pubblica Amministrazione ad un soggetto privato:</i>	
	<i>b i) Soggetti ed oggetto del trasferimento.....</i>	<i>p.266</i>
	<i>b ii) La riorganizzazione.....</i>	<i>p.285</i>
	<i>b iii) La reinternalizzazione.....</i>	<i>p.294</i>
	<i>b iv)Il trattamento successivo al trasferimento.....</i>	<i>p.297</i>
	<i>b v) La reinternalizzazione dei servizi pubblici locali.....</i>	<i>p.307</i>
III.	<i>Diritto del lavoro tra pubblico e privato. Nuove prospettive.</i>	
	<i>A) Esternalizzazioni e contratti: appalti e concessioni</i>	
	<i>a i) L' Integrazione delle istanze sociali negli appalti pubblici.....</i>	<i>p.314</i>
	<i>a ii) Gli appalti riservati.....</i>	<i>p.347</i>
	<i>a iii)La responsabilità del committente pubblico.....</i>	<i>p.353</i>
	<i>B) Esternalizzazioni e soggetti.....</i>	<i>p.367</i>
	<i>b i) Aziende speciali.....</i>	<i>p.379</i>
	<i>b ii) Le società in house e le società partecipate.....</i>	<i>p.389</i>

Capitolo Quarto. Lavoro e servizi nell'ordinamento francese: l'ultima roccaforte pubblica.

I. Le specificità del diritto della funzione pubblica.....	p.425
a. Le categorie di agents public.....	p.436
b. La travaillisation della funzione pubblica fino alle più recenti riforme.....	p.443
II. I servizi pubblici alla francese	
a. Origine della nozione e sua evoluzione.....	p.453
b. Servizi pubblici e rapporti di lavoro: caratteri comuni.....	p.460
III. Modelli di gestione dei servizi pubblici e liberalizzazione etero imposta.....	p.467

Capitolo Quinto. Conclusioni. Un nuovo ruolo per la Pubblica Amministrazione e per le parti sociali.....	p.493
---	--------------

Bibliografia.....	p.513
--------------------------	--------------

Premessa.

Lavoro e Amministrazione tra pubblico e privato.

Il nostro ordinamento è da tempo caratterizzato da un progressivo avvicinamento tra pubblico e privato⁶,

⁶Sulla cui definizione BOBBIO, *Pubblico e privato*, Enc. Dir. Einaudi TORINO 1980. Il filosofo definisce la dicotomia classica come il riflesso di un gruppo sociale in cui è avvenuta la differenziazione tra ciò che appartiene al gruppo in quanto tale – alla collettività – e ciò che appartiene ai singoli membri, analizzando in un secondo momento le due possibili relazioni di primato del pubblico sul privato e del privato sul pubblico. In particolare con riferimento alla prima delle linee interpretative il primato del pubblico si fonda sulla contrapposizione dell'interesse collettivo all'interesse individuale e sulla necessaria subordinazione o soppressione del secondo nonché sulla irriducibilità del bene comune alla somma di beni individuali. Tale concezione assume varie forme secondo il diverso modo con cui viene inteso l'ente collettivo, la nazione, la classe, la comunità del popolo in favore del quale l'individuo deve rinunciare alla propria autonomia. L'idea che guida le teorie del primato del pubblico è il principio del *tutto* prima delle parti (idea aristotelica e poi hegeliana) coerentemente con il quale quindi la totalità ha dei fini non riducibili alla somma dei fini dei singoli membri che la compongono ed il bene della totalità una volta raggiunto si trasforma nel bene delle sue parti. Ciò equivale ad affermare che il massimo bene dei soggetti è l'effetto non del perseguimento attraverso lo sforzo personale e l'antagonismo del proprio bene da parte di ciascuno ma del contributo che ciascuno insieme con tutti dà solidalmente al bene comune secondo le regole che la comunità si è imposta. Dal punto di vista pratico l'adesione al primato del pubblico significa aumento dell'intervento statale nella regolazione coattiva dei comportamenti degli individui e dei gruppi infrastatali; lo stato si riappropria dello spazio conquistato dalla società civile. La distinzione pubblico/privato viene così a duplicarsi in quella politica/economia, con la conseguenza che il primato del pubblico sul privato è interpretato come primato della

dicotomia che pur continua ad evocare contrapposte discipline giuridiche, differenti aree di attività e di

politica sull'economia. Il processo di pubblicizzazione del privato è solo una delle due facce del mutamento delle società industriali infatti è accompagnato dal processo di privatizzazione del pubblico. I due processi di pubblicizzazione del privato e privatizzazione del pubblico non sono incompatibili ma si compenetrano; il primo riflette il processo di subordinazione degli interessi del privato a quelli della collettività rappresentata dallo stato che invade e ingloba la società civile; il secondo la rivincita degli interessi privati con la formazione di grandi gruppi organizzati che si servono dei pubblici apparati per il raggiungimento dei propri scopi. Sull'attualità della dicotomia classica nonostante gli intervenuti processi di convergenza ("i giudici (...) continuano a pronunciarsi sulla natura giuridica di soggetti, attività e rapporti e sulla loro appartenenza all'uno e all'altro campo") NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, MILANO 2003. Sull'inversione della gerarchia esistente tra pubblico e privato determinata dalle spinte europee emblematicamente rappresentata dall'iter percorso dalla disciplina in materia di servizi pubblici, su cui più approfonditamente *infra*, v. SUPIOT, *Servir l'interet général*, PUF, Paris, 2000. Nella teoria di servizio pubblico accolta in Francia è la sfera pubblica incarnata dallo Stato ossia quella dell'universale ad esser necessariamente sovraordinata alla sfera degli interessi privati. Al contrario con l'apertura delle frontiere e la sottomissione degli stati ad un ordine commerciale comunitario o mondiale è il privato che ingloba il pubblico. Il riferimento al mercato che ha presidiato alla creazione dell'Europa comunitaria, pronosticava SUPIOT più di dieci anni fa, si sarebbe progressivamente esteso a tutti i prodotti e servizi di tutti i paesi, eclissandosi in tal modo la vecchia distinzione tra pubblico e privato dietro a quella tra diritti economici e diritti sociali. Il diritto mondiale per eccellenza sarà – continuava il giurista francese – il diritto dell'economica ossia il diritto privato delle obbligazioni mentre i valori di solidarietà sociale inerenti al diritto pubblico non potranno che manifestarsi se non sussidiariamente su un piano nazionale o locale.

intervento dell'Amministrazione, scuole accademiche, ma soprattutto – per quanto di interesse in questa sede – relazioni di lavoro a lungo ricondotte a regimi normativi assai lontani.

La trasformazione, è concetto ormai noto, è dovuta alle crescenti esigenze di ottimizzazione della attività dell'Amministrazione, che si è inteso soddisfare adottando strumenti e modelli appartenenti al mondo dell'impresa, e quindi al diritto privato, segnando con ciò il (parziale) successo delle teorie di *new public management*. Tale mutamento va tuttavia inserito in un più ampio processo diffusosi a livello europeo ed avviato con l'apertura al mercato di servizi ed attività per secoli ritenute prerogativa esclusiva dei pubblici poteri e strettamente correlati allo sviluppo dell'idea stessa di stato.

Il percorso di convergenza tra i due settori, comunque lo si voglia interpretare – sconfitta del pubblico innanzi alle logiche privatistiche e di mercato a detrimento dell'interesse della collettività o, per contro, suo ammodernamento ad esclusivo beneficio della comunità di cittadini ed utenti – ha assunto varie forme e suscitato eterogenee reazioni, che talvolta potremmo anche definire ideologiche, divise tra coloro che ne hanno magnificato gli effetti salvifici e quanti ne hanno invece evidenziato le contraddizioni⁷ se non il fallimento⁸. Come è stato

⁷ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, *Dir.pubb.*1998, p. 661, rammenta che sin dai primi sintomi della crisi delle categoria sono stati sollevati dubbi sulla adeguatezza dell'applicazione diretta dei paradigmi privatistici per risolvere l'inadeguatezza di quelli pubblicistici. Osserva l'autore che se viene limitata ad una astratta preferenza per l'uso di diritto pubblico o privato la disputa è destinata a rimanere senza soluzione scientificamente verificabile. “*La rivendicazione dell'importanza*

efficacemente sintetizzato, tuttavia, si è giunti con il surrogare quello che negli anni Ottanta è stato un vero e proprio “disincanto” nei confronti del diritto pubblico con una ritrovata mitizzazione del diritto privato⁹.

Difficile negare, infatti, come gli ultimi trent’anni di

del diritto pubblico nella tutela delle situazioni soggettive e della necessaria distinzione tra diritto pubblico e privato viene con maggior forza da autori come Pugliatti e Vassalli che avevano avvertito il rischio del totalitarismo nelle teorie che negavano la distinzione.” In Italia gli stessi giuristi di ispirazione riformista hanno riproposto con forza la separazione tra diritto pubblico e privato. Del resto osserva lo stesso ROSSI “*se già l’ordinamento civilistico presenta una grande articolazione di fattispecie che tiene conto della specificità degli interessi da tutelare non si vede perché il profilo dell’interesse pubblico non possa richiedere alcuni profili di specialità nel contratto*”.

⁸Da ultimo si veda D’ORTA, *L’organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, *Lav.Pub.Amm.*, 2011, 394.

⁹BRECCIA, *L’immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in ORSI BATTAGLINI (a cura di) *La necessaria discontinuità, Quaderni San Martino*, Il Mulino, BOLOGNA, 1990. Gli anni Ottanta secondo l’autore avrebbero segnato il mutamento della prospettiva nella quale collocare il diritto privato che nuovamente considerato come diritto solo in apparenza residuale ma nella costruzione ermeneutica della regola di diritto, egemone, avrebbe contribuito a dissolvere lo stato a diritto amministrativo. Il “*rinnovato primato contemporaneo del diritto privato quale diritto generale*” sarebbe quindi giustificato dalla sua natura di diritto neutro nella forma e di diritto adeguato nella sostanza all’efficienza dell’attività soprattutto ove si tratti di iniziative economiche ancorché strumentali allo stesso interesse pubblico inteso in senso lato. Nel quadro costituzionale le regole sulle pa restano cmq ispirate a valori tratti dalla tradizione garantista dello stato sottoposto al principio di legalità. Sullo sfondo “*può anche profilarsi un diritto privato speciale purché non si tratti di un pretesto per dissimulare nuove immunità*”.

produzione normativa siano connotati da una marcata espansione del diritto privato ossia da una crescente utilizzazione di modelli e strumenti privatistici da parte delle Amministrazioni Pubbliche nei più svariati settori. Sia sufficiente richiamare la privatizzazione del rapporto di lavoro e di parte dell'organizzazione della Pubblica Amministrazione, la trasformazione degli enti pubblici economici in società private, l'ampliamento dei momenti di partecipazione del cittadino nel corso del procedimento amministrativo. Si è convinti tuttavia che *leit motif* dell'attrazione del settore pubblico nell'ambito del diritto comune dovrebbe esser peraltro costituito dalla permanente funzionalizzazione dell'attività dell'Amministrazione¹⁰, anche laddove questa *agisca iure privatorum*.

Si concorda quindi con chi ritiene che proprio la funzionalizzazione dell'attività della Pubblica

¹⁰Al punto da ritenerla, secondo ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, *Dir. Pub.*, 1998, "concetto acquisito". L'autore sottolinea che permangono profili di specialità della attività contrattuale della amministrazione prima di tutto contenuti nella disciplina in materia di contabilità pubblica, ma soprattutto per esigenze quali la garanzia del perseguimento di fini pubblici che la amministrazione persegue con i contratti contrariamente al principio regolatore della autonomia contrattuale secondo il quale i motivi del contratto sono normalmente irrilevanti, essendo nella piena disponibilità delle parti. Essi assumono rilievo quando il contratto sia volto a realizzare interessi pubblici. Di qui le procedure che fanno emergere e rendono rilevanti le ragioni di pubblico interesse e conferiscono privilegi al contraente pubblico ad esempio in sede di rescissione o esecuzione. Sul concetto di funzionalizzazione, del resto applicato anche alla contrattazione collettiva nel settore pubblico, GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, MILANO, 1993, p. 14 e ss.

Amministrazione, anche laddove riferita ai rapporti di lavoro pubblico, costituisca proprio il concetto chiave in grado di “*chiarificare l’assetto degli equilibri che in questo settore vengono a stabilirsi fra diritto amministrativo e diritto privato (del lavoro)*”¹¹.

In tale più ampio panorama, il diritto del lavoro si è rivelato¹² ed ancor oggi si rivela un utile laboratorio nel quale valutare sotto il profilo teorico e pratico i risultati che la combinazione tra elementi di diritto pubblico ed elementi di diritto privato ha attualmente prodotto.

A tal riguardo obiettivo della presente ricerca è quello di riflettere sugli effetti giuridici che l’esternalizzazione di attività attecnicamente definibili come ontologicamente pubbliche (su cui più approfonditamente *infra* cap. III)

¹¹Così BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, PADOVA, 2000, p. 714 e ss, il quale rammenta che la netta bipartizione tra fase pubblicistica e privatistica connessa all’esecuzione del contratto nel caso di specie legata alla selezione concorsuale del dipendente ed allo svolgimento del rapporto sia stata superata dalla scienza giuridica che “*sia pure con diverse argomentazioni è giunta a negare che gli atti con i quali l’amministrazione presta il proprio consenso ai fini della stipulazione siano atti di autonomia privata e di conseguenza a ritenere che il procedimento di evidenza pubblica si rifletta non solo sulla validità ed efficacia del contratto (..) ma influisca anche sul regime giuridico e sulla disciplina del rapporto che il contratto costituisce in tal modo introducendo elementi pubblicistici anche nella c.d. fase di esecuzione del contratto*”. A tal proposito, sulle peculiarità dell’attività privata svolta da amministrazioni pubbliche si veda ROMANO, *L’attività privata degli Enti pubblici. Problemi generali. La capacità giuridica privata*, Giuffrè, MILANO 1978.

¹² Il rilievo del diritto del lavoro in relazione alla bipartizione pubblico e privato emerge anche dalle stessa genesi della materia GAETA, *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro. Storie di uomini e di schieramenti*, *Lav.dir.*1994, 207.

perché volte a soddisfare, anche in misura economicamente non conveniente, bisogni della collettività, ha avuto sui rapporti di lavoro dei soggetti coinvolti.

Il fenomeno che si è inteso approfondire è, più precisamente, costituito dalle esperienze di esternalizzazione di attività e servizi originariamente svolti e gestiti direttamente dagli Enti locali e quindi da lavoratori pubblici. Come si è detto, infatti, si ritiene che i processi così definiti di *outsourcing* acquisiscano peculiarità di notevole rilievo pratico e teorico laddove avviati nell'ambito di Pubbliche Amministrazioni, sì da esigere un'autonoma valutazione.

La circoscrizione dell'analisi, delimitata all'ambito territoriale, in particolare al livello municipale, nasce invece dalla considerazione che quest'ultimo costituisca un punto di osservazione privilegiato in ragione del più stretto contatto con il territorio e con la collettività, rappresentando del resto gli Enti locali – soprattutto alla luce del progressivo decentramento della PA – le “*terminazioni nervose del corpo dello stato*”¹³.

Più precisamente l'ipotesi avanzata è quella di individuare in capo alle amministrazioni civiche - divenute delle vere e proprie centrali di gestione di ingenti indotti produttivi costituiti dai soggetti affidatari¹⁴ - un impegno

¹³Metafora impiegata da ZILIO GRANDI nella introduzione a ZILIO GRANDI (a cura di) *Il lavoro negli enti locali verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, TORINO, 2009. Secondo l'Autore “*senza il loro corretto funzionamento i suoi movimenti diventano inconsulti e senza costrutto danno luogo a un puro spreco di energie e le necessarie cure ricostituenti risultano sempre più pesanti e addirittura pericolose per la salute dell'intero corpo rectius dello stato*”.

¹⁴Sull'evoluzione della morfologia della Pubblica Amministrazione,

alla cura ed alla gestione degli effetti sociali scaturiti dai processi di esternalizzazione, non solo e non tanto di carattere politico ma piuttosto di carattere giuridico, perché fondato su una più ampia ed attuale lettura dei principi orientatori dell'operato dell'Amministrazione, contenuti all'art. 97 della Costituzione. I principi di buon andamento ed imparzialità configurano infatti l'attività delle amministrazioni *“come sempre finalizzata alla cura di interessi della collettività sia che si svolga secondo moduli propriamente procedurali che secondo moduli negoziali pur con accentuazioni diverse”*¹⁵.

La disposizione costituzionale, linea guida dell'organizzazione ma anche della attività della Pubblica Amministrazione¹⁶, impone quindi una verifica di

TORCHIA (a cura di) *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, BOLOGNA 2009.

¹⁵Da ciò discendendone l'eventuale estensione anche e soprattutto qualora l'Amministrazione si avvalga non solo di modelli ma anche di soggetti appartenenti al diritto privato. La citazione è tratta da CARANTA, *Sub art. 97*, in BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI (a cura di) *“Commentario alla costituzione”*, Utet Giuridica, TORINO, 2006. L'autore poi richiamando BARILE, 1958, p. 32, rammenta come lo stesso principio di imparzialità, espressione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., possa costituire strumento di buon andamento perché rappresenterebbe la garanzia che siano adottate scelte ottimali secondo criteri oggettivi, ponendosi così come un autentico vincolo o limite generale del potere discrezionale in tutti i campi in cui tale potere sia demandato alla amministrazione originando così dal disposto costituzionale un diritto soggettivo alla imparzialità e al buon andamento.

¹⁶Come chiaramente evincibile dalla ricostruzione interpretativa dell'endiadi buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 Cost. condotta da ALLEGRETTI in *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della Costituzione*, Digesto. Discipline pubblicistiche VIII, TORINO, 1993 ora in *Idem, Amministrazione*

“congruità” dell’operato agli interessi pubblici coinvolti, oltre che di rispetto dei canoni di giustizia sostanziale di cui all’art. 3 Cost.¹⁷; di tal ché la norma si traduce - secondo Autorevole dottrina - in un vero e proprio principio di finalizzazione dell’amministrazione nel suo complesso, applicabile anche laddove quest’ultima ricorra

pubblica e costituzione, Cedam, PADOVA, 1996, l’iniziale lettura del dettato costituzionale aveva indotto a circoscrivere l’applicabilità dei principi alla sola organizzazione se non ad una vera e propria svalutazione della loro portata “e addirittura della loro efficacia”. E quando, per contro, ne fu ammessa la cogenza, rammenta l’Autore, “*furono intese in senso restrittivo: l’imparzialità come parità di trattamento fra più privati il buon andamento come principio direttivo del merito amministrativo o buona amministrazione*”. Osserva quindi ALLEGRETTI come solo con gli anni Sessanta si tentò di offrire effettivamente di ricondurre i due principi a “*concezioni sistematiche più generali dell’amministrazione ed unitamente ad esigenze dell’attualità*”. È del resto lo stesso autore a assumere un ruolo attivo nella lettura estensiva dell’art. 97 con particolare riferimento ad uno dei due principi nella nota monografia, *L’imparzialità amministrativa*, Cedam, PADOVA, 1965.

¹⁷“*Giustizia sia nel confrontare gli interessi dei singoli con quelli dell’Amministrazione sia nel confrontare tra loro gli interessi dei vari soggetti estranei all’Amministrazione, implicati nell’azione di questa*”, che trova fondamento nel successivo art. 98 Cost. Corollario di tale principio è quindi la illegittimità di tutti quegli atti dell’amministrazione i quali siano posti in essere senza una adeguata ponderazione dei diversi interessi pubblici implicati e senza fare il debito conto degli interessi privati correlati (si pensi al caso in cui venga imposto a un soggetto quando non sia indispensabile un sacrificio più grave di quello sufficiente a soddisfare l’interesse pubblico nel caso concreto) e la debita comparazione delle posizioni soggettive e degli interessi privati tra loro concorrenti e configgenti. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Jovene, NAPOLI, 1989.

a strumenti privatistici¹⁸.

¹⁸CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè MILANO 2010. Nell'evidenziare l'estendibilità del richiamato principio alla attività di diritto privato dell'amministrazione e all'organizzazione richiama espressamente la previsione dell'art. 5 del Dlgs 165 2001 secondo il quale le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro. La circostanza che in questa come in altre occasioni l'ente pubblico possa disporre di strumenti privatistici non contrasterebbe infatti con il principio della finalizzazione dell'amministrazione nel suo complesso che, in tali ipotesi, sarebbe semplicemente meno percepibile che in altre, ma comunque presente. Tra i più autorevoli detrattori di un adeguamento della attività privata alla natura pubblica o privata dell'ente protagonista è S.A.ROMANO, (*L'attività privata degli enti pubblici*, Giuffrè, MILANO, 1979) che respingendo l'assunto secondo il quale l'ente pubblico debba necessariamente atteggiarsi in modo diverso dagli enti privati giunge ad escludere *“la possibilità di desumere dal carattere pubblico dell'ente e quindi dai suoi fini un limite alla capacità di diritto privato che si presenti per ciò stesso comune a tutte le persone giuridiche pubbliche ed estraneo a quelle private”*. Ed ancora, *“il carattere pubblico dell'ente non è incompatibile con l'applicazione completa della disciplina del diritto privato con riguardo sia alle norme sull'organizzazione dell'ente che a quelle relative ai rapporti con il personale alla formazione della volontà dell'ente ed alla regolamentazione dell'attività esterna”*. Ragion per cui *“né nello scopo né in altri caratteri comuni agli enti pubblici si può riscontrare un limite alla capacità di diritto privato”*. L'eventuale esistenza di limiti dovrà al più esser trovata in specifiche disposizioni normative o statutarie ma non dallo scopo o dalla natura dell'ente. La problematizzazione degli effetti discendenti dallo svolgimento di attività private da parte degli amministrativisti prende avvio da un saggio del 1938 di AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, *Arch.dir.pubb.*, 1938 p. 155 che motiva invece l'imprescindibilità della permanenza dell'interesse pubblico dalla sua nozione

concreta di *“elemento connaturale ad ogni attività svolta da pubbliche amministrazioni costituendo un requisito indispensabile per poter ritenere come loro propria una data attività.”* Le amministrazioni *“sussistono giuridicamente soltanto per la realizzazione di determinati interessi collettivi”* di tal che *“perché un’attività possa essere loro riferibile e come tale produrre effetti giuridici”* è *“sempre necessaria la rispondenza alla loro destinazione fondamentale cioè al pubblico interesse che altrimenti o quella attività è invalida o più gravemente essa giuridicamente non vale che come attività riferibile direttamente alle persone fisiche che fungono da organi”* delle amministrazioni stesse. *“Se la rispondenza al pubblico interesse”*, prosegue AMORTH, *“è dunque requisito giuridico indispensabile di ogni attività delle pubbliche amministrazioni; ciò spiega perché anche quella specie di attività più lontana dall’attività pubblica e cui vorremmo riservare l’appellativo di privata in senso stretto debba necessariamente tornare a vantaggio delle finalità che costituiscono la destinazione fondamentale delle pubbliche amministrazioni”*. Coerente con tale impostazione è la teoria secondo la quale anche l’ulteriore principio di imparzialità dell’amministrazione – che secondo l’Autore sarebbe il solo dei due principi dettati dall’art. 97 cost. a regolare sia la relazione della amministrazione con gli amministrati sia la relazione dell’amministrazione con il fine pubblico (il buon andamento infatti risponderebbe ad esigenze diverse di efficienza, di capacità della amministrazione di adeguarsi ai suoi fini) – in specie nella sua accezione c.d. positiva e non di mera indifferenza ed *“estraneità a fini e qualificazioni soggettive di parte”* dovrebbe potersi applicare all’attività privata svolta da amministrazioni pubbliche sostenuta da ALLEGRETTI, *L’imparzialità amministrativa*, Cedam, PADOVA 1965 secondo il quale *“se si guarda al fine che l’amministrazione in forma privatistica persegue esso può agevolmente esser riconosciuto imparziale almeno nella stragrande maggioranza dei casi. Infatti le esigenze pubbliche in vista delle quali l’amministrazione è investita di compiti da svolgere in forma privatistica non dissimilmente da quelle che presiedono agli altri compiti amministrativi e spesso in maniera particolarmente appariscente rispondono al principio di socialità. Anche le attività privatistiche sono infatti rivolte a*

L'interpretazione della norma costituzionale deve quindi esser adeguata all'aumento ed al differenziarsi dello spettro di attività e servizi erogati direttamente od indirettamente dalle Amministrazioni Pubbliche, al di là quindi della matrice pubblica o privata degli strumenti impiegati¹⁹.

favorire o a procurare il soddisfacimento dei bisogni della totalità dei membri dello stato prestando al corpo sociale utilità e servizi si qualificano in genere come attività di tipo prestatorio o anche eventualmente indirettamente regolatorio seguendo in ciò l'evoluzione in corso nella generale strutturazione dell'azione amministrativa”.

¹⁹A tale ultimo proposito, quindi con riferimento alla individuazione di un nucleo di principi garanzie evincibili dall'art. 97 Cost. di cui le stesse sono attuazione, all'attività privatistica svolta da amministrazioni pubbliche si veda il saggio di MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedimentali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, *Dir. Amm.* 2011, 1, 97. Prendendo avvio da alcune sentenze della Consulta tra le quali 23 marzo 2007 n. 103, 20 maggio 2008 n.1 61 con le quali il giudice costituzionale ha enucleato una serie di principi (in particolare l'applicazione dei principi del giusto procedimento tra i quali contraddittorio partecipazione degli interessati e motivazione della decisione) estendibili ad attività private svolte da enti pubblici (nei casi trattati atti di micro organizzazione quali atti di conferimento revoca mancata conferma di incarico dirigenziale), l'Autore giunge ad ipotizzare uno schema procedimentale applicabile anche in caso di svolgimento di attività private, ispirato a principi che ne assicurino in particolare “la trasparenza e verificabilità delle scelte” alla base. Al riguardo “sembra potersi individuare una linea di tendenza nel nostro ordinamento: l'osservanza di alcuni principi generali cui vengono sottoposte determinate attività privatistiche della p.a., in conformità ai canoni costituzionali impone di esternare le ragioni poste a fondamento delle scelte compiute, al fine di renderle verificabili in sede giurisdizionale ed assicurare la tutela effettiva delle situazioni soggettive degli interessati”. Pertanto, posto che tutte le attività

In linea con tale interpretazione estensiva ed attualizzante della norma, ben può detto vincolo di finalizzazione esser adeguato alla materia dei processi di riorganizzazione ed esternalizzazione dei servizi. Si ritiene, infatti, che in tale ambito l'art. 97 Cost. imponga alla Pubblica Amministrazione di sottoporre a verifica la congruità dello strumento gestionale scelto, *ergo* del regime lavoristico che ne è corollario, con l'obiettivo perseguito o, meglio, con il mantenimento di un livello minimo di qualità del servizio.

Concretamente il principio di finalizzazione dovrà quindi ispirare "a monte" la redazione di bandi, convenzioni e contratti di servizio, ed a valle l'esercizio di un più puntuale controllo "in costanza di rapporto" sull'attività dei soggetti a vario titolo affidatari. Del resto una più stringente applicazione della citata norma costituzionale è stata recentemente invocata proprio dalla dottrina giuslavoristica quale "*soluzione alle inefficienze*

della amministrazione devono essere finalizzate alla cura dell'interesse pubblico "*nonché risultare conformi ai principi costituzionali*" potrebbe talvolta ritenersi preferibile "*non tanto l'utilizzo di uno strumento privatistico quanto più specificamente la procedimentalizzazione dell'attività privatistica*". La procedimentalizzazione sarebbe lo strumento garanzia della conformità ai principi generali e quindi del soddisfacimento dell'interesse pubblico. Risulta quindi "*individuabile un nucleo di principi applicabili all'attività amministrativa in forma procedimentale tanto pubblicistica quanto privatistica dell'amministrazione la quale diversamente dall'attività libera dei soggetti privati è sempre un'attività di cura di un interesse pubblico e deve essere conforme ai principi di imparzialità e buon andamento*". Proprio da tali argomentazioni l'A. deduce l'impossibilità di impiegare come criterio distintivo delle attività rispettivamente pubbliche e private della amministrazione pubblica l'interesse pubblico.

*che il legislatore ha inteso rimuovere con l'adozione del modello privato*²⁰.

²⁰BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, *Atti delle giornate di studio AIDLASS di Catania maggio 2009*, p. 1-74. Ad invocare una più ampia valorizzazione del disposto costituzionale si veda ancor più recentemente VARVA, *Tutela del lavoratore mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità. Il caso degli appalti pubblici*, *Lav.giur.* 2011, 45. L'Autore, infatti, individua nel principio di buon andamento un criterio "dinamico" ispiratore non tanto la fase organizzativa dell'attività amministrativa quanto piuttosto "l'azione pubblica che in parallelo al complesso processo di privatizzazione ed esternalizzazione portato avanti negli anni recenti sempre più si avvale di attori privati per il perseguimento dei propri fini. Sotto tale profilo allora il concetto di buon andamento dovrebbe coerentemente trascendere la prospettiva micro e atomistica della singola amministrazione per integrarsi efficacemente con l'ambito macro e organico del perseguimento efficiente degli interessi pubblici nella loro articolazione complessiva."

Capitolo Primo.

Servizio pubblico, alla ricerca di una definizione.

I) I servizi pubblici all' europea II) Il contributo della Corte di Giustizia III) Servizi pubblici e lavoro nella costruzione del modello sociale europeo IV) I servizi pubblici in Italia. Quel che resta di una nozione.

I) I servizi pubblici all' europea

Più ragioni inducono ad avviare la presente ricerca dall' esame del quadro normativo europeo.

In primo luogo la recente giurisprudenza della Consulta, sulla base della quale l' ordinamento italiano, lungi dal contrapporsi a quello europeo, ne costituisce una parte integrante²¹, di tal ché le norme europee devono considerarsi cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nazionali per il tramite degli artt. 11 e 117 Cost.

In secondo luogo il determinante ruolo svolto dalle fonti europee nella disciplina dei servizi pubblici. Va detto che

²¹In particolare ci si riferisce alle due pronunce della Corte costituzionale, ordinanza 15 aprile 2008 n. 103 e sent. N. 28 del 2010. Con la prima la Consulta per la prima volta adisce direttamente la Corte di Giustizia ex art. 234 ora 267 TFUE ritenendo che nei ricorsi di costituzionalità promossi in via principale la Corte sia legittimata a proporre questione pregiudiziale davanti alla corte dato che diversamente risulterebbe leso il generale interesse alla applicazione uniforme del diritto comunitario. Quanto alla sentenza 28/2010 la Corte ha affermato che la verifica della conformità delle norme legislative interne rispetto a quelle comunitarie è funzionale a al riconoscimento del carattere auto applicativo delle norme UE da ritenersi quindi cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell' ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117 primo comma cost.

non ci si riferisce solo all'impatto che le politiche liberalizzatrici avviate in sede europea hanno avuto in un settore a lungo ritenuto prerogativa impermeabile dei singoli Paesi membri, vista la stretta connessione tra la regolamentazione dei servizi pubblici e la stessa struttura od addirittura concezione di *Stato*²², ma anche alla circostanza, del tutto peculiare e dovuta alla rapida successione di fonti normative di segno opposto (art. 23 bis l. 112/2008; referendum giugno 2011; art.4 l. 138/2011; sent. 199/2012) che la principale fonte normativa in materia sia attualmente costituita dalle disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea²³.

²²Immediato è il richiamo all'ordinamento francese che si rammenta ha conosciuto la più completa delle teorie sul servizio pubblico fondata, come si vedrà meglio nel cap. quarto su una combinazione tra la concezione di servizio pubblico elaborata da Gastone Jèze, come criterio di diritto amministrativo e quella formulata da Duguit, che vede nel medesimo concetto una nuova teoria di Stato. Più precisamente secondo Jèze *“doivent etre considerés comme “agents publics” les personnes employées dans le service public, comme “demaine public” les biens affectés au service public, comme “travaux publics” le travaux effectués en vue d'un service public”*. Nei primi del Novecento Duguit eleva il servizio pubblico viene elevato a principio di limitazione oggettiva del potere dei governanti a strumento di legittimazione e consolidamento di una nuova teoria giuridica di Stato che secondo il famoso giurista non è che una società in cui gli individui chiamati governanti dispongono del potere materiale di una forza coercitiva che è legittima nel limite in cui sia fondata sul diritto oggettivo. *“Au coeur de ce droit objectif il y a l'idée de service public: le role des governants est de travailler à la réalisation et au développement de la solidarité sociale, notamment en prenant en charge les activités d'interet général indispensables à la vie collective; les prérogatives qu'ils détiennent ne sont que la contrepartie de cette obligation”*. v. CHEVALLIER, *Le service public*, ed. Puf, PARIS, 2012.

²³ Si rammenta infatti che ad esito del referendum abrogativo

Si ritiene che tale sforzo ricostruttivo, peraltro ostacolato dalle lacune del testo delle disposizioni normative nonché dalla elasticità semantica connaturata alle categorie evocate, sia essenziale al fine di meglio circoscrivere l'ambito della riflessione che, si anticipa, è volta ad evidenziare quali siano sotto la prospettiva del diritto del lavoro gli aspetti di maggior interesse connessi all'importante movimento trasformatore che negli ultimi vent'anni ha coinvolto il settore dei *servizi pubblici locali* (SPL). Si spiega in tal modo la ragione per la quale si è privilegiata ad una rassegna delle, poche, disposizioni in materia di servizi locali e lavoro, una riflessione più ampia, che esordisca dalla contestualizzazione del concetto di servizi pubblici nel più ampio spazio giuridico europeo.

A tal proposito è bene innanzitutto precisare come non sia rinvenibile nel diritto positivo europeo alcuna organica definizione di *servizio di interesse generale* (SIG) né di *servizio di interesse economico generale* (SIEG), locuzioni che rispondono solo parzialmente alla più classica espressione di *servizio pubblico*, tipica dei paesi c.d. di diritto amministrativo tra i quali vi sono l'Italia e la Francia, Paese quest'ultimo in cui lo Stato sarebbe addirittura concepito come federazione di servizi pubblici.

Nessun supporto interpretativo è ricavabile, invero, dalla disposizione del TFUE dedicata alla più ampia categoria dei SIG, astrattamente comprensiva sia dei servizi

dell'art. 23 bis della legge 133/2008 (che a sua volta espungeva dal nostro ordinamento l'art. 113 del D.lgs. 267/2000) e dell'abrogazione dell'art. 4 del d.l. 138/2011 (che di fatto reintroduceva la disposizione oggetto di referendum) ad opera della sentenza 199/2012 della Corte costituzionale, la disciplina della gestione dei servizi pubblici poggia di fatto sulle fonti di diritto europeo.

economicamente rilevanti sia da quelli che non lo siano²⁴.

L'art. 14 TFUE (ex art. 16 TCE) dal contenuto propositivo, si limita invero ad individuare in capo all'Unione Europea una nuova competenza consistente nella elaborazione di principi e condizioni che regolino la fornitura, l'esercizio ed il finanziamento dei SIEG, visto il loro importante "*ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale*"²⁵. Viene, invece, preservata la competenza dei singoli Stati di fornire, far eseguire e

²⁴Per comprendere la scelta del legislatore europeo, osserva CAMELLI in VANDELLI-BOTTARI *Diritto Amministrativo Comunitario*, Maggioli, RIMINI, 1996 è opportuno rammentare che parte integrante dell'Unione fossero non solo paesi come Francia ed Italia in cui la nozione di servizio pubblico, pur differente, aveva radici storiche e la presenza delle imprese pubbliche era massiva, ma anche paesi come Germania e Danimarca, privi di questa esperienza. L'impossibilità di definire ricorrendo a tratti comuni un istituto che comune non era ha indotto il legislatore a sottrarsi dalla introduzione di una specifica descrizione nella consapevolezza di poter intervenire in un secondo momento, mediante l'attività di controllo e vigilanza della Commissione in materia di concorrenza, che resta materia di competenza esclusiva dell'Unione.

²⁵Più precisamente fatti salvi l'art. 4 del TUE e gli art. 93 106 e 107 del TFUE, "*in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale l'Unione e gli stati membri secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato procedono affinché tali servizi funzionino in base ai principi e condizioni in particolare economiche e finanziarie che consentono loro di assolvere i loro compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni fatta salva la competenza degli stati membri nel rispetto dei trattati di fornire fare eseguire e finanziare tali servizi*".

finanziare tali servizi, nel rispetto dei trattati. Pur dovendosi apprezzare il riconoscimento nei servizi pubblici di uno strumento in grado di garantire benessere sociale nel territorio europeo, non può non constatarsi che la disposizione introduca una nuova regola di distribuzione delle funzioni trascurando peraltro di specificare la materia entro la quale essa dovrà operare.

Il successivo art. 106 TFUE (ex art. 86 TCE) benché espressamente limitato ai soli SIEG ed in particolare all'impresa titolare della gestione dei medesimi servizi, introduce l'elemento che si è dell'idea sintetizzata le peculiarità del servizio pubblico europeo, sia esso privo o dotato di rilevanza economica. Più precisamente l'articolo richiamato, al secondo paragrafo, se da un lato ribadisce che le imprese pubbliche o private che gestiscono tali servizi sono sottoposte ai trattati ed alle regole di concorrenza, confermando quindi la primazia dell'ordine del mercato, precisa che da ciò non possa discendere un pregiudizio in ordine all'adempimento della missione di interesse generale loro affidata²⁶. Emerge così il primo e più rilevante connotato del servizio di interesse generale, ossia il perseguimento di una missione di rilievo sociale, generalmente ricondotta all'assolvimento di un c.d. *obbligo di servizio pubblico*, a sua volta assorbito dall'ulteriore concetto di servizio universale²⁷.

²⁶Il primo paragrafo sancisce invece un principio di parità di trattamento tra imprese pubbliche e private. È fatto invero divieto agli Stati di emanare e mantenere nei confronti di imprese pubbliche e imprese titolari di diritti speciali o esclusivi alcuna misura contraria alle norme dei trattati specie a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi.

²⁷CERULLI IRELLI, *Impresa Pubblica* in PINELLI - TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino, BOLOGNA, 2010.

La preordinazione al soddisfacimento di una *missione sociale di interesse generale*²⁸ distingue, pertanto, dette attività dalle attività economiche genericamente intese e rende legittimi, entro limiti di proporzionalità di matrice europea predeterminati, compensazioni ed esoneri diversamente qualificabili come inammissibili aiuti di stato²⁹.

Più precisamente l'obbligo di servizio pubblico (OSP) costituisce la sintesi delle prestazioni la cui erogazione trova il suo fondamento non in stimoli di carattere meramente redditizio ma nel perseguimento di quella che è

²⁸Espressione impiegata dalla Corte di Giustizia nel qualificare un fondo pensione istituito dalla contrattazione collettiva e la cui iscrizione in un secondo momento è stata prevista come obbligatoria dalla legge, come servizio di interesse generale, in particolare si veda sent. Albany C-67/96 *“il diritto esclusivo di un fondo pensione di categoria di gestire le pensioni integrative in un settore determinato e la conseguente restrizione della concorrenza possono essere giustificati ai sensi dell’art. 90 num. 2 del Trattato configurando essi una misura necessaria all’adempimento di una specifica missione sociale d’interesse generale della quale tale fondo è incaricato”*.

²⁹Il riferimento al perseguimento della missione di interesse generale, ereditato dall’art. 86 TCE ha introdotto, come ricordato nella ricostruzione giurisprudenziale descritta dall’Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colober del 20 ottobre 2009 nella causa C 265/2008 *Federutility* ha determinato l’introduzione ad opera della Corte di Giustizia del c.d. test di proporzionalità, così definito espressamente per la prima volta con la sentenza Corbeau, su cui meglio *infra*. Ad avviso dell’A.G. dall’orientamento dei giudici di Lussemburgo deve dedursi che *“è possibile derogare solamente le regole della concorrenza ex art. 86 CE, quando ciò sia indispensabile per lo svolgimento del compito di interesse generale di cui si tratti, spettando la valutazione di tali circostanze agli Stati membri, a seconda della rispettiva politica nazionale e nell’osservanza del Trattato”*.

stata definita una missione *solidaristica*, che si esprime nella garanzia di un livello di servizi minimo, accettabile sotto il profilo dell'estensione territoriale, dell'accessibilità dei prezzi, della qualità; prestazioni che per l'appunto rispondono ad una esigenza indispensabile “*di garanzia e di salvaguardia del gruppo sociale nel suo insieme*”³⁰ e che, seguendo una stretta logica imprenditoriale, non verrebbero erogate.

Nella breve ricostruzione degli odierni confini normativi dei servizi di interesse generale, portata quasi simbolica ha assunto il Protocollo n. 26 allegato al TFUE, con il quale gli Stati membri hanno inteso riconoscere e condividere i valori comuni che dovrebbero ispirare le discipline nazionali *in subiecta materia*. Si tratta di una scelta accolta con favore dalla dottrina poiché, se specificamente riferita ai SIEG, è indice manifesto della valorizzazione del principio di sussidiarietà, della discrezionalità delle autorità nazionali, nonché dei principi che tipicamente caratterizzano i servizi pubblici, ossia eguaglianza ed universalità dell'accesso³¹. Cionondimeno è stato

³⁰CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, *Dir. Un.Eur.* 3/2006, 461

³¹Più precisamente i valori comuni sono rappresentati dal “*ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali regionali e locali di fornire commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche sociali e culturali diverse; un alto livello di qualità sicurezza e accessibilità economica la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente*”. Un commento più preciso al Protocollo è rinvenibile nella Comunicazione della Commissione COM(2007)725. Quanto alla discrezionalità delle autorità nazionali

ribadisce la Commissione che *i servizi di interesse economico generale devono essere reattivi e forniti il più vicino possibile ai cittadini e alle imprese. L'azione dell'UE deve rispettare i principi di sussidiarietà e proporzionalità. Le autorità competenti degli Stati membri sono libere di definire quali servizi considerano di interesse economico generale e dispongono di ampio potere discrezionale in materia di organizzazione, regolamentazione e finanziamento di tali servizi, conformemente alla normativa UE ed entro i limiti dell'errore manifesto. In particolare, le norme in materia di concorrenza e di mercato interno non si applicano alle attività a carattere non economico. In ordine alla valorizzazione della diversità di servizi, esigenze e preferenze, “occorre rispettare le differenze tra i vari servizi di interesse economico generale e le diverse esigenze e preferenze dei cittadini, degli utenti e dei consumatori derivanti dalla diversità delle situazioni economiche, sociali, geografiche, culturali e materiali. Va tenuto debito conto della diversità che caratterizza tali servizi, delle condizioni in cui vengono forniti, delle caratteristiche dei prestatori e dell'esigenza di flessibilità per adattare i servizi ad esigenze diverse: ciò è particolarmente rilevante nel caso dei servizi sociali. La pertinente disciplina dovrà essere aggiornata periodicamente per tener conto dei progressi, ad esempio per quanto riguarda l'innovazione tecnologica”*. Il fine di promuovere lo sviluppo di servizi di interesse economico generale di elevata qualità, sicuri e a prezzi abbordabili costituisce poi un *“obiettivo essenziale dell'azione dell'UE”*. Vi rientrano *l'accesso ai servizi, compresi quelli transfrontalieri; il rapporto qualità/prezzo e l'accessibilità dei prezzi dei servizi, compresi i regimi speciali per persone a basso reddito e con esigenze specifiche, che rivestono particolare importanza nel caso dei servizi sociali; la sicurezza materiale, l'affidabilità e la continuità; l'elevata qualità e possibilità di scelta; la trasparenza e l'accesso alle informazioni presso i prestatori e le autorità di regolamentazione. Ove è opportuno l'intervento dell'UE, strumenti UE specifici devono stabilire norme a garanzia della qualità e della sicurezza dei prodotti e dei servizi per i consumatori e gli utenti in generale, nonché per tutti i soggetti che partecipano al processo di produzione. Ricorda la Commissione che l'accesso ai servizi di interesse economico generale è un diritto*

garantito dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Vi rientra la garanzia della parità di trattamento tra donne e uomini e la lotta a tutte le forme di discriminazione nell'accesso ai servizi di interesse economico generale. Ove una norma europea settoriale si fondi sul concetto di servizio universale, essa deve stabilire il diritto di tutti ad accedere a determinati servizi considerati essenziali e imporre ai prestatori l'obbligo di offrire precisi servizi alle condizioni specificate, tra cui la totale copertura territoriale e il prezzo abbordabile. Il servizio universale stabilisce un insieme minimo di diritti e obblighi, che di norma può essere elaborato ulteriormente a livello nazionale. (..) Come già accennato per i servizi sociali, promuovere l'accesso su tutto il territorio dell'Unione è fondamentale per la promozione della coesione territoriale nell'UE. I territori svantaggiati dal punto di vista geografico o naturale quali le regioni ultraperiferiche, insulari, montane, a bassa densità di popolazione e alle frontiere esterne, devono spesso affrontare difficoltà in termini di accesso ai servizi di interesse generale, data la lontananza dai principali mercati o dai maggiori costi dei collegamenti. Si tratta di esigenze specifiche di cui occorre tener conto. Quanto all'utenza *“occorre specificare, promuovere e difendere i diritti dei cittadini, dei consumatori e degli utenti”*. La capacità dei consumatori e degli utenti, comprese le persone vulnerabili o portatrici di disabilità, di esercitare i propri diritti, in particolare il diritto di accesso, presuppone spesso l'esistenza di autorità indipendenti di regolamentazione dotate di idoneo personale nonché di poteri e doveri chiaramente definiti. Tra questi figura il potere sanzionatorio, in particolare la capacità di controllare il recepimento e l'applicazione delle disposizioni in materia di servizio universale. Presuppone inoltre l'esistenza di disposizioni per la rappresentanza e la partecipazione attiva di consumatori e utenti alla definizione e valutazione dei servizi, la disponibilità di idonei meccanismi di ricorso e di risarcimento e l'esistenza di una clausola di riesame che consenta l'adeguamento dei requisiti nel tempo in funzione degli sviluppi in campo sociale, tecnologico ed economico. Le autorità di regolamentazione dovrebbero inoltre controllare gli sviluppi del mercato e fornire i dati necessari per la valutazione. In relazione ai servizi non economici si limita a sottolineare che non sono oggetto di

opportunamente sottolineato che l'individuazione di un elenco di principi orientatori, diretta ad ispirare, nel contempo confermandone quindi la matrice statale, la scelta dei singoli Paesi circa la qualificazione “*pubblica*” dei servizi nonché la loro collocazione territoriale, non ha comunque inciso sulla “*decisione politica di fondo di definitivamente attrarre nella disciplina europea gli aspetti relativi alle modalità di scelta dei soggetti chiamati a prestare il servizio nel rispetto delle regole di concorrenza*”³²; ^decisione, quella di estendere la concorrenza a nuovi mercati rilevanti, da fonte autorevole considerata un “*ulteriore modo per realizzare l'Unione europea, una procedura per scardinare dal basso le resistenze degli Stati*”³³.

Quanto ai servizi privi di rilevanza economica (SIG), invece, il Protocollo riconosce la totale discrezionalità degli Stati sottraendosi anche alla introduzione di criteri orientatori. Si legge infatti all'art. 2 del Protocollo che “*le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico*”, comprensivi anche della sfera dei servizi sociali.

Dalle poche indicazioni di diritto positivo rinvenute sembra di potersi evincere l'intenzione del legislatore europeo di voler limitare il proprio intervento alle ipotesi in cui il rilievo (economico) dei servizi sia tale per cui

disposizioni specifiche né alle norme in materia di concorrenza e mercato interno del trattato.

³²CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, 1176.

³³MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, *Dir. Amm.* 2010, 2, 313.

un'eventuale azione dei soli Paesi membri, svincolata da un controllo *ex ante* ed *ex post* dell'Unione, rischi di incidere sulla completa espressione e rispetto delle regole di concorrenza³⁴.

Tale affermazione, che ha infatti suscitato più di una perplessità, non deve tuttavia far dimenticare che il perseguimento di una missione sociale è tale da giustificare solo una deroga a quello che è e rimane il principio regolatore di ogni attività economica, ossia il principio del libero mercato che *“investe tutto il sistema della costituzione economica europea e comporta l'applicazione in via di principio, e salve deroghe consentite dallo stesso diritto europeo, a tutte le imprese a prescindere dal settore e dal tipo di attività espletata nonché dalla loro appartenenza di una serie di regole c.d. regole del mercato”*³⁵.

³⁴Va quindi condivisa l'osservazione di quanti hanno individuato nell'art. 106 TFUE la base giuridica dei processi di privatizzazione delle imprese pubbliche e liberalizzazione di importanti settori dell'economia. Nonostante l'apparente neutralità consacrata all'interno dell'art. 345 TFUE, è, infatti, indiscutibile che la Comunità abbia condotto una politica volta alla riduzione della presenza pubblica nel mercato economico. Cfr GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffré, MILANO 2011.

³⁵CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, *Riv.It.dir.pubb.com.* 2006, 747; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, LATERZA, 1998. La progressiva liberalizzazione e privatizzazione costituisce del resto *“uno strumento indispensabile”* per l'apertura all'ingresso di soggetti privati in settori strategici dell'economia nazionale essenziale al fine del conseguimento degli obiettivi dell'Unione. L'alternativa a questi processi è la parificazione di imprese pubbliche e private nella sottoposizione e rispetto delle norme sulla concorrenza. GALLO, *cit.*, Giuffré, MILANO, 2011.

A fronte della scarsità degli strumenti di definizione e comprensione emersi dai testi fondamentali, maggior utilità e rilevanza assumono, per conseguenza, le fonti di soft law: comunicazioni, linee guida, raccomandazioni, negli anni adottate in sede europea, e volte ad attribuire un contenuto alle categorie cristallizzate nel Trattato, contestualmente aggiornandole all'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia.

Tra le fonti più recenti, utile al fine di comprendere quale sia l'accezione di *servizio pubblico all'europea*, è innanzitutto il Libro Verde del 2003, COM (2003) 270, fondato sul presupposto per cui non è auspicabile né possibile elaborare un'unica e completa definizione transnazionale del contenuto dei servizi di interesse generale. Questi ultimi infatti sono soggetti alla evoluzione tecnica e sociale che caratterizza i Paesi e la stessa Unione, ragion per cui la normativa europea si è limitata ad individuare una serie di "elementi comuni", riguardanti "il servizio universale, la continuità, la qualità del servizio, l'accessibilità delle tariffe, la tutela degli utenti e dei consumatori", tutti espressione di esigenze sovranazionali quali l'efficienza economica, la coesione sociale e territoriale e la sicurezza dei cittadini³⁶.

Se è priva di stabilità la trasversale nozione di servizi di interesse generale, parimenti non può trovar definizione

³⁶SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo*, *Dir.Amm.* 10,1.

Va precisato che, in particolare, nell'ambito degli obblighi di servizio pubblico (OSP) la nozione servizio universale, illustrata nella citata Comunicazione COM(2007) 724, alluda proprio al contenuto minimo necessario di un servizio che deve essere garantito con riferimento alla minima estensione territoriale, qualità e prezzo.

certa la distinzione, interna alla stessa, tra SIG e SIEG. È la stessa Commissione, tuttavia, a porre in evidenza quali siano i rischi di tale vischiosità in particolare in relazione ai servizi privi di rilievo economico. La preoccupazione della Commissione – comune a chi ritiene negli ultimi anni sia stato avviato un processo di mercantilizzazione del c.d. Settore sociale - trova una giustificazione nella circostanza che benché si tratti di servizi connessi a prerogative dello Stato ed a settori sensibili, come cultura, istruzione, servizi sanitari e sociali nazionali pongono anche “*questioni su scala europea*” intrinsecamente connesse alla realizzazione del *modello europeo di società*.

Il margine di azione dei legislatori nazionali è del resto rispettato anche nell'ambito dei servizi di interesse economico generale come dimostrato dal Libro Bianco della Commissione (2004) 373. L'atto, sorto dalla volontà di chiarire quale sia la funzione dell'Unione nel settore dei Servizi di interesse generale, in primo luogo conferma, infatti, il ruolo fondamentale degli Stati membri e delle autorità regionali e locali³⁷. La Commissione, per sua

³⁷MENICHETTI, *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale* in MENICHETTI *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale* in SCIARRA (a cura di) *Solidarietà mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Il Mulino, BOLOGNA, 2008. Secondo l'autore con il libro bianco del 2004, coerente con l'impostazione precedente del libro verde, emerge la ambivalenza della nozione SIG che consente l'emersione e il riconoscimento di un'area con proprie peculiarità diversa dai SIEG e costituisce il presupposto per attrarre nel diritto europeo quello che sembrava escluso, ossia i servizi sociali. Il riconoscimento della specificità dei servizi sociali induce a ritenere abbiano un regime giuridico con geometria variabile perché varia a seconda della rilevanza economica o meno dei servizi. La neutralità del diritto europeo nei confronti del tema dei servizi sociali è quindi solo apparente e, secondo l'Autore, apre al rischio

ammissione, si limiterà a formulare proposte di regolamentazione circoscritte ai settori che abbiano dimensione europea e che quindi giustifichino l'elaborazione di un “*concetto europeo di interesse generale*”. Ed ancora, tale attività di indirizzo, si esprimerà nell'ambito ed in conformità con una cornice di principi guida quali il rispetto delle prerogative e delle scelte nazionali, gli obiettivi di servizio pubblico, pur in un confermato contesto di mercato; la coesione e l'accesso universale; la realizzazione di un elevato livello di qualità delle prestazioni, oggetto di controllo e valutazione al fine di tutelare consumatori ed utenti; la trasparenza e certezza giuridica.

Nessun apporto ulteriore è tuttavia individuabile nel momento in cui all'interno degli atti della Commissione si cerchino maggiori dati utili alla costruzione di un significato e di un contenuto di servizio pubblico europeo. Prendendo, infatti, atto della circostanza che, viste le eterogenee evoluzioni storiche, sociali e politiche i paesi abbiano accolto paradigmi non omogenei, la Commissione ricorre a definizioni che se da un lato valorizzano tali differenze, da un altro paiono inevitabilmente vaghe e di fatto rimesse alle valutazioni occasionalmente operate dai Paesi in sede di recezione delle disposizioni. Nuovamente quindi i servizi di interesse generale sono descritti come comprensivi sia di attività di mercato sia di attività prive di rilievo economico ed i Sieg come servizi di natura

che i servizi sociali siano omologati ai sieg. I sig sono strumenti di solidarietà e coesione sociale quindi sono i motori del modello sociale europeo servizi efficienti di alta qualità diffusi sul territorio a prezzi abbordabili e riempiono di contenuto la nozione di cittadinanza europea. Cuore della specificità della disciplina dei servizi di interesse generale è la missione di interesse generale i cui custodi sono le istituzioni europee.

economica che, in ragione dell'interesse generale, vengono assoggettati agli specifici e già richiamati obblighi di servizio pubblico. Interviene il Parlamento a chiarire che è proprio l'assegnazione di una missione ad esigere che tali servizi siano, a monte, oggetto di un'assegnazione ispirata a criteri di sicurezza e continuità dell'approvvigionamento, nonché, a valle, modellati e – si aggiunge – misurati ricorrendo a parametri di “*qualità*” ed “*equilibrio sociale*”. Nella Risoluzione del 2006 P6_TA(2006)0380, cui si è fatto riferimento, tuttavia, se da un lato è apprezzabile venga domandato alla Commissione di chiarire la distinzione tra SIG e SIEG mettendo a punto criteri operativi che pur tengano in debita considerazione le tradizioni nazionali degli Stati membri, la natura dei beni collettivi e il finanziamento pubblico od i meccanismi di solidarietà dei vari servizi; da un altro non può che riconoscersi nel Parlamento un approccio di persistente indeterminatezza, laddove sin dalla formulazione del quesito si riconosce l'opportunità di evitare definizioni precise, non solo perché per molti servizi la distinzione tra aspetti economici e non economici è estremamente difficile a causa del loro carattere dinamico e del rapido sviluppo di cui sono oggetto, ma anche perché sarebbe contraria alla libertà di determinazione degli Stati membri.

La posizione del Parlamento resta, peraltro, meritevole di attenzione anche sotto altri profili riguardanti le politiche nazionali di gestione del settore servizi, soprattutto se confrontata con il generale approccio liberista dell'Unione. Ribadisce con chiarezza l'organo rappresentativo come rientri nella discrezionalità dell'autorità competente “*decidere se gestire direttamente un SIG attraverso una sua unità o se affidarlo a fornitori esterni, con o senza scopo di lucro, esercitando un controllo analogo a quello esercitato sui servizi*”

direttamente erogati”, ovviamente previo esperimento di una gara d'appalto. A tale conclusione il Parlamento giunge in ragione del rispetto del principio di autonomia locale e regionale, che conferisce alle autorità competenti il diritto di scegliere le migliori modalità per la prestazione di ciascun servizio, tenendo conto dell'interesse pubblico³⁸.

Diversamente dalla Commissione il Parlamento mostra di esser altresì consapevole dell'ingente impatto sociale dovuto all'apertura del mercato dei servizi generali laddove *“chiede che la Commissione presenti al Parlamento un'ampia analisi degli effetti della liberalizzazione finora avvenuta, in particolare sulla situazione dei consumatori e degli occupati interessati”*, sinora del tutto trascurati.

Con l'approvazione del Trattato di Lisbona e del Protocollo n. 26 come si è visto ha trovato per la prima volta un, pur ridotto, riconoscimento la figura dei SIG, ossia l'esistenza di una categoria di servizi avulsa da ogni vantaggio economico. A tal proposito merita di essere segnalata la Comunicazione (2007) 725 della Commissione, per l'appunto dedicata ai servizi di interesse generale nonché ai servizi sociali, nell'ambito della più ampia comunicazione sul *“Mercato unico per l'Europa del XXI secolo”*. La Comunicazione, elaborata ad esito di un

³⁸Secondo il Parlamento la prestazione esternalizzata dei SIG comporta la necessità di attribuire tale servizio sulla base di un contratto pubblico di servizi, successivamente ad una gara d'appalto pubblica ma anche che *“le autorità locali dovrebbero poter assegnare compiti di servizio direttamente a società intercomunali o a forme analoghe di organizzazioni comuni, o a società che esse possiedono o controllano, a condizione che tali società svolgano la parte essenziale delle loro attività per l'autorità o le autorità che le controllano e non competano sui mercati esterni ma costituiscano solo una prassi organizzativa interna”*.

dibattito ed una consultazione decennale tra istituzioni europee e nazionali, ha in primo luogo l'obiettivo di porre ordine nel complesso quadro normativo venutosi a creare nel settore.

Si chiarisce quindi che nel settore dei SIEG la fornitura e l'organizzazione siano soggette alle norme del trattato in materia di mercato interno e concorrenza poiché l'attività è di carattere economico. Nel caso delle grandi imprese di rete aventi un'evidente dimensione europea, quali le telecomunicazioni, l'elettricità, il gas, i trasporti e i servizi postali, i servizi sono invece disciplinati da un regime normativo specifico. Quanto agli altri servizi di interesse economico generale, come, a titolo esemplificativo, quello del settore della gestione dei rifiuti, dell'approvvigionamento idrico o del trattamento delle acque reflue, la disciplina non potrà che essere nazionale o locale proprio nel rispetto del principio di sussidiarietà verticale e di vicinanza alle esigenze della comunità. Principio, quest'ultimo, che peraltro esige che *a taluni aspetti* di detti servizi si applichino comunque disposizioni di carattere europeo, ad esempio in materia di appalti pubblici o di protezione dell'ambiente e dei consumatori. Senza trascurare che una serie di SIEG è assoggettata anche al quadro regolamentare istituito dalla direttiva sui servizi, *c.d. Bolkenstein*³⁹.

Nonostante l'annunciato intento chiarificatore i servizi di interesse generale non economico trovano solo parziale definizione. Si evocano ovviamente i servizi che sono espressione delle prerogative statali tradizionali, i *c.d. services régaliens*, ossia polizia, giustizia e i regimi legali di sicurezza sociale. Si tratta di servizi che, esulando dalla

³⁹BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea Bologna*, Il Mulino, BOLOGNA, 2008.

normativa sulla concorrenza e sul mercato, sono regolati dalla disciplina europea limitatamente ad alcuni profili della loro organizzazione, ad esempio con riferimento al rispetto del principio di non discriminazione.

Né si potrebbe pretendere maggiore precisione poiché, come ammette la stessa Commissione, *“la questione di come distinguere tra servizi economici e non economici”* non può trovare risposta a priori. Ottiene così un nuovo spazio la riflessione sul carattere dinamico del settore, a sua volta dovuto alle specificità manifestate dalla struttura e gestione dei servizi nelle varie realtà nazionali e locali, nonché dall’evolversi della situazione economica, sociale e istituzionale, a sua volta legata alle variazioni delle esigenze dei consumatori, alle novità tecnologiche, all’ammodernamento delle pubbliche amministrazioni e al progressivo trasferimento delle competenze al livello locale.

Tra le numerose variabili ora menzionate in grado di incidere sulla disciplina non poteva non comparire la recente e gravissima crisi economica, fonte ispiratrice di una nuova Comunicazione a Parlamento, Consiglio, Comitato europeo economico e sociale e comitato delle regioni, la n. COM (2011) 900.

La Comunicazione del 2011 chiarisce che i SIEG sono attività economiche che offrono prestazioni *“in the overall public goods that would not be supplied by the market without public intervention”*. Si tratta del primo documento ufficiale a prendere in considerazione le modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona, coordinandole con l’art. 36 della Carta di Nizza che, si rammenta, consacra il riconoscimento e il rispetto del diritto di accesso ai SIEG.

Viene ribadita l’importanza del Protocollo, laddove introduce una base imprescindibile di principi fondamentali che devono ispirare disciplina e gestione

dei SIG, nonché la necessità di distinguere tra attività economiche e non economiche mediante una valutazione *case by case*: approccio settoriale con il quale soluzioni “*tailor made*” possano esser trovate per precisi problemi manifestati nei vari settori, e che deve esser preferito anche in ragione del dettato dell’art. 14 TFUE. Attenzione merita secondo la Commissione anche il processo di affidamento a soggetti privati di servizi tradizionalmente erogati dallo Stato, che, come si vedrà *infra*, nel nostro Paese ha subito una recente inversione di tendenza a favore di una progressiva reinternalizzazione dei servizi.

A tal proposito la Commissione è, invero, convinta che il *movimento* di esternalizzazione debba essere potenziato perché utile alla stessa autorità pubblica: il quadro normativo e paranormativo applicabile ad esito della esternalizzazione consente, infatti, un più agevole adattamento della gestione alle peculiarità della prestazione del singolo servizio, così migliorandone la qualità.

Perché il miglioramento possa concretizzarsi, tuttavia, l’operato di Unione europea e di Paesi membri, rispettivamente entro i confini di propria pertinenza, deve seguire tre linee di azione: garantire certezza giuridica con riferimento alle disposizioni da applicare alla materia; fare in modo che gli Stati membri siano in grado di garantire l’accesso ai servizi essenziali da parte di tutta la cittadinanza; promuovere iniziative che migliorino i servizi sociali.

Per contribuire all’incremento qualitativo del quadro di disciplina dei servizi di interesse generale la Commissione ritiene in primo luogo che sia necessaria maggior chiarezza quanto alla definizione del concetto europeo di servizio di interesse economico generale, una semplificazione delle regole sugli aiuti di stato per servizi locali, che hanno un

ridotto effetto limitativo sul mercato tra stati ed infine l'introduzione di trattamenti specifici adeguati alla dimensione ed alla rilevanza del servizio.

Potrà quindi distinguersi tra l'area dei servizi di media rilevanza e dei servizi sociali da un lato e, dall'altro lato, l'area delle attività di dimensione europea. Vista la recente approvazione della proposta di direttiva sugli appalti pubblici la Commissione suggerisce una ulteriore riforma delle procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni di servizi di interesse generale che siano in grado di garantire una miglior qualità degli stessi, in particolare introducendo previsioni speciali per materie, potremmo dire "sensibili", come i servizi sociali ed alla salute: settori in cui dovrà esser promosso un impiego più cauto del criterio dell'offerta al massimo ribasso.

II) Il contributo della Corte di Giustizia.

L'apporto argomentativo offerto dalla Corte di Giustizia ha consentito, vista la eterogeneità delle controversie del cui sindacato è stata investita, di aggiungere ulteriori caratteri a quelli rinvenibili dal diritto europeo positivo sia *soft* sia *hard*.

Tra le pronunce più note si ricorda prima di tutto quella resa nell'ambito del procedimento Corbeau C- 320/1991 del 19 maggio 1993. Nell'interpretare l'art. 90 n. 1 del TCE i giudici di Lussemburgo sottolineano come detta previsione, oggi trasfusa nell'art.106 TFUE, consenta agli Stati di conferire ad imprese cui è attribuita la gestione di servizi di interesse economico generale diritti esclusivi che possono impedire l'applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza. Ciò però nella misura in cui le eventuali restrizioni della concorrenza od addirittura l'esclusione della presenza di altri operatori economici

siano necessari per garantire l'adempimento della specifica funzione di interesse generale⁴⁰. Sarà poi compito del giudice valutare se i servizi resi, per natura o condizioni dell'offerta, si pensi all'area geografica, siano tali da pregiudicare l'equilibrio economico del SIEG esercitato dal titolare del diritto esclusivo. Determinante in sede di interpretazione diviene, dunque, il momento di assegnazione della missione di interesse pubblico, la sola a poter giustificare la restrizione della concorrenza e l'eventuale concessione di agevolazioni dirette a bilanciare il mancato perseguimento di un fine lucrativo, quindi la rinuncia al più caratterizzante dei tratti imprenditoriali.

La Corte ha del resto avuto l'occasione di precisare l'importanza dell'atto formale, di carattere normativo o provvedimentale, con il quale l'autorità pubblica precisa i confini dell'affidamento del servizio⁴¹. Si pensi, ad

⁴⁰Sulla base di tale ragionamento la Corte di Giustizia ha ritenuto che la *Regie des postes* fosse titolare di un servizio di interesse economico generale, in particolare l'obbligo di effettuare la raccolta, il trasporto la distribuzione di corrispondenza a favore di tutti gli utenti su tutto il territorio dello Stato membro interessato a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili indipendentemente dalle circostanze particolari e dal grado di redditività economica di ogni operazione.

⁴¹Si veda a titolo esemplificativo la sentenza *Comune di Almelo e altri*, C- 393/1994. Nell'individuare se l'impresa fosse stata incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale, al fine quindi di sottrarle alle disposizioni in materia di concorrenza se necessarie per consentire lo svolgimento dello specifico compito, la Corte pone in evidenza che l'impresa proprio in virtù della concessione fosse tenuta all'approvvigionamento *continuo* di energia elettrica su *tutto il territorio* individuato nell'atto concessorio, *a tutti gli utenti, distributori e consumatori*, nelle quantità richieste in qualsiasi momento *a tariffe uniformi e a condizioni variabili solo secondo criteri obiettivi applicabili*

esempio, all'accesso continuativo al servizio da parte dell'utenza su tutto il territorio, a condizioni di qualità simili, a tariffe omogenee e a condizioni, sì variabili, ma in base a criteri oggettivi, dati ad esempio dalla collocazione geografica dei destinatari⁴², senza riguardo per le situazioni particolari o per il grado di redditività economica di ciascuna operazione individuale⁴³. Ed è

all'intera clientela. Spetta tuttavia al giudice nazionale valutare se la restrizione della concorrenza discendente dall'adozione di specifici strumenti (nel caso comune di Almelo si trattava dell'apposizione di una clausola di approvvigionamento esclusivo nelle condizioni generali di vendita) sia "*necessaria per consentire alla detta impresa di adempiere il suo compito di interesse generale*". Sia l'art. 86 n. 2 TCE, nonché l'interpretazione datane nella sentenza CGUE *Altmark* (p.89) richiedono che l'operatore sia incaricato di una missione SIEG "*con un atto dei pubblici poteri e che questo definisca chiaramente gli obblighi SIEG di cui trattasi*"(p. 181 sent. *BUPA T-289/2003*).

⁴²Nel sentenza CGUE 18 giugno 1998, C- 266/96, *Corsica Ferries France SA*, ad esempio la variazione delle tariffe – apparentemente di ostacolo alla qualificazione del servizio di ormeggio quale SIEG – era giustificata da una formula matematica che cambiava in base alla collocazione geografica del porto.

⁴³V. sent. CGUE 25 ottobre 2001 C 475/1999, *Firma Ambulanz Glockner*. Il caso di specie coinvolgeva un'organizzazione sanitaria e poneva la questione se fosse in primo luogo possibile o meno qualificarla come impresa. Poiché la definizione di impresa prescinde dallo status giuridico della entità nonché dalle modalità del finanziamento e definizione di attività economica, il trasporto di urgenza e il trasporto di malati viene qualificato come attività economica ai fini del Trattato. Vero è che alcuni obblighi di servizio pubblico possono rendere i servizi forniti meno competitivi di analoghi servizi effettuati da operatori privi di vincoli come quello rappresentato dall'obbligo di sp. Circostanza che però secondo la Corte non può impedire la qualificazione di tali attività come attività economica. Il compito d'interesse economico generale viene proprio individuato nell'obbligo di

proprio da tale circostanza che discende l'ammissibilità di eventuali agevolazioni e la loro compatibilità con le regole sugli aiuti di stato, pur entro determinati limiti. Affermano i giudici di Lussemburgo al punto 87 della nota sentenza Altmark Trans GmbH (C-280/2000 sent. 24 luglio 2003) che *“nei limiti in cui un intervento statale deve essere considerato come una compensazione diretta a rappresentare la contropartita delle prestazioni effettuate dalle imprese beneficiarie per assolvere obblighi di servizio pubblico, cosicché tali imprese non traggono, in realtà, un vantaggio finanziario e il suddetto intervento non ha quindi l'effetto di collocarle in una posizione concorrenziale più favorevole rispetto a quelle che fanno loro concorrenza, tale intervento non ricade nell'ambito di applicazione dell'art. 92, n. 1, del Trattato”*. Dovranno peraltro nuovamente ricorrere una serie di presupposti: primo tra questi l'emanazione di un formale e chiaro incarico all'impresa di soddisfare un obbligo di servizio pubblico. La valutazione del giudice a quo dovrà quindi prima di tutto vertere sull'individuazione degli obblighi all'interno di disposizioni di legge o nel testo delle concessioni⁴⁴. Senza trascurare che, poiché dette

garantire in permanenza il trasporto di urgenza delle persona malata o ferita in tutto il territorio interessato a tariffe uniformi e a condizioni di qualità simili senza riguardo per le situazioni particolari o per il grado di redditività economica di ciascuna operazione individuale.

⁴⁴Ulteriori parametri che devono necessariamente esser valutati al fine di affermare la legittimità della compensazione sono (cfr n.90-93) *“In secondo luogo, i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti. (...) Inoltre, la compensazione da*

prestazioni sono determinate in misura più o meno rilevante dal potere pubblico, l'attività svolta dall'operatore economico gestore dovrà esser conformata dalla Pubblica Amministrazione, trattandosi di *attività di servizio* rispetto agli interessi della collettività⁴⁵.

Nonostante l'elaborazione dei criteri ora brevemente richiamati anche la Corte è tuttavia consapevole che nel

parte di uno Stato membro delle perdite subite da un'impresa senza che siano stati previamente stabiliti i parametri di detta compensazione, allorché in un secondo tempo risulta che la gestione di alcuni servizi nell'ambito dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico non è stata economicamente redditizia, costituisce un intervento finanziario che rientra nella nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato.(..) In terzo luogo, la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento. L'osservanza di una siffatta condizione è indispensabile al fine di garantire che all'impresa beneficiaria non venga concesso alcun vantaggio tale che falsi o minacci di falsare la concorrenza rafforzando la posizione concorrenziale di detta impresa. (..) In quarto luogo, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi.

⁴⁵CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, interesse generale*, Riv.it.dir.pubb.com., 2007, 747.

diritto dell'Unione europea ed ai fini dell'applicazione delle regole non vi sia né una definizione a norma di regolamento chiara e precisa della nozione di missione di SIEG né un concetto giuridico consolidato che fissi in modo definitivo le condizioni che debbono essere integrate perché uno Stato membro possa validamente invocare l'esistenza e la protezione di una missione di interesse generale (punto 165 sent. 12 febbraio 2008 T-289/2003 *British United Provident Association Ltd* (BUPA)). È, infatti, ancora lo Stato membro ad aver un ampio margine di discrezionalità quanto alla definizione dei servizi – contestabile dalla Commissione, conformemente all'ultimo paragrafo dell'art. 106 TFUE⁴⁶ solo in caso di errore manifesto (T-17/02, *Olsen/Commissione*) – pur temperata dalla nuova regola di ripartizione della competenza tra autorità successiva all'approvazione del Trattato di Lisbona.

Il riconoscimento di una missione di SIEG non presuppone neppure necessariamente che all'operatore venga concesso un diritto esclusivo o speciale per assolverla. Ad avviso dei giudici si deve distinguere, invero, tra il diritto speciale o esclusivo conferito ad un operatore, e la missione di SIEG che, se del caso, è connessa a tale diritto. La concessione di un diritto speciale od esclusivo è quindi solo lo strumento, eventualmente giustificato, che consente all'operatore di svolgere una missione di SIEG (punto 179). Quindi anche in assenza di un diritto esclusivo o speciale, per ritenere sussistente un servizio obbligatorio sarà sufficiente che

⁴⁶Si rammenta infatti che l'ultimo paragrafo dell'art. 106 assegna espressamente alla Commissione il dovere di vigilare sull'applicazione delle disposizioni dell'articolo rivolgendo ove occorra direttive e decisioni.

l'operatore preposto alla missione *“si trovi soggetto all'obbligo di fornire tale servizio a qualsiasi utente che ne faccia richiesta”*(punto 190)⁴⁷.

La ricerca dei confini della nozione di servizio pubblico europeo volta a circoscrivere l'ambito dell'analisi del fenomeno dell'esternalizzazione di tali attività, può non apparire del tutto soddisfacente. Essa consente tuttavia di affermare sin d'ora che, nonostante siano divenuti oggetto di attenzione europea proprio per la loro idoneità ad incidere sulla concorrenza tra operatori economici, i Servizi di interesse generale raggruppano attività che devono *imprescindibilmente* esser garantite, indipendentemente da, (talvolta in contrasto con) valutazioni di carattere economico, per conseguenza necessariamente oggetto di formali assunzioni di impegno di carattere pubblico.

Ulteriore indiscutibile conclusione è il notevole ruolo attribuito, se non altro formalmente, alle autorità nazionali nella individuazione dei SIG, come dimostrato dalla recente disciplina sugli aiuti di stato, nella quale viene nuovamente chiarito che i SIEG sono costituiti da quei servizi che *“le autorità pubbliche degli Stati membri, a livello nazionale, regionale o locale a seconda della ripartizione delle competenze prevista dal diritto nazionale, assoggettano a obblighi specifici di servizio pubblico tramite un mandato e in base a un criterio*

⁴⁷*“In altri termini”*, procedono i giudici nella già citata sent. 12 febbraio 2008, T-289/2003, Bupa *“il carattere obbligatorio del servizio e quindi l'esistenza di una missione SIEG sono accertati se il prestatore è obbligato a contrattare a condizioni costanti senza poter escludere l'altra parte contraente. Quest'ultimo elemento consente di distinguere il servizio rientrante in una missione SIEG da ogni altro servizio fornito sul mercato e quindi da ogni altra attività esercitata in modo completa ente libero.”*

*d'interesse generale, allo scopo di garantire la prestazione di tali servizi a condizioni che non siano necessariamente quelle prevalenti sul mercato*⁴⁸. Le Autorità nazionali dovranno infatti verificare se si tratti di interesse a protezione necessaria⁴⁹, se il mercato sia in grado di assolverla, o se invece proprio l'incapacità di quest'ultimo di soddisfare compiutamente le istanze della collettività, richieda una limitazione e quindi l'incarico ufficiale della erogazione di prestazioni indispensabili.

La genericità delle categorie impiegate nelle fonti europee ed il margine di discrezionalità, pur controllata, affidato ai singoli Paesi inducono inevitabilmente a cercare supporto nella disciplina nazionale benché l'approccio dei "due" ordinamenti, europeo ed italiano, possa apparire per certi versi quasi opposto. Contrariamente alla situazione italiana per la quale si rinvia al capitolo successivo, nel contesto europeo, invero, la regola nell'ambito dei SIEG è costituita dal regime concorrenziale, e solo laddove sia rinvenibile un fallimento del mercato nel soddisfacimento della missione "sociale" potrà ammettersi l'intervento pubblico.

Coerentemente con tale approccio, quindi, nessun senso

⁴⁸cfr la *Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale e in particolare ai servizi sociali di interesse generale delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di stato di appalti pubblici e di mercato interno*, Commissione europea SEC (2010) 1545.

⁴⁹È stato osservato come possano esser ritenuti interessi a prestazione necessaria non solo quelli indicati espressamente come tali dal Trattato, come ambiente, sicurezza ed ordine pubblico, ma anche quelli che abbiano una fonte nei diritti fondamentali contemplati dalla Carta di Nizza o dalle Carte costituzionali dei singoli Paesi. LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, Riv.it.dir.pubb.com., 2005, 1351.

avrebbe la ricerca di paradigmi e significati, poiché portata assorbente avrebbe assunto - secondo alcuni - la definizione di attività economica e di impresa⁵⁰, rispetto alla necessità di meglio definire oggetto e destinatari della prestazione di SIEG. Ferma l'irrilevanza dell'elemento organizzativo, l'attività economica coinciderà quindi con quanto esorbiti dalle prerogative statali, così determinando l'inutilità di ogni ulteriore categorizzazione⁵¹.

Tale lettura, anche definita sostanzialista⁵², è stata

⁵⁰Di quest'avviso, TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, *Riv.it.dir.pubb.comunit.*, 2008 05, 1063. Secondo l'A. i servizi di interesse economico generale si distinguerebbero quindi dalle altre attività economiche solo per via della discrezionalità riconosciuta ai singoli stati. Sulla nozione di impresa, la cui valenza "onnivora", secondo GIUBBONI, (*Diritti sociali e mercato*, Il Mulino Bologna 2003) avrebbe di fatto consentito un ampliamento della sfera soggettiva di applicazione delle regole della concorrenza, cfr sent. Klockner Weke AG.

⁵¹SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo*, *Dir.Amm.* 2010, secondo il quale peraltro alla luce della ampia nozione di impresa si è sostenuto che nessuna categorizzazione abbia oramai ragione d'essere, avendo il mercato europeo assorbito ogni distinzione. La portata assorbente della definizione di attività economica e di impresa troverebbe del resto conferma nella tendenza, osservata da TRIMARCHI BANFI *cit.*, *Riv.it.dir.pubb.comunit.*, 2008, 05, 1063, manifestata da Commissione e Corte di Giustizia ad affievolire la distinzione tra SIEG e SIG privi di rilievo economico e a volerli regolare in modo uniforme. Al contrario il Parlamento si sarebbe mostrato più preoccupato per l'attrazione della disciplina dei servizi sociali nelle regole della concorrenza, prioritaria, invero, solo nel settore dei SIEG.

⁵²CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, *Dir.*

autorevolmente ricondotta alla nozione “italiana” di servizio pubblico in senso oggettivo⁵³, che – si rammenta –

Un.Eur. 3/2006, 461. Nel definire un SIEG la Corte di Giustizia ha accolto un approccio sostanziale, indipendente dalla qualifica formale dell’atto o dell’ente e guarda alla sostanza del fenomeno; altrettanto sostanziale è la nozione economica dell’impresa il cui tratto identificatore è la fungibilità delle prestazioni sul piano economico. L’approccio sostanziale o neutrale dell’ordinamento europeo nei confronti della qualifica formalmente assegnata ad un ente a livello nazionale è contestato da CAMELLI in VANDELLI-BOTTARI (a cura di) *Diritto Amministrativo Comunitario*, Maggioli, RIMINI, 1996. Sostiene l’Autore che l’atteggiamento del legislatore non possa dirsi neutrale quindi indifferente alla qualifica pubblica o privata poiché l’ampia nozione di impresa pubblica e il fatto che le peculiarità del pubblico emergano come deroga e non come norma generale non può che indurre a ritenere “*innegabile il dato secondo cui si può affermare che l’ordinamento comunitario ha un impianto se non esplicitamente contrario certo non favorevole alla impresa pubblica in quanto tale.*”

⁵³CERULLI IRELLI, *Impresa Pubblica* in PINELLI-TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino 2010 ma si veda anche Idem, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, *Riv.It.dir.pubb.com.* 2006, 747. “*Si può affermare che su questo punto vi sia coincidenza tra le due nozioni: quella di diritto europeo di cui all’art. 106 par. 2 e quella dell’ordinamento nazionale di cui all’art. 41 comma 3. Attività economiche in entrambi i casi esercitate da imprese pubbliche e da imprese private sottoposte a regimi derogatori (o privilegiati) rispetto all’ordinario regime dell’attività di impresa per assicurare il perseguimento di finii sociali (ovvero l’adempimento degli obblighi di servizio pubblico)*”. L’impostazione è stata accolta anche dal Consiglio di Stato che nel condividere espressamente la posizione della Corte di Cassazione (in particolare si richiama Cass. Su 30 marzo 2000 n. 72) ha definito il servizio pubblico come prestazione resa alla generalità da parte di un soggetto anche privato che sia inserito nel sistema dei pubblici poteri o sia a questi

prescinde dalla qualifica formale dell'atto o dell'ente gestore e si concentra sulla sostanza del fenomeno, coerentemente con la stessa nozione "oggettiva" di impresa, rinvenibile anche nella Pubblica amministrazione⁵⁴ così come con il più ampio principio di

collegato e sia sottoposto ad un regime giuridico derogatorio del diritto comune. Affermano i giudici del Supremo Collegio Amministrativo che nel progressivo adeguamento agli altri ordinamenti europei la nozione di servizio pubblico debba oggi intendersi in senso oggettivo per l'appunto come prestazione necessaria a favore della generalità e si presti a ricomprendere nell'alveo dei servizi di interesse generale le attività di servizio commerciale o non, considerate d'interesse generale dalle pubbliche autorità e per tale ragione sottoposte ad obblighi specifici di servizio pubblico, Cons. stato sent. 16 agosto 2010 n. 5716. Critico nei confronti dell'adozione di chiavi di lettura teoriche tradizionali per la analisi di fenomeni nuovi come quello costituito dalla disciplina dei SIEG è NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*. Sostiene in particolare l'Autore che i risultati di tale operazione sarebbero fuorvianti perché diverse le concezioni di servizio poste a fondamento rispettivamente dell'ordinamento nazionale e di quello europeo. In quest'ultimo i servizi non sono più come strumenti di legittimazione dello Stato né possono liberamente essere utilizzati per obiettivi di politica economica e sociale diversi da quelli relativi alla diffusione degli stessi. Anche laddove prevista una disciplina regolativa speciale, infatti, questa è volta a garantire il funzionamento del mercato e la protezione dei consumatori, non a perseguire fini pubblici. Con la garanzia del servizio universale, pertanto, si tutelerà un interesse imputato non più allo Stato ma direttamente agli utenti cioè ad una parte stessa del mercato. Con l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, si intenderanno soddisfare interessi comunque correlati al funzionamento del mercato e ai suoi limiti. *"Il diritto comunitario in definitiva disaggrega gli interessi collettivi e generali connessi ai servizi"*.

⁵⁴A tal proposito particolarmente interessanti sono le osservazioni di CAMMELLI *cit.* A generare le numerose perplessità sorte in

materia è di fatto la sovrapposizione tra concetti o meglio, si potrebbe dire, la sovrapposizione tra due categorie, pubblico e privato, sulle quali si avrà modo di tornare *infra*, e che accompagna l'evoluzione dei servizi pubblici e della Amministrazione Pubblica latamente intesa. Autorevole e risalente dottrina ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Giuffrè, MILANO, 1973, aveva proprio ascritto ogni difficoltà interpretativa ed applicativa in materia alla commistione tra pubblico e privato. Se si intende servizio pubblico come complesso di prestazioni che lo Stato garantisce ai cittadini, ossia di attività che in un dato momento storico assurgono a valore sociale, rientra fra i compiti dello Stato assicurarne la effettuazione e garantirne il godimento a tutti i cittadini che ne siano interessati, eliminando ogni elemento speculativo. Detto risultato non può mai raggiungersi con la sola attività privata. (Secondo BOMBARDINI *Piano economico ed impresa pubblica*, TORINO 1963 p. 25 e 26, “*la nazionalizzazione delle imprese dei servizi pubblici appare pertanto come la più efficace tra le possibili soluzioni*”). Riconosce tuttavia ZUELLI che in determinate circostanze possa essere conveniente mantenere altre forme organizzative purché siano sempre garantiti i necessari controlli dello stato. Il controllo continuo sull'esecuzione è, invero, reso necessario dal fatto che oggetto del servizio siano attività socialmente rilevanti. Fine tipico dello stato è infatti sempre la volontà di garantire ai cittadini l'immediato conseguimento di utilità sociali che tuttavia spesso sono suscettibili di valutazione economica, in quanto in grado di assicurare al destinatario un utile diretto. Il primo beneficiario è quindi il cittadino indipendentemente dal numero. I servizi pubblici, osserva CAMMELLI, cit., sono attività di produzione di beni e di servizi e in quanto tali rientranti nei principi generali di libertà mentre la qualifica “pubblica” costituisce un dato che in qualche modo li sottrae ai medesimi principi o li sottopone a un regime di tipo particolare. Su tale premessa, osserva il medesimo Autore, si innesta un'ulteriore commistione tra istituti: settore pubblico; impresa pubblica; servizio pubblico. Quest'ultimo in particolare non ha trovato una definizione precisa anche in ragione del fatto che nell'Unione siano presenti paesi come il nostro e quello francese in cui l'impresa pubblica è molto presente ed altri in cui

neutralità od indifferenza della proprietà di cui all'art. 345 TFUE⁵⁵.

La pur breve descrizione sin qui svolta consente se non altro di affermare come, contrariamente a quanto parrebbe evincersi dalla criticata sentenza della Corte costituzionale 17 novembre 2010 n. 325, sia bene resistere alla tentazione di far coincidere la classificazione europea (SIG e SIEG) con la partizione tra servizi pubblici a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica⁵⁶, sempre più spesso

non lo è (Danimarca, Germania).

⁵⁵I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri.

⁵⁶v. nota di SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, Giur. Cost. 2010 4654. I SIEG sottolinea l'A. non corrispondono, esaurendola, alla categoria dei SPL a rilevanza economica, introdotti con la legge 142/1990 sostanzialmente per riservare a differenti servizi distinti modelli organizzativi in particolare per sottoporre la gestione dei servizi sociali all'istituzione. Anche se non è mai stato agevole distinguere i SPL a rilevanza economica dai Servizi sociali, l'A. osserva si sia sempre fatto riferimento ad una valutazione caso per caso, in particolare alla concreta struttura ed alle concrete modalità del suo espletamento, ai suoi specifici connotati economico organizzativi, alla natura del soggetto chiamato ad espletarlo, nonché alla disciplina normativa del servizio (Cons. stato 10 settembre 2010 n. 6529). Diversamente la nozione di SIEG è più ampia, non assumendo rilevanza la natura del soggetto né se sia dotato di poteri autoritativi od abbia scopo di lucro o sia titolare di compiti di interesse generale. Ciò che rileva è infatti che l'attività esercitata consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, attuale o potenziale con la conseguenza che soltanto quando una situazione del genere non è concepibile neppure in astratto, come quando un servizio di gestione previdenziale sia interamente pervaso dal principio solidaristico al punto che nessun operatore economico possa offrire lo stesso servizio, si può concludere che il

impiegata a pretesto e giustificazione di una crescente liberalizzazione del settore nel nostro ordinamento. La Consulta evocando un proprio precedente è giunta infatti a dichiarare che sulla base della ricostruzione delle fonti di diritto europeo, servizi di interesse economico generale e servizi pubblici di rilevanza economica abbiano contenuto analogo. Tra gli elementi comuni individuati dai giudici vi è l'assolvimento della 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”*. Si tratta di una impostazione smentita anche dall'evolversi delle due discipline. Mentre, si è osservato, i servizi pubblici locali – come si avrà modo di illustrare nel prosieguo – dai primi anni duemila sono stati regolamentati con l'obiettivo di una progressiva privatizzazione, i servizi di interesse economico generale a partire dal 1997 sono stati intesi *“come servizi per i quali la concorrenza ed il mercato funzionano come regole cedevoli rispetto a preminenti obiettivi generali a*

servizio considerato assolve ad una funzione di carattere esclusivamente sociale. Cfr anche nota di LUCARELLI, *La corte costituzionale di fronte al magma dei servizi pubblici locali. Linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, Giur. Cost., 2010. Anche secondo LUCARELLI le categorie, pur limitatamente ai fini perseguiti – secondo la Corte Costituzionale di carattere sociale sia in caso di SIG sia in caso di SPL – non possono essere automaticamente identificate. Mentre infatti i servizi pubblici locali economicamente rilevanti sono informati alla regola della concorrenza, se non altro nella prospettazione sottesa all'art. 23 bis del d.l. 112/2008, i SIEG, soprattutto alla luce del nuovo quadro normativo costituito dall'art. 14 TFUE e dal Protocollo 26, e art. 36 della Carta dei diritti fondamentali esagererebbero un temperamento di tale regola, infatti, subordinata a principi “dominanti” di carattere sociale.

dimensione sociale”⁵⁷.

La Consulta, nel valutare la legittimità dell’art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, successivamente oggetto di referendum, ha concluso che detta disciplina rappresentasse uno sviluppo del principio generale di natura europea costituito dal divieto della gestione diretta del servizio pubblico locale da parte dell’ente locale⁵⁸.

Contrariamente a tale lettura il breve richiamo delle fonti di diritto europeo non può che indurre a concordare con autorevole dottrina che non solo ha ribadito come fornitura diretta e outsourcing siano dal legislatore e dall’interprete europei considerati entrambi legittimi strumenti di erogazione dei SIEG, ma anche che tale scelta sia interamente rimessa alla valutazione di carattere chiaramente *politico* dei singoli Paesi tra auto produzione ed esternalizzazione (salva la possibilità di un intervento successivo da parte della Unione Europea in caso di errore manifesto), come del resto è stato dimostrato dal referendum del 10 giugno 2011.

Né potrebbe essere diversamente poiché *“in un sistema rispettoso delle autonomie non c’è nessuna ragione per ritenere che tale scelta vada effettuata una volta per tutte a*

⁵⁷Pertanto *“l’interpretazione della Corte in merito alla sostanziale identificazione dei servizi di interesse economico generale con i servizi pubblici locali a rilevanza economica non appare condivisibile”*. LUCARELLI, *La corte costituzionale di fronte al magma dei servizi pubblici locali. Linee fondative per un diritto pubblico europeo dell’economia*, Giur. Cost., 2010.

⁵⁸Ritiene la Corte che la normativa comunitaria consenta ma non imponga agli stati membri di prevedere in via di eccezione e per alcuni casi determinati la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell’ente locale e che lo stato italiano, facendo uso della propria discrezionalità, abbia legittimamente effettuato la scelta nel senso di vietare la gestione diretta dei spl.

*livello centrale ben potendo l'indirizzo politico diversificarsi a livello regionale*⁵⁹. Si tratta di una riflessione non solo coerente con il già citato approccio neutrale del diritto europeo ma anche supportata dal principio, di matrice giurisprudenziale, secondo il quale *“un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi.”*⁶⁰.

Il Consiglio di Stato, più cautamente, evitando rigide classificazioni, ha recentemente ribadito come la distinzione tra attività economiche e non economiche abbia carattere dinamico ed evolutivo per cui non sia possibile fissare a priori un elenco definitivo di servizi di natura economica, espressamente condividendo quindi l'orientamento della giurisprudenza di Lussemburgo. Sarà il giudice nazionale a dover valutare circostanze e

⁵⁹CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni, Le regioni*, 2011.

⁶⁰v. p. 49 della sent. Stadt Halle, Corte di giustizia europea, Sez. I, 11/1/2005 n. C-26/03. Coerente con tale decisione è quindi la posizione della Corte di Giustizia espressa in, Sez. I, 10/11/2005 n. C-29/04, Commissione v Austria. Si legge al punto 34 *“l'appello alla concorrenza non è obbligatorio, anche se la controparte contrattuale è un ente giuridicamente distinto dall'autorità aggiudicatrice, nell'ipotesi in cui l'autorità pubblica, che è un'autorità aggiudicatrice, eserciti sull'ente distinto di cui si tratta un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e in cui tale ente realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano (sentenze cit. Teckal, punto 50, e 11 gennaio 2005, causa C-26/03, Stadt Halle e RPL Lochau, Racc. pag. I-1, punto 49)”*.

condizioni in cui il servizio viene prestato, considerando in primo luogo l'assenza di fini lucrativi o la mancata assunzione di rischi⁶¹. Dovrà quindi esser analizzato non solo il settore merceologico cui il servizio può esser astrattamente ascritto ma anche la soluzione organizzativa verso la quale ha optato l'ente pubblico. Saranno pertanto privi di rilevanza economica i servizi resi in “*chiave meramente erogativa*” e che non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo.

Se, come si è inteso fare, la ricerca dei confini del servizio pubblico all'europea è finalizzata a comprendere la misura ed i termini entro i quali l'ordinamento europeo abbia inciso sull'evoluzione dei Servizi pubblici nonché della stessa Amministrazione Pubblica, non potrà non darsi atto dei cambiamenti di cui il Trattato di Lisbona si è fatto portatore, proprio per il tramite della regolamentazione dei SIG e per i quali si rinvia al paragrafo successivo.

III) Servizi pubblici e lavoro nella costruzione del modello sociale europeo.

L'elasticità della nozione sovranazionale di servizio di

⁶¹Cons. Stato V 23 ottobre 2012 n. 5409. Pronuncia importante anche perché nel definire i SPL a rilevanza economica precisa come l'importo dell'utile sia irrilevante. La qualificazione è infatti correlata alla astratta *potenzialità* di produrre un utile di gestione e quindi di riflettersi sull'assetto concorrenziale. Ancor più recentemente si richiama sent. Cons. stato 11 febbraio 2013 n. 762 che, alla luce dell'intervenuta abrogazione dell'art. 23 bis, ha evidenziato l'indifferenza della gestione diretta rispetto alla gestione tramite terzi mostrata dal legislatore europeo nella gestione dei servizi pubblici dovendosi vagliare, la scelta discrezionale del legislatore italiano, “*alla luce dei consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali*”.

interesse generale nonché il superamento della dottrina “classica” di servizio pubblico all'italiana, sulla quale si ritornerà nel prosieguo, inducono ad accogliere una concezione di *servizio pubblico comune* evocativa di una serie di prestazioni, siano queste dotate di rilievo economico o meno, orientate al soddisfacimento di istanze meritevoli di protezione perché componenti essenziali di una vera e propria cittadinanza sociale non solo nazionale ma anche europea⁶². Istanze, dall'acqua, al trasporto, all'illuminazione, all'assistenza sociale, agli asili, all'igiene cittadina, che - in ragione della progressiva infiltrazione ad opera della concorrenza - (v. espressione di G. Lyon Caen con riferimento al diritto del lavoro) si sono trovate sempre più spesso a dover interloquire con le regole del mercato o, se si volessero accogliere posizioni estreme, ad essere immolate in ragione di queste ultime⁶³.

⁶² Nozione la cui duplice dimensione è posta in evidenza proprio dal bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali. Il diritto sociale garantito dall'ordinamento dell'UE ha una dimensione esclusivamente individuale e si sostanzia attraverso il contenzioso attivato dal titolare del diritto che si pretende leso, mancando del tutto quella dimensione collettiva e politica propria dei diritti sociali, definiti tali proprio perché la loro effettività è garantita dall'adozione di politiche economiche di carattere redistributivo. Carezza che deriva dal fatto che sui diritti sociali ai quali il cittadino europeo può accedere grazie al diritto dell'UE, quest'ultima non ha alcuna competenza. La cittadinanza sociale che si costruisce per via giurisprudenziale è in breve una cittadinanza sociale senza Stato sociale; e per questo motivo finisce per entrare in tensione (ancora una volta) con i principi regolatori sui quali questo si regge. ORLANDINI, *Libertà economiche e cittadinanza sociale europea*, www.europeanrights.eu.

⁶³Tra i giudici più severi della trasformazione che ha coinvolto i servizi pubblici in Europa cfr SUPLOT, *Lo spirito di Filadelfia. Giustizia sociale e mercato totale*, ETAL Edizioni, MILANO 2011.

La regolamentazione dei servizi pubblici europei, *rectius* dei servizi di interesse generale, ha così offerto un'ulteriore occasione di studio ed analisi del rapporto, da Supiot definito artificiale, tra dimensione sociale ed economica dell'Unione Europea.

Così come l'incerta e complessa relazione tra libertà economiche fondamentali – nella classificazione in libertà di circolazione, di prestazione dei servizi nonché di stabilimento – e diritto del lavoro, ha suscitato ampi dibattiti, questioni ed interrogativi del tutto simili possono, invero, essere avanzate con riferimento alla progressiva sottoposizione della materia dei servizi pubblici, da sempre espressione di prerogative e sensibilità di natura pubblicistica, alla legge ed alle dinamiche di mercato. Ciò *a fortiori* se si considera che le conseguenze dell'evocato percorso di mercantilizzazione non sono solo subite dalla collettività – utente, consumatrice e cliente – ma prima ancora da milioni di lavoratori che in tutta Europa sono impiegati nel settore.

A tale proposito, come si tenterà di argomentare, si è dell'avviso che nell'ambito pur mobile e di difficile circoscrizione costituito dai servizi pubblici, indipendentemente dalle concrete modalità di gestione degli stessi (su cui *infra* cap. terzo), alcuni adattamenti debbano essere apportati con particolare riferimento alle regole di diritto comune applicabili ai rapporti di lavoro instaurati nel settore, così come del resto già avviene per la stessa erogazione dei servizi (si pensi agli obblighi di servizio pubblico) e per la tutela dell'utenza (si pensi alla carta dei servizi ed alla regolamentazione dello sciopero dei servizi pubblici essenziali).

Si esprime in termini di trasformazione dello Stato in Repubblica degli affari, citando James Galbraith.

Perché, tuttavia, i temperamenti invocati possano esser ritenuti ragionevoli e compatibili con, *in primis*, il principio di libertà d'iniziativa economica nonché con le regole della concorrenza tra operatori economici è doveroso premettere ad ogni considerazione di carattere tecnico, per la quale si rinvia ai capitoli successivi, una contestualizzazione del dibattito cui la liberalizzazione dei servizi pubblici dà avvio. Anche tale processo richiede infatti una riflessione quanto all'impatto sociale delle scelte filomercantilistiche adottate in sede europea di cui la materia oggetto della presente trattazione è espressione.

La progressiva privatizzazione dei servizi pubblici costituisce, ricorrendo ad una immagine metaforica utilizzata da Napolitano, un caleidoscopio in grado di cogliere ulteriori sfaccettature del complesso equilibrio creatosi tra protezione e sviluppo del mercato interno – motore propulsivo dell'Unione – e necessaria emersione delle tradizioni costituzionali sociali comuni ai Paesi membri.

Se l'europeizzazione del diritto dei servizi pubblici, così come quella di alcuni aspetti del diritto del lavoro, rinnova una tensione⁶⁴, non sopita neppure dopo il Trattato di

⁶⁴In termini di tensione si esprime ALLEGRETTI, *Globalizzazione e sovranità nazionale*, *Dem.dir.* 1995, 47. Ritiene infatti l'Autore che la globalizzazione abbia di fatto determinato la necessità che nuovamente i diritti sociali siano scoperti ampliati e potenziati e che la vita attuale proprio in ragione dell'avvento della globalizzazione sia connotata da una “*tensione quanto mai viva – superiore addirittura nonostante la minor forza politica che nell'epoca della convivenza tra capitalismo e socialismo di stato tra la spinta dell'economia diretta dalle società transnazionali e la coscienza dei popoli di dover combattere per i propri diritti umani*”.

Lisbona, tra diritti sociali⁶⁵ e mercato, un considerevole contributo alla riflessione potrà allora esser offerto non solo dall'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia⁶⁶, in particolare da quello che più ha suscitato

⁶⁵cfr GIORGIS voce *Diritti sociali* in CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, Giuffr , MILANO. Si tratta di una nozione di difficile definizione; potrebbero esser comprese tra i diritti sociali tutte quelle norme di principio che individuano finalit  pubbliche relativamente ad alcuni beni e nel contempo fondano situazioni soggettive di vantaggio. Osserva sempre l'Autore che recentemente debbano ritenersi annoverati tra i diritti sociali non solo i diritti dei soggetti deboli ma anche i diritti volti a garantire a tutti gli individui i beni e servizi ritenuti indispensabili per condurre una vita dignitosa ossia anche i diritti finalizzati a consentire di esplicare la propria naturale propensione a stringere e consolidare relazioni sociali nonch  diritti delle formazioni e comunit  sociali. Numerosi sono i metodi con i quali raggruppare tipi diversi di diritti sociali. Esistono diritti il cui contenuto consiste in una *facultas agendi* (es diritto alla procreazione) ed altri che sono pretese giuridiche nei confronti di soggetti perlopi  pubblici, diritti sociali di partecipazione e diritti sociali di prestazione. Si tratta di pretese, queste ultime, che sono pi  variegate e che sono le pretese che ogni persona in quanto concretamente bisognosa di un determinato bene o servizio vanta nei confronti dello Stato, ossia le possibili forme della pi  generale pretesa a che lo Stato o la Pubblica Amministrazione o il legislatore intervengano "*nell'ambito dei processi produttivi correggendo le distorsioni o supplendo alle mancanze dell'iniziativa privata in maniera tale da assicurare l'esistenza di una quantit  adeguata di tutti quei beni e servizi di cui si ritiene indispensabile poter fruire per condurre una vita libera e dignitosa*". Costituiscono "*il riflesso soggettivo del dovere di cui sono gravati i poteri costituiti e in particolare il legislatore di organizzare la trasformazione delle risorse in beni e servizi se la iniziativa privata non vi provvede o non vi provveda in maniera adeguata*"; ma sono diritti sociali di prestazione anche le pretese che il lavoratore vanta nei confronti del datore, dello Stato.

⁶⁶In realt  come ricorda CARABELLI, *Europa dei mercati e*

interesse, costituito dalle note sentenze Viking⁶⁷ e Laval⁶⁸, nonché a seguire Commissione c. Lussemburgo⁶⁹,

conflitto sociale, Cacucci, BARI, 2009 le sentenze sulle quali l'attenzione dei giuslavoristi rectius degli studiosi del diritto sociale europeo si è concentrata si inseriscono in un percorso giurisprudenziale più ampio rispetto al quale le c.d. Quattro Laval si pongono quale esito, si spera, non conclusivo. Gli anni Novanta, sottolinea l'Autore, sono caratterizzati in particolare da sentenze con le quali la Corte di fatto riconosce agli interessi sociali nazionali protetti dalla disciplina in materia di lavoro la qualità di ragioni di interesse generale “*in grado di comprimere legittimamente quantunque con i significativi temperamenti imposti dal test di proporzionalità la libera circolazione dei servizi*”.

⁶⁷CGUE sent. 11 dicembre 2007 C 438/05, ad esser oggetto di sindacato è l'eventuale restrizione subita dalla libertà di stabilimento garantita dall'ex art. 43 TCE.

⁶⁸CGUE sent. 18 dicembre 2007, C 341/05, ad esser valutata è la possibilità che l'esercizio del diritto di sciopero limiti il completo espletamento della libera circolazione di servizi come tutelata dai Trattati dell'Unione.

⁶⁹CGUE sent. 19 giugno 2008 C-319/06. Ad esito del giudizio avviato dalla Commissione la Corte di Giustizia ha concluso che l'art. 3.1 della direttiva sul distacco 96/71 contenga un elenco, recante le materie nelle quali gli Stati membri ospitanti possono dar prevalenza alle disposizioni applicabili nel loro territorio, abbia carattere tassativo. Elenco che può esser ampliato solo per ragioni di ordine pubblico restrittivamente inteso “di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni della Comunità europea”, potendosi invocare solo in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali. Ciò in ragione del fatto che la libera prestazione di servizi in quanto principio fondamentale del Trattato può essere limitata solo da norme giustificate da ragioni imperative di interesse generale e applicabili a tutte le persone o imprese che esercitino un'attività nel territorio dello Stato membro ospitante qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato

Commissione c. Germania e Ruffert⁷⁰, ma anche dalla lettura che la dottrina ha fatto di tali pronunce quali *indici sintomatici* dell'attuale livello di “maturità” sociale dell'Europa istituzionale.

Sia dottrina sia giurisprudenza europea offrono, infatti, gli strumenti che consentono di comprendere quale sia la linea adottata dall'Unione nei confronti dei profili “sociali” del mercato, attengano questi all'azione collettiva od all'accesso ai servizi di interesse generale entrambi riconducibili alla categoria dei diritti sociali c.d. di prestazione.

La parziale sovrapposibilità delle questioni poste dal rapporto tra lavoro e mercato e tra servizi pubblici e mercato, trova peraltro conforto nella Carta dei diritti

membro in cui è stabilito (p. 25-31; 41-44).

⁷⁰Gli studi dedicati alle sentenze, ma soprattutto gli studi che hanno trovato nell'adozione delle sentenze citate nel testo un'occasione per esprimere incertezze e delusioni rispetto allo stato di attuazione del progetto europeo sono numerosissimi. Tra i tanti i più noti, CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci BARI 2009; VIMERCATI (a cura di) *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, BARI, 2009; SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in CARUSO-SCIARRA *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, TORINO, 2009; ORLANDINI, *Libertà economiche e cittadinanza sociale europea*, www.europeanrights.eu; LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, *Lav. Dir.* 2008, 64; BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, W.P.C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int 55/2007; ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int 66/2008; i più recenti DE SALVIA, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e i diritti sociali collettivi operato dalla corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati*” WP 98/2012.

fondamentali, nota come Carta di Nizza ed attualmente dotata del medesimo valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE), che annovera nella medesima sezione dedicata alla “Solidarietà”, i diritti dei lavoratori ed il diritto all’accesso ai servizi di interesse economico generale, all’espresso fine di “promuovere la coesione sociale e territoriale dell’Unione” (art. 36). L’approccio comune pare quindi trovare la sua determinante ragion d’essere nella circostanza che entrambe le discipline costituiscano parte integrante ed essenziale del c.d. modello sociale europeo⁷¹, il cui presupposto non può che esser costituito dalla condivisione di livelli minimi di condizioni dignitose di lavoro e di vita, diretta ad evitare fenomeni di *dumping sociale* inteso in senso ampio, ossia non solo misurato sul trattamento economico e normativo applicabile ai lavoratori ma anche sull’eventuale disomogeneo godimento dei servizi pubblici.

In tale contesto sono forse i servizi di interesse generale, sin dalla loro iniziale e scarna regolamentazione, per arrivare al Trattato di Lisbona ed al Protocollo 26, a poter fare da traino per la costruzione di una politica del lavoro europea che superi le contingenti richieste del mercato ancora funzionali ad una agevole circolazione di persone, merci e servizi.

Sin dai primi interventi in materia, infatti, i SIG eran già concepiti come un’area di mercato in cui più chiaramente gli obiettivi di efficienza economica si sarebbero dovuti

⁷¹Sulla complessità della stessa accezione di “modello sociale europeo” si veda, tra le più recenti pubblicazioni, RICCI, *La costruzione giuridica del modello sociale europeo*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D’Antona, 88/2011, il quale dopo aver sottolineato come della nozione esistano più letture ne pone in evidenza i profili di debolezza soprattutto alla luce dell’imponente crisi economica ancora in corso.

conciliare con quelli di coesione sociale⁷². Si comprende, quindi, per quale motivo sempre più spesso proprio nella disciplina dei SIG viene individuato il fondamento del modello sociale europeo dal quale certa dottrina, aveva addirittura tratto qualche speranza quanto alla possibilità che le istituzioni europee mostrassero il medesimo interesse nei confronti di questioni più strettamente connesse al lavoro⁷³. L'individuazione di un'area, pur circoscritta a deroga, di immunità dalle regole della concorrenza, ossia un'area senza mercato, avrebbe infatti

⁷²Interesse – quello manifestato dall'allora Comunità europea – nei confronti della ingente partecipazione degli Stati nella vita economica dei Paesi membri che, a partire dagli anni Ottanta è costantemente cresciuto, ed orientato alla volontà di ridurre progressivamente la presenza pubblica in settori che potremmo definire “economicizzabili” quali le telecomunicazioni o l'energia elettrica. Di “spostamento di focus” parla la dottrina che osserva appunto un mutamento dell'oggetto di interesse, prima rappresentato dai comportamenti dei soggetti privati poi dal contrasto all'interferenza dei governi nel processo competitivo. Più precisamente GIUBBONI (*Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, BOLOGNA, 2004) ritiene che tale mutamento di prospettiva abbia contribuito ad una espansione dei confini oggettivi della concorrenza, avvenuta in particolare proprio per il tramite di un rinnovato impiego dell'art. 90 del TCE, divenuto “*la chiave di volta della strategia di liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale*”. L'art. 90 TCE poi art. 86, infatti rappresentava l'espressione, pur ambigua, di un compromesso tra libero mercato e forte intervento pubblico nell'economia ossia tra esigenze transnazionali e tradizioni politiche nazionali.

⁷³Questo l'augurio che oramai dieci anni fa formulava ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea*, Giappichelli, TORINO, 2003. Ove la logica di mercato trova il suo limite nella necessità di perseguire obiettivi di politica sociale legittima la prospettiva di scenari più rosei anche per le garanzie del diritto del lavoro.

potuto consentire di “scongiurare” “*prospettive di pura erosione*” delle garanzie lavoristiche, derivanti dalla flessibilizzazione del lavoro nel settore servizi pubblici normalmente legata alla loro privatizzazione⁷⁴.

L'ammissione da parte delle istituzioni europee dell'esistenza di una missione sociale che sia svincolata da valutazioni economiche e dal perseguimento di finalità lucrative è del resto manifestazione di una consapevolezza; della coscienza che esistano bisogni che meritano di esser soddisfatti anche a – pur temporaneo e limitato – detrimento di quello che l'applicazione rigorosa della *lex mercatoria* prevederebbe.

Al fine di meglio comprendere quale sia il ruolo svolto dai servizi pubblici nel contesto normativo europeo è utile ricostruire, sia pur per sommi capi, quali siano le già evocate vicende concrete a partir dalle quali ha ripreso negli ultimi anni avvio lo studio del controverso dialogo tra Europa economica ed Europa sociale. A suscitare attenzione, il più delle volte dissenso, è stata come noto la forma che la Corte di Giustizia ha impresso all'equilibrio tra queste due dimensioni, tutto sbilanciato, si è detto, a vantaggio di libertà economiche “sociofaghe” (di circolazione, di prestazione di servizi⁷⁵ e stabilimento).

⁷⁴ORLANDINI, cit. Giappichelli, TORINO, 2003.

⁷⁵ Cfr CGUE Sent. 9 dicembre 2004 C- 460/2002 Commissione c. Repubblica Italiana sulle clausole di successione negli appalti dei servizi aeroportuali: facendo applicazione della direttiva 96/67 sulla liberalizzazione servizi di handling assistenza scali degli aeroporti art. 14 del D.lgs. 18 1999 aveva previsto il passaggio di personale dall'appaltatore uscente a quello entrante previo accordo sindacale, “*il legislatore aveva quindi cercato di controbilanciare il diritto della concorrenza con una tutela della stabilità dell'occupazione adeguata al proprio modello e alle proprie tradizioni di protezione sociale*”. La Corte di giustizia non ha

Difficile ritenere che le contestazioni siano frutto di giudizi ideologici, essendo le decisioni della Corte di Giustizia di chiara formulazione. Se da un lato, infatti, i giudici paiono quasi dar per presupposta la dignità di diritto fondamentale del diritto di azione collettiva, da un altro chiariscono come altrettanto scontata sia la sottoposizione del suo esercizio “*a talune restrizioni*”. La tutela dei diritti sociali fondamentali rappresenta del resto un *interesse* tale da giustificare solo “*in linea di principio*” una limitazione agli obblighi di diritto europeo derivanti da libertà economiche fondamentali, dovendo, *nei fatti*, esser conciliata con le esigenze (economiche) tutelate dal Trattato stesso⁷⁶, oltre che esser “*conforme al principio di*

ammesso tali clausole perché di ostacolo alla libera prestazione di servizi dei nuovi potenziali concorrenti.

⁷⁶Si rammenta come gli argomenti principali poi posti a fondamento, dopo una loro progressiva raffinazione delle decisioni della Corte nelle sentenze Laval & c., fossero in passato già stati formulati dalla Corte di Giustizia laddove ad esser oggetto di contemperamento con le esigenze economiche erano altri diritti, pur ritenuti parte integrante dei principi generali di cui la Corte garantisce l'attuazione ispirandosi alle tradizioni costituzionali dei Paesi membri. v. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, BARI, 2009. Tra i più noti precedenti si richiamano Schmidberger e Omega, in cui oggetto del bilanciamento erano rispettivamente la libertà di riunione ed il rispetto della dignità umana. Gli argomenti evocati sono in particolare costituiti dalla valorizzazione del diritto fondamentale di matrice “sociale” coinvolto nel giudizio, la necessità che lo stesso sia conciliato con le libertà economiche, quindi il bisogno di un bilanciamento tra esigenze sociali ed economiche, ed infine l'introduzione di una verifica di proporzionalità e necessità dell'obiettivo perseguito mediante l'esercizio del diritto sociale e, per conseguenza, della restrizione della libertà economica. Sent. Schmidberger C- 112/2000 p. 74 “*la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di*

*proporzionalità*⁷⁷. A tal riguardo competerà al giudice di rinvio verificare se la restrizione delle libertà economiche,

principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci". Viene così sollevato il problema della necessaria conciliazione tra le esigenze di tutela dei diritti fondamentali nella Comunità con quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita dal Trattato e, in particolare, il problema della portata rispettiva delle libertà di espressione e di riunione, garantite dagli artt. 10 e 11 della CEDU, e della libera circolazione delle merci, quando le prime sono invocate quali giustificazioni per una limitazione della seconda (p.77). Se la libera circolazione delle merci "rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato", tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all'art. 36 del Trattato stesso oppure per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte, a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, Rewe-Zentral, detta "Cassis de Dijon (Racc. pag. 649). Parimenti sent. Omega, c- 36/2002, 14 ottobre 2004 punti 35.

⁷⁷Sottolinea SCIARRA, (in CARUSO - SCIARRA *Il lavoro subordinato*, cit.,2009) che la Corte di fatto concepisca il principio di proporzionalità quale argine all'azione collettiva. Il diritto di sciopero del resto non entra nel novero dei principi ispiratori dell'ordinamento giuridico. Il principio è formulato in Commissione c. Lussemburgo C-319/06 "*le ragioni che possono essere addotte da uno Stato membro al fine di giustificare una deroga al principio di libera prestazione di servizi devono essere corredate da un'analisi dell'opportunità e della proporzionalità della misura restrittiva adottata da tale Stato nonché di elementi circostanziati che consentano di suffragare la sua argomentazione*" p. 51. Cfr anche Commissione c. Germania CGUE 15 luglio 2010 C-271/2008, p. 44 "*l'esercizio del diritto fondamentale di negoziazione collettiva deve dunque essere contemperato con gli obblighi scaturiti dalle libertà tutelate dal Trattato FUE (..) e deve essere conforme al principio di proporzionalità*".

conseguente al godimento del diritto fondamentale, sia *necessaria*, ovvero se non esistano altri mezzi meno pregiudizievoli per giungere al medesimo scopo⁷⁸.

Non v'è chi non veda come dall'iter argomentativo seguito dalla Corte di Giustizia, in particolare dal ricorso al principio di *necessità*, emerga con chiarezza l'incondizionata priorità attribuita al perseguimento degli obiettivi di carattere economico tutelati dal Trattato mediante le libertà di circolazione, prestazione dei servizi e stabilimento⁷⁹. Per contro il concreto esercizio di diritti sociali, la cui esistenza all'interno dell'ordinamento europeo è pur ammessa dai Giudici di Lussemburgo, è subordinato ad una serie di condizioni, dal perseguimento di un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato, al superamento dei c.d. test di proporzionalità e necessità.

L'affermazione *in via di principio* di un'equivalenza tra finalità economiche e sociali, tra libertà economiche e

⁷⁸v. testualmente CGUE sent. 11 dicembre 2007, C- 438/2005 Viking Line punti 44, 45, 46, 75, 79, 90. “*Tali restrizioni possono in linea di principio essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo*”. Principio ribadito da CGUE 18 dicembre 2007, C- 341/2005, Laval un Partneri Ltd punti 101, 103.

⁷⁹Cfr Commissione c. Germania CGUE 15 luglio 2010 C-271/2008 p. 41 “*la natura di diritto fondamentale del diritto di negoziazione collettiva e la finalità sociale del TV Eu mw/VKA intesa nella sua globalità non possono in quanto tali comportare l'automatico esonero da parte delle amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro dal rispetto degli obblighi imposti dalle direttive 92/50 e 2004/18 le quali danno attuazione alla libertà di stabilimento e alla libertà di prestazione dei servizi nel settore degli appalti pubblici*”.

diritti sociali, rivela quindi la sua fragilità se calata nel caso concreto.

La Corte, infatti, eleva, sì, a diritti fondamentali⁸⁰ il diritto di sciopero come il diritto di azione collettiva, al fine di bilanciarle con le libertà economiche⁸¹, ma contestualmente ne legittima, più che un bilanciamento od un “*contemperamento*” (p. 51 Commissione c. Germania), un sacrificio⁸². Esito deviato perché dedotto da un assunto

⁸⁰Come ricorda ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int 66/2008, “*il riconoscimento di un diritto fondamentale da parte della Corte non è di per sé un segnale rassicurante per la tutela del medesimo ma anzi può significare che questa è suscettibile di limitazioni non configurabili in base al diritto nazionale*”. “*La tutela piena di un diritto fondamentale come prevista in un ordinamento nazionale*” continua l'Autore “*si ha non nel momento in cui quel diritto è riconosciuto dalla Corte ma se a tale riconoscimento non si arriva perché l'esercizio del medesimo si sottrae all'applicazione delle norme del Trattato Ce*”.

⁸¹Visti i rischi della valutazione svolta con tecniche di bilanciamento (che si ricorda caratterizzano i principi, e non le regole né i valori), *a fortiori* laddove siano valutati diritti e libertà di matrici differenti europee e nazionali, la dottrina ha suggerito soluzioni alternative a quella adottata dalla Corte e che ha condotto al sacrificio dei diritti sociali. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*. Lav.dir. 2008, *Lav.Dir.*, 2008.

⁸²Particolarmente critico SUPIOT *L'Europe engagée par l'économie comuniste de marché*, *Rev. Du Mauss permanente* secondo il quale di fatto con Viking e Laval la Corte avrebbe dato avvio alla messa in concorrenza tra diritti sociali dei paesi membri “*sous la seule réserve du respect des dispositions minimales de la directive de 1996*”. È del resto da tempo, sempre secondo SUPIOT, che la Corte mostra di ritenere “*que rien en droit interne ne doit échapper à l'empire des libertés économiques garanties par le traité*” (..) a

altrettanto infondato: l'equivalenza tra diritti che sono espressione di valori differenti. Se si volesse aderire all'interpretazione più critica, non ci si dovrebbe stupire poiché la pariordinazione tra libertà economiche e diritti sociali, tanto criticata in dottrina⁸³, sarebbe coerente, se non inevitabile, *“dans un ordre dogmatique qui traite les hommes comme du “capital humain” et les droits nationaux comme des produits en concurrence sur le marché européen des normes”*⁸⁴.

Anche le tesi più moderate di quanti vedono nei giudici di Lussemburgo gli esecutori di un progetto di *economia comunista di mercato*⁸⁵, hanno comunque colto nelle

cette fin les règles du commerce sont déclarées applicables aux syndicats, au mépris du principe de “libre exercice du droit syndical”, tel que garanti par la convention 87 de l’OIT.”

⁸³Osserva CARABELLI, che se i valori vengono collocati sul medesimo piano, la soluzione del contrasto, in questo caso tra diritti sociali e libertà economiche, non potrà che avvenire scegliendo indifferentemente l'una o l'altra *“quale base di commisurazione”* ovvero, addirittura, entrambe contemporaneamente e reciprocamente; (CARABELLI *Unione europea e libertà economiche sociofaghe (ovvero quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in FOGLIA-COSIO, *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Giuffré, MILANO 2011).

⁸⁴SUPIOT, cit., *Revue du Mauss permanente*, *“Le principe de dignité ainsi que les droits fondamentaux de la personne y sont certes proclamés à grand fracas, mais mis sur le même plan que les droits et libertés économiques et monétaires.*

⁸⁵Si tratta di un modello che SUPLOT ritiene l'Europa stia ponendo in essere edificandolo su quelli che erano gli elementi comuni a capitalismo e comunismo ossia economicismo e universalismo astratto. *“Questo sistema ibrido prende a prestito dall'ultraliberalismo la concorrenza di tutti contro tutti, la libera circolazione di capitali e merci, la massimizzazione delle utilità di mercato e dal comunismo la democrazia limitata, la*

sentenze evocate una chiara opzione in ordine al ruolo centrale ancora rivestito dalle libertà economiche tutelate nei trattati, la cui collocazione costituzionale andrebbe addirittura a corroborare ed arricchire di contenuto la libertà di impresa già riconosciuta negli ordinamenti costituzionali dei Paesi membri⁸⁶.

Si rende, tuttavia, necessaria una precisazione: come osservava tempo addietro D'Antona, infatti, “*nella tradizione costituzionale della maggior parte dei paesi europei il riconoscimento della libertà di mercato non è incondizionato*” ma è bilanciato dal “*principio dello Stato sociale*” o quantomeno “*della tutela del lavoro*”⁸⁷. La scelta dell'Assemblea costituente italiana è stata ad

strumentalizzazione del diritto (.), l'ossessione della quantificazione e il totale scollamento tra governanti e governati. Offre alle classi dirigenti di tutti i paesi la possibilità di arricchirsi in modo spropositato che il comunismo non permetteva, sganciandosi totalmente da ogni solidarietà con le classi medei e popolari” (Lo spirito di Filadelfia, cit. MILANO 2011).

⁸⁶ È l'interessante suggerimento di ORLANDINI, *Viking Laval Ruffert i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in VIMERCATI (a cura di) *Il conflitto sbilanciato* Cacucci, BARI, 2009. Osservando, l'Autore, che le sentenze Viking Laval “dicono poco sullo sciopero”, la cui configurazione come diritto è rimessa agli ordinamenti nazionali, concentra l'attenzione sulle parti in cui ad esser trattate sono le libertà di mercato e la loro collocazione nella gerarchia dei valori costituzionali. Da qui il convincimento dell'Autore secondo il quale l'affermazione della efficacia diretta orizzontale delle norme di tutela della libertà di muoversi nel mercato “*introduce negli ordinamenti nazionali un diritto fondamentale di natura economica prima ignorato*”.

⁸⁷D'ANTONA, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, *Riv.trim. Dir. Proc. Civ.* 1994, 695, ora in CARUSO SCIARRA (a cura di) *Massimo D'Antona. OPERE*, vol. II, Giuffré, MILANO, 2000.

esempio quella di collocare “*nessi sociali qualificativi*” in ognuno dei diritti economici cristallizzati, che risultano così inevitabilmente relativizzati e di fatto strumentali al perseguimento dei diritti sociali⁸⁸. La tutela della libertà d'iniziativa economica pur valorizzata nelle sue “*virtualità concorrenziali nascoste*”⁸⁹ a mezzo della progressiva integrazione europea, non può quindi che esprimersi entro i confini tracciati dal rispetto di utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana.

Risulta invece orientato in senso differente l'ordinamento normativo europeo⁹⁰, così come attualizzato dalla Corte di

⁸⁸ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, TORINO, 2006. L'Autore puntualizza tuttavia come a tale graduazione pur sancita dalla Costituzione possa in sede di bilanciamento subentrare un esito differente. “In una particolare situazione” un diritto economico, cioè, potrà prevalere su un diritto sociale “*malgrado sussista in via generale un rapporto di sotto ordinazione del primo rispetto al secondo*”. Ciò è consentito purché il sacrificio non intacchi il nucleo essenziale del diritto sociale ed il sacrificio medesimo si giustifichi in termini finalistici dal maggior progresso che quella momentanea prevalenza determina nella prospettiva futura.

⁸⁹Si esprime in questi termini NIRO, *Sub art. 41*, in BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI (diretto da) *Commentario alla Costituzione*, Utet, TORINO, ha condotto ad una emancipazione della norma costituzionale da una concezione di economia dirigista e connotata dall'intervento pubblico, dando così spazio alle “*virtualità concorrenziali nascoste nelle pieghe*” dell'art. 41 Cost. Essa non ha invece inciso sui limiti, sia ad essi assegnata o meno immediata precettività, costituiti da utilità sociale, libertà e dignità.

⁹⁰Discontinuità che emerge ancor più marcatamente nella citata sent. 3 aprile 2008 C- 346/06 Ruffert, sulla quale si avrà modo di ritornare infra cap. terzo, in cui secondo RODL (*La Corte di giustizia e il caso Ruffert: quali possibilità per una concorrenza non distorta in materia salariale nell'esperienza tedesca*, in VIMERCATI (a cura di) *Il conflitto sbilanciato*, CACUCCI, Bari

Giustizia⁹¹. Sembra, invero, che nel contesto europeo siano

2009) la Corte avrebbe espresso “*Una vera e propria presa di posizione nella difficile battaglia politica sul problema della competizione salariale*” pronunciandosi “*a favore della competizione salariale*” ed “*a beneficio degli interessi imprenditoriali*”. Anche in tale occasione la formulazione della sentenza non lascia adito a dubbi. La Corte di Giustizia, infatti, ritiene che una corretta interpretazione della direttiva 96/71 alla luce dell'art. 49 TCE osti ad un provvedimento normativo che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili solo ad imprese che si impegnino ad applicare ai propri dipendenti una retribuzione non inferiore a quella prevista come minima dal contratto collettivo vigente nel luogo di esecuzione del contratto. Si tratterebbe infatti di misure che impediscono od ostacolano o “rendono meno attraenti” le prestazioni di eventuali società terze che dovessero applicare retribuzioni inferiori, meno attraenti nello Stato ospitante.

⁹¹Prospettazione che trova conforto in quanto autorevolmente affermato da IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, ROMA BARI, 1998. L'autore ritiene che la decisione di sistema economico enunciata e attuata nel diritto comunitario sia in radicale antitesi con la decisione di sistema della nostra costituzione. “*Mentre la Costituzione raccoglie in ambigua e oscillante norma le tradizioni liberale e cattolica e socialista e finisce per proporre una sorta di dirigismo totalitario dell'economia i trattati europei (..) costruiscono uno spazio senza frontiere, un mercato governato dalla libera concorrenza*”. Scelta quest'ultima (del mercato aperto e della libera concorrenza) che nasce a sua volta da decisioni politiche. “*La grossolana tesi dell'apoliticità del mercato dimentica o finge di dimenticare che il mercato è sempre definito dalla politicità di una decisione(..). Politicità e giuridicità del mercato sono tutt'uno*”. Addirittura IRTI ritiene che la antitesi tra Costituzione e principi comunitari sia esplosa con così tanta intensità da aver strappato il velo del pudore legislativo e che, approvando i trattati europei, lo Stato abbia addirittura impoverito la costituzione economica, perché la funzione interpretativa e integrativa ormai è affidata ai principi generali del diritto

i diritti sociali fondamentali ad esser funzionalizzati al diritto all'impresa, così determinando, per chiara volontà politica⁹², una inversione della gerarchia dei valori delle costituzioni del secondo dopo guerra⁹³.

Detto risultato secondo certa dottrina, forse più pacata, non farebbe tuttavia parte di una *maligna strategia* della Corte di Giustizia ma di un orientamento che in realtà accompagna quasi fisiologicamente “*le modalità circolatorie impresse alle attività economiche e produttive oltre i confini nazionali e all’interno di una competizione regolativa tra sistemi economici dissimili*”⁹⁴ e che è dovuto alla sostanziale assegnazione ai giudici di Lussemburgo dello scomodo compito di concretizzare l'integrazione del mercato europeo, conciliandola con la domanda di protezione sociale avanzata a livello nazionale⁹⁵.

comunitario.

⁹²Sulla natura politica della scelta di mercato aperto e di supremazia della libera concorrenza cfr IRTI, cit, Laterza ROMA - BARI 1998.

⁹³BAVARO, *Tre questioni su quattro sentenze della corte di giustizia: a proposito di geo diritto del lavoro meta diritto all'impresa e all'autonomia collettiva* in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, BARI 2009.

⁹⁴SCIARRA, in SCIARRA-CARUSO, *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, TORINO, 2009. Si tratterebbe quindi di una sorta di inadeguatezza degli strumenti giuridici posseduti a livello nazionale rispetto all’*inafferrabile transnazionalizzazione delle imprese e dei servizi*”. Secondo quanto afferma BIFULCO, *I diritti sociali nella prospettiva della mondializzazione*, Dem.dir. 4/2005, l'attuale assetto organizzativo delle imprese dislocate in più Paesi, unitamente a dumping sociale e flessibilità, costituisce del resto uno dei “*fattori di condizionamento dei diritti sociali di partecipazione*”.

⁹⁵LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*. Lav.dir. 2008, “*costruzione pressoché interamente pretoria delle*

Quanto alla motivazione *tecnica* posta a fondamento delle sentenze e quindi della sostanziale primazia delle libertà di circolazione, stabilimento e prestazione dei servizi, limitabili solo in ragione di un superiore interesse generale, la stessa viene dai giudici di Lussemburgo individuata nell'efficacia orizzontale delle disposizioni europee evocate⁹⁶ che, nell'imporre al giudice nazionale la legislazione europea quale parametro di applicazione coerente e corretta del diritto interno anche nei rapporti tra privati, si sarebbe manifestata nel basilare principio per cui “*la libertà economica può legittimamente espandersi fino al limite in cui non intacca il contenuto essenziale del diritto fondamentale*”⁹⁷. Di tal ché ogni ostacolo alla

regole del mercato unico abbia in molti casi costituito una necessità cui la Corte non ha potuto sottrarsi” ma che comunque non avrebbe dovuto indurre il legislatore e le istituzioni europee a lasciare i giudici totalmente soli nell'adempimento di tale funzione, soprattutto nel momento in cui questa comporta lo smottamento di terreni costituzionali dei singoli Paesi membri.

⁹⁶Efficacia criticata da BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, W.P.C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int 55/2007 e LO FARO, cit., *Lav.dir.*, 2008 che invece non sorprende CARABELLI, cit., Cacucci BARI 2009 perché astrattamente condivisibile ma impiegata dalla Corte di Giustizia per limitare l'esercizio del diritto di sciopero contrattuale

⁹⁷BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, W.P.C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int 55/2007. Osserva l'A. “*avviene così che l'inclusione del diritto di azione collettiva nel diritto comunitario determini come immediata conseguenza la necessità di bilanciare un diritto sociale fondamentale con la libertà economica,(nella specie con la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento) certo non meno fondamentale nel diritto comunitario: il bilanciamento non mette il diritto di azione collettiva al riparo da valutazioni ispirate dagli equilibri interni all'UE che assegnano ancora una indiscussa priorità alle ragioni dell'integrazione economica e del mercato libero*

completa realizzazione della libertà economica dovrà esser rimosso sia esso di natura provvedimentale – e quindi riconducibile ad una Autorità pubblica – sia lo stesso imputabile ad un soggetto privato, come il sindacato. Argomento, questo, la cui dubbia fondatezza rende ancor più deboli le basi su cui la Corte ha costruito le proprie decisioni⁹⁸.

concorrenziale”. Con la carta di Nizza gli equilibri interni vengono mutati poiché le libertà economiche subiscono il bilanciamento con i diritti sociali con i quali devono necessariamente conciliarsi; ma il vantaggio derivante dal bilanciamento è tuttavia temperato dalla circostanza che il bilanciamento avviene nell'ambito di un sistema normativo che non riconosce la priorità dei diritti sociali fondamentali e che al massimo consente ai diritti sociali di porre limiti alle libertà economiche; limiti proporzionati e giustificati da ragioni imperative di interesse generale.

⁹⁸LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking, Lav.dir.*, 2008, critica in particolare i precedenti che la Corte di Giustizia richiama a fondamento della attribuzione di efficacia orizzontale alle disposizioni in materia di tutela della prestazione di servizi. “*Gran parte di quella giurisprudenza interveniva a censurare misure private apertamente discriminatorie, il cui fine era quello di escludere i cittadini di altri Stati membri dal godimento di diritti che si intendevano riservare ai cittadini nazionali; mentre nei casi qui in oggetto la misura privata – ovvero lo sciopero – costituisce essa stessa esercizio di un diritto da parte dei cittadini nazionali e non interferisce in alcun modo con l’esercizio di quello stesso diritto da parte di cittadini stranieri*”.(..) Viene così accolta quella indicazione, da alcuni prospettata da altri paventata, giusta la quale ogni ostacolo frapposto dai privati alla piena esplicazione delle libertà economiche nel mercato unico andrebbe sottoposto ad una sorta di test, definito *de minimis*, a seguito del quale andrebbero esclusi dalla applicabilità orizzontale dell’articolo 49 Tce solo quei casi in cui “i soggetti privati semplicemente non hanno poteri sufficienti per impedire ad altri di godere dei propri diritti alla libera circolazione”

La matrice europea del conflitto tra diritti sociali quali il diritto di sciopero e libertà economiche fa sì, peraltro, che le questioni poste superino l'ambito delle prestazioni transnazionali di servizi, lo sciopero e la contrattazione ma, come si è anticipato, ben possano essere estese ad altre libertà, ad altri diritti⁹⁹.

Nonostante ad una prima impressione possa apparire diversamente, infatti, il percorso argomentativo sotteso al modello giuridico adottato dalla Corte, che individua nella concorrenza la regola generale ed in ogni suo temperamento l'eccezione, è il medesimo che ispira la disciplina dei Servizi di interesse economico generale: ogni limite, ogni deviazione dalle regole che ordinano il corretto svolgimento del mercato è ammesso se e nella misura in cui ciò sia indispensabile e proporzionato al raggiungimento dello scopo, sia questo l'assolvimento di una missione o di un obiettivo di interesse generale o di ordine pubblico sociale¹⁰⁰.

È difficile negare che tale formula, che parrebbe costituire il *leit motif* dei pronunciamenti della Corte, nasconda se non una scala di valori, un ordinato elenco di priorità, sì da indurre alla conclusione che non possa dirsi ancora superata la fase mercantilistica dell'integrazione europea, in cui obiettivo prevalente è il conseguimento di risultati di carattere economico più o meno direttamente

⁹⁹BALLESTRERO, *cit.*, W.P.C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int 55/2007.

¹⁰⁰Sui profili di debolezza del concetto di ordine pubblico così come elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia nelle sent. Laval e seguenti cfr CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, BARI, 2009 p. 132. In particolare si tratta di un limite dedotto dalla direttiva che costituisce il parametro normativo nel caso Laval, Commissione c. Lussemburgo, Ruffert, (dir. n. 96/71/CE in materia di distacco).

coerenti con la creazione di un mercato interno e la realizzazione della concorrenza tra operatori economici e Stati¹⁰¹, a cui non può che esser secondo, in subordine e nei limiti in cui ciò superi i richiamati “test” di necessità e proporzionalità, il soddisfacimento di istanze sociali.

Tale impostazione non consentirebbe, secondo certa dottrina, neppure di rinvenire nelle decisioni della Corte un *bilanciamento*¹⁰² ma solo scelte unilaterali dei giudici,

¹⁰¹ROBIN OLIVIER - PATAUT *Europe sociale ou Europe économique?* in *Rev.dr.trav.* 2008, 80. Le sentenze della Corte di Giustizia in particolare Viking e Laval mostrerebbero i paradossi dell'Unione che ha come primo obiettivo quello di garantire agli operatori economici la libertà di circolazione più ampia possibile. La questione si sviluppa nel confronto abituale tra libertà degli operatori economici protetta dal diritto europeo e diritto sociale di carattere statale.

¹⁰² Di tale avviso anche ORLANDINI, *Autonomia collettiva..*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int 66/2008, “*proprio l'esito delle sentenze induce a dubitare del modo con cui la Corte configura il bilanciamento tra diritto di sciopero e libertà economiche. A ben vedere non viene effettuato alcun bilanciamento nei casi in esame*”. Dopo aver affermato che il diritto fondamentale di sciopero dev'essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal trattato “non fa seguito nessuna valutazione” sull'esigenza di garantire il diritto di sciopero. Precisa l'Autore che la valutazione sulla giustificatezza dell'azione sindacale è concentrata sull'obiettivo che ricorrendo a questa si intendeva perseguire ma non sull'azione in sé. Di tal ché si rilevarebbe totalmente inutile la qualifica del diritto di sciopero come diritto fondamentale. In altra sede lo stesso Autore si esprime in termini di bilanciamento asimmetrico poiché *Il diritto di esercitare l'autonomia collettiva è tutelato nella misura in cui persegua interessi considerati “giustificati” e lo faccia in maniera proporzionata*. Nonostante un'apparente equiparazione diritti sociali e libertà economiche non vengono così collocate sullo stesso piano, “*visto che solo la prima è in sé giustificata, perché, appunto, libertà fondamentale sancita*”

insensibili alle specificità del “*fine sociale*”, “*trattato alla stessa stregua di qualunque altro obiettivo di interesse pubblico*”¹⁰³. Saremmo, si potrebbe affermare, innanzi ad una vera e propria inversione di gerarchia tra mezzi e fini¹⁰⁴: in attuazione della quale, nel perseguimento degli obiettivi di libera circolazione di capitali, merci e servizi da parte dei singoli Paesi membri, le norme sociali vengono, sì, ammesse, ma solo limitatamente allo spazio in cui non turbino la realizzazione della competizione economica, che costituisce il fine ultimo dell'ordinamento giuridico in ragione dell'adesione al dogma per cui la crescita di produzione e commercio è un fine in sé¹⁰⁵.

dal Trattato”. Il diritto sociale non scaturisce invece dal quadro normativo europeo ma è riconosciuto dal diritto dell'Unione “*a condizione che sia affermato a livello nazionale. L'UE non aggiunge nulla al suo contenuto, tant'è che, se lo Stato membro non lo riconoscesse, il problema del bilanciamento con la libertà di mercato neppure si porrebbe.* ORLANDINI, *Libertà economiche e cittadinanza sociale europea*, in *www.Europeanrights.eu*.

¹⁰³PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE*, *Riv.it.dir.lav.* 2010, I 523.

¹⁰⁴SUPIOT, *cit.*, *Lav. Dir.* n. 3, 2011 p. 50. Secondo l'Autore, che in realtà si riferisce al mercato internazionale, tale processo dovrebbe essere invertito; i contenuti delle disposizioni europee od internazionale dovranno essere sottoposte al principio di giustizia sociale così che la liberalizzazione dei capitali e delle merci potrà esser ammessa ma solo nella misura in cui sia effettivamente favorito l'esercizio del diritto di tendere al progresso materiale e sviluppo spirituale dell'uomo. La liberalizzazione diventerebbe così uno dei mezzi possibili per la realizzazione dell'obiettivo di giustizia sociale e non un fine a sé. Secondo Supiot proprio per questo la dottrina giuslavoristica si dovrebbe occupare, tra le sue priorità di esplorare la dimensione sociale del diritto commerciale.

¹⁰⁵SUPIOT, *cit.*, *Lav.dir.*, “ *i nuovi metodi di governance pubblici o privati danno un grande uso di indicatori quantitativi che sono essi stessi veicoli di una normatività intrinseca e danno un'apparenza*

Nel tesissimo contesto tracciato in cui a contrapporsi non sono solo valori diversi ma anche tradizioni (giuridiche e culturali) ordinamenti (europeo e nazionali) e giudici (v. contrasto tra Corti), il mutamento di maggior rilievo è come noto costituito dalla modifica dei Trattati e dall'approvazione del Trattato di Lisbona, il cui carattere simbolico si trova forse a prevalere su quello pratico ed effettivo¹⁰⁶.

È stato definito una tappa “storica” in senso “meno mercantilistico e più socialmente compatibile” del processo di crescita dell'Unione europea¹⁰⁷, od ancora un

tecnica e oggettiva a delle scelte di valore che vengono così sottratte al dibattito democratico”. Secondo Supiot la risposta è stabilire un collegamento tra le regole sociali e quelle commerciali introducendo negli accordi una clausola sociale (discorso che ben potrebbe esser adattato al caso in esame di liberalizzazione dei servizi). Rifiutata in ambito WTO, tale clausola fa sì che sia svelato il carattere artificiale della distinzione tra le dimensioni economiche e sociali delle attività umane. Si tratta di clausole che proliferano nei trattati commerciali bilaterali e che in seguito al fallimento delle negoziazioni multilaterali condotte nel WTO tornano ad esser conclusi. A tal riguardo si veda il Regolamento 980/2005 UE che riconosce preferenze tariffarie ai paesi vulnerabili che applicano una serie di convenzioni sì che vengano combinate la dimensione sociale, ecologica e istituzionale.

¹⁰⁶Il giudizio sulle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona generalmente non è positivo. Particolarmente criticata è la partizione tra Trattato sull'unione e Trattato sul funzionamento. Si è osservato, di ogni ragionevolezza non essendovi alcuna gerarchia tra le disposizioni contenute in uno o nell'altro Trattato. Si veda in particolare la severa riflessione di BRONZINI, *Il Trattato di Lisbona: funzionerà il compromesso dilatorio? Quest. Giust.* 2008, 133 secondo il quale il complesso apparato normativo costituito dai due trattati e dai numerosi protocolli annessi darebbe addirittura illeggibile, incerto e caotico.

¹⁰⁷PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali*

segno del superamento di quella frigidità sociale che inizialmente Mancini riteneva connotasse l'Europa, infine è stato letto come primo indice dello spostamento del pendolo dall'Europa economica a quella sociale¹⁰⁸.

L'innegabile valenza simbolica dell'atto viene in particolare attribuita al fatto che ad esito della “*rivoluzione*” di Lisbona nel TUE sia sparito ogni riferimento alla concorrenza come obiettivo e che nel TFUE (art. 3 lett. b) la stessa sia semplicemente contemplata tra le materie di competenza esclusiva del legislatore europeo, mentre il riferimento alla concorrenza non falsata sia trasmigrato nel protocollo 27 e contestualmente ricondotto ad un'economia *sociale* di mercato¹⁰⁹, espressione anch'essa di non immediata

nell'ordinamento UE, Riv.it.dir.lav. 2010, I 523. L'A. ritiene che tale passaggio segni la fine della stagione di ancillarità del diritto sociale europeo al diritto degli scambi e commerciali e la definitiva caduta della funzionalizzazione della normativa sociale alla realizzazione di un efficiente mercato delle merci del capitale e del lavoro. Viene infatti meno la costruzione economico centrica dell'ordinamento europeo affiancandosi ai pilastri della libertà di concorrenza e della libera circolazione un nutrito elenco di diritti fondamentali. Diritti individuali e collettivi dovranno quindi essere bilanciati; fermi i mezzi e le finalità dovrebbe emergere un nuovo anelito alla valorizzazione delle compatibilità sociali.

¹⁰⁸GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea, Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2010 p. 4. Si chiede l'Autrice come sia possibile garantire i risultati favorevoli a consumatori, utenti, contribuenti e lavoratori mediante la liberalizzazione che ha la sua ragion d'essere nella riduzione dei costi. Il rischio è ovviamente quello di incidere negativamente sulla qualità dei servizi perché gli standard di qualità sono difficilmente contrattabili ex ante prima delle liberalizzazioni o nel bando e difficilmente rilevabili ex post.

¹⁰⁹Avrebbe trovato quindi (solo) parziale attuazione l'elenco delle indicazioni che D'ANTONA (*La politica sociale nell'iniziativa*

percezione¹¹⁰. Di tal ché dopo il 2009 potrebbe apparire

della Commissione Cee: utopia o realtà? In *Dir.rel.ind.* 1991, 11-14 aveva molto tempo fa offerto per la costruzione di una dimensione sociale dell'Europa integrata nel mercato. Accanto ad una revisione dei trattati che consentisse ai cittadini europei di votare liberamente programmi di politica sociale, veniva indicata la necessità di una revisione delle procedure deliberative che offrendo maggior potere al Consiglio di fatto impedisse alla Commissione di sbilanciarsi politicamente. Ancor più interessante è l'importanza che viene attribuita al sindacato europeo, rappresentativo del movimento sindacale dei paesi europei, ed alla contrattazione collettiva *“che superi gli equivoci del dialogo sociale”* e che costituisca di fatto un modulo normativo flessibile ma comunque una fonte comunitaria vera e propria. Diversamente, conclude D'ANTONA, *“la dimensione sociale dell'Europa comunitaria rischia di restare (..) confinata in una posizione strumentale e periferica rispetto alle dinamiche dure dei processi di integrazione dei mercati”*.

¹¹⁰ Addirittura secondo TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, Gruppo di Pisa 2012, si tratterebbe di un'espressione in grado di ridurre *“la valenza dell'inserimento dei diritti sociali nella direzione di una subordinazione delle politiche statali ai meccanismi di mercato”* soprattutto se coordinata con il contraddittorio mantenimento all'interno del TFUE, agli artt. 119 e 120 della precedente dizione: economia di mercato aperta e in libera concorrenza. A tal riguardo è stato osservato infatti che comparando i due Trattati, risultano, così, emergere due diverse nozioni di economia di mercato, l'"economia sociale di mercato", della norma sugli obiettivi dell'Unione e l'«economia di mercato aperta e in libera concorrenza» degli articoli del TFUE dedicati alla politica economica e monetaria. *“Qui il pendolo (..) sembra essersi fermato proprio a metà dell'oscillazione fra economia sociale ed economia di mercato. Di fronte alle due nozioni ci si può allora attendere che sia ancora una volta la Corte di giustizia a svolgere quel decisivo ruolo di bilanciamento fra valori economici (e valore della concorrenza, in particolare) e valori sociali”*. ALAIMO -

saggio accantonare ogni atteggiamento di pessimistico *autocompiacimento* sulla tendenza filomercantilistica dell'Unione, per – al contrario – leggere nella concorrenza non più un fine ma uno strumento volto, addirittura, a garantire una miglior tutela dei diritti sociali fondamentali¹¹¹, benché resti oscuro – si osserva – quali

CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa sociale nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int, 82/2010.

¹¹¹Se è vero che la concorrenza sarebbe forse in grado di intervenire laddove le risorse pubbliche non sono più in grado di farlo (cfr i recenti problemi dovuti alla riduzione delle risorse destinate al trasporto locale con ricadute riduzione dei servizi e della loro qualità) il rischio è che il servizio “privatizzato” ed offerto in regime di concorrenza possa esser di fatto garantito solo a quanti si possano permettere di affrontarne il costo, così aprendo nuovi e complessi dibattiti sulla accessibilità al diritto garantito tramite l'erogazione del servizio. Più diffusamente e di particolare interesse cfr le riflessioni sull'impovertimento del ruolo dello Stato nell'ambito della tutela dei diritti sociali e fondamentali cfr GAMBINO - NOCITO, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, ASTRID on line luglio 2012. “A fronte di tale condizionamento della discrezionalità legislativa e di bilancio degli Stati, imposta (o auto-imposta) dalle istituzioni europee, il rischio evidente, dunque, è che i diritti, e non necessariamente solo quelli sociali, non disporranno di risorse pubbliche idonee a sostenere i corrispondenti servizi pubblici attuativi delle funzioni pubbliche. A fronte di un simile scenario di riduzione delle risorse pubbliche disponibili risulta compromessa la stessa giustiziabilità dei diritti fondamentali (sociali e non). Tale rischio appare ancora più evidente quando si rifletta all'attuazione delle discutibili previsioni accolte nel novellato art. 81, VI co., Cost., che rinvia alla legge il compito di disciplinare, per il complesso delle amministrazioni pubbliche, le modalità che lo Stato nelle fasi avverse del ciclo economico deve seguire per concorrere “ad assicurare il finanziamento da parte degli altri livelli di governo dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali

siano le modalità con cui ciò possa avvenire¹¹². La concorrenza diviene, secondo tale interpretazione positiva e propositiva del Trattato di Lisbona, essa stessa un mezzo, uno strumento per garantire i diritti sociali fondamentali, e non un fine preordinato a questi ultimi¹¹³.

Il trattato di Lisbona pur non tracciando una ben definita ed organica politica dell'Unione in materia sociale, segnalerebbe quindi la presenza di molta “più Europa sociale” rispetto ai testi precedenti¹¹⁴, proprio nella

inerenti ai diritti civili e sociali”. Osservano gli A. che un simile condizionamento impatta negativamente sulla stessa esigibilità dei diritti fondamentali, trasformandoli in “diritti finanziariamente condizionati” e scaricando sui giudici di ultima istanza (Corte costituzionale, Corte di cassazione, Corte di Giustizia dell’Unione Europa) la decisione sul bilanciamento fra sostenibilità finanziaria ed effettività del godimento del diritto sociale.

¹¹²Dubbi che non possono che esser alimentati dal contesto economico attuale poiché le innovazioni non hanno impedito che nella prassi continui ad essere presente “la logica del decoupling tra politiche economiche e sociali” che ha di fatto sottratto queste ultime all’intervento diretto dell’Unione oltre che dar vita ad una politica economica “dissociata” tra i vari paesi, ROCCELLA - TREU, *Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, CEDAM, PADOVA, 2012

¹¹³GOTTARDI, cit.

¹¹⁴ Benché, come ricorda CARABELLI, *cit.*, Cacucci BARI 2009, in realtà la ricostruzione degli step normativi dall’Atto Unico europeo (1986) al Trattato di Maastricht (1991) al Trattato di Amsterdam (1997) al Trattato di Nizza (2001) dimostrino che in realtà da tempo il legislatore europeo abbia collocato finalità economiche e sociali sul medesimo piano. Criticando le tesi più severe che contestano il raggiungimento di una effettiva condizione di pari dignità l’Autore osserva che la Comunità avrebbe oggi assunto un nuovo assetto fondato sul principio comunitario di tutela del lavoro “*ovvero di riconoscimento e garanzia dei diritti dei lavoratori*”. Si tratta di una visione che, si osserva, lo stesso Autore è costretto a misurare

riformulazione di obiettivi e valori (art. 2 TUE¹¹⁵) nonché nell'introduzione dell'obiettivo di *economia sociale di mercato fortemente competitiva* che mira all'occupazione ed al progresso sociale¹¹⁶ e che parrebbe riequilibrare la gerarchia tra principi economici e sociali senza attingere ai

con l'inequivocabile rotta mercatocentrica seguita dalla Corte con le sentenze Laval e successive. A tal proposito nel medesimo saggio pur riconoscendo che la Corte, con le sentenze citate, “*risulta meritoriamente volta a proiettare l'Unione europea verso un futuro assetto fondato non esclusivamente su valori economici*” ma anche su diritti fondamentali e sociali della persona, “*manifesta evidenti limiti culturali*” mostrandosi ancora fortemente legata ad una concezione di Unione europea di carattere principalmente economico.

¹¹⁵Testualmente: *L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini.*

¹¹⁶ROCCELLA - TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, CEDAM, PADOVA, 2012. Particolare rilievo assumerebbe l'art. 6 della Carta di Nizza, in grado di riequilibrare la posizione dei diritti sociali riconosciuti nella carta nei confronti di concorrenza e libera circolazione; l'art. 9 TFUE inoltre introduce una clausola sociale su cui nel tiene conto nella definizione e attuazione delle sue politiche delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello occupazionale e la garanzia di una adeguata protezione sociale la lotta all'esclusione sociale e un livello elevato di istruzione, formazione e tutela della salute umana. L'impegno dell'Unione nel coordinamento delle politiche europee comporta la necessità di garantire la coerenza fra le iniziative economiche e quelle sociali al fine di evitare che le ragioni dell'economia prevalgano su quelle di coesione e solidarietà. Nello stesso senso si pone l'art. 156 TFUE che rafforza il ruolo attivo della commissione per il coordinamento e promozione politiche sociali.

bagagli costituzionali dei singoli Paesi, ma ricorrendo ad una propria elencazione comprensiva di dignità, uguaglianza, parità, solidarietà¹¹⁷.

La modifica che, tuttavia, ha maggiormente inciso sull'impostazione data all'equilibrio tra mercato interno ed istanze sociali è rappresentata dalla attribuzione di valore giuridico di Trattato alla Carta europea dei diritti fondamentali che, pur non introducendo nuove competenze in capo all'Unione, costituisce un importante parametro di legittimità degli atti dell'Unione nonché degli Stati oltre che un elenco di principi ispiratori della interpretazione del diritto europeo e nazionale.

Per completezza è doveroso dare atto delle persistenti perplessità manifestate da quanti dubitano che, in particolare, dalla “giuridificazione” della Carta di Nizza grandi cambiamenti possano essere attesi, soprattutto in ordine alla sua idoneità ad incidere sui valori posti a fondamento della stessa Unione, rimanendo la Corte di Giustizia¹¹⁸ ancorata ad una visione dell'ordinamento giuridico europeo quale garante del libero scambio e ad una concezione economico centrica dell'ordinamento comunitario. Si potrà, pertanto, parlare di salto di qualità

¹¹⁷BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al trattato di Lisbona* (a cura di BASSANINI - TIBERI), Il Mulino, BOLOGNA, 2010. Più fiducioso, ritiene l'Autore che la linea evolutiva prioritaria corre lungo il dispiegamento nelle corti di tutte le potenzialità garantistiche delle norme della carta di Nizza. Dopo il Trattato di Nizza è stato, infatti, registrato un intervento più forte della corte di giustizia a tutela dei diritti fondamentali anche se non richiamando espressamente Nizza.

¹¹⁸CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociali*, CACUCCI, BARI, 2009.

ma non di vero e proprio avanzamento¹¹⁹ essendo, anche dopo Lisbona, comunque *flebile* la tendenza ad una “*risocializzazione dell’Unione europea*”¹²⁰. Se è innegabile infatti che per la prima volta i diritti sociali abbiano espressamente fatto ingresso all'interno del *legal framework* dell’Unione europea, essendo sino al 2009 i diritti sociali rimessi alle politiche nazionali, è stato dai più riscontrato come l’effettiva portata applicativa degli stessi sia condizionata all’interpretazione ed all’uso che del catalogo dei diritti i giudici di Lussemburgo faranno¹²¹, né più né meno come avvenuto prima dall’approvazione del Trattato di Lisbona¹²².

¹¹⁹CARABELLI, *Unione europea e libertà economiche sociofaghe (Ovvero quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in FOGLIA - COSIO, *Il diritto del lavoro nell’Unione europea*, Giuffré MILANO 2011. Più fiducioso CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D’Antona.int, 81/2010.

¹²⁰PESSI, *Lavoro, mercato, ordine spontaneo, regolazione transanzionale*, *Riv.it.dir.lav.*, 2009, 277. L’Autore ritiene, infatti che, il paradigma “ispiratore” dell’Unione europea resti comunque il mercato e la concorrenza tra ordinamenti.

¹²¹“Sono” del resto “*i giudici lo strumento di principale di avveramento dei diritti sociali*”, come afferma BARBERA *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D’Antona.int 95 2012.

¹²²In realtà da una rassegna della Giurisprudenza della Corte di Giustizia recante riferimenti alla Carta di Nizza successivamente alla attribuzione alla medesima della vincolatività giuridica, BRONZINI, *Le tutele dei diritti fondamentali: il ruolo della Carta di Nizza*, newsletter 32 Europeanrights.eu, 2012 e la loro effettività, deduce un mutamento dell’orientamento *giurisprudenziale*. Cita in particolare la sent.CGUE 22.11.1011 *Scarlet Extended SA C-70/2010*. Ritiene l’Autore che in tale caso la Corte abbia operato un bilanciamento ragionevole tra libertà economiche ed altre

Benché dunque non possa esser sottovalutato l'aumento della *coscienza* sociale del legislatore europeo, già manifestata in sede pretoria, quasi a voler colmare gli squilibri creati dal mancato coordinamento tra esigenze europee di mercato ed istanze nazionali, irrisolti restano alcuni nodi; primo tra questi per l'appunto quello derivante dalla individuazione di strumenti attuativi che siano in grado realmente di conciliare i rapporti tra tali diritti sociali e le libertà economiche¹²³, resi ancor più complessi dalla scelta dei redattori della Carta di Nizza di non introdurre alcuna gerarchia tra gli stessi¹²⁴.

Quanto al rinnovato quadro normativo relativo ai servizi generali, successivo al Trattato di Lisbona, più di un autore ha dedotto un più ampio e strutturale cambiamento nella politica europea. L'elaborazione di un concetto europeo di servizio generale, nato dall'aggregazione dei valori individuati all'interno del Protocollo 26 sopra richiamato, dovrebbe infatti leggersi quale espressione di un nuovo equilibrio tra istanze sociali e mercato¹²⁵, già del resto

pretese soggettive primarie (anche di interesse pubblico come la libertà di informazione) pervenendo così ad una interpretazione costituzionalmente orientata, alla luce della Carta, della legislazione sovra-nazionale *“che, come insieme di provvedimenti con finalità prevalentemente di natura economica strettamente connesse al mercato unico continentale, viene indirizzata verso il rispetto di finalità più ampie e comprensive.*

¹²³ROCCELLA-TREU, cit., CEDAM PADOVA 2012.

¹²⁴Di tal ché, constata anche la indeterminatezza delle affermazioni di diritti e libertà, la Corte non potrà che orientare le proprie decisioni al principio ispiratore di prevalenza del diritto europeo dei trattati ergo delle libertà economiche. Cfr BARBERA, *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int 95/2012.

¹²⁵GALLO, *I servizi di interesse economico generale, Stato, Mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea* in *“Contratti e*

accolto dall'art. 36 della Carta di Nizza¹²⁶. Dalla collocazione di quest'ultima disposizione nel capo IV dedicato alla "solidarietà" nonché dal suo contenuto, si è argomentato come questa rappresenti, unitamente all'art. 14 TFUE, il nuovo punto di incontro tra "dimensione sociale" europea da un lato e mercato e concorrenza, dall'altro¹²⁷. Staremmo assistendo, quindi, ad un profondo

commercio internazionale", Giuffré, MILANO, 2010. Si segnala tuttavia la posizione invece cauta dell'Autore nei confronti del trasferimento di competenze dall'Unione Europea alle Autorità nazionali. Ritene infatti GALLO che non si tratti del solo ed unico strumento di garanzia del livello qualitativo del servizio. Al contrario per garantire un maggior equilibrio tra obiettivi di carattere economico in termini di maggiore liberalizzazione e concorrenza e finalità di carattere sociale come la protezione di ambiente, salute, lavoro e consumatori la via percorribile sarebbe quella di sfruttare le potenzialità normative e gli argini di flessibilità offerti dal diritto dell'Unione Europea preferibilmente "associandola alla adozione di un atto di natura vincolante e a portata orizzontale sui sieg". Sempre secondo GALLO "dall'esame complessivo del quadro generico dell'unione infatti si desume che da un'impostazione iniziale caratterizzata dall'obiettivo della concorrenza su quello delle garanzie sociali nell'erogazione dei sieg si è passati prima ad una conciliazione tra le esigenze del libero mercato e quelle dell'accesso ai servizi poi all'indicazione di un collegamento tra tali servizi la cittadinanza europea e la tutela dei diritti fondamentali e infine ad un riconoscimento di tale accesso quale obbligo positivo (inteso non più solamente quale deroga alle norme della concorrenza e del mercato interno indirizzato agli stati ed all'unione)".

¹²⁶Che secondo LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in LUCARELLI-PATRONI GRIFFI (a cura di) "Dal trattato costituzionale al trattato di Lisbona", Edizioni scientifiche italiane, 2009, costituirebbe un vero e proprio strumento di temperamento delle più recenti spinte liberiste europee, unitamente ai già citati ulteriori riferimenti 14 TFUE e Protocollo 26.

¹²⁷GALLO, *cit.*, Giuffré, MILANO 2010. vi è tuttavia chi ha

mutamento nella concezione di servizi di interesse generale, da mera fattispecie derogatoria, ricavata *a contrario* nello spazio risultante dal fallimento del mercato e quindi precluso alla concorrenza, a “*principio positivo costituzionale*” strettamente connesso a sua volta all’esercizio dei diritti sociali fondamentali e dei diritti di cittadinanza, non solo ispiratore dell’operato delle istituzioni europee e della Corte di Giustizia, ma vero e proprio *perno* di un nuovo modello sociale europeo¹²⁸.

L’importanza della costruzione di una disciplina dei servizi pubblici europei come risultante dal testo del Trattato è stata riconosciuta anche da chi ha letto un’incongruenza potremmo dire culturale tra l’art. 14 TFUE ed il dettato dell’art. 106 TFUE ispirati l’uno alla funzionalizzazione delle esigenze economiche alle istanze sociali, l’altro alla sovraordinazione dei principi economici sulla funzione sociale¹²⁹. Nonostante tale contraddizione,

individuato nel dettato degli artt. 14 e 106 TFUE (ex artt. 16 e 86 TCE) un atteggiamento incongruente ed ambivalente del legislatore.

¹²⁸Di quest’avviso sempre GALLO, cit., Giuffré, Milano 2010, secondo il quale la regolazione infatti quando interviene in settori socialmente sensibili come quelli dove sono offerti i SIG e i SIEG, proprio perché incide sulle politiche redistributrici e di coesione sociale, risponde a principi autonomi rispetto a quelli che governano il mercato. Un segnale importante di tale collegamento tra servizi e solidarietà sarebbe costituito proprio dalla concezione di servizio universale e dalla individuazione degli obblighi di servizio pubblico che definiscono la missione di interesse generale. L’Autore ritiene, più precisamente, che il nuovo quadro normativo lasci trasparire una lettura dei servizi non più espressione di semplici principi regolatori del mercato libero ma anche di un diritto fondamentale alla fruizione di servizi essenziali.

¹²⁹MONCERI *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Edizioni ETS 2011, PISA.

sintomo di un atteggiamento ambivalente delle istituzioni europee, emergerebbe l'intenzione di valorizzare un settore in cui la regolamentazione non può esser diretta al mero raggiungimento dell'efficienza economica *“perché le regole della concorrenza se seguite acriticamente non sono in grado di garantire anche lo sviluppo sociale che dipende da scelte di politica pubblica”*¹³⁰.

Corroborata la tesi di un nuovo equilibrio tra concorrenza e protezione sociale la modifica che l'approvazione del Trattato di Lisbona ha apportato anche all'art. 3 par. 2 del TUE rispetto a quanto precedentemente previsto nel

¹³⁰Osserva MONCERI, *cit.*, che difficilmente conciliabile è la promozione di istanze sociali sottostanti alla erogazione di SIEG, comunque chiamati a svolgere funzioni sociali, con le regole della concorrenza. Il principale punto di scollamento che l'Autore individua soprattutto nel confrontare la disciplina dei SIG/SIEG e dei servizi pubblici a livello nazionale è rappresentato dal fatto che mentre i servizi nazionali sono sempre ispirati ad una funzione sociale, alla promozione dell'uguaglianza sostanziale, indipendente dalle condizioni dei destinatari, a livello europeo ciò vale solo per i servizi privi di rilievo economico, perlopiù servizi sociali, che rispondono a principi di solidarietà e sono erogati per redistribuire redditi alle categorie svantaggiate, privi di rilievo economico. I SIEG invece sono invece in linea generale assoggettati alle regole della concorrenza. A tal proposito merita ricordare che ad avviso dell'A. il principio di coesione territoriale nell'erogazione dei servizi di interesse economico generale è uno strumento che può produrre un miglioramento del livello di uguaglianza sostanziale dei cittadini realizzabile solo a livello sovranazionale almeno per quel che riguarda la individuazione delle aree regionali svantaggiate in una attività che si affianca a quella svolta dagli stati al loro interno. Quindi comunque ora non può davvero riscontrarsi una totale indifferenza da parte di un ordinamento votato alla sola interazione economica ma ad un percorso all'inverso in cui i diritti sociali europei non esistevano dall'origine ma hanno seguito la aspirazione sociale che la comunità andava acquisendo negli anni.

Trattato costituzionale. La disposizione, si ricorda, non fa più menzione alcuna, tra gli obiettivi, della realizzazione di un mercato interno fondato sulla concorrenza “libera e non falsata”, da considerarsi ora una delle materie di competenza dell’Unione¹³¹. Il passaggio da obiettivo a materia di competenza, nel nuovo contesto di promozione dei servizi di interesse generale, avrebbe addirittura reso la tutela di questi ultimi, nobilitati a strumento di coesione sociale e territoriale, un *prerequisito* essenziale al perseguimento delle politiche pubbliche europee e nazionali in grado di ricostruire “*il nesso consequenziale tra erogazione dei servizi, responsabilità pubblica, beni comuni e tutela dei diritti fondamentali*”¹³². L’operato dei

¹³¹Né si tratta di modifica i cui effetti sono stati temperati dal Protocollo sul mercato interno e sulla concorrenza che il Consiglio ha chiesto fosse adottato dalla Conferenza intergovernativa. “È innegabile che il Protocollo continui a considerare la concorrenza non falsata quale parte del mercato interno e non come un obiettivo in sé”. Di tale avviso BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, *Dir.Un.Eur.*, 1, 2008, p.21. Osserva peraltro l’A. che la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo “*potrebbe risentire della rimozione della libera concorrenza dall’art. 3 TFUE*”, soprattutto se rapportata ai menzionati art. 14 TFUE e Protocollo 26. Detta disciplina sui SIG potrebbe infatti indurre i Governi ad un maggior attivismo nella protezione di imprese strategiche, anche con aiuti di stato.

¹³²LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in LUCARELLI - PATRONI GRIFFI (a cura di) “*Dal trattato costituzionale al trattato di Lisbona*”, Edizioni scientifiche italiane 2009. “*Il tutto rafforzato ancor più dall’ultimo cpv dell’art. 14 TFUE che addirittura riconoscerebbe la competenza degli stati nel rispetto dei trattati di fornire fare eseguire e finanziare tali servizi. In sostanza alla luce della nuova disposizione i SIEG potrebbero esser gestiti attraverso l’intervento della mano pubblica. Un singolo stato potrebbe decidere di gestire tale servizio con efficienza ma in una dimensione pubblicistica che alla logica del*

singoli Stati, destinatari sulla base del Trattato di un ampio potere discrezionale quanto alla individuazione dei servizi di interesse generale e delle migliore modalità di gestione e finanziamento degli stessi, non sarebbe più, quindi, ispirato al perseguimento di un mercato concorrenziale anche in tale settore¹³³, ma orientato alla realizzazione quale prioritario obiettivo, di una garanzia di protezione sociale minima, potenzialmente estesa alla totalità del territorio europeo¹³⁴. In tale contesto, pur restando fermo

profitto preferisca la giustizia sociale, la tutela del lavoro, della salute, dell'ambiente in una logica di democrazia della prossimità che sia in grado di garantire e distribuire risorse alle popolazioni locali.”

¹³³Soprattutto alla luce della collocazione dell'art. 14 TFUE, discenderebbe un enfaticizzazione della missione affidata ai SIEG, di tal che la regola di concorrenza nell'ambito dei SIEG non avrebbe più valore assoluto ma sarebbe “*limitata dal raggiungimento dei fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, la solidarietà, l'elevato livello di occupazione e la protezione dell'ambiente, della salute, dei consumatori*”.

¹³⁴A tal riguardo cfr anche LUCARELLI, a commento della sentenza corte cost. 24/2011 “*I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*” in *Giur.cost.* 2011, 262 con cui la Corte dichiara la ammissibilità del quesito referendario sul 23 bis 112/2008. Secondo l'Autore la tesi sostenuta dal governo in sede di giudizio di costituzionalità secondo la quale la liberalizzazione dei servizi pubblici sarebbe stata espressione di una richiesta proveniente dall'Unione Europea non sarebbe più sostenibile, successivamente al Trattato di Lisbona. Il diritto europeo (art. 345 TFUE) non impone, infatti, obblighi di privatizzazione per le imprese pubbliche o incaricate della gestione di servizi pubblici, ispirandosi invece ad un principio di neutralità rispetto al regime pubblico o privato della proprietà, che unitamente al principio di libera definizione e proporzionalità caratterizza la disciplina comunitaria dei servizi di interesse

l'esercizio di un controllo in capo alle istituzioni europee ed in particolare alla Commissione, dovrebbe leggersi un vero e proprio processo di responsabilizzazione degli Stati¹³⁵ e, nel rispetto del principio di sussidiarietà e prossimità, delle Autorità locali coinvolte nella gestione dei servizi¹³⁶ siano o meno dotati di rilievo economico.

generale. Secondo l'autore il trattato di Lisbona ha riequilibrato il modello socio economico europeo fondato sull'entrata in vigore della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e sulla importanza dei SIEG nell'ambito dei valori comuni dell'unione, sul richiamo alla coesione economica sociale e territoriale nella disposizione dedicata ai valori dell'unione (art. 3 tue) dalla quale invece scompare il riferimento ad un mercato interno. Secondo Lucarelli con il 23 bis il legislatore si sarebbe ispirato ad un disfavore nei confronti dell'affidamento diretto fornendo una visione anacronistica del diritto dell'Unione Europea, strumentale all'imposizione di obblighi di privatizzazione in realtà non derivanti dall'UE. Il favor verso la concorrenza espresso dal 23 bis si pone addirittura in contrasto con le tendenze evolutive del diritto dell'Unione. Mercato e concorrenza non sono più principi dominanti, istituti e categorie che si collocano all'interno del diritto pubblico europeo dell'economia ossia complesso di principi regole decisioni giurisprudenziali comunitarie ed interne che delineano uno spazio pubblico nel quale alle istituzioni sono assegnate funzioni rilevanti anche gestionali e dove la sfera sociale intesa quale eguale soddisfacimento di diritti sociali non soccombe dinanzi al mercato".

¹³⁵Se non addirittura di vero e proprio "riarmo" della Pubblica Amministrazione, come sostenuto da LUCARELLI, cit., LUCARELLI-PATRONI GRIFFI (a cura di) "Dal trattato costituzionale al trattato di Lisbona", Edizioni scientifiche italiane 2009. Si ritiene, inoltre, che tali innovazioni abbiano decisamente condotto alla inidoneità delle politiche europee ad essere evocate quale sollecitazione e giustificazione della liberalizzazione dei servizi pubblici.

¹³⁶Pertanto, sempre secondo LUCARELLI, cit., in LUCARELLI-PATRONI GRIFFI (a cura di) "Dal trattato costituzionale al

IV) I servizi pubblici in Italia. Quel che resta di una nozione.

Fermo l'inserimento dell'attuale disciplina dei servizi pubblici all'interno dei confini "europei" sin qui tracciati, la nozione di servizio pubblico¹³⁷ andata formandosi

trattato di Lisbona", Edizioni scientifiche italiane 2009, il Comune potrebbe svolgere un ruolo decisivo anche di gestione diretta nella governance dei SPL, nella consapevolezza di erogare tali servizi in situazioni geografiche, sociali e culturali diverse e con l'obbligo di erogare un servizio di alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, in condizioni di parità di trattamento e promuovendo parità di accesso al servizio universali e diritti degli utenti.

¹³⁷Cfr la ricostruzione di DI GASPARE *Servizi pubblici locali in trasformazione* Cedam, PADOVA 2010. Osserva l'autore come si tratti di una nozione ambigua prevalentemente intesa come attività economica (produzione di beni e servizi) svolta per il soddisfacimento di interessi della collettività con modalità (diritti esclusivi= e finalità diversa (non necessariamente lucrativa) da quelle tipiche del mercato. Va tenuta quindi distinta dalla nozione di derivazione francese, che comprende anche la funzione pubblica intesa come attività autoritativa dei pubblici poteri così come dalle attività a contenuto sociale che - svolte da PA e organismi pubblici - hanno finalità esclusivamente sociali e non comportano il corrispettivo da parte dell'utenza. L'Autore ricostruisce inoltre la contrapposizione sorta negli anni Trenta tra nozione oggettiva e nozione soggettiva di servizio pubblico, ritenendo che l'attuale configurazione, oggettiva, finisce con l'ampliare la discrezionalità definitoria del potere pubblico al punto da rendere le due tesi sovrapponibili. Ricorda l'A. inoltre come la storia della nozione sia la storia della municipalizzazione il cui presupposto è costituito dalla impossibilità per l'impresa privata di assolvere in regime concorrenziale di efficienza economica il suo compito di miglior veicolo di allocazione delle risorse. Nella nostra esperienza dagli anni 30, ricorda DI GENTILE, accanto alle aziende pubbliche

nell'ordinamento italiano dal XIX secolo sino ai giorni nostri merita una riflessione a sé, benché consapevoli che non sia questa la sede per ripercorrere la storia del dibattito sorto intorno alla qualificazione di tale concetto¹³⁸.

È, infatti, nota e da tempo fonte di approfonditi studi pubblicistici, la *querelle* che ha contrapposto in passato ad una accezione soggettiva del servizio pubblico una sua lettura in senso oggettivo. La prima e la più risalente delle interpretazioni¹³⁹ è, secondo autorevole dottrina,

locali e statali attive nei settori riservati operavano imprese in mano pubblica di diritto comune che agiscono sul mercato in regime di concorrenza.

¹³⁸Così come del resto il fine e la natura della presente ricerca non si presta neppure ad una ulteriore precisazione legata quest'ultima alla differenza tra concetto di servizio pubblico e pubblica funzione. Come autorevolmente affermato da CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, MILANO, 2006 tale contrapposizione “costituisce un retaggio dello Stato liberale” che individua le sole funzioni pubbliche quali attività necessarie per la collettività quindi riservate al diritto pubblico. Indici del superamento delle evocate categorizzazioni sono ad esempio costituiti dalla disciplina in materia di sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali che, osserva l'Autore, considera la fornitura di determinate prestazioni “*parimenti necessaria al funzionamento della collettività*”. In entrambi i tipi di attività pubbliche, di servizio e funzione, la legge garantisce quindi la continuità. Senza trascurare che anche l'esercizio di funzioni, che peraltro ben possono essere svolte dal privato dotato di una particolare investitura, si traduce nella erogazione di servizi alla collettività in base alle disponibilità finanziarie dello Stato.

¹³⁹ Ricorda GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, MILANO, 2000 che con l'avvento dello stato liberale del secolo XIX si diffuse il convincimento che i pubblici poteri dovessero astenersi da attività imprenditoriali spettando invece loro di dedicarsi ad attività di utilità generale ma improduttive, come le opere pubbliche idrauliche marittime, igieniche, stradali oppure le

espressione dell'attenzione riposta dai giuristi italiani nei confronti del coinvolgimento dello Stato negli aspetti sociali della vita pubblica. Coerentemente con tale visione è stata ricondotta alla categoria concettuale di *servizio pubblico* ogni attività svolta dalla Amministrazione Pubblica sulla base dell'assunto che la qualificazione della natura pubblica dovesse necessariamente discendere dallo Stato.

Aderendo alla tesi c.d. soggettiva è stata ritenuta ascrivibile alla categoria in esame “*qualunque prestazione di utilità resa da un ente pubblico alla generalità dei cittadini od a determinate persone*”¹⁴⁰, riconducendo al concetto di *utilità* il vantaggio che i singoli ricevono dalla prestazione del servizio o l'utilità specifica dell'ente pubblico, quindi il vantaggio dell'ordine superiore¹⁴¹.

Questa ricostruzione, secondo la maggior parte degli studiosi che si sono occupati delle trasformazioni che hanno coinvolto i servizi pubblici negli ultimi vent'anni, è stata messa in discussione, se non superata, con il mutamento della stessa accezione di Pubblica Amministrazione centralizzata ed avulsa dalla società¹⁴²: trasformazione a sua volta determinata non solo dal progressivo aumento delle occasioni di interazione tra pubblico e privato, per la cui trattazione si rinvia ai capitoli

attività che privati non avrebbero avuto interesse economico a disimpegnare. “*la classe dominante affidava ai pubblici poteri le attività produttive di servizi che essa non riteneva economicamente redditizie*”.

¹⁴⁰NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, voce in CASSESE (diretto da) Dizionario di diritto Pubblico, Giuffré, MILANO, 2006.

¹⁴¹ZANOBINI. È la natura pubblica dell'interesse ad aver giustificato del resto l'introduzione di un regime specifico.

¹⁴²TORCHIA (a cura di) *Il Sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, BOLOGNA, 2009.

successivi, ma indubbiamente stimolata dal legislatore europeo che, peraltro legato ad un approccio sostanzial-funzionalistico, anche nella delimitazione della sfera pubblica¹⁴³, ha per primo ammesso che il servizio pubblico possa esser assicurato dal mercato con la definizione contrattuale di vincoli di garanzia, costituendo l'esclusione dal regime di concorrenza una "eccezione giustificata dalla impossibilità di perseguire diversamente l'interesse generale".

Ad una configurazione soggettiva o formalistica, perché automaticamente dedotta dalla qualifica dell'ente, ne è stata progressivamente privilegiata una di carattere oggettivo che inizialmente si riteneva assorbisse *tutte* le attività economiche indirizzate a fini sociali mediante

¹⁴³NAPOLITANO, *cit.*, Voce in CASSESE (diretto da) Dizionario di diritto Pubblico. Secondo l'Autore l'ordinamento comunitario avrebbe modificato radicalmente il contesto ed i caratteri fondamentali del regime giuridico in cui erano venute a crearsi le varie concezioni tradizionali del servizio pubblico, rivelandosi pertanto inutile oggi ogni tentativo definitorio come confermato del resto dalla stessa Commissione all'interno del Libro verde sui Sig COM (2003) 270 par. 3, per il quale cfr supra par. 1. I servizi, invero, non costituiscono più uno strumento di legittimazione dell'agire dello Stato ma possono essere ancora liberamente utilizzati per il raggiungimento di obiettivi di politica economica e sociale diversi da quelli relativi alla diffusione degli stessi. Il diritto dell'Unione infatti avrebbe, secondo Napolitano, disaggregato gli interessi collettivi e generali connessi ai servizi. La legislazione comunitaria di liberalizzazione dei servizi definiti di interesse economico generale e dalla disciplina della concorrenza, ha dato origine ad un vero e proprio nuovo equilibrio in cui il servizio pubblico può essere assicurato dal mercato con semplice definizione contrattuale dei vincoli a garanzia del perseguimento degli obiettivi di interesse generale mentre l'esclusione della concorrenza è un'eccezione giustificata dall'impossibilità di perseguire diversamente l'interesse generale.

programmi e controlli, ai sensi dell'art. 41 comma 3 Cost.¹⁴⁴. Oggi, questa interpretazione, ampiamente condivisa, si concentra peraltro sull'essenza e sul contenuto del servizio pubblico, inteso come entità comprensiva di quelle prestazioni che per loro *conformazione* è doveroso

¹⁴⁴La nozione oggettiva si è così sempre più intrecciata ai temi della disciplina e della funzionalizzazione delle attività economiche e progressivamente separata invece dal ruolo dello Stato e dei pubblici poteri nonché dal richiamo alla applicazione di uno specifico regime giuridico. In realtà a far entrare in crisi la concezione di servizio pubblico in senso soggettivo è stato l'avvio della municipalizzazione di servizi come farmacie, nettezza urbana, trasporti funebri, costruzione ed esercizio di forni, macelli, bagni, lavatoi pubblici e acquedotti, che la legge Giolitti consentiva fossero gestiti in economia. Osserva GIANNINI, (*cit.*, Giuffré, MILANO, 2000) che ad esito della legge di municipalizzazione poteva succedere che in un Comune vi fosse attività dichiarata pubblico servizio in quello vicino no rivelando così la natura tutta politica dell'opzione. La legge 103 del 29 marzo 1903, voluta ed approvata dal Governo Giolitti ha, infatti, riconosciuto ai Comuni la possibilità di valutare l'opportunità della municipalizzazione non solo sotto il profilo economico finanziario ma anche sotto quello del contributo che la stessa potesse avere nello sviluppo economico e sociale del territorio. L'attenzione verso il fenomeno dei pubblici servizi è aumentata, tuttavia, al secondo dopoguerra, periodo di crescita economica durante il quale oggetto di nuova valutazione diviene l'opportunità politica ed economica della prosecuzione del processo di municipalizzazione (che annoverava ben 60.000 unità lavorative in 630 aziende municipalizzate) come dimostrato dalle ricerche svolte da TOSATTI, *L'applicazione della legge per la municipalizzazione dei pubblici servizi*, in TERMINI, *Dai Municipi all'Europa. La trasformazione dei servizi pubblici locali*, Il mulino, BOLOGNA, 2004. “L'assunzione diretta dei servizi da parte dei comuni rimaneva comunque la via maestra da seguire quando si riteneva necessario fermare lo strapotere delle posizioni monopolistiche di alcune imprese naturalmente a vantaggio dell'utenza”.

siano rese alla collettività a condizioni tali da garantirne la più ampia fruibilità, benché - come già osservava Massimo Severo Giannini - non siano in nessun ordinamento individuabili a priori caratteri in grado di qualificare un servizio pubblico oggettivamente inteso, essendo quest'ultimo espressione di orientamenti politici o ideologici o economici o misti¹⁴⁵.

Detta impostazione sarebbe addirittura avvalorata dalla Carta costituzionale che, nell'ammettere che il servizio pubblico non sia riservato esclusivamente alla pubblica amministrazione o da essa conferito a terzi, avrebbe accolto una nozione *oggettiva* di servizio, riferibile ad imprese private. L'art. 43 Cost., quindi, avrebbe valorizzato non solo l'intervento pubblico nell'economia ma anche un sistema di mercato in cui l'Amministrazione Pubblica è abilitata a concedere, oltre alla gestione di servizi pubblici, la loro titolarità, riservandosi invece la regolamentazione, l'indirizzo ed il controllo¹⁴⁶.

¹⁴⁵GIANNINI, *cit.* Giuffré, MILANO, 2000.

¹⁴⁶VIVARELLI, *La concessione: uno tra gli strumenti di gestione del servizio pubblico*, Riv. Trim. app. n. 3, 2010. Intermedia potrebbe essere ritenuta la definizione secondo la quale il servizio è pubblico in quanto “*reso al pubblico degli utenti per la soddisfazione dei bisogni della collettività nonché in ragione del fatto che un soggetto pubblico lo assume come doveroso*”. Il servizio pubblico ha quindi carattere necessariamente trilaterale, coinvolgendo l'Amministrazione conferente, il soggetto gestore e la collettività che fruisce dei servizi: soggetto quest'ultimo di cui lo stesso Consiglio di Stato ha sottolineato l'importanza, precisando che il servizio pubblico, per esser considerato come tale, debba essere idoneo a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale. Di tal che non può, ad esempio, esser ritenuta servizio pubblico “*l'attività alla quale non corrisponda una specifica pretesa degli utenti come avviene nel caso della gestione di un'opera pubblica*”. In tal senso CASSETTA,

Manuale di diritto amministrativo, Giuffr , MILANO, 2010. Detta nozione c.d. oggettiva verrebbe poi ad essere ricondotta in forza del 41 Cost. alle attivit  economiche indirizzate a fini di utilit  generale tramite programmi e controlli. Impostazione, quest'ultima, che secondo VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Giuffr , MILANO, 2003, “*deve essere risolutamente disattesa*”; non solo perch  “*appare troppo generica e fa perdere qualsiasi specificit  al concetto e lo risolve nella disciplina pubblica dell'iniziativa economica, praticamente funzionalizzando qualsiasi attivit  privata non sprovvista di aspetti ritenuti meritevoli di regolamentazione pubblicistica*”, ma anche perch  fondata perlopi  sull'art. 43 Cost. Osserva VILLATA, che l'art. 43 Cost., dal quale dovrebbe dedursi la totale irrilevanza della qualifica del soggetto gestore, ben si adegua anche alla ipotesi in cui la PA decida di escludere dall'espletamento del servizio ogni privato e decida di gestire direttamente. L'evocazione dell'art. 43 Cost. Sarebbe quindi impropria perch  compatibile anche con la tesi soggettiva. L'Autore costruisce del resto la propria tesi sulla validit  e la attualit  di una concezione soggettiva del servizio che, in linea con la tesi di ZUELLI, (*Servizi pubblici e attivit  imprenditoriale*, Giuffr , MILANO 1973), trova il suo “*nucleo essenziale nella decisione della Pubblica Amministrazione di procedere all'assunzione di un'attivit  come servizio pubblico, in tal modo conseguendone la titolarit *”, non quindi l'esercizio che ben pu  essere affidato a privati. L'Autore sostiene di fatto che la natura del gestore non incida su quella del servizio, purch  laddove questo sia affidato ad un privato continui ad inserirsi all'interno di una organizzazione, ampiamente intesa, connotata dall'esercizio da parte della Pubblica Amministrazione di un potere che CERULLI IRELLI definisce di vigilanza e controllo sulla corretta e, si aggiunge, funzionalizzata erogazione del servizio pubblico. Con riferimento alla titolarit  la tesi di VILLATA, in linea questa volta con gli studi classici di A.ROMANO,   che questa debba indiscutibilmente esser individuata in capo ad un oggetto pubblico, alla cui attivit  il privato si limita a partecipare in virt  di un provvedimento amministrativo.

L'adesione ad una ricostruzione oggettiva, legata ad indici di carattere metagiuridico, non rende peraltro privo di utilità lo sforzo descrittivo né il tentativo di tracciare i confini della categoria di servizio pubblico, e, così facendo, di individuare il limite, se e nella misura in cui questo ancora esista, oltre il quale la concorrenza non possa spingersi.

Benché, infatti, ad una attualizzazione della teoria del servizio pubblico, adeguata alla frammentazione delle esigenze della collettività nonché alla sovrapposizione di fonti regolatrici, sia stato sempre più spesso privilegiato lo studio, di carattere pratico ed occasionale, delle modalità di gestione dei servizi pubblici si è dell'avviso che la scelta di un determinato strumento gestionale comporti necessariamente una riflessione sul *contenuto* della gestione¹⁴⁷.

Si è dell'avviso, infatti, che non tutti i servizi possano essere meramente “delegati” alle dinamiche del mercato, essendo per contro necessario se non il mantenimento di una gestione diretta in capo all'Amministrazione Pubblica, un temperamento di tale processo di depubblicizzazione in ragione dell'interesse pubblico o, come si legge nelle pronunce del Consiglio di Stato, in funzione del *benessere*

¹⁴⁷ Diverso sarebbe invece il punto di vista del diritto comunitario perché orientato al modo in cui i servizi pubblici si inseriscono in un ambiente economico in cui vigono il principio dell'apertura dei mercati e quello della competizione tra le imprese non falsata da interventi dagli stati, e che riconoscendo la funzione svolta dai servizi pubblici per l'attuazione dei valori comuni dell'unione. In questo quadro la Corte di Giustizia (cfr cap.1 par.1) ha sviluppato criteri applicativi e principi generali che tendono a contenere gli effetti devianti che la libertà degli stati riguardo ai propri servizi pubblici potrebbe produrre per il modello di organizzazione economica assunta ad obiettivo dell'Unione europea.

della collettività. Temperamento che ben potrà esser raggiunto con l'esercizio, da parte del soggetto pubblico, di un'attività regolatrice di cui frequentemente la dottrina ha invocato la valorizzazione¹⁴⁸.

Che si tratti di un ente locale o dello Stato, l'Amministrazione Pubblica continua infatti a *dover* avere “*la volontà e la capacità di emanciparsi politicamente dall'influenza economica dei privati*” e, servendosi del diritto pubblico, a dover programmare, regolare, “*governare*” i processi economico finanziari, sì da tutelare “*i processi perequativi degli interessi pubblici*”¹⁴⁹.

¹⁴⁸v. IRTI, cit.

¹⁴⁹LUCARELLI, *Crisi e ricostruzione del diritto pubblico* in LUCARELLI, *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, La Scuola di Pitagora, NAPOLI, 2009. La conservazione di tale funzione regolatrice ha indotto certa dottrina a lamentare il mancato completamento della riconduzione a concorrenza del settore, pur con sensibili differenze a livello nazionale e locale, al punto che secondo NAPOLITANO (*Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, BOLOGNA, 2005) a livello locale il sistema dei servizi sarebbe imperniato su programmazione e gestione pubblica e si dovrebbe parlare più che di concorrenza per accedere al mercato di concorrenza per accedere a modalità di partnership con il pubblico. Si veda in particolare la ricostruzione secondo la quale: “*L’idea della necessaria relazione tra utente e Amministrazione è strumentale alla difesa ed all’allargamento dei confini di diritto pubblico perché secondo tale concezione a monte le rapporto di utenza vi sarebbe l’assunzione da parte del pubblico potere di un servizio. Alla assunzione del servizio seguirebbe la adozione di scelte redistributive e l’esercizio di poteri di programmazione e organizzazione che arrivano fino alla assegnazione dell’incarico di fornire le prestazioni al pubblico. “L’erogatore del servizio in questa prospettiva è comunque un soggetto individuato dall’Amministrazione e operante sulla base di uno specifico titolo di legittimazione piuttosto che nell’esercizio della libertà di iniziativa economica”*”.

Alle perplessità che la dottrina ha manifestato quanto alla utilità della individuazione di un solo concetto di servizio pubblico e dell'impiego di classificazioni oramai superate si accostano del resto quelle originate dai testi normativi che hanno, invero, introdotto nozioni tra loro diverse dirette al solo fine di delimitare la sfera applicativa di una specifica disciplina giuridica.

L'incertezza derivante, da un lato, da una dottrina in itinere costretta ad abbandonare categorie concettuali appartenenti ad un ordinamento ormai mutato, fondato su un consistente intervento pubblico nell'economia, da un altro da fonti normative lacunose, ha così indotto la giurisprudenza ad accogliere una definizione più vasta che assorbe nella categoria dei servizi pubblici quelle attività di qualsiasi natura, connesse alla cura di interessi collettivi, svolte quindi sia da soggetti pubblici sia da privati, la cui utilità risiede semplicemente nella necessità di una regolamentazione specifica che non può che definirsi “mista” od ibrida, comunque non ascrivibile al regime pubblico od a quello privato¹⁵⁰.

¹⁵⁰Cfr NAPOLITANO, *cit.*, Il Mulino 2005 sembra privilegiare invece un approccio differente che piuttosto individua nell'ordinamento una incompiuta riforma originariamente diretta alla completa privatizzazione dei servizi non strettamente connessi all'esercizio delle prerogative pubbliche, dei c.d. Services régaliens. NAPOLITANO parla di “ *bilancio contraddittorio; di superamento del regime tradizionale e di riduzione dell'intervento pubblico diretto nonché dei fini*”. Rileva tuttavia la presenza di un “ *rischio di lasciare le riforme a metà e di tornare al passato, sommando i costi della restaurazione a quelli di transizione.*” Per i giuristi, ritiene l'A., è forte la tentazione di annunciare la “ *lieta novella della rinascita dei servizi pubblici, locali*”, “ *vecchie e nuove categorie però non resistono alla prova delle continue tensioni normative e giurisprudenziali*” che invece impongono di individuare e distinguere la pluralità di usi e nozioni, di concetti e

Nonostante ancora oggi permangano posizioni tra loro contrastanti e vi siano in dottrina quanti sostengano l'una o l'altra delle due tesi tradizionali va quindi rilevata la tendenziale adesione dei giudici amministrativi ad una costruzione oggettiva *attualizzata* dell'istituto¹⁵¹, fondata sulla sussistenza di alcuni requisiti che potremmo dire espressione di una combinazione delle due tesi.

Come ha recentemente ricordato il Supremo Collegio Amministrativo se è vero che in sede di qualificazione di un servizio pubblico non è indispensabile la titolarità pubblica della gestione, resta ferma la necessità della presenza di una disposizione normativa che ne preveda l'obbligatoria istituzione e la disciplina, oppure che ne rimetta istituzione ed organizzazione alla Amministrazione Pubblica. Accanto alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico ed alla loro doverosità, interesse suscita anche la presenza di un ulteriore residuo di funzione *sociale*, da rinvenirsi nell'utilità derivante dalla gestione del servizio,

lemmi giuridici.

¹⁵¹Cons. Stat. 29 novembre 2000 n. 1289. Recentemente anche la Corte di Cassazione ha accolto i criteri elaborati in dottrina per ricostruire una concezione condivisa di servizio pubblico. Gli elementi sono stati così cristallizzati: l'imputabilità e la titolarità del servizio in capo alla Pubblica Amministrazione imposta all'ente pubblico ex lege; la destinazione del servizio alla soddisfazione di esigenze della collettività; la predisposizione da parte della Amministrazione di un programma di gestione vincolante anche per il privato incaricato di erogare il servizio con obblighi di condotta e di mantenimento di determinati livelli di qualità; la conservazione in capo alla Pubblica Amministrazione di poteri di indirizzo, vigilanza ed intervento perché il servizio venga assicurato dal gestore all'utenza nel rispetto del programma. Cass. Sez. Unite Ord. 27 maggio 2009 n. 12252.

consistente nel vantaggio di una collettività più o meno ampia di utenti o comunque di terzi beneficiari¹⁵².

¹⁵² Consiglio di Stato, Sez. VI, 5/4/2012 n. 2021, “né la circostanza, che per le attività de quibus non sia prevista l'erogazione di un corrispettivo da parte dei beneficiari (come si verifica invece per la normale attività di depurazione), è idonea a inficiare i riferiti connotati dell'attività quale attività di servizio pubblico, in quanto, per un verso, la previsione di un corrispettivo (così come di un profitto del gestore del servizio) non è essenziale sul piano della qualificazione giuridica delle attività di servizio pubblico e, per altro verso, da un punto di vista strettamente economico, l'utilità dei soggetti tenuti alla messa in sicurezza e alla bonifica di siti inquinati è all'evidenza rappresentata dal vantaggio che i medesimi (o i loro danti causa) abbiano conseguito precedentemente attraverso la socializzazione dei costi (id est l'inquinamento) relativi a oneri del processo produttivo (ossia quelli connessi al corretto smaltimento degli agenti inquinanti) che sarebbero dovuti rimanere a carico delle stesse imprese inquinatrici, talché detti costi attraverso le procedure di bonifica e messa in sicurezza vengono nuovamente internalizzati (peraltro, verosimilmente in misura inferiore al vantaggio ottenuto dalle imprese obbligate, non essendo integralmente risarciti i danni, individuali e collettivi, alla salute medio tempore verificatisi). Da ultimo si veda Consiglio di Stato, Sez. V, 14/2/2013 n. 911 in cui il Consiglio di Stato afferma che il legislatore avrebbe espressamente privilegiato una nozione oggettiva di servizio pubblico. In particolare l'individuazione del servizio sarebbe sottoposta a due requisiti: “1) la preordinazione dell'attività a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti; 2) la sottoposizione del gestore ad una serie di obblighi, tra i quali quelli di esercizio e tariffari, volti a conformare l'espletamento dell'attività a regole di continuità, regolarità, capacità tecnico-professionale e qualità. Ne consegue che, fermi gli elementi essenziali sopra menzionati, la configurazione del servizio pubblico è compatibile con diversi schemi giuridici e con differenti modalità di remunerazione della prestazione”(..)“quel che conta, infatti, è che l'attività del gestore fosse diretta ad una platea

Preso atto della natura “*sfuggente, mutevole, storicamente condizionata*”¹⁵³ della nozione, potrebbe considerarsi quindi preferibile una interpretazione che superi ogni velleità classificatoria per cogliere invece sia nella tesi soggettiva sia in quella oggettiva elementi utili ad una migliore comprensione del concetto di servizio pubblico, la cui sopravvivenza merita comunque di esser preservata “*come nozione giuridica e come valore*”¹⁵⁴ da adeguare al rinnovato contesto di interazione e collaborazione tra enti e regimi pubblici e privati.

Da un lato, infatti, si ritiene indiscutibile che ancora importante sia il ruolo, primariamente regolatore,

indifferenziata di utenti e che esso fosse destinatario di obblighi funzionali alla destinazione al pubblico dell'attività dovuta”.

¹⁵³Sono le parole di CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni, servizio pubblico*, MILANO, 2010. Si tratta di una definizione che attualmente può ritenersi comprensiva del complesso di attività di produzione di beni e servizi che soddisfano interessi della collettività con modalità e finalità diverse da quelle tipiche del mercato; tale nozione andrebbe distinta quindi da quella francese comprensiva anche dell'attività autoritativa espressione dei pubblici poteri, ma anche dalle attività di carattere etico sociale svolte dall'Amministrazione o da organismi pubblici spesso senza alcun corrispettivo da parte dell'utenza o dietro forme di compartecipazione. Così DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, PADOVA, 2010.

¹⁵⁴MARCOU, *Politiche di liberalizzazione ed espansione del diritto pubblico* in LUCARELLI (a cura di) *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, La scuola di Pitagora, NAPOLI 2009. Secondo l'A. infatti, replicando ad ogni considerazione secondo la quale il servizio pubblico deve considerarsi concetto oramai superato e sostituito dal servizio di interesse generale, il servizio pubblico ha acquisito una ricchezza che va oltre il diritto positivo, costituendo infatti uno strumento analitico importante per valutare la disciplina giuridica di molte attività nonché un riferimento sintetico per la cittadinanza rispetto alle politiche pubbliche.

dell'Amministrazione Pubblica (teoria soggettiva) che si manifesta altresì – come si tenterà di dimostrare – nella rinnovata applicazione dei principi di imparzialità e buona amministrazione, con particolare riferimento alla verifica della qualità del servizio erogato, da un altro lato parimenti inevitabile è la combinazione di tali principi con la applicazione delle regole di diritto comune, che ne dovranno essere ispirate. L'interazione tra elementi e regimi differenti verrebbe in tal modo indirizzata alla realizzazione di interessi pubblici, sociali e collettivi, ma anche privati¹⁵⁵.

Alla luce delle poche e brevi considerazioni formulate, può concludersi che, più che una vera e propria categoria giuridica statica, il servizio pubblico potrebbe rappresentare attualmente uno strumento analitico, un “caleidoscopio”¹⁵⁶, con il quale percepire ed analizzare i cambiamenti che dallo stesso promanano, coinvolgendo la Pubblica Amministrazione, il rapporto tra soggetti pubblici e privati, tra cittadinanza ed enti pubblici, l'evoluzione dei rapporti di lavoro in tale specifico settore se non, addirittura, la società in senso ampio, avendo – come è stato osservato – il servizio pubblico perso la propria funzione sociale¹⁵⁷.

¹⁵⁵Solo in parte d'accordo IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, Giappichelli, TORINO, 2007.

¹⁵⁶ Immagine evocata da NAPOLITANO, *cit.*, Giuffré, MILANO, 2005.

¹⁵⁷ Si vedano le considerazioni introduttive di IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, Giappichelli, 2007. L'Autore riconduce alla imposizione della regola mercantilistica o comunque alla progressiva attrazione di servizi tradizionalmente gestiti da enti pubblici nel mercato un “arretramento della dimensione sociale e collettiva del servizio facendo emergere al contrario aspetti che fino a pochi anni fa sebbene oggetto di studio erano

Capitolo Secondo.

Il rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione. Le peculiarità del lavoro presso gli Enti locali.

I) Le specificità del lavoro nel pubblico impiego II) La prima privatizzazione. III) La seconda e la terza privatizzazione. IV) La riforma Brunetta V) la riforma Fornero. La conferma di una differenza VI) Il lavoro alle dipendenze degli Enti locali VII) Il rapporto di lavoro negli Enti locali e la contrattazione integrativa.

I) Le specificità del rapporto di pubblico impiego.

Un primo paradosso di carattere storico è rappresentato dalla circostanza che l'impiego pubblico sia nato con l'emancipazione dal diritto privato e dallo schema della *locatio operarum*¹⁵⁸. Con il D.lgt. n. 107 del 1918, il

rimasti sullo sfondo”, riferendosi ad esempio alle relazioni contrattuali tra utente e gestori.

¹⁵⁸Troverebbe quindi conferma il carattere di ambiguità che ha a lungo caratterizzato la disciplina priva di confini definiti del pubblico impiego già rilevato da GIANNINI voce *Impiego pubblico*, *Enc.dir.*, 1970 e che potrebbe ritenersi caratterizzi ancor oggi tale materia. Una prima fase, successiva alla prima legge sull'impiego statale, segue all'Unità di Italia ed è connotata dall'adozione di numerosi ma specifici interventi normativi che già rendevano particolare la disciplina del rapporto di lavoro pubblico in materia di pensione, di avanzamenti di carriera, congedi, aspettative e selezioni concorsuali. Crescendo l'importanza attribuita all'interesse pubblico, e quindi introducendo strumenti di controllo dell'operato dell'amministrazione ad es. in materia di parità retributiva o limitazione delle assunzioni (distinzione dei dipendenti in gradi, predeterminazione dei ruoli), ma anche

D.Lgs. 11 novembre 1923 n. 2395 e 30 dicembre 1923 n. 2960, dedicati all'impiego statale, paradigma di regolamentazione per tutti gli altri enti il legislatore è giunto a disciplinare rigidamente ed unitariamente il rapporto di lavoro pubblico in ogni sua fase: dall'assunzione, all'avanzamento di carriera, alle eventuali modifiche, sino alla sua estinzione.

Sarebbe proprio questa rigidità, secondo Autorevole dottrina, ad aver generato un'anomala coscienza nei pubblici dipendenti di un "diritto al posto", all'origine delle inefficienze dell'Amministrazione perché di fatto tale da impedire un'effettiva valorizzazione dei meritevoli o, quantomeno, si ritiene, ad aver generato un'apparente stabilità dell'impiego che ancora oggi, nonostante le numerose modifiche intervenute, pare caratterizzare il lavoro pubblico¹⁵⁹.

Per quanto attualmente si possa avere la percezione che il rapporto alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni sia ormai da ritenere non meritevole di una disciplina speciale, non dovendo questa derivare dalla natura pubblica del datore (*a fortiori* nella sua attuale sempre più frequente veste di mero erogatore di servizi o

dell'interesse del lavoratore stesso ad essere ad esempio sottratto a decisioni discrezionali aumenta anche la consapevolezza che la concezione privatistica non fosse più sufficiente a spiegare la realtà positiva.

¹⁵⁹GIANNINI, cit., in *Enc. Dir.* 1970: "l'opinione che la potestà di organizzarsi o l'assunzione del servizio di un dipendente sarebbero cura di interesse pubblico perché pubblico è il soggetto da cui promanano è priva di senso perché non considera che ovunque le amministrazioni esercitano poteri organizzativi e addivengono a contratti a finalità organizzative agendo nell'ambito del diritto comune (es. "quando appalta un servizio che non ha un oggetto pubblico es. pulizia dei locali").

di imprenditore, gestore di partecipazioni ed appalti, privo quindi, adottando un lessico aziendalistico, di ogni know how o competenza specifica) rilevanti fattori di *originalità* non possono esser trascurati. Sia sufficiente pensare al mancato perseguimento di un fine lucrativo, alla natura pubblica delle risorse necessarie al suo funzionamento, all'obbligo di motivazione dei provvedimenti, ivi compresi quelli di gestione del personale.

A tal proposito è bene chiarire che nell'invocare la conservazione di alcune specificità connesse al rapporto di lavoro pubblico, *rectius* alla natura pubblica dell'attività o del servizio svolto, non si intende per forza auspicare al mantenimento di una disciplina irragionevolmente più vantaggiosa rispetto a quella prevista per il lavoro privato, mostrandosi sotto certi aspetti grezza la convinzione – indubbiamente in parte motivata dalla prassi – che la previsione di un trattamento specifico, avente la sua ragion d'essere nella natura pubblica dell'attività svolta, si possa solo tradurre nella introduzione di ingiustificati privilegi¹⁶⁰.

A difesa del riconoscimento delle specificità del rapporto di lavoro alle dipendenze della Amministrazione Pubblica - che si ritiene debbano essere parzialmente estese alle prestazioni lavorative svolte nel settore dei servizi pubblici, indipendentemente dalla natura dell'ente

¹⁶⁰Privilegio che, per quanto sempre meno accettato visto il peculiare frangente economico, di fatto si esaurisce oggi nel peculiare regime dei licenziamenti, un tempo del resto considerato contrappeso per un'attività lavorativa inidonea a garantire le medesime prospettive economiche e di carriera. Interessanti a tal riguardo le concise riflessioni di MATTARELLA, *Su alcune (piuttosto ovvie) peculiarità dei dipendenti pubblici*, *Nel merito*, 30 maggio 2012, espresse in occasione della approvazione della c.d. Riforma Fornero, ora L. 3 luglio 2012 n. 92.

datore, così superando la categorizzazione pubblico/privato - è doveroso innanzitutto rammentare quali siano le peculiarità strutturali, più o meno evidenti, sopravvissute alla intercorsa contrattualizzazione del rapporto di lavoro, principalmente derivanti dalla circostanza che “*ciascun soggetto persona fisica per il fatto stesso di essere inquadrato nell’organizzazione di un ente pubblico, sia esso lo Stato o altro ente pubblico minore, riveste la qualifica di organo dello stesso*”¹⁶¹ e che, si è convinti, non può non incidere sulla disciplina del rapporto di lavoro¹⁶².

La privatizzazione del rapporto di lavoro, del resto afferente al rapporto di servizio quindi alla relazione contrattuale comprensiva di diritti ed obblighi costituita tra dipendenti ed Amministrazione, non ha infatti minimamente indebolito i principi di buon andamento ed imparzialità dell’azione amministrativa né posto nel nulla la normativa che degli stessi è attuazione, ad esempio sotto il profilo deontologico, che “*i dipendenti devono osservare*

¹⁶¹CATELANI, *Il pubblico impiego*, da SANTANIELLO (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo*, CEDAM, Padova 2003. Precisa CATELANI che attraverso il rapporto organico il dipendente è chiamato a manifestare la volontà dell’ente e l’attività da questi svolta è sempre e necessariamente attività compiuta dalla amministrazione. Va distinto quindi dal rapporto di servizio nell’ambito del quale le persone fisiche non sono considerate come organi e quindi un tutt’uno con l’Amministrazione, ma come soggetti distinti ed ulteriori da quest’ultima.

¹⁶²Alla immedesimazione di carattere organico, tale da far sì che l’attività del dipendente pubblico, svolta in nome e per conto della amministrazione, sia totalmente riferibile a quest’ultima, si accompagna come è noto un rapporto di servizio in cui quindi il lavoratore non è organo della amministrazione e con essa identificato ma è nei confronti della medesima titolare di diritti e di obbligazioni.

in quanto posti a servizio della Amministrazione”¹⁶³ ed in quanto tali necessariamente e costantemente ispirati al perseguimento dell’interesse pubblico.

È proprio la presenza di detto elemento, terzo rispetto agli interessi dei soggetti coinvolti (Amministrazione datrice e lavoratore), a riverberare i propri effetti non solo nell’ambito c.d. di macro organizzazione¹⁶⁴ ma anche sulla

¹⁶³CATELANI, cit., in SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, CEDAM, 2003, p. 128 e ss. L’Autore sostiene infatti che la riforma del pubblico impiego, pur offrendo dei principi enucleati dall’art. 97 Cost una nuova e più moderna lettura, non ne abbia eliminato né il contenuto pregiuridico – che di fatto garantisce l’assolvimento delle finalità di interesse collettivo – né quello giuridico costituito dalle disposizioni che per l’appunto ne sono espressione (si pensi solo alla selezione pubblica concorsuale). Ha puntualmente sottolineato CATELANI che lo scopo della riforma è quello di conferire alla amministrazione “*gli strumenti idonei a spingere gli impiegati ad agire in maniera consona agli interessi della collettività ad adempiere ai propri doveri conformemente all’interesse collettivo che è quello che all’amministrazione istituzionalmente compete*” dovuta al convincimento che “*gli schemi privatistici consentissero all’amministrazione di raggiungere meglio i propri scopi*”. Addirittura, continua CATELANI, i provvedimenti di riforma “*vorrebbero anzi rivitalizzare, rendere concretamente operanti ed effettive queste norme pregiuridiche*” venendo così, gli obiettivi dell’amministrazione e dei dipendenti, al più ammodernati attraverso la privatizzazione del rapporto lavorativo. *Le pubbliche funzioni ed i servizi pubblici dovrebbero giovare dell’osservanza reale ed effettiva di tale complesso di norme di settore.*

¹⁶⁴SGROI, *Dalla contrattualizzazione dell’impiego all’organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, TORINO, 2006. L’autore individua nei testi normativi che hanno caratterizzato l’evoluzione del pubblico impiego gli indici di una “ambiguità irrisolta” a causa della quale mentre da un lato tende ad essere enfatizzata la privatizzazione “della potestà gestionale del datore di lavoro pubblico” dall’altro “*si tende ad espungere dalla*

gestione del rapporto di lavoro¹⁶⁵, non essendo rinvenibile

privatizzazione taluni aspetti anche significativi di quella potestà risospingendoli in ambito pubblicistico o perlomeno alienandoli dal piano contrattuale”, in particolare p. 68. Ed ancora, “la contrattualizzazione del pubblico impiego” (..) “non giunge a privatizzare compiutamente le capacità dell’amministrazione circa l’organizzazione della propria struttura. Pur collocando nell’ambito del diritto privato la gestione dei rapporti di lavoro, l’ordinamento non è riuscito ad andare oltre una sostanziale dissimulazione – consistente ed efficace, ma comunque tale – della perdurante funzionalizzazione delle capacità organizzative del datore di lavoro pubblico, ancorché rivestite di forme civilistiche” p. 264 e ss.

¹⁶⁵A tal riguardo si ritengono totalmente condivisibili le osservazioni di RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione del rapporto di lavoro*, *Dir.Pub.* 2008, 59. Dopo aver affermato che in seguito alla privatizzazione del rapporto di lavoro alla logica della burocrazia nella amministrazione abbia fatto seguito la logica dell’organizzazione (ovviamente non nella sua accezione pubblicistica, ma imprenditoriale) che esige non si prescindano mai dal contesto di riferimento, l’Autore rammenta come il contesto delle pubbliche amministrazioni, non sia assimilabile sic et simpliciter a quello dell’impresa industriale: “*se non altro perché - ripeto una ovvietà - il suo criterio regolatore intrinseco non è dato dal mercato e dal profitto, bensì dall’interesse della collettività, nelle più svariate articolazioni di esso: dal corretto esercizio delle potestà pubbliche al buon funzionamento di servizi essenziali, etc.*”. Di tal che “*se l’interesse generale pervade l’organizzazione pubblica - e non potrebbe che essere così, anzitutto alla stregua dell’art. 97 Cost. - quel medesimo interesse innerva sia il potere, sia il contratto di lavoro pubblico, connotandone i diversi profili*”. L’autore giunge persino a ritenere che le differenze tra il potere del dirigente pubblico e quello dell’imprenditore sarebbero sì differenti da rendere la previsione di cui all’art. 5 comma 2 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 una mera finzione giuridica. Mentre infatti il dirigente pubblico sarebbe espressione di un potere limitato perché legato

nell'area rappresentata dall'operato della Amministrazione Pubblica uno spazio che possa dirsi totalmente defunzionalizzato¹⁶⁶, anche laddove la stessa agisca

all'interesse generale, sia nell'ambito della macro organizzazione sia in quello della micro organizzazione, il dirigente privato sarebbe espressione di un potere economico all'incremento del profitto, secondo l'autore, di fatto illimitato nella sua struttura essenziale, nonostante vi siano stati posti dei limiti quanto alla sua struttura essenziale.

¹⁶⁶SGROI, cit. TORINO 2006 ritiene possa al più distinguersi tra una funzionalizzazione evidente, quella degli atti che ancor'oggi hanno forma provvedimento, e funzionalizzazione dissimulata, che caratterizza invece quelle capacità che *“ancorché tuttora funzionalizzate si esercitano con le forme del negozio privatistico”*. Parzialmente difforme la tesi di D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in CARINCI ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, TORINO, 2004. Pur ammettendo che entrambe le quote di potere organizzativo (organizzazione alta e organizzazione bassa) siano *“vincolate nel fine ossia preordinate e indirizzate a conseguire scopi di pubblico interesse”* non essendo configurabile una scissione tra quota di potere vincolata e quota di potere libera nel fine, esclude si possa parlare di funzionalizzazione dell'intera attività organizzativa. *“Se così fosse cioè se il vincolo di scopo comportasse la necessaria funzionalizzazione e controllo di tutti i singoli atti di organizzazione”* la privatizzazione verrebbe svuotata di significato. L'osservanza del vincolo di scopo, infatti, è assicurata dall'ordinamento attraverso strumenti giuridici diversi a seconda che si tratti di attività organizzativa delle amministrazioni in regime pubblicistico o in regime privatistico. Solo nel primo caso son necessari funzionalizzazione e controllo analitico della attività, mentre nel secondo caso il controllo può esser configurato come sintetico e riferito al solo risultato della attività complessiva o di singole fasi intermedie.

Contra BATTINI, *cit.*, p. 720 il quale in un'ottica diametralmente opposta ritiene che, a prescindere da quanto possa concludersi in materia di attività privata in generale, in ordine al rapporto di

mediante strumenti formalmente privatistici¹⁶⁷. L'adozione di tali "mezzi" attiene, del resto, alle *modalità* di svolgimento della attività ma non all'*obiettivo* perseguito, il cui carattere, per sua essenza antieconomico, si è dell'avviso non potrà che continuare a riflettersi sulla disciplina applicabile alle relazioni di lavoro di coloro che

lavoro pubblico non è ipotizzabile alcuna deviazione rispetto alla regolamentazione di diritto comune che non sia prevista per legge. Giunge l'autore ad affermare "*in materia di lavoro pubblico infatti non solo non esiste alcuna norma che possa costituire il fondamento di una eventuale generalizzata influenza dell'interesse pubblico nella fase di esecuzione del rapporto ma esistono invece norme che hanno il preciso scopo di escludere una tale influenza*". Di tal ché successivamente alla instaurazione del rapporto di lavoro, fatte salve alcune inevitabili peculiarità, non potranno considerarsi applicabili principi generali propri del diritto amministrativo che restano per contro intatti quanto all'esercizio delle funzioni amministrative.

¹⁶⁷Considerazioni che, come è ovvio, non si limitano allo specifico settore del diritto del lavoro poiché il "*postulato del carattere funzionale dell'attività dell'amministrazione, qualunque sia la forma nella quale essa si manifesta*", è posto a fondamento dello stesso diritto amministrativo. La necessità di un adeguamento del modello contrattuale impiegato dalla amministrazione pubblica alle finalità dalla stessa perseguite abbia caratterizzato è riconducibile agli studi intorno alla nascita di un diritto privato della pubblica amministrazione caratterizzato dall'inserimento di alcuni profili pubblicistici anche nell'attività contrattuale "*diretti ad assicurare la corrispondenza dell'oggetto del contratto alla cura degli interessi dell'amministrazione (..) intesa a garantire il rispetto del vincolo finalistico che è immanente all'azione amministrativa*", ragion per cui la "*privatizzazione dell'agire amministrativo implicherebbe trasformazioni idonee a rendere il contratto utilizzabile per fini che restano pubblici*". TRIMARCHI-BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, *Dir. Amm.* 2004, 04, 661.

concretamente sono chiamati a svolgere dette attività¹⁶⁸. Assume quindi un ruolo essenziale la fase valutativa diretta a verificare che gli strumenti impiegati, abbiano gli stessi natura privata o pubblica, siano potenzialmente ed effettivamente idonei al soddisfacimento del risultato prefigurato¹⁶⁹.

¹⁶⁸In senso opposto BATTINI, *cit.*, p. 726, che tuttavia pare voler salvare la funzionalizzazione limitatamente al rapporto dirigenziale. Afferma, infatti, “*pur non reagendo direttamente sulla disciplina del rapporto di lavoro del personale non dirigenziale il principio di funzionalità dell’attività amministrativa vi influisce indirettamente perché la non congruenza attività di gestione del rapporto di lavoro rispetto al fine pubblico, apprezzata sotto il profilo dei risultati è suscettibile di riflettersi sul piano del rapporto di ufficio e di servizio di chi rappresenta la parte pubblica vale a dire del dirigente*”. A completamento di tale “funzionalizzazione parziale” in seguito l’Autore ribadisce che il dipendente non dirigente “*privato del rapporto di ufficio non assume la cura di un interesse collettivo (..) ma si limita a svolgere una attività che come in ogni contratto di lavoro è resa in vista della controprestazione retributiva e che come ogni prestazione di lavoro subordinato è orientata dal datore di lavoro mediante strumenti di diritto comune verso la realizzazione dei fini dell’organizzazione che se ne avvale*”.

¹⁶⁹A richiedere tale controllo sarebbe lo stesso art. 97 Cost. che “*pur nella sua equivocità semantica*” da un lato, accogliendo la tesi di ORSI BATTAGLINI, non preclude la privatizzazione del rapporto di lavoro, dall’altro richiede comunque la predisposizione di mezzi di verifica (ossia da “*meccanismi di controllo e misure di responsabilità diretti a valutare l’attività organizzativa nel complesso e a sanzionare gli esiti negativi della gestione e il mancato raggiungimento degli obiettivi*” che vanno quindi a sostituirsi al controllo di legittimità sugli atti affidato ex post al giudice amministrativo) della corrispondenza dell’esercizio del potere organizzativo al principio di buon andamento “*modernamente inteso*”, ossia non solo e non tanto come regola formale rivolta alle modalità organizzative, ma come regola

Pur non volendosi affatto negare, come pure ha fatto certa dottrina minoritaria, l'intervenuto mutamento delle fonti regolatrici del rapporto di lavoro e la conseguente parziale sottoposizione alle disposizioni di diritto privato¹⁷⁰, si ritiene, piuttosto, che dal perseguimento dell'interesse della collettività, cui gli stessi evocati principi costituzionali sono teleologicamente orientati, discendano corollari in grado di superare e trascendere la qualifica giuridica del datore di lavoro, afferendo piuttosto alla natura pubblica del servizio e dell'attività, in grado quindi di incidere sullo statuto del rapporto di lavoro dei soggetti coinvolti, come emblematicamente rappresentato dalla regolamentazione in materia di esercizio di sciopero nel settore dei servizi pubblici essenziali¹⁷¹.

sostanziale dell'azione amministrativa. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, W.P.C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. It 49/2007.

¹⁷⁰Ci si riferisce alla interessante ma estrosa teoria di CALCAGNILE, in *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, *Dir.amm.* 2010, 187. L'autore parte dal condivisibile assunto (già espresso da ROMANO, *Pubblico impiego e contrattazione collettiva: aspetti pubblicistici*, in *Giur. cost.*, 1980, p. 868-869) secondo il quale il perseguimento di un interesse pubblico alla cui soddisfazione è preordinata la prestazione dell'impiegato, "determina il proprium di ciò che si denomina come pubblico impiego e che lo distingue dal genus dei comuni rapporti di lavoro subordinati tra datori di lavoro e prestatori di lavoro privati". Non lo stesso giudizio di condivisione, invece, può formularsi per la conclusione cui l'Autore giunge a negare l'intervenuta privatizzazione, frutto di una valutazione enfatica di una serie di modifiche.

¹⁷¹Nel cui ambito emerge con chiarezza come "le giuste ragioni dei lavoratori trovano un limite imposto dall'ordinamento giuridico (...) proprio nelle ragioni dei destinatari dell'attività dell'organizzazione cui appartengono: gli amministrati o utenti".

II) La prima privatizzazione

Al fine di meglio comprendere la portata della recente riforma del rapporto di pubblico impiego è opportuno ripercorrere, pur nei suoi aspetti fondamentali, le tappe dell'iter normativo che ha dato origine alla privatizzazione della disciplina del lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione e che, secondo i promotori della più recente novella normativa, sarebbe stato debitamente completato solo mediante l'emanazione della legge 4 marzo 2009, n. 15 nonché del decreto delegato 27 ottobre 2009, n. 150.

In dottrina si tende ad individuare l'originaria presa di coscienza della condizione dell'Amministrazione della cosa pubblica e della necessità di un intervento di "bonifica" del settore, vero e proprio punto di non ritorno in subiecta materia, nella diagnosi – di situazione "gravissima" ma non irreversibile – formulata dall'allora Ministro della Pubblica Amministrazione Massimo Severo Giannini all'interno del "Rapporto sui principali problemi della Amministrazione dello Stato" pubblicato il 16 novembre del 1979. Da quel momento in avanti, obiettivo del legislatore sarà quello di porre rimedio alle patologie

In tal senso CAVALLO PERIN, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, *Dir.Amm.*, 2003, 01, 119 secondo il quale le residue ma "marcate" differenze, dal divieto di cumulo di impieghi ed incompatibilità, alla disciplina in materia di concorso e promozione di carriera, alle garanzie contro i trasferimenti ingiustificati, determinerebbero la necessità di una "rielaborazione di una disciplina giuridica che, al di là del titolo (..) ed oltre la comunanza assuma come proprie le peculiarità che la distinguono senz'altro dal contratto di lavoro con l'imprenditore".

riscontrate, optando per l'“alternativa della privatizzazione”, al fine di “riportare la pace tra pubbliche amministrazioni e cittadini”¹⁷².

La peculiarità dell'analisi contenuta nel rapporto Giannini, tale da suscitare un rinnovato interesse nei confronti della materia, risiedeva nell'esposizione di “un concetto che ora appare ovvio ed allora era rivoluzionario, quello che lo Stato potesse essere governato come un'industria” ricorrendo ad “un metodo Taylor del governo e dell'amministrazione” (..) “Lo Stato, dunque, posto una volta fuori ed al di sopra dell'economia e della società, veniva riportato sulla terra, posto al servizio degli uomini e sottoposto alle regole dell'economia”¹⁷³.

Primo intervento di rilievo, la cui urgenza era stata sottolineata dallo stesso Giannini, è costituito dalla legge quadro del 29 marzo 1983, n. 93, che pur avendo avuto il merito di inserire tra le fonti di regolazione del rapporto di lavoro, con specifico riferimento al trattamento economico, la contrattazione collettiva, ha comunque inciso in misura assai ridotta sulla natura pubblicistica della relazione di lavoro, ancora ascrivibile ad un ordinamento speciale ed in quanto tale soggetta alla giurisdizione amministrativa.

Come noto, infatti, sulla scorta della legge quadro, al

¹⁷²“La pace”, sottolinea GIANNINI, e “non la fiducia poiché questa non dipende da leggi e non si avrà finché non sarà cancellata da una diuturna opera illuminata di uomini l'odierna figura dello Stato. Per i cittadini non è un amico sicuro e autorevole ma una creatura ambigua, irragionevole, lontana, ogni contatto con la quale fa solo ripetere: je ne sais de tout temps quelle injuste puissance, laisse le crime en paix et poursuit l'innocence”.

¹⁷³CASSESE, *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal rapporto Giannini*, *Giorn. Dir. Amm.* 2000, 99.

fine di conferire efficacia all'accordo collettivo, questo doveva necessariamente esser recepito all'interno di un decreto del Presidente della Repubblica o di un provvedimento regionale¹⁷⁴, di tal ch  – come osserver  successivamente D'Antona – la stipulazione del contratto collettivo si riduceva a mera fase negoziale di un procedimento amministrativo volto all'adozione del provvedimento regolatore, od ancora a “*vincolo del previo consenso del sindacato*”, anzich  costituire espressione della libert  negoziale delle pubbliche amministrazioni¹⁷⁵.

¹⁷⁴Rispettivamente, in base al dettato dell'art. 6 recante la disciplina degli accordi sindacali per i dipendenti delle Amministrazioni dello Stato anche ad ordinamento autonomo “*entro il termine di sessanta giorni dalla sottoscrizione dell'accordo con decreto del presidente della repubblica previa delibera del consiglio dei ministri sono recepite ed emanate le norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo*”. In base al successivo art. 8 tale procedura doveva essere seguita anche per i dipendenti delle amministrazioni dei comuni delle province delle comunit  montane dei loro consorzi o associazioni. Per i dipendenti delle Regioni e degli enti non economici da queste dipendenti, invece, l'art. 10 ult. comma “*la disciplina contenuta nell'accordo   approvata con provvedimento regionale in conformit  ai singoli ordinamenti*”.

¹⁷⁵D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, tratto da CARINCI D'ANTONA (a cura di) *Il lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni. Commentario*, Tomo I, MILANO 2000. La legge quadro era del resto “*figlia di un compromesso che negava la premessa essenziale della vera autonomia: la natura contrattuale del rapporto individuale di lavoro*”, che non aveva fatto altro che regolare pur “*minutamente*” una procedura di partecipazione istituzionale dei sindacati ad un'attivit  normativa dello Stato. In tal senso ancora D'ANTONA, *La contrattazione privatistica nelle amministrazioni pubbliche*, in ALLEVA D'ANTONA D'ALESSIO *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, ROMA 1995.

L'avvio del vero e proprio processo di riforma del rapporto di pubblico impiego viene per conseguenza individuato nella legge delega 23 ottobre 1992, n. 421 attuata mediante il successivo dlgs 3 febbraio 1993, n. 29 il cui testo finale successivo alle modifiche del 1997-1998, verrà recepito nel dlgs 30 marzo 2001, n. 165. Nonostante sia condivisa la convinzione che la menzionata legge 421/1992, per l'appunto recante la "*Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità di pubblico impiego di previdenza e finanza territoriale*", fosse ispirata da ragioni che andavano al di là delle esigenze di risanamento del pubblico impiego, ossia piuttosto dalla necessità di ridurre la spesa pubblica, le innovazioni in essa contenute costituiscono ancora oggi, se non altro nel regime ante Brunetta, gli indici fondamentali dell'avvenuta privatizzazione e/o contrattualizzazione del lavoro pubblico¹⁷⁶. Prescindendo dalle circostanze contingenti che ne hanno stimolato l'adozione, vero è che la novella del

¹⁷⁶ Nonostante la persistente distinzione delle due locuzioni, merita segnalare la considerazione secondo la quale si tratterebbe di obsoleta sottigliezza, CARINCI, *Una riforma conclusa tra norma scritta e prassi applicativa*, *Lav.Pubb.Amm.*, 2004, 329. Secondo l'Autore celerebbe infatti la volontà di porre l'attenzione su particolari aspetti della riforma. La prima espressione, contrattualizzazione, fu infatti accolta ed evidenziata in primis dai sindacati confederali, al fine di sottolineare il ruolo determinante della contrattazione individuale ma soprattutto collettiva quale fonte costitutiva del rapporto. La seconda "etichetta" "*trovò la sua ragione e la sua fortuna nella sua maggior capacità di rendere in tutta la loro ampiezza l'intenzione e la portata della riforma consistente in una riconduzione alla comune casa privatistica del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*". Con la precisazione che, peraltro, gli ambiti dei due interventi, di privatizzazione e di contrattualizzazione, non coincidono.

1993 mostra di esser dettata dalla volontà di superamento di un'Amministrazione ispirata ad una "logica della burocrazia", a favore di una "logica dell'organizzazione", emergente con più chiarezza laddove sistematicamente rapportata al più ampio contesto rappresentato dalle di poco precedenti riforme del procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241) e degli enti locali (l. 8 giugno 1990, n. 142)¹⁷⁷.

Ma non solo. La riforma avviata nel 1992 si è rivelata anche la più ricca occasione per l'elaborazione, in sede giurisprudenziale e soprattutto dottrinale, di principi e categorie che ancor'oggi costituiscono gli strumenti essenziali per chiunque voglia accostarsi alla materia anche da prospettive differenti¹⁷⁸.

I caratteri peculiari di tale fase della riforma risiedevano indubbiamente nella riconduzione, esclusa la dirigenza, del rapporto di pubblico impiego alla normativa privatistica, costituita dal libro V del Codice civile nonché dalle leggi speciali applicabili al rapporto di lavoro privato quali lo Statuto dei lavoratori, "*fatte salve le diverse disposizioni*" contenute nel decreto (art. 2, comma 2), "*per il perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione amministrativa sono indirizzate*"¹⁷⁹.

¹⁷⁷RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, *Dir.pub.*, 1/ 2008, 59.

¹⁷⁸Emblematico è il dialogo tra giuslavoristi ed amministrativisti che ha per l'appunto caratterizzato gli anni Novanta ad esempio del quale viene da molti richiamata la figura di Andrea Orsi Battaglini.

¹⁷⁹Norma così riformulata con il dlgs 546 del 1993, con funzione, secondo ALLEVA, *Verso l'unificazione del mondo del lavoro: una riforma incompiuta*, tratto da ALLEVA D'ALESSIO D'ANTONA (a cura di), *cit.*, 1995, di "vaccinoterapia giuridica", perché "*la presunta specialità è ricondotta e condensata nei termini positivi delle singole previsioni del decreto le quali per determinati istituti*

Quanto alla contrattazione collettiva, questa veniva dotata di “due armi potentissime”¹⁸⁰, ovvero la possibilità di derogare ad “*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*” (art. 2, comma 2) ma anche di rendere inapplicabili, in seguito alla loro stipulazione, le disposizioni vigenti al momento dell’entrata in vigore del D.Lgs. 29/1993 (art. 72 comma 1).

Ad una contrattualizzazione sul piano collettivo, l’art. 2 comma 3, se ne accostava un’altra a livello individuale, conformata “*ai principi di cui all’articolo 49, comma 2*” ossia ad un trattamento contrattuale eguale e comunque non inferiore a quello negoziato in sede collettiva. Il contratto di lavoro, dunque, avrebbe sostituito il susseguirsi di atti amministrativi che precedentemente alla riforma costituivano la primaria fonte regolatrice del rapporto.

La portata di tale innovazione, superiore a quanto oggi - in un momento in cui la quasi totalità delle attività

dettino regolamentazioni divergenti da quelle della legislazione comune”, ad esempio in materia di mansioni.

¹⁸⁰“*L’una rivolta al futuro (art. 2, c. 2 bis), l’altra rivolta al passato (art. 72, c. 1). L’arma rivolta al passato consiste nella capacità del contratto di rendere inapplicabile le disposizioni, legislative o regolamentari, vigenti prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 29/1993: la nuova disciplina contrattuale sostituisce le vecchie norme legislative. L’arma rivolta al futuro, invece, consente al contratto di rendere inefficaci norme legislative che, in materie contrattualizzate, siano intervenute dopo la stipula di un precedente contratto*”, CASSESE-BATTINI *L’attuazione del dlgs 29/1993 un primo bilancio*, *Giorn.dir.amm.*, 1996, 69.

pubbliche, dalle partecipazioni societarie sino alla gestione del patrimonio immobiliare, sono svolte *iure privatorum* - sia effettivamente percepibile, in realtà segnò un mutamento in radice della stessa fisionomia dell'Amministrazione: non più Autorità ma contraente di un rapporto nell'ambito del quale il prestatore di lavoro, lungi dall'essere cittadino portatore di un mero interesse legittimo, diveniva anch'egli contraente titolare di diritti soggettivi.

Accanto alla graduale estensione del codice civile e delle leggi speciali sul lavoro nell'impresa al pubblico impiego, era altresì prevista l'istituzione di un organo destinato a rappresentare in sede negoziale l'Amministrazione (Agenzia tecnica per la rappresentanza delle pubbliche amministrazioni), nonché il passaggio dalla giurisdizione amministrativa a quella ordinaria. Può peraltro ritenersi che rilievo assorbente abbia avuto l'introduzione di una distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa.

Il fattore interno, vero ispiratore della riforma legislativa, per l'appunto il contenimento della spesa pubblica, era tuttavia destinato ad influenzarne fortemente l'architettura ed a tradursi nella notevole centralizzazione a livello di contrattazione collettiva nazionale della disciplina. Il contratto collettivo nazionale, nel suo ruolo di "strumento di controllo" del trattamento economico del personale, incideva infatti sulla diffusione più capillare di una contrattazione di secondo livello¹⁸¹ rispondente alle

¹⁸¹Come dimostrato dai contratti collettivi della prima tornata, successivi all'entrata in vigore del dlgs 83/1993 che *"hanno dato luogo a forme tutto sommato contenute di differenziazione sia quanto alla disciplina del rapporto, modellandosi tutti sul primo contratto dei ministeriali, sia quanto alla struttura retributiva con controllate aperture a forme di retribuzione individuali basate sul*

esigenze delle singole amministrazioni, ma soprattutto sulla autonomia delle stesse nella gestione dei rapporti di lavoro¹⁸².

Ma vi è di più. Nonostante l'evidente avanzamento del pubblico impiego verso la disciplina privatistica, la legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, continuava ad essere caratterizzata dalla incisiva presenza di elementi di discontinuità con la ratio ispiratrice esplicitata. Primo tra questi era rappresentato dalla permanenza di una roccaforte pubblicistica costituita da sette materie, regolate dal diritto pubblico ed oggetto di esclusivo sindacato del giudice amministrativo. Mentre, infatti, sulla scorta della menzionata legge delega erano “*devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2*”, nonché le controversie relative alla contestazione di un comportamento antisindacale ex art. 28 sl, l'art. 2 lett. C), prevedeva un elenco di materie riservate alla regolamentazione pubblicistica ed alla giurisdizione amministrativa.

Le criticità brevemente delineate non sono tali da

raggiungimento di obiettivi di produttività individuali e collettivi”, ciò in ragione, secondo TREU - FERRANTE, *Finalità della riforma*, in CARINCI D'ANTONA, *cit.*, MILANO 2000, delle residue tracce di regime pubblicistico, quali i controlli cui la contrattazione era ancora soggetta sotto la vigenza della prima fase di privatizzazione, o le direttive impartite dall'ARAN.

¹⁸²Critico nei confronti di tale centralizzazione sempre D'ANTONA, *cit.*, ROMA 1995 il quale intravede in tale malcelata esaltazione del ruolo dell'Amministrazione centrale, ossia della Presidenza del Consiglio un possibile mezzo con il quale “*restituire indirettamente un potere regolamentare al governo in materia di gestione di rapporti di lavoro per tutti i tipi amministrazione*”.

oscurare la già sottolineata funzione chiarificatrice svolta dalla legge delega, rivelatasi utile oggetto di studio ma anche di una riflessione giurisprudenziale, che ha condotto alla dichiarata destituzione, se non altro dichiarata, del baluardo dell'art. 97 Cost. quale ostacolo ad una omogenea disciplina dei rapporti di lavoro. È, infatti, in seguito all'entrata in vigore della legge 421/1992 e del disegno di decretazione delegata che il Supremo Collegio Amministrativo ha manifestato le prime perplessità circa la compatibilità con l'ordinamento costituzionale della neoprivatizzazione (Cons. Stat. Ad. gen. parere 31 agosto 1992, n.146), a dire dei giudici non “obiettivamente possibile” poiché *“né con interventi nominali né con la contrattualizzazione si può alterare la sostanza di rapporti giuridici i quali traggono la loro qualificazione dalla natura pubblica degli interessi che vi sono implicati, dai connessi poteri dell'ente pubblico datore e dalle stesse strutture in cui sono inseriti”*¹⁸³.

Con altrettanta decisione, peraltro, la Consulta in più di

¹⁸³Accanto alla privatizzazione il Consiglio di Stato contestava la legittimità di tutti i pilastri su cui essa si fondava: dalla contrattazione collettiva, che da fonte vincolante doveva tornare ad essere mera fase negoziale del procedimento amministrativo; al contratto individuale, meritevole di una sola “valenza formale”; all'estensione della riforma ai dirigenti; alla sottrazione delle controversie di pubblico impiego alla giurisdizione amministrativa (secondo il Consiglio di Stato non solo illegittima perché fonte di privazione di tutela degli interessi legittimi (!), ma anche perché generatrice di “inconvenienti di ordine pratico” (!!)) nonché di eccessivo aggravio dei giudici civili che discenderebbe dall'intera riforma. Tutte doglianze che pur astrattamente argomentabili, così come formulate rischiavano invece di lasciar trasparire il reale cruccio dei giudici amministrativi, da gran parte della dottrina individuato nella resistenza alla cessione di una parte consistente della loro sovranità giurisdizionale.

un'occasione ha ritenuto non sussistessero i profili di illegittimità evidenziati dai giudici amministrativi, dando avvio ad una vera e propria costituzionalizzazione della riforma.

Di particolare rilievo sono senza dubbio le due sentenze del 25 luglio 1996 n. 313 e del 16 ottobre 1997 n. 309¹⁸⁴, la prima specificamente riferita alla privatizzazione della dirigenza non generale, la seconda invece in ordine alla più ampia privatizzazione del personale dipendente. In ordine alla seconda delle due sentenze, il profilo di illegittimità era stato riscontrato dal TAR Lazio nell'art. 2, comma 1, lettera a), della legge 23 ottobre 1992, n. 421, nonché negli artt. 2, commi 2 e 3, e 4, comma 1, seconda parte, del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29¹⁸⁵.

¹⁸⁴In *Lav.Pubb.Amm.* 1998, 131. Si precisa che nel rigettare le questioni di illegittimità costituzionale la Corte richiami il precedente costituito dalla sent. 25 luglio 1996, n.313, in *Giur. Cost.* 1996, 2584

¹⁸⁵Più precisamente l'art. 2 comma 1 lett. A l. 421/1992 stabilisce “ *prevedere, con uno o più decreti, salvi i limiti collegati al perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni sono indirizzate, che i rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti delle amministrazioni dello Stato e degli altri enti di cui, agli articoli 1, primo comma, e 26, primo comma, della legge 29 marzo 1983, n. 93, siano ricondotti sotto la disciplina del diritto civile e siano regolati mediante contratti individuali e collettivi; prevedere una disciplina transitoria idonea ad assicurare la graduale sostituzione del regime attualmente in vigore nel settore pubblico con quello stabilito in base al presente articolo; prevedere nuove forme di partecipazione delle rappresentanze del personale ai fini dell'organizzazione del lavoro nelle amministrazioni*”; l'art. 2 comma 2 del D.lgs. 29/1993 recita „*I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni delle sezioni II e III, capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato*”

Il giudice remittente riteneva, infatti, che la trasformazione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti potesse rivelarsi lesiva dell'art. 97 Cost., essendo il pubblico impiego, in quanto volto al perseguimento di finalità d'interesse generale, incompatibile con il modulo strutturale del lavoro subordinato privato, improntato a logiche di mercato.

La Consulta, in linea con quanto già dichiarato nella precedente sentenza n. 313, sottolineava prima di ogni altra riflessione, che l'intero processo di privatizzazione fosse fondato sulla accentuazione della distinzione tra *“aspetto organizzativo della pubblica amministrazione e rapporto di lavoro con i suoi dipendenti”* nel rispetto della quale, peraltro, l'organizzazione *“resta necessariamente affidata alla massima sintesi politica espressa dalla legge nonché alla potestà amministrativa nell'ambito di regole che la stessa pubblica amministrazione previamente pone”*. Ciò premesso doveva, contrariamente a quanto sostenuto dai giudici amministrativi, essere evidenziata la

nell'impresa, in quanto compatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti dal presente decreto”; l'art. 3 del d.lgs. 29/1993 1. *Gli organi di direzione politica definiscono gli obiettivi ed i programmi da attuare e verificano la rispondenza dei risultati della gestione amministrativa alle direttive generali impartite. 2. Ai dirigenti spetta la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa, compresa l'adozione di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane e strumentali e di controllo. Essi sono responsabili della gestione e dei relativi risultati*; l'art. 4 comma 1 seconda parte del D.lgs. 29/1993 prevede *“Nelle materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi, esse operano con i poteri del privato datore di lavoro, adottando tutte le misure inerenti all'organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro.*

bontà di una riforma che aveva il pregio di garantire “*il valore dell'efficienza contenuto nel precetto costituzionale, grazie a strumenti gestionali che consentono, meglio che in passato, di assicurare il contenuto della prestazione in termini di produttività ovvero una sua ben più flessibile utilizzazione*”.

La scelta di attrarre il rapporto di lavoro nell'ambito della disciplina civilistica per tutti i profili non connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa, non appariva, pertanto, connotata da profili di illegittimità essendo stato, invero, abbandonato, mediante un “*equilibrato dosaggio di fonti regolatrici*” “*il tradizionale statuto integralmente pubblicistico del pubblico impiego, non imposto dall'art. 97 Cost., a favore del diverso modello che scaturisce appunto dal nuovo assetto delle fonti*”. Il nuovo paradigma si mostrava per di più rispettoso dei principi di imparzialità e buon andamento consacrati dalla Costituzione.

Nessun ostacolo alla riforma poteva essere ricavato, invero, dall'art. 97 Cost. che, lungi dal contemplare una riserva di legge assoluta si limita ad imporre al legislatore di assicurare che rispetto all'organizzazione dei rapporti di lavoro “*vi sia un quantum di regolazione contenuta in un atto legislativo*”¹⁸⁶, pur sempre fatta salva l'ispirazione dell'azione amministrativa all'interesse pubblico condensato nei principi di imparzialità e buon andamento, entrambi peraltro perseguibili anche mediante strumenti privatistici¹⁸⁷.

¹⁸⁶ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico dei rapporti di lavoro alle dipendenze degli enti pubblici*, *Giorn.dir.lav.rel.ind.* 1993, 461.

¹⁸⁷CARABELLI, in CARABELLI-CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, BARI, 2010, definisce discrezionale la scelta attribuita dall'art. 97 Cost. al legislatore in ordine a quale regime

Presupposto alla, così definita, “*benedizione*” della Corte Costituzionale alla riforma - per nulla scontata visto il ruolo di “*baluardo del pubblico contro l’invasione del privato che passa attraverso la contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*”¹⁸⁸ di cui l’art. 97 Cost. era stato investito - era dunque rappresentato dalla confutazione dell’assunto secondo il quale l’esistenza di un regime speciale pubblicistico del rapporto di lavoro pubblico fosse costituzionalmente necessaria¹⁸⁹.

applicare al rapporto di pubblico impiego. Non esisterebbe, infatti, una ragione per la quale ritenere pregiudizialmente che uno strumento privatistico sia meno idoneo di uno strumento pubblicistico per garantire la finalizzazione dell’attività amministrativa al perseguimento dell’interesse pubblico parametrato sui principi previsti dal 97 cost. Perché sia garantito il perseguimento dell’interesse pubblico secondo i canoni di buon andamento ed imparzialità è invece sufficiente che l’attività nel suo complesso sia finalizzata a quell’obiettivo, dunque sia soggetta a un vincolo di scopo e a tal fine sottoposta a controlli idonei a soppesarne i risultati intermedi o finali.

¹⁸⁸D’ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, tratto da BATTINI CASSESE (a cura di) *Dall’impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, MILANO 1997.

¹⁸⁹ORSI BATTAGLINI, *cit.*, 1993. L’A. Ritiene che l’art. 97 Cost. sia fonte di riserva relativa di legge, del tutto compatibile con una contrattualizzazione del rapporto di lavoro. Tra le varie argomentazioni evocate a sostegno della propria interpretazione di notevole interesse è per l’appunto l’osservazione secondo la quale la regolazione legislativa del pubblico impiego benché avvenuta nel rispetto del testo costituzionale non fosse da quest’ultimo richiesta come evincibile sin dalla lettera dello stesso art. 97 Cost. “*il potere organizzativo pubblicistico della Pubblica Amministrazione è del tutto simile strutturalmente a quello dell’imprenditore*”. Se ne differenzia solo quanto alla funzione, poiché il potere ha natura pubblicistica quando l’individuazione del

III) La seconda e la terza privatizzazione.

Fu con la seconda fase di privatizzazione che, secondo le parole del suo più autorevole artefice, obiettivo del legislatore divenne il superamento dell'ancora persistente concezione del pubblico impiego come ordinamento speciale, nel tentativo di avvicinare l'Amministrazione verso il modello di ente pubblico economico, espressione di *“come la fonte primaria possa provvedere direttamente o mediante rinvio ad una fonte pubblicistica sub primaria alla configurazione dell'ente, e lasciare alla capacità di diritto privato dell'ente l'organizzazione dei mezzi e del personale necessari al funzionamento”*¹⁹⁰.

In nessuna analisi della c.d. seconda privatizzazione si prescinde da una prima considerazione connessa alla differente provenienza della sollecitazione alla modifica

fine (interesse) e il giudizio di conformità ad esso dell'esercizio del potere sono regolati dalla legge, ovvero sottratti alla disponibilità del titolare. Il potere ha invece natura privatistica quando questi elementi sono rimessi all'autonomo giudizio del titolare, quindi sono irrilevanti. Sviluppando l'imprescindibile rilettura dell'art. 97 Cost. operata da ORSI BATTAGLINI - D'ANTONA, *cit.* 1997, al fine di contestare la tesi avanzata dal Consiglio di Stato, osservava *“ se è vero che gli enti e gli apparati mediante i quali si perseguono gli interessi pubblici devono essere creati e finalizzati dalla legge o in base alla legge non è vero che quegli enti e apparati una volta creati e finalizzati dalla legge devono agire come poteri mediante provvedimenti amministrativi anche per organizzare il proprio funzionamento ”*.

¹⁹⁰D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, tratto da CARINCI D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, tomo I, MILANO, 2000.

normativa. Se, infatti, nel 1993 ad orientare l'azione legislativa era stato il fattore esterno costituito dalla crescente crisi finanziaria e dalla conseguente necessità di controllo della spesa pubblica, la successiva legge delega 15 marzo 1997 n. 59, "*per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed agli enti locali per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa*", era stata approvata nel più ampio contesto, interno, di decentramento "federalista" dell'intera Amministrazione Pubblica.

La legge delega ed i successivi decreti delegati possono, infatti, considerarsi strumenti di attuazione e completamento, a livello regionale e locale, della riforma avviata con la prima legge 421/1992.

Mentre la prima privatizzazione aveva assunto obiettivi interni alla Amministrazione come la razionalizzazione organizzativa in base a criteri uniformi ed il controllo centrale della spesa per il personale, sviluppando solo debolmente il principio di separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, il legislatore del 1997, ha reso più netta tale distinzione, estendendo la privatizzazione agli atti di micro organizzazione che, unitamente alla gestione del personale, divengono definitivamente espressione dei poteri e delle capacità del dirigente, paragonabili a quelle del datore privato¹⁹¹. A

¹⁹¹Non vi è peraltro chi non veda come la netta distinzione tra i due livelli di macro e micro organizzazione possa risultare di difficile attuazione. Se, infatti, "*l'interesse cui una determinata organizzazione è finalizzata ne pervade diffusamente i diversi elementi e se il contratto di lavoro assieme al potere di organizzazione è uno di questi elementi ne consegue che la natura dell'interesse innerva tanto il potere organizzativo quanto il contratto di lavoro*". Ciò vale anche per il lavoro pubblico, laddove "*l'attività di macro organizzazione degli uffici, vincolata dalla*

questi si contrappone ancora la c.d. macro organizzazione, area che resta riservata alla fonte unilaterale e prerogativa del potere politico amministrativo, che si esprime mediante la manifestazione di programmi ed obiettivi, indiscutibilmente funzionalizzati al perseguimento dell'interesse pubblico.

La contrattazione collettiva diventa quindi lo strumento privilegiato di regolazione del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali, ed il suo ambito di applicazione viene ulteriormente esteso anche alle materie precedentemente disciplinate da atti di diritto pubblico. Tale importante trasformazione non elimina le specificità derivanti dalla natura pubblica del datore, escluso dalla privatizzazione, prima tra queste l'esistenza di una differenza ontologica, evocata nel sopra menzionato parere del Consiglio di Stato, tra datori, in ragione della quale mentre i datori privati *“provvedono al funzionamento dell'azienda organizzando il lavoro esclusivamente mediante la capacità di diritto privato”*, i datori pubblici devono invece agire mediante atti alternativamente amministrativi e negoziali, soggetti dunque a due sindacati giudiziari differenti.

Il completamento della privatizzazione non avviene solo mediante l'estensione della disciplina normativa del lavoro nell'impresa alla Pubblica Amministrazione ma attraverso ulteriori modifiche, quali l'introduzione di un'articolazione tra titolarità (temporanea) dell'incarico ed il rapporto di lavoro (a tempo indeterminato) del dirigente;

legge in quanto espressione del potere pubblico” non può non influenzare anche la micro organizzazione degli uffici stessi e le misure inerenti ai rapporti di lavoro RUSCIANO, Organizzazione pubblica e contrattualizzazione del rapporto di lavoro, Dir.Pub. 2008, 59.

la previsione della necessaria concertazione del processo di negoziazione tra ARAN ed istanze di rappresentanza delle amministrazioni di comparto, dunque l'attenuazione della marcata vocazione governativa e accentratrice dell'organo di rappresentanza assunta nella precedente fase di riforma; l'introduzione di specifici criteri di misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali a vari fini.

Determinante per il raggiungimento dello scopo dell'intera riforma - visto il ruolo esercitato dai giudici amministrativi nella battaglia per la difesa della loro giurisdizione, se non addirittura nella creazione, di fatto, dell'ordinamento speciale del pubblico impiego - è stata, tuttavia la definitiva attribuzione alla giurisdizione ordinaria delle controversie relative al pubblico impiego, comprese quelle specificamente elencate, con la possibilità di adottare nei confronti della pubblica amministrazione tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna richiesti dalla natura dei diritti tutelati.

Principio acquisito in seguito all'approvazione di tale seconda fase della riforma è la distinzione tra le materie ancora oggetto di riserva normativa, comprese nell'ampia nozione di c.d. macro organizzazione, e quelle invece definitivamente attribuite alla fonte contrattuale pur nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di c.d. micro organizzazione, ovvero afferenti al rapporto di lavoro.

Accanto a tale fondamentale modifica viene inoltre introdotto un unico ruolo della dirigenza diviso in due fasce, nonché la successivamente abusata possibilità, per l'Amministrazione, di attingere a forme di lavoro cd flessibile. Per quanto riguarda la materia sindacale invece di grandissimo rilievo è l'introduzione, attraverso il D.Lgs. 4 novembre 1997 n. 396 di un sistema di misurazione delle

percentuali di rappresentatività delle organizzazioni sindacali a vari livelli ed a differenti scopi più volte invocato quale modello da esportare nel settore privato e recentemente utilizzato dalle organizzazioni sindacali in sede di redazione dell'Accordo sulla rappresentanza (31 maggio 2013).

L'iter sin qui brevemente delineato nei suoi tratti fondamentali si sarebbe dovuto concludere con l'approvazione di un testo unico che ne razionalizzasse i contenuti. Venne, invece, emanato il noto D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, rivelatosi per la maggior parte dei commentatori, un testo compilativo, di mero recepimento delle disposizioni del D.Lgs 29/1993 come negli anni modificate.

Prima di procedere alla disamina del “sistema” Brunetta, non può non darsi atto che ad anni di distanza dall'avvio della privatizzazione la sensazione diffusasi tra gli studiosi, chiamati a formulare riflessioni sulla sua effettività e portata nel lungo periodo, sia di non celata disillusione.

IV) La riforma Brunetta.

Sin dall'avvio del quarto Governo Berlusconi il legislatore ha manifestato la volontà di dar corso ad un'ingente riforma del lavoro pubblico benché al di fuori di una più ampia “*azione legislativa sul versante organizzativo e funzionale delle amministrazioni italiane*”, con l'obiettivo di superare un precedente modello che non conosceva un soddisfacente sistema di valutazione del personale come delle stesse Amministrazioni¹⁹².

¹⁹²MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, *Lav. pubb. Amm.* 2009, 729.

In realtà, pur non potendo condividere le considerazioni espresse in numerose sedi dal Ministro da cui la riforma ha preso il nome, circa la necessità di estirpare l'ignavia dilagante tra il personale dipendente della Pubblica Amministrazione, quasi a volerlo semplicisticamente identificare come il solo responsabile del mal funzionamento dell'attività amministrativa a fronte di un progressivo incremento della spesa pubblica, vero è che – come è stato dai più osservato – le grandi riforme sopradescritte, Bassanini - D'Antona avevano sul lungo periodo mostrato segni di inadeguatezza non, come evidenziato in dottrina, in ragione di intrinseci vizi della riforma bensì per l'inadeguatezza degli operatori incaricati dell'attuazione della stessa¹⁹³.

La riforma voluta dal legislatore del 2009 non si è esaurita tuttavia nella legge delega e successivo decreto legislativo n. 150, ma al contrario si potrebbe affermare sia stata avviata con la legge 6 agosto 2008, n. 133, per continuare attraverso la stipulazione dell'Accordo Quadro del 22 gennaio 2009 e della successiva Intesa attuativa per il settore pubblico del 30 aprile 2009, e concludersi infine con l'emanazione della legge finanziaria per il 2010 (l. 23 dicembre 2009 n. 191). Secondo un'opinione assai diffusa, infatti, gli interventi normativi ora citati sarebbero tutti animati da un'omogenea volontà neo centralizzatrice¹⁹⁴.

È infatti indubbio, perché immediatamente evincibile dalla lettera dell'Intesa, come della legge 15/2009 e del decreto 150/2009, che l'intero apparato sia fondato su un

¹⁹³CARINCI *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, 88/2009.

¹⁹⁴CARINCI, *cit.*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, 88/2009.

repentino accentramento statalista e normativista della disciplina del pubblico impiego, quasi a voler significare che il degrado dell'Amministrazione sia causalmente collegato alla priorità attribuita alla fonte collettiva in materia di pubblico impiego, su cui oltretutto la riforma degli anni Novanta si incentrava; da qui la scelta di limitarne lo spazio operativo, a beneficio della fonte normativa.

Da ciò deriva che diversamente da quanto pubblicamente dichiarato ed *a fortiori* in palese contraddizione con quanto previsto espressamente nel testo della legge delega, nessun nesso di continuità può esser individuato tra tale scelta centralizzatrice e le precedenti fasi di privatizzazione. Nonostante non tutti siano concordi nel definire la novella normativa un vero e proprio intervento di ripubblicizzazione della disciplina, agendo il datore pubblico sempre nell'ambito di atti di gestione di diritto privato, nessun dubbio può esser avanzato sul notevole allontanamento dalla disciplina del rapporto di lavoro privato.

Per quanto più specificamente attiene all'apparato normativo recante la riforma del pubblico impiego questo si compone di una legge delega e del suo successivo decreto delegato, che, per chiarezza espositiva e con riferimento agli elementi che maggiormente rilevano ai fini della presente ricerca, potrebbero dirsi incentrati su: *a) nuova definizione del rapporto tra fonti di regolazione; b) introduzione di un nuovo sistema di valutazione del personale e delle unità amministrative; c) nuova disciplina della dirigenza.*

L'analisi del primo dei profili enucleati costituisce la conferma all'assunto summenzionato e condiviso dalla maggior parte degli studiosi nonché degli operatori del settore, secondo il quale, ratio ispiratrice del riformatore

sarebbe stata la volontà di attrarre a livello centrale la disciplina del lavoro pubblico.

A tal riguardo la disposizione che più ha suscitato l'interesse della dottrina è indiscutibilmente l'articolo, immediatamente applicabile, con il quale si apre la stessa legge delega, 15/2009, in grado ex se di mutare il rapporto tra fonti in misura assai più incisiva rispetto a quanto conseguibile mediante la neo ripartizione delle materie di cui si tratterà nel prosieguo. Ci si riferisce all'art. 1 della legge che, elevabile a manifesto della riforma, chiarisce che *“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”*.

È evidente che in tal modo il rapporto tra legge e contrattazione subisca un vero e proprio ribaltamento, posto che mentre precedentemente alla riforma la contrattazione poteva introdurre deroghe alla legge, salvo espresso divieto, attualmente, in modo speculare, il contratto collettivo potrà modificare la fonte unilaterale solo se e nei limiti in cui ciò sia consentito dalla fonte stessa, vigendo in generale una presunzione di inderogabilità normativa¹⁹⁵. È stato puntualmente osservato come, in attuazione di tale disposto normativo,

¹⁹⁵Interessante è il paradosso evidenziato da Caruso secondo il quale mediante tale disposizione sarebbe stato introdotto un uso della inderogabilità tradizionalmente finalizzata nel diritto del lavoro a tutela dei diritti dei lavoratori, ed in questo caso invece volta a cristallizzare un particolare assetto tra fonti come voluto dal legislatore.

gli eventuali successivi provvedimenti di legge potrebbero anche ricondurre intere aree da tempo privatizzate alla sfera del diritto pubblico, con conseguente aumento delle difformità tra i due regimi di lavoro. Senza trascurare che aver preteso che la derogabilità sia espressamente dichiarata costituisce “*cosa un po’ contro la logica comune perché toccherebbe allo stesso autore della legge ammettere che sia tanto provvisoria da potere essere messa in non cale dalla contrattazione collettiva del giorno dopo*”¹⁹⁶.

Tale inversione dell’equilibrio tra fonti, dovuta secondo certa dottrina alla fiducia nutrita nei confronti dell’idoneità della legge a perseguire gli interessi pubblici coinvolti nella gestione del personale, ed elevata a simbolo della ideologia centralista sottesa all’intera riforma legislativa¹⁹⁷, non è estesa al trattamento economico. È infatti fatta salva la possibilità per il contratto collettivo successivo di intervenire in materia di “*incrementi retributivi*”, anche qualora questi siano stati oggetto di regolazione da parte di disposizioni di legge, regolamenti, atti amministrativi. Il rischio, si è osservato, è che in tal modo la contrattazione collettiva sia limitata ad una “*funzione meramente tariffaria*”¹⁹⁸.

¹⁹⁶CARINCI, *cit.*, WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona, 88/2009.

¹⁹⁷BELLAVISTA GARILLI, *Riregolazione legale e de contrattualizzazione: la neoibridazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, *Lav. pubb. amm.*, 2010, 1.

¹⁹⁸senza dimenticare tutte le difficoltà discendenti dall’individuazione dei trattamenti riconducibili nella locuzione “*incrementi retributivi*”. Osserva infatti ZOPPOLI, in GENTILE (a cura di) *Lavoro Pubblico: il passato ritorna*, ROMA 2010, che tale qualificazione corrisponda al trattamento aggiuntivo. Quindi oltre ad esser limitata, la funzione assorbente del ccnl, al solo trattamento aggiuntivo, essa appare anche complicata dalla

La competenza residuale del contratto collettivo non può non ritenersi inoltre indebolita dall'ulteriore previsione, per alcuni commentatori al limite della compatibilità costituzionale, contenuta al successivo art. 59, di modifica dell'art. 47 bis del dlgs 165/2001, che attualmente così dispone *“decorsi sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria che dispone in materia di rinnovi dei contratti collettivi per il periodo di riferimento gli incrementi previsti per il trattamento stipendiale possono essere erogati in via provvisoria previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore sentite le organizzazioni sindacali rappresentative salvo conguaglio all'atto di stipulazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro”*. E ancora, *“in ogni caso a decorrere dal mese di aprile dell'anno successivo”* alla scadenza del contratto collettivo *“qualora lo stesso non sia ancora stato rinnovato”* e non sia stato erogato il trattamento di cui al comma precedente è riconosciuta ai dipendenti *“una copertura economica che costituisce una anticipazione dei benefici complessivi che saranno attribuiti all'atto del rinnovo contrattuale”*.

Il rilievo della previsione di un intervento unilaterale del datore, in sostituzione del sindacato e della sua attività negoziale, benché temporaneo, non può comunque esser sottovalutato, né riducibile ad eccezione. Come si vedrà infatti costituisce un'extrema ratio cui il legislatore non esita a ricorrere laddove i tempi negoziali si estendano oltre un limite, sempre dal legislatore, ritenuto patologico¹⁹⁹.

individuazione dello stesso trattamento.

¹⁹⁹Di tal ché, secondo D'AURIA, *La riforma Brunetta del lavoro pubblico*, *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1, 5, se effettivamente il legislatore si fosse proposto di offrire ai datori pubblici *“l'arma di*

Ulteriore sintomo dell'opzione centralizzatrice, come si accennava sopra, è indiscutibilmente costituito dalla restrizione del numero di materie riservate alla contrattazione collettiva e, per contro, dall' ampliamento dell'area di intervento normativo, per alcuni in reazione all'estensione pan contrattualistica della disciplina del pubblico impiego²⁰⁰.

un potere eccezionale e derogatorio da utilizzare nei confronti delle organizzazioni sindacali per indurle a concludere accordi la cui mancata stipula si tradurrebbe per la parte pubblica in un evidente vantaggio politico", tale comportamento (posto in essere dai governi, nazionali o locali) dovrebbe esser considerato perseguibile ex art. 28 Sl. Al contrario secondo l'Autore "è più probabile che si tratti in realtà di norme inutili dal momento che l'anticipazione di incrementi contrattuali altro non è che una facoltà che ogni datore di lavoro e perciò ogni amministrazione quando opera come privato datore di lavoro". Secondo ALAIMO *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e blocchi dalla riforma Brunetta alla manovra finanziaria 2010, Lav.Pubb.Amm.* 2/2010, 287 si tratterebbe invece di attuazione di uno dei criteri della delega volto al "miglioramento dell'efficienza ed efficacia delle procedure della contrattazione collettiva", in attuazione del quale sono state introdotte anche scansioni temporali per la presentazione delle proposte sindacali e per l'apertura delle trattative.

²⁰⁰Si veda CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi*, in WP. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, 88/2009, secondo il quale sin dal documento preparatorio della riforma del 4 giugno 2008 fosse evidente l'intento di restringere l'oggetto di regolazione della contrattazione collettiva. Rammenta TALAMO, *La riforma Brunetta del lavoro pubblico*, *Giorn.Dir.amm.* 2010, 5 che la restrizione dell'area regolabile contrattualmente sia avvenuta in via diretta ed in via mediata. Quanto alla prima riduzione questa è inserita è evincibile dall'art. 40 del dlgs 165/2001 così come riscritto in seguito alla riforma, che in realtà ha ad oggetto materie che già dovevano considerarsi non contrattabili e la cui negoziazione doveva essere

Più specificamente l'art. 54 del dlgs 150/2009, modificando il testo dell'art. 40 del D.Lgs 165/2001, ha previsto che *“la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro nonché le materie relative alle relazioni sindacali”*. Le prime perplessità discendono, come è agevole intuire, dalla qualificazione indiretta dell'ambito di operatività della contrattazione, connessa per l'appunto al vincolo di pertinenza al rapporto di lavoro che, in realtà, connota la totalità della disciplina lavoristica. A tal riguardo nessun supporto interpretativo può ricavarsi dall'impiego dell'espressione *“determina”* che, lungi dal circoscrivere la portata della fonte contrattuale alla mera quantificazione ergo alla sola misurazione dei trattamenti economici già previsti ex lege, non può che considerarsi un sinonimo di *“regola”*.

Viene inoltre previsto che *“sono in particolare escluse dalla contrattazione collettiva le materie attinenti all'organizzazione degli uffici quelle oggetto di partecipazione sindacali ai sensi dell'art. 9 quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5*

considerata extra ordinem. Quanto invece alla sottrazione mediata attraverso l'intervento della legge in “istituti esterni al rapporto di lavoro ed allo stesso sistema contrattuale (valutazione delle prestazioni ai fini del trattamento accessorio) ovvero fortemente incisi dalla giurisprudenza (sanzioni disciplinari), o collegati in modo prevalente all'esercizio di poteri organizzativi (mobilità) o, ancora, rispetto ai quali è apparsa più evidente l'esigenza di definizione dei principi di regolazione tramite norma primaria, per scongiurare le prassi distorsive del passato (progressioni economiche)”.

comma 2 16 e 17 la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali nonché quelle di cui all'articolo 2 comma 1 lettera c) della legge 23 ottobre 1992 n. 421". Accanto a tali materie ne esistono altre connotate da una sorta di negoziabilità limitata. Prevede, infatti, la seconda parte dell'art. 54 che "*nelle materie relative alle sanzioni disciplinari alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge*".

Anche con riguardo a tale ultimo settore l'intenzione del legislatore supera la lettera della norma manifestandosi con evidenza sin da una prima analisi della disposizione. L'intero impianto si fonda, come noto, su una ritrovata *austerity*, a sua volta articolata in un rigido sistema di valutazione e parallelo impianto sanzionatorio, che, evidentemente, il legislatore, ottimisticamente convinto sia sufficiente di per sé solo a sanare la situazione economica della Pubblica Amministrazione, ritiene possa rivelarsi inefficace se in toto affidato nella sua applicazione alla contrattazione collettiva. Da qui la necessità di conservare il comando di una Amministrazione che non esageratamente è stata da autorevole dottrina definita non più un'azienda ma una caserma²⁰¹.

Dando attuazione all'Accordo Quadro 22 gennaio 2009 e successiva Intesa per il settore pubblico, viene altresì statuito, all'art. 54 comma 3, che la contrattazione collettiva "*disciplina in coerenza con il settore privato la struttura contrattuale i rapporti tra i diversi livelli e la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi. La*

²⁰¹ZOPPOLI, *La contrattazione collettiva dopo la delega*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 87/2009.

durata viene stabilita in modo che vi sia coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica e di quella economica”. Nuovamente, tuttavia, dopo aver descritto quale sia la funzione del secondo livello contrattuale, che, si rammenta “*si svolge sulle materie con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono*”, al successivo comma 3 ter viene introdotto un temperamento. È previsto infatti un intervento autoritativo del datore, che “*al fine di assicurare continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica*”, laddove non sia raggiunto l’accordo per la stipulazione di un contratto integrativo, potrà “*provvedere in via provvisoria sulle materie oggetto del mancato accordo fino alla successiva sottoscrizione*”.

Come è previsto l’intervento ex autoritate dell’Amministrazione in caso di mancato raggiungimento di un accordo a livello nazionale, parimenti in sede di contrattazione integrativa è contemplata la possibilità di seguire un “percorso alternativo” che in realtà si traduce in uno scavalcamiento della contrattazione e delle pur ridotte competenze assegnate a quest’ultima²⁰².

²⁰²Per quanto mosso dalla volontà di superare lo stallo in cui spesso le trattative contrattuali si arenavano, dunque di accelerare il processo negoziale la maggior parte della dottrina si è mostrata alquanto critica nei confronti di tali disposizioni. Dalla definizione di MAINARDI, *cit.*, *Lav.Pubb.Amm.*, 2009, di “*evidente strumento di minaccia*” nei confronti della controparte sindacale alla quella di D’AURIA, *cit.*, *Lav. Pubb. Amm.* 2009, di “*norme ad alto tasso di provocatori età*”, alla considerazione di ZOPPOLI, *cit.*, 2009 secondo il quale “*non c’è più materia riservata alla contrattazione collettiva se a un certo punto l’amministrazione si può riappropriare del percorso regolativo*”. Certo è che “*I poteri unilaterali riconosciuti alla parte pubblica appaiono nondimeno in grado di squilibrare gli equilibri in campo, attribuendo ad una*

Disposizione altrettanto rilevante, in materia di contrattazione integrativa, è rinvenibile all'art. 54 comma 3 quinquies, a norma del quale *“nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419 secondo comma del codice civile”*. È stato osservato che in realtà non ci troverebbe innanzi ad alcuna innovazione, essendo la sostituzione automatica di clausole nulle già contemplata dal precedente regime ante riforma²⁰³.

Ma vi è di più. La sostituzione automatica della clausola contrattuale nulla, nelle ipotesi in cui viene espressamente prevista, determina il rinvio a disposizioni normative e contrattuali in realtà di per sé generiche ed a loro volta necessitanti di un intervento specificatore, perdendo così la sostituzione automatica la sua ragion d'essere e la sua utilità ed al contrario richiedendo una continua *actio finum regundorum*²⁰⁴.

delle parti del negoziato una prerogativa ulteriore che si traduce in uno strumento di pressione molto incisivo sulla controparte”, TALAMO, *La riforma Brunetta del lavoro pubblico*, *Giorn. Dir.Amm.* 2010, 5.

²⁰³“l'esplicitazione della regola ha dunque un significato se non proprio pleonastico di rafforzamento di uno dei punti più qualificanti della riforma: la ristabilita preminenza della fonte legale su quella contrattuale”, ALAIMO *cit.*, 2/2010.

²⁰⁴Di tale opinione è D'AURIA *cit.*, ma anche ALAIMO *cit.*, che a sua volta constata *“per quanto riguarda la contrattazione nazionale un'ipotesi potrebbe essere quella degli sconfinamenti dei contratti di comparto nelle aree riservate ex art. 40 comma 1 dlgs 165/2001 – alla legge o ai poteri unilaterali; con la prima conseguenza che soltanto le clausole produttive di tali sconfinamenti e non l'intero contratto sarebbero nulle. In tali ipotesi, tuttavia a fronte della nullità della clausola collettiva non*

Il secondo ambito di intervento del D.lgs. 150/2009, avente ad oggetto l'introduzione di un sistema di valutazione del personale e delle singole Amministrazioni, è indubbiamente stato impiegato quale strumento di raccolta di consenso intorno all'intera riforma. Forzando i più consacrati, talvolta grossolani, luoghi comuni sulla scarsa produttività dei dipendenti pubblici, è stato introdotto un intricato apparato di valutazione e controllo del personale, fondato sul concetto di *performance*, ossia sul rendimento posto quale parametro di individuazione del grado di merito di ogni singolo lavoratore e, per conseguenza, contemporaneamente utilizzato quale criterio per la quantificazione dei premi.

Specificamente è l'intero titolo II del D.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 ad essere dedicato alla "*misurazione, valutazione e trasparenza delle performance*" testualmente volta, con riferimento alle Amministrazioni, al perseguimento di un miglioramento della qualità dei servizi e per quanto riguarda i singoli dipendenti, addirittura, alla crescita delle loro competenze professionali.

Il sistema, definito dallo stesso legislatore "*ciclo delle performance*", viene apparentemente normato in ogni sua fase, presupponendo in primis la determinazione di una serie di obiettivi, ovviamente dotati di requisiti che ne consentano una valutazione quanto più precisa (art. 5), da parte dell'organo di indirizzo politico amministrativo, nonché il "monitoraggio" (art.6) sulla conformità dell'attività svolta nelle singole unità amministrative agli

sarebbe spesso agevole individuare una disciplina legale sostituibile" (..) "*più facile è immaginare ipotesi applicative relativamente alla contrattazione integrativa*".

obiettivi prefissati, ad esito del quale si procederà all'attribuzione delle singole valutazioni.

A rendere più complesso l'intero impianto, benché con lo scopo di assicurarne l'effettività, è l'introduzione di una serie di organismi e di obblighi a carico delle singole Amministrazioni. Tra questi ultimi di primaria importanza è l'adozione di un documento di programmazione triennale c.d. Piano della performance, nonché di un ulteriore atto di Relazione sulla performance, questo con cadenza annuale, contenente i risultati organizzativi e individuali raggiunti nel corso dell'anno precedente con riferimento agli obiettivi programmati e alle risorse, evidenziando gli eventuali discostamenti.

Il processo di misurazione e valutazione delle performance individuali viene poi affidato alla *Commissione nazionale per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche* (c.d. CIVIT, art. 13 del dlgs) nonché agli Organismi indipendenti di valutazione della performance (art. 14 del dlgs) costituiti invece presso le singole Amministrazioni anche in forma associata tra loro, peraltro nominati dagli organi di indirizzo politico amministrativo sentita la Commissione e dai dirigenti.

In coerenza con il, sicuramente non nuovo, meccanismo “*del bastone e della carota*”, al sistema ora descritto segue il titolo III recante la disciplina del merito e della premialità. Il legislatore, senza alcun aggravio per la spesa pubblica, ha inteso porre un limite alle c.d. erogazioni a pioggia di trattamenti economici accessori, che avevano caratterizzato la deriva patologica della contrattazione integrativa degli anni precedenti²⁰⁵, vincolandoli al

²⁰⁵Non può infatti essere omissis che un sistema di valutazione fosse preesistente alla riforma Brunetta, essendo sorto sin dalla riforma

rendimento, *rectius* alle *performance*, dei dipendenti “secondo logiche meritocratiche”, attraverso l’attribuzione selettiva di incentivi sia economici che di carriera. Ma non solo, ancor più esplicitamente viene previsto sia “*vietata la distribuzione in maniera indifferenziata o sulla base di automatismi di incentivi e premi collegati alla performance in assenza delle verifiche e attestazioni sui sistemi di misurazione e valutazione adottati ai sensi del presente decreto*”.

Molte perplessità non solo circa il più ampio conseguimento degli ambiziosi traguardi posti dal legislatore²⁰⁶, ma sullo stesso funzionamento del

della legge delega 421/1992 passando attraverso anche il Protocollo 23 luglio 1993 che ha collegato la retribuzione aziendale agli incrementi di produttività e redditività dell’impresa, per trovare poi la principale fonte regolatrice nel dlgs 286/1999. Ciò premesso, tuttavia, lo scarso risultato prodotto da tali strumenti, più che discendere da difetti ad essi connaturati derivava dall’inadeguatezza del loro impiego, di cui responsabili non secondari sarebbero i dirigenti come i vertici politici. Si è, infatti, spesso “sacrificato l’efficienza e l’uso coerente delle risorse finanziarie con gli obiettivi di produttività del lavoro e di qualità del servizio (..) sull’altare dei facili consensi”. SANTUCCI-MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavoristica*, tratto da CARABELLI CARINCI, cit., Cacucci, BARI 2010.

²⁰⁶L’idea di istituire un’unica commissione centrale destinata a valutare il rendimento della totalità delle amministrazioni ha un precedente recente nella proposta di istituire una Authority per la valutazione (AC n. 2080 del 18.12.2006) particolarmente pubblicizzata, con l’obiettivo di costringere le amministrazioni a disfarsi annualmente dell’1% dei dipendenti meno produttivi dalla stessa Autorità (composta da soli tre membri) individuati. Già allora come osservava ZOPPOLI, *Qualità dei servizi e del lavoro nell’eterna riforma delle pubbliche amministrazioni*, *Lav.pubb.amm.* 2007, 575, tale progetto pareva fondato

meccanismo costruito sono state avanzate in più sedi. Sin da una prima lettura del D.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, infatti, emerge la rigidità del modello connotato da obblighi formali e burocratici, *“con una pletora di organi, competenze ed adempimenti tale da porre immediatamente a distanza siderale la valutazione del settore pubblico rispetto a quella operata nel settore privato”*²⁰⁷ tali peraltro da porre in seria discussione l'autonomia degli stessi dirigenti come titolari esclusivi del potere di gestione delle risorse umane (art. 6 comma 1 legge delega 15/2009).

Preposti alla valutazione così come rigidamente scandita sono una Commissione nazionale, che dal punto di vista prettamente operativo risulta difficile possa

“sull'eccessiva fiducia in strumenti autoritativi/normativi anche riguardo ad aspetti che già si sarebbero potuti attivare mediante una diversa normativa contrattuale in applicazione dei principi contenuti nella legislazione vigente (art.45 d dlgs 165/2001)”.

²⁰⁷MAINARDI, *Fonti poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici, Lav. pubb. amm.*, 2009, 729. Ed ancora, non fa ben sperare sulla portata nel lungo periodo della riforma, la natura di mutamento forzoso etero diretto, al fine di raggiungere un risultato che al contrario D'ANTONA, riteneva dovesse necessariamente esser perseguito mediante una nuova tradizione culturale. È per questo che lo stesso MAINARDI a riscontrare *“il paradosso dell'introduzione per via di autorità esterna di strumenti propriamente interni ad ogni organizzazione complessa, con il rischio di congelare in un « freddo » ordito normativo (ad alto rischio di ineffettività) ciò che invece dovrebbe costituire « il cuore pulsante » di ogni sistema organizzato, ovvero di tradurre e ridurre in mero adempimento formale (vieppiù sollecitato dalla notevole produzione documentale che sembra caratterizzare il nuovo sistema) ciò che invece dovrebbe informare ed animare la cultura interna dell'organizzazione e dei singoli che in essa si trovano ad operare”*.

esaminare i piani di tutto il Paese e che ha già incontrato prime difficoltà di carattere pratico sino alle dimissioni di uno dei suoi membri pochi mesi dopo l'insediamento²⁰⁸, nonché da organismi indipendenti, la cui nomina politica non può verosimilmente non incidere sull'autonomia necessaria all'assolvimento dei compiti loro assegnati. Senza dimenticare che le sanzioni per l'omessa adozione del piano e per la mancata validazione comunque colpiscono i dirigenti e i dipendenti e mai l'organo politico²⁰⁹.

²⁰⁸Come si legge nella lettera di dimissioni dell'Ing. Micheli pubblicata sul sito web della Commissione, nonché sul quotidiano *La Repubblica* del 15 gennaio 2011, l'organo si troverebbe, a dire del dimissionario, nell'impossibilità di perseguire in maniera "soddisfacente" gli obiettivi per i quali è stata istituita. Non sussisterebbero infatti "*i requisiti organizzativi e funzionale necessari all'ottimale realizzazione della missione dell'organo*". In risposta merita segnalare la parte della lettera di commento degli altri componenti della Commissione laddove, nel sottolineare che sia necessario trascorra maggior tempo per poter valutare l'attività dell'organo ma anche per poter dare piena attuazione alla riforma, osserva, lasciando trasparire un qualche disappunto, che "*la pretesa di applicare modelli astratti, tratti meccanicamente dal privato, da singole esperienze di altri Paesi o da qualche buon libro, unitamente alla pretesa di fare in fretta, non può dare buoni risultati*".

²⁰⁹BELLAVISTA GARILLI, *Riregolazione legale e de contrattualizzazione: la neoibridazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, *Lav. pubb. amm.*, 2010, 1. L'immunità del potere politico, evidenziata dagli autori emerge laddove non ha trovato attuazione la disposizione della legge delega all'interno della quale era previsto che in caso di mancato raggiungimento da parte dell'Amministrazione di un dato standard di efficienza sarebbero intervenute delle sanzioni in grado di imporre l'obbligo di riallineamento a carico dei dirigenti ma anche dei vertici politici. Sulla *vagueness* della sanzione politica anche CARUSO, *cit.*

A fronte di tale rigida regolazione di ogni fase del giudizio e di uno scarso impiego a tale scopo dell'assai più flessibile strumento contrattuale, il rischio più evidente risiede, come è stato acutamente osservato, nel più che probabile incremento di un contenzioso in materia di tal ché la *“valutazione del dipendente pubblico la farà per il futuro la Magistratura del lavoro”*²¹⁰.

Anche il terzo settore di intervento sopra enucleato, la dirigenza pubblica, può dirsi connotato dallo stesso sentimento contraddittorio che pare animi l'intera riforma, in perenne tensione tra una declamata volontà di aziendalizzare il pubblico più che privatizzarlo, costringendolo a confrontarsi con indici e “calcoli” tipici di modelli di mercato estranei all'Amministrazione ma soprattutto di difficile praticità per gli amministratori, e l'introduzione di stringenti regole e vincoli del tutto incoerenti con tale modello.

La specifica regolazione delle prerogative e le responsabilità dirigenziali²¹¹, già di per sé idonee a distinguere il dirigente pubblico dall'alter ego privato,

²¹⁰MAINARDI, cit., *Lav.pubb.amm* 2009, 729.

²¹¹Stando al dato letterale del decreto delegato la modifica della disciplina della dirigenza pubblica è volta a *“conseguire la migliore organizzazione del lavoro e assicurare il progressivo miglioramento della qualità delle prestazioni erogate al pubblico, utilizzando anche i criteri di gestione e di valutazione del settore privato, al fine di realizzare adeguati livelli di produttività del lavoro pubblico, di favorire il riconoscimento di meriti e demeriti, e di rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo”*.

delinea una figura che è stata definita *anfibia* di datore e dipendente che, rispettivamente, da un lato deve “*porre in essere tutte le attività necessarie per il raggiungimento degli obiettivi indicati nell’atto di incarico*” precisati dall’organo politico, dall’altro nello svolgimento di tali compiti si avvale di un apparato organizzativo da lui diretto²¹². Tale pervasiva regolazione delle funzioni e delle attività della dirigenza non è, tuttavia, priva di ragione ma volta a renderla immune da eventuali influenze esterne, siano esse sindacali o politiche, ed a garantirne l’autonomia²¹³.

Neppure il dirigente, peraltro, sfugge alla dinamica “del bastone e della carota” su cui poggia l’intera piramide di valutazioni e controlli dettagliatamente costruita dal legislatore. Di rilievo assorbente è, infatti, la modifica

²¹²BOSCATI, *Il lavoro negli enti locali dopo le riforme. Problemi risolti e questioni aperte. Il ruolo e i poteri dei dirigenti degli enti locali*, tratto da ZILIO GRANDI (a cura di) *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, TORINO 2009.

²¹³Uno strumento, quello della puntuale e specifica regolazione per legge del contenuto stesso delle mansioni dirigenziali, che si contrappone non solo alla precedente ratio ispiratrice del legislatore ma anche alla affermata volontà di responsabilizzare il dirigente. Al contrario l’imposizione di specifici obblighi, nonostante liberi il dirigente dalla facile imputazione delle responsabilità ad organi terzi, quali per l’appunto attori politici o sindacali, rischia di offrire altrettanto agevoli giustificazioni. Ciò premesso si tratterebbe secondo CARABELLI, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità*, WP CSDLE Massimo D’Antona104/2010, di una scelta sintomatica del fatto che “*il legislatore delegato, oggi, non si fida più delle loro prassi e decide di imporre il percorso gestionale, e i concreti comportamenti, per legge. Per cui un ulteriore tratto ossimorico della legge: il dirigente è ad un tempo più libero e più vincolato; più astrattamente libero dalle tracimazioni di altri attori, ma più vincolato dalla legge.*”

affidente l'erogazione diretta, da parte del dirigente, delle sanzioni disciplinari a carico dei propri dipendenti, la cui mancata od intempestiva comminazione comporta una imputazione di responsabilità in capo al dirigente stesso *per culpa in vigilando*.

Con l'obiettivo di *“modificare la disciplina delle sanzioni disciplinari e della responsabilità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e delle norme speciali vigenti in materia, al fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici contrastando i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo”*, (art. 7 della legge delega 15/2009), dunque, la dirigenza diviene *“centro di imputazione dei più tipici poteri datoriali (direttivo, di controllo e disciplinare)”* nonché *“destinataria indefettibile di sanzioni laddove tali poteri vengano male esercitati”*²¹⁴.

L'art. 55-sexies, comma 3, infatti, in attuazione di dell'art. 7, comma 2, lett. i) della legge n. 15/2009, stabilisce che *“il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili aventi qualifica dirigenziale, l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita”*²¹⁵.

²¹⁴MAINARDI, *Il dovere del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, Giur.it. 2010, 10.

²¹⁵Tra quanti ritengono che di fatto sia stata introdotta

Ma vi è di più. Apportando modifiche all'art. 21 comma 1 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 l'art. 41 del D.lgs. 150/2009 introduce due nuove fattispecie sanzionatorie.

La prima, conseguente al “*mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione*” di cui al Titolo II del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, “*in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente*”, ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo le regole contenute nel

l'obbligatorietà dell'azione disciplinare si veda URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta, Lav.Pubb.Amm.*, 759. La fondatezza di tale interpretazione emergerebbe laddove, proseguendo con la lettura dell'art. 55 bis, commi 7, 8, 9 del dlgs 165 modificato, prende forma un sistema punitivo complesso cui fanno parte non solo i dirigenti, la cui mancata sollecitudine viene sanzionata, ma gli stessi dipendenti che per ragioni di contiguità spaziale il legislatore presume siano a conoscenza di circostanze utili ai fini della comminazione della sanzione. Dispone infatti il comma 7 dell'art. 55 bis che “*il lavoratore dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa amministrazione pubblica dell'incolpato o ad una diversa, che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti, è soggetto all'applicazione, da parte dell'amministrazione di appartenenza, della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di 15 giorni*”. Osserva correttamente URSI che “*Non risulta chiaro quale sia il dovere del dipendente connesso alla prestazione lavorativa che nel caso in esame sarebbe violato: non è diligenza e non è fedeltà*”.

contratto collettivo, comportando addirittura *“l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale”*.

Ad incremento dell'effettività dell'apparato sanzionatorio, nelle ipotesi di maggior gravità l'Amministrazione può giungere sino *“a revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo”*, nel rispetto del contraddittorio.

Quanto alla seconda fattispecie, in sintonia con la struttura gerarchico-piramidale costruita e per evitarne una eventuale vanificazione derivante dalla sostanziale immunità dei vertici dirigenziali amministrativi, il legislatore inserisce un nuovo comma 1 bis da aggiungere al richiamato art. 21 all'interno del quale viene stabilito che, qualora sia accertata in capo al dirigente la violazione colpevole del dovere di vigilanza sul rispetto *“da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, conformemente agli indirizzi deliberati dalla Commissione”* in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle Pubbliche Amministrazioni, *“la retribuzione di risultato e' decurtata, sentito il Comitato dei garanti, in relazione alla gravità della violazione di una quota fino all'ottanta per cento”*. Non si può che aderire con la dottrina che individua anche nella sanzionabilità del dirigente un ulteriore tratto di discontinuità rispetto al paradigma privatistico cui, eppure, il legislatore apertamente dichiara di volersi ispirare²¹⁶.

²¹⁶CARUSO, *cit.*, 2010 *“che un dirigente possa essere sanzionato, con sanzioni disciplinari conservative è un elemento di*

Il percorso di privatizzazione del regime applicato al personale alle dipendenze degli enti pubblici ha infatti posto in evidenza la necessità che i due settori siano coordinati e che del tutto vano sia tentare di imporre l'uno o l'altro modello. Dopo anni di privatizzazione per fasi, infatti, nel 2009 il legislatore ha modificato la rotta ed ha nuovamente allontanato i regimi attribuendo un nuovo valore alla fonte unilaterale a detrimento di quella negoziale. C'è chi ha addirittura affermato che ad esito della riforma non sarebbe stato creato un diritto privato “differenziato”, in ragione della natura pubblica del datore di lavoro e della peculiarità del contesto di riferimento (come avveniva nel quadro normativo precedente), quanto piuttosto un regime speciale di diritto pubblico. Emblematica sarebbe la indicazione della l.d. 15/2009 in cui il dirigente non è più chiamato ad agire come privato datore di lavoro ma è qualificato (art. 6 comma 2 lett.a) come soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico²¹⁷.

All'interno di un recente saggio²¹⁸ è stato constatato, unendosi ad una critica andata consolidandosi soprattutto a partire dal 2009, il fallimento della privatizzazione del lavoro pubblico. Il mutamento di paradigma che si è inteso realizzare con la sostituzione al procedimento ed alla legge del contratto, e assegnando centralità alla “dimensione

discontinuità con il precedente assetto della dirigenza pubblica e con l'assetto della dirigenza privata nei confronti della quale la giurisprudenza ha tendenzialmente escluso la possibilità che il datore di lavoro possa comminare sanzioni conservative in ragione della posizione del dirigente quale alter ego dell'imprenditore”.

²¹⁷D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni tra pubblico e privato*, Lav. Pubb.amm. 2012, 1.

²¹⁸ZOPPOLI, *Bentornata realtà il pubblico impiego dopo la fase onirica* WP CSDLE Massimo D'Antona.it 168/2013

micro organizzativa e contrattuale” non ha infatti garantito il miglioramento delle prestazioni dell'Amministrazione Pubblica. Il paradigma privatistico adottato torna così a dover esser messo in discussione ed a dover essere “reso compatibile con un rafforzamento della gestione unilaterale dei rapporti di lavoro”.

Il mantenimento di una distanza tra regimi, confermato dal legislatore del 2012, dovrebbe quindi indurre ad un ripensamento del regime di lavoro alle dipendenze di una pubblica amministrazione. Si concorda con chi ritiene che tale ripensamento non debba necessariamente tradursi in un percorso di ripubblicizzazione e quindi in un ritorno alla configurazione originaria, vanificando così vent'anni di riforme, ma che possa “esser sufficiente far valere anche solo in via negoziale la funzionalizzazione dell'agente pubblico alla cura di valori costituzionali”²¹⁹.

²¹⁹ZOPPOLI, cit. “*Si potrebbe ad esempio pensare ad una negoziazione di seconda istanza affidata ad una rappresentanza delle due parti che non sia necessariamente interna alla singola amministrazione sfruttando anche la possibilità prevista dal 46 comma 2 del 165/2001 di costituire anche per periodi determinati delegazioni dell'Aran su base regionale o pluriregionale*”. Secondo l'A. la strada per migliorare il nuovo lavoro pubblico può essere quella che lo conduce alla ricerca degli ostacoli alla buona amministrazione. Il lavoro pubblico, infatti, “*conosce ormai un polimorfismo diffuso sotto la crosta omologante e ha necessità di abbracciare con decisione una prospettiva micro organizzativa*”. L'avvio di una nuova divaricazione che ha trovato conferma nella recente riforma del mercato del lavoro secondo altra interpretazione sarebbe dovuta alla diversa problematica occupazionale da fronteggiare nel lavoro privato e nell'impiego pubblico, con una conseguente crescita di una disciplina privatistica doppia, cioè peculiare e specifica per l'uno e per l'altro. L'esistenza di un sistema integrato di amministrazione pubblica comprensivo di enti formalmente privati ma sostanzialmente

V) La legge Fornero e il pubblico impiego, la conferma di una differenza

Che il settore del pubblico impiego negli anni successivi all'avvio dell'iter di contrattualizzazione abbia conservato le proprie specificità non è solo dimostrato dalla disciplina normativa che si è più recentemente occupata del lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, ma anche *a contrario* dalle disposizioni intervenute a modificare alcuni settori del mercato del lavoro privato.

Si ricorda a tal proposito che quelle che possono essere definite, in ragione dei loro contenuti, le più importanti riforme del mercato del lavoro, la legge 14 febbraio 2003 n. 30 e la legge 28 giugno 2012 n. 92, contengono previsioni normative dirette a circoscrivere la loro operatività al settore privato al punto che c'è chi individua nella legge Fornero il fallimento della privatizzazione e l'emersione di una strutturale divaricazione tra i due settori²²⁰.

finanziati con risorse pubbliche non fa altro che acuire tali specificità frammentando ulteriormente il complesso ordinamento lavoristico.

²²⁰ROMEO, *La legge Fornero e il rapporto di impiego pubblico*, in *Lav.pubb.Amm.* 2012 I, 71. La questione posta dalla l. Fornero è il traguardo finale di un percorso interpretativo che ha visto salva solo la privatizzazione nei processi di gestione ma non il realizzarsi di una oggettiva contrattualizzazione dei rapporti con le Amministrazioni pubbliche). Osserva criticamente BOSCATI *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, *Lav.pubb.amm.* 2012, I, 991. quest'ultimo come nel privato vinca lo spirito conservatore e la volontà di mantenere come regola la tutela reintegratoria e nel pubblico invece la volontà di innovare "non ponendosi una particolare attenzione al problema della sua compatibilità con i profili di specialità del lavoro pubblico.

Se, tuttavia, più netto appare il testo dell'art. 1 comma 2 del D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 sulla base del quale il decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni, di ben più difficile lettura è la parallela disposizione della c.d. legge Fornero, colpevole secondo i primi commenti di aver acuito la distanza tra lavoratori pubblici e privati.

L'art. 1 comma 7 della l. 28 giugno 2012 n. 92 è, per vero, di difficile comprensione. La norma, si rammenta, così prevede: *“le disposizioni della presente legge per quanto da esse non espressamente previsto costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1 comma 2 del dl.gs 30 marzo 2001 n. 165 e successive modificazioni in coerenza con quanto disposto dall'art. 2 comma 2 del medesimo decreto legislativo”*. Come era intuibile data la scarsa chiarezza della formulazione nonché – è doveroso ricordarlo – delle indicazioni rese pubblicamente successivamente alla sua approvazione, la disposizione ha sollevato non solo perplessità quanto alla sua applicazione nel pubblico ma anche riaperto la questione, mai sopita, sulla opportunità e ragionevolezza del mantenimento di una disciplina peculiare per il settore pubblico.

Mentre il D.lgs. 276/2003, incontrando molte critiche, aveva espressamente escluso dalla propria sfera applicativa il personale alle dipendenze della Amministrazione Pubblica, la l. 92/2012 come si è visto non è altrettanto netta²²¹.

²²¹ CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, Lav.pubb.amm., 2, 2012. mentre il secondo potrebbe essere inteso nel senso che i principi e i criteri dedotti devono risultare compatibili con la “privatizzazione” delle fonti di

Al contrario, all'interno di una norma introduttiva (il citato art. 1 comma 7) il legislatore si limita ad attribuire alle disposizioni della l. 92/2012, disegnate intorno al settore privato, un'efficacia "affievolita" laddove applicate al pubblico. Le norme della l. 92/2012 stando a quanto testualmente previsto costituiscono infatti meri "principi e criteri" che dovranno ispirare la regolamentazione del rapporto di pubblico impiego.

La previsione, che quindi sembra rinviare il completamento della riforma nel settore pubblico ad un intervento normativo da adottarsi successivamente, è inoltre complicata da un'ulteriore limitazione. Viene infatti stabilito che l'estensione nella forma di principi e criteri delle norme della l. 92/2012 sarà possibile "per quanto da esse non espressamente previsto" e solo "in coerenza con quanto disposto dall'art. 2, comma 2" del D.lgs. 165/2001. Non è per eccesso di critica ma in ragione di un indiscutibile osticità del testo che si concorda quindi con quell'autorevole dottrina secondo la quale *"il primo inciso sembrerebbe dire che le disposizioni della legge costituiscono principi e criteri non per quanto previsto, ma per quanto ... non previsto, col che si è ben oltre il limitare"*

cui all'art. 2, comma 2 d.lgs. n. 165/2001. Ma nello scrivere questo comma 7, l'oscuro estensore pare consapevole che tali principi e criteri possano essere utili all'interprete, a cominciare dal giudice, sì da preoccuparsi ad aggiungere, peraltro senza ve ne fosse bisogno alcuno, «Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo». CARINCI, tuttavia, molto critico nei confronti dell'art. 1 comma 7 e 8, e pur preoccupato da una nuova divaricazione tra le discipline di lavoro pubblico e privato, ritiene eccessivo l'innesto del nuovo art. 18 nella regolamentazione del pubblico impiego, avendo del resto il legislatore disegnato una riforma sul lavoro privato.

dell'assurdo”²²². Quanto al secondo limite, si concorda con chi individua nel richiamo al rispetto dell'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 la predisposizione di una sorta di clausola di specialità, del resto già evincibile dall'art. 37 Stat.lav.²²³.

Né un utile contributo in termini di chiarezza è offerto dall'accordo concluso ai sensi del successivo art. 1 comma 8 tra Ministero per la pubblica amministrazione e organizzazioni sindacali al fine di consentire la individuazione di ambiti, modalità e tempi di armonizzazione della disciplina. Ci si riferisce all'Intesa del 3 maggio 2012 la cui genericità non consente di considerarla un primo tentativo di bozza pur negoziale di attuazione della riforma Fornero nell'ambito dell'impiego pubblico, ma piuttosto una condivisibile dichiarazione di intenti di riforma del settore pubblico, ispirata alla valorizzazione della componente formativa, al corretto ricorso al lavoro flessibile, e ad una maggior responsabilizzazione del personale. Nessuna soluzione offre quindi l'Intesa alla querelle tra quanti ritengono la riforma, in particolare la sua più importante innovazione, la modifica dell'art. 18 Stat.lav., automaticamente applicabile al personale pubblico, e quanti invece ritengono necessario un passaggio intermedio, mostrandosi il nuovo testo dell'art. 18 sotto numerosi aspetti incompatibile con la disciplina del lavoro pubblico.

A sostegno della prima lettura, sostenuta anche dalla giurisprudenza di merito, viene innanzitutto richiamato il

²²²CARINCI, *cit.*, *Lav.pubb.amm.*, 2, 2012

²²³Secondo BOSCATI emerge da quest'inciso „*un'esplicita esigenza di considerare e preservare i profili di specialità del lavoro pubblico prima di valutare l'estensione ad esso delle nuove norme*” al punto quindi da negare la puntuale ed automatica applicazione delle norme al settore pubblico.

dato testuale²²⁴. Non può infatti esser trascurato che l'art. 51, comma 2, del D.lgs. 165/2001 disponga l'applicazione al personale pubblico della legge 20 maggio 1970 n. 300 e successive modifiche ed integrazioni, indipendentemente dal requisito dimensionale. Si tratta di una norma che era già contenuta nella legge n. 93/1983, poi chiarita con il D.lgs. 29/1993, che conferma la coesistenza e la compatibilità delle disposizioni dello Statuto con il regime del pubblico impiego, già in parte contemplata dall'art. 37 della l. 300/1970. La norma così prevede *“Le disposizioni della presente legge si applicano anche ai rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti da enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica. Le disposizioni della presente legge si applicano altresì ai rapporti di impiego dei dipendenti dagli altri enti pubblici, salvo che la materia sia diversamente regolata da norme speciali”*²²⁵”.

²²⁴CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St.lav.: difficile convivenza o coesistenza pacifica?* W.P. CSDLE “Massimo D’Antona”.it – 176/2013, sostiene la tesi opposta ossia l’interpretazione maggiormente diffusa tra i giudici di merito per cui la modifica del 18 si dovrebbe applicare automaticamente pur in attesa di una regolamentazione specifica per i lavoratori pubblici. Non esiste del resto una norma tanto chiara quanto quella che nel 276/2003 art. 1 comma 2 escludesse l’applicazione della riforma alla Pubblica Amministrazione. Quindi dovrebbe distinguersi, sempre secondo Cavallaro, quella parte di norme direttamente ed automaticamente applicabili da quelle destinate alla armonizzazione.

²²⁵CERBONE, *L’applicazione dello Statuto dei lavoratori ai dipendenti pubblici*, *Dir.lav.mercati*, 2010 I La compatibilità dello Statuto con la disciplina del pubblico impiego è chiarita dall’art. 2 comma 2 del D.lgs. 165/2001 e dall’art. 51 del D.lgs. 165/2001. Le tendenze normative più recenti tuttavia “sembrano allontanare il legislatore dall’itinerario storico dell’unificazione del lavoro

Va detto che le prime pronunce dei giudici di merito si sono basate proprio sull'art. 51 sopracitato recante, secondo i sostenitori dell'estensione della riforma, un rinvio "mobile" all'art. 18 Stat.lav. comprensivo anche delle modifiche intervenute successivamente al 2001, anno di entrata in vigore del D.lgs. 165²²⁶. Secondo

pubblico e privato" conducendo ad un "approdo del tutto singolare" il percorso "che ha visto storicamente statuto e lavoro pubblico confrontarsi". L'elasticità dell'interazione tra i due termini del resto, ricorda l'A., dipende dalle scelte che l'ordinamento affida al legislatore statale.

²²⁶Sentenze Tribunale Perugia ord. 9 novembre 2012; 15 gennaio 2013 in Lav. Pub.amm. 2012 p. 1117; Trib. Bari ord. 14 gennaio 2013; Trib. Ancona ord. 31 gennaio 2013 e Trib. Santa Maria Capua Vetere ord. 2 aprile 2013. Tali pronunce sono tuttavia difficilmente conciliabili con i principi formulati dalla Corte costituzionale con la sentenza 22 ottobre 2008 n. 351 che BOSCATI cit. richiama a fondamento di un intervento di armonizzazione della disciplina sui licenziamenti nel settore pubblico. Si legge nella sentenza, pur formulata in relazione allo spoil system dei dirigenti che sul piano degli strumenti di tutela *"forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi."* Secondo l'A. dall'affermazione della Corte Costituzionale dovrebbe dedursi l'espressione della volontà di "puntellare quando deciso dai giudici di legittimità in relazione ad una generale applicabilità dell'art. 18 e, dunque, della reintegrazione, al settore pubblico". Di maggiore rilievo è la parte della sentenza in cui la Corte afferma che a differenza di quanto accade nel settore privato ove "il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente", il settore pubblico "è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi; dunque,

quest'impostazione quindi sulla base del dato testuale nonché alla luce della ratio di "crescita" perseguita dall'introduzione della c.d. "flessibilità in uscita" non potrebbe negarsi la applicazione della riforma al "settore in cui la produttività notoriamente stenta a decollare"²²⁷.

Si è tuttavia convinti che a tale ricostruzione debba esser privilegiata quella, sostenuta da gran parte della dottrina²²⁸,

a tutela dei principi costituzionali di imparzialità (e del correlato principio dell'accesso per pubblico concorso) e di buon andamento dettati dall'art. 97 della Costituzione, nonché del principio dettato dal successivo art. 98 il quale al comma 1 prevede che "i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione". Da tale affermazione BOSCATI giunge addirittura ad affermare che sia *indefettibile nel settore pubblico non solo la regola della necessaria giustificazione del recesso, ma anche la previsione di una tutela ripristinatoria. E ciò, a differenza del settore privato ove è costituzionalizzata la garanzia del lavoratore ad essere licenziato presenza di una giustificazione causale, mentre è rimessa alla discrezionalità del legislatore la valutazione in ordine alle conseguenze sanzionatorie applicabili nel caso di illegittimità del licenziamento*

²²⁷CAVALLARO cit. W.P. CSDLE "Massimo D'Antona".it – 176/2013. Secondo l'A. la sola norma specifica in materia di licenziamenti sarebbe costituita dall'art. 51 del D.lgs. 165/2001, che richiama la legge 300/1970 e ne prevede la applicazione indipendentemente dal numero dei dipendenti. Poiché quindi la sola disposizione che poteva essere invocata in caso di licenziamento illegittimo era l'art. 18 Stat.lav. allo stato non può negarsi la applicazione al pubblico impiego della disciplina in materia di licenziamento. Abbastanza contraddittoria è in realtà però la conclusione in cui l'A. pur ribadendo la applicabilità automatica dell'art. 18 al pubblico impiego, sembra invocare un repentino intervento normativo per "differenziare le tutele e affrancare il pubblico impiego dalle temibili conseguenze della riscrittura dell'art. 18 Stat.lav."

²²⁸Contrari alla applicazione dell'art. 18 Stat.lav. così come modificato, al pubblico impiego sono CARINCI, *Pubblico impiego*

secondo la quale più fattori non consentirebbero di applicare automaticamente la riforma Fornero, soprattutto in materia di licenziamenti, ambito in cui le specificità del regime pubblicistico hanno conservato la loro attualità. Non può esser trascurato ed assorbito ricorrendo ad una mera trasposizione di una riforma chiaramente parametrata al settore privato e, secondo quanto dichiarato, motivata dalla rilevazione di dati relativi al settore privato (i famosi costi della tutela reintegratoria), che molte siano le differenze tra i regimi, proprio in relazione alla fase di risoluzione del rapporto.

Da un lato, infatti, il licenziamento economico non trova rispondenza in un parallelo modello per il settore pubblico, da un altro i licenziamenti disciplinari, corrispondenti al licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo, sono oggetto di puntuale regolamentazione normativa (art. 55 quater D.lgs. 165/2001) e contrattuale. Ed ancora di notevole rilievo è la differente conseguenza sanzionatoria derivanti dalla violazione procedurale in caso di licenziamento disciplinare. Se, infatti, alla luce del novellato testo dell'art. 18 comma 6 il licenziamento, inefficace,

privatizzato e art. 18, Dir.prat.lav. 2013, 1, 27; ROMEO, La legge Fornero e il rapporto di impiego pubblico in Lav.pubb.Amm. 2012 I, 713 ma anche BOSCATI, cit. Osserva quest'ultimo in particolare adottando una tesi "intermedia" che "Se infatti si può dubitare della tenuta della tesi della permanente applicabilità del vecchio art. 18 argomentata sulle finalità delle legge di riforma, sulla ratio dei commi 7 e 8 dell'art. 1 della stessa legge, nonché sull'autosufficienza del sistema disciplinare del settore pubblico, non si può tantomeno sottovalutare l'ontologica specialità del lavoro pubblico e così giustificare un'immediata trasposizione del nuovo articolo 18 nel settore pubblico sulla base di una norma di rinvio pensata e nata in un contesto normativo del tutto differente".

determina la sola corresponsione di una indennità, l'art. 55 bis del D.lgs. 165/2001 prevede che la violazione delle forme e dei termini del procedimento disciplinare e l'assenza di una contestuale motivazione non comporti una “*semplice inefficacia monetizzabile, ma una nullità radicale ed insanabile*”²²⁹.

La regolamentazione della materia dei licenziamenti disciplinari costituisce quindi, soprattutto ad esito delle modifiche apportate con il D.lgs. 150/2009 (art. 55 bis e 55 quater), un sistema autonomo e speciale rispetto a quello delineato per il settore privato di talché se e nella misura in cui dovrà esser adeguato alle modifiche intervenute nel settore privato, richiederà necessariamente un provvedimento su misura, speciale come le disposizioni oggetto della novella²³⁰.

Modifica della quale si ritiene opportuna l'imminente adozione vista l'impossibilità di mantenere in vita il vecchio testo dell'art. 18 Stat.lav., pur quale fonte integrativa rispetto alle disposizioni del T.u.p.i. sopra

²²⁹CARINCI, cit., *Lav.pubb.amm.* 2012 Non v'è dubbio, infatti, che il richiamo dello Statuto dei lavoratori di cui all'art. 51 comma 2 d.lgs. n. 165/2001 sia stato fatto per affermarne l'applicabilità a prescindere dal numero degli addetti, ma sempre dandone per scontata la integrazione nell'ambito del sistema complessivo delineato da quella *lex specialis* per eccellenza costituita da un testo unico..

²³⁰Il legislatore del resto, afferma BOSCATI, cit. definisce chiaramente quale sia la sanzione connessa alla violazione dei termini del procedimento ossia la decadenza dall'azione disciplinare per l'amministrazione e dall'esercizio del diritto di difesa per il dipendente. Nulla dice, invece, esplicitamente per quanto concerne la tutela connessa alla mancanza di giusta causa o di giustificato motivo. Vi è “unicamente” il rinvio operato all'art. 18 in quanto incluso nel più ampio rinvio alle disposizioni dello Statuto.

menzionate, solo nel settore pubblico.

Lo scenario più verosimile, vista l'attuale contesto politico, è che nonostante le critiche avanzate dalla dottrina l'interpretazione giurisprudenziale maggioritaria tenderà, forse sulla scia delle istanze di egualitarismo e di contrasto ai “privilegi” del pubblico impiego (ed indubbiamente la conservazione della precedente tutela reintegratoria a fronte della frammentazione delle sanzioni previste dall'art. 18 Stat.lav. così sarebbe interpretata), ad estendere al pubblico impiego la legge 92/2012. Tale operazione avverrà, come si è visto, trascurando più di un ostacolo “giuridico”: da un lato il disegno perseguito dal legislatore che, si rammenta, ha condotto la riforma della disciplina del recesso con lo scopo di soddisfare le istanze di flessibilità in uscita ponendole in stretta continuità con i temperamenti al sistema di c.d. flessibilità in entrata; da un altro lato l'esistenza di un apparato autonomo e differente di disciplina sostanziale e procedurale dei licenziamenti disciplinari nel settore pubblico, oltretutto recentemente modificato.

VI) Le peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze degli Enti Locali

L'evoluzione sin qui richiamata ha connotato anche i rapporti di lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Civiche. Gli Enti locali, tuttavia, hanno sempre manifestato alcune specificità rispetto alla generalità delle Amministrazioni statali, come dimostrato dalla pluralità delle fonti regolative applicate²³¹, svolgendo secondo

²³¹In materia di lavoro la ripartizione è tra la legge che pone i principi di riferimento individuabili nei criteri di autonomia funzionalità economicità di gestione professionalità responsabilità;

alcuni addirittura un ruolo di sperimentazione ed anticipazione delle riforme che poi sarebbero state estese al resto degli organismi pubblici, basti pensare alla disciplina della valutazione del personale. A tale funzione anticipatrice ha indubbiamente contribuito il riconoscimento, per il tramite della legge 8 giugno 1990 n. 142²³², dell'autonomia regolamentare in materia di organizzazione dei servizi e degli uffici²³³, proseguita nel 1997 con la modifica della collocazione del segretario comunale²³⁴ e l' introduzione della particolare figura del

lo statuto che detta i principi propri dello specifico ente; il regolamento cui compete determinare nel concreto l'ordinamento degli uffici e dei servizi. ROLLA cit.

²³²Art. 51 detta alcuni principi sulla organizzazione di uffici e personale poi sviluppati negli statuti e nei regolamenti: introduzione di criteri di funzionalità autonomia ed economicità di gestione nell'organizzazione di uffici e servizi; distinzione tra poteri di indirizzo e di controllo e compiti di gestione amministrativa quindi tra funzioni degli organi elettivi e funzioni dei dirigenti.

²³³Vi è chi ritiene che proprio l'autonomia regolamentare degli enti locali abbia per anni costituito un ostacolo ad una effettiva contrattualizzazione degli enti locali la cui auto organizzazione si temeva potesse subire restrizioni per effetto dell'ampliamento degli spazi riconosciuti alla contrattazione sindacale. La permanenza di un doppio regime o, talvolta, di un conflitto tra fonti non è stata superata neppure dal D.lgs. n. 29/1993. In tal senso TOMEI da DE MARZO TOMEI (a cura di) Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli Enti locali, PADOVA 2004.

²³⁴L'organizzazione tradizionalmente presentava una notevole uniformità di assetti anche per la presenza del segretario nominato dal ministero degli interni e da questo dipendente, collocato in posizione di vertice costituiva un robusto elemento di omogeneizzazione controllo e centralizzazione del funzionamento e dell'azione amministrativa di comuni e province. Legge 15 maggio 1997, n. 127 agenzia autonoma per la gestione dell'albo

direttore generale²³⁵, da ultimo consacrata con la riforma del titolo V della Costituzione²³⁶.

Nonostante, quindi, come per gli altri comparti, la privatizzazione abbia determinato un ridimensionamento della regolamentazione pubblicistica unilaterale a favore delle fonti contrattuali, sotto il profilo organizzativo le richiamate modifiche hanno esteso lo spazio di intervento dell'autonomia locale soprattutto nell'ambito dello Statuto, espressione dell'impostazione e della filosofia dell'Ente. Le norme statutarie a loro volta rinviano ai regolamenti, adottati dalla Giunta comunale in linea con i criteri stabiliti dal Consiglio, la definizione dell'ordinamento generale

segretari comunali e provinciali soppressa nel 2010.

²³⁵VANDELLI *“Il sistema delle autonomie locali”*, BOLOGNA 2011. Le peculiarità sono ancora, tuttavia, rappresentate dalla presenza di alcune figura come quella del direttore generale, volta a *“compiere un passo verso un'organizzazione locale più flessibile attenta ai risultati”* aperta alla cultura manageriale. Al direttore generale spetta più precisamente il compito di attuare indirizzi ed obiettivi stabiliti dagli organi di governo dell'ente, secondo le direttive del sindaco; deve inoltre elaborare e proporre atti che rechino gli obiettivi ed i parametri per il controllo di gestione. Il D.g. noto anche come City manager rappresenta lo snodo tra il ruolo degli organi ed il ruolo di gestione dei dirigenti, coordinando e controllando l'attività dei dirigenti e verificandone la congruità rispetto al perseguimento degli obiettivi.

²³⁶Ad esito della quale lo stato ha conservato una competenza esclusiva per quel che concerne le linee ordina mentali del rapporto di lavoro in quanto parte dell'ordinamento civile e penale secondo la nuova accezione dell'art. 117 Cost. . di tal ché tutto ciò che esula dalla fissazione dei livelli essenziali dei diritti civili e sociali per il criterio della residualità va fatto rientrare nella competenza esclusiva delle regioni. In tal senso FOGLIA, sub art. 1 del D.lgs 30 marzo 2011 n. 165, da AMOROSO DI CERBO FIORILLO MARESCA, *il diritto del lavoro, Il lavoro pubblico*, MILANO 2011.

degli uffici e dei servizi in base ai criteri di autonomia, funzionalità ed economicità di gestione secondo principi di professionalità e responsabilità (art. 89 comma I D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267)²³⁷.

Più precisamente sulla scorta dell'art. 89, comma II, del D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, nel rispetto di quanto disposto dai contratti collettivi, i regolamenti possono, tra le altre materie, disciplinare “*a) responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento delle procedure amministrative; b) organi, uffici, modi di conferimento della titolarità dei medesimi; c) principi fondamentali di organizzazione degli uffici; d) procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; e) ruoli, dotazioni organiche e loro consistenza complessiva*”.

²³⁷ROLLA, cit., il regolamento sull'ordinamento degli uffici e servizi soddisfa le esigenze del singolo ente. Ogni regolamento secondo l'autore dovrebbe contenere i seguenti oggetti essenziali: a) individuazione delle diverse forme organizzative che possono caratterizzare l'assetto dell'ente distinguendo tra strutture permanenti e temporanee o all'assolvimento di specifiche attività es. di supporto all'attività di direzione politica o alla realizzazione sperimentale di nuovi servizi o nuove modalità di realizzazione dei servizi; b) enucleazione di principi guida in materia di relazioni interorganiche o di direzione degli uffici es. organizzazione e gestione risorse umane c) definizione di istituti ed organi che svolgono poteri coordinamento e sintesi: compiti del DG dei dirigenti e del Comitato di direzione; c) individuazione di atti di organizzazione cui è possibile ricorrere per assicurare una gestione flessibile delle risorse umane e per modulare l'organizzazione secondo gli obiettivi prefissati: strumenti di orientamento e di governo anche delle risorse meno rigidi del regolamento; d) previsione di strumenti di controllo interno e monitoraggio dell'azione amministrativa.

A fronte di una ampia potestà regolamentare in materia di organizzazione²³⁸, pur esercitata nell'ambito della legislazione statale e regionale che ne garantisce i requisiti minimi di uniformità, ribadita e precisata dalla legge n. 5 giugno 2003 n. 131 (di attuazione dell'ordinamento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n.3), i rapporti di lavoro sono stati progressivamente attratti, al pari dei rapporti di pubblico impiego statale, nella sfera applicativa della disciplina normativa del lavoro privato. Il titolo IV del Testo Unico in materia di enti locali, dedicato ad organizzazione e personale, esordisce, infatti, riconducendone la regolamentazione al D.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 e sue successive modifiche. L'espresso "rinvio *mobile* alla disciplina madre"²³⁹ ed alle modifiche di cui è

²³⁸ROLLA, *Diritto regionale e degli enti locali*, MILANO 2002 il Dlgs 267 2000 come il Dlgs 165 2001 hanno individuato una pluralità di fonti idonee ad assicurare il principio di autonomia in materia di organizzazione degli uffici: gli statuti che devono fissare le norme fondamentali per l'organizzazione dell'ente e l'ordinamento degli uffici; i regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi i quali nell'ambito dei principi statutari disciplinano la specifica organizzazione uffici; gli atti di organizzazione cui compete dare una puntuale attuazione alle previsioni statutarie e regolamentari. Senza trascurare l'autonomia gestionale che consente di introdurre nella pa nuovi parametri in grado di apprezzare sia i procedimenti amministrativi in relazione alla economicità e produttività quanto i risultati sotto il profilo della qualità delle prestazioni rese. Infatti l'art. 1 della l. 7 agosto 1990 n. 241 tra le articolazioni del 97 cost. prevede l'obbligo di assicurare efficienza, efficacia, economicità dell'azione amministrativa. Inoltre c. art. 147 del TUEL sui controlli interni.

²³⁹Parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato 8 giugno 2000 n. 87, sullo schema di D.lgs. 267/2000 con il quale il supremo giudice amministrativo nella sua funzione consultiva ha espresso perplessità sull'opzione espressa nella precedente versione dell'art. 88 TUEL che, al contrario, riportava testualmente le disposizione

stata oggetto determina quindi l'applicazione diretta della legislazione sul lavoro pubblico, a prescindere dal recepimento statutario o regolamentare, al rapporto di lavoro con l'ente locale²⁴⁰.

Con riferimento alla gestione del personale di dipendenti, dirigenti, segretari, quadri, impiegati, operai viene, pertanto, esteso il Testo Unico sul Pubblico Impiego che, peraltro, sin dall'art. 1, comma 1, riconosce la necessità di tener conto “*delle autonomie locali e di quelle delle regioni delle province autonome*” così legittimando “*le diversità e le peculiarità delle autonomie territoriali in materia di organizzazione degli uffici e del personale in considerazione della loro maggiore autonomia legislativa e amministrativa contro una arcaica impostazione centralistica ed una tendenza alla omologazione delle amministrazioni pubbliche quanto agli aspetti più prettamente legati all'ordinamento amministrativo*”²⁴¹.

dell'allora vigente D.lgs. 29/1993 così argomentando. “*La ripetizione della normativa generale [...] pur se dettata dalla comprensibile esigenza di accorpate in un contesto unitario tutte le norme vevoli per il rapporto alle dipendenze degli enti locali. Dà vita ad una gemmazione novativa delle norme di origine, foriera di complicazioni in caso di modifiche di dette ultime norme non accompagnata dalla parallela correzione delle norme transitate nel testo unico. Una simile evenienza produrrebbe una scissione del regime del rapporto di lavoro pubblico in generale rispetto alla disciplina in tema di enti locali, esito contrastante con le linee della riforma di cui al D.lgs n. 29/1993, intese a dare luogo ad uno statuto unitario del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra le quali, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del citato decreto 29, sono ricompresi gli enti locali.*”

²⁴⁰CAVALLO PERIN ROMANO, *Commentario breve al testo unico degli enti locali*, PADOVA 2006.

²⁴¹COPRPACI-RUSCIANO-ZOPPOLI, *La riforma dell'organizzazione, Nuove leggi civ. comm.*, 1999.

Fatte salve tali peculiarità tuttavia sulla base del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 gli Enti locali sono tenuti ad adeguarvi il proprio ordinamento, nell'elaborazione delle fonti statutarie e regolamentari, essendo infatti privi di competenza in materia di disciplina del rapporto di lavoro²⁴².

L'indiscussa sottoposizione del lavoro alle dipendenze degli enti locali all'unitario regime del pubblico impiego negando la quale si finirebbe con il disgregare l'ordine normativo costruito col D.lgs 165/2001, "*per altro attraverso una fonte non ammessa dall'articolo 97 della Costituzione (lo statuto o il regolamento)*"²⁴³ non può tuttavia indurre a trascurare la permanenza di una sfera, quella organizzativa, ascrivibile all'autonomia dei singoli enti espressione delle "*specificità del contesto culturale economico sociale di riferimento*"²⁴⁴ che "*come appare*

²⁴²CAVALLO PERIN - ROMANO, cit., sub art. 88 PADOVA 2006. Merita a tal proposito richiamare brevemente le precisazioni di OLIVERI, *L'applicazione delle disposizioni del d.lgs 165/2001 negli Enti locali Adeguamento degli ordinamenti e non recepimento delle norme*, in *www.Giustamm.it*. Secondo l'Autore la previsione che l'Ente locale debba adeguare (e non *recepire*) il proprio ordinamento alle disposizioni del Tupi trova la sua ragion d'essere nella totale assenza, secondo l'Autore, di alcuna competenza in capo alle amministrazioni civiche in materia di ordinamento del personale nonostante, comunque, "*il rispetto delle peculiarità esclude che l'opera di adeguamento possa andare oltre i confini che la normazione speciale degli enti locali prevede*".

²⁴³OLIVERI, cit., fortemente critico nei confronti di una enfaticizzazione della specialità al lavoro negli enti locali.

²⁴⁴A valorizzare l'autonomia organizzativa e gestionale degli enti locali ROLLA, *Diritto regionale e degli enti locali*, MILANO, 2002 secondo il quale tale concezione policentrista dell'assetto istituzionale porrebbe addirittura in crisi una visione dell'amministrazione come modello organizzativo omogeneo, nella

chiaramente dalla enunciazione legislativa è in grado di condizionare del tutto la condizione giuridica del personale” che negli enti locali è chiamata ad operare²⁴⁵.

Accanto ai principi inderogabili esistono materie che l’art. 2 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 ma anche gli stessi artt. 6, 7 e 48 del D.lgs. 267/2000 attribuiscono alla competenza degli Enti locali mediante propri atti organizzativi pur nel costante rispetto di principi cardine cui l’attività amministrativa deve sempre ispirarsi, sui quali il legislatore del 2009 è nuovamente intervenuto²⁴⁶.

cui direzione – si potrebbe osservare – parrebbe essere orientato il modello del pubblico impiego riformato.

²⁴⁵Di tale avviso CATELANI, *Il pubblico impiego*, in SANTANIELLO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, PADOVA 2003, p. 29 e ss. secondo il quale benché la competenza specifica riservata dal legislatore nazionale alle fonti regolamentari abbia un “*oggetto fondamentalmente organizzativo ad esclusione di quegli aspetti più propriamente lavoristici che anche per le autonomie locali sono lasciati alla contrattazione collettiva*” non debba per tale ragione essere in alcun modo sminuita l’importanza della normativa regolamentare degli enti locali.

²⁴⁶Nonostante le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, l’individuazione degli uffici di maggior rilevanza e i modi di conferimento dei medesimi la determinazione delle dotazioni organiche complessive siano rimesse per l’appunto dall’art. 2 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 agli atti organizzativi dei singoli enti, il legislatore nazionale ha ritenuto di intervenire anche nella residua area pubblicistica rimessa alle singole amministrazioni stabilendo i principi ispiratori dell’azione amministrativa da ultimo così rivisitati: a) funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività nel perseguimento degli obiettivi di efficienza efficacia ed economicità (..) b) ampia flessibilità nelle determinazioni operative e gestionali; c) collegamento delle attività degli uffici d) garanzia dell’imparzialità e della trasparenza dell’azione amministrativa e attribuzione ad un unico ufficio della responsabilità di un procedimento; e) armonizzazione degli orari delle amministrazioni

Non tutte le disposizioni in tema di organizzazione tuttavia recano tali principi e costituiscono un valido limite alla autonomia organizzativa dell'Ente locale; queste ultime, al contrario, possono essere derogate e sostituite da *“regole più aderenti alle specificità ed alla peculiarità dei singoli enti”*²⁴⁷.

Il riconoscimento di tali peculiarità è contenuto anche nel successivo art. 27 in materia di dirigenza recante *“criteri di adeguamento per le pubbliche amministrazioni non statali”* mediante il quale il legislatore ha inteso *“affidare all'autonomia degli enti locali – in ragione degli elementi di differenziazione di detti enti rispetto alle amministrazioni statali in termini di dimensione di numero dei dipendenti strumenti finanziari eventuale mancanza della figura di dirigente – il processo di adeguamento ai principi”* sia della normativa in materia di lavoro sia in relazione alle funzioni e alle responsabilità legate all'attività politico amministrativa, sia con riguardo alla dirigenza (Cass.civ. Sez. Un. 16 giugno 2005, n. 16868).

La previsione ai sensi della quale, considerate le peculiarità indicate dalla Corte Suprema, gli Enti locali debbano, nel rispetto dei principi fissati dal Testo unico sul pubblico impiego, rideterminare l'organico nonché l'organizzazione e gestione del personale *“nell'ambito della propria autonomia normativa ed organizzativa”*, con i soli limiti derivanti dalle capacità di bilancio e dalle esigenze di esercizio delle funzioni dei servizi e dei compiti loro attribuiti, ribadisce quindi la connotazione *speciale*

pubbliche dei Paesi Ue.

Conclude ROLLA, cit., Milano 2002 che non tutte le disposizioni contenute nel D.lgs. 165/2001 vincolano l'autonomia organizzativa degli EL nelle materie di competenza statutaria regolamentare.

²⁴⁷ROLLA, cit., MILANO 2002.

dell'impiego presso gli Enti Locali ed il rilievo di Regolamenti e Statuto della Città, frequentemente recante gli impegni da questa assunti in materia di politiche sociali e lavoro.

La riforma Brunetta, come quelle precedenti, è stata disegnata intorno al rapporto di lavoro alle dipendenze della amministrazione statale²⁴⁸, salvo alcune specifiche disposizioni destinate agli enti territoriali, ragion per cui non solo numerose sono state le critiche sollevate, soprattutto da parte degli operatori del comparto, pur coinvolti in sede di Conferenza Unificata, ma si è resa necessaria l'adozione di specifiche linee guida da parte dell'ANCI che fossero in grado di orientare la concreta integrazione della novella normativa con gli ordinamenti locali nonché con il dettato del D.lgs 267/2000 c.d. Testo Unico degli Enti Locali.

Più precisamente i confini dell'incidenza della modifica normativa negli enti locali sono tracciati dagli art. 16 e 31 del D.Lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 afferenti alla trasparenza, valutazione e misurazione delle performance, nonché a merito e premialità, ulteriormente ribaditi nella disposizione transitoria finale di cui all'art. 74 del Decreto.

Le più evidenti difficoltà sono generate dalla scelta non felice di distribuire l'applicazione della riforma negli enti locali non solo e non tanto in due momenti temporali

²⁴⁸In realtà, è stato osservato, il risultato è ancor più deludente se si considera che in sede di elaborazione della riforma sia stata coinvolta la conferenza stato regioni nell'ambito della quale il legislatore ha dovuto cedere su alcuni punti. Pur non potendo quindi dirsi propriamente una riforma di stampo meramente statalista non v'è chi non colga il carattere poco soddisfacente delle disposizioni espressamente dedicate alle amministrazioni locali. RICCI,

differenti rispettivamente per enti statali e territoriali²⁴⁹, quanto, piuttosto, dalla decisione di distinguerla – mediante un autentico “garbuglio normativo”²⁵⁰ - tra disposizioni di applicazione immediata e principi la cui effettività è rimessa alla loro adozione, *rectius* integrazione, nei singoli ordinamenti²⁵¹.

²⁴⁹Sul regime temporale dell’entrata in vigore della disciplina v. La riforma Brunetta negli enti locali: la complessa gestione della fase transitoria 2010-2012, *Azienditalia il personale* 2010 7 373

²⁵⁰CARINCI, il secondo tempo della riforma Brunetta, il d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, in W.P.C.S.D.L.E. Massimo D’Antona.it. 119/2009. A dimostrazione della opacità della normativa sia sufficiente osservare che i commentatori della riforma non sono concordi neppure nella individuazione delle tecniche normative adottate dal legislatore. Se infatti per lo stesso CARINCI sarebbe stata accolta una triplice partizione dell’applicazione diretta, per adattamento e per adeguamento secondo principi, secondo FOGLIA una mera bipartizione, per RICCI sarebbero riscontrabili ben quattro.

²⁵¹La scelta, precisa FOGLIA, sub art. 1 del D.lgs. 30 marzo 2001 n.1 65, in AMOROSO-DI CERBO-FIORILLO-MARESCA, *cit.*, MILANO 2011, è dovuta alla necessaria valutazione in sede di attuazione della legge delega del contenuto ed oggetto normativo delle varie disposizioni per poter stabilire il grado di afferenza alle competenze normative dello stato e delle regioni ed ai profili di autonomia organizzativa degli enti locali. le disposizioni indicate agli art. 16 c. 1 e 74 c. 1 sono state ricondotte alla potestà legislativa esclusiva del legislatore nazionale in tema di ordinamento civile e di livelli essenziali delle prestazioni ai sensi del 117 cost. c. 2 lett. 1 e m, quindi destinate ad essere applicate ai rapporti di lavoro di tutte le pa. L’altro gruppo di norme è indicato agli art. 3 comma 1 e 74 comma 2 sono qualificate come di diretta attuazione dell’art. 97 Cost. quindi principi generali dell’ordinamento cui si adeguano le regioni e gli Enti locali negli ambiti di rispettiva competenza. Quindi di fatto per le materie di competenza esclusiva applicazione immediata delle disposizione elaborate a livello statale mentre nelle materie di competenza

L'art. 16, segnatamente, individuando quali articoli del titolo II del D.lgs. 150/2009 debbano essere recepiti presso le amministrazioni locali prevede che *“negli ordinamenti delle regioni, anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio sanitario nazionale, e degli enti locali trovano diretta applicazione le disposizioni dell’articolo 11, commi 1 e 3. 2. Le regioni e gli enti locali adeguano i propri ordinamenti ai principi contenuti negli articoli 3, 4, 5, comma 2, 7, 9 e 15, comma 1. 3. Nelle more dell’adeguamento di cui al comma 2, da attuarsi entro il 31 dicembre 2010, negli ordinamenti delle regioni e degli enti locali si applicano le disposizioni vigenti; decorso il termine fissato per l’adeguamento si applicano le disposizioni previste nel presente Titolo fino all’emanazione della disciplina regionale e locale”*. Gli stessi articoli sono riportati all’art. 74 in parte quali norme di diretta applicazione e in parte in quanto principi generali, evincibili dal 97 Cost., cui gli enti devono adeguarsi negli ambiti di competenza²⁵².

concorrente l’applicazione è per principi: si tratta di norme che spesso attengono al coordinamento della finanza pubblica nella quale lo stato è legittimato a prevedere solo principi generali; altre riguardano invece l’organizzazione amministrativa delle regioni e degli enti locali e devono quindi essere ricondotte alla competenza regionale residuale o alla autonomia regolamentare degli enti locali.

²⁵²L’art. 74 infatti ripropone la distinzione tra norme di applicazione diretta perché, come osservato da RICCI, attengono al rapporto di lavoro privatizzato, e norme che sottopongono gli enti decentrati al vincolo di adeguamento, riproponendo la partizione tra competenza esclusiva e concorrente. Benché come osserva FOGLIA, cit., *“margine temporale e discrezionalità riconosciuta agli enti territoriali per l’adeguamento alle norme principio non comporta che per tali enti questa parte della riforma abbia un valore secondario. Al contrario proprio con riferimento alle norme*

Il solo articolo di immediata attuazione tra quelli oggetto di rinvio all'interno dell'art. 16, è l'art. 11, commi 1 e 3, che ha introdotto una nozione di trasparenza prima ignota, sulla cui utilità in molti hanno avanzato dubbi, definita quale accessibilità totale delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Essa costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m) , della Costituzione quindi rientrante nella competenza esclusiva dello stato ed afferente come è stato osservato al rapporto di lavoro privatizzato.

La riforma Brunetta negli enti locali è stata oggetto di molte critiche la più evidente delle quali ha ad oggetto l'eccessiva frammentazione della disciplina ed assenza di organicità, che senza alcun criterio logico ha limitato l'applicazione della nuova disciplina a solo alcuni degli istituti coinvolti nella riforma, rendendo regioni ed enti locali sempre più simili ad un "arcipelago istituzionale e di rapporti di impiego"²⁵³, al punto che secondo certa dottrina

principio che hanno una più diretta ricaduta sul rapporto di lavoro dei dipendenti dovrà esserci una verifica di efficacia a livello di enti territoriali per promuovere eventuali misure correttive o un migliore adeguamento".

²⁵³SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale e locale nella "Riforma Brunetta"*, in *Lav.pub.amm.*, 2009 secondo il quale l'inversione di ruoli nel rapporto tra legge e contratto creerebbe specifici problemi laddove riferito all'ente locale:

nonostante infatti siano rafforzate le fonti secondarie è previsto

avrebbe costituito un'occasione mancata con la quale portare finalmente a termine un disegno di riforma organico, caratterizzato da una apposita sezione regolatrice del settore Regioni ed autonomie locali che risolvesse anche gli ereditati difetti di coordinamento D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 e D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267²⁵⁴.

Ma vi è di più. Anche nel settore maggiormente coinvolto, ossia quello della misurazione e valutazione delle performance, la nuova regolamentazione ha presentato evidenti difetti di coordinamento con il sistema già introdotto con il dlgs 18 agosto 2000, n. 267 Testo Unico degli Enti Locali, in particolare con riferimento alla successione dei c.d. organi indipendenti di valutazione agli operanti nuclei di valutazione, nonché del ciclo delle performance al piano esecutivo di gestione (Peg)²⁵⁵. Come si è detto, in seguito alle numerose richieste di chiarimento avanzate dalle amministrazioni comunali, l'ANCI in collaborazione con la CIVIT, ha elaborato apposite linee guida nel mese di dicembre 2010 con le quali è stato

espressamente che solo la legge statale possa autorizzare discipline contrattuali derogatorie rispetto alle eventuali norme secondarie introdotte nei diversi ambiti sub nazionali..

²⁵⁴Di tale avviso RICCI, *L'applicazione delle riforma Brunetta negli enti territoriali e nelle autonomie funzionali*, *Lav.pub.amm.*, 2010, 507 particolarmente critico nei confronti della Riforma.

²⁵⁵Una prima e più immediata differenza risiede nella diversa durata del ciclo di performance e della peg. Mentre quest'ultima infatti ha cadenza annuale il primo ha durata pluriennale, inoltre diversamente dalla peg il ciclo delle performance attrae nell'ambito di valutazione anche i dipendenti. TAGLIABUE, *La riforma brunetta nella gestione del personale degli enti locali alcune riflessioni*, *Azienditalia - Il Personale*, 2010, 1, 5. Anche l'avvicendamento degli organismi indipendenti di valutazione ai nuclei di valutazione ha comunque suscitato perplessità in particolare circa la composizione dei componenti.

stabilito che l'asse portante del ciclo delle performance è costituito per i Comuni proprio dalla PEG.

VII) Enti locali e contrattazione integrativa.

Il comparto enti locali ha mostrato la già più volte evocata specialità rispetto alla generalità della Amministrazioni Pubbliche, anche in sede contrattuale.

Come si è avuto modo di rammentare l'attuale gerarchia delle fonti negoziali ha origine nel D.lgs. 29/1993 per il tramite del quale il contratto collettivo pubblico da mero atto endoprocedimentale assume autonoma dignità di fonte di regolamentazione del rapporto di lavoro. Il sistema contrattuale pubblico è distribuito in un livello c.d.intercompartimentale, uno nazionale di comparto ed uno c.d. decentrato o integrativo, particolarmente rilevante – quest'ultimo – per le Amministrazioni locali.

Quanto alla contrattazione nazionale l'attuale contratto collettivo di comparto regioni enti locali, applicabile al personale – a tempo determinato e indeterminato – non dirigente dipendente da tutti gli enti del comparto indicati dall'art. 9 del contratto quadro 11 giugno 2007, con esclusione dei segretari comunali e provinciali e dei dirigenti, risale a più di sei anni fa. Con riferimento, infatti, alla parte c.d. normativa del contratto, il documento originariamente redatto è stato stipulato il 22 gennaio 2004 con decorrenza 1.1.2002, successivamente integrato, ed infine rinnovato senza modifiche di particolare rilievo con l'accordo stipulato l'11 aprile 2008 con decorrenza 1 gennaio 2006. Quanto alla parte economica, invece, quest'ultima è stata recentemente rinnovata per il biennio 2011 2012 comportando un aumento salariale di 60 euro.

Il contratto di comparto, distribuito in quindici articoli, dopo aver offerto alcune indicazioni circa le

procedure di contrattazione e concertazione a livello decentrato, ed aver previsto l'istituzione di comitati dedicati al controllo del fenomeno del mobbing presso le unità amministrative, reca alcune disposizioni specifiche in materia di personale e soprattutto di revisione del codice di condotta e della procedura disciplinare come del rapporto di questa con il procedimento penale²⁵⁶. Numerose sono anche le disposizioni in materia di incrementi retributivi²⁵⁷,

²⁵⁶Tale materia, particolarmente complessa nel settore pubblico, nel contratto di comparto in analisi è oggetto di una sorta di riorganizzazione posto che, come è stato osservato, la sua collocazione in testi contrattuali differenti è normalmente non solo fonte di ostacolo alla stessa conoscenza delle norme, ma anche tale da non consentire un uso "proficuo" dello strumento disciplinare da parte del datore pubblico, VIGEZZI, *cit.*

²⁵⁷Più precisamente il contratto ha introdotto alcuni incrementi dello stipendio tabellare, successivamente aumentato, incrementi del fondo per le risorse decentrate destinate cioè a prestazioni accessorie (indennità e premi di produttività); sotto altro profilo ha invece introdotto alcune precisazioni in materia di progressioni orizzontali e sulla necessità che per poter accedere per l'appunto a bandi di progressione orizzontale (quindi mutamento della posizione economica nell'ambito della medesima categoria) debba esser stata maturata una anzianità nelle posizioni di provenienza di almeno 24 mesi. Val la pena rammentare che il sistema delle progressioni orizzontali abbia rappresentato un'altra fonte di abusi perché nonostante possa ritenersi che il passaggio da un'area all'altra attraverso percorsi interni di riqualificazione costituisce una procedura selettiva, come tale assimilabile (secondo quanto affermato dalla Corte costituzionale 1/1999; 194/2002; 373/2002) ad un concorso interno, tale procedura è stata usualmente elusa e con essa i principi che la Consulta ha ritenuto dovessero essere rispettati 1) congruo accesso dall'esterno per ogni qualifica; 2) non prevalenza del criterio di anzianità per le progressioni professionali; 3) esclusione di progressioni per saltum; 4) effettiva selettività delle prove concorsuali., L. CAPOGNA, *cit.*, tratto da

ma nel complesso, è stato osservato, l'accordo sembra piuttosto soffermarsi, come chiarito nelle numerose dichiarazioni integrative (di cui solo due congiunte di ARAN e Organizzazioni sindacali²⁵⁸), nella individuazione dei temi che in sede di successivo rinnovo dovrebbero essere affrontati, lasciando così *“ancora una volta irrisolti importanti nodi normativi e soprattutto il delicato aspetto del riordino della classificazione del personale”*²⁵⁹.

Assume invece maggior rilievo il livello integrativo essendo questo livello di contrattazione a porre in adeguato risalto – o così dovrebbe essere – le numerose differenze presenti tra gli stessi Comuni che, come sottolineava efficacemente Massimo Severo Giannini, lungi dal poter esser considerati un'unica categoria si compongono di estremi quali i “comuni polvere” e le “città metropolitane”, nel mezzo dei quali si collocano poi la maggior parte delle Amministrazioni civiche la cui dimensione effettiva incide

DE MARZO TOMEI *Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti locali*, PADOVA 2004.

²⁵⁸Una dedicata al chiarimento dell'espressione utilizzata “monte salari” che viene riferita a tutte le somme inserite nel conto annuale del personale corrisposte nell'anno di riferimento del personale destinatario del CCNL. Un'altra che precisa ai fini del computo della anzianità biennale per la partecipazione alle procedure di progressione economica orizzontale devono esser considerati i mesi di permanenza del lavoratore nella posizione economica in godimento anche se maturati prima della sottoscrizione del CCNL.

²⁵⁹PANASSIDI, *Considerazioni introduttive sul nuovo contratto del lavoro*, da Aa Vv, *Il nuovo contratto collettivo del personale, 2006 2009*, MILANO 2009. Più pungente l'osservazione di VIGEZZI, *Considerazioni introduttive sulle ultime novità in materia di pubblico impiego e sulle modifiche all'ordinamento disciplinare, ibidem*, MILANO 2009 secondo il quale la sobrietà del contratto tradirebbe *“l'evidente scarsa autonomia”* dell'ARAN *“sottoposta alle scarse indicazioni fornite da un governo di fine legislatura”*.

fortemente sui processi decisionali²⁶⁰.

Potenzialmente, infatti, la contrattazione decentrata, rappresenta un utile strumento di attuazione del progetto federalista avviato con le leggi Bassanini. Molteplici sono peraltro le ragioni che hanno ostacolato il compiuto espletamento di tale funzione da parte della contrattazione integrativa negli Enti Locali.

Conduce a tale conclusione in primo luogo lo stesso dato testuale, il cui modello è stato ulteriormente irrigidito dalla riforma Brunetta²⁶¹. L'art. 40 del Testo Unico, infatti, nel

²⁶⁰GIANNINI, *Il riassetto dei poteri pubblici*, in *Riv.trim.Dir.Pub.*, 1971, 451-461, parzialmente ripreso in CASSESE, (a cura di) *L'Amministrazione pubblica in Italia* Il Mulino BOLOGNA 1974. Le osservazioni formulate da GIANNINI più di quarant'anni fa sono facilmente riferibili alla situazione attuale. Nel mezzo delle due estremità si collocano comuni di dimensioni ridotte in cui il potere decisionale assume "la struttura di un regime dittatoriale" in cui chi decide è la giunta a meno che "la personalità di un sindaco o di un segretario comunale sia tale da imporsi" sulla giunta. Accanto ad essi invece si trovano i comuni medi "l'ente più perfetto che si trova al livello di ente territoriale" in cui tutti e tre gli organi, consiglio giunta e sindaco, svolgono appieno il loro ruolo decisionale. Nei grandi comuni per contro "la giunta non esiste più", limitandosi a coordinare le burocrazie dei vari assessorati. Il sindaco assume invece ancor più importanza, ed il Consiglio comunale si limita o a disquisire di questioni di carattere meramente politico od a ratificare decisioni adottate dai singoli assessori.

²⁶¹l'art. 40 comma 3 bis attualmente così prevede 3-bis. *Le pubbliche amministrazioni attivano autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa, nel rispetto dell'articolo 7, comma 5, e dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. La contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance ai sensi*

dichiarare la autonomia della contrattazione decentrata ne precisa contestualmente i numerosi limiti di carattere finanziario – risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione – ma anche di carattere contenutistico, dovendosi la contrattazione integrativa svolgere sulle materie, tra i soggetti e seguendo le procedure negoziali individuate in sede nazionale²⁶². Il rapporto di interdipendenza così disegnato viene corroborato dalla clausola di nullità che, in seguito alle modifiche intervenute, impedisce alle Amministrazioni di “*sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali*” o esorbitanti dalle materie non espressamente delegate dal contratto negoziale o comportanti oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Le clausole contrattuali che dovessero rivelarsi rispettose di tale paradigma “*sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile*”.

dell'articolo 45, comma 3. A tale fine destina al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato Essa si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono; essa può avere ambito territoriale e riguardare più amministrazioni.

²⁶²Tutti i contenuti della contrattazione integrativa sono predefiniti all'interno del livello sovraordinato dai soggetti contraenti all'oggetto, alle procedure alle risorse finanziarie. L. CAPOGNA, *La contrattazione collettiva e la rappresentanza sindacale*, tratto da DE MARZO TOMEI *Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti locali*, Cedam, Padova, 2004.

È evidente come il sistema così definito poggi le sue basi, a fortiori successivamente alle modifiche apportate con il D.lgs. n. 150/2009, sul contratto nazionale in misura talmente pervasiva da risultare difficilmente conciliabile con la valorizzazione delle istanze locali ma, è stato osservato, anche con la stessa garanzia della autonomia collettiva²⁶³. È legittimo osservare infatti come soprattutto in un comparto eterogeneo come quello in esame caratterizzato dalla presenza di Amministrazioni tra loro differenti per ragioni di carattere economico, territoriale, sociale, la necessità di introdurre un comune apparato regolatore non possa prevalere sull'altrettanto essenziale valutazione delle peculiarità dai singoli Enti manifestate²⁶⁴.

²⁶³Ancor prima della ulteriore svolta accentratrice avviata con il D.lgs. 150/2009, VISCOMI lamentava come l'attribuzione di un ampio margine di incidenza alla contrattazione nazionale di fatto potesse realizzare una vero e propria colonizzazione della dimensione autonoma da parte delle fonte eteronoma oltre ad una indebita inibizione in sede decentrata dell'autonomia collettiva. Si veda VISCOMI, *Riflessioni minime su contrattazione integrativa e relazioni sindacale nel comparto degli enti locali*, in *Organizzazione e lavoro negli enti locali*, cit., 2005.

²⁶⁴VISCOMI, *cit.*, si riferisce alla centralità negoziale nazionale come ad una vera e propria pietra di inciampo di dubbia compatibilità con il sistema costituzionale successivo alla riforma del 2001. La funzione del contratto nazionale sarebbe infatti secondo l'Autore totalmente asimmetrica rispetto al policentrismo costituzionale. Addirittura il contratto nazionale svelerebbe l'“*impossibile omogeneità degli enti di comparto tanto da indurre a sollecitare una definitiva revisione del modello negoziale assicurando più ampi margini all'autonomia negoziale differenziando la stessa configurazione del contratto nazionale in relazione alle dimensioni organizzative degli enti*”, ma anche introducendo nuovi modelli di contrattazione integrativa portatori “*sistema di integrazione funzionale delle attività e dei servizi erogati*”.

Ciò premesso non può esser trascurato che un limite ad un soddisfacente utilizzo dello strumento contrattuale a livello decentrato sia giunto anche dall'uso concreto che di tale fonte regolativa è stato fatto. Come è stato osservato se il contratto integrativo può rappresentare una risorsa organizzativa in grado di perseguire parametri di produttività ed efficienza adeguati alle necessità del singolo ente, vi è anche il rischio che possa esser ridotto a mero centro autonomo di spesa, "suscettibile di un uso distorto" volto al soddisfacimento di interessi micro settoriali²⁶⁵.

La prevalenza di quest'ultima anima, dovuta alla erogazione in sede di contrattazione di secondo livello di risorse integrative ulteriori rispetto alle risorse stanziato dal legislatore nazionale, ha contribuito ad alimentare negli anni il fenomeno della c.d. distribuzione a pioggia di benefici asseritamente ricondotti alla retribuzione di produttività ma in realtà svincolati da ogni effettivo parametro di valutazione, cui il legislatore del 2009 ha inteso porre un limite.

In proposito si è avuto già occasione di ricordare, in sede di breve descrizione delle modifiche introdotte con il recente D.Lgs. 150/2009, che attualmente la contrattazione collettiva integrativa, nel costante rispetto dei vincoli finanziari, e nel rispetto delle materie, dei vincoli e limiti, soggetti e procedure, stabiliti dai contratti nazionali *"assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance ai sensi dell'articolo 45, comma 3. A tale fine destina al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale una quota prevalente del*

²⁶⁵CAPOGNA, *cit.*, tratto da DE MARZO TOMEI *Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti locali*, Cedam, Padova 2004.

trattamento accessorio complessivo comunque denominato”²⁶⁶.

A contraddistinguere la contrattazione integrativa nel comparto enti locali ed a suscitare le frequenti critiche,

²⁶⁶Ed ancora in base al successivo comma 3 quinquies “*La contrattazione collettiva nazionale dispone (..) le modalità di utilizzo delle risorse indicate all'articolo 45, comma 3-bis, individuando i criteri e i limiti finanziari entro i quali si deve svolgere la contrattazione integrativa. Le regioni (..) e gli enti locali possono destinare risorse aggiuntive alla contrattazione integrativa nei limiti stabiliti dalla contrattazione nazionale e nei limiti dei parametri di virtuosità fissati per la spesa di personale dalle vigenti disposizioni, in ogni caso nel rispetto dei vincoli di bilancio e del patto di stabilità e di analoghi strumenti del contenimento della spesa. Lo stanziamento delle risorse aggiuntive per la contrattazione integrativa e' correlato all'affettivo rispetto dei principi in materia di misurazione, valutazione e trasparenza della performance e in materia di merito e premi applicabili alle regioni e agli enti locali*” come previsto dagli articoli 16 e 31 del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. “*Le pubbliche amministrazioni non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile. In caso di accertato superamento di vincoli finanziari da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, del Dipartimento della funzione pubblica o del Ministero dell'economia e delle finanze è fatto altresì obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva.*”

circa un suo uso improprio, non è stato tuttavia solo l'aspetto economico ma lo stesso contenuto dei contratti collettivi stipulati dai singoli Enti, frequentemente esteso al di là dei limiti posti dal contratto nazionale. L'analisi svolta in più sedi sull'andamento della contrattazione integrativa ha indotto infatti ad osservare come nonostante nell'ambito di rilevanti materie (quali mobilità ed orario di lavoro) la contrattazione nazionale abbia riservato a quella c.d. decentrata l'individuazione dei soli criteri generali, od addirittura una mera concertazione ed informazione degli organismi sindacali (relazioni sindacali, permessi, assenze) di fatto in sede locale siano state introdotte contrattualmente discipline di dettaglio che hanno fortemente ridotto gli spazi di azione dei dirigenti²⁶⁷. Si

²⁶⁷In tal senso si veda il monitoraggio di MASTROGIUSEPPE, *La contrattazione integrativa nel comparto regioni ed autonomie locali: i risultati del monitoraggio dell'ARAN*, tratto da AA VV, *Organizzazione e lavoro negli enti locali, Atti del convegno di Catanzaro del 25 febbraio 2005*, Ed. Rubbettino 2005. Secondo l'Autore si giungerebbe in alcune occasioni ad una vera e propria sovrapposizione tra la regolamentazione nazionale di comparto e quella decentrata, aggravata da una complessiva debolezza del contraente pubblico in ragione dell'assenza di direttive politiche che orientino la delegazione trattante più esposta quindi alle richieste avanzate dal contraente sindacale. Non si può tuttavia non concordare con quanto osservato da VISCOMI, *ibidem*, Ed. Rubbettino 2005, secondo il quale – benché poi la linea accolta dal legislatore della più recente riforma del 2009 sia stata di senso inverso – la attribuzione legislativa di centralità al livello nazionale di contrattazione quando riferita alle autonomie locali costituisca una pietra di inciampo. La frammentazione e l'eterogeneità degli enti raccolti nel comparto ne esigerebbe una nuova configurazione che tenga in adeguata considerazione le dimensioni organizzative degli enti e nel contempo introduca modelli di contrattazione integrativa produttivi di sistemi di “integrazione funzionale delle attività e dei servizi erogati”: utile esperimento in tal senso la

comprende quindi per quale ragione uno dei dichiarati obiettivi perseguiti dal legislatore del 2009 sia stato quello di ricondurre la contrattazione integrativa alla propria funzione originaria, per di più irrigidendo i limiti costituiti da vincoli e materie previste dalla contrattazione nazionale.

A tali considerazioni si aggiunga l'ulteriore aspetto patologico che, peraltro, accomuna la generalità dei contratti collettivi a livello integrativo. Stando ai dati raccolti da ISTAT e CNEL e riportati nell'ultimo rapporto CNEL sulla contrattazione pubblica del 14 luglio 2010, la contrattazione pubblica decentrata si caratterizza per un anomalo protrarsi dei periodi di vacanza contrattuale così che *“nel raffronto settoriale il ritardo medio nel periodo 2006 – 2009 è stato di 14 mesi nella pubblica amministrazione a fronte dei circa 4 mesi dell'industria e dei 13 mesi dei servizi privati”*²⁶⁸. Per completezza va tuttavia precisato che le anomalie cui il processo di ricentralizzazione avviato dalla l. Brunetta ha inteso porre rimedio – in controtendenza con il c.d. iter di

contrattazione territoriale.

²⁶⁸Ritardi che, come è intuibile, hanno conseguenze di rilievo sulla stessa programmazione della spesa pubblica poiché – si legge nel richiamato rapporto - essi comportano, *“secondo dati ISTAT, un onere di cassa che si concentra per i bilanci pubblici quasi completamente nel 2008 (95,4% della spesa complessiva) per il primo biennio economico e tra il 2009 ed il 2010 per il secondo biennio, in entrambi i casi in ritardo rispetto alla naturale allocazione delle risorse. Si ripropone così una situazione di concentrazione della spesa su di un unico esercizio finanziario che rende più difficile, a causa della sfasatura tra criterio di competenza e criterio di cassa, – come più volte sottolineato dalla Corte dei conti - sia la programmazione che la razionalizzazione della spesa, oltre che una chiara comparazione tra gli incrementi retributivi e l'incremento del costo della vita”*.

aziendalizzazione del contratto collettivo – non sono state addebitate tanto alla struttura contrattuale quanto piuttosto alla carente formazione degli organismi sindacali ed alla eccessiva esposizione dei contraenti a contingenti rapporti di forza instaurati con l’interlocutore amministrativo/politico²⁶⁹.

²⁶⁹La delegazione pubblica – carattere che secondo gli operatori rappresenta una delle principali contraddizioni del sistema – è composta da dirigenti od in assenza da funzionari dell’Amministrazione nominati da quest’ultima secondo la procedura di cui all’art. 4 del vecchio Contratto collettivo del 2004. Non può invece esser composta da organi di governo, questo anche nel rispetto della distinzione tra attività di indirizzo e di gestione. Tale delegazione non necessariamente coincide con quella adibita alla concertazione come si evince dalla nota dell’ARAN 27 MAGGIO 2004 n. 4260, in cui si chiarisce anche che “vale, inoltre, la norma generale che né la delegazione di parte sindacale, né quella di parte pubblica possono intervenire nella composizione della altrui delegazione”. A tal riguardo si veda PETRILLI, *La composizione della delegazione trattante di parte pubblica e di parte sindacale*, Azienditalia – Il personale, 2009, 7, 321.

Capitolo Terzo.

Servizi pubblici e mercato a livello locale: le conseguenze sul lavoro.

I. L' esternalizzazione nel settore pubblico. Un' introduzione
II. Profili e problemi di diritto del lavoro. Un
inquadramento classico, tra clausole sociali e
trasferimento d'attività A) Le clausole sociali a i) l'art. 36
dello Statuto dei lavoratori; a ii) le clausole sociali di
seconda generazione; a iii) le clausole di successione; a
iv) i limiti: nazionali; a v) i limiti sovranazionali B) Il
trasferimento di attività da una Pubblica Amministrazione
ad un soggetto privato; b i) Soggetti ed oggetto del
trasferimento; b ii) La riorganizzazione; b iii) La
reinternalizzazione; b iv) Il trattamento successivo al
trasferimento; b v) La reinternalizzazione dei servizi
pubblici locali. III. Profili e problemi di diritto del lavoro.
Nuove prospettive A) Esternalizzazioni e contratti: appalti
e concessioni; a i) L' Integrazione delle istanze sociali
negli appalti pubblici; a ii) Gli appalti riservati a iii) La
responsabilità del committente pubblico; B)
Esternalizzazioni e soggetti: b i) Aziende speciali b ii) Le
società in house e le società partecipate..

I) L'esternalizzazione nel settore pubblico. Un'introduzione.

L'esternalizzazione²⁷⁰, altrimenti detta *outsourcing*, da

²⁷⁰ Cfr SCARPELLI, *Introduzione – Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione*, in PERSIANI CARINCI *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI, BROLLO (a cura di) *Il mercato del lavoro*,

anni costituisce il più diffuso paradigma di gestione aziendale, “risposta delle grandi imprese alle esigenze di rinnovamento²⁷¹ provenienti dal mercato” nazionale ed europeo²⁷². Si tratta di una tecnica di razionalizzazione²⁷³

CEDAM, Padova, 2012. Secondo l'Autore in base alle finalità e prassi di esternalizzazione e decentramento i fenomeni di esternalizzazione potrebbero essere distinti in frammentazioni dirette ad aggirare i vincoli giuridici sopportati nell'impresa decentrante (es. Diritti sindacali); quelle dirette alla riduzione dei costi di lavoro; quelle “tipiche di esternalizzazioni virtuose motivate dall'affidamento all'esterno di funzioni non connesse al core business, ma talvolta anche di carattere strategico in vista del loro svolgimento da parte di soggetti portatori di elevata specializzazione in grado di ottimizzarne costi e qualità”.

²⁷¹Sul piano metagiuridico il movimento delle esternalizzazione parrebbe inserirsi in quella che è stata definita una vera e propria „ideologia del lavoro che più o meno coscientemente mira ad alterare e frantumare i tradizionali legami di solidarietà e potere sociale nella contrapposizione capitale/lavoro“ SCARPELLI, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, *Dir.rel.ind.*, 1999, 351.

²⁷²QUADRI, *Processi di esternalizzazione, tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Jovene, NAPOLI, 2004. “l'imprenditore non si presenta più come il produttore ossia come colui che organizza i fattori della produzione, il capitale e il lavoro ma svolge il ruolo di general contractor, di coordinatore dell'opera di altre imprese spesso ma non necessariamente, di piccole dimensioni caratterizzate da maggior specializzazione tecnica e flessibilità organizzativa, legate all'impresa madre da rapporti contrattuali di vario genere”.

²⁷³BALLESTRERO DE SIMONE *Diritto del lavoro*, Giappichelli TORINO 2012 „il decentramento produttivo non rappresenta più (soltanto) un fenomeno patologico da reprimere ma anche e (forse) soprattutto uno strumento che le aziende utilizzando per disarticolare e riarticolare il loro ciclo produttivo spesso concentrandosi sul core business di volta in volta definito in relazione all'andamento dell'economia e alle conseguenti

dell'attività produttiva che consiste principalmente nella dislocazione delle attività accessorie e collaterali rispetto a quella di “core business” svolta dal soggetto imprenditoriale “centrale” presso enti terzi²⁷⁴. Il ricorso a tale strumento gestionale – inizialmente osteggiato perché fonte di una sostanziale frammentazione dell'impresa e per conseguenza del centro di imputazione del rapporto di lavoro, con rischio di un indebolimento delle tutele per i lavoratori operanti in quell'impresa – nasce dal desiderio

prospettive di sviluppo“. MAZZOTTA, Manuale di diritto del lavoro, CEDAM, Padova, 2012 „*la frammentazione ed articolazione del ciclo produttivo fra più imprese costituisce un dato ineliminabile*“ (..) „*intorno alle grandi fabbriche ruota- come tutti sanno per comune esperienza – il c.d. Indotto che è costituito dalle piccole e medie imprese che operano su committenza (spesso unica) della grande impresa. Il decentramento o comunque l'articolazione del ciclo assolve quindi alla funzione fisiologica di consentire un più razionale impiego delle risorse ed altresì il ricorso ad operatori specializzati per la realizzazione di determinati prodotti*“.

²⁷⁴v. definizione di Cass. Civ. 2 ottobre 2006 n. 21287. Sulla definizione di esternalizzazione e sugli effetti da questa derivanti sul diritto del lavoro cfr AA VV in DE LUCA TAMAJO (a cura di) *I processi di esternalizzazione opportunità e vincoli giuridici*, Ed. Scientifiche Italiane 2002 NAPOLI ROMA. Osserva lo stesso DE LUCA TAMAJO che ad esito della diffusione di tale paradigma aziendale sarebbe venuto a configurarsi “un sistema a rete o di specializzazione flessibile“, „in un fitto gioco di relazioni contrattuali di carattere commerciale“. Processo che finisce con il conferire alla grande impresa un ruolo di gestione del marchio, di ricerca, di innovazione o addirittura di “general contractor“ cioè di mera coordinazione dei risultati prodotti da altre imprese subfornitrici. Quanto alle ragioni e convenienze industriali che la ispirano queste si iscrivono nella tendenza degli anni Novanta a concentrare gli sforzi su ciò che si sa fare meglio ossia su quelle attività che ne costituiscono il differenziale competitivo.

di incrementare l'efficienza e la produttività dell'attività principale²⁷⁵. Detto risultato può, invero, derivare dalla segmentazione e ripartizione tra soggetti dotati del livello di specializzazione e competenza tecnica richieste²⁷⁶ o dall'affidamento a terzi che siano in grado di ottenere una riduzione dei costi di produzione.

Non rappresentando, l'esternalizzazione, un concetto giuridico ma una nozione appartenente alla scienza dell'organizzazione questa ha accomunato enti privati e pubblici²⁷⁷, nel nostro Paese come nel resto dell'Europa²⁷⁸.

²⁷⁵DE LUCA TAMAJO, cit., in DE LUCA TAMAJO (a cura di) 2002. Il ricorso alla esternalizzazione poi può derivare dalla valutazione costi: il terzo è in grado di produrre il medesimo bene o servizio a un costo unitario inferiore a quello dell'impresa committente. Esternalizzazione virtuosa genuina convenienza economica e specializzazione. Al di là delle ragioni il decentramento si riconnette sovente a un pregnante profilo di carattere finanziario: non tutti i segmenti o riparti di una impresa producono infatti il medesimo profitto: convenienza ad esternalizzare quei settori o funzioni il cui rendimento economico sia inferiore a quello di un investimento

²⁷⁶ICHINO, Il contratto di lavoro, cap. VI, Giuffrè MILANO 2003.

²⁷⁷ Si veda in particolare PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, Dir.Amm., 2005. Il legislatore volta per volta valuta se affidare all'esterno settori pubblici riconducibili alle categorie di attività pubbliche in senso stretto, attività strumentali dell'amministrazione od attività di servizio pubblico. Si tratta di un fenomeno non totalmente nuovo, da sempre meccanismi di alleggerimento delle PA che consentono di soddisfare l'esigenza che compiti o quote pubblicistiche vengano collocate fuori dai confini della PA ad esempio con l'istituzione dei Ministeri e prime aziende autonome. All'epoca l'obiettivo era perseguito alleggerire le strutture pubbliche tradizionali sfruttando la collaborazione di soggetti sempre pubblici. L'Autore distingue le ipotesi di esternalizzazione a tre categorie: l'affidamento a privati di una attività di cui l'Amministrazione continua a rimanere titolare anche

Come è facile intuire, tuttavia, tale fenomeno ove ha coinvolto la Pubblica Amministrazione ha acquisito notevoli profili di specificità, primo tra questi la sua portata ideologica²⁷⁹. Il movimento di esternalizzazione nel settore pubblico si inserisce infatti nell'ambito di un più ampio processo di alleggerimento e modernizzazione dell'Amministrazione²⁸⁰ che ha condotto ad una costante

se svolta all'esterno; la gestione dell'attività mediante soluzioni strutturali es. società mista, o funzionali; il finanziamento da parte della Amministrazione di un privato che svolge attività che presentano profili di interesse pubblico senza assumersi la titolarità dell'azione; la totale e definitiva sostituzione della PA con privati nella gestione di attività es con la dismissione di una attività prima costituente compito pubblico. Tentativi di classificazione anche da parte di DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, CEDAM, PADOVA, 2010 ma anche Idem, *Esternalizzazioni, societarizzazioni e privatizzazioni. Un approccio teorico*, in www.Ammministrazioneincammino.it

²⁷⁸GUGLIELMI, *Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, Droit Ouvrier*, 2008, p. 175; LE CHATELIER, *En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace?*, *Contrats Publics*, 2008, 40.

²⁷⁹In questi termini si esprime NAPOLITANO, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, *Dir. ec.*, 2006, 663.

²⁸⁰FERRARI (a cura di) *I contratti della pubblica amministrazione in europa*, Giappichelli, TORINO, 2003; CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, *Riv. Trim.dir.pubb.*, 2001, 79 ss; ma anche CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in "Riv.trim.dir.pubb.", 1991, p. 378; CASSESE, *Le droit tout puissant et unique de la société, Paradossi del diritto amministrativo*, su IRPA.gag.it. L'Autore ritiene che dalla progressiva privatizzazione e conseguente deregolamentazione sorgano inevitabilmente alcuni quesiti, il primo legato alla legittimità della scelta: „chi deve decidere se privatizzare, de-regolare, esternalizzare, ricorrere alla collaborazione di privati per lo svolgimento di funzioni e compiti pubblici? Può essere stabilito un limite per le funzioni non

ed ancora in corso regressione della sfera pubblica²⁸¹.

La indiretta privatizzazione della Amministrazione Pubblica mediante il collocamento di attività presso soggetti esterni alle sue strutture è del resto una delle manifestazioni concrete assunte dalla teoria di scienza dell'organizzazione definita di New Public Management. La corrente di NPM, sorta nei primi anni Novanta, ha trovato attuazione in forma e misura differenti negli

delegabili, le cosiddette “core tasks”?; ancora e meglio stabilire criteri generali (come quelli della eccezionalità della assenza di strutture interne, della carenza di personale) e requisiti procedurali (come quello di una previa valutazione dei costi e dei benefici)? Il secondo ordine di problemi riguarda la scelta dei privati che beneficiano delle scelte pubbliche: ad esempio, per la vendita di imprese pubbliche o la scelta dei contraenti privati, va fatta una gara, in modo da assicurare il rispetto della concorrenza? E, una volta affidato a privati il servizio, come garantire che non si crei una struttura oligopolistica del mercato? Il terzo ordine di problemi riguarda le difficoltà di controllo. Le imprese privatizzate debbono restare completamente libere o vanno sottoposte almeno ad autorità di settore, come quella “antitrust”? E il “third party government”, aggiungendo un ulteriore “layer”, non aumenta le distanze dal governo, rendendo difficile l'applicazione dei principi essenziali del diritto amministrativo? Più in generale, la costituzione di un'area privata accanto all'amministrazione, non produce un paradosso, quello di una “quasi-amministrazione”, sottratta alle regole di base del diritto amministrativo (trasparenza, obbligo di motivazione, proporzionalità partecipazione al procedimento, riesame giurisdizionale delle decisioni)? D'altra parte, se parti di amministrazione vengono interamente o parzialmente privatizzate, non è proprio allo scopo di sottrarle ai limiti propri della burocrazia, di evitare vincoli di bilancio e di personale, di permettere un'azione più rapida ed efficace?

²⁸¹CASSESE *Quattro paradossi sui rapporti tra pubblici poteri e autonomie private*, Riv.trim.dir.pubb. 2000 p. 389 e ss. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica*, Dir.amm. 2002, 169.

ordinamenti amministrativi europei, ma ovunque si è posta in contrapposizione ad una concezione classica di Pubblica Amministrazione. Segnatamente, nonostante le differenze esistenti tra le varie riforme che hanno coinvolto gli ordinamenti europei ma anche quello statunitense, orientate al c.d. NPM, alcuni tratti comuni sono stati individuati nel decentramento delle strutture; nella valorizzazione di strumenti contrattuali in vece dell'instaurazione di rapporti formali e gerarchici (di natura provvedimentale); nell'impiego di strumenti di mercato per l'erogazione di servizi pubblici; nella maggiore attenzione per il management dell'organizzazione amministrativa in senso ampio nonché delle singole attività svolte dai dipendenti; nello spostamento dell'attenzione dagli inputs (personale, edifici, formazione) agli outputs (verifiche dei risultati, reports ed ispezioni) nell'ambito di una “performance orientation” dell'attività amministrativa; nell'adozione di strumenti di misura e quantificazione soprattutto nella forma di indicatori di performance o di altri standard prestabiliti²⁸².

²⁸²Cfr POLLIT, VAN THIEL, HOMBURG, *New Public Management in Europe*, Palgrave Mac Millan Ed., 2007. In realtà POLLIT, *Convergence or divergence what has been happening in Europe?* In POLLIT, VAN THIEL, HOMBURG, cit., distingue il processo di recezione del paradigma di NPM in due aree: la prima di NPM marketizers tipica degli ordinamenti anglosassoni in cui ampio ruolo è dato alle forme e alle tecniche del settore privato nel processo di ristrutturazione del settore pubblico. L'Autore lo definisce il “core NPM group” che caratterizza paesi, come Australia, Nuova Zelanda, UK, Stati Uniti, di cultura individualista “with much less understanding of or patience for collectivist and conseensual practices than most continental European countries. All think in term of “the government” rather than „the state“. Il secondo gruppo di “modernizers“ è rappresentato dai Paesi dell'Europa continentale che, ad avviso di POLLIT, continuano a

La convinzione che l'importazione di tecniche aziendali all'interno del settore pubblico possa non solo soddisfare il primario obiettivo di un maggior contenimento dei costi, ma anche la richiesta di una più efficiente erogazione di servizi di qualità, ha infatti indotto il legislatore nonché le singole Amministrazioni a privilegiare sempre più, ad una gestione interna o diretta delle attività pubbliche, una collocazione delle stesse all'esterno, in capo a soggetti privati “*in ragione di una (presunta) superiore efficienza del privato e del suo ordinamento giuridico*”²⁸³.

Nel settore pubblico le esternalizzazioni inizialmente erano limitate ad attività strumentali c.d. *facilities*, perlopiù dirette al soddisfacimento delle esigenze della stessa Amministrazione, ad esempio il servizio informatico, non essendo invece esternalizzabile la *mission* dell'ente. Progressivamente si è, peraltro, ammessa - pur con cautela - l'estensione di tali tecniche al c.d. “*core business*” o “*core competence*” dell'Amministrazione Pubblica, ossia alle funzioni che sono esercizio della potestà pubblica²⁸⁴ ed

concepire lo Stato come “the irreplaceable integrative force in society” fondato su una personalità giuridica ed un sistema valoriale tale da non poter esser ridotto al discorso tipico del settore privato su efficienza competitività e soddisfazione del consumatore.

²⁸³NAPOLITANO, *cit.*, *Dir.econ.*, 2006, 663.

²⁸⁴Viene accolta questa distinzione semplificatrice anche in TORCHIA (a cura di) *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna 2009. Più precisamente le esternalizzazioni aventi ad oggetto le attività e i servizi strumentali potrebbero ulteriormente essere divise tra quelle finalizzate a soddisfare bisogni della amministrazione (es. attività di facility management) o della collettività (quali servizi sociali e culturali); le esternalizzazioni di funzioni amministrative comprenderebbero invece le esternalizzazioni di potestà amministrative nell'ambito di procedimenti amministrativi, nell'ambito di procedimenti

attratte nell'area della discrezionalità amministrativa²⁸⁵.

Il movimento dell'esternalizzazione pubblica ha trovato supporto nel percorso, da tempo avviato, di incorporazione di principi e disposizioni di diritto civile all'interno della disciplina pubblica in specifici ambiti: dalla legge sul procedimento amministrativo, alla stessa riforma del pubblico impiego, sino al Codice dei contratti pubblici²⁸⁶.

Così come nel settore privato, anche laddove riferita alla

contrattuali ad evidenza pubblica. Cfr recentemente l'interessante saggio di D'ALTERIO, *L'esternalizzazione delle funzioni d'ordine: il caso delle carceri*, Riv.trim.Dir.pubb.2008, 969.

²⁸⁵ Alla contrapposizione *facilites/core business* infatti corrisponderebbe nel nostro sistema la partizione tra prestazioni di servizio e potere pubblico diretta a distinguere le attività pubbliche che possono esser gestite da enti privati da quelle che devono necessariamente mantenute in capo all'Amministrazione Pubblica. A tal riguardo DI GASPARÈ ricorda come nel tempo sia stata ammessa l'esternalizzazione di attività che pur essendo manifestazione di un potere pubblico siano espressione della c.d. Discrezionalità tecnica (o valutazione tecnica) ossia quell'attività pubblica comunque sottoponibile a verifica tecnica. Potrebbero così esser esternalizzate attività di gestione del catasto o dell'anagrafe regolate da norme tecniche che „*escludono l'esercizio di poteri discrezionali e rendono sempre prevedibile il risultato o verificabile in base a parametri terzi*“. DI GASPARÈ, *Esternalizzazioni, societarizzazioni e privatizzazioni, un approccio teorico*, Guida agli enti locali Sole 24 ore, 25 giugno 2005.

²⁸⁶Ci si limita in questa sede a richiamare l'art. 1 comma 1 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo che così dispone: “*la pubblica amministrazione nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge non disponga altrimenti*”; l'art. 2. 4 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 Codice dei contratti pubblici: “*per quanto non espressamente previsto dal presente codice l'attività contrattuale svolta dai soggetti di cui all'art. 1 si svolge nel rispetto altresì delle disposizioni stabilite dal codice civile*”.

Amministrazione pubblica l'ampia categoria dell'esternalizzazione²⁸⁷ comprende fenomeni giuridici tra loro differenti²⁸⁸ tutti peraltro connotati dalla interazione, più o meno stretta, tra enti pubblici e soggetti privati, in coerenza con il principio di sussidiarietà, cristallizzato all'art. 118 della Costituzione²⁸⁹ e da ultimo regolamentato dal Trattato di Lisbona (Protocollo 26 all. al TUE)²⁹⁰.

²⁸⁷PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, *Dir. Amm.* 2005, 963; si veda anche VERBARO, *Esternalizzazioni e percorsi di riforma nelle amministrazioni pubbliche italiane*, *Dir.rel.ind.* 2005, 361.

²⁸⁸Per una completa ricostruzione del concetto di esternalizzazione si veda VETRITTO, *L'esternalizzazione strategica nelle Amministrazioni Pubbliche*, Rubbettino, 2006 nonché il referto sulle esternalizzazioni allegato a del. Lombardia n. 1088 del 11 dicembre 2009.

²⁸⁹G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c., della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.it.

²⁹⁰Sull'impiego tecnico dell'espressione esternalizzazione come comprensiva di processi di trasformazione della Pubblica Amministrazione di varia origine e natura cfr sempre PIPERATA, cit., *Dir.Amm.*, 2005. Se rapportata ai servizi pubblici la locuzione si riferisce al fenomeno in base al quale l'Amministrazione in base ad una esplicita previsione normativa colloca fuori dalla struttura organizzativa di tipo pubblicistico il compito di soddisfare i bisogni materiali dei cittadini con attività di produzione e di erogazione di beni e prestazioni materiali per la soddisfazione di un interesse pubblica; analogamente se applicata alla gestione dei Servizi pubblici locali può essere usata in modo generico ed ampio per indicare i casi di produzione privata di servizi pubblici. Spesso interagisce con fenomeni più circoscritti come la privatizzazione, in cui il soggetto pubblico provvede alla gestione del servizio con una società di diritto comune di cui conserva o meno la maggioranza, o come la liberalizzazione. Quest'ipotesi ricorre quando il settore di intervento originariamente riservato all'unico soggetto pubblico monopolista viene aperto alla concorrenza tra operatori economici secondo le regole di mercato. Privatizzazioni

Più precisamente le vicende con le quali l'outsourcing pubblico si è materializzato hanno dato vita a soggetti in parte coincidenti con la definizione europea di partenariato pubblico/privato (PPP) rispettivamente contrattuale ed associativo²⁹¹ fondato su una collaborazione tra enti pubblici ed operatori privati che, pur assumendo diversi gradi di intensità, connota in modo oramai determinante la modernizzazione dell'Amministrazione Pubblica²⁹².

e liberalizzazioni implicano mutamenti soggettivi mentre le esternalizzazioni interessano il versante oggettivo perché rappresentano processi che spostano fuori dall'apparato interno dell'amministrazione competente il compito di svolgere determinate attività.

²⁹¹Ci si riferisce alla nota classificazione dei partenariati pubblici privati (PPP) in partenariati "puramente contrattuali" e partenariati istituzionalizzati illustrata nel Libro Verde della Commissione UE (COM)2004 327 del 30.4.2004.

²⁹² PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico/privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in MASTRAGOSTINO (a cura di) *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo* (a cura di) Giappichelli, TORINO 2011. L'intensità collaborativa varia secondo l'Autore su una scala costituita da tre livelli: separazione, scambio e cooperazione. Nella separazione le attività di interesse generale o amministrativo sono svolte autonomamente dai privati; le Amministrazioni, nell'ambito di un rapporto di sussidiarietà, sono tenute a riconoscere tale situazione senza potersi ingerire se non al fine di favorirne lo sviluppo. Nell'ambito del rapporto di scambio invece il pubblico provvede ad assolvere ad un compito pubblico ma utilizzando le prestazioni rese dal soggetto privato dietro corrispettivo od altra utilità. In tale ambito la dinamica è puramente negoziale e sinallagmatica in quanto è sempre il soggetto pubblico che rimane titolare della attività e responsabile di quanto compiuto anche se si avvale dei servizi del privato per portare a termine la sua missione. In questi casi il paradigma di riferimento è quello degli appalti; il contratto di appalto infatti ha natura strumentale in quanto utilizzato per

Come si vedrà con l'espressione "esternalizzazione contrattuale" ci si riferisce all'affidamento ad un soggetto privato di concessioni od appalti previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica; per contro con esternalizzazione c.d. "associativa", ci si riferirà ad una fattispecie più complessa sotto il profilo strutturale²⁹³. Quest'ultima consiste, infatti, nella creazione, inizialmente incentivata dal legislatore, soprattutto a livello locale, di soggetti formalmente privati ma di composizione mista, ossia partecipati in varia misura dallo stesso ente pubblico affidante, investiti della gestione di attività originariamente svolte "in economia", ossia direttamente dall'ente pubblico.

L'esternalizzazione di servizi ed attività sia essa attuata mediante la costituzione di società parzialmente o totalmente partecipate da soggetti pubblici o ricorrendo contrattualmente ai servizi svolti da terzi richiede sempre una fase di riorganizzazione degli stessi servizi, degli apparati e del personale. Proprio a tale ultimo proposito il legislatore ha tuttavia approntato soluzioni puntuali solo in rare occasioni, perlopiù legate alle c.d. macroprivatizzazioni. Nelle altre frequenti vicende, derivanti dalla privatizzazione di servizi a livello locale, invece, ha di fatto rimesso la gestione degli effetti sociali

soddisfare interessi pubblici ma in via indiretta (FRANCHINI L'appalto di lavori servizi e forniture stipulato con le pubbliche amministrazioni, in FRANCHINI, I contratti di appalto pubblico in Trattato dei contratti, diretto da RESCIGNO GABRIELLI, TORINO 2010).

²⁹³Si tratta di una classificazione recentemente ribadita dalla Corte dei Conti sezione Lombardia nella sua indagine sulle esternalizzazioni negli Enti Locali del 2011. Si veda altresì DI GASPARE, Servizi pubblici locali in trasformazione, CEDAM, PADOVA 2010.

delle riorganizzazioni alla stessa Amministrazione con conseguente attualizzazione dell'art. 31 del D.lgs. 165/2001 e, si è dell'avviso, necessaria riscoperta dell'impiego delle c.d. clausole sociali.

Brevemente richiamati i tratti generali del processo di esternalizzazione che ha coinvolto il settore pubblico è bene ricordare come questo non possa esser equiparato al decentramento che negli ultimi quindici anni ha trasformato il settore produttivo e industriale privato.

Si è convinti, infatti, che l'interesse pubblico continui a rappresentare l'ostacolo ad una totale conformazione dell'attività degli enti pubblici a moduli aziendali ed a riflettersi per conseguenza anche nella gestione dei rapporti di lavoro coinvolti nella evoluzione in senso privatistico degli enti pubblici. L'infiltrazione del diritto privato va pertanto limitata al solo assetto organizzativo, non potendosi estendere sino al fine perseguito, che si discosta da quello meramente lucrativo cui è orientata l'attività dei soggetti privati²⁹⁴. Contratti e soggetti di diritto comune infatti non sono che strumenti per un miglior perseguimento del bene pubblico.

L'affidamento a terzi di attività pubbliche, ivi comprese quelle strumentali (il servizio informatico e la gestione del personale di un ente), ovvero di servizi ontologicamente volti a perseguire il bene della collettività perché tesi a *“realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità”*²⁹⁵ – quali la gestione degli asili o la semplice illuminazione cittadina – trova ancora la sua ragion d'essere, così come il suo scopo, nel

²⁹⁴La infungibilità dei modelli viene posta in evidenza da VETRITTO, *cit.*, Rubbettino, 2006.

²⁹⁵Citazione testuale dell'art. 112 del D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 rubricato “Servizi pubblici locali”.

soddisfacimento dell'interesse pubblico²⁹⁶. Ration per cui ogni scelta da parte di una Pubblica Amministrazione circa le modalità di gestione dei servizi pubblici²⁹⁷, dovrà esser

²⁹⁶A tal riguardo, con riferimento ai servizi locali si veda Corte dei Conti Lombardia, 85/pareri/2008 in particolare laddove chiarisce che *“non esista alcun vincolo nell'assicurare i servizi pubblici attraverso forme di esternalizzazione, che comunque non possono eludere i principi contabili che regolano gli enti, i vincoli posti nelle leggi finanziarie per il rispetto del patto di stabilità, la valutazione dell'attività resa secondo i principi di efficacia, efficienza, economicità”*.

²⁹⁷Recentemente il legislatore ha introdotto l'art. 6 bis all'interno del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 con il quale ha espressamente individuato l'obiettivo che dovrà esser perseguito dalla Pubblica Amministrazione in sede di esternalizzazione. Recita la norma *“1. Le Pubbliche Amministrazioni (..) nonché gli enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato sono autorizzati, nel rispetto dei principi di concorrenza e di trasparenza, ad acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione e di adottare le necessarie misure in materia di personale e di dotazione organica. 2. Relativamente alla spesa per il personale e alle dotazioni organiche, le amministrazioni interessate dai processi di cui al presente articolo provvedono al congelamento dei posti e alla temporanea riduzione dei fondi della contrattazione, fermi restando i conseguenti processi di riduzione e di rideterminazione delle dotazioni organiche nel rispetto dell'articolo 6 nonché i conseguenti processi di riallocazione e di mobilità' del personale. 3. I collegi dei revisori dei conti e gli organi di controllo interno delle amministrazioni che attivano i processi di cui al comma 1 vigilano sull'applicazione del presente articolo, dando evidenza, nei propri verbali, dei risparmi derivanti dall'adozione dei provvedimenti in materia di organizzazione e di personale, anche ai fini della valutazione del personale con incarico dirigenziale di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286)*).

preceduta da una attenta valutazione su *an* e *quomodo* dell'espletamento del servizio; dovrà pertanto procedersi alla esternalizzazione “*solo quando ciò risulti essere effettivamente la soluzione migliore in termini di efficacia, efficienza ed economicità, in alternativa alla gestione diretta da parte dell'ente stesso*”²⁹⁸. Valutazione quest'ultima che non potrà essere fatta una volta per tutte ma che varierà a seconda del tipo di servizi e di funzioni, di tal ch  “*quanto maggiori possono essere gli effetti negativi della riduzione dei costi sulla qualit , tanto pi  solido risulta l'argomento in favore della fornitura pubblica diretta*”²⁹⁹.

²⁹⁸Corte dei conti sez. controllo Lombardia delib. 79/pareri/2008 del 22 ottobre 2008; Corte conti Lombardia 14 gennaio 2010 58/2010/PAR.; Corte dei conti Lombardia 13 ottobre 2010 n. 952; cfr anche Corte dei conti delibera 20 giugno 2003 n. 26/2003/G; v. PIPERATA, cit., Dir.Amm., 2005. Negli Stati Uniti l'istruttoria sulla fattibilit    stata procedimentalizzata, diversamente da quanto avviene in Italia, dove le iniziative di outsourcing vengono volta per volta affidate a scelte discrezionali delle PA. L'art. 29 della legge 448 2011 ad esempio indica come unico presupposto la condizione di ottenere conseguenti economie di gestione.

²⁹⁹“*All'opposto la possibilit  di una concorrenza ex post tra i contraenti privati rafforza l'argomento in favore della produzione privata perch  introduce un importante incentivo a non abbassare la qualit *“. In tal senso v. NAPOLITANO ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna 2009. Di notevole interesse soprattutto le considerazioni sulla delicata fase di ponderazione tra costi e benefici derivanti rispettivamente dal mantenimento dell'erogazione diretta e dall'affidamento a terzi privati, da adeguare al tipo del servizio ossia alla sua predisposizione ad esser o meno attribuibile a terzi, e sull'utile impiego che a tal fine possa esser fatto degli strumenti di analisi economica soprattutto da parte delle stesse singole amministrazioni.

II) Profili e problemi di diritto del lavoro. Un inquadramento classico, tra clausole sociali e trasferimento d'attività

A) Le clausole sociali³⁰⁰

A i) L'art. 36 dello Statuto dei lavoratori.

³⁰⁰Visto l'oggetto della ricerca le riflessioni saranno limitate alle clausole sociali impiegate in sede di appalti e concessioni pubbliche con esclusione quindi delle clausole inserite all'interno di accordi internazionali. ZOPPOLI *Strumenti di tutela del lavoro nel mercato globale, le clausole sociali*, Dem.dir. 2004 134. Impiegate anche nei rapporti internazionali sono definite „strumento per promuovere il riconoscimento dei diritti dei lavoratori connesso ad uno schema negoziale ma in qualche modo imposto alle parti del contratto stesso. Nel diritto interno configura un onere ma non è escluso che da essa possa discendere un vero e proprio obbligo in capo al datore di lavoro in quanto possa essere ricondotta ad un effetto legale della stipulazione di un determinato contratto di lavoro”. v. anche VARVA, *Le clausole sociali* in CARINCI CESTER MATTAROLO SCARPELLI, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici*, Utet giuridica, TORINO 2011; COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. Clausole sociali*, 2011 pubblicato su www3.unisi.it/ianus. Con specifico riferimento all'adozione delle clausole sociali negli appalti riservati per i quali si rinvia ai paragrafi successivi, v anche BARTOLI, *L'introduzione delle clausole sociali negli appalti riservati*, in www.amministrazioneincammino.it; v. Anche PEROTTI, *La clausola sociale strumento di salvaguardia dei lavoratori nel conferimento o nel trasferimento di attività a carattere economico-imprenditoriale da parte delle pubbliche amministrazioni*, Nuova rassegna di leggi dottrina e giurisprudenza, 2009 p. 24, secondo il quale una clausola sociale di particolare rilievo sarebbe da rinvenirsi nell'art. 31 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

Alla luce delle considerazioni brevemente formulate in conclusione del precedente paragrafo l'esternalizzazione nel settore pubblico non può esaurirsi nella mera trasposizione delle tecniche di *outsourcing* invalse nel settore privato. Molte sono le variabili che distinguono i due fenomeni. Tra queste determinante è la natura pubblica del servizio che, pur erogato da soggetti formalmente privati, continua ad esser destinato al soddisfacimento delle istanze della collettività e ad esser, per tale motivo, sottoposto a regole specifiche, quanto ad esempio agli obblighi di servizio pubblico od all'esercizio del diritto di sciopero in tale settore. Accanto a questo fattore, che si manifesta peraltro in un'ulteriore considerazione metagiuridica da non sottovalutare – viste le eventuali ripercussioni anche in termini elettorali – costituita dalla percezione che la comunità mantiene del servizio stesso come direttamente riconducibile all'Amministrazione Pubblica, va sottolineata anche la partecipazione di quest'ultima al capitale sociale che, del resto, ha giustificato la recente estensione dei vincoli in materia di personale alle società partecipate dagli enti locali.

Orbene, si è dell'avviso che la natura pubblica del servizio, tale da giustificarne l'ispirazione ai principi di parità di trattamento e continuità delle prestazioni, unitamente alla natura pubblica delle risorse impiegate per la gestione possano legittimamente tradursi nella predisposizione di specifiche clausole negoziali³⁰¹,

³⁰¹Ricorda, NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, Riv.giur.lav.1953,267, *Già con vigente il codice del 1865 la dottrina riconosceva in tali clausole dei contratti a favore di terzi. Né su tale qualificazione incide il fatto che i lavoratori non siano già determinati; ai fini dell'applicazione dell'art. 1411 c.c., ricorda l'Autore, è infatti sufficiente siano*

contenute all'interno dei bandi di gara, dei capitolati (art. 5 comma 7 D.lgs. 163/2006), nonché all'interno delle lettere di invito, od addirittura nei contratti di appalto od apposite convenzioni stipulati ad esito dell'aggiudicazione.

Le clausole cui ci si riferisce sono caratterizzate da contenuti di varia estensione e possono esser ricondotte alla più ampia categoria delle clausole sociali. Pur nella consapevolezza che l'approccio manifestato nei confronti di tali strumenti di politica sociale da parte del giudice europeo sia stato alquanto “cauto” (cfr supra cap. primo cfr c. *Ruffert*) si ritiene che, le carenze dell'attuale contesto normativo, richiedano che almeno le Amministrazioni Pubbliche direttamente coinvolte accompagnino gli importanti processi di trasformazione delle proprie strutture con misure in grado di attenuare il più possibile gli eventuali effetti pregiudizievoli sul lavoro; anzi, si condivide l'opinione di chi³⁰² sembra quasi enfatizzare,

determinabili. L'acquisto del diritto viene posticipato al momento in cui i terzi vengono ad esser determinati; I lavoratori vengono a determinarsi e ad acquistare il diritto alla prestazione cui si è obbligato il promittente al momento stesso in cui ricevono la proposta di esser addetti ai lavori.

³⁰² Ci si riferisce a BORRELLI, secondo la quale „*In Ruffert the insertion of social clause s concerns public contracts. This provides that where the public authority intervenes to regulate an economic activity a minimum standard of social protection will be ensured. State intervention in the market even if limited by european law cannot be excluded tout court. The current level of european harmonisation does not guarantee all the rules necessary to preserve workers rights and so it is necessary to lay down national social standard. The legitimacy of the continued development of european integration depends on this*”. *Social clauses in public contracts the posted workers directive and article 49 EC: the Ruffert case*, Transfer 1, 2008. “*Ruffert case can be included in the case law that considers social rights an obstacle to the economic*

proprio nell'attuale contesto di disomogeneità delle condizioni lavorative nel territorio europeo, il ruolo “equilibratore” che può esser svolto proprio dalle autorità pubbliche nell'ambito degli appalti.

L'archetipo delle clausole sociali viene normalmente individuato nell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori benché sia caratterizzato, tuttavia, da un dato testuale assai scarno, che si limita ad imporre il rispetto di un determinato trattamento contrattuale da parte di privati che instaurino rapporti giuridici qualificati con la Pubblica Amministrazione. Recita infatti la norma statutaria che *“Nei provvedimenti di concessione di benefici accordati (..) dallo stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata”* nonché nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere esplicitamente inserita una clausola recante *“l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti³⁰³ condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona”*. Tale obbligo deve essere osservato sia nella fase di realizzazione degli impianti o delle opere che in quella

freedoms guaranteed by the treaty establishing the european community.“ the result seems even more unbalanced han the laval and viking.“ „the court also omits any reference to euroepan law on publiccontracts that recognises the possibility for the contracting authority to lay down special conditions relating to performance of the contract in particular concerning social consideration“.

³⁰³Tutti i dipendenti a prescindere dalla adibizione al compimento dell'opera. Quindi anche i lavoratori delle imprese con cui l'appaltatore o il beneficiario delle agevolazioni stipuli il contratto di appalto; anche appalti a livello locale Cass.civ. 25 luglio 1998 n. 7333 e cass. 23 aprile 1999 n. 4070. V. LUCIANI, *Dir.lav.merc.* 2010.

successiva, per tutto il tempo in cui l'imprenditore beneficia delle agevolazioni finanziarie e creditizie concesse dallo stato ai sensi delle vigenti disposizioni di legge³⁰⁴. Originariamente la norma circoscriveva l'operatività della clausola sociale oltre ai beneficiari di agevolazioni fiscali, agli aggiudicatari di appalti di opere, escludendo irragionevolmente i soggetti che, ad esito di procedimento amministrativo, fossero divenuti titolari di una concessione di servizio pubblico, ragion per cui la Corte costituzionale ne ha rilevato il contrasto con l'art. 3 Cost.

Da tempo Autorevole dottrina ha collocato tra le prime clausole sociali quelle previsioni che sin dal secondo dopo guerra erano dirette a garantire il rispetto di un trattamento contrattuale minimo da parte degli aggiudicatari di opere pubbliche. Clausole di questo genere, infatti, costituiscono oggi come allora un importante strumento di attuazione del precetto di cui all'art. 36 Cost.³⁰⁵. È del resto nello stesso

³⁰⁴Continua la disposizione „Ogni infrazione al suddetto obbligo che sia accertata dall'ispettorato del lavoro viene comunicata immediatamente ai ministri nella cui amministrazione sia stata disposta la concessione del beneficio o dell'appalto. Questi adotteranno le opportune determinazioni, fino alla revoca del beneficio, e nei casi più gravi o nel caso di recidiva potranno decidere l'esclusione del responsabile, per un tempo fino a cinque anni, da qualsiasi ulteriore concessione di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero da qualsiasi appalto. Le disposizioni di cui ai commi precedenti si applicano anche quando si tratti di agevolazioni finanziarie o creditizie ovvero di appalti concessi da enti pubblici, ai quali l'ispettorato del lavoro comunica direttamente le infrazioni per l'adozione delle sanzioni.“

³⁰⁵ Tali clausole infatti rappresentavano „più che un'opportunità una necessità da parte dello Stato per assicurare ai lavoratori specie se sottratti ad una regolamentazione collettiva quel diritto solennemente sancito dall'art. 36 della Costituzione ad una

interesse della stazione appaltante ad una buona esecuzione dell'opera³⁰⁶ che le stesse Pubbliche Amministrazioni dovrebbero approntare strumenti idonei a preservare le condizioni necessarie perché la prestazione sia svolta “da

retribuzione proporzionata e sufficiente“. cfr NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, Riv.giur.lav.1953,267. Secondo l'Autore non ci son dubbi sulla natura contrattuale delle clausole contenute nei capitolati speciali di tal ché nessuna possibilità vi sarebbe di sostituire forzosamente delle condizioni di lavoro previste nelle clausole dei capitolati di appalto a quelle difformi concordate individualmente. In tal caso vi sarebbe infatti una semplice violazione contrattuale nei confronti della Amministrazione e dei lavoratori, non così grave da comportare la risoluzione del contratto. Osserva NAPOLETANO nell'oramai risalente saggio, *riteniamo che una pronta ed energica difesa dei diritti dei lavoratori possa attuarsi soprattutto attraverso l'esercizio di quel diritto di vigilanza e di ingerenza nella esecuzione del contratto di appalto concesso alla pa e attraverso la vigilanza espletata dagli ispettorati del lavoro*“. Il lavoratore, nel caso in cui non abbia pattuito qualcosa di diverso, “potrà agire per ottenere il completo adempimento del contratto“. Diverso è invece se nel contratto individuale sono concordate pattuizioni diverse, ossia se vi è una rinuncia a quanto previsto nel capitolato. Detta rinuncia però presuppone la consapevolezza del diritto, ragion per cui qualora il lavoratore dovesse versare in errore, ne deriverà l'impugnabilità del contratto per vizio del consenso. L'annullamento della rinuncia al diritto del terzo comporterà tuttavia l'annullamento del contratto derogatorio stipulato tra lavoratore e datore appaltatore.

³⁰⁶Come del resto sottolineerà, a proposito dell'art. 36 Stat.lav., la Corte di Cassazione anni dopo, l'inserzione della clausola sociale corrisponde ad uno specifico interesse dell'amministrazione alla "regolare esecuzione dell'opera nei termini contrattualmente previsti", evitando così di rimanere "esposta alle conseguenze dannose provocate dalla conflittualità e dalle rivendicazioni che insorgono abitualmente a causa della inosservanza della normativa collettiva" (Cass.civ. n. 3640 del 1981).

parte di personale scelto sottratto a turbamenti di carattere economico”, e contestualmente “*ristabilire l’equilibrio tra classe lavoratrice e gli imprenditori nella stipulazione dei contratti di lavoro*”³⁰⁷. Obiettivi cui potremmo oggi senza dubbio aggiungere quello di creare una rete pubblica comune di contrasto a fenomeni di dumping sociale.

Tali strumenti trovavano del resto legittimazione in una fonte di diritto internazionale, in particolare nella Convenzione ILO 94 del 1948 ratificata con la l. 2 agosto 1952 n. 1305 sulle clausole di lavoro nei contratti stipulati da un'autorità pubblica³⁰⁸.

³⁰⁷NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, Riv.giur.lav.1953,267.

³⁰⁸ Si ricorda che l'art. 2 della Convenzione prevede che i contratti ai quali si applica la convenzione (individuati in base ai criteri di cui all'art. 1 ossia , ad esempio, i contratti in cui una delle parti sia una autorità pubblica o in cui vi sia l'impiego di fondi pubblici o di lavoratori dell'altra parte) dovranno contenere delle clausole che garantiscano ai lavoratori interessati salari (incluse le indennità), durata di lavoro e altre condizioni di lavoro non meno favorevoli di quelle stabilite per un lavoro dello stesso genere nella professione o nell'industria interessate della stessa regione:a) sia per mezzo di contratti collettivi o per mezzo di un'altra procedura concordata di contrattazione fra organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori che rappresentano rispettivamente una proporzione considerevole dei datori di lavoro e dei lavoratori della professione o dell'industria interessate; b) sia per mezzo di sentenza arbitrale; c) sia per mezzo della legislazione nazionale.2. Quando le condizioni di lavoro menzionate al paragrafo precedente non siano regolate, nella regione in cui il lavoro viene effettuato, in una delle forme indicate più sopra, le clausole che dovranno essere inserite nei contratti garantiranno ai lavoratori interessati salari (incluse le indennità), durata di lavoro e altre condizioni di lavoro che non siano meno favorevoli: a) delle condizioni stabilite per mezzo di convenzione collettiva o per mezzo di un'altra procedura

L'importanza della funzione assolta dall'art. 36 Stat.lav.³⁰⁹ risiede proprio nell'aver generalizzato clausole che sino all'approvazione della legge 300/1970 erano rimesse a provvedimenti normativi specifici³¹⁰ per i singoli settori, tra i quali addirittura la legge 20 marzo 1865, n. 2248 (all. F)³¹¹.

concordata di contrattazione, per mezzo di sentenza arbitrale per mezzo della legislazione nazionale, per un lavoro dello stesso genere nella professione o nell'industria interessate della regione analoga più vicina; b) del livello generale cui si attengono i datori di lavoro che appartengono alla stessa professione o alla stessa industria della parte con la quale il contratto viene stipulato e che si trovano in analoghe circostanze. 3. L'autorità competente stabilirà le modalità delle clausole da inserire nei contratti e tutte le modifiche di tali modalità nella forma considerata più appropriata alle condizioni nazionali, previa consultazione con le organizzazioni,

³⁰⁹Cfr FRENI GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori*, Milano 1971; CENTOFANTI *Obblighi dei titolari dei benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche* in PROSPERETTI (a cura di) *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano 1975; ASSANTI, *Sub art. 36* in ASSANTI PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova 1972; MANCINI, *Sub art. 36* in GHEZZI MANCINI MONTUSCHI ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori* BOLOGNA ROMA, 1972.

³¹⁰Ricorda NAPOLITANO, *cit.*, *Riv.giur.lav.*, 1953, la circolare 9810/G del 12 aprile 1951 che dava direttive per l'inserimento in tutti i capitolati di appalto di opere pubbliche di uno schema di clausole che impegnano gli appaltatori ad attuare nei confronti di lavoratori dipendenti addetti all'opera appaltata „condizioni normative e retribuzioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi applicabili alla data dell'offerta, alla categoria e nella località in cui si svolgono i lavori. *L'appaltatore si obbliga a continuare ad applicare i ccnl anche dopo la scadenza fino a sostituzione così come anche nell'ipotesi in cui non aderisse alle associazioni stipulanti.*

³¹¹l'art. 357 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F (che

È noto che, con la sentenza 1 giugno 1998 n. 226³¹², la Consulta, pur riconoscendo l'esistenza di differenze tra appalto di opere pubbliche e concessione di pubblico

autorizza l'amministrazione a pagare "la mercede...rifiutata senza giusto motivo, o non corrisposta nel termine consueto", con le somme dovute all'appaltatore); l'art. 8 della legge 25 giugno 1956, n. 695, recante disposizioni in favore dell'industria zolfiera; l'art. 2 del d.P.R. 22 novembre 1961, n. 1192, sulla disciplina della mano d'opera negli appalti concessi dalle Amministrazioni autonome delle ferrovie dello Stato, dei monopoli di Stato e delle poste e telecomunicazioni; il d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, approvativo del capitolato generale d'appalto del Ministero dei lavori pubblici. Sui quali v. BALANDI, *Le clausole a favore dei lavoratori e l'estensione della applicazione del contratto di lavoro Riv. Trim dir.proc.civ.* 1973, 698.

³¹²A commento della sentenza cfr PERA, cit., ed in senso assai critico ROMEO, La clausola sociale dell'art. 36 dello statuto: corte costituzionale e l. n. 327/2000. Lavoro nella Giur., 2001, 7, 613. Secondo ROMEO la norma dello statuto non sembra riferirsi solo a talune ristrette tipologie di benefici alle imprese bensì a tutti i casi di imprese che intrattengano rapporti con le Amministrazioni purché trattasi però di convenzioni od atti unilaterali della Pubblica Amministrazioni che costituiscano vantaggio per alcune imprese rispetto ad altre. La *ratio* è garantire tutti quei lavoratori utilizzati in imprese legate a rapporti contrattuali con le Pubbliche Amministrazioni di tipo concessorio e/o di appalto oppure agevolate da benefici fiscali e/o sgravi contributivi. L'opinione dell'A. è che sia tuttavia impossibile configurare un'automatica applicazione della clausola del 36 Stat.lav. in tutte le ipotesi di rapporti negoziali con le Amministrazioni Pubbliche (anche perché in alcuni casi potrebbero non esserci benefici per i privati). L'automatismo dell'applicazione della clausola sarebbe invece consigliabile solo se il rapporto sottostante sia un appalto, una concessione od uno sgravio. Per tutte le altre situazioni invece occorre verificare la sussistenza del modello legale del contratto a favore del terzo e quindi in concreto interrogarsi sulla possibilità di una automatica applicazione delle clausole sociali.

servizio, ha evidenziato come le due fattispecie siano accomunate dalla regolamentazione c.d. "contrattuale" del contenuto dell'attività devoluta all'imprenditore privato; *“regolamentazione che, nell'introdurre elementi di disciplina del diritto comune, si pone, già di per sé, in funzione latamente assimilativa tra le due figure“*. Appurato che in entrambi i casi i costi di cui il privato verrebbe gravato in ragione del vincolo all'equo trattamento concorrono alla migliore individuazione del soggetto idoneo e che la finalità è rappresentata dalla tutela del lavoro subordinato in situazioni in cui lo Stato “è in grado di influire direttamente o indirettamente”, sempre entro i confini segnati dai principi di imparzialità e buon andamento, risulta secondo la Corte ingiustificata l'esclusione dalla protezione dei lavoratori dipendenti di soggetti concessionari di pubblici servizi. L'importanza della sentenza si rivela quindi soprattutto nel punto in cui ricostruisce la ratio della norma, da rinvenire nell'esigenza che, ove nell'esercizio di una determinata attività imprenditoriale intervenga la pubblica amministrazione (in quanto essa eroghi benefici di carattere finanziario o creditizio ovvero affidi ad altri il compimento dell'attività stessa), sia assicurato uno standard minimo di tutela ai dipendenti coinvolti.

L'art. 36 Stat.lav. quindi è espressione non solo della volontà del legislatore di sostenere la diffusione della contrattazione collettiva e con essa supportare, coerentemente con la fonte legislativa entro la quale si inserisce, le parti sociali ma soprattutto è strumento di attuazione dell'obbligo di cui la Carta costituzionale grava la Repubblica, ossia tutelare il lavoro “in tutte le sue forme e applicazioni” (art. 35 Cost.) ricorrendo allo strumento che lo stesso ordinamento pone come essenziale a tale scopo ossia la contrattazione collettiva (39 Cost). Di

tal ché come osservava Pera “è implicito che la tutela del lavoro a maggior ragione debba essere perseguita non solo dallo Stato legislatore ma anche dallo Stato amministrazione in tutte le situazioni, interessate o no, nelle quali il medesimo sia in rapporto con le imprese vuoi che commetta servizi o affidi costruzioni di opere o conceda benefici d'ogni sorta”, al punto che si tratterebbe di una previsione “doverosa”³¹³.

Il modello negoziale disegnato dall'art. 36 Stat.lav., che coinvolge tre soggetti, ha convinto dottrina e giurisprudenza a ricondurre tale fattispecie al contratto in favore del terzo, di cui all'art. 1411 c.c.. Conseguo a detta qualificazione giuridica la individuazione in capo ai lavoratori di un vero e proprio diritto soggettivo all'applicazione di determinate condizioni contrattuali³¹⁴ benché, secondo l'interpretazione più diffusa, previo inserimento espresso della clausola all'interno dell'atto negoziale od amministrativo con il quale il rapporto tra i contraenti viene instaurato³¹⁵.

³¹³PERA, *Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi*, Giust.civ. 1998. Premessa la priorità della ragione esposta nel corpo del testo, ossia la promanazione della clausola dall'art. 35 Cost, „tale da reggere tutto in maniera autosufficiente“ il giuslavorista ricorda come „la ragione vera dell'antico indirizzo politico accolto in tutti i paesi industrializzati era ben altra“ ossia la volontà che fossero evitati i conflitti „che avrebbero potuto pregiudicare la consegna dell'opera nel termine previsto“, oltre alla circostanza che si tratta di garantire un servizio „cui l'universo è interessato“.

³¹⁴ Cfr vedi Cass. n. 7333 del 1998, Cass. n. 7566 del 1997.

³¹⁵La disposizione secondo la lettura più comune evocata nel corpo del testo non è infatti dotata di efficacia reale tale da legittimare una integrazione automatica dell'atto negoziale come voluto dall'art. 1339 c.c. “giacché gli effetti della sostituzione automatica riguardano solo quelle clausole legali che siano tali da implicare,

Accanto ai profili di carattere soggettivo la disposizione ha suscitato, come intuibile, ampio dibattito in ragione del

in base al testo e allo spirito delle norme relative, l'invalidità delle contrarie clausole contrattuali, onde non è possibile procedere alla suddetta sostituzione automatica quando per l'inosservanza del precetto normativo sia prevista una sanzione diversa dalla sostituzione medesima o dall'invalidità della clausola". Cass. civ. Sez. lavoro, 29-12-2006, n. 27610; Cass. n. 7333 del 1998 e Cass. n. 5027 del 1997). Cass.civ.lav. 23 aprile 1999, 4070, Not.giur.lav.1999,4095; Corte d'appello di Venezia, 11 gennaio 2007, Lav.giur.2007, 1258; Trib. Torino 15 luglio 2002, Giur.Piem. 2003, 363. In senso contrario invece è l'orientamento per cui la norma inderogabile (nel caso di specie l'art. 36 Stat.lav.) integrerebbe di diritto il bando che non la dovesse contemplare. In proposito v. T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III, 20-07-2007, n. 1836 che ha, a proposito dell'art. 3, comma 1, della legge 3 aprile 2001 n. 142 (recante: "Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore") sulla base del quale "*Fermo restando quanto previsto dall'articolo 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300, le società cooperative sono tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine*" ha concluso che si tratti di "Norma, questa, che richiamando la c.d. "clausola sociale" di cui all'art. 36 dello "Statuto dei lavoratori", si configura come specifica clausola di legge operante - d'imperio - nei rapporti tra le cooperative e i propri soci lavoratori"; Cons. giust.amm. Sicilia, 21 settembre 2006, n. 530. A sostegno dell'automatica integrazione del bando con la clausola sociale di cui all'art. 36 Stat.lav. E della conseguente non necessità di un suo espresso inserimento v. ALVINO, *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub appaltatori*, in CARABELLI CARINCI, *Il pubblico impiego in Italia*, Cacucci, BARI, 2010.

riferimento alla contrattazione collettiva ed alla possibilità che la norma, introducendo una forma di estensione generalizzata dei contratti collettivi oltre i limiti ed il modello di cui all'art. 39 Cost., fosse incompatibile con il dettato costituzionale.

Al contrario, nessun contrasto è stato riscontrato poiché, come puntualmente argomentato da Autorevole dottrina³¹⁶ nell'immediatezza dell'entrata in vigore della legge 300, l'art. 36 va ascritto alle categoria di disposizioni (cfr legge sul collocamento; legge sull'apprendistato) recanti sì un riferimento alla contrattazione collettiva ma quale parametro esterno utile perché *“risultante della diretta contrapposizione tra le parti collettive”*. Secondo quest'impostazione, addirittura, il riferimento al contratto collettivo quale mero strumento di delimitazione dell'ampiezza di una garanzia per i lavoratori non consente neppure di intravedere nell'art. 36 Stat.lav. un vero e proprio sostegno alla contrattazione collettiva³¹⁷ né a

³¹⁶BALANDI, *Le clausole a favore dei lavoratori e l'estensione della applicazione del contratto di lavoro Riv. Trim dir.proc.civ.* 1973, 698, cfr MANCINI- Si tratta osserva BALANDI, di un fenomeno totalmente diverso dalla efficacia erga omnes dei contratti collettivi poiché i contratti sono fenomeni esterni oggettivi esistenti nella realtà esterna al precetto di legge e su cui quindi quest'ultima non incide.

³¹⁷BALANDI, cit., si esprime in termini di „posizione assenteista dell'art. 36“. La norma infatti sarebbe espressione dell'approccio paternalista dello Stato e nel contempo diffidente nei confronti di un sindacato in ascesa „puntando ad una soddisfazione dei bisogni più immediati dei lavoratori, attraverso graziose concessioni del potere politico che terzo nel rapporto di lavoro, interviene condizionando determinate scelte imprenditoriali“. La disposizione sarebbe per contro sostituibile con la autoregolamentazione collettiva, la sola capace di assicurare il continuo ristabilimento dell'equilibrio tra contraenti nel contratto

fortiori una lesione dell'art. 39 Cost. L'art. 36 Stat.lav.va quindi annoverato tra i meccanismi c.d. di recezione indiretta del contratto collettivo finalizzati ad impedire che i lavoratori siano sottoposti ad una disciplina deteriore rispetto a quella prevista per quanti svolgono attività simili³¹⁸, disparità che sarebbe resa ancora più odiosa dalla

pur a prezzo del conflitto che la precede, momento, questo, in cui deve intervenire lo Stato „facendo attenzione a non snaturare la contrattualità della composizione collettiva. Tali indicazioni sull'impiego della contrattazione han trovato riscontro nei progetti di clausola sociale e legge del 1910, recante tuttavia, sempre secondo Balandi, un rinvio alle parti piuttosto che allo strumento contrattuale.

³¹⁸Sulla individuazione del contratto collettivo da impiegare quale parametro, a meno che la stessa non sia espressamente indicata nell'atto negoziale o provvedimentale, cfr BELLAVISTA, *La clausola sociale dell'art. 36 st. lav. e l'art. 2070 c.c.*, Riv. it. dir. Lav. 1999, 459, nota a Cass. Civ. , 25/07/1998, n. 7333, sez. Lav. A commento della pronuncia della Suprema Corte che valorizza un impiego residuale dell'art. 2070 c.c. Epurandolo della sua origine corporativa l'Autore precisa che la "categoria" di cui parla la norma statutaria non può che essere quella individuata e definita dalla stessa contrattazione collettiva come ambito di applicazione delle rispettive determinazioni. Pertanto, in assenza di una specificazione dei parametri di riferimento, cioè di una diretta individuazione del contratto collettivo da utilizzare come termine di raffronto, da parte dell'ente concedente il beneficio o appaltante, il contratto collettivo da usare come parametro ex art. 36 St. lav. andrà identificato in quello che, alla stregua dei criteri di applicazione da esso forniti, meglio si adatti al caso in questione". Se il parametro contrattuale non fosse individuato ricorrendo alla attività svolta dal soggetto imprenditoriale, come dettato dall'art. 2070 c.c., del resto si consentirebbe una facile elusione della clausola sociale. "Quindi la realizzazione di tale scopo di tutela sarebbe frustrata se il contratto collettivo da utilizzare come riferimento non fosse quello più adeguato al tipo di attività in questione, proprio quello, cioè, stipulato per la categoria

compartecipazione dell'autorità pubblica.

Ciononostante si concorda con chi ha individuato nella clausola sociale contenuta all'interno dello Statuto dei lavoratori così come, si ritiene, anche nelle clausole di c.d. Seconda generazione (v.*infra*), un potenziale strumento promozionale e di valorizzazione della concertazione e della composizione dei conflitti del lavoro³¹⁹. Indipendentemente dal contenuto della clausola – abbia questa ad oggetto l'impegno all'applicazione di un determinato trattamento contrattuale, ma ancor più qualora comporti il mantenimento di determinati livelli occupazionali, l'assunzione di lavoratori “ereditati” da un precedente concessionario (c.d. Clausole di successione o salvaguardia), la riassunzione in caso di revoca di un affidamento da parte dell'ente pubblico (c.d. Clausole di riassorbimento) – si è dell'avviso, infatti, che sia sempre e comunque opportuno se non indispensabile ai fini della sua applicazione il coinvolgimento degli organismi sindacali, talvolta richiesto *expressis verbis* dalla previsione contrattuale (cfr art. 4 CCNL servizi pulizie). Il coinvolgimento degli organismi sindacali è reso ancor più opportuno dalla qualifica del soggetto affidante, tale – a sua volta – da rendere maggiore l'esigenza di trasparenza dei processi di trasformazione, anche a tutela dello stesso contraente privato la cui libertà di iniziativa economica subisce una indiscutibile limitazione.

A ii) Le clausole sociali di seconda generazione.

I limiti soggettivi ed oggettivi che connotano l'archetipo

di lavoratori destinatari della protezione assicurata dalla norma”.

³¹⁹ROMEIO, *La clausola sociale dell'art. 36 dello statuto: corte costituzionale e l. 327 2000, Lav. Giur.* 2001, 613

regolato dall'art. 36 Stat.lav., hanno reso necessaria l'adozione di clausole sociali dal contenuto e dalla funzione diversificata in modo tale da garantirne l'adeguamento alla crescita ed alla instaurazione di nuovi rapporti di collaborazione tra Amministrazione Pubblica e soggetti privati.

Hanno a tale scopo iniziato a diffondersi clausole dal contenuto più ampio perché ispirate ad obiettivi definiti dalla dottrina *“più ambiziosi, quali la continuità della occupazione nei processi di privatizzazione od il sostegno all'azione sindacale nell'ambito dei processi di ristrutturazione”*³²⁰ od addirittura la stabilizzazione di specifiche categorie di lavoro³²¹. Né la diffusione di tali

³²⁰In tal senso V.LUCIANI, *La clausola sociale di equo trattamento nell'art. 36, Dir. Lav. Merc.*, 2010 secondo il quale l'implementazione funzionale del modello di clausola sociale di cui all'art. 36 Stat.lav. sarebbe la dimostrazione che la misura quale tecnica di scambio tra vantaggi alle imprese e tutela dei lavoratori abbia dato ottima prova sul piano applicativo; la clausola statutaria si è imposta, infatti, come *„efficace strumento di politica legislativa nonostante nella disposizione si nascondessero alcune insidie”*.

³²¹T.A.R. Lazio Roma Sez. II quater, Sent., 23-07-2009, n. 7512 la "clausola sociale" nel caso di specie oggetto di sindacato da parte del giudice amministrativo non assume la funzione (sussidiaria) di analoghe clausole dirette a privilegiare l'assunzione di una quota di lavoratori della medesima categoria di quelli oggi in questione "in occasione" dell'affidamento di un appalto pubblico, bensì la diversa funzione (prioritaria) di assicurare, mediante l'imposizione della contestata riserva, l'impiego stesso del personale precario, fornendo uno sbocco occupazionale a risorse umane che resterebbero altrimenti inutilizzate. La clausola sociale in questione assume rilievo non solo come "condizione per la partecipazione" alla procedura di gara - alla stregua di quanto previsto negli altri casi di appalti pubblici "in senso proprio" - ma entra nella stessa definizione dell'oggetto della prestazione, che non è limitato al

meccanismi di protezione sociale deve stupire poiché *“il modello legislativo delle c.d. clausole sociali è chiaramente collegato ad un modello di economia più o meno controllata dalla mano pubblica e, in particolare, al modello dell'impresa c.d. funzionalizzata perché sottoposta alla potestà di direzione di un potere pubblico”*³²².

L'opportunità dell'adozione di clausole sociali emerge con evidenza soprattutto in settori in continua evoluzione come quello costituito dai servizi pubblici, in particolare a livello locale³²³. Gli ultimi trent'anni hanno infatti visto succedersi in quest'ambito ingenti processi di esternalizzazione, spesso mediante costituzione di società private partecipate da soggetti pubblici, seguiti da altrettante procedure di liquidazione, smantellamento e

mero svolgimento delle attività oggetto del servizio quanto all'ulteriore impiego del personale già in esso occupato. In tal modo detta condizione penetra nella stessa funzione del contratto di "appalto" che trova la sua causa nella stabilizzazione degli ex lavoratori socialmente utili. „*Le attività in questione costituiscono infatti uno strumento di "politica attiva del lavoro" concepito al fine di assicurare l'utilizzo di risorse umane marginali in attività che rispondono "anche" all'interesse pubblico in quanto soddisfano esigenze, che altrimenti il mercato non prenderebbe in considerazione, per le predette ragioni di mancanza di profitto (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 25 giugno 2002, n. 3451*“.

³²²GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, *Dir. relaz. Ind.*,2001,133. Sulla nozione di impresa funzionalizzata cfr GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1988, 184 ss.

³²³Cfr MARESCA, *Appunti preliminari su contrattazione collettiva e servizi pubblici*, *Qagens*, 2001;PEDERSINI, *Privatizzazioni, rappresentanza e contrattazione collettiva*, *Dir. relaz. Ind.* 2002, 01, 87. Con riferimento al ruolo svolto dalle parti sociali si veda il recente avviso comune tra CONF SERVIZI, CGIL CISL UIL sulle politiche industriali dei servizi pubblici locali del 21 dicembre 2011.

reinternalizzazione. Fasi, quelle ora menzionate, scandite da termini spesso brevi oltre che definite da limiti di carattere patrimoniale (affidamenti annui per un importo totale massimo prestabilito dal legislatore) o dimensionale (i comuni dotati di meno di 30.000 abitanti) a loro volta oggetto di continue modifiche da parte del legislatore, spinto ora ad incentivare ora a disincentivare l'esternalizzazione, a seconda delle contingenze economiche.

In una situazione connotata da un siffatto dinamismo ma soprattutto da un disorientante livello di incertezza per operatori, pubblici e privati, nonché per gli stessi lavoratori, la predisposizione di misure destinate ad accompagnare il personale “traghettato” da un ente pubblico ad una società, da un aggiudicatario ad un altro, ed ancora di nuovo all'ente pubblico, non può che apparire come una garanzia minima ed imprescindibile di ordine pubblico e di certezza giuridica.

Esempio di questo movimento è rinvenibile in due recenti provvedimenti normativi, espressione rispettivamente il primo della fase attiva di costituzione delle società pubbliche, quindi di vera e propria esternalizzazione, il secondo, della fase di emergenza, sembra invece voler chiudere l'esperienza della partecipazione pubblica per completare una vera e propria privatizzazione delle società partecipate.

Emblematici delle due fasi sono due provvedimenti normativi adottati a poca distanza di tempo l'uno dall'altro. Il primo è costituito dall'art. 30 comma 3 della l. 24 dicembre 2007, n. 244 sulla base del quale *“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". Il legislatore rende manifesta la necessità, in realtà già evincibile dall'art. 31 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, che le parti sociali siano coinvolte in ogni mutamento organizzativo dell'Ente pubblico. Si tratta tuttavia di una partecipazione limitata agli effetti lavoristici di una scelta, già adottata dalla Amministrazione nell'esercizio della propria discrezionalità e vertente sugli strumenti ritenuti più idonei a soddisfare le finalità istituzionali.

Il secondo provvedimento è da ricondursi al più ampio programma di smantellamento delle partecipazioni pubbliche ed è costituito dall'art. 4 del d.l. 95 del 2012 (c.d. Spending review) dal titolo "*Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*". La norma prevede che con riferimento alle società controllate direttamente o indirettamente dalle Pubbliche Amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del D.lgs. n. 165 / 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di Pubbliche Amministrazioni superiore al 90 % dell'intero fatturato, si debba procedere o allo scioglimento (entro il 31 dicembre 2013) o all'alienazione, con procedure di evidenza pubblica, delle partecipazioni detenute alla data di entrata in vigore del decreto (entro il 30 giugno 2013) ed alla contestuale assegnazione del servizio per cinque anni, non rinnovabili, a decorrere dal 1° gennaio 2014. Il legislatore nazionale, accogliendo una prassi già diffusa a

livello territoriale, stabilisce che nell'ambito del processo di privatizzazione, realizzato mediante l'alienazione dell'intera partecipazione della pubblica amministrazione controllante, il bando di gara destinato alla aggiudicazione del servizio al nuovo operatore economico privato consideri tra gli elementi rilevanti di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dei livelli di occupazione.

Le clausole più specifiche adottate dalle Amministrazioni a livello territoriale ben potrebbero rappresentare il modello per una disciplina nazionale. È frequente infatti che in sede regionale si diano espresse direttive perché, coerentemente con il Codice degli appalti pubblici e nel rispetto della direttiva 2004/18/CE si faccia diffuso ricorso a misure di protezione sociale.

Meritevole di attenzione a tale proposito è un recente regolamento regionale³²⁴ recante gli standard qualitativi nonché la disciplina delle modalità di gestione per l'erogazione dei servizi locali di interesse economico generale ed i criteri di ammissibilità ed aggiudicazione delle gare. Ci si riferisce non solo alla parte in cui - tra i criteri di soddisfazione degli obiettivi - vengono contemplati il possesso di un bilancio sociale³²⁵, il

³²⁴Reg. reg. 3-4-2007 n. 4 Lombardia Standard qualitativi e modalità di gestione per l'erogazione dei servizi locali di interesse economico generale e criteri di ammissibilità e aggiudicazione delle gare. Standard relativi al servizio idrico integrato, in attuazione dell'art. 2, comma 10, della legge regionale 12 dicembre 2003, n. 26. *Pubblicato nel B.U. Lombardia 2 aprile 2007, n. 14, S.O. 6 aprile 2007, n. 1.*

³²⁵*inteso come il documento di rendicontazione mirante a delineare un quadro omogeneo, puntuale, completo e trasparente della interdipendenza tra i fattori economici e quelli socio-politici connaturati e conseguenti alle scelte aziendali, pubblicato*

miglioramento delle condizioni di sicurezza degli impianti, il miglioramento della salute e tutela dei lavoratori coinvolti nello svolgimento dei servizi, posti ad oggetto della procedura ad evidenza pubblica, ma anche all'espressa riconduzione, tra i *criteri di valutazione tecnico-organizzativa*, delle *modalità di applicazione della clausola sociale*, con particolare riferimento alla qualità del piano di riqualificazione, formazione e utilizzo del personale proveniente dalle gestioni precedenti, quale fattore premiante.

La possibilità di introdurre clausole di tal sorta all'interno dei bandi pubblici costituisce del resto un adempimento di quanto dalla Commissione europea già richiesto con la Comunicazione interpretativa del 15 ottobre 2001. Veniva in tale sede constatato come, soprattutto nella fase di esecuzione, un appalto pubblico possa costituire uno strumento di incoraggiamento al perseguimento di obiettivi sociali, avendo l'Amministrazione aggiudicatrice la possibilità di imporre al titolare del contratto l'osservanza di clausole contrattuali “*che possono comprendere misure a favore di alcune categorie di persone e azioni positive per l'occupazione*”.

L'atto di *soft law* trova corrispondenza nel trentatreesimo considerando della direttiva appalti 2004/18/CE che delimita i margini di legittimità di tali clausole. Previsioni volte alla formazione professionale, alla promozione dell'occupazione di persone con difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione sono ammesse a condizione che non costituiscano misure direttamente o indirettamente discriminatorie e che siano esplicitate nei bandi o nei capitolati.

volontariamente dall'impresa allo scopo di comunicare direttamente con il pubblico interessato, quale fattore premiante;

Nuovamente è, quindi, consentito il ricorso a misure limitatrici dell'esercizio dell'attività economica, ma entro confini recepiti anche dal legislatore nazionale che, all'art. 69 del Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 163/2006), ha riconosciuto possano esser richieste da parte di Amministrazioni aggiudicatrici condizioni particolari – principalmente atte a soddisfare istanze sociali ed ambientali – per l'esecuzione del contratto “*purché compatibili con il diritto comunitario*” e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e purché siano precisate nel bando di gara o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'oneri³²⁶.

³²⁶ L'art. 69, attuazione dell'art. 26 della direttiva 2004/18/CE e 2004/17/CE così continua: *la stazione appaltante che prevede tali condizioni particolari può comunicarle all'Autorità che si pronuncia entro trenta giorni sulla compatibilità con il diritto comunitario. Decorso tale termine, il bando può essere pubblicato e gli inviti possono essere spediti. 4. In sede di offerta gli operatori economici dichiarano di accettare le condizioni particolari, per l'ipotesi in cui risulteranno aggiudicatari.* I pareri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture si rivelano così un utile strumento di studio sulla diffusione delle clausole sociali nonché sul loro contenuto. Va detto che la possibilità di richiedere una valutazione di compatibilità all'AVCM è a sua volta il risultato di un parere del Consiglio di stato reso nell'esercizio del suo potere consultivo in sede di approvazione dello schema del codice dei contratti pubblici (parere 6 febbraio 2006 n. 355). Il Consiglio di <stato aveva infatti rilevato „*che la norma (comunitaria come nazionale) è intrinsecamente ambigua, poiché le peculiari condizioni di esecuzione possono incidere sulle condizioni di concorrenzialità del mercato, in modo tale da discriminare o pregiudicare alcune categorie di imprenditori, così determinando un'incompatibilità delle previsioni del bando o dell'invito con il diritto comunitario. A fini di certezza del diritto si potrebbe*

Entro le linee così tracciate si comprende quindi che il contenuto delle clausole possa assumere portata differente in base anche alle scelte politiche adottate in materia sociale e del lavoro a livello locale nonché, come è ovvio, in base alle risorse economiche di cui le singole Amministrazioni dispongano³²⁷ od, ancora, alle esigenze specificamente manifestate sul territorio (si pensi ad aree con un maggior livello di disoccupazione giovanile o femminile). È la Commissione europea a riconoscere che le singole autorità appaltanti possano adeguare il contenuto della protezione e decidere all'interno di quale atto questa possa esser regolata purché ciò sia coerente con l'oggetto dell'appalto e rispettoso della legislazione europea.

Ha recentemente chiarito la Commissione, in risposta ad una interrogazione scritta: *“en fonction de leur nature e de la nature du marché public concerné les considérations sociales peuvent faire partie des spécifications techniques, des critères de sélection, des critères d'attribution ou bien, des clauses d'exécution du marché”* (...) *“en toute état de cause, les exigences de nature sociale doivent être conformes aux dispositions de directives sousmentionnées relatives aux marchés publics et plus généralement au droit européen”*³²⁸.

prevedere che l'Autorità indipendente del settore svolga un ruolo consultivo o di controllo sulla legittimità dei bandi e degli inviti che abbiano inserito condizioni particolari di esecuzione, rispetto alle quali possano sorgere dubbi di compatibilità comunitaria”.

³²⁷Si pensi alle clausole che comportano l'assunzione di lavoratori nell'ambito dei c.d. Cantieri lavoro o borse lavoro, parzialmente o totalmente retribuiti con fondi pubblici.

³²⁸P-2263/10 Interrogazione scritta di Emilie Turunen alla Commissione avente ad oggetto la verifica di compatibilità con la disciplina europea dell'apposizione di clausole sociali recanti l'obbligo di applicazione di un determinato contratto collettivo, il

In proposito sono utili le osservazioni contenute all'interno di una recente pronuncia del Consiglio di Stato³²⁹ proprio in materia di clausole sociali previste dal legislatore regionale. Nel citare a sua volta la sentenza della Corte costituzionale con la quale è stato parzialmente abrogato l'art. 30 della L.R. Puglia n. 4/2010³³⁰ il Supremo Collegio amministrativo ha sottolineato che la Consulta ha ritenuto del tutto legittima la parte in cui la norma oggetto di sindacato prevedeva unitamente all'obbligo di assunzione *“la garanzia delle condizioni economiche e contrattuali già in essere, ove più favorevoli”*.

Al contrario illegittima è stata considerata dalla Corte costituzionale l'estensione della clausola sociale *“al mantenimento di un contratto a tempo indeterminato, in quanto quest'ultimo è considerato incompatibile con la natura a tempo determinato del contratto di appalto”*.

Si ritiene meritevole attenzione le ragioni per le quali la Consulta, come posto in evidenza dal Consiglio di Stato, ha ritenuto parzialmente illegittima tale clausola sia nel caso in cui si tratti di affidamento a soggetti partecipati da

requisito di formazione degli apprendisti, od ancora la richiesta di una guida pratica per studenti stagisti tirocinanti. La commissione le ritiene tutte compatibili.

³²⁹Cons. Stato, sez. III, 5 aprile 2013 n. 7362.

³³⁰Sent. C.cost. 23 febbraio 2011 n. 68; cfr anche sent.C.Cost. 23 luglio 2013 n.227 sulla illegittimità costituzionale di un articolo della l.r. Friuli Venezia Giulia 16/12 che disponeva il trasferimento automatico del personale dalla soc. Gestione Immobili Friuli Venezia Giulia s.p.a. nell'organico della Regione, perché in contrasto con l'art. 3 e 97 Cost. Non essendo, infatti, garantito l'esperimento di una selezione concorsuale le disposizioni si palesavano inidonee ad assicurare una seria verifica delle capacità professionali dei lavoratori reclutati dalla Regione all'esterno, seppure provenienti da una società privata strumentale facente parte dell'apparato cosiddetto “parallelo”.

enti pubblici sia nel caso in cui si tratti di soggetti privati. In primo luogo la Corte ha ritenuto eccessivo l' onere derivante dall'obbligo per l'affidatario di assumere “*a tempo indeterminato*” il personale già utilizzato nello svolgimento di un rapporto negoziale la cui durata era determinata. La Consulta ha chiarito che dalla applicazione di tale clausola deriverebbe un pregiudizio per i principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione affidante vista la “*minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l’obbligo eccede i limiti temporali dell’affidamento del servizio*”.

Il Consiglio di Stato condivide la decisione della Corte costituzionale affermando che “*la cd clausola sociale deve essere necessariamente applicata in modo da non violare i principi di legalità e buon andamento dell’amministrazione affidante*” come sopra definiti³³¹. Il rischio è infatti che l’introduzione di un onere eccessivo per i concorrenti (ben potrebbe chiedersi infatti cosa accada del lavoratore assunto successivamente alla cessazione dell’appalto) di fatto finisca con il pregiudicare

³³¹La sentenza n. 68 citata, infatti, dopo aver parlato di violazione dell’art. 97 della Costituzione in relazione ad assunzioni a tempo indeterminato nell’ambito di società a partecipazione pubblica, totale o di controllo, estende la stessa argomentazione anche al caso di imprese o società affidatarie dell’appalto interamente private, affermando che “*il maggior onere derivante dall’obbligo posto all’affidatario di assumere “a tempo indeterminato” il personale già utilizzato si riflette - anche nel caso di imprese o società affidatarie dell’appalto interamente private- sui principi di legalità e di buon andamento della pubblica amministrazione affidante in termini di non conformità alle disposizioni sulla clausola sociale, di minore apertura dei servizi alla concorrenza e di maggiori costi, considerato che l’obbligo eccede i limiti temporali dell’affidamento del servizio*”.

non solo il principio di concorrenza ed il corretto esplicarsi della gara ma in sé l'aggiudicazione e quindi l'interesse della stazione appaltante.

A iii) Le clausole di successione.

L'attività di consulenza svolta dall'Autorità per la vigilanza su contratti pubblici di lavori servizi e forniture, ai sensi dell'art. 69, 3 comma del D.lgs. 163/2006³³² incaricata di valutare la compatibilità delle “condizioni particolari” inserite all'interno dei bandi con la disciplina europea, consente di comprendere quali siano le clausole sociali cui le Amministrazioni fanno maggior ricorso. Tra queste vanno annoverate quelle dirette all'inserimento di categorie svantaggiate – riconducibili alle più ampie politiche attive del lavoro (*per le quali si rinvia al paragrafo dedicato agli appalti pubblici*) – ma, soprattutto quelle volte all'assorbimento del personale impiegato presso un precedente aggiudicatario, già evocate.

Le c.d. clausole di successione³³³ o di salvaguardia si concretizzano frequentemente come assunzioni di impegno da parte dell'affidatario di assumere la totalità o parte dei lavoratori dipendenti dal precedente contraente in caso di successione nel contratto di appalto o nella concessione. La previsione, diffusa soprattutto in alcuni settori quali quello del turismo³³⁴ o delle pulizie³³⁵, è stata oggetto di

³³²Cfr Relazione annuale per l'anno 2011 reperibile sul sito www.autoritalavoripubblici.it.

³³³Sulle clausole di successione del personale negli appalti v BUONCRISTIANI, *Forme di tutela del lavoratore ereditato nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, Riv.it.dir.lav., 2007 I, 167.

³³⁴L'Art.346 e segg. del CCNL Settore Turismo e Pubblici esercizi prevede una fase di informazione e consultazione delle

contenzioso anche a livello europeo, perché potenzialmente lesiva della libertà di iniziativa economica del soggetto subentrante oltre che della concorrenza.

Al fine di attenuare l'impatto sulle scelte organizzative dei singoli enti imprenditoriali, in giurisprudenza la legittimità di tali clausole è stata spesso interpretata in senso restrittivo come fonte di un obbligo per l'appaltatore subentrante di assumere *prioritariamente* 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*”. Diversamente, i lavoratori che non dovessero entrare nell'organigramma del subentrante né potessero essere ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori sarebbero “*destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali*”³³⁶.

Organizzazioni sindacali con le quali l'aggiudicataria subentrante è tenuta ad individuare eventuali misure di collocamento per quei lavoratori che non possano esser riassorbiti. L'importanza della partecipazione delle parti sociali, scandita nelle fasi regolate dalla previsione contrattuale, è dimostrata da una recente sentenza del Tribunale di Milano, 8 giugno 2010 con nota di BERNINI, in D&L, Riv. crit. dir. lav., 2010, 376. Il Tribunale ha infatti ritenuto che il comportamento dell'impresa aggiudicataria, sottrattasi agli incontri con gli organismi sindacali nonostante la clausola contrattuale, rilevasse quale condotta antisindacale ex art. 28 Stat. lav.

³³⁵ L'art. 4 del CCNL per i dipendenti da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati/multiservizi del 19 dicembre 2007 rinnovato il 31 maggio 2011 prevede una procedura di successione del personale che comporta il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali.

³³⁶ Cons. Stato Sez. V, Sent., 16 giugno 2009, n. 3850; Conforme Cons. Stato Sez. V, Sent., 16 giugno 2009, n. 3916; Cons. Stato 15

Come chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, premesso che non esiste un principio generale per cui l'appaltatore subentrante debba obbligatoriamente adottare la stessa organizzazione d'impresa dell'appaltatore uscente³³⁷, anche nel caso in cui sia inserita, nel bando – su espressa scelta della Pubblica Amministrazione³³⁸ - od anche sulla base di norme contrattuali come frequentemente accade in alcuni settori produttivi³³⁹, la stessa va interpretata alla luce del sistema normativo ed europeo. L'accollo in capo al subentrante del peso economico derivante dall'assorbimento del personale costituisce invero un *“fattore anticompetitivo idoneo a disincentivare dalla partecipazione alle gare a beneficio del gestore uscente, non colpito da tale aggravio nei costi organizzativi”*³⁴⁰.

giugno 2009 n. 3900; TAR Lazio Roma Sez. III, Sent., 31 marzo 2011, n. 2848. cfr anche parere AVCP “5 febbraio 2010 n. 44.

³³⁷TAR Puglia Lecce 18.12.2007 n. 4271 e TAR Lecce 3 aprile 2006 n. 1826; T.A.R. Toscana Firenze Sez. II, 10-02-2004, n. 283.

³³⁸*È ovvio tuttavia che la indubbia legittimità della scelta dell'amministrazione di "imporre" nella legge di gara al concorrente di assumersi tale onere in caso di aggiudicazione non implica ex se l'illegittimità dell'opposta soluzione di non imporglielo. La giurisprudenza, infatti, esclude che in simili fattispecie ricorra una cessione di ramo d'azienda con onere legale di assunzione dei lavoratori in forza.* T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, Sent., 27-01-2011, n. 115.

³³⁹Art. 42 bis del CCNL Trasporto Merci 2012 2013 rubricato “cambi di appalto” prevede espressamente una procedura comprensiva anche di un incontro tra le organizzazioni sindacali territorialmente competenti e l'appaltante affinché nel contratto sia inserita una clausola di successione. La procedura deve essere rispettata anche nel caso in cui sia stipulato un contratto di subappalto.

³⁴⁰Cons. Stato dec. 26 gennaio 2009 n. 370.

Forme di protezione dei lavoratori come quelle sinora richiamate sono state peraltro in questi anni inserite all'interno di leggi regionali che, proprio in materia di gestione di servizi pubblici locali dotati di rilevanza economica, hanno formulato espresse direttive proprio in ordine alle modalità di redazione dei bandi, disponendo ad esempio che i capitolati di gara contengano l'espreso obbligo, per le società partecipanti, che in caso di aggiudicazione subentrino ad altra società o impresa nel servizio, di assorbire le maestranze risultanti negli organici al momento della pubblicazione del bando, mantenendo i diritti acquisiti sulla base di contratti nazionali, regionali e territoriali³⁴¹, nonché l'obbligo di applicare i contratti

³⁴¹ivi compresi le qualifiche e gli inquadramenti in atto e l'anzianità di servizio conseguita a ogni effetto contrattuale o di legge. Ci si riferisce alla legge regionale delle Marche 22-12-2009 n. 31. I capitolati di gara di cui al comma 1 prevedono, altresì, che la mancata osservanza degli obblighi indicati al comma medesimo costituisce causa di risoluzione del contratto. Altro esempio è costituito dall'art. 30 della L.R. Puglia 25 febbraio 2010 n. 4 a norma del quale *"Fatte salve le previsioni della contrattazione collettiva, ove più favorevoli, la Regione, gli enti, le aziende e le società strumentali della Regione Puglia devono prevedere nei bandi di gara, negli avvisi e, in ogni caso, nelle condizioni di contratto per l'affidamento di servizi l'assunzione a tempo indeterminato del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria dell'appalto Le previsioni di cui al comma 1 si applicano anche nel caso di affidamento dei servizi in favore di società strumentali costituite dalla Regione, dagli enti o dalle aziende della Regione Puglia... nei limiti del fabbisogno di personale da adibire effettivamente allo svolgimento dei servizi affidati"*. Tale disposizione è stata oggetto di una pronuncia della Consulta (con sentenza n. 68 del 3 Marzo 2011) che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale - limitatamente alle parole "a tempo indeterminato" contenute nel primo comma e nella parte in cui (al quarto comma) prevede la stabilizzazione di personale della

collettivi nazionali di settore e di secondo livello, salvo nuova contrattazione successiva tra le parti sociali.

Ha recentemente chiarito il Supremo Collegio Amministrativo che la legittimità di clausole come quelle sin qui descritte è ammessa perché le stesse sono uno strumento volto al soddisfacimento di finalità sociali che la stessa Costituzione riconosce come legittimo limite alla libertà di iniziativa economica privata. Si tratta altresì di una espressione della scelta discrezionale dell'Amministrazione concedente sulle modalità di definizione del nuovo rapporto negoziale/concessorio in linea con l'art. 2 comma 2 del Codice degli appalti che subordina il principio di economicità al rispetto di criteri ispirati a esigenze sociali³⁴².

precedente impresa o società affidataria dell'appalto senza alcuna forma selettiva perché lesive dell'art. 97 Cost. Con particolare riferimento all'obbligo di selezione concorsuale. Cfr anche L.R.Basilicata 15 febbraio 2010 n. 40 il cui art. 1 recita: *1. Fatte salve le previsioni della contrattazione collettiva, ove più favorevoli, la Regione, gli enti, le aziende e le società strumentali della Regione devono prevedere nei bandi di gara, avvisi e comunque, nelle condizioni di contratto per appalti di servizi, l'utilizzo del personale già assunto dalla precedente impresa appaltatrice, compatibilmente con la gestione efficiente dei servizi e della normativa vigente sugli appalti, nonché le condizioni economiche e contrattuali già in essere. Tale norma si applica anche agli enti subregionali, agli enti locali che utilizzano i fondi regionali e comunitari o le deleghe della Regione. 2. Le previsioni di cui al comma 1 si applicano in misura proporzionale alla quantità di servizi appaltati e non si applicano ai dirigenti e al personale che esercitano i poteri direttivi.*

³⁴²Dec. Cons. Stato 26 giugno 2012 n. 3764, sulla concessione della vendita dei biglietti di accesso ed altri servizi collaterali nell'ambito del c.d. Polo museale romano. Va detto che la clausola nel caso di specie era contenuta all'interno di un Protocollo stipulato tra Pubblica Amministrazione e organizzazioni sindacali in cui

Per completezza è bene precisare che il fenomeno successorio in esame, derivante da una clausola che abbia fonte normativa, contrattuale o provvedimentale, va distinto dal passaggio di personale conseguente al trasferimento di attività di cui all'art. 31 del D.lgs 30 marzo 2001 n. 165 (su cui v. *infra* par. successivo). Nei casi attualmente in commento non vi è, infatti, continuità del rapporto di lavoro ma risoluzione del precedente con assunzione alle dipendenze nel nuovo aggiudicatario in adempimento ad una clausola contrattuale o provvedimentale, ferma la possibilità che – se previsto espressamente – si faccia applicazione del medesimo trattamento normativo ed economico³⁴³.

espressamente era prevista la necessità di armonizzare l'organizzazione del personale con le proposte ed esigenze dell'impresa subentrante. Né, afferma il Consiglio di Stato, si poteva trattare di un vantaggio per il gestore uscente poiché la clausola non impedisce al gestore di introdurre nuovi moduli gestionali e nuove soluzioni migliorative del servizio innovative rispetto al periodo precedente. Conforme Cons. Stato 30 aprile 2013 n. 2374.

³⁴³Od addirittura si preveda la valorizzazione dell'anzianità maturata presso il precedente datore di lavoro. Sulle conseguenze anche in termini processuali derivanti dalla apposizione di clausole di successione nei bandi v. BUONCRISTIANI, cit., Riv.it.dir.lav. 2007 secondo il quale il lavoratore avrebbe diritto di pretendere la corretta continuità lavorativa anche in viacaelare . L'Autore tuttavia lamenta una lacuna normativa divenuta a dire dell'A. Non più accettabile. L'intervento normativo dovrebbe esser orientato alla tutela della libertà dell'impresa (non imponendo all'uscente di licenziare i lavoratori assegnati all'appalto); della libertà di concorrenza (non imponendo di assumere lavoratori già impiegati all'uscente o in esubero rispetto alle esigenze dell'appalto; né facendo in modo che il subentrante sia considerato responsabile in solido per obbligazioni assunte dall'uscente). In caso di cambio di gestione nell'appalto la continuità lavorativa presuppone lo

Si è anticipato che anche la Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulla conformità con la disciplina europea di una clausola di successione contenuta proprio all'interno di una legge italiana. Ci si riferisce specificamente all'art. 14 del D.lgs 13 gennaio 1999 n. 18 ed alla sua compatibilità con la direttiva 96/67/CE sulla regolamentazione dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti aperti al traffico commerciale e situati nel territorio comunitario³⁴⁴. La disposizione nazionale prevedeva infatti che per un periodo determinato al fine di salvaguardare il mantenimento dei livelli di occupazione e della continuità del rapporto di lavoro del personale dipendente dal gestore, salva restando l'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, ogni trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza a terra avrebbe comportato il passaggio del personale, individuato dai soggetti interessati d'intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, dal precedente gestore del servizio stesso al soggetto subentrante, in

scioglimento del precedente rapporto di lavoro „con preclusione dell'impugnativa del recesso da parte del lavoratore che accetta l'assunzione“, che, si rammenta, non costituisce trasferimento d'azienda.

³⁴⁴ A tal riguardo si veda il CCNL Personale di terra trasporto aereo e delle attività aeroportuali che giustifica la formulazione di una clausola sociale con la necessità di conciliare le istanze competitive e di liberalizzazione con una „tranquillità di relazione di rapporti che respinga gli eccessi di fluttuazioni non governate“. La clausola, prevista all'art. 26 del CCNL (per i gestori) e all'art. H37 (per gli handlers) rinvia ad appositi incontri tra le società aggiudicatrici e le organizzazioni sindacali territoriali nonché gli organismi sindacali interni all'impresa uscente. Gli incontri hanno quale esito accordi (come quello di maggio 2012 per l'aeroporto di Milano Linate o di settembre 2012 per Malpensa) diretti a regolamentare la concreta attuazione della clausola

misura proporzionale alla quota di traffico o di attività acquisita da quest'ultimo.

La norma di protezione sociale era stata prevista nel convincimento che si trattasse a sua volta di una attuazione dell'art. 18 della direttiva, ai sensi del quale, salva l'applicazione delle disposizioni della direttiva e nel rispetto delle altre disposizioni del diritto comunitario, gli Stati membri avrebbero potuto adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori e il rispetto dell'ambiente. I giudici di Lussemburgo tuttavia non han condiviso la tesi della riconducibilità della misura di protezione approntata nell'ordinamento italiano alla disposizione europea (art. 18)³⁴⁵. Al contrario han ritenuto che, benché la direttiva consenta ai Paesi membri in sede di attuazione di predisporre “un adeguato livello di protezione sociale” questo comunque debba sempre esser coerente con il fine ultimo perseguito dalla disciplina europea, ossia - nel caso di specie - la liberalizzazione del mercato dei servizi aeroportuali di terra. L'interpretazione dell'art. 18 adottata dal Governo italiano e presupposta dalla

³⁴⁵Osserva PALLINI, *Diritto del lavoro e libertà di concorrenza: i servizi aeroportuali*, 2006, che la difesa del Governo italiano e la pronuncia della Corte di Giustizia presuppongano due concezioni differenti di concorrenza rispettivamente di carattere soggettivo ed oggettivo. La prima meramente diretta alla regolazione delle condotte e pratiche delle imprese sul mercato, la seconda invece governa anche le scelte del legislatore sulla qualificazione e regolazione dei mercati comuni. L'Autore pare peraltro preoccupato dal carattere formale della motivazione della sentenza che, come in altri casi, è fondata su criteri di determinazione delle materie di competenza statale e comunitari. Opzione che avrebbe finito con il delegittimare la Corte rimanendo „inespressa la gerarchia di valori che la ispira e che può essere invocata dagli stati e dai cittadini a sostegno della legittimità delle loro scelte e condotte future“.

formulazione dell'art. 14 del D.lgs. recante la c.d. clausola sociale avrebbe reso invece oltremodo difficile l'accesso ai mercati di assistenza a terra di nuovi prestatori di servizi, essendo questi ultimi tenuti a riassumere il personale impiegato dal precedente prestatore, così pregiudicando e frustrando l'obiettivo perseguito³⁴⁶.

Data la specificità del contesto normativo dal quale la pronuncia trae origine non è agevole individuarvi un principio valevole per la totalità delle clausole di protezione sociale; senza trascurare inoltre che, come condivisibilmente osservato, la Corte non mostra di voler trovare un compromesso tra esigenze economiche e sociali quanto piuttosto di concentrarsi e dar assoluta priorità alle finalità perseguite dalla direttiva. È per tale ragione che del tutto ragionevoli risultano le perplessità manifestate sulla reale utilità di una norma come l'art. 18 della direttiva 96/67/CE che al contrario sembrava valorizzare strumenti nazionali di protezione sociale come quelli invece repressi dalla Corte³⁴⁷.

³⁴⁶Il passaggio di personale avrebbe potuto al più trovare fondamento nell'applicazione della direttiva 2001/23/CE che tuttavia richiede vi sia un effettivo trasferimento di una entità economica organizzata dalla quale invece l'art. 14 del D.lgs. Oggetto di sindacato della Corte di Giustizia prescinde.

³⁴⁷Ci si riferisce alle osservazioni di BRINO, *Il diritto comunitario e le misure nazionali a sostegno dell'occupazione: un compromesso difficile*, *Gius.civ.* 2005, 2592 che, critica nei confronti della decisione della Corte di Giustizia sottolinea come misure quali quelle offerte dal legislatore italiano potrebbero costituire utili strumenti di selezione in fase di accesso al mercato di operatori economici che rispettino determinati requisiti ed applichino i contratti collettivi quindi un trattamento normativo e retributivo minimo inderogabile, sì da ridurre i meccanismi di concorrenza al ribasso attraverso l'imposizione di condizioni quanto più uniformi possibili. Constata inoltre l'Autrice come la decisione della Corte,

Nell'ambito del dialogo tra l'esigenza di continuità del rapporto di lavoro e la esigenza dell'impresa subentrante di organizzare liberamente la propria attività, finisce con il trovare tutela quest'ultima.

Va detto che dubbi sulla legittimità di clausole di successione o di mantenimento dei livelli occupazionali sono stati sollevati anche con riferimento all'ordinamento italiano ed in particolare con l'art. 41 Cost. Partendo dal presupposto che *“il dimensionamento e la scelta del personale impiegato nell'azienda caratterizzano il nucleo essenziale della libertà d'iniziativa economica”*³⁴⁸, si dovrebbe concludere che clausole che impongano l'obbligo

tutta incentrata sulla priorità delle dinamiche di mercato, induca a dubitare della funzionalità della facoltà riconosciuta mediante l'art. 18; ogni strumento di protezione sociale si pone, invero, quale limite alla concorrenza. Cfr anche MUTTARELLI, *Protezione del lavoro vs protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di giustizia sui servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo ma motivata in modo insoddisfacente*, Riv.it.dir.lav. 2005, II, 271 secondo il quale la Corte di fatto si sarebbe sottratta ad una vera e propria decisione che si sarebbe dovuta concentrare sul bilanciamento tra esigenze di carattere economico e scelte di carattere sociale.

³⁴⁸Corte Costituzionale 30 dicembre 1958, n. 78; d'accordo GHERA, cit., p. 144. Sembra condividere tali dubbi COSTANTINI, cit. Benché, con riferimento alla disciplina nazionale, l'Autore tragga da una sentenza della Consulta emessa con riferimento ad una fattispecie, quella dell'imponibile di manodopera nel settore agricolo regolato nel D.lgs. 929/1947, già oggetto di una sentenza della Corte costituzionale 16 dicembre 1958, n. 78. Le argomentazioni evocate dalla Consulta soprattutto laddove ha sancito che non è legittimo *“limitare la libertà dei privati, imponendo loro di assumere obbligatoriamente un certo numero di dipendenti, per quanto giustificato e persino lodevole possa sembrare dal lato morale o anche da quello sociale l'intento di favorire categorie particolarmente colpite dalla sventura”*.

di riassunzione del personale od il mantenimento del livello occupazionale finiscano con il comprimere tale nucleo essenziale.

A iv) i Limiti

Nazionali) Proporzionalmente all'ampliamento ed all'incisività del contenuto delle clausole cresce il sacrificio imposto all'iniziativa economica privata, esercitata dal soggetto imprenditoriale che interagisce con un ente pubblico³⁴⁹. Attività economica³⁵⁰, che pur sottoposta a limiti, è “*riconosciuta e garantita dal I comma dell'art. 41 come oggetto di una libertà dell'individuo e*

³⁴⁹Particolarmente critico nei confronti delle ingerenze esercitate dal committente pubblico ZANOBINI, *Esercizio privato di funzioni pubbliche*, in ORLANDO, *Primo trattato di diritto amministrativo*, vol.II parte III. Nello studio in particolare nella parte in cui è dedicato all'approfondimento della concessione l'Autorevole amministrativista rammenta come l'organizzazione personale dell'azienda sia un diritto (e un dovere) del concessionario di carattere naturale e generale come quello relativo all'organizzazione tecnica della medesima. „*Secondo i principi di diritto comune il concessionario dovrebbe disporre di una completa libertà di organizzazione del personale. Non è che un privato e lo stato non limita la libertà di contrattazione dei privati imprenditori coi loro agenti e operai se non con le norme della legislazione sociale*“ mentre la libertà del concessionario può essere limitata sia con norme generali sia con atti speciali amministrativi.

³⁵⁰Si ricorda che nonostante la dottrina distingua tra momento dell'iniziativa e dello svolgimento dell'attività economica, le limitazioni di carattere sociale poste dall'art. 41 debbano considerarsi riferite a tutta l'attività economica privata nel suo complesso intesa. In tal senso M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, PADOVA, CEDAM 1983.

come manifestazione specifica dello svolgimento della sua personalità”³⁵¹ nell'ambito dei rapporti economici.

Inevitabile è dunque una valutazione dei confini entro i quali le clausole sociali soprattutto di c.d. seconda generazione possano dirsi rispettose dell'art. 41 Cost. A rilevare ai fini della presente trattazione è ovviamente la parte della disposizione che dopo aver sancito la libertà d'iniziativa economica la sottopone a restrizioni qualificate, chiarendo che non possa svolgersi in contrasto con l'utilità sociale od in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana.

Se risulta alquanto difficile negare che le clausole sociali, in particolare le clausole che impongano il mantenimento di determinati livelli occupazionali, introducano un limite alla libertà d'iniziativa economica, la necessità è quindi quella di trovare una legittimazione giuridica alla formulazione di previsioni di carattere sociale, proprio riconducendole al dettato dell'art. 41 Cost. e, quindi, ad uno dei valori che il legislatore costituente ha ammesso possano condizionare l'esercizio dell'attività economica. Contrariamente a quanto avviene nell'ordinamento europeo, infatti, l'art. 41 non ha introdotto una funzionalizzazione dei diritti sociali al mercato ma al contrario ha delineato un modello in cui è la produzione ad

³⁵¹NATOLI, Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro, Giuffrè, MILANO, 1955. *L'attività che è espressione della iniziativa economica privata è riconosciuta come manifestazione della libertà e della personalità dell'individuo ma poiché ha o può avere per conseguenza la creazione di un più o meno immediato e più o meno intenso stato di soggezione economica in primo luogo per altri individui la norma che ne prevede la garanzia ribadisce il principio generale enunciato dall'art 4 II comma, specificando la prevalente posizione dell'istanza sociale.*

esser funzionalizzata al soddisfacimento di bisogni umani³⁵², o, epurando il modello imprenditoriale da ogni funzionalizzazione, in cui è l'attività economica ad esser conformata ai valori costituzionali³⁵³.

³⁵²M.LUCIANI, *La produzione della ricchezza nazionale*, Costituzionalismo.it 2008. “per la costituzione“ ricorda l'A. “la produzione di ulteriore ricchezza nazionale è mezzo rispetto allo scopo finale che è il soddisfacimento dei bisogni umani“. Il soddisfacimento di tali bisogni, continua l'Autore, „passa per l'assolvimento dei fondamentali doveri di solidarietà. Per una tesi contraria ad ogni forma di funzionalizzazione dell'impresa cfr GALGANO, sub art. 41 in BRANCA, Commentario alla costituzione. Rapporti economici t. II art. 41 -44 Bologna Roma, 1982 che limita invece il perseguimento di fini sociali all'ipotesi in cui ciò trovi espressione in programmi e controlli che indirizzino l'attività economica (41 Cost.ult.comma). Similmente IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza ROMA BARI 1998 che sottolinea come i limiti di cui all'art. 41 Cost. vietino „modalità che siano contrastanti con l'utilità sociale o fonte di danno per taluni beni“, ma „non introduce un controllo sugli scopi perseguiti né un sindacato sul merito dell'impresa“.

³⁵³ Secondo IRTI, cit., l'art. 41 commi 2 e 3 Cost. recherebbe infatti criteri di conformazione tali da tradurre il dovere di solidarietà (art. 2 Cost.) nel campo proprio della libertà di iniziativa economica. „I doveri negativi del 2 comma dell'art. 41 nel vietare il compimento di atti lesivi dell'utilità sociale o della sicurezza o della libertà e dignità umana servono a specificare e realizzare il dovere di solidarietà“. Caduti „nell'orizzonte politico“ secondo il giurista, e dimostrato dalla storia del nostro ordinamento, invece i doveri positivi di cui all'art. 41 ult.comma. L'individuazione delle modalità con le quali i criteri di conformazione (dell'economia alla solidarietà) debbano essere poi concretamente attuati, afferma IRTI, attiene a scelte di carattere squisitamente politico. Di „conformazione dell'economia ai principi fissati nella Costituzione formale“ parla MENGONI che ritiene infatti che „una disciplina delle tendenze del sistema economico mediante interventi giuridico istituzionali“ sia il „necessario complemento

È forse proprio il riferimento all'utilità sociale, concetto la cui indubbia indeterminatezza ha suscitato ampio dibattito tra i giuristi³⁵⁴ ma che ha assunto un ruolo

della democrazia politica“ tale per cui il diritto diviene „componente strutturale“ dello stesso ordine economico.“ Obiettivo del diritto, secondo MENGONI, è proprio quello di convertire in „equilibrata integrazione“ la tensione esistente tra economicità, giustizia sociale e libertà individuale, scopi fondamentali della Costituzione economica, e, pertanto, anche dell'art. 41 Cost. A proposito di tale articolo MENGONI si dichiara contrario ad una lettura che in tale disposizione individui la consacrazione di un sistema aperto di economia di mercato, nel senso che „i fini sociali ai quali dev'essere indirizzata dai pubblici poteri l'attività economica includono anzitutto le finalità inerenti al funzionamento del mercato in condizioni correttamente concorrenziali e alla competitività delle imprese sui mercati esteri“ (MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in MENGONI *Metodo e teoria giuridica*, vol. I, Giuffrè, MILANO, 2011). „la formula che descrive la svolta come restaurativa del primato del mercato è ambigua e va corretta se con essa si intende conferire al principio economico di efficienza una dimensione normativa autonoma. In un ordinamento costituzionale come il nostro che ha riportato il diritto positivo a un fondamento etico la riduzione dell'argomentazione giuridica alla analisi economica trasformerebbe l'economia in un criterio morale ultimo, mentre i valori morali incorporati nella Costituzione formale derivano da un'etica personalistica“.

³⁵⁴Sulla categoria cui ascrivere il concetto di utilità sociale, se tra i concetti valvola, tra i concetti giuridici indeterminati, tra le clausole elastiche, v. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema nazionale*, CEDAM, PADOVA, 1983. quanto al contenuto attribuibile alla nozione l'Autore ritiene che lo stesso non possa coincidere con l'interesse pubblico, né con l'interesse di alcune categorie sociali sfavorite, ma che debba essere inteso come sintesi degli interessi della società, non intesa però in senso omogeneo ma come interesse di coloro che di volta in volta saranno titolari di interessi coincidenti con quelli complessivi della

prioritario sugli altri limiti, che sembra possa fungere da varco entro il quale le clausole sociali possono trovare riparo costituzionale, poiché l'art. 41.2 “*consente di limitare e comprimere svolgimenti di private iniziative che (..) contrastino con l'utilità sociale*”.

Limitazioni e compressioni in nome dell'utilità sociale, come dimostra la sovraccitata giurisprudenza amministrativa giunta ad armonizzare le direttive sociali con le specifiche esigenze organizzative e imprenditoriali del subentrante, devono tuttavia rispondere ai criteri di “*congruità, non eccessività, adeguatezza e sufficienza dei limiti imposti ai diritti protetti in Costituzione*”³⁵⁵.

L'adozione, quale criterio interpretativo, del principio di proporzionalità tra il sacrificio imposto alla libertà di iniziativa privata e il fine perseguito dalle clausole (ossia la garanzia di un livello minimo di trattamento economico e normativo, garanzia della continuità dei rapporti di lavoro) che sembra sia stato adottato dai giudici amministrativi nonché suggerito dalla Consulta, fa sì che a seconda del singolo caso valutato l'esito della ponderazione tra entità del sacrificio e meritevolezza dello scopo sia volta per volta differente.

Si intende dire, cioè, che l'esito del sindacato sulla compatibilità della clausola sociale con l'art. 41 della Costituzione sarà inevitabilmente legato all'impatto che la singola previsione, così come formulata dal legislatore o dall'Amministrazione nel caso di specie, eserciti sulla scelta organizzativa imprenditoriale del singolo contraente, parte integrante della libertà economica individuale.

Il livello di accettabilità del limite imposto non può

trasformazione. Interessi quindi in continuo divenire.

³⁵⁵M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema nazionale*, CEDAM, PADOVA, 1983.

pertanto essere definito a priori ma, fermo il perseguimento di obiettivi costituzionalmente rilevanti³⁵⁶, muterà in base ad una serie di circostanze tra le quali la Consulta ha ad esempio annoverato la corresponsione di benefici od il godimento di una situazione di privilegio da parte del soggetto economico privato, sulla scia dello schema sotteso all'archetipo dell'art. 36 Stat.lav.

È per tale ragione che la Corte costituzionale ha ritenuto eccessivamente restrittive misure quali l'imponibile di manodopera nel settore agricolo, perché in grado di interferire nell'attività economica di singoli operatori, *“turbando e comprimendo”* quell'iniziativa privata che è garantita dal primo comma dello stesso articolo. Sostengono i giudici costituzionali che *“l'obbligo imposto ad operatori di assumere prestatori d'opera anche contro la valutazione da essi fatta della organizzazione della propria azienda resta, infatti, estraneo al disposto del terzo comma e non può inquadrarsi nelle provvidenze di ordine generale ivi previste (sentenza 30 dicembre 1958 n. 78)”*. Secondo la Corte, infatti, il D.Lgs. C.p. dello Stato 16 settembre 1947, n. 929, oggetto del sindacato giudiziale, interferiva sulla libera valutazione ed autodeterminazione dell'operatore avente ad oggetto gli elementi dal medesimo ritenuti adeguati per *“dimensionare l'azienda e provvedere alla sua interna organizzazione”*. Né alcuna giustificazione può esser rinvenuta nell'art. 41 Cost. sulla base del quale,

³⁵⁶M.LUCIANI, cit. CEDAM PADOVA 1983, Se quindi „non è possibile dire a priori se un certo intervento sulla struttura produttiva sia socialmente utile o no“ è però possibile dire a priori „per cosa debbano essere utili le incidenze sulla produzione“ ossia i diritti fondamentali indicati all'art. 3 Cost.„socialmente utile dunque è tutto ciò che consente il perseguimento di quei fini e la produzione di quegli interessi anche a costo di sacrificarne altri confliggenti“

al più, potrebbero esser emesse norme idonee a delineare, da un punto di vista della generale utilità “*programmi diretti a stimolare, indirizzare, coordinare l'attività economica al fine di dare effettivo incremento alla produzione, agganciandosi eventualmente anche a nuove risorse offerte dal mercato internazionale*”, così creando le condizioni per portare ad un fruttuoso ma “*naturale*” assorbimento di mano d'opera.

La necessità di una opportuna compensazione tra restrizioni inflitte e benefici emerge più chiaramente nella sentenza 5 luglio 1990 n. 316, in cui una clausola recante il trasferimento coattivo di lavoratori è stata ritenuta compatibile con il dettato costituzionale, così distinguendola dall'imponibile di manodopera nell'agricoltura, perché “bilanciata” dalla situazione di privilegio goduta dall'impresa - a sua volta derivante dalla natura pubblica del bene erogato (tutela assicurativa)³⁵⁷ - o

³⁵⁷M. LUCIANI, *Libertà di impresa e di assicurazione e garanzia dei livelli occupazionali. Prime osservazioni alla sent. 316 del 1990 della Corte costituzionale*, *Giur. Cost.* 1990, 2035. La Corte nel pronunciarsi sulla legittimità della disciplina normativa delle assunzioni di personale conseguenti al trasferimento coattivo del portafoglio delle imprese di assicurazione in liquidazione formula un bilanciamento tra tutela dei livelli occupazionali e della libertà di iniziativa economica che l'Autore non condivide. Per giungere alla propria conclusione di sostanziale prevalenza dell'interesse al mantenimento del livello occupazionale la Corte accentua fortemente l'inerenza dell'interesse pubblico alle imprese autorizzate ad esercitare l'attività assicuratrice. Secondo l'Autore in presenza di una misura come il trasferimento coatto di lavoratori in primis si sarebbe dovuto verificare se esista un bene costituzionalmente rilevante che legittima tanto un intervento pubblico di sostegno quanto l'imposizione in funzione di solidarietà di limiti ai privati. La *peculiare coloritura pubblicistica* del settore dell'assicurazione r.c.a. ha indotto invece la Consulta a ritenere

più genericamente da un correttivo che vale a “*bilanciare o temperare in qualche modo l'onere economico derivante all'impresa dall'obbligo di assumere lavoratori in soprannumero*”³⁵⁸.

ammissibili limiti di tutela dei livelli occupazionali in altri settori non tollerati. Criticabile è quindi la pronuncia perché invece manca un qualsiasi contemperamento tra interesse alla piena occupazione e tutela dell'iniziativa economica privata.

³⁵⁸Correttivo che, mentre non sarebbe riscontrabile nel caso del mero imponibile di manodopera, avrebbe accompagnato l'ipotesi di trasferimento coatto valutata nel caso di specie dalla Consulta secondo la quale, infatti „*l'obbligo di assunzione fuori organico è compensato dall'incremento del volume di affari portato dalla contestuale cessione di una quota proporzionale del portafoglio dell'impresa in liquidazione, e in questa acquisizione esso trova il suo fondamento giuridico giusta il principio dell'art. 2112, primo comma, cod.civ. Invero, nell'ipotesi di trasferimento coattivo il personale dell'impresa in liquidazione, i cui rapporti di lavoro si risolvono di diritto alla data del provvedimento di liquidazione (art. 5 del d.l. n. 576 del 1978), non è riassunto direttamente dalle imprese cessionarie, bensì dal commissario liquidatore, il quale provvede poi a trasferirlo gradualmente alle imprese cessionarie secondo le quote di ripartizione stabilite dal comitato del Fondo di garanzia (artt. 10 del d.l. n. 857 del 1976 e 23 e 26 del d.P.R. n. 75 del 1981)*“. In linea con tale lettura e con la necessità di una compensazione cfr Corte costituzionale 356/1993 avente ad oggetto l'art. 67 del d.d.l. R.SICILIA 387/A 1993 ritenuto „*costituzionalmente illegittimo poichè comprime 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 (v. sent. n. 78 del 1958).Nè si può dire che l'obbligo di assunzione previsto dall'art. 67 sia bilanciato o sostanzialmente temperato dall'erogazione pubblica di benefici diretti a riequilibrare l'obbligo imposto (v.sent. n.316 del 1990), dal momento che al riguardo nulla è stabilito nella legislazione*

Sulla base dei principi brevemente richiamati e formulati dalla Corte costituzionale così come della cauta interpretazione che delle clausole sociali è stata accolta dalla giurisprudenza amministrativa, non può che concludersi per una lettura di tali previsioni che le renda compatibili con l'art. 41 Cost.

Si ritiene, pertanto, che debbano in particolare esser valorizzate quelle clausole che, piuttosto che *imporre* l'assorbimento del personale, vincolino l'affidatario uscente ed il subentrante ad un confronto con le organizzazioni sindacali (a livello territoriale ed aziendale) diretto non solo alla maggior partecipazione degli attori sociali nelle trasformazioni che coinvolgono settori particolarmente sensibili come quello dei servizi pubblici, ma anche alla individuazione congiunta di soluzioni che possano esser compatibili con la libertà di autodeterminazione ed organizzazione interna dei soggetti economici, tutelata dall'art. 41 Cost. (ad. es. Collocamento in altre aree di attività, Contratti di solidarietà).

Senza dimenticare che, si è dell'avviso, una riflessione procedimentalizzata (prevista a livello normativo, contrattuale o meglio ancora provvedimentale) avente ad oggetto gli effetti sociali dell'esternalizzazione, che coinvolga la Pubblica Amministrazione, le parti sociali ma anche i contraenti privati consentirebbe alla stessa stazione committente/affidante di avere un quadro più completo e trasparente di quali siano le conseguenze, anche sul territorio, delle proprie scelte amministrative/economiche

regionale nè potrebbe essere considerato un beneficio di quel tipo neppure la stipulazione del contratto di appalto ipotizzata dalla difesa della Regione Siciliana, costituendo piuttosto la relativa attività l'oggetto per il quale le società e i consorzi indicati agiscono sul mercato“.

nonché di godere di un più preciso prospetto di costi e benefici da queste derivanti.

Sovranazionali) Nel capitolo introduttivo si è già avuto modo di citare, tra le vicende giudiziarie che maggiormente esprimono l'opzione culturale delle istituzioni europee, il caso Ruffert³⁵⁹. È opportuno a questo punto richiamarne brevemente i tratti principali sotto un altro profilo, non tanto legato al diritto alla contrattazione collettiva quanto piuttosto alla delimitazione del margine di azione dello Stato membro in sede di redazione di un bando pubblico.

La peculiarità della sentenza, normalmente analizzata unitamente alle cause Viking e Laval perché rientrante nel dibattito sorto intorno al difficile equilibrio tra diritti sociali e libertà economiche, discende dal contesto normativo nel quale detta sentenza ha trovato origine. La disposizione che i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto infatti incompatibile con l'ordinamento europeo e segnatamente con la disciplina del distacco transnazionale di manodopera è costituita in particolare da un articolo della Landesvergabegesetz Nds del Land tedesco della Bassa Sassonia in materia di appalti pubblici. Similmente a quanto avviene nel nostro ordinamento la legge citata prevedeva che l'ente pubblico aggiudicatore, nell'ambito delle attività edilizie e del trasporto pubblico di passeggeri, potesse assegnare gli appalti solo alle imprese che versassero le retribuzioni stabilite dal contratto collettivo

³⁵⁹DE SALVIA *Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Viking e Laval.*, in ADL *Argomenti di diritto del lavoro*, 2008 fasc. 3, pp. 792, PATRUNO *Il caso Ruffert: la Corte di giustizia CE fa un altro passo avanti nella "via giudiziaria" al dumping sociale*, *Costituzionalismo.it*, 2008 fasc. 2, 4.

del luogo di esecuzione della prestazione del lavoro.

Sulla base di tale disposizione, in sede di presentazione dell'offerta il concorrente era quindi tenuto ad impegnarsi, con una apposita dichiarazione, a corrispondere ai dipendenti una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo ed al tempo dell'effettuazione di tali prestazioni; dichiarazione che legittimava l'Amministrazione a verificarne, in costanza di contratto, l'applicazione e, per conseguenza, a dichiarare risolto l'eventuale contratto di appalto o subappalto eseguito in violazione di tale disposizione.

La previsione recava dunque una clausola sociale di fonte normativa diretta a realizzare obiettivi di politica sociale ed in particolare a garantire condizioni di lavoro omogenee in un territorio ed in un settore, quello delle commesse pubbliche, entro il quale, come più volte ricordato, l'ente appaltante può effettivamente agire in modo diretto sul fenomeno del dumping sociale.

La Corte mostra invece di aderire alla prospettazione del giudice *a quo* secondo il quale gli obblighi di rispetto del contratto collettivo fanno sì che le imprese edili di altri Stati membri siano tenute ad adeguare i salari percepiti dai propri dipendenti alle retribuzioni, solitamente più elevate, corrisposte nel luogo dell'esecuzione dei lavori dell'appalto in Germania. “*Siffatto obbligo*” afferma il giudice di rinvio “*farebbe perdere alle imprese in parola il vantaggio concorrenziale a loro favore costituito dal minor costo del lavoro. Di conseguenza, l'obbligo di rispettare il contratto collettivo rappresenterebbe un ostacolo per le persone fisiche o giuridiche provenienti da altri Stati membri diversi dalla Repubblica federale di Germania*”.

I Giudici di Lussemburgo in particolare non condividono l'impostazione che ricondurrebbe la norma tedesca all'art.

3, n.1 primo comma della direttiva 96/71³⁶⁰. La norma non consente allo Stato 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*

³⁶⁰Ai sensi dell’art.3, n.1, primo comma, primo e secondo trattino, della direttiva 96/71, ai lavoratori distaccati, per quanto riguarda la prestazione di servizi transnazionali nel settore dell’edilizia, vanno garantite le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie dalla lett. a) alla lett. g) di tale disposizione, fra cui compaiono, alla lett. c), le tariffe minime salariali. Dette condizioni di lavoro e di occupazione sono fissate da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale. In base al n. 8, primo comma, del medesimo articolo, i contratti collettivi o arbitrati ai sensi di tale disposizione sono quelli che devono essere rispettati da tutte le imprese situate nell’ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessate. La CGUE (punti 28 e 29) contesta in particolare la natura di contratto collettivo ad applicazione generale utile ai fini dell’applicazione dell’art. 3 n.1, e legittimante una diversa regolamentazione delle tariffe salariali. Si legge nella sentenza, “Un contratto collettivo come quello oggetto della causa principale non può in ogni caso essere considerato quale contratto collettivo ai sensi di detta disposizione e, più specificamente, quale contratto collettivo, ai termini del primo trattino di tale disposizione, «in genere applicabil[e] a tutte le imprese simili nell’ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale o industriale interessat[a]»; 29.(..) l’effetto vincolante di un contratto collettivo del genere di quello oggetto della causa principale si estende solamente ad una parte del settore edilizio rientrante nell’ambito di applicazione territoriale del contratto collettivo medesimo, poiché, da un lato, la legislazione che ad esso attribuisce tale effetto si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati, e, dall’altro, il contratto collettivo di cui trattasi non è stato dichiarato di applicazione generale.

protezione minima” (p.33)³⁶¹. Ad essere oggetto di critica è poi l'effetto finale di una disposizione come quella del Land della Bassa Sassonia che imporrebbe di fatto ai prestatori di servizi stabiliti in altro Stato che applicassero salari inferiori, “*un onere economico supplementare, atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Pertanto, un provvedimento quale quello in discussione nella causa principale è tale da costituire una restrizione ai sensi dell’art.49 CE*”. Una interpretazione della direttiva 96/71/CE alla luce della libertà di prestazione dei servizi, di cui l'attuale art. 56 TFUE, osterebbe quindi ad una norma recante una clausola sociale come quella oggetto della sentenza.

La pronuncia è stata fortemente criticata e recepita come l'ennesimo indice della subalternità del principio di tutela dei lavoratori al principio di libera prestazione dei servizi, reso ancor più criticabile nel caso di specie viste le circostanze e gli strumenti mediante i quali detta tutela era perseguita. È stato a tal riguardo osservato³⁶² come, ripercorrendo la strada segnata dalle precedenti sentenze, la Corte si sia limitata ad una interpretazione restrittiva della direttiva ed in particolare delle fonti giuridiche

³⁶¹Infatti, per quanto riguarda le materie di cui all’art. 3, n.1, primo comma, lett.a)g), la direttiva 96/71 prevede esplicitamente il livello di protezione di cui lo Stato membro ospitante ha il diritto di pretendere il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri a favore dei loro lavoratori distaccati sul suo territorio. Peraltro, una tale interpretazione finirebbe per privare di effetto utile la direttiva in esame (sentenza *Laval un Partneri*, cit., punto 80).

³⁶²DE SALVIA, *Non c’è due senza tre: la corte di giustizia nel caso Rüffert*, *Argomenti Dir. Lav.*, 2008, 1415.

(normative o collettive) che a livello statale³⁶³ siano legittimate a regolare le tariffe salariali (art. 3), giungendo addirittura a paventare una disparità di trattamento³⁶⁴ tra lavoratori dipendenti di un soggetto imprenditoriale che abbia stipulato un contratto di appalto pubblico o privato.

Non solo viene trascurata, quindi, la natura pubblica dell'appaltante, tale peraltro da giustificare l'esistenza a livello nazionale come europeo di regimi giuridici diversi, ma anche il ruolo che negli ordinamenti – tra i quali quello italiano – hanno assunto le clausole sociali³⁶⁵ nel perseguimento di finalità pubbliche come quella di

³⁶³È stato notato come già l'aver attratto la disciplina delle tariffe salariali minime nelle materie di regolazione statale sia indice di apertura ad una potenziale concorrenza al ribasso tra ordinamenti nazionali, PATRUNO, *Il caso Ruffer: la Corte di Giustizia CE fa n altro passo avanti nella via giudiziaria al dumping sociale*, *Costituzionalismo.it*, 2008.

³⁶⁴Osserva correttamente DE SALVIA che quindi a questo punto l'applicazione di clausole sociali diventerebbe discriminatoria per le imprese nazionali che restano soggette alla legislazione sugli appalti pubblici e, quindi, all'onere di rispettare i minimi retributivi previsti dai contratti collettivi locali, indebolendo fortemente così l'istituto stesso delle clausole sociali perché le imprese nazionali, rivendicando una loro presunta discriminazione, potrebbero esigere il riconoscimento dell'illegittimità delle suddette clausole anche nei loro confronti.

³⁶⁵Osserva DE SALVIA, Non c'è due senza tre: la corte di giustizia nel caso Ruffert, *Argomenti Dir. Lav.*, 2008, 1415 che un coordinamento tra la direttiva sugli appalti pubblici (2004/18/CE) e quella sul distacco (96/71/CE) è invece contemplato dalla prima delle fonti richiamate che al considerando 34 specifica la funzione della direttiva distacco nella individuazione dei minimi normativi e retributivi applicabili ai lavoratori distaccati in ambito transfrontaliero così come prevede all'articolo 26, l'inserimento delle clausole sociali nei capitolati d'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario.

garantire uno standard minimo di protezione ai lavoratori oltre che una concorrenza tra operatori economici non fondata sulla riduzione del livello di tale protezione, ma sulle diverse competenze tecniche e professionalità possedute dagli operatori economici.

Sin da un breve confronto tra la clausola imposta dalla legge del Land della Bassa Sassonia e la rassegna delle previsioni di carattere sociale di prima e seconda generazione introdotte dal legislatore italiano è lecito immaginare che anche queste ultime non resisterebbero al vaglio di compatibilità con la libertà di prestazione dei servizi di cui all'art. 56 TFUE né con la disciplina in materia di distacco transnazionale così come interpretate dalla Corte di Giustizia.

Potrebbe quindi esser rilevata una contrapposizione, pur non ancora conclamata, tra l'orientamento accolto dai giudici di Lussemburgo³⁶⁶ e quello invece manifestato dai giudici amministrativi nazionali che, più volte pronunciatisi in materia³⁶⁷, hanno comunque sempre

³⁶⁶Sul pericolo di un impatto «rovinoso» della sentenza sulle diverse tipologie di clausole sociali VIESPOLI, Servizi transnazionali, giurisprudenza comunitaria e mercati del lavoro nazionali, Dir.rel.ind. 2009, 821.

³⁶⁷ Particolarmente emblematica di un orientamento contrapposto a quello espresso nella sent. Ruffert è T.A.R. Venezia Veneto, 09/01/2012, n. 4, sez. I che è giunto a ritenere illegittima l'aggiudicazione di un appalto avvenuta in violazione di una clausola del bando recante l'obbligo di applicare il CCNL terziario (l'aggiudicatario aveva infatti dichiarato di applicare il CCNL metalmeccanici). A commento della pronuncia MELI, *Procedure di affidamento dei contratti pubblici, obbligo di applicazione dei contratti collettivi di lavoro e diritto comunitario: il caso Ruffert e la sindrome (italiana) dello struzzo*, Lav.pubb.Amm.2012, 570. L'Autore, tuttavia, è molto critico nei confronti dell'impostazione dei giudici italiani noncurante delle indicazioni provenienti dalla

riconosciuto la legittimità della condotta degli enti pubblici che esigessero il rispetto di specifiche istanze sociali – salvo sindacarne l'ampiezza – per di più paradossalmente ritenendo tali previsioni una attuazione della disciplina europea.

Per una, si auspica, più completa percezione di quale possa essere ora l'approccio delle istituzioni europee nei confronti dell'inserimento e della valutazione di profili di rilievo sociale all'interno di procedure pubbliche si rinvia peraltro al paragrafo specificamente dedicato agli appalti pubblici.

B) Il Trasferimento di attività da una Pubblica Amministrazione ad un soggetto privato

B i) Soggetti ed oggetto del trasferimento

Così come il diritto del lavoro “privato” si è trovato a doversi confrontare con le nuove forme di decentramento produttivo differenziando e graduando, non senza fatica, le proprie tutele, parimenti il passaggio dalle tecniche del *to do* a quelle del *to buy* anche nell'Amministrazione Pubblica ha imposto l'adozione delle necessarie misure in

giurisprudenza della Corte di Giustizia queste ultime sul necessario compromesso sociale derivante dall'integrazione. Afferma MELI, infatti, “*Le soluzioni propugnate dai magistrati amministrativi in tali giudizi, rivelano però, come nel caso affrontato dal Tar Veneto nella sentenza in esame, la diffusione di un'inspiegabile indifferenza dei giudici nei confronti del diritto comunitario primario e derivato, per come interpretato dalla Corte di Giustizia, anch'essi contagiati dalla “sindrome dello struzzo”, che spinge sovente il legislatore ad adottare, più o meno scientemente, trasposizioni sui generis e opinabili del diritto comunitario*”.

materia di personale e dotazione organica³⁶⁸.

Si è già avuto modo di ricordare che mentre i provvedimenti che hanno regolato le c.d. macro privatizzazioni³⁶⁹ hanno introdotto specifiche disposizioni dirette a regolare il passaggio dei lavoratori dal settore pubblico a quello privato, tutte le altre frequenti vicende ascrivibili ai processi di esternalizzazione di servizi originariamente interni sono state di fatto rimesse agli enti volta per volta coinvolti. Utile supporto in un contesto connotato da una evidente inadeguatezza normativa è stato offerto dall'art. 31 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 ossia

³⁶⁸CHIECO, in CARABELLI CARINCI, *Il pubblico impiego in Italia*, Giappichelli, TORINO 2010.

³⁶⁹Di “trasferimento d’ufficio” dall’Azienda di Stato per i Servizi Telefonici società concessionarie (IRITEL S.p.a.) parla l’art. 4 della legge 29 gennaio 1992 n. 58 recante “disposizioni per la riforma del settore delle telecomunicazioni” che al comma 3 tuttavia consentiva – previo esercizio dell’opzione entro un certo termine – il mantenimento del regime di pubblico impiego al personale trasferito. Sull’esclusione dell’applicazione dell’art. 2112 c.c. come richiamato dall’art. 31 a questa vicenda, peraltro caratterizzata da un’ulteriore fusione di IRITEL in TELECOM S.p.a., si vedano Cass. civ. Sez. lav. Sent., 21 aprile 2008, n. 10315; Cass. Civ. lav. 9 gennaio 2006 n. 80; Cass. Civ.lav. 15 novembre 2003 n. 171318, pubblicata con nota di ROMEI in *Riv.it.dir.lav.*, 2004, II, 649. Ed ancora il D.L. n. 513 del 1994, convertito con modificazioni nella Legge n. 595 del 1994, recante norme sulla “Liquidazione dell’Ente nazionale per la cellulosa e per la carta” che prevedeva il trasferimento del personale dell’ENCC ad altri enti pubblici previa adozione di un D.p.c.m. Sulla inapplicabilità a tale fattispecie dell’art. 2112 c.c. si veda Cons. Stato, sez. IV, 9 agosto 2005, n. 4217. Art. 7 della legge 8 agosto 2002 n. 178 ha disposto la trasformazione dell’Ente nazionale strade ANAS in ANAS S.p.a. che al comma 9 sinteticamente prevede la continuazione dei rapporti di lavoro alle dipendenze dell’Ente Anas presso l’Anas Spa, con applicazione delle “precedenti disposizioni”.

dalla disciplina in materia di trasferimento d'attività nella Pubblica Amministrazione, secondo certa dottrina tuttavia inidonea ad arginare il deterioramento del trattamento complessivo applicato ai rapporti di lavoro coinvolti nell'esternalizzazione, soprattutto contrattuale³⁷⁰, ma sicuramente capace di agevolare le procedure di *outsourcing* ed alleggerimento delle strutture amministrative, perché ispirato al principio di continuità dei rapporti di lavoro o di indifferenza delle vicende circolatorie.

Benché non si tratti di affermazione condivisa dalla totalità dei commentatori si è dell'avviso che l'art. 31 del D.lgs. 165/2001 costituisca una clausola di riserva o di salvaguardia per l'appunto operante, stando alla lettera della norma, ove il passaggio del personale derivante dall'*outsourcing*, qualsiasi natura esso abbia, non trovi una specifica regolamentazione normativa o provvedimentale³⁷¹. L'art. 31 prevede infatti che “*fatte*

³⁷⁰CHIECO, cit.,2010.

³⁷¹È di tale opinione BASENGHI in AMOROSO- DI CERBO FIORILLO- MARESCA, *Il lavoro Pubblico*, 2011, Giuffré, MILANO. Sulla possibilità che la disposizione speciale sia costituita da un provvedimento amministrativo o da una clausola contrattuale la dottrina non è concorde. Parrebbe però potersi evincere dalla lettera stessa dell'art. 31 e dalla circostanza che nei precedenti artt. 62 del D.lgs. 29/1993 e 4 del D.lgs. 80/1998 si facesse riferimento a leggi speciali. Di tale avviso MAINARDI CASALE *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggi di personale*, in *Quad.dir.lav.rel.ind.*, 2004; cfr FERRETTI, *Trasferimento di attività della pubblica amministrazione e passaggio di dipendenti: il caso delle esternalizzazioni dei servizi pubblici locali*, *Lav. Pub.amm.*,2005. “*Sul tema si nota come la nuova formulazione, utilizzando il generico termine «disposizioni» estenda la valenza di «specialità» rinviando anche a fonti secondarie o per parte della dottrina*

addirittura non propriamente normative (quindi non solo leggi statali o regionali, ma anche decreti ministeriali, provvedimenti amministrativi, convenzioni, ecc.). Le disposizioni speciali possono prevedere forme di tutela ulteriori rispetto a quelle precedentemente presentate, arrivando, ad esempio, a riconoscere rilevanza alla volontà del lavoratore trasferito, conferendogli la facoltà di optare, entro certi limiti (es. posti in organico) per il passaggio verso l'uno o l'altro datore di lavoro“.

Tra gli interventi più noti si ricorda la legge 27 dicembre 1997 n. 449 che, ad esito della dismissione di attività non essenziali già voluta dalla legge delega Bassanini 15 marzo 1997 n. 59 che all'art. 44 *“le amministrazioni e gli enti interessati alla dismissione di attività per i fini di cui al comma 1 possono costituire, per l'esercizio delle attività dismesse, società miste con la compartecipazione del personale adibito alle funzioni dismesse e di altri soci scelti secondo procedure concorsuali aperte. La partecipazione pubblica a tali società non può avere durata superiore a cinque anni e deve concludersi con la completa privatizzazione della società. 3. Il personale risultante in esubero a seguito dei processi di dismissione, che non transita nelle società private cui sono attribuite le attività dismesse, può essere assorbito, nei limiti della dotazione organica così come determinata entro sei mesi dall'avvenuta dismissione, dall'amministrazione che ha operato la dismissione. Al personale assorbito si applica l'articolo 2112 del codice civile. 4. Le disposizioni dell'articolo 14 della legge 15 marzo 1997, n. 59, si applicano altresì alle trasformazioni delle strutture, anche a carattere aziendale, delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29.”* Cass. Lav. 21 aprile 2009 n. 10315, un esempio di disposizione speciale in sede di trasferimento è costituito dalla legge 58 del 1992 di riforma settore telecomunicazioni per i rapporti di lavoro dei dipendenti dell'azienda di stato; dà autonoma e compiuta regolamentazione ai rapporti suddetti incidendo sulla loro natura. Ne consegue che non si applichi il 2112 nella parte in cui per il trasferimento d'azienda la regola della continuità dei rapporti di lavoro con l'acquirente...comporti la conservazione

*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*³⁷² si applichino l'art. 2112 c.c. e si osservino le procedure di informazione e consultazione di cui all'art. 47 commi da 1 a 4 della legge 29 dicembre 1990 n. 428.

Le trasformazioni contemplate dall'art. 31 non sono limitabili alle modifiche organizzative interne all'Amministrazione Pubblica in senso stretto, ma alludono anche ai complessi rapporti di collaborazione instaurati tra enti pubblici e privati, quasi configurando una sorta di unico soggetto datoriale “integrato” e misto perché comprensivo degli enti pubblici e dell'indotto degli enti privati³⁷².

Va detto che sono ispirati al principio di continuità dei rapporti di lavoro in primo luogo i trasferimenti di attività tra singole Amministrazioni Pubbliche ad esempio in sede di attuazione del progressivo conferimento di funzioni statali alle Regioni ed agli Enti locali, come previsto dal DPCM 14 dicembre 2000 n. 146 che, ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs.31 marzo 1998 n. 112 (a sua volta espressione della legge delega 15 marzo 1997 n. 59) ha individuato le

³⁷²Secondo MAINARDI-CASALE, *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggi di personale*, in *Quad.dir.lav.rel.ind.*, 2004 con riferimento al trasferimento da Pubblica Amministrazione a Pubblica Amministrazione il legislatore considererebbe la Pubblica Amministrazione come un'unica grande organizzazione nell'ambito della quale sia possibile se non dovuto addirittura ricollocare il personale come si trattasse di un unico grande datore di lavoro questo sarebbe dimostrato anche dalla collocazione all'interno del titolo II del Tupo dedicato appunto alla organizzazione e non ai rapporti di lavoro.

modalità e le procedure del trasferimento del personale ³⁷³. Vista la forma assunta dal processo di modernizzazione della Pubblica Amministrazione sono stati attratti nella nozione di mobilità pubblica anche i passaggi di personale tra soggetti *pubblici*, intesi in senso ampio, ossia comprensivi di loro strutture, dalle aziende agli enti privati, figure queste ultime dalle quali sono sorte le maggiori difficoltà applicative.

L'intento estensivo già evincibile dall'ampliamento della platea dei protagonisti delle vicende traslative regolate dall'art. 31, è marcatamente presente nella individuazione dell'oggetto del trasferimento, sul quale parte della dottrina ha concentrato le critiche più severe. L'indeterminatezza della locuzione impiegata, "*attività*", emerge in tutta la sua "chiarezza" se confrontata con il contenuto del parallelo trasferimento tra soggetti imprenditoriali. Esige, invero, l'art. 2112 c.c. che il passaggio abbia ad oggetto *un'attività economica organizzata* preesistente al mutamento datoriale e che mantenga intatta la sua identità ad esito della trasformazione.

Quanto al settore pubblico, è evidente che *l'attività* ben può esser ricondotta ad un qualsiasi compito o funzione comporti l'esercizio di poteri pubblici, od addirittura ad una mera attività materiale, dotata di rilievo economico o diretta a fini sociali³⁷⁴.

³⁷³Sempre in materia di trasferimento delle funzioni alle Amministrazioni Civiche (in particolare in materia di assistenza ai minori ex. R.d.l. 798/1927) e sull'applicabilità dell'art. 31 a tale vicenda si veda Tribunale di Trieste 22 giugno 2009 n. 166.

³⁷⁴ cfr MAINARDI-CASALE, cit., 2004. Secondo gli A. infatti mentre l'attività presupporrebbe la preesistenza della medesima ed il suo contenuto organizzativo, non evocherebbe alcun riferimento alla sua necessaria natura economica.

Cfr anche SORDI (2000), Sub *Art 19*, in Dell'olio M. e Sassani B.

Un temperamento a tali potenzialità espansive, tuttavia, sorge dall'interpretazione della Corte di Cassazione ad avviso della quale l'operatività del principio di continuità dei rapporti dovrebbe comunque esser subordinata all'effettivo trasferimento di un'entità dotata di autonoma ed unitaria organizzazione, nel segno della contiguità tra regime pubblico e privato³⁷⁵. Il contenuto del trasferimento, invero, pur dematerializzato e indubbiamente meno specifico rispetto a quello privatistico, non potrà quindi ridursi al mero passaggio di un gruppo di dipendenti.

Nonostante la riconduzione dell'art. 31 D.lgs. 165/2001 alla disciplina della mobilità, il passaggio del personale rappresenta infatti solo uno degli effetti della trasformazione della Amministrazione Pubblica, che deve comunque concretizzarsi nell'assegnazione di una attività, di un servizio, di un compito effettivo ed esistente, sì da evitare che una norma di garanzia dei lavoratori sia ridotta, in ragione delle scelte lessicali del legislatore, a mero strumento di esternalizzazione di lavoratori³⁷⁶, se non di

(a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai d.lg. 31 marzo 1998, n. 80 e 29 ottobre 1998, n. 387*, Milano, p. 135.

³⁷⁵ Cass 10 marzo 2009 5709; Cass 16 gennaio 2008 n. 677. In dottrina cfr SPINELLI, *Nuove problematiche giurisprudenziali in materia di trasferimento d'azienda*, Riv.it.dir.lav. 2009 II 539.

³⁷⁶ Cass.civ. Lav. 9 gennaio 2006 n. 80 (ha escluso il diritto dei lavoratori alla conservazione dell'anzianità maturata nella precedente gestione. Non configurabile un trasferimento ex art. 2112 c.c. in applicazione di CGE 14 settembre 2000 lpa 2000 p. 1113); Cass. Civ.lav. 8 novembre 2004 n. 21248 su di una vicenda di trasformazione dell'esercizio autonomo di nettezza urbana del Comune di Roma in azienda municipalizzata, in forza di una delibera; Ord. Siena 6 marzo 2003 e 21 maggio 2003, LPA 2003, 935; Trib. Parma 19 maggio 2005 LPA 2005, 625 (il Tribunale di Parma qualifica l'attività oggetto di trasferimento ai sensi del

riduzione dell'organico.

L'attrazione di fenomeni nuovi che esulano dalle mere vicende di decentramento amministrativo volute dalle riforme federaliste degli anni Novanta è determinata anche dal richiamo al “*conferimento*” di attività, espressione che sembra evocare l'attribuzione unilaterale ed autoritativa di servizi³⁷⁷ originariamente gestiti “in economia” all'esterno dell'Amministrazione o di servizi che non siano stati precedentemente gestiti dalla Pubblica Amministrazione ma creati in sede di esternalizzazione³⁷⁸.

31Ttupi come diversa da quella oggetto di trasferimento nel 2112 c.c., caratterizzata da attività minima di certa autonomia ai fini istituzionali dell'ente ed alla sua struttura organizzativa; per questo l'art. 31 può esser applicato all'esternalizzazione tramite appalto con privato del servizio assistenza domiciliare);Orientamento opposto in Cass.civ. 18 febbraio 2005 n.3356; Cass. 17 febbraio 2005, n.3224; Trib. Venezia 5 gennaio 2008,*Riv.crit.dir.lav.* 2008, 214.

³⁷⁷alla luce della formulazione dell'art. 31 non sono più condivisibili quegli orientamenti giurisprudenziali che tendono ad escludere il 2112 dalle ipotesi di concessione e affidamento di servizi vista la necessità di tutelare gli interessi di natura pubblicistica (Cass 25 gennaio 1999 n. 672) od in ragione dell'impossibilità di configurare il servizio pubblico come complesso aziendale Cass. 30 agosto 2000 n. 11423; Cass. 28 luglio 2004 n. 14266; oggi contraddetta da sent. CGUE 6 settembre 2011.

³⁷⁸MEZZACAPO, *Spunti in tema di trasferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni: l'art. 31 del D.lgs. n. 165/2001 e l'art. 2112*, Lav.giur., 2010. Si potrebbe ritenere progressivamente esteso il regime anche a casi di affidamento per concessione amministrativa ad un soggetto pubblico o privato di servizi prima gestiti dall'ente pubblico quindi a prescindere dal fatto che il concessionario utilizzi gli stessi mezzi materiali o immateriali prima impiegati dall'ente gestore; esclusa è invece la successione di diversi concessionari nel medesimo servizio

Secondo una lettura estensiva del disposto in esame quest'ultimo legittimerebbe il passaggio automatico di personale a fronte di “*ogni riorganizzazione di apparati amministrativi che comporti una redistribuzione di compiti tra enti diversi*”³⁷⁹ indipendentemente dalla stabilità e

pubblico: una volta che la concessione sia giunta a scadenza o revocata la gestione viene riacquisita dall'ente concedente cui non è trasferito alcun dipendente dell'ex concessionario (salvo applicazione di c.d. Clausole di successione); né il conferimento del servizio al nuovo concessionario ha quindi luogo senza alcun ulteriore passaggio di addetti provenienti dalla pa; né alcun rapporto può rinvenirsi tra i due concessionari che si succedono e che hanno rapporti solo con il concedente. A meno che nuovo concessionario sia un ente pubblico che allora rientrerebbe nel campo applicativo dell'art.31 o nel caso in cui alla scadenza della concessione segua la cessione d'azienda o di un suo ramo. Cfr Cass civ lav 30 settembre 2003 n. 13949; Cass.civ. gennaio 2008 n. 199; CGUE 25 gennaio 2001 c172 1999;.

³⁷⁹CASALE, *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni fra trasferimento di funzioni e gestione delle eccedenze*, *Lav. Pubb. Amm.*, 2003, 945. Secondo tale ricostruzione rilievo assumerebbe altresì la collocazione sistematica dell'art. 31 inserito all'interno del titolo II del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 dedicato alla organizzazione. La disposizione dovrebbe infatti esser letta come fonte di una nuova ipotesi di mobilità del personale, libera dalla sussistenza di precisi requisiti, ma coincidente con il mero mutamento nella titolarità di un'attività. a detto che tale circostanza, su cui MAINARDI-CASALE, *cit.*, 2004, CASALE, *cit.*, 2003 è stata valorizzata anche per sostenere una tesi opposta, ossia che la disposizione abbia natura principalmente organizzativa e che quindi la tutela dei rapporti di lavoro non sia l'obiettivo primario della norma ma meramente eventuale. Di tale avviso è MEZZACAPO, *Spunti in tema di trasferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni: l'art. 31 del D.lgs. n. 165/2001 e l'art. 2112 c.c.*, *Lav. Giur.*, 2010, 11, All.1. L'Autore aggiunge che, essendo il passaggio di personale eventuale, e frequentemente regolato da norme specifiche, il richiamo all'art. 2112 c.c. si

consistenza dell'attività trasferita, potendo quindi comprendere “*ogni vicenda traslativa riguardante un'attività svolta originariamente da un soggetto pubblico*”³⁸⁰. Verrebbe in tal modo ad esser ampiamente superato l'ambito applicativo della parallela disciplina privatistica³⁸¹ nonché messa in dubbio la coerenza dell'art. 31 del D.lgs. 165/2001 con le indicazioni contenute all'interno della direttiva europea.

Il paragone tra le due discipline sarebbe tuttavia privo di utilità se si dovesse condividere l'opinione di chi riconduce le due garanzie a ratio legis differenti. Vi è infatti chi ritiene che nel formulare l'art. 31 del D.lgs. 165/2001 il legislatore avrebbe consapevolmente aggiunto nuovi spazi applicativi all'art. 2112 c.c.³⁸². Estendendo l'applicazione

rivelerebbe addirittura insincero “*perché la normativa richiamata in realtà risulterà quasi sempre neutralizzata da quella speciale*”.

³⁸⁰BASENGHI, *Sub art. 31*, in AMOROSO DI CERBO FIORILLO MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, MILANO, 2011.

³⁸¹Peraltro già oggetto di smaterializzazione ad opera delle modifiche introdotte con il D.lgs. 276/2003 sia con il riferimento alle operazioni di cessione contrattuale e fusione sia eliminando l'inciso “ai fini della produzione o dello scambio di beni o di servizi“. Ogni riferimento alla preesistenza e conservazione dell'entità è stato eliminato invece nella qualificazione del ramo, individuabile oggi come „assemblaggio estemporaneo di attività e personale non facilmente controllabili“. Cfr DE LUCA TAMAJO - SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda* in BROLLO (a cura di) *Il mercato del lavoro*, CEDAM, Padova, 2012.

³⁸²Pret. Bergamo sent. 24 giugno 1999, in *Lav. pub.amm.*, 1999, 1292 sull'affidamento ad una società partecipata da parte di un Comune della gestione di servizi locali precedentemente gestiti in economia. Il Pretore ha ritenuto il caso di specie riconducibile all'ipotesi regolata all'allora vigente art. 34 del D.lgs. 29/1993. A commento della sentenza PELLACANI, condividendone il contenuto, ha concluso sia “*inutile interrogarsi sulla configurabilità dei un trasferimento in senso stretto o accertare che*

del principio di continuità dei rapporti lavorativi all'ipotesi del mero subentro di un soggetto ad un altro nello svolgimento di alcuni compiti sarebbe stata introdotta, infatti, una disposizione di miglior favore in carenza della quale in molte occasioni il datore pubblico cedente si sarebbe trovato costretto a rideterminare l'organico ed avviare la messa in mobilità dei lavoratori coinvolti³⁸³.

In tale ottica di autonomia tra i due regimi di tutela l'entità oggetto di trasferimento potrebbe quindi esser costituita dal solo “*elemento personale*”³⁸⁴, come del resto da tempo ammesso dalla Corte di Giustizia, pur con riferimento al settore privatistico. Si rammenta in proposito che secondo un orientamento che potremmo dire costante l'entità economica oggetto di trasferimento, rilevante ai fini della applicazione della direttiva 2001/23/CE, può corrispondere al solo gruppo di lavoratori che assolve stabilmente ad una attività comune, restando peraltro ferme alcune precisazioni. In primo luogo deve trattarsi di settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera. In secondo luogo, proprio in tali settori l'identità non potrà dirsi conservata laddove la parte più rilevante del personale non venga riassunta dal presunto cessionario³⁸⁵.

si sia realizzato un trasferimento di un ramo d'azienda”.

³⁸³MARINELLI, *La tutela dei lavoratori pubblici nel trasferimento di attività*, Riv.dir. econ.Trasp.Amb., 2008, 9 in linea con CASALE-MAINARDI, *Trasferimento di attività della pubblica amministrazione e passaggi di personale*, Quad.dir.lav.rel.ind., 2004,

³⁸⁴MARTIGNONI, cit., D&L 2006, 201.

³⁸⁵CGUE, *CLECE SA c. María Socorro Martín Valor e altri*, Sez. III, 20 gennaio 2011, n. 463/09 (p. 41); CGUE *Federation de Servicios Publicos de la UGT*, 29 luglio 2010, C- 151/09 (punto 29), annotata da SPINELLI, *Trasferimento d'azienda e organismi*

Aderendo ad una lettura così ampia dell'art. 31, tuttavia, non solo si potrebbe dubitare della sua effettiva riconducibilità alla disciplina europea, fonte originaria della protezione, ma anche ipotizzare che la disposizione, ancor più di quanto a suo tempo rilevato a proposito delle modifiche introdotte con il D.lgs. 276/2003 all'art. 2112 c.c., sia potenziale fonte di una eterogenesi dei fini³⁸⁶.

La norma, infatti, astrattamente orientata alla protezione del lavoro nei processi di trasformazione dell'Amministrazione Pubblica, finirebbe con il pregiudicare gli interessi dei lavoratori, spettatori passivi del mutamento della parte datoriale. Nei casi di passaggio di personale riconducibile all'art. 2112 c.c. a nulla rileva, infatti, nonostante le osservazioni avanzate da una parte della dottrina³⁸⁷, il consenso individuale dei prestatori di

di rappresentanza dei lavoratori, *Lav.giur.*, 2010, 1038. Precedenti ex plurimis CGUE *Suzen* 11 marzo 1997 C-13/95 (p. 21); CGUE *Hernández Vidal* 10 dicembre 1998 (Cause riunite C-127/96, C-229/96, C-74/97) (p.32); *Hidalgo* 10 dicembre 1998 (Cause riunite C-173/96, C-247/96) (p. 32).

³⁸⁶Così come del resto la dottrina ha ritenuto sia accaduto con riferimento alle modifiche apportate all'art. 2112 c.c. in seguito al D.lgs. 276 2003. Da originario strumento di protezione dei lavoratori, diretta a garantire la continuità dell'occupazione e della disciplina la disposizione ha finito con il trasformarsi in tecnica di agevolazione dei processi di esternalizzazione di segmenti aziendali. v. DE LUCA TAMAJO- SALIMBENI, cit.; MARESCA *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda* in *Arg.dir.lav.* 2001, p. 588; PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione* in *Arg.dir.lav.*, 2003, 2, p. 476. Sul trasferimento, limitato a parte dell'azienda cfr CORAZZA, *Trasferimento parziale d'impresa e autonomia organizzativa nel prisma della giurisprudenza europea*, *Lav.giur.*, 2010, 15.

³⁸⁷Cfr SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi* WP C.S.D.L.E.

lavoro essendo questo, potremmo dire „surrogato“ dalla garanzia collettiva della procedura di informazione e consultazione sindacale.

Di tal ché verosimile è il rischio che vicende che nel settore privato sarebbero da qualificarsi come mera cessione del contratto e quindi richiederebbero il consenso individuale del soggetto ceduto, nel settore pubblico possano generare l'automatico passaggio del personale perché attratte nell'area di applicazione dell'art. 31 D.Lgs. 165/2001 e di fatto una “*negazione radicale dell'autonomia del lavoratore nella scelta del contesto organizzativo e della controparte contrattuale della prestazione di lavoro*” se non addirittura un'elusione della disciplina della messa in mobilità³⁸⁸. Conseguenze rese ancor più inaccettabili dalle peculiari modalità di

Massimo d'Antona.int 20/2004; SCARPELLI, *Nozione di trasferimento di ramo di azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, *Riv.it.dir.lav.* 2003, II, 150. La possibilità che il singolo lavoratore si opponga al trasferimento del proprio contratto di lavoro presso il cessionario non pare del resto astrattamente esclusa dalla direttiva. Cfr CGUE 24 gennaio 2002 *Temco Service* C-51/2000: Vero è che la direttiva sancisce il principio del trasferimento automatico in modo imperativo, tuttavia “*la situazione del lavoratore dipende dalla normativa di ogni stato membro*”. Per tale ragione, con riferimento a detta pronuncia come ai suoi precedenti (Katsikas, Merckx, Europièces) in dottrina si è parlato di “*disinteresse dell'ordinamento comunitario riguardo alla questione del diritto di opposizione*” che, si è osservato, non è vietato ma neppure prescritto dalla direttiva, LO FARO, *Le direttive in materia di crisi e ristrutturazioni di impresa*, in CARUSO-SCIARRA, *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, TORINO, 2009.

³⁸⁸Si vedano i paradossi derivanti dalla irrilevanza del consenso combinata con un'interpretazione lasca della nozione di ramo d'azienda posti in evidenza da SCARPELLI, *Cit.*, *Dir.rel.ind.* 1995.

assunzione del personale nel settore pubblico.

Le considerazioni sin qui svolte indurrebbero a privilegiare una lettura più restrittiva dell'art. 31, recentemente adottata dalla Corte di Cassazione³⁸⁹, che ha accolto una interpretazione congiunta delle discipline pubblicistica e privatistica, a mezzo della quale una parte dei requisiti contemplati dall'art. 2112 c.c., dovrebbe comunque esser rilevata anche ai fini della applicazione delle regole del trasferimento di attività pubbliche, così circoscrivendo la portata di una norma apparentemente priva di limiti.

Nell'ambito di trasformazioni che coinvolgano soggetti pubblici, sarà pertanto configurabile un trasferimento solo qualora il processo coinvolga un'entità dotata di autonoma ed unitaria organizzazione³⁹⁰, quest'ultima non rinvenibile in caso di mera “*esternalizzazione dei servizi, ove questi*

³⁸⁹Cass.civ.lav. 10 marzo 2009, n. 5709; Cass.civ.lav. 16 gennaio 2008 n. 677.

³⁹⁰In tal modo la più recente giurisprudenza ha escluso che la gestione pubblica di un dato servizio integrasse i requisiti di “complesso aziendale” richiesti ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. Cass.civ. lav. 28 luglio 2004, n. 14266, su *Riv.giur.lav.*, 2005, II, 13. Con riferimento a tale ultima pronuncia riguardante l'attribuzione di un servizio pubblico gestito in economia da un Comune ad una azienda speciale a tale fine costituita occorre tuttavia precisare come nell'escludere l'applicazione del 2112 c.c. la Corte dà rilievo alla circostanza che il trasferimento avesse origine provvedimentoale e non negoziale, quando è lo stesso art. 2112.5 c.c. ad aver contemplato espressamente tra gli strumenti giuridici idonei a determinare il passaggio di personale “il provvedimento”. Nello stesso senso anche Cass.civ.lav. 30 agosto 2000, 11423 ma, come osserva criticamente MENGHINI a commento della stessa Cass.civ.lav. 28 luglio 2004, n. 14266., sempre in *Riv.giur.lav.*, 2005, II, 13, con motivazioni assai differenti.

non integrino un ramo o parte di azienda”³⁹¹. Solo nel caso in cui oggetto della vicenda traslativa sia un effettivo *assetto organizzativo* si realizzerà, allora, una successione legale nel rapporto di lavoro tra cedente e cessionario, senza bisogno del consenso dei contraenti ceduti; in caso contrario ricorrerà una mera cessione dei contratti di lavoro ex art. 1406 c.c., che richiede per il suo perfezionamento il consenso dei lavoratori ceduti³⁹². Il passaggio di personale torna quindi ad essere una conseguenza normativa della “*assegnazione di una preesistente attività unitariamente considerata, di competenza di un determinato soggetto pubblico, ad un diverso soggetto*”³⁹³, come voluto dalla giurisprudenza elaborata con riferimento all’art. 2112 c.c.³⁹⁴.

³⁹¹ Cfr Cass. Lav. 17 luglio 2008 n. 19740. Mentre in caso di cessione di ramo di azienda si realizza la successione legale nel rapporto di lavoro del cessionario senza bisogno di consenso dei contraenti ceduti nel caso della mera esternalizzazione di servizi ricorre la fattispecie della cessione dei contratti di lavoro che richiede per il suo perfezionamento il consenso dei ceduti. Quindi i lavoratori ceduti senza consenso hanno diritto a chiedere il risarcimento dei danni per illegittima cessione del rapporto ai sensi dell’ art. 1218 c.c.

³⁹²Cass.civ.lav. 10 marzo 2009, n. 5709; Cass. civ. Sez. lavoro, 17-07-2008, n. 19740, Mass.giur. 2008; Cass.civ. lav. 8 agosto 2007, n.17434, Mass.giur.it. 2007.

³⁹³Cass.civ.lav. 16 gennaio 2008 n. 677.

³⁹⁴Ci si riferisce a BASENGHI, *Sub art. 31*, in AMOROSO- DI CERBO- FIORILLO- MARESCA, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, MILANO, 2011. Secondo l’A. criterio fondamentale per l’applicazione della disciplina del trasferimento è l’identificabilità d un elemento che pur fortemente dematerializzato rispetto a quanto richiesto dall’art. 2112 c.c., non può mancare e non può identificarsi nella sola vicenda del passaggio di un più o meno cospicuo gruppo di dipendenti. Fermo il profilo organizzativo dell’entità economica, quanto al requisito della sua autonomia si

Tale circostanza non ha impedito alla Corte di Giustizia di recepire i fenomeni di trasformazione del settore pubblico, in corso in tutta Europa, adeguandovi i principi contenuti all'interno della direttiva sul trasferimento³⁹⁵. I giudici di Lussemburgo hanno così ritenuto che l'applicazione della direttiva prescindere dalla circostanza che cedente o cessionario sia un soggetto pubblico nonché dal fatto che il trasferimento sia intervenuto a seguito di una disposizione contenuta in un provvedimento unilaterale dell'Amministrazione. Ai fini dell'attrazione di una fattispecie nella sfera della disciplina europea, rilievo prioritario assume piuttosto l'entità economica e la conservazione della sua identità a seguito dell'evento traslativo. Proprio sulla scorta di tali principi l'operatività della direttiva è stata estesa all'ipotesi di un trasferimento della gestione del settore delle telecomunicazioni italiane, disposto con provvedimento concessorio, da un ente integrato nell'Amministrazione statale ad una società privata ma totalmente partecipata da un soggetto pubblico³⁹⁶. La continuità del rapporto ha consentito che,

richiama per completezza la sentenza 12 febbraio 2009 CGUE *Deitmar Klarenberg* C-466/07 che ha per l'appunto ridefinito la nozione di identità economica proprio con riferimento alla sua autonomia organizzativa al fine di non privare la direttiva di una "*parte del suo effetto utile*". Ha così ritenuto la Corte che la direttiva 2001/23/CE debba trovare applicazione anche in una situazione in cui l'oggetto del trasferimento non conservi la sua autonomia organizzativa a condizione che "*sia mantenuto il nesso funzionale tra i differenti fattori di produzione trasferiti*".

³⁹⁵MENEGATTI, *Pubbliche Amministrazioni e trasferimento d'azienda nella giurisprudenza comunitaria*, *Lav. giur.* 2002, 951 in commento a CGUE 4 giugno 2002 *Beckmann* C-164/00, che ritiene tuttavia minimo l'apporto giurisprudenziale della Corte di Giustizia vista l'ampiezza dell'art. 31 del D.lgs. 165/2001.

³⁹⁶CGUE 14 settembre 2000 *Collino e Chiappero*, C-343/98

ai fini della corresponsione di emolumenti legati all'anzianità maturata presso il cessionario (quali tfr o aumenti di stipendio), fosse valutata anche l'attività prestata in tutti gli anni di servizio alle dipendenze del cedente³⁹⁷.

L'attuazione del principio di continuità del rapporto di lavoro non rende quest'ultimo immune, peraltro, da un eventuale deterioramento delle condizioni normative ed economiche, purché questo avvenga *in seguito al* e non *in ragione del* trasferimento ed altresì nei limiti in cui sia consentito dalla disciplina nazionale.

Occorre, inoltre, che le persone coinvolte nel trasferimento siano sottoposte *ab origine* allo statuto del diritto privato del lavoro, in tal modo risultando nei fatti affidato ai giudici nazionali il compito di "*qualificare la natura pubblicistica o meno del rapporto di lavoro coinvolto nella vicenda traslativa anche alla luce della specifica normativa interna vigente*"³⁹⁸.

In conclusione va segnalato l'ulteriore, benché discusso, margine di applicazione della clausola di cui all'art. 31 D.Lgs. 165/2001, legato alla successione tra aggiudicatari di un'attività o servizio.

È infatti possibile che il legislatore³⁹⁹ o lo stesso ente

emessa, peraltro, in occasione della privatizzazione delle telecomunicazioni italiane.

³⁹⁷CGUE 14 settembre 2000 *Collino e Chiappero*, C-343/98, p. 51. Benché, invero, l'anzianità acquisita dai lavoratori presso il loro originario datore di lavoro non costituisca di per sé un diritto, la stessa serve a determinare alcuni diritti pecuniari che devono essere salvaguardati dal cessionario come dal cedente.

³⁹⁸Di quest'avviso FOGLIA, *Il Lavoro*, in TIZZANO (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione europea*, II, Giappichelli TORINO 2006.

³⁹⁹cfr l'art. 7 comma 4 bis del d.l. 248/2007 convertito in legge 28

affidante prevedano che in caso di subentro di nuovo affidatario o concessionario nella gestione di un servizio, il personale succeda alle dipendenze del subentrante⁴⁰⁰. Tali clausole di “passaggio di gestione”⁴⁰¹ sono fonte di un obbligo in favore del terzo, del lavoratore, che potrà quindi invocarne l’applicazione in giudizio per ottenere, ove occorra, l’accertamento del diritto all’assunzione. Tale strumento di tutela non impedisce, peraltro, vi sia

febbraio 2008 n. 31, che così dispone “*nelle more della completa attuazione della normativa in materia di tutela dei lavoratori impiegati in imprese che svolgono attività di servizi in appalto e al fine di favorire la piena occupazione e di garantire l’invarianza del trattamento economico complessivo dei lavoratori, l’acquisizione del personale già impiegato nello stesso appalto, a seguito di subentro nell’appalto, non comporta l’applicazione del 24 della legge 223 1991 e smi in materia di licenziamenti collettivi, nei confronti dei lavoratori riassunti dal subentrante, a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore, stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative o a seguito di accordi collettivi stipulati con le organizzazioni sindacali più rappresentative*”.

⁴⁰⁰Non può trascurarsi, al riguardo, che mentre manca ogni riferimento alla successione del personale, il legislatore è intervenuto all’art. 4 c. 29 del d.l. 13 agosto 2011 n. 138 regolando la successione dei beni materiali tra gestori in caso di scadenza dell’affidamento o cessazione anticipata, e prevedendo che “*alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessari, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio, come individuati, ai sensi del comma 11, lettera f)((,)) dall’ente affidante, a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami*”.

⁴⁰¹Corte Cass. 23 aprile 2004 n. 7729 ; Corte Cass. 16 aprile 2001 n. 11141; Corte cass. 8 ottobre 1991 n. 10560.

soluzione di continuità tra le due relazioni di lavoro, apparendo quindi meno incisiva di quella prevista dal legislatore all'art. 31 del D.lgs. 165/2001, od addirittura alternativa rispetto a quest'ultima, ossia operante nel caso in cui non sia invocabile la disciplina in materia di trasferimento d'azienda⁴⁰².

È stato a tal riguardo sostenuto che, in assenza di norme, anche contrattuali, che dispongano il passaggio del personale dal vecchio al nuovo gestore operi nuovamente la clausola di riserva di cui all'art. 31 del D.lgs. 165/2001.

Secondo questa impostazione oggetto di verifica dovrebbe essere il determinarsi o meno del presupposto essenziale del trasferimento, ossia il mutamento di titolarità dell'attività economica organizzata. Condizione che dovrebbe esser rinvenuta ogniqualvolta le imprese svolgano in successione temporale, con l'organizzazione di mezzi necessari e a proprio rischio, la medesima attività, *a fortiori* vista l'irrilevanza del passaggio di mezzi materiali e immateriali, tale da consentire di ascrivere alla fattispecie di cui all'art. 31 anche "*i meri fenomeni di successione di imprese nello svolgimento della stessa attività*"⁴⁰³.

⁴⁰²In tal senso BELLOMO, *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali*, *Lav. giur.*, 2010, 11. Tuttavia, anche nel caso si versi in questa seconda ipotesi, permangono comunque dubbi sulla effettività delle citate clausole contrattuali in ragione per l'appunto della loro fonte e delle "classiche" problematiche all'efficacia dei contratti collettivi ed alla libertà di scelta dei contratti applicabili. Per questo l'Autore avanza dubbi sull'autosufficienza e gestione della vincolatività di tali strumenti di tutela.

⁴⁰³NOVELLA, *cit.*, *Lav.dir.*, 2002. Precisa l'Autore che perché possa applicarsi l'art. 2112 c.c. è necessario che il secondo affidatario utilizzi la stessa organizzazione del precedente, che deve

B ii) La riorganizzazione

A dimostrazione dell'importanza del ruolo della Corte di Giustizia svolto nell'adeguamento dei principi sin qui esaminati alle peculiari trasformazioni della Amministrazione Pubblica è utile soffermarsi brevemente su una vicenda che ha coinvolto l'ordinamento italiano.

A norma dell'art. 1 comma 1 lett. c) della direttiva sono

quindi rimanere inalterata almeno nei tratti essenziali. Non sufficiente sarebbe, quindi, la successione nella mera attività economica essendo necessaria anche la successione nella stessa entità, ossia nell'insieme dei mezzi utilizzati per svolgere detta attività, anche qualora i mezzi siano di proprietà della PA affidante. Ritiene altresì l'A. che debba esser l'affidatario a scegliere se reimpiegare il personale. Diversamente non solo la possibilità di un ricambio tra gestori e addirittura lo stesso accesso al mercato sarebbero fortemente limitati ma l'art. 2112 c.c. così applicato giungerebbe a rappresentare una vera e propria barriera all'ingresso sul mercato. Sostiene la tesi dell'applicabilità della disciplina del trasferimento alle ipotesi di successione anche CHIECO, *cit.*, in AA VV *Studi in onore di Edoardo Ghera*, TOMO I, Cacucci, BARI 2008 secondo il quale *“per effetto della giurisprudenza della Corte di Giustizia è ormai dato acquisito che nell'ordinamento italiano il trasferimento d'azienda si può applicare anche in rapporti indiretti tra due imprenditori che si succedono nello svolgimento della stessa attività economica organizzata per effetto dell'opera di un terzo soggetto”*, specificamente dell'Amministrazione affidante l'attività o il servizio. *Contra* ROMEI, *cit.*, 2004, secondo il quale l'art. 2112 c.c. sarebbe inapplicabile alle vicende di successione nei contratti di appalto quindi anche nell'affidamento dei servizi pubblici. Ai sensi dell'art. 2112 c.c. necessario sarebbe, infatti, che il mutamento nella titolarità sia originato o determinato da un provvedimento o da un negozio giuridico, che nella successione non sono riscontrabili trattandosi solo di fisiologica scadenza del contratto.

sottratte al suo ambito applicativo la “*riorganizzazione amministrativa di enti amministrativi pubblici o il trasferimento di funzioni amministrative tra enti amministrativi pubblici*”⁴⁰⁴. Sono per contro incluse quelle vicende che interessino imprese pubbliche o private titolari di una attività economica, visto l’approccio sostanzialistico adottato nel qualificare le figure di cedente e cessionario (art. 2.1 lett. *a*) e *b*)).

A fronte di tale disposizione i giudici di Lussemburgo hanno ad esempio escluso⁴⁰⁵ che potesse applicarsi la disciplina europea all’ipotesi di devoluzione di funzioni da parte di alcuni comuni a un consorzio intercomunale costituito in forza di una convenzione di diritto pubblico. Orbene, alla luce della chiarezza della clausola di esclusione nonché della lettura che negli anni ne è stata resa da parte dei giudici europei, discontinua appare la

⁴⁰⁴Principio ribadito anche dalla Corte di Giustizia, nella causa, C-298/94, Sent. 15 ottobre 1996, *Henke*, resa nell’ambito della costituzione da parte di più comunità locali tedesche di un unico ente amministrativo intercomunale di diritto pubblico. La corte ha infatti escluso che la direttiva allora 77/187/CE potesse applicarsi a tale trasferimento di funzioni amministrative.

⁴⁰⁵ Si ricordino *Henke*, in cui viene esclusa la applicabilità della direttiva alla devoluzione di funzioni da alcuni comuni ad un consorzio intercomunale costituito in forza di una convenzione di diritto pubblico; *Hidalgo* in cui l’esclusione è dedotta non tanto dalla mera qualifica pubblicistica dagli enti coinvolti ma dall’esercizio di pubblici poteri; *Mayeur* in cui la direttiva viene applicata alla cessione di una attività turistica da parte di un privato a un Comune; *Collino* (ribadito in *Beckmann*) con cui si afferma che la direttiva si applica anche qualora un ente gestore di servizi pubblici sotto la direzione di un ente statale diventi oggetto di trasferimento oneroso sotto la forma di concessione amministrativa ad una società di diritto privato costituita da un altro ente pubblico che ne detiene la totalità della azioni.

decisione della Corte di Giustizia formulata in materia di trasferimento del personale amministrativo tecnico ausiliario (ATA) dalle dipendenze degli enti locali verso i ruoli dell'amministrazione statale.

La fattispecie, come noto, ha origine dal passaggio del personale c.d. ATA, previsto dall'art. 8 comma 2 della legge 3 maggio 1999 n. 124 e regolato da un accordo stipulato tra ARAN e organizzazioni sindacali (d.m. 5 aprile 2001)⁴⁰⁶. All'accordo, che aveva condotto all'inquadramento dei lavoratori come personale ATA *statale*, dotato di anzianità inferiore e ad un peggioramento retributivo, era ancora seguita l'elaborazione di un'interpretazione autentica dell'evocato art. 8, in senso conforme all'accordo del 2001 (l'art. 1 comma 218 della legge 23 dicembre 2005 n. 266)⁴⁰⁷.

Il contenzioso su efficacia e validità dell'accordo del

⁴⁰⁶Più precisamente l'art. 8 commi 1 e 2 della l. 124/1999 prevedeva che al personale trasferito venisse "riconosciuta ai fini giuridici ed economici l'anzianità maturata presso l'ente locale di provenienza". La disposizione era stata recepita nel richiamato accordo tra ARAN e organizzazioni sindacali ma l'anzianità era stata ridotta a "maturato economico". Numerose sono state le controversie fondate sul convincimento, in molti casi condiviso dalla Corte di cassazione, che l'accordo avesse illegittimamente introdotto una clausola peggiorativa rispetto alla previsione normativa.

⁴⁰⁷L'art. 1 comma 218 prevede che il "*personale ATA è inquadrato, nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali sulla base del trattamento annuo in godimento all'atto del trasferimento con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999 costituito dallo stipendio, dalla retribuzione individuale di anzianità nonché da eventuali indennità ove spettanti previste dai ccnl enti locali vigenti alla data dell'inquadramento*".

2001 nonché sulla legittimità della norma di interpretazione autentica del 2005, è stato oggetto non solo di sindacato da parte della Corte di cassazione ma anche della Corte costituzionale⁴⁰⁸, della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁰⁹ e, da ultimo, della Corte di Giustizia⁴¹⁰ giunte a conclusioni per certi versi inconciliabili⁴¹¹.

⁴⁰⁸La Consulta con la sent. 234/2007, con le ordinanze 400 del 2007 e 212 del 2008 e da ultimo con la sent. 311/2009 ha salvato la legittimità dell'art. 1 comma 218 della l. finanziaria per il 2006 anche in rapporto all'art. 6 Cedu.

⁴⁰⁹Corte europea dei diritti dell'uomo 7 giugno 2011 *Agrati* e altri c. Italia. La corte si è pronunciata in particolare sulla legittimità della clausola di interpretazione autentica sopra richiamata **con** riferimento al principio di giusto processo sia nella misura in cui impedisce, se non per motivi di interesse generale, l'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla soluzione giudiziaria di una controversia sia nella misura in cui richiede il rispetto del principio di parità delle armi. L'art.1 comma 218 della legge finanziaria per il 2006 ha introdotto invece una norma di interpretazione autentica con efficacia retroattiva che ha di fatto inciso sullo svolgimento delle controversie senza che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Consulta (sent. 26 novembre 2009) sussistessero gli imperativi motivi di interesse generale previsti dallo stesso art.6 CEDU. Secondo la Corte infatti la norma sarebbe stata adottata solo per interessi di carattere finanziario. Secondo la Corte sarebbe inoltre stato violato il diritto di proprietà, ossia l'art. 1 Protocollo n. 1 poiché l'art. 1 della finanziaria per il 2006 avrebbe imposto un onere eccessivo e anormale ai ricorrenti il cui diritto alla proprietà avrebbe subito un pregiudizio sproporzionato *“rompendo il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse pubblico e la tutela dei diritti fondamentali individuali”*.

⁴¹⁰CGUE *Scattolon* 6 settembre 2011 C 108-2010.

⁴¹¹In particolare sul complesso rapporto tra le Corti nel caso ATA si veda PORCHIA, *La sentenza Scattolon sulla disciplina sul trasferimento del personale ATA: un caso emblematico della difficoltà del dialogo a tre*, *Giur.merito*, 2012, 127; DI LEO, *Le*

Di difficile individuazione era in particolare il trattamento economico applicabile al personale trasferito, con particolare riguardo al valore che dovesse esser assegnato all'anzianità maturata presso il precedente datore di lavoro (ente locale) ai fini della quantificazione della retribuzione alle dipendenze dell'Amministrazione statale di destinazione. Come chiarisce la sentenza Scattolon tali considerazioni presuppongono l'opzione giuridica di sottoporre o meno il passaggio di personale alla disciplina del trasferimento di attività e quindi al principio di conservazione del trattamento economico.

Una prima tesi esclude che al trasferimento del personale ATA sia applicabile l'art. 31 del D.lgs. 165/2001, attesa l'assenza di ogni richiamo all'istituto nella disciplina che ne ha regolato la riorganizzazione; di tal che il personale avrebbe dovuto essere inquadrato nei ruoli statali *“sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999 costituito dallo stipendio, dalla retribuzione individuale di anzianità nonché da eventuali indennità, ove spettanti, previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro del comparto degli enti locali, vigenti alla data dell'inquadramento”*⁴¹².

corti superiori nel sistema multilevel e opportunità di un ulteriore dialogo nel caso ATA, Lav.giur. 2012, 434.

⁴¹²Cass. civ.lav. 9 novembre 2010 n. 22751, *Giust.civ.mass.* 2010, 1422. Continua la Corte *“Tale disposizione, che per il grado della fonte da cui promana, è abilitata a modificare la precedente disciplina, impone quindi di considerare l'anzianità acquisita nel precedente rapporto per i soli effetti da essa prodotti sul piano retributivo sino al passaggio nei ruoli statali. La disposizione in questione, d'altra parte, in relazione alla sua funzione di norma di*

Stando ad una differente ricostruzione, sostenuta anche dai giudici di merito, il trasferimento di personale previsto dal citato art. 8 rientrerebbe invece nella sfera applicativa dell'art. 31⁴¹³; ragion per cui nessuna eccezione potrebbe trovare nel caso di specie il principio di continuità giuridica *ad ogni effetto* del rapporto di lavoro del personale che transita alle dipendenze di un diverso soggetto⁴¹⁴, per derogare al quale sarebbe necessaria, ai sensi dell'art. 31, una disposizione speciale. Conseguentemente, secondo certa giurisprudenza, l'art. 1 comma 218 della legge 23 dicembre 2005 n. 266, recettivo dell'accordo del 2001, *medio tempore* ritenuta contrastante con l'art. 6 della Cedu dalla Corte di Strasburgo, deve essere disapplicato⁴¹⁵.

Come dimostrano le sentenze successive alla pronuncia Scattolon, il dibattito deve ritenersi concluso a seguito dell'intervento della Corte di Giustizia. I giudici di Lussemburgo dopo aver chiarito la portata testuale della direttiva, si pronunciano sull'eventuale peggioramento retributivo discendente dal trasferimento e segnatamente sul decremento della anzianità maturata presso l'Amministrazione cedente, pur omettendo di pronunciarsi sulla legittimità della norma di interpretazione autentica⁴¹⁶.

Si legge nella sentenza che l'“*impresa*” richiamata dalla direttiva è costituita dall'entità economica organizzata stabilmente “*a prescindere dallo status giuridico e dalle modalità di finanziamento della medesima*” (p.42) e che

interpretazione autentica, ha di per sé effetto retroattivo.”

⁴¹³Cass.civ.lav. 17 febbraio 2005 n. 3224; Cass.civ.lav. 4 marzo 2005 n. 4722.

⁴¹⁴App. Roma lav. 12 aprile 2007.

⁴¹⁵Trib. Venezia, 5 gennaio 2008 in *D&L Riv.crit.dir.lav.* 2008, 214.

⁴¹⁶CONTI - FOGLIA, *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese*, *Corriere Giur.*, 2011, 1464.

l'attività economica consiste nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato.

Se quindi dovranno ritenersi escluse da tale nozione le attività collegate all'esercizio di prerogative di pubblici poteri, dovranno esservi invece comprese le attività economiche di servizi garantiti nell'interesse pubblico e senza fini di lucro benché svolte da personale integrato nella pubblica amministrazione, e benché trasferite nell'ambito di una riorganizzazione amministrativa⁴¹⁷. Giungono a tale conclusione i giudici poiché, chiariscono, *“non c'è nulla che possa giustificare un'interpretazione di questa giurisprudenza nel senso che determinati pubblici impiegati tutelati in quanto lavoratori in forza dell'ordinamento nazionale e soggetti a un trasferimento verso un nuovo datore di lavoro in seno alla pubblica amministrazione non possa godere della tutela offerta dalla direttiva 77/187 sol perché questo trasferimento avviene nell'ambito di una riorganizzazione di detta amministrazione”*⁴¹⁸.

Il legislatore e l'interprete europeo, quindi, limitano il proprio intervento non tanto in ragione della natura pubblica dell'interlocutore quanto piuttosto perché poste innanzi all'esercizio di un potere pubblico. Le prerogative pubbliche, infatti, sono rispettate dalla direttiva, che non

⁴¹⁷Cfr punto 55 della sentenza: *“lungi dall'aver giudicato che qualunque trasferimento collegato a o inserito in una riorganizzazione della pubblica amministrazione debba essere escluso dalla sfera di applicazione della direttiva 77/187 la corte ha solo precisato che la riorganizzazione di strutture della pubblica amministrazione e il trasferimento di funzioni amministrative tra pubbliche amministrazioni non costituiscono di per se stesse e in quanto tali un trasferimento di impresa ai sensi di detta direttiva”*.

⁴¹⁸punto 57 CGUE 6 settembre 2011 C-108/2010 cit.

incide sul potere degli Stati di razionalizzare il proprio apparato amministrativo, ma che impedisce che i lavoratori trasferiti siano collocati, *in conseguenza* del mero fatto del trasferimento, in una posizione meno favorevole di quella che essi occupavano prima del trasferimento (p. 59).

La portata innovativa della sentenza è indiscutibile e ad essa si è immediatamente conformata la Corte di Cassazione che in due recenti pronunce sempre vertenti sul trasferimento di ausiliari tecnici amministrativi, si è limitata ad affermare di esser tenuta a decidere sulla base dei principi enunciati dalla Corte di Lussemburgo, come imposto dagli artt. 11 e 117 Cost⁴¹⁹; non possono che condividersi tuttavia le considerazioni di Autorevole dottrina che ne ha sottolineato i profili di incoerenza con i precedenti giurisprudenziali e con la stessa lettera della direttiva europea.

A suscitare dubbi è in primis la stessa qualifica giuridica del trasferimento del personale dalle dipendenze degli enti locali ai ruoli statali. Il passaggio di personale previsto dalla legge 124/1999 era invero finalizzato ad una generale razionalizzazione dei rapporti di lavoro ATA, perseguita con l'imputazione della totalità di tali rapporti alle dipendenze statali. L'aver qualificato tale processo come conseguenza di un trasferimento d'attività e non come mera riorganizzazione incide infatti sulla stessa concezione di attività economica ed organizzata, rilevante ai sensi

⁴¹⁹Cass.civ. lav. 12 ottobre 2011 n. 20980 e Cass.civ. lav. 14 ottobre 2011 n. 21281. Per la giurisprudenza di merito si veda Trib. Treviso 13 gennaio 2012 in *Foro it.* 2012, 1111. In quest'ultima sentenza il giudice valutata la pronuncia della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo ritiene di dover disapplicare la controversa disposizione di interpretazione autentica perché contrastante con la disciplina del trasferimento di impresa e con il principio di parità delle armi in ambito processuale.

della direttiva ed in precedenza accolta dalla Corte di Giustizia⁴²⁰.

La decisione della Corte non convince neppure, secondo la critica avanzata, nel punto in cui ha ritenuto che la facoltà di sostituire con effetto immediato le condizioni di cui godevano i lavoratori trasferiti in base al contratto collettivo vigente presso il cedente con quelle del contratto vigente presso il cessionario non possa avere lo scopo o l'effetto di *“imporre a detti lavoratori condizioni globalmente meno favorevoli di quelle applicabili prima del trasferimento”* (p. 76). In tal modo il cessionario sarebbe, infatti, vincolato ad un contratto collettivo da questi non stipulato, venendo così a crearsi *“una sostanziale incorporazione nel contratto individuale della disciplina collettiva”*⁴²¹.

L'incarico rimesso al giudice nazionale, chiamato non solo a valutare l'effettivo peggioramento della posizione del lavoratore trasferito ma ad operare in un contesto giuridico caratterizzato dal sovrapporsi non coordinato tra giudicati delle più alte Corti europee e nazionali⁴²², non può che risultarne più complicato.

Certo è che, indipendentemente dalle specificità del caso ATA, la tesi formulata intorno a tale fattispecie si pone

⁴²⁰CESTER, *Il trasferimento del personale ATA dagli enti locali allo stato davanti alla corte di giustizia*, *Riv.it.dir.lav.* 2012, 124.

⁴²¹Osserva sempre CESTER, *cit.*, *Riv.it.dir.lav.* 2012, 124, che tale interpretazione per un verso risulti forzata per l'altro parzialmente ipocrita. Forzata perché è la stessa direttiva che prevede la sostituzione del trattamento collettivo originario con altro trattamento collettivo; ipocrita e formalistico nella parte in cui ammette modifiche peggiorative siano introdotte ma non in ragione del trasferimento.

⁴²²Di vero e proprio disorientamento parla PORCHIA, *cit.*, *Giur. mer.*, 2012, 127.

quale esito di una tendenza giurisprudenziale diretta ad assecondare il movimento di *esternalizzazione* nel settore pubblico, benché limitatamente alle attività dotate di rilievo economico. In tale contesto il principio di conservazione dei rapporti di lavoro, non preclusivo di un eventuale peggioramento delle condizioni applicate, rinvenibile nella direttiva nonché nell'art. 31, mostra tutta la sua contraddittorietà. Si rivela, infatti, come già affermato, una garanzia della continuità del rapporto ma anche uno strumento per portare a termine imponenti processi di trasformazione, prescindendo dal consenso del personale coinvolto, finendo con l'agevolare l'attuazione delle scelte ed il soddisfacimento delle esigenze datoriali⁴²³.

B iii) La Reinternalizzazione

Un'ulteriore apertura non contemplata dal testo dell'art. 31 del D.lgs. 165/2001, e sulla quale si tornerà nel prosieguo del testo, potrebbe invece esser praticata nuovamente ricorrendo all'apporto giurisprudenziale della Corte di Giustizia. Nonostante il testo dell'art. 31 non faccia alcun riferimento al movimento inverso di passaggio di gestione di un servizio da un soggetto terzo esterno alla Pubblica Amministrazione direttamente in capo a quest'ultima, la Corte di Giustizia ha recentemente emesso una pronuncia che dovrebbe condurre a conclusioni opposte. La Corte ha, invero, considerato la

⁴²³CHIECO, cit., 2008 aveva riscontrato come detta eterogenesi caratterizzasse l'art. 31 del D.lgs. 165/2001 discostandolo dalla direttiva europea. Direttiva che, alla luce della sua più recente estensione interpretativa, pare invece in tal senso accomunata alla disposizione nazionale.

direttiva 2001/23/CE estensibile alla *réprise en regie*, da parte di un Comune (francese), di alcune attività svolte da una persona giuridica di diritto privato. La sola condizione che i giudici di Lussemburgo richiedono sia rispettata è nuovamente costituita dalla conservazione dell'identità dell'entità oggetto di trasferimento⁴²⁴. Parimenti così come è astrattamente ammesso – a fronte di condizioni già menzionate – che alla esternalizzazione segua un peggioramento del trattamento applicabile ai lavoratori, lo stesso vale per il processo opposto. L'ente pubblico che abbia optato per una gestione interna infatti può procedere ad una riduzione dell'importo della retribuzione “*allo scopo di conformarsi alle vigenti norme nazionali relative al pubblico impiego*”⁴²⁵. Disposizioni che dovranno peraltro essere interpretate alla luce dell'obiettivo perseguito dalla direttiva, ossia valutando l'anzianità pregressa ove questo sia richiesto dalle disposizioni nazionali sul calcolo della retribuzione dei dipendenti statali.

Qualora, tuttavia, il decremento del trattamento economico si dovesse risolvere in una “*sostanziale modifica delle condizioni di lavoro a scapito dei lavoratori interessati dal trasferimento*”, la rescissione del contratto di lavoro per questo motivo dovrà considerarsi imputabile

⁴²⁴CGUE 26 settembre 2000 *Mayeur* C - 175/99.

⁴²⁵CGUE, 11 novembre 2004, *Delahaye*, C- 425/02 originata dalla internalizzazione di un servizio di formazione da parte del Ministero della funzione pubblica del Lussemburgo cui è seguita la sottoposizione della dipendente coinvolta nel trasferimento al regime dei dipendenti pubblici e ad una retribuzione inferiore (in ragione del mancato computo dell'anzianità maturata presso società privata che gestiva il servizio). Pubblicata in *Riv.it.dir.lav.* 2005, II, p.760 con nota di GARATTONI.

alla responsabilità del datore di lavoro⁴²⁶. Parimenti dovrà esser percepita come una modifica imputabile al datore di lavoro ai sensi dell'art. 4. 2 dir. 2001/23/CE la cessazione dei contratti di lavoro di diritto privato imposta ex lege in seguito alla ripubblicizzazione di un servizio⁴²⁷.

La circostanza che il passaggio di personale sia la conseguenza di un processo di trasformazione che coinvolge anche un soggetto pubblico non costituisce, ad avviso della Corte di Giustizia, un ostacolo alla applicazione della direttiva ai fini della quale dovranno tuttavia sussistere una serie di requisiti che, invece, l'art. 31 parrebbe obliterare. L'entità economica, infatti, “*non può essere ridotta alla attività*” affidata al privato o reinternalizzata, dovendo emergere da una pluralità di “*elementi inscindibili tra loro quali il personale che la compone, i suoi quadri direttivi, la sua organizzazione di lavoro, i suoi metodi di gestione od anche eventualmente i mezzi di gestione a sua disposizione*”⁴²⁸. Trova così conferma il convincimento che l'opzione circa le modalità di gestione di una determinata attività sia rimessa alla libera scelta dell'ente pubblico che potrà sì decidere di

⁴²⁶Come previsto dall'art. 4 n. 2 della direttiva 2001/23/CE a norma del quale “*se il contratto di lavoro o il rapporto di lavoro è risolto in quanto il trasferimento comporta a scapito del lavoratore una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, la risoluzione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro è considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro*”. Sull'interpretazione di tale clausola cfr anche sent. CGUE *Mirja Juuri* 27 novembre 2008 C-396/07.

⁴²⁷Punto 56 della sent. *Mayeur*, cit., CGUE 26 settembre 2000 *Mayeur* C - 175/99.

⁴²⁸CGUE, *CLECE SA c. María Socorro Martín Valor e altri* Sez. III, 20 gennaio 2011, n. 463/09 (in particolare punto 41). Pubblicata su *Lav.giur.* 2011, 509 con nota di SPINELLI *Reinternalizzazione dei lavori di pulizia nel Comune*, *ibidem*, 2011.

svolgere autonomamente un'attività prima affidata ad un privato, ferma tuttavia la conservazione dell'identità dell'entità economica trasferita⁴²⁹.

B iv) Sul trattamento successivo al trasferimento

L'art. 31 sancisce il principio di continuità dei rapporti di lavoro anche nel settore pubblico⁴³⁰ a fondamento del

⁴²⁹Punti 32, 33, 34 della sentenza citata. In particolare per valutare il mantenimento dell'identità dovrà esser valutato, tra gli altri elementi, il tipo di impresa o di stabilimento, la cessione o meno di elementi materiali, la riassunzione o meno della parte più rilevante del personale, il grado di somiglianza delle attività (...). Requisiti che, la stessa Corte ricorda, in determinati settori – in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera – ben possono essere assorbiti dal passaggio di un gruppo di lavoratori che assolve stabilmente ad una attività comune, che in questo caso corrisponde per l'appunto all'entità economica. Ovviamente proprio in tali settori l'identità non potrà dirsi conservata laddove la parte più rilevante del personale di tale entità non venga riassunta dal presunto cessionario (punto 41). Precedenti *ex plurimis* CGUE *Suzen* 11 marzo 1997 C-13/95. Utile alla individuazione di entità economica in sede di reinternalizzazione di una serie di servizi (custodia e pulizia di edifici pubblici, pulizia di strade e manutenzione di parchi e giardini) già oggetto di concessione si veda CGUE *Federation de Servicios Publicos de la UGT*, 29 luglio 2010, C- 151/09, annotata da SPINELLI, *Trasferimento d'azienda e organismi di rappresentanza dei lavoratori*, in *Lav.giur.*, 2010, 1038.

⁴³⁰ *Cfr sent. Scattolon* Punti 57, 58; Punto 68. La Corte ha dichiarato che la direttiva 77/187 applicabile al caso di specie debba essere interpretata nel senso che per il calcolo dei diritti di natura pecuniaria il cessionario è tenuto a prendere in considerazione tutti gli anni di servizio effettuati dal personale trasferito nella misura in cui quell'obbligo risultava dal rapporto di lavoro che vincolava il personale al cedente. “*Nella controversia*

quale, successivamente all'atto di trasferimento, il lavoratore continuerà a svolgere la propria attività ma alle dipendenze di un nuovo soggetto. Il richiamo all'art. 2112 c.c. comporta quale corollario di tale regola la successione tra i contratti collettivi rispettivamente applicati presso il datore d'origine e quello di destinazione. Per limitare gli effetti dirompenti del mutamento datoriale, tuttavia, il legislatore si preoccupa di prevedere che il contratto collettivo d'origine sia ancora applicato fino alla sua scadenza naturale, a meno che non sia sostituibile dai contratti collettivi, del medesimo livello, applicabili presso il cessionario⁴³¹.

sottoposta alla corte però diritti ed obblighi del personale trasferito e del cedente erano stabiliti nel contratto collettivo enti locali la cui applicazione, in seguito al trasferimento era stata sostituita da quella del contratto collettivo applicato presso il cessionario ossia il ccnl della scuola. Quindi il cessionario è tenuto a mantenere le condizioni di lavoro contenute mediante il ccnl nei termini previsti dallo stesso per il cedente fino alla risoluzione o scadenza di quel contratto collettivo o all'entrata in vigore od applicazione di un altro contratto collettivo. Gli Stati poi possono limitare il periodo di mantenimento delle condizioni di lavoro purché non sia inferiore ad un anno.(..)Quando un trasferimento ai sensi della 77 187 porta l'applicazione immediata ai trasferiti del ccnl vigente presso il cessionario e le condizioni retributive previste da questo contratto sono collegate segnatamente all'anzianità lavorativa l'art. 3 della direttiva osta a che i trasferiti subiscano rispetto alla posizione immediatamente precedente al trasferimento un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento dell'anzianità maturata presso il cedente.

⁴³¹Il mantenimento dei diritti è una garanzia istantanea tesa a fotografare l'esistente e a renderlo intangibile al momento del trasferimento ma non certo a sterilizzare le eventuali successive vicende modificative anche in pejus dei rapporti di lavoro conseguenti alla normale evoluzione delle fonti che li disciplinano.

La disciplina pubblicistica presenta, tuttavia, alcune ulteriori peculiarità rispetto alla parallela regolamentazione privata. In primo luogo il dato letterale allude alla possibilità che effetto del trasferimento di attività sia il passaggio di una sola parte del personale precedentemente impiegato nella medesima. Si legge infatti che sarà sottoposto alle regole dell'art. 2112 c.c. nonché beneficerà delle garanzie collettive (procedure di informazione e consultazione) “*il personale che passa*” inducendo a concludere quindi che il personale che non dovesse essere selezionato ai fini del trasferimento potrebbe eventualmente anche esser destinatario di provvedimenti di riduzione dell'organico⁴³². Tale potenziale effetto del trasferimento trova conferma all'interno della legge 4 novembre 2010 n. 183. L'art. 13 del c.d. Collegato lavoro infatti chiarisce che non solo in caso di conferimento di funzioni statali alle regioni e alle autonomie locali ovvero di trasferimento o di conferimento di attività svolte da pubbliche amministrazioni ad altri soggetti pubblici ma anche nell'ipotesi di “esternalizzazione di attività e di servizi” si applicano al personale “*ivi adibito*”, in caso di esubero, le regole in materia di esubero di cui all'art. 33 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165. La disposizione, rubricata *Eccedenze di personale e mobilità collettiva* prevede infatti che, qualora l'eccedenza coinvolga un minimo di dieci unità, sia dato avvio ad una procedura di informazione e consultazione delle RSU e delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo del comparto o dell'area

DE LUCA TAMAJO SALIMBENI, in CARINCI PERSIANI *Trattato di diritto del lavoro*, CEDAM, PADOVA 2012.

⁴³²Secondo BASENGHI, cit. l'individuazione dei lavoratori coinvolti deve essere compiuta in base alla loro effettiva assegnazione all'attività della cui trasformazione si tratti.

che segue un iter parzialmente simile a quello regolato dalla legge 223/1991433. È stato osservato come tale disposizione necessiti tuttavia di essere coordinata con l'art. 31 D.lgs. 165/2001 poiché, stando ad un'interpretazione strettamente letterale della norma introdotta nel 2010 ed in particolare all'inciso che riferisce la procedura di messa in mobilità al personale pubblico adibito all'attività

⁴³³È prevista una comunicazione iniziale che contenga i motivi che determinano la situazione di eccedenza; dei motivi tecnici e organizzativi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a riassorbire le eccedenze all'interno della medesima amministrazione; del numero, della collocazione, delle qualifiche del personale eccedente, nonché del personale abitualmente impiegato, delle eventuali proposte per risolvere la situazione di eccedenza e dei relativi tempi di attuazione, delle eventuali misure programmate per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale dell'attuazione delle proposte medesime. Ad essa segue entro dieci giorni e su richiesta delle organizzazioni sindacali l'esame delle cause che hanno contribuito a determinare l'eccedenza del personale e delle possibilità di diversa utilizzazione del personale eccedente, o di una sua parte. La procedura si conclude decorsi quarantacinque giorni dalla data del ricevimento della comunicazione o con l'accordo o con apposito verbale nel quale sono riportate le diverse posizioni delle parti. In caso di disaccordo, su richiesta delle organizzazioni sindacali, è prevista un eventuale ulteriore confronto per le amministrazioni statali innanzi al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri, per le altre amministrazioni, ai sensi degli articoli 3 e 4 del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469. La procedura si conclude in ogni caso entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui al comma 1. Va segnalata la possibilità che, sempre ai sensi dell'art. 33 sin qui sintetizzato (comma 6) le eccedenze siano gestite con il passaggio diretto ad altre amministrazioni (ex art. 30 D.lgs. 165/2001). Esaurita la procedura il personale non ricollocato viene messo in disponibilità.

esternalizzata, l'art. 13 sarebbe incoerente con la garanzia di automatica successione dei rapporti di lavoro se non addirittura incompatibile con la direttiva europea⁴³⁴.

Si potrebbe quindi concludere che se ad esito dell'esternalizzazione e quindi, comunque, di un processo di razionalizzazione delle strutture amministrative, indipendentemente dal passaggio di personale, sia necessario procedere ad una rideterminazione dell'organico, questa dovrà seguire l'iter procedurale previsto dalla legge. Restano comunque ferme le perplessità interpretative che tale disposizione pone soprattutto in ragione della discontinuità rispetto alla disciplina privatistica che espressamente esclude che il trasferimento possa essere causa di un licenziamento⁴³⁵. A

⁴³⁴Cfr le considerazioni di SPINELLI, *Sub art. 13 Mobilità del personale delle Pubbliche amministrazioni*, in MARINELLI NOGLER, *La riforma del mercato del lavoro*, Utet, TORINO 2012. L'Autrice pur manifestando molti dubbi sulla utilità di una norma come quella in commento ipotizza che la stessa sia diretta ad incidere sulle scelte organizzative dell'Amministrazione Pubblica in sede di esternalizzazione; in particolare a disincentivare prassi, secondo SPINELLI frequenti costituite dalla sottoposizione di trasferimenti di attività, pur rientranti nell'ambito dell'art. 31, al rilascio del consenso dei lavoratori. *“Si direbbe cioè che le vicende traslative di funzioni, attività e servizi secondo il legislatore debbano essere gestite dalle amministrazioni ordinariamente con il conseguente passaggio del relativo personale alle dipendenze del cessionario e solo eccezionalmente con il mantenimento del personale alle proprie dipendenze, quando per esempio sussista una reale volontà nel conservarne la professionalità e comunque purché se ne possa garantire la ricollocazione al proprio interno in quanto altrimenti la sorte di quei lavorati non potrà che essere il collocamento in disponibilità”*.

⁴³⁵ Sostiene TOPO, *Gli effetti modificativi del collegato lavoro 2010 sulla disciplina del lavoro pubblico*, *Lav.giur.*, 2011, 93 che *“Appariscente è certamente la differenza di regime riservata ai*

meno che non si ritenga, benché non sia evincibile dal testo dell'art. 13 che si limita ad impiegare l'espressione “*esternalizzazione*”, di limitarne l'applicazione alle vicende di *riorganizzazione* della struttura pubblica, chiaramente sottratte alla sfera applicativa della direttiva e, quindi, all'operatività del citato divieto di licenziamento.

Una volta riconosciuta, tuttavia, la possibilità che comunque il trasferimento non coinvolga la totalità dei lavoratori addetti all'attività esternalizzata sarà necessario procedere ad una selezione del personale.

A tal riguardo va segnalato che l'elaborazione dei criteri utili ai fini della individuazione dei lavoratori coinvolti nel trasferimento di attività costituisce una delle materie che in base all'art. 6 comma 2 lett. C del CCNL Comparto Regioni- Autonomie locali, di rilievo in questa sede, devono esser oggetto di concertazione con le rappresentanze sindacali. La Pubblica Amministrazione non sarà quindi totalmente libera di determinare gli effetti sociali della esternalizzazione dovendo previamente confrontarsi con l'interlocutore sindacale, riducendo così il rischio che materie che dovrebbero esser oramai assorbite dalla fonte contrattuale possano esser attratte nuovamente nell'area di discrezionalità amministrativa, con l'ulteriore degradazione, si è osservato, della situazione soggettiva

lavoratori del settore pubblico rispetto ai lavoratori del settore privato, per i quali il trasferimento d'azienda in sé considerato non può mai essere causa di riduzione del personale, ancorché sovente, nei fatti, col trasferimento del complesso aziendale si evidenzia anche una diversa situazione di sovrabbondanza del personale, che è prodromica a un licenziamento collettivo“. Ciononostante ricorda l'Autrice, la fase del trasferimento va distinta dall'eventuale riorganizzazione del complesso aziendale, „*riorganizzazione che, in quanto effettiva, può invece giustificare l'apertura della procedura di mobilità“.*

dei lavoratori, da diritto soggettivo ad interesse legittimo. I lavoratori infatti “*non potrebbero più vantare alcuna autonoma posizione giuridica oppositiva (come invece accade ai lavoratori del settore privato, i quali possono ad esempio contestare la loro effettiva appartenenza al ramo d’azienda ceduto) ma solo rivendicare un interesse (potremmo dire, meramente “pretensivo”) a che la scelta operata dall’amministrazione risulti conforme ai criteri indicati dalla legge (peraltro estremamente vaghi)*”⁴³⁶.

Si potrebbe anche ritenere che la scelta lessicale del legislatore di fatto assegni ai dipendenti pubblici una vera e propria facoltà di scegliere se mantenere l'originario rapporto di lavoro alle dipendenze del datore “*pubblico*” od accettare il trasferimento⁴³⁷. È ragionevole, tuttavia, ritenere che l'esercizio di tale facoltà debba esser rimesso ad una clausola che si esprima chiaramente in tal senso attribuendo il potere di scelta al lavoratore⁴³⁸.

Secondo l'orientamento prevalente il passaggio di personale costituisce per contro un automatico effetto del trasferimento o del conferimento di attività ed il consenso del lavoratore è irrilevante⁴³⁹, benché l'individuazione dei

⁴³⁶MOTRONI, *Il passaggio del personale nell’ambito dei processi di esternalizzazione di attività pubbliche: l’art. 31 del decreto legislativo n. 165/2001 come norma residuale e meramente integrativa della disciplina privatistica*, *federalismi.it*, 13 aprile 2013.

⁴³⁷È quindi necessaria una fonte ulteriore autonomamente regolativa dell’effetto traslativo (*Trib siena 6 marzo 2003 Lav.pubb.amm. 2003, 935*).

⁴³⁸ Trib Siena 21 maggio 2003 LPA 2003 p. 938; es art. 8 della legge 124 1999; Cass.lav.19.9.2008 n. 23901; Cass.lav. 7 3 2007 n. 5234.

⁴³⁹ Cass. civ. 10 marzo 2009 5709; Pretore Bergamo 24 giugno 1999 su lpa 1999 n. 1292; Trib. Treviso 26 giugno 2001 rfi 2002; Trib Parma 19 maggio 2005 Lav.pub.amm. 2005 625.

lavoratori da trasferire avvenga sulla base degli indici concertati con i sindacati.

Un ulteriore tratto distintivo attiene anche al trattamento contrattuale successivo al compimento della vicenda traslativa. Con particolare riferimento al livello locale l'art. 1 comma 3 del CCNL del 31 luglio 2009 prevede che la disciplina del comparto enti locali sia applicata anche al personale del comparto *“soggetto a processi di mobilità in conseguenza di provvedimenti di soppressione, fusione, scorporo, trasformazione e riordino, ivi compresi i processi di privatizzazione, riguardanti l'ente di appartenenza”* (..) *“sino alla individuazione o definizione, previo confronto con le organizzazioni sindacali nazionali firmatarie del presente CCNL, della nuova e specifica disciplina contrattuale del rapporto di lavoro del personale”*.

Come chiarito in più occasioni dall'Aran⁴⁴⁰ si tratta della sola disciplina contrattuale esistente diretta a garantire in via meramente transitoria al personale degli enti del comparto soggetto a processi di mobilità, per effetto dei provvedimenti di trasformazione evocati, la ulteriore applicazione del CCNL del comparto Regioni-Autonomie Locali, sino alla individuazione o definizione, previo confronto con le organizzazioni sindacali nazionali firmatarie dello stesso CCNL, della nuova e specifica disciplina contrattuale del suddetto personale.

Decisione, quella di estendere l'efficacia del contratto di comparto, che spetta alla stessa Amministrazione protagonista della trasformazione, previo confronto con le parti sociali e, si è dell'avviso, anche con il cessionario, tenuto, come sarà, ad applicare, pur temporaneamente, un contratto collettivo pubblico. Come ha avuto modo di

⁴⁴⁰RAL 1179 Orientamenti applicativi. Reperibile su ARAN.it

sottolineare l'Agenda, l'individuazione della fonte collettiva effettivamente applicabile nel nuovo contesto privatistico conseguente alla riforma (nuovo contratto collettivo specifico per tale tipologia di personale o semplice riferimento a contratti collettivi già esistenti) non dev'esser oggetto di contrattazione decentrata integrativa, ma solo di confronto preventivo con le organizzazioni sindacali nazionali firmatarie del CCNL. Sconsigliabile, sempre ad avviso dell'ARAN e, si ritiene, comunque di dubbia realizzabilità, la decisione da parte dell'Ente di applicare in via definitiva il CCNL del comparto Regioni-Autonomie Locali al personale coinvolto nel processo di trasformazione.

Una tale soluzione, infatti, non potendo in alcun modo comportare anche l'ulteriore estensione delle regole del D.Lgs.n.165/2001 (la cui applicabilità è limitata dall'art.1, comma 2, dello stesso esclusivamente al personale delle amministrazioni ivi richiamate) e delle altre regole e disposizioni legislative specifiche per il lavoro pubblico, determinerebbe *“una cesura tra disciplina contrattuale e il quadro legale di riferimento, che ne costituisce il presupposto e la necessaria fonte di integrazione e completamento (si pensi, ad esempio alle previsioni in materia di mobilità, di trasferimento, di eccedenza di personale, ecc.)”*.

Anche nel caso in cui non si giunga alla estensione, temporanea, del trattamento contrattuale pubblico ai lavoratori esternalizzati, opportuno è comunque il ricorso a strumenti contrattuali temporanei di armonizzazione, con i quali rendere più agevole la successione contrattuale ed il mutamento del regime normativo applicabile ai lavoratori⁴⁴¹.

⁴⁴¹Contraria all'ipotesi che abilitati a sostituire la precedente

L'intervenuta contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego ha infatti, come noto, conservato alcune importanti discontinuità tra lavoro pubblico e privato, confermate dalla recente approvazione della c.d. Riforma Fornero. Differenze relative, ad esempio, alla procedura di assunzione, all'orario applicato, al trattamento retributivo, alla stabilità del rapporto, che costituiscono un vero e proprio ostacolo al passaggio del personale da un'Amministrazione pubblica ad un soggetto privato, in grado di compromettere una serena gestione dei processi di esternalizzazione. Può quindi forse comprendersi la scelta, benché controproducente sul lungo periodo, accolta da molti enti pubblici di far precedere all'effettivo passaggio del personale un periodo di distacco dei lavoratori presso le società affidatarie dei servizi o delle attività. In caso di distacco, tuttavia, il trattamento economico fondamentale e accessorio resta a carico dell'ente di appartenenza, diversamente da quanto avviene in caso di comando.

Frequente soprattutto in passato, ed ancor più inopportuna, è stata la decisione - diretta ad inibire le resistenze manifestate da sindacati e lavoratori - di accompagnare i provvedimenti di affidamento delle attività ed il conseguente passaggio di personale con accordi o convenzioni recanti clausole che potremmo definire "di ripensamento". Si tratta di disposizioni di carattere

disciplina convenzionale siano solo i Ccnl di ingresso conclusi appositamente dalle parti al fine di armonizzare vecchia e nuova disciplina è la giurisprudenza prevalente secondo la quale l'art. 2112 c.c. ammetterebbe che la successione dei regimi negoziali abbia luogo laddove il cessionario faccia applicazione della propria disciplina contrattuale collettiva. cfr Cass.civ. 19 febbraio 2009 N. 4081; Cass.civ. 2 febbraio 2007 n.2265; Cass.civ. 13 aprile 2006 n. 8693; Cass.civ. 16 giugno 2005, n. 12956; Cass.civ. 17 febbraio 2005 n. 3224.

negoziale contenute negli accordi conclusi con le rappresentanze sindacali presso l'ente pubblico, accessori rispetto ai provvedimenti c.d. di esternalizzazione, recanti il diritto dei lavoratori coinvolti nel trasferimento ad esser reinternalizzati alle dipendenze della Amministrazione Pubblica entro o decorso un certo periodo di tempo. Altrettanto diffuse sono le clausole di riassorbimento, ad esercizio delle quali in caso di revoca dell'affidamento le Pubbliche Amministrazioni si impegna a riassumere alle proprie dipendenze il personale esternalizzato.

L'adozione di soluzioni eterogenee e di fatto rimesse alle valutazioni ed ai differenti contesti, politici e finanziari, in cui versino le varie amministrazioni locali, oltre ad esser l'effetto di una disciplina frammentaria ed in continua evoluzione dà a sua volta luogo ad un contenzioso dagli effetti notevoli sulle casse comunali⁴⁴² nonché ad un ricco sovrapporsi di pareri e pronunce della Corte dei conti, chiamata tra l'altro a valutare gli effetti contabili ed erariali di tali processi riorganizzativi.

B v) La reinternalizzazione dei servizi pubblici locali

Sempre più spesso accade che l'Ente locale opti per una riassunzione dell'esercizio di attività precedentemente affidate a terzi⁴⁴³; scelta che deve essere fondata su

⁴⁴² Particolarmente significativa da ultimo Trib. Torino 15 marzo 2013 n. 668 non edita. Proprio dando attuazione ad una clausola di riassorbimento del personale trasferito ex art. 2112 c.c. presso un consorzio divenuto affidatario di un servizio comunale il giudice ha ordinato la reintegrazione dei dipendenti comunali già trasferiti per un periodo decorrente dalla revoca dell'affidamento del servizio nonché il pagamento delle retribuzioni

⁴⁴³ Ad esempio con la liquidazione delle società partecipate ad es. ex art. 14 comma 32 della legge 122/2010, che prevede espressamente

motivazioni speculari rispetto a quelle che inducono al collocamento all'esterno, ossia porsi quale esito di un analitico confronto tra i costi (anche del personale), relativi alla gestione esternalizzata ed a quella diretta, di una valutazione della qualità dei servizi erogati, del diverso grado di efficienza nello svolgimento delle attività rese e di tutte le conseguenze derivanti da una scelta gestionale diversa⁴⁴⁴.

Ai fini della ricerca si sottolinea che la reinternalizzazione della gestione richiede sia nuovamente valutato il destino dei lavoratori coinvolti nella vicenda traslativa nonché cercata un'eventuale soluzione nella disciplina normativa vigente.

La questione è stata oggetto di numerosi pareri e pronunce da parte dei giudici contabili⁴⁴⁵. I quesiti avanzati dalle Amministrazioni riguardano perlopiù la possibilità di

la liquidazione delle società partecipate interamente dagli enti pubblici locali e dalla legge considerate vietate. Con riferimento alle conseguenze sul lavoro si veda LIBANORA, *La retrocessione degli affidamenti esternalizzati*, Azienditalia, 2010, 612 secondo il quale dietro la liquidazione si nasconderebbe la cessione di azienda regolata dal 2112 c.c.

⁴⁴⁴Cfr Corte dei conti sez. riunite n. 2 febbraio 2012 n. 3/CONTR/2012.

⁴⁴⁵Per un commento cfr. MURRONE, *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente pubblico torni a svolgere attività prima trasferite*, in *Lav.pub.amm.*, 2009, 3-4; BELLUMAT, *Internalizzazione di un'azienda in crisi nella pubblica amministrazione tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Arg.dir.lav.*2010, 4 nota a margine di Cass. Civ.lav. 13 novembre 2009 n. 24093; *Sul regime giuridico applicabile ai c.d. lavoratori estranei alle finalità istituzionali della P.A.*, *ibidem*, 2008, 473. Recentemente cfr GUERRIERI *La reinternalizzazione nei servizi pubblici locali Rubanistica e appalti 2013 597* (nota a Corte dei conti Regione Lazio 9 gennaio 2013 n.2 sez.controllo.)

far seguire alla ripubblicizzazione della gestione del servizio il passaggio del personale dalle dipendenze dell'affidatario alla stessa Amministrazione nonché l'individuazione dei criteri di quantificazione della spesa del personale ai fini del rispetto del patto di stabilità.

Con riferimento alla prima delle questioni, di maggior interesse in questa sede, la Corte dei Conti inizialmente si era divisa in due orientamenti. Secondo il primo, definito dagli stessi giudici "restrittivo", in caso di reinternalizzazione del servizio, vista l'inderogabilità dell'art. 97 Cost. e dell'art. 35 del D.lgs. 165/2001, è da ritenersi *"escluso qualsiasi passaggio diretto del personale da soggetti privati a pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende anche nell'ipotesi di successiva ripresa dell'attività da parte della medesima pubblica amministrazione"*⁴⁴⁶. Diversamente, infatti, avrebbe luogo un'elusione del principio costituzionale del reclutamento del personale delle amministrazioni mediante pubblico concorso, che al più può subire un'eccezione solo laddove espressamente previsto dalla legge⁴⁴⁷.

Discostandosi da tale interpretazione ed aderendo ad un secondo orientamento alcune sezioni hanno sì escluso l'applicazione dell'art. 31 del D.lgs. 165/2001, che del resto contempla solo l'iter inverso di esternalizzazione, ma hanno nel contempo affermato ben possa essere richiamato l'art. 2112 poiché *"il processo di reinternalizzazione del servizio pubblico è equiparabile al trasferimento"*

⁴⁴⁶Corte dei conti Veneto sez. controllo Ad. 8 maggio 2008 n. 18.

⁴⁴⁷Corte dei Conti Toscana parere 31P 18 dicembre 2008 che riconosce sarebbe potuta giungere ad una decisione differente solo qualora il comune avesse trasferito alla società i propri dipendenti con l'obbligo di reintegrazione in caso di scioglimento della stessa, fermo comunque il contenimento della spesa del personale.

d'azienda”⁴⁴⁸. Di tal ché devono esser reintegrati nei ruoli comunali non solo i dipendenti originariamente assunti dall'Amministrazione ma anche coloro che sono stati assunti dalla società affidataria, purché la selezione sia avvenuta nel rispetto dell'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008 n. 112⁴⁴⁹ e dell'art. 97 Cost.

L'applicazione del principio di continuità dei rapporti di lavoro è stata peraltro oggetto di puntualizzazioni da parte delle Sezioni Riunite della Corte dei conti che l'hanno sottoposto ad alcune condizioni: *“la persistenza di una carenza organica nei ruoli e per le funzioni di competenza dei dipendenti già trasferiti presso la società concessionaria; - la disponibilità di risorse economiche per sostenere gli oneri connessi al reinquadramento; - l'espressa volontà dell'amministrazione di procedere alla copertura dei posti scoperti mediante la ri-ammissione dei dipendenti; - l'inquadramento dei dipendenti nella medesima posizione giuridico-economica rivestita*

⁴⁴⁸Corte dei Conti Lombardia parere 987 del 5 novembre 2009.

⁴⁴⁹ L'articolo così prevede *“A decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica 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. Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, 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”*. A commento si veda PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema.*, *Lav.Pub.Amm.* 2009, 629

*anteriormente al trasferimento presso la società concessionaria. In presenza di tali condizioni, anche a prescindere dall'applicazione dell'art. 2112 c.c., l'amministrazione, ove ritenga corrispondente all'interesse pubblico integrare il proprio organico, può disporre il re-inquadramento dei dipendenti già trasferiti presso la società concessionaria, senza ledere il principio della concorsualità*⁴⁵⁰. È dato intendere, quindi, che possano essere trasferiti nuovamente presso l'Amministrazione i lavoratori originariamente dipendenti di quest'ultima⁴⁵¹ e non coloro che sono stati assunti dalla società affidataria, non essendo avvenute le loro assunzioni nel rispetto dell'art. 97 Cost. che fissa il principio costituzionale dell'accesso al pubblico impiego per concorso, suscettibile di eccezioni solo se *“espressione di una chiara e univoca volontà da parte del legislatore nazionale”*⁴⁵². Parziale conferma è recentemente venuta dai giudici della sezione Lombardia⁴⁵³ che da un lato hanno ribadito l'obbligo per l'ente di reinternalizzare il personale già trasferito in sede di costituzione della società od

⁴⁵⁰S.R. Adunanza 26 marzo 2010, 8/contr/2010; S.R. Adunanza n. 8 del 12 aprile 2010. Conforme anche la sez. controllo Lombardia 1015/2010/par.

⁴⁵¹L'ente locale invece ha l'obbligo di procedere alla reinternalizzazione *“a condizione che vi sia stato trasferimento di personale al momento della costituzione della società o dell'affidamento del servizio alla medesima e sia stato previsto a norma di statuto o di regolamento di servizio ovvero mediante un protocollo di intesa tra l'Amministrazione locale e le organizzazioni sindacali di settore, il reintegro nel ruolo dell'ente locale in caso di scioglimento della società o di parziale reinternalizzazione dei servizi pubblici locali”*. Corte dei Conti Lombardia 1014/2010/par. 30 novembre 2010.

⁴⁵²Corte dei conti, sez. controllo, 8 maggio 2008 n. 18/2008/cons.

⁴⁵³Corte dei Conti sezione Lombardia, n. 1014, 30 novembre 2011.

affidamento del servizio, qualora così fosse stato originariamente previsto, dall'altro hanno limitato il reinserimento al personale originariamente trasferito dall'Ente locale od *“a quei dipendenti che siano stati assunti nel rispetto delle procedure selettive pubbliche”*⁴⁵⁴.

Si rammenta, infine, che un ulteriore limite alla scelta di reinternalizzare il personale adibito ad un servizio precedentemente collocato all'esterno della Amministrazione Pubblica derivi dagli stringenti vincoli in materia di spese per il personale negli anni più recenti introdotti al fine di contenere il dispendio di risorse pubbliche. In proposito è doveroso richiamare la giurisprudenza contabile pronunciata a Sezioni Riunite con due pronunce del 2012. Con le delibere 3 e 4 del 2 e 3 febbraio 2012 la Corte dei conti ha stabilito che in caso di reinternalizzazione dei servizi prima affidati a terzi l'ente non possa derogare alle norme in materia di contenimento della spesa per il personale, trattandosi di disposizioni dotate di forza cogente, che non possono essere oggetto di deroga in sede di reinternalizzazione. Procedura quest'ultima quindi che è ammessa ma da un lato tenendo

⁴⁵⁴Continua la Corte con riferimento al computo della spesa per il personale, *“Il computo della spesa del personale in seguito alla reinternalizzazione soggiace ai vincoli di bilancio dell'Ente locale sotto il profilo del computo delle spese di personale, ai sensi dell'art. 76 del D.L. n. 112/2008. In ossequio al principio di tendenziale riduzione della spesa occorre che le due basi siano omogenee e quindi il confronto deve essere fatto dopo aver provveduto alla riclassificazione delle voci, secondo criteri di omogeneità che possano consentire di verificare se si è in presenza di una politica di contenimento ovvero di espansione. Non rientrano nella disciplina della mobilità collettiva obbligata ex art. 2112 c.c. i dipendenti acquisiti direttamente dalla società partecipata in carenza delle procedure selettive previste dalla legge”*.

fermi i vincoli di spesa del personale, costituiti dal 40 % della spesa dell'anno precedente, da un altro rispettando il patto di stabilità interno, la progressiva riduzione annuale della spesa corrente (commi 557, 557 bis e 557 ter dell'art. 1 della legge 296/2006 come successivamente più volte modificato) ed il rapporto tra spese per il personale e spese correnti (sempre inferiore al 50%).

La possibilità di procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato (poiché di riassunzione si dovrebbe trattare, non potendo trovare applicazione l'art. 31 del D.lgs. 165/2001) deve inoltre esser circoscritta al limite del 20 % della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente. In proposito si ricorda che nel computo di detta percentuale si debbano calcolare anche le spese sostenute dalle società a partecipazione pubblica locale 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 non avente carattere industriale né commerciale, ovvero che svolgono attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica (art. 20, comma 9 del DL n. 98/2011, convertito dalla legge n. 111/2011).

È evidente quindi che le scelte organizzative sulle modalità di gestione dei servizi rientranti nella sfera delle decisioni discrezionali della Pubblica Amministrazione siano in realtà fortemente condizionate dai limiti posti dalla legge. Alla luce del complesso quadro normativo in materia di spese brevemente evocato la possibilità di reinternalizzare un servizio precedentemente affidato all'esterno, anche se più economica, efficiente ed efficace, influirà fortemente sulla complessiva voce di spesa per il personale se questa non è riconducibile alla spesa sostenuta allo stesso titolo nell'altra forma organizzativa.

Pur coscienti di tali criticità i giudici contabili hanno ritenuto di non potersi discostare da una lettura restrittiva delle disposizioni finalizzate del resto al soddisfacimento di *“imprescindibili esigenze di riequilibrio della finanza pubblica per ragioni di coordinamento finanziario, connesse ad obiettivi nazionali ancorati al rispetto di rigidi obblighi comunitari”*(Corte dei conti Sez.riunite 2/2012).

III) Profili e problemi di diritto del lavoro. Nuove prospettive.

A) Esternalizzazioni e contratti: Appalti e concessioni

A i) L' Integrazione delle istanze sociali negli appalti pubblici

Come si è anticipato le singole fattispecie riconducibili al fenomeno delle esternalizzazioni pongono poi specifiche questioni problematiche. Quanto alla c.d. esternalizzazione contrattuale ci si soffermerà su appalti e concessioni ed in particolare sugli strumenti che il legislatore espressamente ha riconosciuto alla Pubblica Amministrazione al fine di perseguire obiettivi di carattere sociale e di protezione del lavoro.

Per chiarezza è opportuno innanzitutto richiamare brevemente la definizione di appalto pubblico, distinguibile da quello privato sotto tre profili: soggettivo, oggettivo e “formale”. Quanto ai primi due aspetti la regolamentazione europea e nazionale descrive l'appalto pubblico come un contratto a titolo oneroso concluso per iscritto tra un'Amministrazione od un'impresa pubblica

aggiudicatrice⁴⁵⁵ e uno o più imprenditori o prestatori di servizi e fornitori, avente ad oggetto la prestazione di lavori, servizi o forniture.

Il coinvolgimento di un ente pubblico incide tuttavia anche sulla procedura “formale” prodromica all'instaurazione del vincolo negoziale. Il contratto, per quanto sottoposto – ove non espressamente derogate dalla disciplina speciale⁴⁵⁶ – alle regole del diritto civile, costituisce infatti l'esito di un iter di evidenza pubblica⁴⁵⁷, attualmente disciplinato dal già citato Codice degli appalti

⁴⁵⁵ v. direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. La definizione Amministrazione aggiudicatrice è comprensiva dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico, le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico. Con tale ultima espressione la direttiva precisa di riferirsi a qualsiasi organismo sia istituito per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; sia dotato di personalità giuridica, e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi o il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

⁴⁵⁶ Recita l'art. 2 comma 4 del D.lgs. 163/2006 *Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì delle disposizioni stabilite dal codice civile.*

⁴⁵⁷ Sviluppato in una prima fase deliberativa in cui l'Amministrazione manifesterà formalmente la volontà di contrarre (art. 11 comma 2 Cod.app.pubb.); nella predisposizione del bando di gara (art. 64 Cod.app.pubb.) e nella sua pubblicazione; nella selezione del contraente in base alle modalità previste agli artt. 81 – 84 Cod. App.pubb.; nella aggiudicazione della gara e conseguente stipula del contratto; nella approvazione e nei controlli.

pubblici (D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163)⁴⁵⁸, diretto a garantire il rispetto dei principi di buona amministrazione (97 Cost.) e, nella prospettiva europea, la tutela delle libertà di prestazione di servizi, di stabilimento delle imprese e di accesso senza discriminazioni alle procedure di aggiudicazione.

Nota è la distinzione tra appalti e concessioni. Queste ultime sono definite dall'art. 30 comma 2 del D.lgs. 163 2006 e sono caratterizzate dalla circostanza che la controprestazione a favore del concessionario consista solo nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio, pur potendo essere previsto anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare. Allo stesso modo le direttive 17 e n. 18 del 2004 definiscono la concessione di servizi come "*un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il*

⁴⁵⁸Integrato dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 e dal codice civile nonché dal regolamento di attuazione (D.p.r. 207/2010) e dai capitolati volta per volta redatti sulla base dell'art. 5 comma 7 del Codice, sulla scorta del quale „ *Le stazioni appaltanti possono adottare capitolati, contenenti la disciplina di dettaglio e tecnica della generalità dei propri contratti o di specifici contratti, nel rispetto del presente codice e del regolamento di cui al comma 1. I capitolati menzionati nel bando o nell'invito costituiscono parte integrante del contratto*“. Quanto agli appalti di lavori pubblici invece il Ministero delle infrastrutture ha predisposto un capitolato generale che viene richiamato nei bandi o negli inviti.

corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo".

Consistente, in materia, è il contributo giurisprudenziale del Consiglio di Stato secondo il quale le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti *“non per il titolo provvedimento dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (..), né per la loro natura autoritativa o provvedimento rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato (cfr. Sez. VI 15 maggio 2002, n. 2634)”*⁴⁵⁹. L'atto dovrà esser qualificato come concessorio,

⁴⁵⁹Consiglio Stato sez.V 6 giugno 2011 n. 3377. Se quindi nella concessione quando l'operatore si assuma in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza, in sede di appalto l'onere del servizio stesso venga a gravare sostanzialmente sull'amministrazione. Ricorda il Supremo Collegio Amministrativo come tale distinzione abbia trovato conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia oltre che in quella della Corte di Cassazione. La Corte di Giustizia ha ribadito che si è in presenza di una concessione di servizi se le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (Corte Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C - 196/08), mentre in caso di assenza di trasferimento al prestatore del rischio legato alla prestazione, l'operazione rappresenta un appalto di servizi (Corte Giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, C - 206/08). Ciò sottolinea il consiglio di Stato "non significa che il concessionario non può trarre alcuna utilità economicamente apprezzabile dallo svolgimento del servizio (..) ma solo che la gara non deve prevedere un prezzo che remunererà il servizio, a carico della

quindi, qualora il privato si assuma i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sostanzialmente sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone, tariffa o diritto. Vero è, infatti, che nonostante la natura giuridica della concessione sia ancora oggetto di dibattito, si concordi attualmente sulla sua natura bipartita. La concessione è composta infatti da un atto unilaterale autoritativo con il quale la Pubblica Amministrazione tra l'altro, dopo aver chiarito le ragioni di opportunità, trasferisce temporaneamente l'attività od il servizio, ma anche da una convenzione di diritto privato (c.d. disciplinare o capitolato) che regola i rapporti tra i due contraenti, in particolare sotto il profilo patrimoniale. L'atto complesso è l'esito di una selezione che, in base all'art. 30 comma 3 del D.lgs. 163/2006, segue le regole dell'evidenza pubblica. La norma prevede infatti che ferma la generale inapplicabilità del Codice degli appalti pubblici alle concessioni di servizi, la scelta del concessionario debba avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici, segnatamente i principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità⁴⁶⁰, pur essendo fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza. Ciò premesso il rapporto

Stazione Appaltante; in altre parole, la concessione di servizi prevede il trasferimento in capo al concessionario della responsabilità della gestione, da intendersi come assunzione del rischio, che dipende direttamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla utilizzazione economica del servizio".

⁴⁶⁰Previa gara informale, a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

che viene a crearsi tra Pubblica Amministrazione e privato, dal quale origina da un lato un potere di indirizzo, vigilanza e controllo da parte dell'ente concedente, titolare del servizio pubblico, e dall'altro lato il dovere di organizzare e far funzionare il servizio assunto nel rispetto dell'accordo concluso è per certi versi assimilabile a quello instaurato ad esito dell'aggiudicazione di un appalto, dal quale si discosta principalmente per le modalità remuneratorie.

La sostanziale equiparazione tra i due strumenti contrattuali di gestione dei servizi pubblici, la cui utilità si rivela proprio ai fini giuslavoristici, ha trovato conferma nella già menzionata sentenza della Corte costituzionale 8 febbraio 1998 n. 226. In tale occasione la Consulta ha chiarito che, nonostante sussista una chiara differenza tra appalto di opere pubbliche e concessione di pubblico servizio, anche per il maggior rilievo assunto dal momento provvedimentale-autoritativo nella seconda delle ipotesi, non possa negarsi che le concessioni di pubblico servizio comportino una regolamentazione "contrattuale" del contenuto dell'attività devoluta all'imprenditore privato.

Proprio l'introduzione di elementi di disciplina del diritto comune assolve di per sé ad una "*funzione latamente assimilativa tra le due figure*". Accanto alla componente contrattuale, al fine di argomentare l'estensione alle concessioni della clausola sociale contenuta all'interno dell'art. 36 Stat.lav., la Consulta richiama altresì la fase legata alla selezione del contraente. Come confermato dal citato art. 30 del D.lgs. 165/2001, appalto e concessione sono accomunati, infatti, dalla predisposizione di regole sulla scelta del contraente, in entrambi i casi "*finalizzata alla migliore realizzazione dell'interesse pubblico*", secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (volta ad ottenere le

condizioni più favorevoli) e della parità di trattamento dei concorrenti nella gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o turbative), ragion per cui *“non si può certo ignorare che il principio di acquisizione della prestazione alle condizioni più favorevoli per la pubblica amministrazione non rimane estraneo neppure alle concessioni di pubblico servizio”*. In entrambe le fattispecie l'obiettivo è, infatti, quello di meglio soddisfare l'interesse pubblico che l'imprenditore è tenuto a realizzare, *“attraverso una ricerca di mezzi adeguati e pertinenti allo scopo, tale da comportare una selezione tra gli stessi (soprattutto in tempi di eliminazione dei regimi monopolistici)”*.

Presupposta questa comune necessità secondo i giudici costituzionali anche i costi per le imprese, ad esempio quelli derivanti dalle clausole sociali recanti l'obbligo di equo trattamento, concorrono alla migliore individuazione del soggetto idoneo e ciò vale, indubbiamente, siano esse affidatarie di un appalto o di una concessione. La Corte costituzionale assegna poi rilievo ad un principio che si è convinti debba, in misura più ampia, governare l'intero processo di riorganizzazione dei servizi pubblici locali, sia in sede dinamica (nella fase di collocamento all'esterno dei servizi) sia in sede statica ossia nella fase successiva, di esecuzione del contratto di appalto o di gestione del servizio concesso. Constata infatti la Consulta che la parità di trattamento tra i concorrenti nella "gara" sia espressione, del più generale principio di imparzialità, ex art. 97 della Costituzione, cui la Pubblica Amministrazione è sempre tenuta e che, come tale, *“é pervasivo dell'intera attività amministrativa, risultando necessariamente inerente anche a quella concessoria”*⁴⁶¹.

⁴⁶¹*La conclusione alla quale, in relazione a quanto detto, occorre*

Condividendo parzialmente i suggerimenti avanzati in dottrina⁴⁶², si è dell'opinione che la sentenza ora richiamata contenga le basi per l'elaborazione di un modello generale di partenariato pubblico – privato, rilevante sotto il profilo giuslavoristico, comprensivo anche dei rapporti giuridici non formalmente definibili come appalti, quali concessioni, accreditamenti e voucher. Tali paradigmi negoziali sono principalmente accomunati dall'interazione, più o meno regolamentata, tra soggetti pubblici e privati

pervenire è, allora, nel senso che lo strumento utilizzato per la scelta del contraente non viene ad introdurre, sotto lo specifico profilo dell'inserzione della c.d. "clausola sociale", aspetti peculiarmente caratterizzanti l'appalto di opere pubbliche rispetto alla concessione di pubblici servizi e, soprattutto, non concorre ad enucleare la precipua "ratio" dell'art. 36 dello Statuto dei lavoratori, come, tra l'altro, avvalorare la circostanza che detta disposizione accomuna le ipotesi degli appalti di opere pubbliche a quelle dei "benefici finanziari e creditizi", rispetto ai quali sono ben lungi dal rilevare le problematiche esaminate. A questo proposito può, anzi, osservarsi che, non a caso, la giurisprudenza della Cassazione ha ricollegato all'inserzione della clausola sociale uno specifico interesse dell'amministrazione alla "regolare esecuzione dell'opera nei termini contrattualmente previsti", evitando così di rimanere "esposta alle conseguenze dannose provocate dalla conflittualità e dalle rivendicazioni che insorgono abitualmente a causa della inosservanza della normativa collettiva" (Cassazione n. 3640 del 1981). citazione tratta da C.Cost. 19 giugno 1998 n. 226.

⁴⁶²Di nozione lavoristica di appalto parla VARVA, *Tutela del lavoratore mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità. il caso degli appalti pubblici*, Lav. Giur., 2011, 11 - Allegato 1, 45 secondo il quale la scelta di una fattispecie negoziale (e non) che risulta in sostanza essere il sostituto funzionale del contratto d'appalto non può esimere la pubblica amministrazione dal rispondere negli stessi termini in cui sarebbe stata coinvolta nella veste di committente in senso tecnico.

nonché dalla finalità, ossia dalla soddisfazione di richieste della collettività, direttamente od indirettamente traducibili in beni della vita tutelati a livello costituzionale.

L'individuazione di questo modello di integrazione potrebbe comportare l'estensione dell'impiego di clausole sociali o del regime di responsabilità solidale (per la quale v.*infra*) a fattispecie somiglianti⁴⁶³ anche sotto il profilo delle problematiche poste, ossia dal punto di vista degli effetti sociali e lavoristici derivanti dal loro impiego, dallo sdoppiamento sostanziale dei riferimenti datoriali, al passaggio di personale, al mutamento dei regimi contrattuali.

Va detto che proprio gli effetti che si ritiene debbano discendere dalla presenza di un partner pubblico, tra questi l'ispirazione dell'operato del committente all'art. 97 Cost. o l'estensione a quest'ultimo soggetto della regola di responsabilità solidale prevista dall'art. 29 d.lgs. 276/2003, od ancora l'esercizio più incisivo di un potere di vigilanza in capo agli enti pubblici affidanti, inducono ad accogliere con sospetto la diffusione di modelli di partenariato di nuova generazione come i voucher.

Da autorevole dottrina⁴⁶⁴ i voucher sono stati definiti un'evoluzione degli appalti pubblici, benché tuttavia si tratti di modalità di individuazione dell'interlocutore privato caratterizzate da una riduzione dell'intervento di selezione pubblica. La fase di selezione viene, infatti, sostituita da un meccanismo che prevede l'attribuzione al singolo cittadino di un buono di acquisto del servizio,

⁴⁶³Cfr a tal proposito il saggio di VARVA, *Tutela del lavoratore mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità. il caso degli appalti pubblici*, Lavoro nella Giur., 2011, 11 - Allegato 1, 45.

⁴⁶⁴NAPOLITANO – ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, BOLOGNA, Il Mulino 2009.

concretamente acquisito sulla base di una scelta, quantitativa e qualitativa, esercitata esclusivamente dall'utente. Questa estrema individualizzazione dell'accesso al servizio, che qualcuno potrebbe accogliere di buon grado perché massima realizzazione dell'apertura alla concorrenza, non può tuttavia non suscitare perplessità vista la notevole diffusione che a livello locale i voucher stanno acquisendo soprattutto in settori dal contenuto *sensibile* come i servizi socio assistenziali.

Una modalità di fruizione dei servizi pubblici così congegnata, infatti, se apparentemente sembra dare piena valorizzazione alla concorrenza tra operatori economici nell'ottica di una miglior qualità del prodotto finale, in un settore come quello oggetto della presente trattazione, ispirato da finalità antieconomiche, rischia di incidere negativamente sui tratti caratterizzanti il servizio pubblico quali l'adeguata diffusione territoriale o la parità di accesso a tariffe predeterminate; ossia rischia, come è stato osservato da autori in realtà non ostili alla privatizzazione dei servizi locali, di assecondare comportamenti opportunistici dei privati non sufficientemente controllati dai poteri pubblici⁴⁶⁵.

Per quanto attiene segnatamente ai profili lavoristici coinvolti nei modelli negoziali come quello da ultimo menzionato non può esser trascurato che questi siano privi del “momento procedurale” nell'ambito del quale l'Ente Pubblico può esprimere compiutamente il proprio ruolo di committente “socialmente consapevole”, ricorrendo a condizioni e clausole specifiche aventi ad oggetto per l'appunto la gestione dei rapporti di lavoro.

Attenzione meritano, infine, le disposizioni collocate nel nostro ordinamento, dedicate alla tutela del lavoro negli

⁴⁶⁵NAPOLITANO ABRESCIA, *cit.*, BOLOGNA, Il Mulino 2009.

appalti e subappalti (art.118 d.lgs. 163/2006), ai c.d. appalti riservati (art. 52 del D.lgs. 165/2001), al meccanismo di sostituzione in caso di inadempienza previdenziale o contributiva da parte dell'appaltatore (art. 4 e 5 del D.p.r. 207/2010) nonché al regime della responsabilità solidale tra contraenti (art. 29 D.lgs. 276/2003), tutela quest'ultima introdotta in via pretoria ma ancora oggi controversa.

La rassegna dei punti di contatto tra la regolamentazione pubblicistica dell'evidenza pubblica e la tutela delle istanze sociali, espressamente contemplata dall'art. 2 comma 2 dello stesso D.lgs. 163 2006⁴⁶⁶, corrobora la tesi che vede nella disciplina di tali peculiari aspetti degli appalti pubblici non solo la predisposizione di strumenti “classici” di protezione del lavoro ma anche l'introduzione di meccanismi in grado di orientare le condotte imprenditoriali verso “obiettivi virtuosi e di eccellenza”; ragion per cui più che una sua limitazione ne discenderà una ispirazione del regime concorrenziale ad “obiettivi di maturità dei modelli organizzativi di impresa”.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶Si ricorda tuttavia come nonostante il comune interesse manifestato negli anni più recenti nei confronti delle esigenze di carattere sociale alle discipline rispettivamente europea e nazionale siano state attribuite ratio differenti. Mentre l a prima infatti è diretta al perseguimento della promozione e tutela della concorrenza, la disciplina nazionale è sempre stata finalizzata alla tutela della pubblica amministrazione dai propri funzionari ossia garantendo che anche nell'ambito della attività amministrativa di diritto privato fosse garantita la corretta gestione delle risorse pubbliche che i contratti di appalto pubblico implicano. Obiettivi che, peraltro, non risultano incompatibili. v. SCOCA (a cura di) *Gli appalti pubblici: profili sostanziali e processuali*, Ed. Scientifica NAPOLI, 2011.

⁴⁶⁷SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, Riv.Giur.lav. 2006, 753 secondo il

Non può esser del resto trascurato che nell'individuare i principi ispiratori della disciplina, il Codice degli Appalti (art. 2) subordina, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dallo stesso codice, il principio di economicità *“ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile”* sia per appalti e concessioni dei settori ordinari (inclusi i contratti esclusi ex art. 27, comma 2 D.lgs. cit.), sia per quelli dei settori speciali (art. 206, comma 1); parimenti, nonostante la posizione espressa dalla Corte di Giustizia, in molte occasioni l'Unione Europea ha valorizzato il ruolo fondamentale, nel miglioramento di efficienza e qualità dei servizi pubblici e nel perseguimento di importanti finalità sociali, potenzialmente esperibile dalle Pubbliche Amministrazioni aggiudicatrici in sede di ricorso al mercato.

Tale convincimento negli anni ha trovato sempre maggiore spazio sino ad arrivare alla recente proposta di

quale due sono i punti di intersecazione tra appalti pubblici e lavoro, che a loro volta possono tradursi in una variegata gamma di strumenti (dalle clausole sociali, ai laboratori protetti, ai sistemi di controllo). In particolare il tema del lavoro può esser interpretato in un'ottica tradizionale *„di limite al gioco della concorrenza per la tutela della regolarità del mercato del lavoro“* ed in un'ottica avanzata di *„parziale perseguimento di obiettivi di carattere sociale in occasione di appalti pubblici“*. La Regolazione sociale può avvenire ad esempio prevedendo il rispetto dei livelli di tutela del lavoro, di standard economici e normativi e delle discipline sulla salute o utilizzando l'appalto pubblico per attuare politiche sociali che vadano oltre la garanzia e il rispetto della legalità lavoristica e *„perseguano obiettivi di elevazione della professionalità dei lavoratori coinvolti di tutela dell'occupazione dei soggetti svantaggiati di promozione delle azioni positive o di pari opportunità“*.

direttiva sugli appalti pubblici COM (2011) 896⁴⁶⁸, fondata – si legge – su *“un approccio attivo che fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici gli strumenti necessari per contribuire a raggiungere gli obiettivi cruciali della strategia Europa 2020, attraverso l'utilizzo del loro potere d'acquisto per ottenere merci e servizi che promuovano l'innovazione, rispettino l'ambiente e contrastino il cambiamento climatico, migliorando l'occupazione, la salute pubblica e le condizioni sociali”*.

La direttiva, in realtà, potrebbe introdurre previsioni apparentemente distanti dall'interpretazione restrittiva accolta dalla Corte di giustizia nelle sentenze Commissione c. Italia, Ruffert o, da ultimo, Commissione c. Germania⁴⁶⁹ e tali da far nutrire speranze a quanti invece, fino a pochi anni fa, lamentavano una inesorabile

⁴⁶⁸A sua volta ispirata alla realizzazione della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva [COM(2010) 2020] che è basata su tre priorità tra loro connesse: sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione, promuovere un'economia efficiente e competitiva sotto il profilo delle risorse, a basse emissioni di carbonio nonché incoraggiare un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale. Coerentemente con la strategia Europa 2020 la proposta di direttiva si pone quale obiettivo quello di *„Far sì che i committenti facciano un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni quali la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità.“*

⁴⁶⁹Corte giustizia CE, 15/07/2010, n. 271, sez. Grande Sezione con nota di COMANDÉ, *Il diritto di negoziazione collettiva cede il passo alle norme europee sugli appalti pubblici: quale compromesso è sostenibile?*, Riv.it.dir.lav. 2011, 903.

indebolimento dello spirito che anima la Convenzione ILO 94/1948⁴⁷⁰.

Si ricorda infatti che ad esito della ricerca svolta nel 2008 sul livello di implementazione della Convenzione in materia di clausole sociali negli appalti pubblici (*General Survey concerning the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84)*) il Committee of experts ha manifestato la necessità di un ritorno al contenuto della Convenzione, sì da contrastare il convincimento, diffuso in molti ordinamenti, sulla base del quale ad un sistema moderno di aggiudicazione di appalti pubblici volto al perseguimento di obiettivi di carattere sociale debbano esser privilegiate “*policies which seek best value for money in an environment of fair competition*”⁴⁷¹.

⁴⁷⁰BRUUN, JACOBS, SCHMIDT in *Riv.giur.lav.* 2009 I, 649 “*La convenzione 94 dell'ILO alla luce del caso Ruffert*“. Riportando la ricerca del Committee gli Autori sottolineano come ad esito di tale valutazione comparata possa riscontrarsi una mancanza di interesse nei confronti della Convenzione ILO 49/58. Le moderne politiche di appalti pubblici infatti promuovono la competizione a tutti i costi tra i potenziali contraenti così contraddicendo l'obiettivo della convenzione che era far sì che tutti i concorrenti rispettino le migliori condizioni di lavoro stabilite localmente“. Rileva il Committee che ad esser superata è la concezione di ente pubblico come particolare datore di lavoro tenuto ad offrire condizioni più vantaggiose ai lavoratori indirettamente retribuiti grazie all'impiego di fondi pubblici.

⁴⁷¹Attualmente gli investimenti pubblici tramite appalti rappresentano gran parte dell'economia formale sia dei paesi sviluppati sia di quelli in via di sviluppo. Il rischio è comunque lo stesso, ossia che “*the winning tender may well be the one which pays the lowest wages, fails to provide safety equipment or coverage for accidents, and which has the largest proportion of informal workers, for whom no tax or social security is paid, and*

La proposta di direttiva⁴⁷² ribadisce che

who are not covered in practice by any legal or social protection". L'internazionalizzazione del mercato alimenta il rischio che i costi del lavoro vengano ridotti proprio per sopravvivere alla concorrenza. Ragion per cui, osserva il comitato, le osservazioni contenute nella Convenzione ILO sono ancora più valide "*taking also into account modern public authorities' outsourcing of public and support services via contract, and financial investment in public-private partnerships which provide today the types of public goods and services provided in the past through public contracting*". Nonostante il Comitato sia consapevole che diffusa è il convincimento secondo il quale gli appalti pubblici non devono esser impiegati per il perseguimento di fini sociali poiché a tal fine sarebbero sufficienti i soli mezzi offerti a livello normativo di rafforzamento della tutela, osserva che tale scelta di politica del diritto non sia spesso sufficiente ad incrementare le condizioni di vita e lavoro visto anche il riscontrato indebolimento della capacità negoziale delle organizzazioni sindacali. Ragion per cui il Comitato "*considers that labour clauses that actually set as minimum standards the most advantageous conditions where the work is being done, consistent with the notion of the State as a model employer, continue to be a valid means of ensuring fair wages and conditions of work*". Di tal che sottolinea il Committee sarebbe opportuno rielaborare la Convenzione 94 attualizzandola a fenomeni come "*the increasing role of public-private partnerships; the emergence of new actors, including professional bodies; the absence of specific binding national legal provisions concerning labour conditions in the execution of public contracts and the lack of effective enforcement measures*". Ed ancora, contrariamente alla sottovalutazione ed allo scarso utilizzo che della Convenzione è stato fatto il Comitato ritiene che la Convenzione possa costituire il riferimento e lo schema per l'integrazione di criteri negli appalti pubblici.

⁴⁷² Sulla cui portata tuttavia sono stati avanzati anche dubbi, da chi ad esempio l'ha ritenuta un'occasione mancata soprattutto a fronte dell'importanza che gli appalti pubblici assumono nell'attuale contesto economico quale possibile stimolo alla crescita

l'amministrazione aggiudicatrice possa escludere operatori economici dalla procedura a fronte di violazioni degli obblighi stabiliti dalla legislazione dell'Unione in materia di diritto del lavoro o di previdenza sociale o dell'ambiente nonché di disposizioni internazionali di diritto del lavoro e sembra incentivare il ricorso al sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa (MEAT, *Most economically advantageous tender*). Viene inoltre rinnovato il dovere di respingere l'offerta in caso sia accertato che sia anormalmente bassa a causa di violazioni della normativa dell'Unione in materia di diritto del lavoro di previdenza sociale o dell'ambiente⁴⁷³.

Se, tuttavia, si procede nella lettura della proposta di atto il perseguimento di fini sociali sembra subire qualche temperamento in ragione del necessario adeguamento con il contesto europeo e con l'interpretazione accolta dalla Corte di Giustizia in ordine alla valutazione di aspetti sociali in sede di aggiudicazione⁴⁷⁴.

economica. VAN DEN ABEELE *The reform of the EU's public procurement directives: a missed opportunity?*, www.etui.org, WP. 2012.11.

⁴⁷³ Quanto ai criteri di sostenibilità ambientale v. Sent. CGUE 17.9.2002 C 513 1999 Concordia bus Finland Oy. Anche in tale occasione è richiesto che i criteri di aggiudicazione, in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, siano comunque afferenti all'oggetto dell'appalto, non attribuiscono alla Amministrazione una libertà incondizionata di scelta e siano menzionati nel capitolato o nel bando, rispettando comunque i principi di diritto europeo, primo tra questi la non discriminazione.

⁴⁷⁴ Ci si riferisce, oltre al già richiamato caso Ruffert anche alla prima delle sentenze che hanno avuto ad oggetto l'inserimento di criteri di carattere sociale all'interno di bandi pubblici ossia alla sent. Corte di giustizia, 20 settembre 1988, C-31/87, Beentjes bv c. Stato dei Paesi Bassi. Vigente la precedente disciplina europea in materia di appalti pubblici la Corte afferma (p.19) spetti “*alle*

Si legge, invero, al considerando 41⁴⁷⁵ “*Per una migliore*

amministrazioni aggiudicatrici la scelta dei criteri ch' esse intendono adottare per l' aggiudicazione dell' appalto, ma tale scelta può riguardare soltanto criteri volti ad individuare l' offerta economicamente più vantaggiosa . Soltanto in via eccezionale, infatti, il n . 4 dello stesso articolo ammette che l' aggiudicazione possa essere fondata su criteri di diversa natura "in base ad una regolamentazione intesa a far beneficiare taluni offerenti di una preferenza a titolo di aiuto (...) a condizione che la regolamentazione in parola sia compatibile con il trattato ed in particolare con l' art . 29 e seguenti " . (...) Infine, per realizzare la finalità della direttiva consistente nel garantire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici, i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara devono costituire oggetto di un' adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici“ . Più precisamente in relazione al criterio recante l'esclusione di un offerente dalla gara per il fatto ch' esso non sia in grado di impiegare disoccupati stabili, “si deve constatare anzitutto che una siffatta condizione non ha alcun rapporto né con l' accertamento dell' idoneità degli imprenditori in base alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica, né con i criteri di aggiudicazione dell' appalto di cui all' art . 29 della direttiva“.(...) Per essere compatibile con la direttiva, una condizione del genere deve rispettare tutte le pertinenti disposizioni del diritto comunitario ed in particolare i divieti connessi ai principi sanciti dal trattato in materia di diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. “La condizione relativa all' impiego di disoccupati stabili potrebbe, in particolare, violare il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità sancito dall' art . 7, n . 2, del trattato, qualora risultasse che una condizione del genere può essere soddisfatta soltanto dagli offerenti dello Stato in questione o può essere più difficilmente soddisfatta da offerenti di altri Stati membri . Spetta al giudice nazionale accertare, tenuto conto di tutte le circostanze del caso di specie, se l' imposizione di una siffatta condizione abbia o meno, direttamente o indirettamente, effetti discriminatori” .

⁴⁷⁵Che tra l'altro precede che nelle specifiche tecniche e nei criteri

integrazione delle considerazioni di tipo sociale negli appalti pubblici, ai committenti dovrebbe essere consentito di inserire – nel criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa - alcune caratteristiche relative alle condizioni di lavoro del personale direttamente coinvolto nel processo di produzione o di prestazione in questione.” La previsione prosegue chiarendo che le caratteristiche inseribili possono riferirsi unicamente alla tutela della salute del personale direttamente coinvolto nei processi produttivi o alla promozione dell'integrazione di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili, nel personale incaricato dell'esecuzione del contratto, anche per quanto riguarda l'accessibilità per le persone con disabilità. Ciascun criterio di aggiudicazione che includa tali *caratteristiche* dovrebbe inoltre comunque esser limitato a quelle che hanno conseguenze immediate sul personale nell'ambiente di lavoro.

Si comprende quindi perché rimangano, anche a fronte del nuovo testo della direttiva *in itinere*, le perplessità sulla compatibilità con il diritto europeo delle clausole aventi ad oggetto l'impegno al mantenimento dei livelli occupazionali.

I criteri, si ricorda inoltre nel testo della proposta, si applicano conformemente alla 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 e in modo da non discriminare

di aggiudicazione, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero poter fare riferimento a uno specifico processo di produzione, a una specifica modalità di prestazione di servizi, o a un processo specifico per ogni altra fase del ciclo di vita di un prodotto o di un servizio, purché essi siano connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione.

direttamente o indirettamente gli operatori economici di altri Stati membri o di paesi terzi che sono parti dell'Accordo o degli accordi sul libero scambio ai quali l'Unione aderisce. Per gli appalti di servizi e per gli appalti che comportano la progettazione di lavori, alle amministrazioni aggiudicatrici dovrebbe altresì essere consentito di utilizzare l'organizzazione, la qualifica e l'esperienza del personale incaricato di eseguire il contratto in questione come criteri di aggiudicazione, in quanto ciò può incidere sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto e, di conseguenza, sul valore economico dell'offerta⁴⁷⁶.

⁴⁷⁶Chiariscono Parlamento e Consiglio inoltre nella proposta di direttiva che „le condizioni di esecuzione di un appalto sono compatibili con la presente direttiva a condizione che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie, collegate all'oggetto del contratto e siano indicate nel bando e nell'avviso di gara, nell'avviso di preinformazione utilizzato come mezzo per indire la gara o nei documenti di gara. In particolare esse possono essere finalizzate alla formazione professionale nel luogo di lavoro, alla promozione dell'occupazione delle persone con particolari difficoltà di inserimento, alla lotta contro la disoccupazione, alla tutela dell'ambiente o al benessere degli animali. 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), anche nell'ipotesi in cui non siano state attuate nella legislazione nazionale, e di assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale. Durante l'esecuzione di un appalto si applicano le leggi, le regolamentazioni e i contratti collettivi in vigore in materia di condizioni di lavoro e sicurezza sul lavoro, sia a livello nazionale che a livello dell'Unione, purché tali norme, nonché la loro applicazione, siano conformi al diritto dell'Unione europea. Nelle situazioni transfrontaliere, in cui lavoratori di uno Stato membro forniscono

Non si può tacere che, nonostante l'intento manifestato della Commissione, i profili sociali non abbiano ottenuto adeguata attenzione all'interno della proposta di direttiva.

In primo luogo infatti si osserva che la dimensione sociale, lungi dal rientrare nei criteri di aggiudicazione, ha trovato un proprio spazio normativo solo all'interno di un considerando introduttivo. Il rilievo assegnato a considerazioni di carattere sociale viene, inoltre, espressamente limitato alla sussistenza di un *nesso diretto* con il processo produttivo, alla sfera di salute e integrazione delle persone nonché alle caratteristiche che abbiano effetti *immediati* per i lavoratori. Di tal che “*Some "indirect" returns or repercussions, not connected with the subject-matter of the contract, cannot be included*”. Si concorda pertanto con quanti hanno affermato che “*the changes that the Commission has made are more symbolic than practical and do not appear to be enough to bring about new practices among contracting authorities*”⁴⁷⁷.

Nonostante precondizione del ricorso ai criteri sociali sia il rispetto del contesto giuridico europeo, con riguardo particolare alla direttiva distacchi, così come interpretata

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 servizi²³, stabilisce le condizioni minime che devono essere rispettate nel paese ospitante nei confronti di detti lavoratori distaccati. Se il diritto nazionale contiene disposizioni in tal senso, il mancato rispetto di questi obblighi può essere considerato un grave illecito perpetrato dall'operatore economico in questione e può comportare l'esclusione di quest'ultimo dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

⁴⁷⁷VAN DEN ABEELE *The reform of the EU's public procurement directives: a missed opportunity?*, www.etui.org, WP. 2012.11..

dalla Corte di Giustizia, dalla proposta di direttiva si può comunque percepire l'intenzione di proseguire nella cristallizzazione normativa di criteri di sostenibilità degli appalti pubblici, consentendone un uso più ampio, già avviata con le direttive 2004/18 e 2004/17 rispettivamente agli artt. 25 e 37⁴⁷⁸.

Queste ultime disposizioni sono state recepite nel nostro ordinamento all'art. 118 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 che può in parte esser considerato una evoluzione dell'art. 36 Stat.Lav. L'art. 118, tuttavia, si distingue dall'archetipo di clausola sociale sotto alcuni rilevanti profili afferenti al contenuto della tutela ma anche alla sua effettività.

Quanto al contenuto, diversa è l'estensione della tutela, poiché in un caso è diretta a garantire ai lavoratori subordinati l'applicazione delle “condizioni” contrattuali, nell'altro dell'integrale “trattamento economico e

⁴⁷⁸Sostiene CARANTA, *“L'incerta sostenibilità" degli appalti pubblici, Urbanistica e appalti, 2012, 11, 1123* che tali aspetti di rilievo sociale “vengono ora qualificati come obiettivo complementare au par con l'efficienza-concorrenza“. Il fine delle modifiche proposte al quadro legislativo esistente è “far sì che i committenti facciano un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni: fra questi la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e infine la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità“. Si parla ora al proposito di "uso strategico degli appalti pubblici", anche se la Commissione riconosce i rischi di conflitto tra queste politiche e l'imperativo di apertura dei mercati, reso più stringente dagli obblighi contratti in sede di WTO. Sostiene quindi l'A. Sia realistico immaginare che con l'approvazione della nuova direttiva possa giungersi ad una “disciplina normativa europea che renda finalmente meno incerta la "sostenibilità" degli appalti pubblici“.

*normativo*⁴⁷⁹, previsti nei contratti collettivi applicabili al settore ed alla zona. Ulteriori precisazioni al riguardo provengono dall'art. 4, comma 1, del D.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207, sulla base del quale esecutore, subappaltatore e i soggetti titolari di subappalti e cottimi devono osservare le norme e prescrizioni dei contratti collettivi nazionali e di zona “*stipulati tra le parti sociali firmatarie di contratti collettivi nazionali comparativamente piu' rappresentative*”, oltre a quelle risultanti da leggi e regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione, assistenza, contribuzione e retribuzione dei lavoratori.

Quanto all'effettività della tutela è stato puntualmente osservato che mentre l'art. 36 Stat.lav. subordina l'applicazione di un determinato contratto collettivo alla sua contemplazione all'interno del bando, l'art. 118 del D.lgs. 163/2006 costituisce l'autonoma origine del corrispondente diritto del lavoratore ad un trattamento contrattuale definito⁴⁸⁰, di tal ché dovrebbero porsi nuove ed ulteriori riflessioni sulla compatibilità di quest'ultima disposizione non solo con la libertà di iniziativa economica (41 Cost.) ma anche con la libertà sindacale “negativa” e la

⁴⁷⁹Secondo il Supremo Collegio Amministrativo la tutela approntata dall'art. 118 del D.lgs. 163/2006 deve considerarsi riferita ai lavoratori subordinati; a tal proposito cfr sent. Cons. Stato 25 novembre 2010 n. 8229 in cui viene escluso possa pervenirsi alla qualificazione di un'offerta come anomala in ragione di una valutazione del costo del lavoro per personale impiegato a progetto fatta ricorrendo alla contrattazione relativa a lavoratori dipendenti del settore commercio. Per una recente ricostruzione della normativa cfr DI GREGORIO (a cura di) *L'appalto privato e pubblico*, Utet, TORINO, 2013.

⁴⁸⁰ALVINO, cit., in CARABELLI CARINCI, cit., Cacucci BARI 2010. Secondo l'A. l'art. 118 del D.lgs. 163/2006 avrebbe di fatto privato di utilità l'art. 36 Stat.lav., sebbene limitatamente ai contratti pubblici.

libertà di contrattazione collettiva (39 Cost.)⁴⁸¹. Non può che condividersi, tuttavia, la constatazione di chi ha affermato debba comunque esser considerata salva la libertà economica e sindacale del datore di lavoro, costituendo la clausola sociale di cui all'art. 118 Dlgs. 163/2006 una condizione per l'accesso alla gara nell'ambito della quale l'operatore economico sceglie di competere⁴⁸².

La clausola sociale recepita espressamente dall'art. 118 del D.lgs 163/2006 si inserisce in una rete di protezione del lavoro innestata all'interno della disciplina dei contratti pubblici ma di fatto parzialmente rimessa all'esercizio della discrezionalità amministrativa in sede di stesura dei criteri di selezione e delle condizioni di esecuzione del contratto. È utile rammentare, pur brevemente, che la disciplina europea e nazionale consente alla Pubblica Amministrazione di pervenire alla conclusione di un appalto pubblico ad esito di una aggiudicazione affidata in base ad un'offerta c.d. al massimo ribasso o ad un'offerta economicamente più vantaggiosa (artt. 82 e 83 del D.lgs. 163/2006). Proprio nell'esercizio di tale seconda opzione selettiva ben potrà la stazione appaltante, compatibilmente con il quadro normativo europeo e nazionale, valorizzare criteri di carattere non economico diretti ad esempio a premiare gli impegni di carattere sociale degli offerenti⁴⁸³.

⁴⁸¹BELLOMO, *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali* Lav.giur., 2010, 11 - Allegato 1, 52. tive.

⁴⁸²VARVA, *Le clausole sociali*, in CARINCI CESTER MATTAROLO SCARPELLI, cit., UTET, TORINO 2011.

⁴⁸³BENTJES, 20 SETT. 1988 c- 31/1987: La condizione relativa all'impiego di disoccupati stabili è compatibile con la direttiva se non produce effetti discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti di offerenti provenienti da altri Stati membri della Comunità. Una

Il perseguimento di obiettivi di carattere sociale è del resto metabolizzato dallo stesso Codice degli appalti pubblici nell'attribuzione all'Amministrazione di una serie di poteri di “controllo” diretti ad individuare ed escludere le offerte c.d. anomale.

È noto che, qualora sulla base della componente tecnica ed economica dell'offerta questa appaia “*anormalmente bassa*” rispetto all'entità delle prestazioni richieste dal bando si da suscitare il sospetto della scarsa serietà dell'offerta stessa⁴⁸⁴ e di una possibile non corretta

siffatta condizione specifica supplementare deve necessariamente essere menzionata nel bando di gara. FONDERICO, La selezione delle offerte e la verifica dell'anormalità, in CLARICH (a cura di)Commentario al Codice dei Contratti pubblici, Giappicheli, TORINO, 2010 benché tale scelta sia espressione della discrezionalità della Pubblica Amministrazione, si è osservato che l'adozione di un meccanismo o di un altro dipenda anche dall'oggetto del contratto. Si è a tal proposito osservato che mentre le attività complesse si prestano al criterio dell'offerta più vantaggiosa, quelle maggiormente standardizzate possono essere aggiudicate al prezzo più basso. Inoltre se la procedura avviene sulla base del prezzo più basso, l'oggetto del contratto deve essere definito con precisione sufficiente quantomeno sotto il profilo dei livelli qualitativi minimi che tutte le offerte devono garantire, mentre se si lascia aperto un margine nella strutturazione dell'oggetto del contratto per rendere comparabili le offerte occorrerà apprezzare le diverse soluzioni nell'ambito dell'offerta più vantaggiosa) Ovviamente, aggiunge più avanti, la maggiore elasticità di tale criterio porta con sé un incremento di complessità della procedura

⁴⁸⁴Recente è la sentenza del TAR Puglia 20 maggio 2013 n. 781 in cui il giudice amministrativo ha confermato la legittimità della condotta della amministrazione aggiudicatrice che ha ritenuto inaffidabile e inattendibile un'offerta con margine di utile pari a zero benché l'ATI offerente fosse una onlus. L'ATI, infatti, non era stata in grado di giustificare il discostamento dalle tabelle di cui al

esecuzione della prestazione contrattuale, non assicurando all'operatore economico un adeguato profitto⁴⁸⁵, la stazione possa richiedere all'offerente le giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l'importo complessivo posto a base di gara o spiegazioni legate agli altri elementi di valutazione, rispettivamente nel caso in cui ricorra un'offerta ex art.81 od ex art. 82 del D.Lgs.163.

Più precisamente, l'art. 86, commi 3 bis e 3 ter, dispone che in sede di indizione delle gare e di valutazione dell'anomalia dell'offerta gli enti aggiudicatari siano in primo luogo tenuti a verificare che l'offerta economica sia adeguata e sufficiente “rispetto al costo del lavoro⁴⁸⁶ e al

decreto ministeriale del 2.4.2012, senza, tuttavia, addurre alcuna logica giustificazione, né specificare le ragioni che consentirebbero di operare in condizioni più favorevoli (www.dirittodeiservizipubblici.it).

⁴⁸⁵Per l'illustrazione dei caratteri di un'offerta congrua si vedano le risposte offerte dall'AVCP nel documento del 26 gennaio 2011 http://www.avcp.it/portal/public/classic/FAQ/FAQ_offerta.

⁴⁸⁶Il costo del lavoro è determinato periodicamente, in apposite tabelle, dal Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativa-mente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale ed assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali. In mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione. 3-ter. Il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta. Va precisato inoltre che le tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera limitatamente ad alcune voci contengono dati non inderogabili ma costituiscono comunque un parametro legale ex art. 86 comma 3 bis quindi „ *lo scostamento dalle voci di costo suscettibili di deroga può essere accettato solo se puntualmente giustificato, con una dimostrazione che deve essere*

costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture”.

Proprio sulla base di questa norma i giudici amministrativi sono giunti ad ammettere la legittimità dell'esclusione per anomalia dell'offerta dovuta all'impiego da parte del concorrente, quale parametro di quantificazione del costo del lavoro, di un contratto collettivo nazionale diverso da quello applicabile all'oggetto dell'appalto, essendo *“fuori discussione che l'Amministrazione può valutare la congruità del contratto collettivo di lavoro in ordine all'offerta presentata”*, indipendentemente dalla circostanza che nel bando sia contenuta una indicazione in proposito⁴⁸⁷.

Si precisa che è lo stesso legislatore a limitare preventivamente i dati relativamente ai quali possa darsi giustificazione e, per conseguenza, a limitare i fattori sui quali gli operatori economici possano concorrere. Non è ammessa, infatti, alcuna giustificazione in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge⁴⁸⁸ né agli oneri di

particolarmente rigorosa relativamente alle "ore annue mediamente lavorate" dal personale“(TAR Emilia Romagna 25 maggio 2010 n. 214 su Urb.e appalti 2010 p. 993).

⁴⁸⁷Cons. Stato 18 agosto 2010 n. 5820 in *I contratti dello stato e degli enti pubblici*, 2010, 537 con nota di RIZZI. Cons. Stato 30 marzo 2010 n.1813; Cfr anche TAR Piemonte 27 ottobre 2008 n. 2687; TAR Lombardia 6 novembre 2006 n. 2102; TAR Veneto 296/2006.

⁴⁸⁸A tal proposito v. Cons. Stato parere 14 agosto 2009 n. 2352 in *Urbanistica e appalti*, 2010, 208. Il Collegio in sede consultiva chiarisce che nel caso non vi sia violazione di valori minimi inderogabili la presunzione dell'anomalia dell'offerta è relativa,

sicurezza derivando da un eventuale scostamento, l'automatica esclusione del concorrente⁴⁸⁹.

In base all'art. 89 comma 3, infatti, il prezzo fissato in sede di gara dalle Pubbliche Amministrazioni è espressione di un valore economico già adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro, determinato in sede ministeriale⁴⁹⁰ ai sensi dell'art. 87 comma 2 lett.g⁴⁹¹.

ragion per cui l'appaltante dovrà domandare giustificazioni. Il minimo tabellare costituisce un riferimento la cui violazione comporta semplicemente l'onere per il concorrente di dimostrarne la ragione. Nel caso oggetto di parere ad esempio l'impresa ha giustificato la deroga al minimo tabellare richiamando, e documentando specificamente, l'avvenuta contabilizzazione degli incentivi (credito d'imposta) riconosciuti in caso di assunzioni di lavoratori full time e a tempo indeterminato dai lavoratori iscritti nelle liste di mobilità. (v. anche Cons. Stato 20 aprile 2009 n.2364).

⁴⁸⁹Regola la cui ratio ispiratrice risiede nell'art. 36 Cost.

⁴⁹⁰Anche se si ricorda non tutte le componenti delle tabelle ministeriali sono inderogabili. A tal proposito cfr TAR Umbria Perugia Sez. I, 22-10-2010, n. 493 E' legittima l'offerta di una cooperativa aggiudicataria della procedura di cottimo fiduciario per l'affidamento del servizio di pulizia dei locali degli uffici comunali, nonostante il costo del personale indicato nell'offerta risulti inferiore a quello minimo risultante dalla contrattazione collettiva di settore ed indicato nelle apposite tabelle dal Ministero del lavoro. Le tabelle ministeriali recanti il costo della manodopera hanno sì la funzione di parametro legale, ma per alcune voci espongono dati non inderogabili e ciò comporta che lo scostamento dalle voci di costo che nelle tabelle risultano derogabili possa essere accettato in quanto risulti puntualmente giustificato. Nel caso di specie, la cooperativa, in quanto cooperativa sociale di tipo "B" che si avvale prevalentemente di personale svantaggiato, ai sensi della *legge n. 381/1991*, può fruire di una base imponibile contributiva ridotta e di un regime tributario agevolato, e, in ragione di ciò, può formulare offerte economicamente contenute. Lo scopo delle cooperative sociali è, infatti, quello di offrire una "occasione di lavoro protetta" al personale svantaggiato, così

Come già rammentato nel paragrafo dedicato al tema delle clausole sociali è poi consentito alla singola Pubblica Amministrazione, quindi al di là del dettato dell'art. 118, inserire specifiche previsioni ai sensi dell'art. 69 del D.lgs. 163/2006. La norma, si è visto, permette alle stazioni appaltanti di esigere condizioni particolari per *l'esecuzione del contratto*⁴⁹², anche a carattere sociale, purché

perseguendo finalità sociali più che economiche, che non implicano margini di guadagno significativi ma un sostanziale pareggio dei costi. Tale circostanza non determina di per sé una turbativa della concorrenza e dalla par condicio nell'accesso ai pubblici appalti, costituendo il riflesso dell'applicazione di una normativa speciale rivolta ad obiettivi di interesse pubblico.

⁴⁹¹Le disposizioni ora elencate unitamente all'art. 36 Stat.lav. ed agli artt. 26 commi 5 e 6 e 27 del D.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 costituiscono una sorta di protezione minima che sembra esser percepita come tale anche dal legislatore recentemente intervenuto a modificare la disciplina degli appalti. Il decreto legge 6 dicembre 2011 n. 201 come convertito in legge 22 dicembre 2011 n. 214 introduce invero l'art. 44, dedicato per l'appunto agli appalti pubblici, con un comma in materia di lavoro sulla base del quale „al fine di garantire la piena salvaguardia dei diritti dei lavoratori nonché la trasparenza nelle procedure di aggiudicazione delle gare d'appalto, l'incidenza del costo del lavoro nella misura minima garantita dai contratti vigenti e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro resta comunque disciplinata“ dalle norme sopra richiamate.

⁴⁹²Diversa è invece la questione afferente alla introduzione all'interno del bando di requisiti di selezione dei concorrenti più stringenti rispetto a quelli previsti per legge. In giurisprudenza si tende ad attrarre tale facoltà nell'esercizio della discrezionalità amministrativa ma a subordinarla al superamento di uno scrutinio di necessità essendo tendenzialmente questi requisiti limitativi della concorrenza. Detto potere discrezionale del resto, attuazione dall'art. 97 Cost., si sostanzia nel „potere dovere assegnato all'amministrazione di apprestare proprio attraverso la specifica individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di

compatibili con l'ordinamento europeo e precisate nel bando di gara o nell'invito in caso di procedure senza bando od ancora nel capitolato d'onori. Vero è che nessun riferimento a criteri di carattere sociale è invece fatto nell'elenco esemplificativo dei parametri sulla base dei quali può procedersi ad *aggiudicazione* sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83 del D.lgs. 163/2006). Ciononostante va ricordato come in sede di enucleazione dei criteri di aggiudicazione, giurisprudenza consolidata abbia ammesso che la Pubblica Amministrazione, nel rispetto del principio di proporzionalità, goda di ampia discrezionalità, attenendo tale scelta al merito dell'azione amministrativa⁴⁹³.

partecipazione ad una gara gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico, oggetto dell'appalto da affidare“ (Cons.stato 2 febbraio 2010 n. 426, www.dirittodeiservizipubblici.it). L'introduzione di criteri più rigorosi dovrà essere idonea a salvaguardare interessi pubblici meritevoli di tutela nonché adeguata e proporzionata al perseguimento dello scopo. Cfr TAR Campania 8 novembre 2010 n. 12339, I contratti dello Stato e degli enti pubblici, 2011, 91.

⁴⁹³Ex plurimis Cons. Stato Sez. IV, Sent., 06-05-2013, n. 2444 all'interno della quale si legge che *„la scelta dei criteri più adeguati dell'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante e, impingendo nel merito dell'azione amministrativa è sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, tranne che in relazione alla natura ed oggetto dell'appalto non sia manifestamente illogica, arbitraria , irragionevole o macroscopicamente viziata da travisamento dei fatti (Cons. Stato Sez. IV 8 giugno 2007 n.3103; sez. V 16 febbraio 2009 n. 837)“* (..) *„nel criterio di aggiudicazione dell'appalto secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa si tiene conto di una pluralità di elementi , quali il prezzo e la qualità , spettando all'amministrazione dare il peso a tali elementi fermo restando che*

*la scelta di siffatti criteri di valutazione pur connotata da ampia discrezionalità, deve avvenire nel rispetto della proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione e sempre con riferimento all'oggetto dell'appalto (Cons. Stato Sez. V 11 gennaio 2006 n.28; Sez. V 21 novembre 2007 n.5911)“; Cons. Stato Sez. III, 15-04-2013, n. 2032. Conforme anche T.A.R. Emilia-Romagna Parma Sez. I, 22-04-2013, n. 175; T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. I, 19-04-2012, n. 382. Dubbi con riferimento a tale, pur consolidato, principio discrezionale sono manifestati da CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della dignità umana*, *Foro Amm.TAR*, 2010, 1875 il quale ritiene che criteri selettivi difficilmente potrebbero riguardare „politiche aziendali o prassi commerciali specifiche, in vista della tutela o della promozione della dignità umana nelle sue varie sfaccettature: in questa logica sarebbe, ad esempio, di dubbia legittimità la clausola di un bando che in un appalto di forniture imponesse l'esclusione delle offerte relative a prodotti provenienti da zone del mondo nelle quali non viene garantito il rispetto delle condizioni minime di tutela del lavoro minorile“. I dubbi manifestati dall'Autore parrebbero se non smentiti ridotti dalla recente sent CGUE 10 maggio 2012 n. C368-2010 con la quale i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto compatibile con il diritto dell'Unione europea un appalto pubblico per il quale l'amministrazione aggiudicatrice richieda o desideri che taluni prodotti oggetto della fornitura provengano dall'agricoltura biologica o dal commercio equo e solidale. Si richiede però che a tale fine le condizioni specifiche siano sufficientemente dettagliate nel bando. Nel caso di specie, infatti, è stato ritenuta non compatibile con la disciplina europea in materia di appalti pubblici una clausola di un bando che ponesse come requisito il soddisfacimento di „criteri di sostenibilità degli acquisti e responsabilità sociale delle imprese“ perché non dotate di „un grado di chiarezza di precisione ed di univocità tali da consentire ad ogni offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente di sapere in modo certo e completo quali siano i criteri coperti da tali requisiti“. La sentenza è pubblicata in *Urbanistica e appalti*, 2012, 11, 1123 con nota di CARANTA. Il quale nel sottolinearne l'importanza rammenta come con l'art. 40 della proposta di direttiva appalti pubblici, i criteri*

Ampie indicazioni sulle modalità di integrazione delle istanze sociali in sede di affidamento di appalti pubblici sono state offerte dalla Commissione europea, da ultimo nel documento dal titolo “*Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici*” redatta nel 2011⁴⁹⁴. Pur ribadendo il necessario rispetto delle direttive sugli appalti pubblici e dei principi fondamentali del TFUE la Commissione non solo riconosce che le amministrazioni aggiudicatrici possano regolare aspetti sociali all'interno dei bandi ma offre una serie di indicazioni esemplificative sui potenziali contenuti delle previsioni. Dal documento si apprende quindi che possano tendenzialmente ritenersi perseguibili obiettivi quali la promozione di opportunità di occupazione⁴⁹⁵, la

individuati in sede di aggiudicazione possano riferirsi „allo specifico processo di produzione o fornitura dei lavori, forniture o servizi previsti o di qualsiasi altra fase del relativo ciclo di vita. Inoltre, continua l'Autore, contrariamente a quanto ritenuto oggi dalla Corte di giustizia, „*l'art. 41 della proposta espressamente consente, sia pur a certe condizioni, il riferimento diretto a marchi di qualità, salva la necessità di accettare marchi equivalenti o prodotti o servizi con le stesse caratteristiche. Sostanzialmente immutate per quanto qui rileva sono invece le disposizioni in materia di qualificazione, di offerta economicamente più vantaggiosa - salvo il possibile riferimento al ciclo di vita di cui si è già detto - e sulle condizioni di esecuzione. Peraltro, gli artt. 66 e 70 del testo consolidato del compromesso tra Consiglio e Parlamento europeo affrontano proprio i due aspetti indicati per ultimi, precisando in senso non restrittivo il concetto di "collegamento con l'oggetto del contratto"*.

⁴⁹⁴Ultimo di un'ampia serie di atti di soft law con i quali sin dagli anni Novanta la Commissione ha iniziato a sensibilizzare Istituzioni e governi al concetto di sostenibilità degli appalti Pubblici.

⁴⁹⁵promozione dell'occupazione giovanile; promozione dell'equilibrio di genere (ad es. equilibrio tra lavoro/vita privata,

promozione del lavoro dignitoso⁴⁹⁶, il supporto all'inclusione sociale e la promozione dell'economia sociale⁴⁹⁷ od ancora la promozione dell'accessibilità e progettazione per tutti⁴⁹⁸.

In quest'ottica l'appalto pubblico diventa quindi uno strumento di realizzazione di politiche sociali, erogate queste ultime non dalla Pubblica amministrazione ma da

lotta alla segregazione settoriale e occupazionale e così via); promozione delle opportunità di occupazione per i disoccupati di lunga durata e i lavoratori anziani; politiche a favore della diversità e opportunità di occupazione per le persone appartenenti a gruppi svantaggiati (ad es. lavoratori migranti, minoranze etniche, minoranze religiose, persone con un basso livello di istruzione e così via); promozione delle opportunità di occupazione per le persone con disabilità, anche attraverso gli ambienti inclusivi e accessibili.

⁴⁹⁶ossia la promozione dell'osservanza dei diritti sociali e lavorativi quali l'osservanza delle normative e dei contratti collettivi nazionali conformi con il diritto dell'Unione Europea.

⁴⁹⁷come la parità di accesso alle opportunità di appalto da parte di imprese i cui proprietari o dipendenti appartengono a gruppi etnici o minoritari, ad esempio cooperative, imprese sociali e organizzazioni non profit.

⁴⁹⁸disposizioni imperative nelle specifiche tecniche per garantire alle persone con disabilità di accedere, ad esempio, a servizi pubblici, edifici pubblici, trasporti pubblici, informazioni pubbliche, beni e servizi TIC tra cui le applicazioni basate sul Web. L'aspetto centrale riguarda l'acquisto di beni e servizi accessibili a tutti. Si legge nelle Linee guida come la richiesta di una amministrazione aggiudicatrice socialmente consapevole sia avanzata anche dalla collettività perché in grado di contribuire al miglioramento dell'osservanza dei valori e delle esigenze di quest'ultima. Garantendo, ad esempio, che un appalto per i servizi sociali tenga conto delle esigenze di tutti gli utenti incluse le persone con disabilità o quelle di diversa provenienza etnica, un'amministrazione aggiudicatrice è in grado di soddisfare le esigenze della comunità eterogenea al cui servizio si pone.

suoi interlocutori privati⁴⁹⁹, nonché di ottimizzazione le oramai scarse risorse economiche a disposizione poiché nello stesso momento in cui l'Autorità pubblica ricorre al mercato quest'ultima persegue e realizza i propri obiettivi di carattere sociale.

⁴⁹⁹Nell'ottica di questo processo, sono ormai disponibili almeno quattro approcci di base sulle modalità di gestione degli aspetti sociali negli appalti pubblici. 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. 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. Una volta definito l'oggetto dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice deve tradurlo in specifiche tecniche quantificabili e dettagliate che possono essere applicate direttamente in una procedura di appalto pubblico. Le direttive sugli appalti precisano, inoltre, che le specifiche tecniche non devono ridurre la concorrenza devono essere trasparenti e non devono discriminare i candidati di stati diversi dallo Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice

A ii) Gli appalti riservati

Le potenzialità insite nel meccanismo dell'evidenza pubblica quale strumento di politica dinamica del lavoro e non solo come indiretta garanzia di un trattamento economico minimo sono rese ancor più evidenti dalla introduzione dei c.d. appalti riservati, fenomeno giuridico distinto dalla inserzione di clausole sociali all'interno dei bandi aperti alla totalità degli operatori economici. Si tratta, infatti, di appalti destinati esclusivamente a *laboratori protetti* od eseguiti nel contesto di *programmi di lavoro protetti*, rispettivamente previsti agli artt. 19 e 28 delle direttive 2004/18 e 2004/17 e recepiti all'art. 52 del Codice degli appalti⁵⁰⁰.

In particolare la disposizione prevede che „*Fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali, le stazioni appaltanti possono riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati e' composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. Il bando di gara menziona la presente disposizione*“. Nel recepire in un unico articolo le due figure sopra richiamate di laboratorio protetto e programma di lavoro protetto il legislatore italiano ha delimitato i confini dell'appalto

⁵⁰⁰LOTTINI, *Gli appalti pubblici riservati a laboratori protetti e le clausole sociali di esecuzione del contratto*, in SANDULLI DE NICTOLIS GAROFOLI, Giuffrè, MILANO 2011.

riservato senza tuttavia specificarne il contenuto, sì da render necessario un intervento dell'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici.

Temendo infatti che le disposizioni si riducessero a dichiarazioni di principio e si prestassero anche a strumentalizzazioni, lesive della concorrenza tra operatori economici, il Garante ha individuato i tratti caratterizzanti dell'una come dell'altra figura di politica "sociale", restando fermi ovviamente i requisiti generali e speciali previsti dagli artt. 38 e 39 del D.lgs. 163/2006. Ha così definito il laboratorio come un soggetto giuridico che eserciti stabilmente un'attività economica organizzata espressamente e formalmente diretta all'inserimento lavorativo di persone disabili. Diverso invece il programma di lavoro protetto, misura di intervento potremmo dire più attenuata, incide infatti sulle modalità di esecuzione del contratto di appalto, che si connota per l'impiego maggioritario di persone disabili. Possono quindi esser attratti in un programma di lavoro protetto e competere sotto tale qualifica anche operatori economici la cui attività non sia indirizzata ad obiettivi di carattere sociale. Nonostante entrambe le fattispecie costituiscano una deroga all'ordinaria procedura di aggiudicazione è stato osservato come la seconda, più elastica, sia maggiormente in grado di conciliare le esigenze di carattere sociale con il favor participationis, principio che dovrebbe ispirare l'intera procedura di aggiudicazione di un appalto⁵⁰¹.

⁵⁰¹Diversamente dai laboratori protetti che al contrario concretizzerebbero una più incisiva compressione delle regole della concorrenza e dell'accesso degli operatori economici al mercato degli appalti pubblici. Di tale avviso BALESTRERI *Gli appalti riservati tra principio di economicità ed esigenze sociali, Urbanistica e appalti*, 2009, 789.

La clausola di salvaguardia, con la quale esordisce l'art. 52 del D.lgs. 163/2006, conferma che le misure di carattere sociale, dalla disposizione regolate, si aggiungono e quindi van distinte dalla disciplina già prevista per le cooperative sociali di tipo B all'art. 5 comma 1 della legge 381/1991⁵⁰². Precisazione che non impedisce del resto ad una cooperativa sociale di concorrere al fine di ottenere l'aggiudicazione di un appalto riservato, laddove presenti i requisiti, sia a titolo di laboratorio protetto sia nell'ambito di un programma di lavoro protetto. Le cooperative sociali, siano erogatrici di servizi socio-sanitari ed educativi (tipo a), siano titolari di attività di varia natura (agricole, industriali, commerciali o di servizi) ma dirette all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (tipo b), non svolgono un'attività economica con destinatari i soci, ma hanno una vocazione economico-impresoriale che le assorbe nella categoria delle società e che consente loro, infatti, di concorrere anche nel settore degli appalti riservati (programmi di lavoro protetto), in tal modo enfatizzando in misura esponenziale la loro finalità⁵⁰³ ma

⁵⁰²A tal proposito cfr recentemente Det. AVCP Determinazione n. 3 del 1/08/ 2012 sulle linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge n. 381/1991.

⁵⁰³ In proposito v. AVCP parere 8 luglio 2010, *A tale stregua, in considerazione delle analogie di disciplina tra laboratori protetti e cooperative di tipo B, è stato riconosciuto che le cooperative, come d'altra parte ogni soggetto giuridico, possano accreditarsi quale laboratorio protetto, e quindi avvalersi della riserva di cui all'art. 52, Codice, a condizione che possiedano i requisiti sopra individuati. Peraltro, in virtù della clausola di salvezza di cui all'art. 52, Codice, ("fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e le imprese sociali"), si deve osservare che l'art. 5, co. 1, l. 8 novembre 1991, n. 381 e s.m.i. detta specifiche disposizioni in tema di "Convenzioni". La citata norma consente ai soggetti aggiudicatori di stipulare, con le cooperative che svolgono*

non nel settore dei servizi pubblici locali economicamente rilevanti⁵⁰⁴.

Le cooperative sociali di tipo B, in particolare, svolgono attività già di per sé dirette all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate⁵⁰⁵, quindi non solo disabili, e devono possedere un organico costituito da persone riconducibili a tale più estesa categoria nella misura minima del 30 %.

Si rammenta al riguardo che proprio questa loro

le attività di cui all'art. 1, co. 1, lett. b), (c.d. cooperative sociali di tipo B) convenzioni per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato sia inferiore alla soglia comunitaria, "anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione", purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate, indicate nell'art. 4 della legge medesima (Parere, 18 marzo 2009, n. 38- PREC 230/08/S); inoltre, ove l'importo delle forniture superi la soglia indicata, i suddetti enti pubblici possono inserire tra i documenti di gara, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate, con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo (Parere 8 ottobre 2009, n. 30 – AG 30/09).

⁵⁰⁴Cons. Stato Sez. V, Sent., 02-08-2010, n. 5100

⁵⁰⁵In base al precedente art. 4 sono considerati lavoratori svantaggiati "gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati e gli internati ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno ai sensi dell'articolo 21 della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni. Si considerano inoltre persone svantaggiate i soggetti indicati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con il Ministro della sanità, con il Ministro dell'interno e con il Ministro per gli affari sociali".

ispirazione giustifica l'introduzione di una deroga espressa alla disciplina degli appalti pubblici, limitatamente alle cooperative di tipo B, ai sensi dell'art. 5 della legge 8 novembre 1991 n. 381. Nei limiti in cui l'importo del contratto, al netto dell'IVA, sia inferiore al quantum previsto dalle direttive in materia di appalti pubblici e nel rispetto dell'obiettivo di creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate, gli enti pubblici possono infatti stipulare con tali cooperative di tipo B convenzioni dirette alla fornitura di beni e servizi derogando quindi regole dell'evidenza pubblica⁵⁰⁶. La motivazione posta a fondamento della deroga, ossia il perseguimento di obiettivi di inclusione sociale e lavorativa, giustifica anche le agevolazioni di carattere fiscale e tributario⁵⁰⁷, ragion per cui portata prioritaria assume la circoscrizione del programma di reinserimento lavorativo e del suo

⁵⁰⁶Da MIRAGLIA, *Gli affidamenti alle cooperative sociali: le regole e le deroghe*, nota a Cons. Stato Sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829, *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 2, 149. L'Autrice ricorda peraltro che la previsione di norme di favore nei confronti delle cooperative sociali non implichi una discriminazione al contrario e quindi una diminuzione della loro capacità giuridica con riferimento alla partecipazione paritaria e concorrenziale alle gare pubbliche di talché ben potrà l'amministrazione aggiudicatrice decidere di ammettere ad una gara una cooperativa benché sussistano i requisiti per contrarre una convenzione. Si tratta di affermazione che trova del resto conferma nella giurisprudenza amministrativa, richiamata dall'AVCP nelle linee guida, secondo la quale non può comunque ammettersi che la convenzione si traduca in una deroga completa all'obbligo di concorrenza poiché comunque l'utilizzo di risorse pubbliche impone il rispetto dei principi generali di trasparenza e par condicio (T.A.R. Lazio Roma, sez. III quater, 9 dicembre 2008, n. 11093; n. 3767 del 26 aprile 2012).

⁵⁰⁷PIANTAVIGNA, *Profili fiscali dell'impresa sociale: esigenze di disciplina e di sistema*, *Riv. dir. Fin.*, 2012, 01, 62.

successivo monitoraggio all'interno della determina a contrarre adottata dalla stazione appaltante (art. 11 comma 2 Codice degli appalti) e nella convenzione. La fornitura di beni e servizi, di carattere strumentale, a beneficio della Pubblica Amministrazione costituisce quindi un'occasione per la stipula di un contratto la cui reale causa è da rinvenirsi nella protezione „attiva“ di soggetti svantaggiati.

Le ipotesi di deroga alle procedure di aggiudicazione, sia nel caso degli appalti riservati (art. 53 del D.lgs. 163/2006), sia nel caso di conclusione di una convenzione con una cooperativa sociale (art. 5 l. 381/1991) alimentano quindi un'accezione di appalto già consacrata a livello europeo, quale strumento di sostegno pubblico a categorie lavorative più deboli, che in molte amministrazioni, soprattutto a livello locale, si sta andando ad aggiungere ai tradizionali strumenti di welfare. Viene in proposito frequentemente richiamata l'attenzione sull'esperimento avviato da tempo dal Comune di Torino con il Regolamento n. 307 recante disposizioni sulle procedure contrattuali per l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate. Meritevole di interesse è la previsione per cui nell'ambito di affidamenti di contratti per la fornitura di beni e servizi anche soprasoglia, purchè non socio sanitari ed educativi, aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa possano essere introdotte tra le condizioni di esecuzione “l'obbligo dell'aggiudicatario di eseguire il contratto con l'impiego di persone svantaggiate”, richiamandone il contenuto nel bando. In particolare è previsto espressamente che nel capitolato speciale la percentuale delle ore lavoro attribuite all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati non sia complessivamente inferiore al 20% delle ore utilizzate per

l'esecuzione della prestazione⁵⁰⁸.

A iii) La responsabilità del committente pubblico

Approfondimento a sé meritano gli strumenti approntati dal legislatore sotto il profilo della responsabilità retributiva e contributiva dei soggetti coinvolti in un appalto pubblico. Il meccanismo predisposto trova in realtà la propria disciplina in numerose fonti normative alcune delle quali espressamente formulate per esser applicate alla committenza pubblica, altre estese in via interpretativa ma provenienti invece dalla disciplina degli appalti privati⁵⁰⁹.

Prima tra tutte dev'esser menzionata la regola contenuta all'interno dell'art. 1676 cod.civ. la cui estensione agli appalti pubblici è condivisa, non contenendo la norma alcuna limitazione sulla natura pubblica o privata del

⁵⁰⁸Reperibile nella sezione Regolamenti comunali <http://www.comune.torino.it/giunta/index.shtml#attiamm>.

A supporto dell'Amministrazione e dell'eventuale diffusione di tale regolamento presso altri Enti locali la Direzione lavoro e Sviluppo del Comune di Torino ha anche recentemente redatto le Linee Guida per l'inserimento lavorativo dei cittadini svantaggiati negli appalti di beni e di servizi.

⁵⁰⁹ Tra le molte riflessioni sui singoli profili problematici assunti dalla responsabilità nell'ambito degli appalti pubblici v. MAIELLARO, *Il nuovo quadro normativo della responsabilità solidale negli appalti pubblici*, *Urb. E appalti*, 2013, 277; SQUEGLIA, *Oscillazioni giurisprudenziali in materia di responsabilità solidale tra pubblica amministrazione ed appaltatore*, *Lav.giur.*2012, 1203; CAPURRO, *La responsabilità solidale e le altre tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori negli appalti*, *D&L Riv. Crit.dir.lav.*, 2012, 615; MIMMO, *Applicabilità alla p.a. committente del regime della solidarietà nell'appalto di cui all'art. 29 comma 2 d.lg. n. 276 del 2003*, *Giur. Merito* 2012, 9, 1889.

committente ed avendo trovato recente conferma anche in una circolare ministeriale⁵¹⁰. La disposizione del codice civile prevede che *“coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto, fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda”*. Qualora il datore formale si riveli inadempiente i dipendenti possono rivolgersi al committente, in questo caso l'ente pubblico, nonostante con questo non esista alcuna relazione giuridica, dovendo tuttavia dimostrare l'esistenza del debito in capo al committente e soprattutto limitare la propria domanda a tale importo.

L'estensione della disposizione codicistica agli appalti pubblici parrebbe trovare attualmente conferma nella previsione di cui all'art. 2 comma 4 del D.lgs. 163/2006 che stabilisce: *“Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile”*. Poiché la responsabilità solidale del committente non trova una sua disciplina all'interno del Codice degli appalti pubblici che, come si vedrà, si limita a vincolare aggiudicatari e subappaltatori e, nel Regolamento attuativo, ad introdurre un meccanismo sostitutivo, si può concludere per l'applicazione dell'art. 1676 c.c. anche alle ipotesi di appalto pubblico.

L'art. 29 comma 2 del D.lgs. 276/2003, tuttavia, opera un superamento dei confini posti dal Codice civile,

⁵¹⁰Tar Palermo 1 2 2006 n. 291; Trib Bari 24 11 2009; Cass. 7 marzo 2008 n. 6208; Cass. 10 marzo 2001 n. 3559 in Ridl 2002 II, 44; v. Circ.min lav. 11 febbraio 2011 n. 5.

consentendo ai dipendenti di citare in giudizio per l'adempimento delle obbligazioni retributive, comprensive delle quote di TFR, e contributive, comprensive del trattamento previdenziale e dei 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, l'appaltatore ed eventuali subappaltatori, indipendentemente dai rapporti creditorie e debitorie esistenti tra i contraenti, benché nel limite temporale dei due anni decorrenti dalla cessazione dell'appalto. Viene così a crearsi una catena di centri di imputazione, pur soggetta a termine, che legittima i lavoratori alle dipendenze dell'“ultimo” subappaltatore ad agire nei confronti di tutti gli altri contraenti⁵¹¹.

Tra i numerosi interventi modificativi⁵¹² dei quali è stato oggetto l'art. 29 si ricorda quello introdotto con la legge 28 giugno 2012 n. 92 che, parzialmente in linea con le potenzialità derogatorie attribuite alla contrattazione di prossimità ad opera del d.l. 15 agosto 2011 n.138, ha precisato che il descritto obbligo di responsabilità solidale sussista “*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*”⁵¹³.

⁵¹¹ZILIO GRANDI-SFERRAZZA, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, Riv.it.dir.lav. 2012, 129.

⁵¹²Già modificato con il D.lgs. 6 ottobre 2004 n. 251 è stato ancora oggetto di adeguamenti con la l. Bersani (l. 27 dicembre 2006 n. 248)

⁵¹³A commento della modifica v. TOSI, *Appalto di opere o di servizi e solidarietà dopo la l. n. 92/2012*, Lav.giur., 2012, 977.

È noto che l'art. 29 i cui tratti son stati brevemente richiamati sia oggetto di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale che vede contrapporsi un orientamento, minoritario, ostile alla sua applicabilità agli appalti pubblici, ad un altro, più diffuso, che - mosso dallo scopo comune e trasversale di protezione dei lavoratori coinvolti negli appalti - ritiene applicabile il regime di responsabilità solidale anche qualora il committente sia un ente pubblico.

Più precisamente la prima corrente giurisprudenziale, sostenuta da parte della dottrina⁵¹⁴, ha dedotto la propria interpretazione principalmente dal dato letterale, ossia dall'art. 1 comma 2 del D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276⁵¹⁵, che in effetti espressamente esclude, secondo alcuni irragionevolmente⁵¹⁶, l'applicazione del decreto alle

⁵¹⁴IMBERTI, *Le responsabilità solidali negli appalti: alla ricerca di un'adeguata tutela delle posizioni creditorie dei lavoratori*, *Arg. Dir. Lav.*, 2008, 516 ; CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla finanziaria 2007*, *Lav.giur.* 2007, 467; MUTARELLI, *Per l'inapplicabilità dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 alla pubblica amministrazione quale stazione appaltante*, *Lav.pubb.amm.*, 2010, 1215. Trib. Brescia, 15.10.2010, *Riv.rit.dir.lav.*, 2010, 1138; C. App. Torino, 26.9.2011, *Lav.pubb.amm.*, 2011, 536, con nota di CENTAMORE.

⁵¹⁵Già previsto all'art. 6 della legge delega n. 30/2003 che precisa che le disposizioni dall'art. 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate.

⁵¹⁶MEZZACAPO, *Disposizioni generali*, in DE LUCA TAMAJO - SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo mercato del lavoro*, CEDAM PADOVA, 2007. L'A. coglie nell'art. 1 comma 2 del D.lgs., riproduzione fedele dell'art. 6 della legge 30, una norma non coerente con quanto poi previsto nel corpo del decreto laddove, in via eccezionale, vengono occasionalmente estese alcune disposizioni alla Pubblica Amministrazione. L'A. Condividendo la dottrina che ha criticato l'esclusione della Pubblica amministrazione dalla portata applicativa del D.lgs. 276/2003

pubbliche amministrazioni ed al loro personale⁵¹⁷. Proprio il dato testuale, secondo questa lettura, non sarebbe superabile in via interpretativa⁵¹⁸ ma solo con un intervento della Consulta, motivato dalla ingiustificata esclusione degli enti pubblici dalla portata del decreto o dal solo regime di responsabilità negli appalti⁵¹⁹.

L'interpretazione per così dire "privatista" dell'art. 29 comma 2 del D.lgs. 276/2003, la cui condivisione peraltro arginerebbe gli ingenti effetti economici derivanti dalla estensione del vincolo solidale agli enti pubblici, è stata accolta dal Ministero del lavoro⁵²⁰, ma continua ad esser disattesa in sede ermeneutica dai giudici di merito, in attesa di un pronunciamento della Corte di cassazione.

La tesi opposta, che tende oggi ad essere la più diffusa⁵²¹

addirittura dubitandone della legittimità costituzionale, sottolinea che il decreto abbia di fatto segnato la contrapposizione tra una disciplina del diritto civile „più al passo con i tempi e più attenta alle esigenze di flessibilità e competitività delle imprese „ ed una obsoleta „tutto sommato ritenuta ancora buona per la pubblica amministrazione“.

⁵¹⁷App. Torino 9 maggio 2012, *D.L. Riv. critica dir. lav.* 2012, 771 ; App. Torino 26 settembre 2011, *Lav.pubb.amm.* 2011, 536.

⁵¹⁸MUTTARELLI, *Per l'inapplicabilità dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 alla pubblica amministrazione quale stazione appaltante, LPA*, 2010, 1215. Dato letterale che secondo l'A. non è superabile per via della lettura costituzionalmente orientata della norma.

⁵¹⁹IMBERTI, *Responsabilità solidali negli appalti e subappalti dopo il d.l. n. 97/2008:una disciplina in continuo movimento,Lavoro nella Giur.*, 2008, 659; IMBERTI, *Le responsabilità solidali negli appalti: alla ricerca di un'adeguata tutela delle posizioni creditorie dei lavoratori, Arg. Dir. Lav.*, 2008, 516.

⁵²⁰Min.lav. 15 maggio 2009 interpello n. 35.

⁵²¹Trib. Padova 29 aprile 2006; Trib ancona 13 giugno 2006; Corte d'app. Milano 7 1 12008; Trib Milano 18 11 2008; Trib Bologna 8 giugno 2010; Trib Novara 3 marzo 2011; Trib Torino 17 maggio

2011; Trib Torino 12 aprile 2012; Trib. Padova, 29.4.2006, *RCDL*, 2006, 539, con nota di CAPURRO; Trib. Milano, 27.5.2009, *RCDL*, 2009, 483, con nota di CAPURRO; Trib. Bolzano, 6.11.2009, *RGL*, 2010, II, 140, con nota di LANZIGER; T. Busto Arsizio, 29.3.2010, *RCDL*, 2010, 534, con nota di CAPURRO; Trib. Milano 22.1.2010, *RIDL*, 2010, II, 888, con nota di VARVA; Trib. Milano, 30.5.2011, *RCDL*, 2011, 963, con nota di CAPURRO; Trib. Milano, 27.7.2012, *Gdir*, 2012, 44, 75; C. App. Torino, 8.3.2012, *GM*, 2012, 9, 1883, con nota di MIMMO. In dottrina VARVA, *La responsabilità solidale del committente pubblico ex art. 29 d.lgs. n. 276/2003*, *Riv. it. dir. Lav.* 2010, 4, 890 secondo il quale il dato letterale può essere „certamente superato“ alla luce di una lettura coordinata con la legge delega (l. 14 febbraio 2003, n. 30) che se all'art. 6 richiede, ai fini della applicazione al settore pubblico, una espressa previsione non contiene nessun richiamo alla necessità di individuare un nuovo regime di solidarietà tra committente e appaltatore al punto che è stata avanzata l'ipotesi di incostituzionalità per eccesso di delega. : diviene allora legittimo insinuare il dubbio dell'eccesso di delega sul punto. Senza trascurare inoltre, ricorda l'A. che nel caso in cui la riforma non trovasse applicazione per le pubbliche amministrazioni in “veste istituzionale”, „anche l'abrogazione della l. 1369 sarebbe irrilevante in ambito pubblicistico e le disposizioni della vecchia legge in tale contesto dovrebbero ritenersi ancora vigenti“; BRIGNONE, *La responsabilità solidale nelle esternalizzazioni.*, Giuffrè MILANO 2012; CAPURRO, *La responsabilità solidale e le altre tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori negli appalti*, *D&L Riv. Crit.dir.lav.*, 2012, 61; Id., *Profili di costituzionalità della disciplina sulla responsabilità solidale negli appalti*, *Ibid.* 2012; Id. *Una tecnica di tutela che ad alcuni sta stretta: ancora sulla solidarietà negli appalti conferiti dalle pubbliche amministrazioni*, *Ibid.* 2012;ALVINO *Il regime delle responsabilità negli appalti*, *GDLRI*, 2007, 507; SPOLVERATO PIOVESANA, *Disciplina degli appalti nella PA*, *Dir.prat.lav.*, 2007, 1995; MEZZACAPO, *Cit.*, in DE LUCA TAMAJO-SANTORO PASSSARELLI, *Il nuovo mercato del lavoro*, CEDAM, PADOVA 2007.

si fonda invece sul convincimento che l'art. 1, 2° comma, del D.Lgs. 276/2003, interpretato unitamente alla legge delega, contenga una mera eniadi da leggersi come “*personale delle pubbliche amministrazioni*”. L'articolo, quindi, “*non può che essere riferito alle stesse in qualità di datori di lavoro pubblico*⁵²², proprio per esplicitare con chiarezza l'impossibilità, per le Amministrazioni, di utilizzare le nuove forme contrattuali flessibili introdotte dallo stesso D.Lgs. (lavoro a chiamata, temporaneo, coordinato e continuativo, occasionale, accessorio, a prestazioni ripartite, ecc.), se non espressamente richiamate (come accade, ad es., nell'art. 86, 9° comma, in materia di somministrazione di lavoro a tempo determinato)⁵²³”.

Si è dell'avviso che questa interpretazione sia la sola costituzionalmente conforme, basata cioè sul condivisibile assunto secondo il quale scopo della disciplina sulla responsabilità solidale sia quello di coinvolgere tutti i soggetti della “catena” dell'appalto nell'adempimento delle legittime pretese retributive e previdenziali dei lavoratori operanti nell'esecuzione del contratto, senza distinzione tra appalto pubblico e appalto privato⁵²⁴. La *ratio* così

⁵²²Trib. Milano 22 gennaio 2010 n. 317, Riv.it.dir.lav. 2010,888 nota di VARVA.

⁵²³Corte d'appello di Torino 9 febbraio 2012.

⁵²⁴Corte d'appello di Torino 9 febbraio 2012. Se infatti non si privilegiasse una interpretazione costituzionalmente orientata, in più sedi è stato sollevato il dubbio che la disposizione risulterebbe viziata da un eccesso di delega, poiché la legge 30 non delega la disciplina in materia di solidarietà tra committente e appaltatore ma solo la „previsione di un regime particolare di solidarietà tra appaltante e appaltatore, nei limiti di cui all'articolo 1676 del codice civile, per ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad una cessione di ramo di azienda“(art. 1 comma 2

individuata è in grado di vincere quindi le risultanze di un'interpretazione letterale della norma che, del resto, se accolta con riferimento ad altri articoli del Decreto condurrebbe ad esiti contraddittori⁵²⁵.

Irragionevole sarebbe escludere le fattispecie negoziali in cui sia coinvolta una autorità Pubblica, del resto attratta nell'area applicativa dell'art. 29 in ragione del suo ruolo istituzionale⁵²⁶ e non in funzione di datrice di lavoro, ed evocata altrove all'interno del medesimo decreto quale protagonista di importanti discipline, a dimostrazione del fatto che gli enti pubblici non sarebbero stati completamente estromessi dal D.lgs. 276/2003, nonostante quanto previsto dalla clausola di cui all'art. 1 della legge 30/2003.

Non si può negare che l'estensione interpretativa dell'art. 29 comma 2 agli enti pubblici stia avendo un notevole impatto economico sulle amministrazioni⁵²⁷, soprattutto

lett.p. 3)). Ration per cui, osserva CAPURRO, *Riv.crit.dir.lav.*, 3/2001 “l'eccesso di delega che questa statuizione renderebbe evidente assorbe ogni considerazione che voglia muovere dall'impianto della legge.” Per questo il D.lgs. deve essere considerato un testo scisso dalla legge delega, sempre al fine di salvarne la costituzionalità

⁵²⁵Ci si riferisce all'esempio più volte citato costituito dall'abrogazione della legge 1369/1960 i cui effetti, aderendo ad una interpretazione letterale, non potrebbero esser estesi ai soggetti pubblici v. CAPURRO, *Riv.crit.dir.lav.*,2012.

⁵²⁶Trib. Padova 29.4.2006, in *Riv. critica dir. lav.* 2006, 539 e Trib. Ancona 13.6.2006 in causa IACP/Ciannarella

⁵²⁷Di tal ché l'orientamento estensivo darebbe vita ad una interpretazione contraria “*alla ratio delle disposizioni poste a tutela della stabilità del prezzo di appalto e del principio della copertura finanziaria, ma anche lesiva dei principi costituzionali di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa(art. 97 Cost)*”, MUTTARELLI, cit., *Lav.Pub.Amm.*, 2010. Non può infatti

locali, vista la notevole diffusione del ricorso ad appalti presso Province e Comuni ⁵²⁸. Va tuttavia osservato che il rischio che l'ente pubblico sia chiamato a rispondere per le inadempienze di aggiudicatari e subappaltatori potrebbe a sua volta generare una condotta più cauta e severa da parte delle stazioni appaltanti, in sede di selezione dei propri interlocutori negoziali. In proposito è forse utile ricordare che proprio l'inadeguatezza tecnica delle Amministrazioni committenti è stata addirittura ascritta tra uno dei fattori di diffusione della corruzione nel settore degli appalti pubblici. Benefici trarrebbe quindi la qualità dell'oggetto dell'appalto, l'Amministrazione Pubblica, nonché il personale impiegato – irragionevolmente privato di una garanzia riconosciuta nell'ambito degli appalti privati – dalla creazione di apposite “stazioni territoriali uniche” composte da personale pubblico qualificato “adeguatamente selezionato e formato”, come proposto dalla *Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella Pubblica Amministrazione*, all'interno del rapporto del 2012.

Stando a quanto rilevato dai tecnici della Commissione

esser negata l'esistenza della deplorable prassi di alcune società di ottenere l'aggiudicazione grazie al conseguimento di un elevato punteggio sulla componente economica; punteggio però ottenuto sulla base di condizioni che realisticamente l'aggiudicatario non sarà in grado di conservare per l'intera durata dell'appalto. Sempre più frequentemente quindi lavori e servizi non sono portati a compimento ed i lavoratori adibiti alla loro esecuzione non sono pagati dall'aggiudicatario ma dall'ente pubblico committente, previo esperimento di un'azione per inadempimento in virtù del vincolo solidale di cui all'art. 29 comma 2 del D.lgs. 276/2003.

⁵²⁸cfr Relazione dell'ACVP al Parlamento del 17 luglio 2013 sugli appalti pubblici del 2012.

del 2012 all'interno del loro report conclusivo, personale maggiormente formato, coordinato all'interno di centrali di committenza distribuite in ambiti territoriali ottimali, potrebbe essere in grado di redigere documenti di gara e gestire procedure di appalto. Tale coordinamento di più elevato livello tecnico, oltre ad introdurre un deterrente alla diffusione del fenomeno corruttivo, garantirebbe una genuina ed effettiva selezione degli operatori economici virtuosi, venendo così depotenziata la sola ragione che si ritiene abbia indotto a differenziare la garanzia dei lavoratori in ragione della natura pubblica o privata del committente: la tutela del patrimonio pubblico. Il medesimo scopo, tuttavia, può esser raggiunto con un innalzamento della qualità della selezione dei contraenti, strumento questo ben più lodevole di un irragionevole ed ingiusto limite alla tutela dei lavoratori.

Come rilevato dai sostenitori di una esegesi letterale dell'art. 29 in materia di responsabilità negli appalti pubblici esistono specifiche regole. L'art. 118, comma 6 del D.lgs. 7 aprile 2006 n. 163, infatti, oltre a contenere una clausola sociale recante il diritto dei lavoratori all'applicazione di un determinato trattamento contrattuale, introduce un vincolo di responsabilità solidale all'osservanza delle integrali condizioni economiche e normative di fonte contrattuale.

Dato rilevante è costituito tuttavia dal fatto che il vincolo coinvolge solo affidatario e subappaltatore, per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto⁵²⁹. Emerge quindi l'insufficienza della tutela approntata dal Codice degli appalti pubblici che sancisce l'estraneità del

⁵²⁹Vincolo da ritenersi esteso alle eventuali voci retributive e previdenziali e assistenziali che la contrattazione rinvia alle Casse Edili, nota Min.lav. 5 novembre 2009.

committente pubblico⁵³⁰ e la debolezza della tesi contraria all'applicazione dell'art. 29 del D.lgs. 276/2003. Quest'ultima ricostruzione non considera infatti che, secondo l'impostazione prevalente, nell'esercizio delle attività *iure privatorum* - quale è quella di stipulazione ed esecuzione del contratto di appalto - la Pubblica Amministrazione agisca come un normale contraente privato. Si tratta di un principio che orienta l'attività amministrativa non autoritativa, sancito all'art. 1 comma 1 bis della legge 7 agosto 1990 n. 241, a norma del quale “*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”.

Il legislatore sembra peraltro orientato in senso decisamente opposto a quanto sostenuto in questa sede e condiviso dalla maggior parte della giurisprudenza pronunciata in materia. Con il recente decreto legge 28 giugno 2013, n. 76 è stata invero introdotta una previsione normativa che nell'estendere la portata della tutela della responsabilità solidale tra committente ed appaltatore, contestualmente la circoscrive ad una parte della committenza escludendo, si ritiene in modo irragionevole, la consistente area costituita dagli appalti pubblici. Prevede infatti l'art. 9 del decreto che le disposizioni di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 trovino applicazione anche in relazione ai compensi e agli obblighi di natura previdenziale e assicurativa nei confronti dei lavoratori con contratto di lavoro autonomo. Il condivisibile obiettivo di rendere omogenea la tutela di tutti i lavoratori impiegati nell'ambito di un contratto di appalto,

⁵³⁰Non condivide tale scelta BRIGNONE, *La responsabilità solidale nelle esternalizzazioni*, Giuffrè, MILANO, 2012.

indipendentemente dalle modalità e dalla forma con le quali le attività vengono prestate, risulta difficilmente conciliabile con l'inferiore garanzia che nel contempo si prevede assista le prestazioni rese nell'ambito di un appalto stipulato con un ente pubblico. Eppure inconfutabile è il dato testuale sulla base del quale “*Le medesime disposizioni non trovano applicazione in relazione ai contratti di appalto stipulati dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*”.

Diversi dal vincolo della responsabilità sono gli strumenti di tutela del lavoro predisposti all'interno del Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici, il D.p.r 5 ottobre 2010 n. 207. Dopo aver ribadito il necessario rispetto dell'integrale quadro regolamentare costituito dalla disciplina normativa e contrattuale in materia, gli articoli 4 e 5 del D.p.r. assegnano al committente pubblico il compito di controllare e vigilare sul rispetto degli obblighi contributivi e retributivi dell'appaltatore.

Il regolamento dispone in particolare l'intervento sostitutivo della stazione appaltante per le eventuali inadempienze dell'appaltatore, rispettivamente contributive e retributive. Obiettivo di tali norme è quello di rendere gli appaltatori di lavori, servizi e forniture direttamente responsabili del corretto pagamento delle prestazioni economiche dovute, ma nell'ambito di una già riscontrata moltiplicazione dei centri di responsabilità⁵³¹. In

⁵³¹Cfr VARVA, *Tutela del lavoratore mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità, il caso degli appalti pubblici*, *Lav.giur.* 2011; LAMBERTI *La tutela dei lavoratori e la regolarità contributiva*, in SANDULLI DE NICTOLIS GAROFOLI, *Il regolamento di attuazione tratta da Trattato sui contratti pubblici*, Giuffré, MILANO 2011. Secondo l'autore la

particolare l'art. 4 dopo aver introdotto quella che parrebbe l'ennesima specificazione della clausola sociale di cui all'art. 36 Stat. Lav. - sulla base della quale in sede di esecuzione di contratti pubblici devono essere osservate le norme e prescrizioni dei contratti collettivi nazionali e di zona stipulati tra le parti sociali firmatarie di contratti collettivi nazionali comparativamente più rappresentative, ma anche le leggi e i regolamenti in materia di tutela, sicurezza, salute, assicurazione, assistenza, contribuzione e retribuzione - prescrive la sostituzione del committente nel pagamento dei contributi non versati sul mero presupposto che detta irregolarità sia emersa dal DURC presentato.

Al successivo art. 5 la responsabilità viene estesa al profilo retributivo a fronte di un ritardato o mancato pagamento delle retribuzioni da parte dell'appaltatore. L'art. 5, infatti, contempla un iter che prende avvio dall'invito da parte del responsabile del procedimento a provvedere entro quindici giorni, decorsi inutilmente i quali ed in assenza di contestazioni formali e motivate della fondatezza della richiesta, l'ente aggiudicatore potrà procedere al pagamento del dovuto anche in corso d'opera, detraendo l'importo dal corrispettivo contrattualmente statuito.

Nonostante il meccanismo introdotto con il dpr 207/2010 si distingue dalla responsabilità solidale tra committente ed appaltatore prevista dal D.lgs. 276/2003, dovendosi piuttosto configurare come pagamento di un debito altrui⁵³², con circolare n. 3 del 2012 il Ministero del

sostituzione retributiva e contributiva traggono il loro presupposto dal carattere solidale dell'obbligazione tra tutti i soggetti coinvolti nel contratto di appalto.

⁵³² Lo schema descritto all'interno dell'art. 4 sarebbe piuttosto paragonabile a quello della surrogazione legale (art. 1203 c.c.) connotato dal pagamento del debito altrui dal quale deriva il

lavoro ha chiarito che l'art. 4 del Regolamento, unitamente all'art. 118 comma 6 del D.lgs. 163/2006, ha introdotto un vincolo solidaristico tra stazione appaltante ed appaltatore. In realtà che si tratti di una procedura più complessa e distinta da quella regolata nel D.lgs. 276/2003 emerge dalla scansione delle fasi del procedimento di sostituzione.

Quanto alle eventuali inadempienze retributive da parte dell'appaltatore, subappaltatore o cottimista, in base all'art. 5 del Regolamento attuativo è in primo luogo necessario un sollecito del responsabile del procedimento, disatteso il quale l'Amministrazione Pubblica procederà sì al pagamento ma scomputando quanto dovuto all'esecutore del contratto o al subappaltatore inadempiente. Anche in caso di inadempienza od irregolarità legate alle prestazioni

trasferimento dei diritti del creditore soddisfatto (l'ente) in capo al soggetto che ha effettuato il pagamento (stazione appaltante) senza necessario consenso od intervento del debitore ma in forza della disposizione dell'art. 4 del Regolamento. Cfr l'interessante Relazione di COSTANTINI al convegno „*La tutela dei soggetti deboli nella filiera dei contratti pubblici: i possibili correttivi di un sistema a rischio paralisi*“ tenutosi il 19 ottobre 2012, reperibile sul sito Appalti e Formazione. L'art. 1203 c.c. prevede che la surrogazione abbia luogo di diritto nei casi stabiliti dalla legge a prescindere quindi dalla volontà del creditore o del debitore. La disposizione dopo aver tipizzato alcuni casi in cui tale meccanismo possa ritenersi operante rinvia, al n. 5, „agli altri casi stabiliti dalla legge“. Va detto che forse qualche perplessità potrebbe esser avanzata con riferimento alla automaticità dell'intervento sostitutivo di cui all'art. 4 ed ancor di più quanto all'art. 5 del Regolamento attuativo. L'interpretazione maggioritaria dell'art. 1203 c.c. Infatti tende a ritenere il solvens automaticamente surrogato nei diritti del creditore originario anche in assenza di una sua dichiarazione espressa. Cfr CASERTANO, Sub art. 1203 c.c., in CUFFARO (a cura di) *Delle obbligazioni*, tratto da GABRIELLI (diretto da) *Commentario del codice civile*, UTET, Torino, 2012.

contributive, l'art. 4 comma 2 del dpr 207 2010 (cui rinvia l'art.5 comma 5 del D.lgs 163/2006), prevede l'intervento del responsabile del procedimento che è infatti tenuto a trattenere dal certificato di pagamento l'importo corrispondente alla inadempienza ed a versarlo agli enti previdenziali e assicurativi creditori⁵³³. Nella circolare viene anche precisato che al fine di consentire alla stazione appaltante di intervenire in via sostitutiva al debito del subappaltatore è necessario che vi sia già stato l'eventuale intervento sostitutivo attivato per irregolarità del DURC dell'appaltatore; che l'importo non sia superiore al valore del debito che l'appaltatore ha nei confronti del subappaltatore nel momento dell'emissione di DURC irregolare; che l'irregolarità sia riferibile al solo subappaltatore.

B) Esternalizzazioni e soggetti

Prima di entrare nel merito delle singole fattispecie e più precisamente dei profili lavoristici coinvolti è bene dare atto, tentando di semplificarla, della complessa disciplina

⁵³³È chiarito nella circolare ministeriale 3 del 2012 che l'intervento sostitutivo opera si quando il debito che le sa hanno nei confronti dell'appaltatore copra integralmente quanto dovuto agli istituti sia quando il debito copre solo in parte le inadempienze: le somme dovranno essere ripartite tra i vari istituti creditori secondo il criterio di proporzionalità. Se ci sono più sa è meglio inviare agli enti creditori un preavviso di pagamento così possibile rimodulare i crediti dove un'altra sa sia già intervenuta ripianando anche solo in parte le posizioni dell'appaltatore. Con la circolare 3 2012 l'art. 4 del dpr prevede l'attivazione dell'intervento sostitutivo anche in relazione ad eventuali posizioni debitorie dei subappaltatori cui gli appaltatori son legati da vincolo solidaristico) nei limiti delle somme dovute per il personale impiegato nell'appalto).

normativa che negli anni più recenti è intervenuta a regolare, pur in modo frammentario e non coordinato, le modalità di gestione dei servizi pubblici locali economicamente rilevanti. Nonostante la ricerca si sia concentrata su quest'ultima categoria, per completezza è bene ricordare che i servizi pubblici locali si distinguono in servizi dotati di rilievo economico ed altri che ne sono privi, sottoposti a regimi giuridici diversi per ragioni la cui matrice politica e non ontologica è stata da tempo chiarita.

Sotto un primo profilo, è la stessa definizione di servizio pubblico locale ad esser stata oggetto di numerose pronunce dei giudici ordinari ed amministrativi. La giurisprudenza, sopperendo alla trascuratezza del legislatore, ha enucleato infatti alcuni tratti caratterizzanti quali: l'assegnazione ex lege della titolarità del servizio alla Amministrazione Pubblica; la destinazione del servizio alla soddisfazione di esigenze della collettività; la predisposizione da parte della PA di un programma di gestione vincolante anche per il privato, incaricato di erogare il servizio con obblighi di condotta e livelli di qualità; il mantenimento in capo alla PA di poteri di indirizzo, vigilanza ed intervento perché il servizio venga assicurato dal gestore all'utenza nel rispetto del programma⁵³⁴.

Più precisamente vanno distinti i servizi economicamente rilevanti, costituiti da beni ed attività *“dirette a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità sociali”* (ai sensi dell'art. 113 Tuel), dai servizi non economici che, in

⁵³⁴Cass. Sez. Un. Ord. 27 maggio 2009 n. 12252. Recentemente cfr Cons. Stato 12 ottobre 2012 n. 5268 (commentato da GILIBERTI, *Sulla natura giuridica oggettiva dei servizi pubblici*, *Foro amm. Cds* 2013, 1038; Cons. Stat. 29 novembre 2000 n. 1289.

seguito alla sentenza del 27 luglio 2004 n. 272, hanno quale fonte di regolamentazione le leggi regionali. Quest'ultima sentenza merita di esser richiamata non solo perché ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 113 del D.Lgs. 267/2000 in quanto lesivo delle regole di ripartizione tra competenze statali e regionali, di fatto sottraendo al mercato ed alla concorrenza i servizi privi di rilievo economico (ossia servizi socio assistenziali e culturali) ma anche perché ha chiarito che *“la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo”*: Non è quindi possibile fissare *a priori* un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica ⁵³⁵ dovendo, come sostenuto dalla

⁵³⁵Tale principio è stato in particolare formulato all'interno della sentenza con la quale è stata statuita la illegittimità costituzionale della fonte regolatrice dei servizi privi di rilievo economico (art. 113 bis d.lgs. 267/2000), ossia nella sentenza 27 luglio 2004 n. 272. Secondo la Consulta la disposizione generava una *“illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale”*, alla luce dell'intervenuta riforma del titolo V della Costituzione nonché delle indicazioni offerte in materia dalla Commissione UE, nel Libro Verde sui servizi di interesse generale (COM-2003-270) del 21 maggio 2003. La Corte costituzionale ha affermato più precisamente che *“le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche”*. Ad esito della sentenza quindi mentre in materia di servizi di rilevanza economica lo Stato può dettare norme a tutela della concorrenza, quindi norme sulle modalità di gestione e affidamento dei servizi. ai servizi privi di rilevanza economica, il legislatore statale può stabilire livelli essenziali su prestazioni di diritti civili e sociali ma non ha titoli per intervenire a tutela della concorrenza. La competenza è quindi perlopiù regionale e locale. VANDELLI, *Il Sistema delle autonomie locali*, BOLOGNA 2011. I Giudici costituzionali, dopo aver richiamato la giurisprudenza comunitaria secondo la quale spetta al giudice nazionale *“valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo*

Corte di Giustizia e dalla Commissione (cfr *supra* cap. I), l'individuazione esser rimessa alla valutazione casistica del giudice nazionale che deciderà, anche sulla base delle fonti normative regionali e locali, circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione⁵³⁶.

Ha altresì precisato il Consiglio di Stato⁵³⁷ che ai fini della distinzione tra attività economiche o meno non si potrà far ricorso all'astratto criterio del carattere remunerativo dell'erogazione⁵³⁸. Aderendo ad una concezione oggettiva di servizio pubblico, la scelta concreta sulle modalità di gestione e sul regime giuridico cui sottoporre i servizi va considerata quindi l'espressione di opzioni di carattere politico piuttosto che l'effetto di caratteristiche intrinseche al servizio stesso. Così ché qualsiasi attività, anche quella istituzionalmente esercitata

precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001)”, hanno ritenuto che, anche per i servizi locali, la valutazione sulla non rilevanza economica dovesse esser svolta “in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari” lasciando spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale.

⁵³⁶Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001.

⁵³⁷10 settembre 2010 n. 6529.

⁵³⁸Per cui l'attività d'impresa svolta nel mercato garantisce la remunerazione efficace del capitale (i.e. la capacità di produrre utili), nel senso che nell'organizzazione imprenditoriale il corrispettivo desunto dal mercato dei prodotti (beni e servizi) deve remunerare, con un tendenziale margine di profitto, il costo desunto dal mercato dei fattori della produzione.

da enti pubblici e comunemente considerata priva di rilevanza economica – attività e servizi, per lo più connotati da significativo rilievo socio-assistenziale⁵³⁹ – potrebbe essere svolta in forma d'impresa, purché vi sia un soggetto disposto a ricorrere agli operatori di mercato, ossia alle imprese, per procurarsi le relative prestazioni.

Venendo alla regolamentazione delle modalità di gestione dei servizi economicamente rilevanti a livello locale (ossia, principalmente, i servizi di illuminazione, igiene cittadina, l'erogazione del gas, gestione di farmacie comunali, servizi cimiteriali) si rammenta che una prima classificazione formale sia contenuta nella legge sulle autonomie locali, l. 8 giugno 1990 n. 142, agli artt. 22 e 23, testualmente dedicati a beni ed attività dirette a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

Più precisamente il legislatore ha stabilito che sulla base di valutazioni di opportunità rimesse ad una scelta discrezionale dell'autorità pubblica, quest'ultima possa optare per una gestione c.d. in economia, ossia direttamente svolta dall'ente pubblico; in concessione a terzi, qualora vi siano ragioni tecniche economiche e di opportunità sociale; a mezzo di azienda speciale per uno o più servizi economicamente rilevanti; a mezzo di istituzioni per i servizi sociali; od infine a mezzo di società per azioni con capitale prevalentemente pubblico.

Successivamente all'approvazione del D.lgs. 18 agosto

⁵³⁹Si tratta di distinzione incerta e di differenze di regime non ontologicamente necessarie, come dimostrato dall'esistenza, per un verso, di servizi corrispondenti alla prima definizione, erogati da pubbliche amministrazioni in forma non remunerativa (si pensi all'istruzione o alla sanità), e, per altro verso, di servizi analoghi a quelli del secondo gruppo, erogati da imprese (si pensi agli istituti di patronato o ai centri di assistenza fiscale).

2000 n. 267, c.d. Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, nonché alle modifiche a quest'ultimo apportate, le disposizioni sovraccitate sono state abrogate e la disciplina dei servizi locali ha subito una prima razionalizzazione che, tuttavia, è stata oggetto di un recente sconvolgimento sino ad arrivare all'attuale situazione in cui, salve le disposizioni specifiche contenute in provvedimenti regolatori di settori omogenei (come l'erogazione del gas naturale o la gestione delle farmacie), la principale fonte di disciplina dei servizi pubblici è rappresentata dal diritto dell'Unione europea.

A sostegno di tale affermazione è utile richiamare brevemente la vicenda sorta con la previsione dell'art. 23 bis della l. 133/2008 convertito in d.l. n. 112/2008. L'art. 23 bis, espressione indiscutibile di una politica privatizzatrice dei servizi pubblici, era diretto alla sottoposizione di tale settore alle regole di concorrenza e mercato ed a tal fine, oltre a limitare ad ipotesi del tutto eccezionali il ricorso all'in house providing⁵⁴⁰, abrogava l'art. 113 del Tuel.

È noto che l'art. 23 bis sia stato oggetto di un referendum assai pubblicizzato (benché limitatamente agli effetti che dalla disposizione sarebbero discesi sulla gestione del servizio idrico) il cui esito positivo è stato in breve tempo vanificato dal legislatore. L'art. 4 della nota manovra di ferragosto (d.l. 138/2011)⁵⁴¹ infatti non aveva

⁵⁴⁰MURATORI, *Servizi degli eell e regolamento esecutivo dell'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008: gestioni in house, addio?*, *Ambiente e sviluppo*, 2010, 12, 957; GUZZO, *La controriforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il problema irrisolto dell'operatività delle società miste*, dirittodeiservizipubblici.it, 2009.

⁵⁴¹SCURA, *La "nuova" disciplina dei servizi pubblici locali nella "manovra di Ferragosto"*, dirittodeiservizipubblici.it, 2011;

fatto altro che reintrodurre colpevolmente, come emerge dalla plateale esclusione del servizio idrico dall'ambito di applicazione della norma, la disciplina abrogata su volontà popolare. La Consulta, intervenuta al riguardo con la sentenza n. 199/2012 ha, come in realtà era prevedibile vista l'evidenza della contraddizione, abrogato l'art. 4 del d.l. 112 /2008. Ad esito del referendum e della sentenza della Corte costituzionale i servizi pubblici locali economicamente rilevanti⁵⁴², ovvero un settore dell'Amministrazione che Autorevole dottrina individua come il più importante attualmente *“perché quello più vicino agli interessi e ai bisogni dei cittadini”* e quello in cui *“l'esigenza di assicurare a tutti le prestazioni a prescindere dalle differenze territoriali”*, è retto da una disciplina generale di fonte europea⁵⁴³.

AVINO, *Quale destino per le società miste alla luce dell'art. 4 del D.L. 138/2011?*, *ibidem*.

⁵⁴²GUZZO, *La disciplina dei spl di rilevanza economica tra spending review e mito delle liberalizzazioni*, *dirittodeiservizipubblici.it*, 2012.

⁵⁴³CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, *Giur.cost.*, 2012, 2900. Secondo l'A. Si tratta di un settore come forse nessun altro importante nella nostra amministrazione *“perché quello più vicino agli interessi e ai bisogni dei cittadini quello nel quale l'esigenza di assicurare a tutti le prestazioni a prescindere dalle differenze territoriali ai sensi dell'art. 117 comma 2 lett. m cost. si evidenzia con maggiore incisività”*. è proprio a fronte di tale rilevanza che l'A. Sembra quasi stupirsi della circostanza che i spl ad esito di referendum e sentenza siano privi di disciplina generale a livello generale benché sopravvivano alcune disposizioni specifiche di settore: cfr D.lgs. 152 2006 per il s.i.i.; il D.lgs. 79/1999 e l. 239 /2004 per l'energia elettrica; il D.lgs. 164 2000 per il gas naturale; la l. 475/1968 per la gestione delle farmacie comunali; il D.lgs. 422 1997 per il trasporto ferroviario regionale e locale. Secondo l'A.

Attualmente, ossia alla luce delle recenti trasformazioni normative, la titolarità dei servizi economicamente rilevanti può esser conferita a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza, secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche; a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria

comunque dal quadro normativo italiano trasparirebbe disfavore nei confronti dell'in house. L'affidamento del servizio mediante procedure di evidenza pubblica è infatti considerato dall'art. 3 bis del d.l. 138 2011 come elemento di valutazione della virtuosità degli enti ai sensi del 20 comma 2 del d.l. 98 2011. Secondo CERULLI IRELLI quindi l'affidamento del servizio secondo procedure competitive di evidenza pubblica sarebbe il modulo normale e privilegiato alla stregua dell'ordinamento mentre il modulo alternativo dell'affidamento diretto è eccezionale e derogatorio la cui ammissibilità deve esser vagliata caso per caso. La società mista per la gestione dei sp nel sistema comunitario è ascritta alle forme di partenariato istituzionalizzato nel cui ambito invero operano regole vincolanti. Nel partenariato l'apporto del privato è, a parte il conferimento di capitali o beni, costituito dalla partecipazione attiva alla esecuzione dei compiti assegnati all'entità e/o nella gestione di tale entità. Al contrario. Il semplice conferimento di capitale da un investitore privato a un'impresa pubblica, invece, non costituisce un PPPI (Comunic.commiss. 5 ottobre 2008).

attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano⁵⁴⁴.

I servizi privi di rilevanza economica sono invece regolati dal successivo art. 113 bis del D.Lgs. 8 agosto 2000 n. 267 che ne ha previsto l'affidamento, anche diretto, ad aziende speciali ed istituzioni nonché a società miste.

La frammentarietà delle novità e dei correttivi che si sono succeduti in materia negli ultimi cinque anni esige tuttavia che l'esposizione del quadro normativo sia semplificata, sì da evitare che essa si riduca a mera elencazione della scansione cronologica di fonti, siano leggi, decreti, interventi referendari e sentenze costituzionali. Ai fini della presente trattazione si ritiene più utile, invero, porre in evidenza la tendenza di politica del diritto sottesa alle scelte del legislatore, riconducibile alla volontà di apertura del settore al mercato più che di incremento della qualità del servizio.

Nei limiti di quanto consentito dalle complesse disposizioni tecniche introdotte, infatti, può esser rinvenuta quale ratio comune ai più recenti interventi normativi la riduzione del ricorso al c.d. modello di *in house providing*, su cui infra par. i), e, per contro, l'aumento di una gestione tout court privata di servizi, *rectius* di una liberalizzazione, in tal modo sottratti alla potestà pubblica, nell'*in house providing* ancora presente, benché esercitata entro i confini del controllo analogo e dell'influenza dominante.

A tal proposito alcune considerazioni critiche non possono essere taciute, soprattutto in relazione al frequente richiamo della normativa europea; alle intenzioni o velleità moralizzatrici; alle ispirazioni ideologiche di superiorità qualitativa, talvolta addirittura etica, del privato

⁵⁴⁴Art. 113 del D.lgs. 8 agosto 2000 n. 267 come modificato dal D.l. 269/2003.

sul pubblico.

In primo luogo si osserva che la progressiva liberalizzazione dei servizi pubblici a livello locale è stata spesso condotta sotto la declaratoria di una asserita conformazione alla volontà delle istituzioni europee. Si è già avuto modo di constatare che, tuttavia, in sede europea la scelta di carattere squisitamente politico in ordine alla autoproduzione od alla esternalizzazione del servizio sia stata rimessa alle valutazioni di opportunità compiute dalle Autorità pubbliche nazionali. Rilievo predominante ha, infatti, nell'impostazione europea la qualità del bene oggetto dell'attività – il servizio pubblico – o meglio la soddisfazione delle istanze della comunità; di tal che nessun ordine superiore di liberalizzazione può esser invocato a ragione delle modifiche introdotte.

Come recentemente ancora ribadito in giurisprudenza⁵⁴⁵, le amministrazioni possono certamente adempiere alle funzioni di interesse pubblico delle quali sono istituzionalmente investite, affidandone la gestione a terzi tramite procedure ad evidenza pubblica. Il diritto europeo, tuttavia, consente loro di espletare le medesime funzioni mediante propri strumenti amministrativi, tecnici o di altro tipo, senza necessariamente far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, in tali casi non sussistendo i presupposti per applicare le norme comunitarie a tutela della concorrenza.

La rimessione alle valutazioni discrezionali della singola Amministrazione delle modalità di gestione dei servizi locali, dalla quale potrebbe trasparire un atteggiamento neutrale del legislatore europeo, è stata riconosciuta recentemente anche dalla Corte costituzionale. Con la sentenza 28 marzo 2013, n. 50 la Consulta ha infatti

⁵⁴⁵TAR Lombardia, Sez. Brescia sez. II, 11/6/2013 n. 558

ricordato che, sulla base dei principi dettati dalla Corte di Giustizia, debba esser ricondotto al potere organizzativo delle autorità pubbliche degli Stati membri l'opzione tra l'autoproduzione dei beni, servizi o lavori, od il ricorso a soggetti che, ancorché giuridicamente distinti dall'ente conferente, siano legati a quest'ultimo da una "relazione organica" (cosiddetto affidamento in house).

Posizione condivisa dal Consiglio di Stato⁵⁴⁶ che ha recentemente affermato che *“stante l’abrogazione referendaria dell’art. 23-bis d.l. n. 112/2008 e la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 4, d.l. n. 138/2011, e le ragioni del quesito referendario (lasciare maggiore scelta agli enti locali sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, anche mediante internalizzazione e società in house) è venuto meno il principio, con tali disposizioni perseguito, della eccezionalità del modello in house per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”*. Poiché si può ritenere che l'opzione sull'organizzazione dei servizi pubblici sia ricondotta, come giusto, all'area delle scelte anche politiche dell'ente pubblico, la stessa dovrà essere il risultato, debitamente motivato, della comparazione tra interessi pubblici coinvolti e di un'adeguata istruttoria tale da dimostrare che il modello scelto sia il più efficiente al fine di soddisfare l'interesse pubblico.⁵⁴⁷

È bene altresì sottolineare che molte delle modifiche apportate dal legislatore nazionale alla disciplina delle società partecipate sono riconducibili ad una scelta “moralizzatrice” sorta come reazione all'abuso che delle società pubbliche è stato fatto negli anni, indubbiamente

⁵⁴⁶Sez. VI, 11/2/2013 n. 762; cfr anche T.A.R. Lazio Latina , 28/2/2013 n. 207.

⁵⁴⁷T.A.R. Campania Napoli, sez. I – 11/4/2013 n. 1925

agevolato dalla possibilità di ricorrere all'affidamento diretto anziché ad una procedura regolata dal D.lgs. 163/2006. Una soluzione è stata, quindi, individuata dal legislatore nella progressiva sostituzione di tale meccanismo con il conferimento dei servizi a soggetti privati, ovviamente selezionati previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica che siano in grado di garantire trasparenza e pubblicità alla individuazione dell'operatore che risulti maggiormente idoneo a soddisfare le esigenze della comunità.

La patologica diffusione, nel nostro Paese, della corruzione nell'ambito degli appalti pubblici, soprattutto nell'ambito di procedure c.d. al massimo ribasso, costituisce tuttavia la dimostrazione che il ricorso a gare ad evidenza pubblica non costituisca sistematicamente un utile strumento di risanamento⁵⁴⁸.

L'apertura alla concorrenza, inoltre, comporta la perdita di rapporti qualificati con l'interlocutore pubblico committente, come l'esercizio del controllo analogo, utile elemento di conservazione e tutela dell'interesse pubblico, che andrebbe valorizzato come dimostrato dall'esito del

⁵⁴⁸ Un utile spaccato dell'incidenza del fenomeno corruttivo nel settore degli appalti pubblici è reso dal Rapporto sulla corruzione in Italia redatto nel 2012 sotto il Governo Monti da una Commissione appositamente costituita. Relativamente al criterio del massimo ribasso, criterio ampiamente diffuso, viene osservato come lo stesso, da strumento volto a consentire la più aperta competizione tra imprese sane, sia divenuto sistema per l'agevole accesso alle gare da parte di imprese non rispettose delle regole: il criterio del massimo ribasso, da un lato, favorisce le imprese dotate di rilevanti disponibilità finanziarie, non già quelle caratterizzate da elevata capacità imprenditoriale, con il rischio, perciò, di privilegiare imprese con ingenti risorse economiche e di dubbia provenienza; dall'altro, espone le imprese alla piccola corruzione per recuperare il ribasso d'asta.

referendum del giugno 2011, in cui può essere letta la manifestazione di istanze di ripubblicizzazione dei servizi pubblici locali.

B i) Le aziende speciali

Le aziende speciali, evoluzione delle c.d. aziende municipalizzate⁵⁴⁹, sono definite all'art. 114 del D.lgs.

⁵⁴⁹ Cons. Stato Sez. VI, 17-06-2010, n. 3843. Va detto però che le aziende municipalizzate incaricate della gestione diretta dei servizi pubblici locali ai sensi del citato r.d. n. 2578/1925, sotto un profilo funzionale costituivano organismi strumentali dell'ente locale, ma sotto un profilo strutturale, erano prive di personalità giuridica. Pur essendo dotate di ampia autonomia amministrativa, patrimoniale e contabile, nonché di una limitata capacità organizzativa, costituivano di fatto una struttura imprenditoriale (a fine di lucro attenuato) distinta dall'amministrazione ordinaria dell'ente territoriale. Diverso era il modulo organizzativo della gestione in economia del servizio direttamente da parte dell'ente territoriale, caratterizzato dall'affidamento del servizio ad un organo burocratico interno alla compagine comunale, con proprio personale, al quale era applicato il regime pubblicistico proprio degli altri dipendenti dell'ente territoriale, essendo gli stessi inseriti nell'ambito dell'organizzazione pubblicistica dell'ente al fine di perseguirne le finalità istituzionali (v. Cass., Sez. Un. Civ., 15 luglio 1988, n. 4633; C.d.S., Sez. V, 6 febbraio 2008, n. 340). Così come le aziende speciali le aziende municipalizzate esercenti pubblici servizi, pur formalmente prive di personalità giuridica, erano considerate enti pubblici economici ed operavano, „per quanto concerne la disciplina dei rapporti di lavoro del personale dipendente, su un piano essenzialmente privatistico, con la duplice conseguenza (i) che, ferme la finalità pubblica e l'attenuazione del fine di lucro, a dette aziende, come agli enti pubblici economici, non erano in via generale applicabili, per quanto attiene ai rapporti citati, i principi costituzionali in materia di assunzione dei dipendenti ai pubblici uffici, quale quello di eguaglianza per

267/2000 a norma del quale l'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale. La stretta commistione con l'Ente locale non è stata ritenuta tuttavia tale da farle meritare la qualifica di Pubblica Amministrazione, dovendo infatti le aziende speciali esser ricondotte alla categoria degli enti pubblici economici⁵⁵⁰.

Ragion per cui, come si deduce dalla norma di apertura del Testo Unico sul Pubblico Impiego (art. 1 comma 2 del D.lgs. 165/2001), i lavoratori alle dipendenze della Azienda speciale devono esser considerati dipendenti privati pertanto sottoposti al trattamento contrattuale collettivo del settore di riferimento⁵⁵¹ benché, nell'esercizio dell'autonomia imprenditoriale della quale gode in virtù

l'accesso, di regola mediante concorso (*art. 97, comma 2, Cost.*), propri del diritto amministrativo, e (ii) che le operazioni compiute dalle aziende municipalizzate in sede di assunzione di personale non costituivano esercizio di una potestà pubblica di autorganizzazione, ma erano espressione di un potere imprenditoriale sindacabile da parte del giudice ordinario secondo le norme privatistiche e non con l'utilizzazione dei criteri propri del diritto amministrativo (v. in tal senso, per tutte, Cass., Sez. Lav., 22 aprile 1983, n. 2782; Cass., Sez. Un. Civ., 27 luglio 1987, n. 6523; Cass., Sez. Lav., 8 agosto 1998, n. 7810)“.

⁵⁵⁰Consiglio di stato 7 febbraio 2012 n. 641.

⁵⁵¹Consiglio di Stato 7 febbraio 2012 n. 641. La Corte di cassazione da tempo oramai considera le aziende speciali enti pubblici economici, sulla base della disciplina legale e statutaria che ne regola l'attività e con riferimento agli scopi che intende perseguire v. Cass. civ. Sez. Unite, 10 luglio 2006, n. 15661; Cass.civ.Sez.Unite 20 giugno 2006 (in materia di giurisdizione);Cass. civ. Sez. Unite, 17-12-2002, n. 18015; Cass. civ. Sez. Unite, 09-08-2001, n. 10968.

dell'art. 114 del Tuel, ben possa l'Azienda introdurre specifiche disposizioni statutarie destinate al personale, consistenti, eventualmente, nella applicazione del contratto collettivo del comparto Enti locali. Sulla base di un principio già elaborato dalle Sezioni Unite, del resto, a contraddistinguere enti pubblici ed aziende speciali non sarebbe tanto l'attività svolta, comunque di rilievo pubblicistico, quanto piuttosto la struttura giuridica ed il modo in cui l'azienda esercita la propria attività⁵⁵².

Nonostante l'art. 114 Tuel assegni alla azienda una personalità giuridica autonoma e distinta da quella dell'ente locale, peraltro, il vincolo con quest'ultimo è molto forte, poiché non solo l'Amministrazione conferisce il capitale di dotazione, ma ne determina le finalità e gli indirizzi, ne approva gli atti fondamentali, esercita la vigilanza, verifica i risultati della gestione e provvede alla copertura degli eventuali costi sociali. Dalla conservazione di tale legame, che consente di qualificarle come eredi delle c.d. Aziende municipalizzate, discendono alcune specificità recentemente poste in evidenza dai giudici contabili: prima tra queste la sottoposizione delle spese per il personale affrontate dall'ente strumentale ai vincoli di spesa vigenti per l'amministrazione locale.

È stato, infatti, affermato che nonostante goda di autonoma personalità giuridica, l'azienda speciale resti un ente strumentale, di tal che l'affidamento di un servizio pubblico alla stessa dovrebbe addirittura esser ritenuto una forma di gestione diretta, in economia. Nel rispetto dell'art. 76 comma 4 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, pertanto, nella spesa del personale dovrà comprendersi la

⁵⁵²Cass. Civ. sez.un. 15661/2006; Trib. Milano 13 ottobre 2011 sulla conversione di un contratto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

spesa sostenuta dall'organismo variamente denominato comunque facente capo all'ente a cui è stato affidato il servizio, ossia l'azienda speciale, essendo oltretutto inevitabile che tale spesa sia destinata ad avere ripercussioni anche sul bilancio del Comune⁵⁵³.

Il legame tra Azienda Speciale ed ente locale supera peraltro i vincoli di spesa. Sempre ad avviso della Corte dei conti, infatti, è dall'“immedesimazione organica” tra i due enti che discende la necessità che l'instaurazione dei rapporti di lavoro ed il conferimento degli incarichi seguano apposite procedure comparative, rispettose dei

⁵⁵³Delibera Corte dei Conti Regione Emilia Romagna 17/2010/PAR, che così prosegue: „*In generale, la gestione associata dei servizi pubblici deve ritenersi finalizzata al perseguimento di obiettivi di maggiore efficacia, efficienza ed economicità nella resa del servizio. In quest'ottica, la disciplina vincolistica in materia di personale non può non essere intesa come riferibile non soltanto all'ente stesso, ma anche a tutte le forme di cooperazione interlocale oltre che di esternalizzazione in senso stretto, le quali, altrimenti, potrebbero costituire strumenti di elusione dei vincoli di legge.*

L'ente, quindi, deve attentamente valutare l'an e il quomodo dell'espletamento del servizio pubblico, procedendo ad esternalizzare lo stesso o a svolgerlo in maniera associata solo quando ciò risulti essere effettivamente la soluzione migliore, in termini di efficacia, efficienza ed economicità, in alternativa alla gestione diretta da parte dell'ente stesso. Diversamente, l'affidamento del servizio, se utilizzato unicamente come meccanismo organizzativo elusivo dei limiti imposti dalla legge alla spesa per il personale, si configurerebbe senz'altro illegittimo“. Va inoltre precisato che la decisione dell'ente può esser sindacata anche su iniziativa dei cittadini e degli utenti con l'art. 1 198 2009 dove l'affidamento in esclusiva può dar luogo alla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti dalle autorità di regolazione.

principi di imparzialità e trasparenza⁵⁵⁴, senza che tuttavia, si precisa, ciò incida sul regime privatistico cui tali rapporti appartengono. Sulla base del medesimo presupposto è stato quindi statuito che al fine di procedere al rinnovo di un contratto di lavoro a tempo determinato l'azienda speciale non possa limitarsi a rispettare la disciplina lavoristica di settore, ma sia anche soggetta ai *“principi di comparazione ed imparzialità cui è improntata l'azione di siffatti organismi strumentali”*⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴Corte conti – sez. contr. Lombardia – parere 26 aprile 2012 n. 158. Particolarmente significativa appare, sotto questo profilo, la tesi secondo cui – al fine di garantire la portata generale, l'astrattezza e la vincolatività dei precetti di evidenza pubblica in materia di reclutamento del personale, dei consulenti e dei collaboratori esterni negli organismi partecipati – l'Amministrazione deve precisare nel regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi che tutti gli organismi partecipati osservino i medesimi vincoli pubblicistici fissati in materia per gli enti cui appartengono, nonché siano predeterminati i criteri per il controllo e la vigilanza da parte dell'ente locale sull'osservanza delle regole estese nei confronti di detti organismi (cfr. delibera n. 350/2011). Nel senso di valorizzare tale raccordo organizzatorio si indirizza il medesimo legislatore con particolare riferimento alle limitazioni di spesa (cfr. l'art. 114 comma 5 bis TUEL, inserito dal d.l. n. 1/2012 convertito nella legge n. 27/2012).

⁵⁵⁵Corte dei conti Lombardia 26 aprile 2012 n. 158 „*Per quanto concerne il secondo quesito, sotto il profilo dei rapporti intersoggettivi (rectius, interorganici), come illustrato in precedenza, eventuali condotte contra legem poste in essere dai competenti organi dell'azienda speciale sotto il profilo del reclutamento del personale e del conferimento degli incarichi dovranno essere oggetto di attenta verifica da parte dell'Amministrazione (e dei necessari provvedimenti di ripristino della legalità violata) in base ai criteri appositamente definiti nel regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi. Più in generale, a prescindere da siffatta specifica sedes materiae delle*

Di non agevole soluzione possono essere le problematiche sorte in ragione della complessità della struttura dell'azienda speciale, da un lato ancora qualificata dalla dottrina amministrativistica⁵⁵⁶ quale ente attratto nell'organizzazione pubblica, diretto al perseguimento di fini non propri ma dell'ente territoriale di controllo, da un altro titolare di autonomia imprenditoriale, anche sotto il profilo della gestione dei rapporti di lavoro.

Ai fini di una miglior comprensione delle questioni concretamente poste dalla particolare composizione di tali enti può essere utile il breve richiamo ad una vicenda che ha recentemente coinvolto i lavoratori delle aziende speciali farmaceutiche, destinatari, si rammenta, di un trattamento economico e normativo differente da quello applicato presso le farmacie private.

Ci si riferisce più precisamente al CCNL dipendenti Aziende farmaceutiche speciali che, giunto a scadenza il 31 dicembre del 2010 e dotato di una clausola di ultrattività, non è mai stato rinnovato. Interrompendo le trattative, infatti, per ragioni che si è detto derivare dal

assunzioni e del conferimento di incarichi da parte dell'azienda speciale e delle relative modalità di controllo da parte dell'Amministrazione, questo dovere è imposto dai principi generali in materia di "controllo analogo", e – sul piano del diritto positivo – dall'art. 114 comma 6 TUEL secondo cui l'ente locale esercita la vigilanza e verifica i risultati della gestione dell'azienda, nonché dal precedente comma 5 bis in relazione all'estensione all'organismo strumentale delle limitazioni finanziarie in capo all'ente locale. Le relative puntuali modalità di vigilanza nella fattispecie in esame, compreso l'esercizio di poteri sostitutivi, devono essere individuate dall'Amministrazione istante sulla scorta degli enunciati principi".

⁵⁵⁶CAVALLO PERIN, Sub art. 114, in *Commentario breve al Testo Unico degli Enti Locali*, Padova, 2008.

costo differente e superiore rispetto a quello previsto nel parallelo settore farmaceutico privato, la ASSOFARM, rappresentante delle farmacie pubbliche, ha elaborato in sostituzione del Contratto collettivo applicato presso le aziende, società e consorzi pubblici, un regolamento unilaterale recante disposizioni peggiorative delle condizioni contrattuali previgenti. In seguito all'adozione di tale regolamento le organizzazioni sindacali hanno dato avvio a diffuse contestazioni sul territorio nazionale, sino ad arrivare alle recenti minacce di sciopero ed all'intervento, per ora solo diretto ad ottenere chiarimenti, degli enti locali interessati.

Molte sono le riflessioni più ampie che la condotta⁵⁵⁷ posta in essere dalle aziende farmaceutiche pubbliche iscritte ad ASSOFARM richiederebbe, si pensi al dubbio se si tratti di legittimo esercizio del potere datoriale a sua volta derivante dal diritto di recedere dal contratto privo di termine finale, o piuttosto di una condotta rilevante ex art. 28 Stat.lav..

È necessario che la scelta delle associate di regolare unilateralmente, benché - sia stato detto - in via transitoria, i rapporti di lavoro sia valutata sotto l'ulteriore profilo della composizione sostanzialmente pubblica dell'azienda farmaceutica. Più precisamente ci si potrebbe domandare quale sia il potenziale ruolo delle Amministrazioni locali. Presupposta, infatti, la sottoposizione del personale alle dipendenze delle Aziende speciali al regime privatistico⁵⁵⁸ - pur speciale, come dimostrato dall'applicazione di un

⁵⁵⁷PEDRAZZOLI *Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico?*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, 149/2012.

⁵⁵⁸Cass. civ. Sez. Lavoro, 21 agosto 1991, n. 9005; Cons. Giust. Amm. Sic., 21 aprile 1983, n. 46.

contratto collettivo differente da quello della categoria privata - ed appurata la titolarità di un'ampia autonomia gestionale od imprenditoriale in capo a tali enti, si ritiene non possa esser trascurata la soggezione di questi ultimi ad importanti poteri di indirizzo e vigilanza da parte delle Amministrazioni che li costituiscono.

Si rammenta infatti che l'Ente locale non solo definisce l'indirizzo, ossia gli obiettivi sociali che intende perseguire mediante la propria azienda, ma ne approva altresì gli atti fondamentali, tra questi il piano programma, nonché verifica la gestione ed i costi sociali dell'erogazione del servizio.

Difficile quindi considerare in tale contesto l'Ente pubblico un mero spettatore di scelte gestionali di notevole incidenza per la collettività, vista anche la matrice assistenziale e sanitaria del servizio la cui cura concreta in fase di gestione richiede l'intervento della Pubblica amministrazione⁵⁵⁹. Si potrebbe ad esempio ricondurre tra i limiti all'autonomia imprenditoriale dell'azienda speciale, ammessi dallo stesso legislatore in sede di definizione dei poteri di vigilanza dell'ente pubblico, quelli derivanti dalla facoltà da parte della Pubblica Amministrazione di pretendere l'applicazione di un determinato trattamento contrattuale così come si è visto esser prescritto in caso di concessione od appalto ex art. 36 Stat.lav.

Per completezza si osserva che perplessità su tale estensione potrebbe destare la circostanza che le farmacie comunali tuttavia non possano esser oggetto di procedura ad evidenza pubblica ma possano esser gestite in economia, a mezzo di azienda speciale, a mezzo di consorzi tra Comuni, a mezzo di società di capitali costituite tra il

⁵⁵⁹Cfr annuncio ASSOFARM sul sito www.assofarm.it.

comune e i farmacisti (che, al momento della costituzione della società, prestino servizio presso farmacie di cui l'ente abbia la titolarità)⁵⁶⁰.

Scelta, quella di escludere la concessione del servizio farmaceutico, che è dovuta alla volontà di preservare controllo e gestione diretta del servizio in capo al Comune in coerenza con la finalità pubblica del servizio farmaceutico, da ritenersi prevalente sulla natura potenzialmente commerciale dell'attività.

Dal quadro normativo brevemente descritto emerge che, nonostante i poteri di controllo ammessi dall'art. 114 D.lgs 267/2000, nell'ambito del proprio Statuto l'Azienda Speciale sia libera, come ogni altro soggetto imprenditoriale, di applicare (o meno) al proprio personale il contratto collettivo stipulato dalla associazione di riferimento, indipendentemente dalla circostanza che l'assunzione sia avvenuta con pubblico concorso, senza facoltà espressamente attribuita alla Pubblica Amministrazione di garantire l'applicazione di un determinato trattamento contrattuale, come consentito invece in caso di concessione ed appalto (art. 36 Stat.lav.).

⁵⁶⁰ Come spesso sottolineato dal Consiglio di Stato la normativa settoriale applicabile al servizio farmaceutico comunale non consente infatti una scissione sostanziale fra la titolarità del servizio e il suo concreto esercizio mediante lo strumento della concessione a terzi (cfr. deliberazioni n. 70/2011/PAR, n. 49/2012/PAR e n. 446/2012/PAR), sia pur individuati con gara ad evidenza pubblica, poiché è necessario che l'ente locale mantenga il controllo e la gestione diretta di un proprio servizio istituzionale, in coerenza con la finalità pubblica insita nel servizio farmaceutico. Inerente con un pubblico servizio da ritenersi prevalente rispetto alla natura potenzialmente commerciale dell'attività di farmacista. In sintesi, l'impraticabilità del modello concessorio riposa sul fine pubblico in vista del quale è stata concepita la prelazione legale in favore dei Comuni.

Limitazione quest'ultima che appare discutibile, *a fortiori* vista la natura sostanzialmente pubblicistica dell'azienda e la sua pacifica assimilazione a forme di gestione diretta⁵⁶¹.

Si conclude ricordando che le aziende speciali siano sorte come evoluzione delle aziende c.d. ex municipalizzate e frequentemente abbiano costituito, anche nel settore farmaceutico, un organo di transizione verso le società di capitali, soprattutto nelle metropoli di più grandi dimensioni. I limiti alle partecipazioni ed alla costituzione di nuovi enti economici, recentemente introdotti dal legislatore nell'ambito del più ampio piano di spending review, nonché la pressione esercitata dall'opinione pubblica soprattutto ad esito del referendum del giugno 2011, potrebbero tuttavia indurre ad una nuova diffusione di tale modello di ente strumentale⁵⁶² come dimostrato da alcune recenti vicende⁵⁶³.

⁵⁶¹CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, Foro amm. Tar 2012, 663. Secondo l'Autore le aziende speciali, modello di gestione che ha rappresentato la prima struttura specializzata per gestire direttamente i spl in alternativa alla gestione tramite concessione a terzi, sono sostanzialmente identiche sotto il profilo operativo alle società in house.

⁵⁶²Un esempio interessante è costituito dalla SMAT Spa, Società Metropolitana Acque Torino. Recentemente è infatti stata proposta (da parte del comitato di promozione del c.d. Referendum sull'acqua) la sua trasformazione in azienda speciale, conformemente del resto a quanto previsto dallo Statuto della Città di Torino che, ad esito di una modifica del 2010, sancisce espressamente (art. 71 bis) l'impegno del Comune affinché la gestione del servizio idrico integrato sia effettuata esclusivamente mediante soggetti interamente pubblici. La delibera è stata approvata con emendamenti dal Consiglio Comunale il 4 marzo 2013.

⁵⁶³Probabilmente anche sulla scia del referendum e

B ii) Le società in house e le società miste

Le società in house sono negli ultimi anni state oggetto di una crescente attenzione da parte dell'opinione pubblica e del legislatore. Si tratta di società private il cui capitale ha nella sua totalità natura pubblica⁵⁶⁴ e che, pertanto, sono espressione di una gestione *interna* alla Pubblica Amministrazione, sulla quale quest'ultima, per conseguenza, svolge un controllo equiparabile a quello esercitato nei confronti degli altri organi amministrativi. L'*in house providing*, come già osservato con riferimento alle aziende speciale, ben può esser considerata un'ipotesi di *autoproduzione* di beni, servizi o lavori.

La Pubblica amministrazione infatti acquisisce il bene od il servizio “*atingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a "terzi" tramite gara (così detta esternalizzazione) e dunque al mercato*”. L'ente *in house* non può, pertanto, ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante “*ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa*”,

dell'orientamento politico/dottrinale (v. Alba) che ha preso forma in tale contesto hanno iniziato a manifestarsi prime istanze di ripubblicizzazione di alcuni settori. Tra questi si veda il caso dell'Arin spa, partecipata dal comune di Napoli, su scelta del Comune nel 2011 trasformata nell'azienda speciale Acqua bene comune Napoli.

⁵⁶⁴La Corte di Giustizia ha più volte precisato che il concetto di controllo analogo, necessariamente esercitato dalla Amministrazione affidante sulla società in house, è incompatibile con una partecipazione privata pur se minoritaria e del tutto marginale: sent CGUE 11 gennaio 2005 (C- 26/03) Stadt Halle; CGUE 10 novembre 2005 (C- 29/20004) Commissione c. Austria; CGUE 13 novembre 2008 (C- 324/2006) Coditelin Giur.it. 2009, 1254 nota di Caranta.

di tal ché non sarà necessario l'esperimento di procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di appalti⁵⁶⁵.

La fattispecie, si è osservato, ha origine funzionalistica poiché è stata elaborata in ambito europeo al solo fine di circoscrivere l'operatività della deroga all'applicazione della disciplina normativa sull'evidenza pubblica, quindi, nuovamente di una deroga alla concorrenza⁵⁶⁶. Le società *in house* non sono tenute a partecipare ad una procedura che garantisca la pubblica competizione tra soggetti economici, essendo bensì destinatarie di provvedimenti amministrativi di *affidamento diretto* della gestione del servizio.

Va detto che il carattere eccezionale della procedura di attribuzione⁵⁶⁷ giustifica la sottoposizione ad alcuni

⁵⁶⁵Citazioni tratte da Cons. Stato, Ad. plen. 3 marzo 2008, su www.dirittodeiservizipubblici.it. La decisione è diretta ad individuare i confini della società mista.

⁵⁶⁶NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, *Riv. soc.* 2006, 999 le definisce società organo e ritiene che a livello locale la società *in house* sia di fatto stata impiegata solo per eludere i vincoli di gara nella scelta del soggetto incaricato di gestire il servizio locale e non, come previsto dalla normativa europea, di fornire servizi all'amministrazione. „la rinascita dell'impresa pubblica organo“ osserva l'Autore „diventa così oggetto di una strategia elusiva sempre più consapevole“ il cui beneficiario è l'ente pubblico affidante. Il potere locale insomma si serve di uno strumento consentito per altri fini a livello europeo massimizzando il consenso politico elettorale ma non necessariamente l'efficienza economica. Secondo l'Autore non ci sono grandi vantaggi se non l'assegnazione di una evidenza separata ad un interesse o ad una missione la cui esecuzione viene semplicemente affidata ad un corpo burocratico nuovo.

⁵⁶⁷Sulla natura eccezionale della procedura ma non del modello, alternativo alla gestione esternalizzata dei spl a rilevanza economica v. Le considerazioni di COCCO, *L'in house providing tra giustizia amministrativa e Corte costituzionale*,

requisiti elaborati dai giudici di Lussemburgo e la cui sussistenza è indice dell'effettiva natura *interna* della società-organo, definita anche quasi-amministrazione⁵⁶⁸, oltre che dei tratti caratterizzanti del modello *in house*, ossia controllo analogo e svolgimento dell'attività prevalentemente nei confronti dell'Amministrazione affidante.

Le società *in house* così come più ampiamente le società pubbliche si prestano infatti se non ad una potenziale strumentalizzazione da parte dell'ente pubblico, che voglia sottrarre l'attività svolta alla verifica del giudice amministrativo più semplicemente ad una dispersione di risorse economiche. Il possibile uso improprio di tali strumenti societari, dimostrato dalle vicende di cronaca, deriva, infatti, dalla mancata applicazione delle regole di selezione concorsuale, ai fini dell'aggiudicazione del servizio così come, fino a pochi anni fa, ai fini della assunzione del personale, alimentato dalla stretta contiguità con gli organi politici locali.

Gli indici di origine giurisprudenziale⁵⁶⁹ elaborati in sede

dirittodeiservizipubblici.it.2012.

⁵⁶⁸Cfr CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, Giustizia Amministrativa.it, 2009 che analizza i maggiori profili problematici derivanti dal regime speciale introdotto al fine di regolamentare le società pubbliche. Regime speciale che si manifesta in più occasioni ma che, secondo l'Autore, è fonte di perplessità perché accrescendo le differenze tra enti pubblici e privati, che invece l'adozione di strumenti di diritto comune aveva inteso temprare, fa sì che queste società diventino delle Amministrazioni Pubbliche che però applicano il codice civile. „in questo quadro“ osserva l'Autore “*la stessa linea di confine tra pubblico e privato diventa ancor più incerta*”.

⁵⁶⁹ La prima sentenza in materia è CGUE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal c Comune di Viano*. Al punto di 50 la Corte ammette una deroga alla applicazione delle regole sulla

europea e poi recepiti in sede nazionale⁵⁷⁰, in presenza dei quali il ricorso *all'in house providing* può considerarsi

concorrenza nel caso in cui „nel contempo, l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano“.

⁵⁷⁰In particolare v. Cons.Stato Ad plen. 3 marzo 2008 n.1, che ha specificato ulteriormente il contenuto del controllo. Si legge infatti nella decisione che la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente (CGUE, 11 maggio 2006, C-340/04; Cons. Stato, sez. VI, 1° giugno 2007, n. 2932 e 3 aprile 2007, n. 1514), servendo maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente rispetto a quelli previsti dal diritto civile. In particolare: “a) *lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072); b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514); c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: 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'estero (C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, Mödling o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen); d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5)”. Ad avviso dei Giudici Amministrativi, infatti, il controllo societario totalitario non è garanzia della ricorrenza dei presupposti dell'in house, occorrendo anche un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti (CGUE, 11 maggio 2006, C-340/04, *società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio*).*

legittimo, sono costituiti dall'esercizio di un controllo analogo da parte della Amministrazione affidante nei confronti della società e dalla destinazione dell'attività svolta da parte della società in misura prevalente nei confronti dell'ente pubblico. Negli anni entrambi i requisiti sono stati raffinati sino ad individuare il controllo analogo, esercitato eventualmente anche da più amministrazioni, in presenza di una soggezione della società all'Ente pubblico, in grado di influenzare le decisioni più importanti nonché gli obiettivi strategici; in altri termini l'amministrazione aggiudicatrice deve essere in grado di esercitare su tale entità un controllo strutturale, funzionale ed effettivo (p. 65 sent. 13 ottobre 2005 Parking Brixen C- 458/03)⁵⁷¹.

⁵⁷¹ CGUE 29 novembre 2012 C- 183/11, v. Punto 27- In particolare la sentenza legittima la circostanza che detto controllo sia esercitato, e valutato, congiuntamente in caso di partecipazione pubblica totale ma distinta in varie amministrazioni. Cfr ex plurimis, CGUE 19 aprile 2007 Asemfo (C-295/05); CGUE 17 luglio 2008 Commissione/Italia (C- 371/05 p. 26) e CGUE 13 novembre 2008 Coditel Brabant (C- 324/07 p. 46), in cui la Corte avrebbe temperato l'orientamento. Cfr anche Consiglio di Stato, ordinanza 22.4.2004 n. 2316, V Sez. (l'amministrazione deve esercitare sulla società controllata un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività del soggetto partecipato, che non possiede alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione e che, in concreto, costituisce parte della stessa amministrazione, con la quale deve trovarsi in una condizione di dipendenza finanziaria ed organizzativa;La società deve essere attributaria di attività amministrative funzionalizzate alla cura di un interesse pubblico (art.1 legge n. 241/1990); CGE sentenza 11.1.2005 c. 26/03 (Stadt Halle) (*escluso il controllo analogo qualora nella società aggiudicataria del servizio una o più imprese private detengano una partecipazione anche minoritaria insieme con l'amministrazione aggiudicatrice*) CGE sentenza 13.10.2005 c. 458/03 (Parking Brixen) (*non è sufficiente detenere la totalità del capitale pubblico, ma occorre che l'ente*

*abbia a disposizione più pervasivi strumenti di controllo rispetto ai normali poteri del socio di diritto comune); CGE sentenza 11.5.2006 c. 330/04 (Carbotermo)(possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni più importanti della società ... non conforme lo statuto che attribuisca al CdA i più ampi poteri di gestione ordinaria e straordinaria); Commissione Europea comunicazione 26 giugno 2002 “affinché tale tipo di controllo sussista non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario” occorre verificare che l’amministrazione controllante eserciti “un assoluto potere di direzione, coordinamento e supervisione dell’attività del soggetto partecipato e che riguarda l’insieme dei più importanti atti di gestione del medesimo”; Consiglio di Stato, sez VI, n. 168/2005 “un rapporto equivalente, ai fini degli effetti pratici, ad una relazione di subordinazione gerarchica; tale situazione si verifica quando sussiste un controllo gestionale e finanziario stringente dell’ente pubblico sull’ente societario. In detta evenienza, pertanto, l’affidamento diretto della gestione del servizio è consentito senza ricorrere alle procedure di evidenza pubblica prescritte dalle disposizioni comunitarie...”. A tale orientamento se ne contrappone un altro “elastico” cui è riconducibile la sent. CGUE 17 luglio 2008, C-371/05 (ASI Mantova). Nel caso di specie il Comune aveva la facoltà di incidere in modo determinante tanto sugli obiettivi strategici quanto sulle decisioni importanti dell’ASI s.p.a., tramite la nomina dei membri degli organi direttivi di tale società e di un funzionario comunale incaricato di orientare e controllare l’operato di quest’ultima. Tale facoltà viene considerata dalla Corte sufficiente a dimostrare l’esistenza di un potere di controllo strutturale e funzionale del Comune sulla detta società, analogo a quello svolto sui propri servizi. Particolare è l’ipotesi in cui nel capitale siano presenti soci formalmente privati, come nel caso CGUE 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, in cui soci sono anche due società comunali, a loro volta a capitale interamente pubblico. In tale occasione la Corte ritiene che per valutare se un’autorità pubblica concedente eserciti sull’ente concessionario un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi sia necessario tener*

In presenza di tali condizioni, infatti, mancherebbe quell'alterità tra Amministrazione aggiudicatrice e contraente che è presupposto della definizione di contratto e della necessità di garantire trasparenza e par condicio negli appalti⁵⁷². In un simile caso non può ritenersi, infatti, che il soggetto rivesta la qualità di terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice⁵⁷³, poiché è, sì dotato di autonoma personalità giuridica, ma si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante

conto di tutte le disposizioni normative e delle circostanze concrete pertinenti. Il controllo sulla società deve, infatti, consentire all'autorità pubblica concedente di influenzarne le decisioni (obiettivi strategici e decisioni importanti). Ove le decisioni relative alle attività di una società detenuta esclusivamente da autorità pubbliche sono adottate da organi statutari composti da rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche può essere considerato "analogo" a quello che esercitano sui propri servizi (cfr anche TAR Lombardia, III, 10.12.2008 n. 5760). La verifica del controllo analogo non può quindi che effettuarsi sul piano dell'esistenza di previsioni che conferiscano, agli Enti partecipanti, dei poteri di controllo nell'ambito in cui si esplica l'attività decisionale della società. Poteri che si esplichino non solo in forma propulsiva, *sub specie* di proposte da portare all'ordine del giorno di detti organi, ma anche – e principalmente – di poteri di inibizione di iniziative o decisioni che contrastino con gli interessi dell'Ente affidante il servizio, quali rappresentati dall'Ente stesso con le suindicate proposte (Consiglio di Stato, V, 9.3.2009 n. 1365).

⁵⁷²In tal senso CARANTA, *Ricognizione delle tipologie previste dalla normativa (società in house miste e altre tipologie) per la produzione e la gestione*, in AA VV *Esternalizzazione delle attività attraverso le società partecipate e i relativi strumenti di controllo*, Atti del Seminario del 23-24 settembre 2008, Corte dei conti, Corte dei Conti, ROMA, 2009.

⁵⁷³Punto 14, CGUE, 29 novembre 2012, C- 183/11.

che è astrattamente in grado di determinarne le scelte⁵⁷⁴.

La natura sostanzialmente pubblicistica delle società *in house*, non tanto del servizio erogato quanto piuttosto del capitale, ha indotto il legislatore ad estendere a tali enti le procedure di selezione del personale applicate presso le Amministrazioni Pubbliche. Segnatamente ci si riferisce all'art. 18 Legge 6 agosto 2008, n. 133, attualmente evocato dall'art. 4 c. 17 del d.l. 1 agosto 2011 n. 138 conv. in l. 19 settembre 2011 n. 148, sul reclutamento del personale nelle società pubbliche che ha recepito le indicazioni del Consiglio di Stato n. 2415 del 24 maggio 2010⁵⁷⁵.

L'art. 18 ha previsto che, oltre ad essere tenute, per l'acquisto di beni e servizi, al rispetto delle disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottino, 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*.

Quanto alle altre società a partecipazione pubblica totale

⁵⁷⁴Cit. Cons. Stato Ad. Plen. 1 marzo 2008 n. 3.

⁵⁷⁵L'art 18 era recepito all'art. 7 del dpr 168/2010 di attuazione dell'art. 23 bis della l. 133 2008 e pertanto destinato all'abrogazione derivata ad esito del referendum dell'11 giugno 2011. L'art. 7 demandava in effetti all'ente pubblico il compito di vigilare sulla corretta individuazione dei criteri e della modalità e di reclutamento del personale ma non attribuiva alcuna responsabilità ragion per cui secondo certa dottrina la norma rischiava "una sostanziale disapplicazione". VIVARELLI, *Le società pubbliche: le criticità del sistema con particolare riguardo alla necessità di contenimento della spesa pubblica*, Riv. Trim. App. 2011, 83.

o di controllo non affidatarie di servizi pubblici locali, la norma prevede che queste 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*.

La disposizione reca, senza che tale scelta risponda in realtà ad un criterio di ragionevolezza, due regole distinte a seconda dell'attività svolta dalla società pubblica. Nel richiedere la selezione concorsuale del personale delle società totalmente partecipate dall'Ente locale, incaricate della gestione di servizi locali, infatti, il legislatore richiama espressamente l'art. 35 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165. Nessun richiamo al Testo Unico è fatto invece per quanto riguarda le società che non gestiscono servizi pubblici, di tal ch  appare *“pi  difficile capire in che modo si possano costruire percorsi di reclutamento nel rispetto di principi (..) di trasparenza, pubblicit  e imparzialit ”*. L'assenza di un richiamo esplicito alla disposizione del Testo Unico sul Pubblico Impiego dovrebbe infatti far concludere che le societ  di secondo tipo si possano limitare ad adottare procedure di reclutamento *“incentrate su ampia pubblicizzazione e meccanismi imparziali di scelta”*⁵⁷⁶.

Si ritiene tale duplicazione superflua ed irragionevole se solo si considera che l'obiettivo di estendere metodi di

⁵⁷⁶PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle societ  pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema*, *Lav.pubb.amm.*, 2009, 629. Si veda anche SORDI, *Esternalizzazione dei servizi pubblici e interessi dei lavoratori*, *Lav.pubb.amm.*, 2011, secondo il quale invece entrambe le procedure restano selezioni di carattere privato essendo solo richiesto che il soggetto societario si uniformi alla disciplina senza attuarne la fattispecie.

selezione pubblica del personale era quello di arginare fenomeni di abuso e preservare quindi le risorse economiche pubbliche presenti sia in caso di società che gestiscono spl sia in società che svolgano altre attività.

Elemento comune, tuttavia,⁵⁷⁷ è il necessario rispetto dei vincoli di trasparenza, imparzialità, pubblicità ed economicità che l'art. 97 Cost. impone alla Amministrazione Pubblica ed agli enti pubblici strettamente intesi.

L'introduzione di una procedura concorsuale pubblica comporterebbe secondo i giudici amministrativi l'instaurazione in capo al soggetto che si rapporti con il potere autoritativo della società pubblica di un interesse legittimo. Situazione giuridica tutelabile, quest'ultima, innanzi alla giurisdizione amministrativa di legittimità secondo i criteri di cui agli artt. 103 e 113 Cost. Né un limite potrebbe essere evinto, è stato affermato, dall'elencazione dei soggetti definibili come Amministrazioni pubbliche contenuta nell'art. 1 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, diretta solo ad agevolare l'individuazione delle amministrazioni i cui rapporti di lavoro dovevano andare incontro alla privatizzazione, che tuttavia *“non preclude al legislatore di vincolare soggetti solo formalmente privati quali le società pubbliche”* previste all'art. 18 della citata legge 6 agosto 2008, n. 133, ad un regime di reclutamento che *“in coerenza con la configurazione sostanzialmente pubblicistica dei compiti svolti dai soggetti (oltre che con la totale riconducibilità*

⁵⁷⁷TAR Basilicata 20 aprile 2011 n. 218 Altro precedente pur formatosi in materia di conferimento di incarichi TAR Campania 17 febbraio 2010, n. 956 ha riconosciuto la giurisdizione del Giudice Amministrativo. In una ipotesi di procedura sottosoglia di avvio pubblico per la selezione informale di professionisti indetta da srl a totale partecipazione pubblica.

della titolarità delle quote sociali azionarie o meno alla mano pubblica)” le obbliga al rispetto dei principi di evidenza pubblica⁵⁷⁸.

In realtà va precisato che in senso opposto si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di cassazione secondo le quali l'art. 18 l. 133/2008 sarebbe una norma di diritto sostanziale non in grado di incidere sul riparto di giurisdizione in materia di assunzioni di personale. Giurisdizione che, trattandosi di società private, secondo la Corte di Cassazione non equiparabili alle Pubbliche Amministrazioni, resterebbe devoluta al giudice ordinario⁵⁷⁹.

In linea con tale interpretazione “formalistica” sono i giudici di merito, che ripetutamente hanno affermato che l'estensione a soggetti formalmente privati di procedure pubbliche di selezione del personale, pur rendendo meno netti i confini giù tenui tra amministrazione pubblica affidante e società in house, non ha comunque inciso sul regime privato cui il personale alle dipendenze di tali società è soggetto. Trattandosi di profili differenti – quello di accesso al posto di lavoro e quello del trattamento

⁵⁷⁸L'inevitabile procedimentalizzazione che il reclutamento viene a subire ha delle conseguenze anche sotto il profilo del riparto della giurisdizione. Come si evince anche dal Codice del Processo Amministrativo (art. 7) che devolve alla giurisdizione amministrativa le controversie in cui i provvedimenti atti e comportamenti siano riconducibili all'esercizio del potere amministrativo non solo con riferimento alle pa strettamente intese ma anche agli altri soggetti “ ad esse equiparati o tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo” dovendosi considerare ai fini della tutela giurisdizionale amministrativa contemplata dal codice anche questi soggetti.

⁵⁷⁹Cass. Civ. Sez.Un. 22 dicembre 2011, n.28330. Nello stesso senso la più recente decisione del Consiglio di Stato Sez. V, Sent. 04 dicembre 2012, n. 6178.

normativo applicabile al rapporto – sarebbe stata necessaria una previsione specifica ed espressa⁵⁸⁰

L'art. 18 comma 2 bis della l. 6 agosto 2008 n. 133, introdotto per ragioni di contenimento della spesa nonché di trasparenza e correttezza dettate dal carattere pubblico del capitale delle società – avrebbe quindi portata eccezionale all'interno di una disciplina comunque regolata dal diritto privato⁵⁸¹.

Sono molti gli interventi normativi che tuttavia inducono a respingere una concezione *rigida* di società pubblica che, limitandosi a recepirne la natura giuridica privata, neutralizzi ogni specificità, pur esistente, legata al profilo sostanziale pubblico del fine perseguito e del capitale investito.

Ci si riferisce più precisamente alle regole che recentemente hanno attratto le spese per il personale delle società pubbliche all'interno del bilancio dell'ente locale, con evidenti conseguenze sotto il profilo del rispetto dei vincoli in materia di spese per il personale nonché del patto di stabilità interno.

Si ricorda infatti che con il dl 31 maggio 2010 n. 78⁵⁸², art. 14, comma 7, il principio di riduzione progressiva del costo del personale ha assunto particolare coerenza, derivando dal suo mancato rispetto il divieto di assunzione di nuovo personale (già previsto dall'art. 76, comma 4, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 per gli enti non in regola con il patto di stabilità).

Obiettivo di tali disposizioni è quello di assicurare la

⁵⁸⁰Trib.Lucca sez.lav. 10 gennaio 2013; Trib. Firenze sent. 10 gennaio 2013 n. 32.

⁵⁸¹ Tribunale di Milano del 7 maggio 2013 n.1755.

⁵⁸²Ministero dell'Economia e delle finanze. Risultanze delle indagini svolte dai servizi ispettivi di finanza pubblica 2011.

tendenza alla progressiva diminuzione della spesa di personale⁵⁸³. Segnatamente l'art. 14 comma 7 è diretto ad assicurare una riduzione dell'incidenza percentuale delle spese di personale rispetto al totale delle spese correnti⁵⁸⁴, una razionalizzazione ed uno snellimento delle strutture burocratico-amministrative, finalizzato alla riduzione dei posti dirigenziali ed infine il contenimento delle dinamiche di crescita dei costi della contrattazione integrativa.

Il comma 9 dello stesso articolo ha previsto che dall'1/01/2011, sia vietato, per gli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale è pari o superiore al 40% delle spese correnti, procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale (I restanti enti, invece, possono procedere ad assunzioni di personale nel limite del 20% della spesa corrispondente alle cessazioni dell'anno precedente).

L'art. 20 comma 9 del d.l. 98/2011 ha esteso tale prescrizione al di fuori dei confini formali e tradizionali della Pubblica Amministrazione modificando l'art. 76

⁵⁸³La logica perseguita, secondo le Srzioni riunite della Corte dei conti, è quella di congelare la dinamica retributiva del pubblico impiego per il triennio 2011-2013 dettando una disciplina vincolistica che Non ammette deroghe in virtù del coordinamento della finanza pubblica aggregata e dell'eccezionalità della crisi finanziaria che avvolge l'attuale ciclo economico”, Corte dei Conti, Sez.riun., delib n. 27 del 24 ottobre 2012.

⁵⁸⁴Riduzione che come ha recentemente chiarito la Corte dei conti, sez. Controllo per la regione Toscana, con la delibera 14/05/2013 n. 140 riguarda anche l'erogazione di somme derivanti dal rinnovo del CCNL di appartenenza. Gli aumenti retributivi dovuti ai rinnovi contrattuali costituiscono infatti quella parte di spesa che le norme come l'art. 4 c. 11 del d.l. 95/2012 e l'art. 9 c.1 del d.l. 78/2010 intendono colpire. Bloccando il trattamento economico ordinario del personale infatti cristallizzano la spesa del personale.

comma 7, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112⁵⁸⁵. In seguito a

⁵⁸⁵L'articolo 76 del d.l. 112 convertito in l. 133 2008 così prevede:
1. All'articolo 1, comma 557, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e successive modificazioni e' aggiunto alla fine il seguente periodo: "ai fini dell'applicazione della presente norma, costituiscono spese di personale anche quelle sostenute per i rapporti di collaborazione continuata e continuativa, per la somministrazione di lavoro, per il personale di cui all'articolo 110 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonchè 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". (..) 4. In caso di mancato rispetto del patto di stabilita' interno nell'esercizio precedente e' 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. E' fatto altresì divieto agli enti di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi della presente disposizione. 5. Ai fini del concorso delle autonomie regionali e locali al rispetto degli obiettivi di finanza pubblica, gli enti sottoposti al patto di stabilita' interno assicurano la riduzione dell'incidenza percentuale delle spese di personale rispetto al complesso delle spese correnti, con particolare riferimento alle dinamiche di crescita della spesa per la contrattazione integrativa, tenuto anche conto delle corrispondenti disposizioni dettate per le amministrazioni statali. 6. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da emanarsi entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, previo accordo tra Governo, regioni e autonomie locali da concludersi in sede di conferenza unificata, sono definiti parametri e criteri di virtuosita', con correlati obiettivi differenziati di risparmio, tenuto conto delle dimensioni demografiche degli enti, delle percentuali di incidenza delle spese di personale attualmente esistenti rispetto alla spesa corrente e dell'andamento di tale tipologia di spesa nel quinquennio precedente. (..) Fino all'emanazione del decreto

tale intervento attualmente ai fini della quantificazione del rapporto tra spese del personale e spesa corrente⁵⁸⁶ si calcolano anche le spese sostenute dalle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo, che siano titolari di affidamento diretto di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica.

Quantomeno sotto il profilo finanziario sembra aver trovato forma una figura di Pubblica Amministrazione “integrata”, comprensiva, secondo varie gradazioni ed intensità, di soggetti privati, in varia misura partecipati da enti pubblici e ad essi legati da una relazione già definita “organica”⁵⁸⁷.

di cui al comma 2 e' fatto divieto agli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale e' pari o superiore al 50% delle spese correnti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale.

⁵⁸⁶Ossia (art. 76 comma 6) 6. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da emanarsi entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, previo accordo tra Governo, regioni e autonomie locali da concludersi in sede di conferenza unificata, sono definiti parametri e criteri di virtuosita', con correlati obiettivi differenziati di risparmio, tenuto conto delle dimensioni demografiche degli enti, delle percentuali di incidenza delle spese di personale attualmente esistenti rispetto alla spesa corrente e dell'andamento di tale tipologia di spesa nel quinquennio precedente. (...) Fino all'emanazione del decreto di cui al comma 2 e' fatto divieto agli enti nei quali l'incidenza delle spese di personale e' pari o superiore al 50% delle spese correnti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale

⁵⁸⁷Sent. Corte costituzionale 28 marzo 2013 n. 50.

Un ulteriore strumento di estensione dei confini della Pubblica Amministrazione al di là dei limiti tradizionali e di quanto evincibile dall'art. 1 comma 2 del D.lgs. 165/2001 - espressione della primazia del carattere pubblicistico dei compiti svolti e delle risorse economiche impiegate sulla natura giuridica formale della società partecipata - è costituito dalla configurabilità in capo ai dipendenti ed ai dirigenti di società pubbliche di una responsabilità erariale.

La Corte dei conti, infatti, ha da tempo affermato che l'azione erariale possa essere esercitata nei confronti di qualsiasi soggetto persegua finalità pubbliche con denaro pubblico, dovendosi preferire ad una qualificazione formale delle società di tal genere, una di carattere sostanziale⁵⁸⁸ e non occorrendo interrogarsi sulla natura giuridica di atti o soggetti societari poiché *“la giurisdizione della Corte dei conti sussiste ogniqualvolta vengano utilizzati beni e denaro pubblico per la cura di pubblici interessi”*⁵⁸⁹.

Si tratta di una linea di lettura che la stessa Corte di Cassazione, anche a Sezioni unite⁵⁹⁰, ha a lungo seguito

⁵⁸⁸Corte dei conti, 4 agosto 2006 n. 417; Corte dei conti sez.I 3 novembre 2005 n. 356; Corte dei conti Campania 5 maggio 2006 n. 722; Corte dei conti, sez. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114.

⁵⁸⁹BUFFA, *Responsabilità del dipendente per danni alla società a partecipazione pubblica datrice di lavoro, giurisdizione del giudice ordinario ed efficacia della sentenza penale extradibattimentale*, *Giust.civ.*, 2010, 569. Valutazione che secondo D'AURIA, *Responsabilità dell'amministrazione e responsabilità del funzionario*, in *Foro Amm. CDS*, 2008, 3479, peraltro, non può evincersi automaticamente dalla presenza di una percentuale di patrimonio pubblico, dovendo comunque esser necessaria la sussistenza di un rapporto di servizio inteso quale inserimento nell'organizzazione funzionale della Amministrazione.

⁵⁹⁰Anche nella recente Cass.civ.Sez.Un. ord 3 luglio 2009, n.

giungendo ad affermare che presupposto per la responsabilità sia l'esistenza di una relazione funzionale tra l'autore dell'illecito da cui ha avuto origine il danno patrimoniale e l'ente pubblico, rinvenibile non solo in presenza di rapporto di impiego ma anche quando “*sia ravvisabile un rapporto di servizio in senso lato*” ossia anche qualora il soggetto sia estraneo alla pubblica amministrazione ma investito dello svolgimento di una attività a favore di quest'ultima⁵⁹¹: a fortiori quindi se l'affidamento abbia avuto ad oggetto la gestione di un servizio pubblico.

In tal caso infatti, hanno affermato i Giudici della Suprema Corte, viene a realizzarsi una “*relazione funzionale incentrata sull'inserimento medesimo nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico che ne*

15599, con la quale si è rinvenuto un rapporto di servizio anche a seguito della concessione amministrativa nei confronti di una società di capitali, dovendosi iqualificare le attività da questa svolte sulla base del provvedimento concessorio, esercizio di una funzione amministrativa con conseguente giurisdizione della corte dei Conti.

⁵⁹¹Si tratta per l'appunto del criterio del rapporto di servizio che, ritiene D'AURIA, diversamente dal criterio di appartenenza (valido per gli enti pubblici economici) “*esige che il pubblico ministero presso la Corte dei conti, ogni qualvolta intenda perseguire la responsabilità degli amministratori o dei dipendenti di un figura soggettiva privata, dimostri che questa è in rapporto di servizio con l'amministrazione, con specifico riferimento all'attività nell'esercizio della quale sia stato cagionato il danno*”. In modo tale che, continua l'autore, il dato essenziale dal quale scaturiscono la responsabilità amministrativa e la giurisdizione contabile è “*l'evento verificatosi in danno di un'amministrazione pubblica [...], e non, o non più, il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso*” richiamando la Corte di Cass. n. 19667 del 2003.

*implica conseguentemente l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dello strumento contrattuale con il quale sia costituito e attuato il rapporto*⁵⁹².

Vero è che le Sezioni Unite della Corte di cassazione recentemente pronunciatesi sulla insussistenza della giurisdizione contabile in materia di controversie derivanti dalla mala gestio da parte di amministratori di società di partecipazione pubblica, ha osservato che la sola partecipazione di capitale pubblico non rende tali società assimilabili agli enti pubblici⁵⁹³. Pur essendo doveroso prendere atto di tale orientamento della Suprema Corte, peraltro oscillante come emerge da una pronuncia di senso

⁵⁹²Cass. Civ. Sez.un. 1 aprile 2008 n. 8409; Cass. Sez. Un. 27 settembre 2006 n 10886. Per la ricostruzione della giurisprudenza di legittimità e contabile in materia si veda BUFFA, *Responsabilità del dipendente per danni alla società a partecipazione pubblica datrice di lavoro, giurisdizione del giudice ordinario ed efficacia della sentenza penale extradibattimentale*, *Giust.civ.*, 2010, 569. Si rammenta come diversa soluzione sia stata recentemente offerta in ordine alla definizione della responsabilità del danno arrecato al patrimonio della società e non all'ente pubblico, a seguito del quale il soggetto che ha commesso l'illecito risponderà solo civilmente. A tal proposito è intervenuta la Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza 19 dicembre 2009 n. 26806 fermamente criticata da CARTEI, CREA, *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, *Giorn. Dir. Amm.* 2010, 935. La Corte, sottolineando l'assenza di un rapporto di servizio tra i singoli organi societari e l'ente pubblico, ha ritenuto che laddove il dirigente od il dipendente abbia determinato un danno alla società, non possa individuarsi una responsabilità erariale, ma al più civile accertabile dunque a seguito dell'esercizio delle azioni riconosciute all'ente pubblico quale socio, così come agli altri titolari di una quota di partecipazione.

⁵⁹³ Cass.civ. SU, 3 maggio 2013, n. 10299.

opposto delle stesse Sezioni Unite del 2011⁵⁹⁴, si resta comunque dell'avviso che il perseguimento dell'interesse pubblico da parte delle società partecipate in misura totale o parziale da Pubbliche Amministrazioni, non possa esser omologato ad un qualsiasi altro scopo lucrativo.

La peculiarità del fine perseguito del resto incide su ogni fase di “vita” della società pubblica, dall'atto di affidamento, con il quale la Pubblica Amministrazione

⁵⁹⁴Cass. civ. Sez. Unite Ordinanza, 09 maggio 2011, n. 10063. La Corte di Cassazione infatti aderisce ad un approccio sostanzialistico affermando che *“l'affidamento da parte di un ente pubblico ad un soggetto esterno, da esso controllato, della gestione di un servizio pubblico integra quindi una relazione funzionale incentrata sull'inserimento del soggetto medesimo nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico e ne implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti per danno erariale, a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito ed attuato il rapporto (Sez. un. 27 settembre 2006, n. 20886; 1 aprile 2008, n. 8409; 1 marzo 2006, n. 4511; 19 febbraio 2004, 2004, n. 3351), anche se l'estraneo venga investito solo di fatto dello svolgimento di una data attività in favore della pubblica amministrazione (Sez. un. 9 settembre 2008, n. 22652) ed anche se difetti una gestione del danaro secondo moduli contabili di tipo pubblico o secondo procedure di rendicontazione proprie della giurisdizione contabile in senso stretto (Sez. un. 12 ottobre 2004, n. 20132). Lo stesso dicasi per l'accertamento della responsabilità erariale conseguente all'illecito o indebito utilizzo, da parte di una società privata, di finanziamenti pubblici (Sez. un. 5 giugno 2008, n. 14825, e Sez. un., n. 4511/06); o per la responsabilità in cui può incorrere il concessionario privato di un pubblico servizio o di un'opera pubblica, quando la concessione investe il privato dell'esercizio di funzioni obiettivamente pubbliche, attribuendogli la qualifica di organo indiretto dell'amministrazione, onde egli agisce per le finalità proprie di quest'ultima (Sez. un., n. 4112/07, cit.).”*

affida la gestione, motivando le ragioni del privilegio verso uno strumento societario rispetto alla gestione in economia; al necessario rispetto da parte della società pubblica della procedura regolata dal D.lgs. 163/2006; sino alla sua estinzione che, laddove prevista, è dovuta alla situazione del bilancio pubblico.

Si è dell'avviso che tali specificità, unitamente a quelle sopra descritte legate all'assunzione di personale tramite concorso pubblico od alla sottoposizione ai vincoli di spesa del personale, possano esser giustificati solo aderendo ad un approccio funzionale o sostanzialistico⁵⁹⁵ in sede di analisi del fenomeno delle società pubbliche, talvolta adottato dalla stessa Corte di cassazione.

Se così non fosse, ovvero se si respingesse tale approccio e ci si limitasse ad analizzare le società pubbliche come mere società di diritto commerciale, soggette al diritto dei contratti, difficilmente si potrebbero ritenere legittimi quei limiti all'autonomia imprenditoriale che il legislatore ha introdotto dal 2008 sino ad oggi e sui quali ci si è sopra soffermati.

La natura pubblica delle risorse finanziarie nonché dello scopo perseguito rende invece tali limitazioni ammissibili ma nel contempo merita di essere valorizzata anche con riferimento ad altri profili che, si è dell'avviso, siano stati trascurati.

Ci si riferisce in particolare alla disciplina normativa applicabile ai rapporti di lavoro.

L'esempio, già oggetto di contenzioso, e maggiormente in grado di evidenziare quali siano le possibili conseguenze laddove tali società siano annoverate tra le Pubbliche Amministrazioni o tra le società di diritto

⁵⁹⁵NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», Dir.Amm.*, 2003, 801.

privato attiene alla regolamentazione del rapporto di lavoro a tempo determinato, *rectius* alle conseguenze sanzionatorie in caso di illegittima apposizione del termine.

Si ricorda, infatti, che contrariamente a quanto previsto per il settore privato con il D.lgs. 368/2001, l'art. 36 comma 5 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 così dispone: *“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 a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione”*, di fatto impedendo la conversione di un contratto a tempo determinato illegittimo laddove stipulato con una Pubblica Amministrazione

Il recente orientamento giurisprudenziale ha statuito, in misura prevalente, che l'estensione delle modalità di assunzione dei lavoratori pubblici non abbia inciso sulla regolamentazione cui è soggetto il rapporto di lavoro ed in particolare non abbia comportato l'estensione di norme specifiche quali l'art. 36 del D.lgs. 165/2001⁵⁹⁶.

Vero è quindi che la partecipazione di capitale pubblico e la conseguente necessità di stringenti controlli ha suggerito al legislatore l'introduzione di norme derogatorie per garantire trasparenza e obiettività nelle assunzioni, ma tali norme, per l'appunto eccezionali, sarebbero comunque *“inidonee a snaturare la fisionomia di una società commerciale”*⁵⁹⁷ che continua ad esser soggetta alla disciplina privatistica.

Tale interpretazione ora descritta è prevalente ma non è

⁵⁹⁶Trib.Lucca sez.lav. 10 gennaio 2013.

⁵⁹⁷Trib. Massa 9 gennaio 2013.

la sola fatta propria dai giudici di merito. In proposito è utile citare una ricostruzione, forse più complessa, che tuttavia mostra di cogliere appieno gli aspetti che connotano le società totalmente partecipate, definite derivazione o longa manus della Pubblica Amministrazione. Secondo tale interpretazione sarebbe stato lo stesso legislatore ad accogliere una “nozione sostanziale di soggetto pubblico“ dovuta al rilievo prioritario assunto dalla attività funzionalizzata svolta dall'ente, che costituisce un mero strumento di organizzazione della Pubblica Amministrazione. Da questa premessa è stata evinta l'applicazione dell'art. 36 del D.lgs. 165/2001 quindi della specifica sanzione risarcitoria in caso di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro, a sua volta fatta discendere dalla previsione di una specifica procedura di assunzione (art. 35 del D.lgs 165/2001)⁵⁹⁸.

Si ritiene che la decisione, pur isolata, sia la più coerente con il principio di riduzione della spesa pubblica cui la soggezione delle società pubbliche al patto di stabilità ed ai vincoli di spesa vigenti per le Amministrazioni sono ispirate, nonché con l'uniformazione di una procedura concorsuale coincidente o simile con quella prevista all'art. 35 del D.lgs. 165/2001. Ammettere la conversione o la costituzione di rapporti di lavoro comporta, infatti, un indiscutibile aumento della spesa del personale oltre che una forma di elusione delle modalità di assunzione regolate da legge e regolamenti.

Si è già avuto modo di sottolineare che la materia sia connotata da un quadro normativo disomogeneo, composto da frammenti collocati in leggi ordinarie, decreti legge e leggi di stabilità. La ragione è dovuta al

⁵⁹⁸Trib. Chieti ord. 7 febbraio 2012.

fatto che, nonostante la disciplina esiga da tempo una base giuridica organica il legislatore negli ultimi anni non ha fatto altro che inseguire l'emergenza contingente, fosse questa economica od etica. L'ultimo provvedimento in ordine di tempo è costituito dalla c.d. Spending review nell'ambito della quale, con il non celato intento di alimentare le casse pubbliche, si dà avvio ad una fase di dismissione delle partecipazioni pubbliche.

L'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012 n. 95 rubricato *Riduzione di spese, messa in liquidazione e privatizzazione di società pubbliche*, prevede che le società controllate direttamente o indirettamente dalle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, che abbiano conseguito nell'anno 2011 un fatturato da prestazione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni superiore al 90 per cento, siano sciolte (entro il 31 dicembre 2013) o alienate con evidenza pubblica, limitatamente alle partecipazioni pubbliche detenute alla data di entrata in vigore del decreto entro il 30 giugno 2013. La disposizione prevede anche che contestualmente alla dismissione si proceda alla assegnazione del servizio per cinque anni a decorrere dal 1° gennaio 2014⁵⁹⁹. L'obiettivo sarebbe quello di fare in

⁵⁹⁹ Ove l'amministrazione non proceda secondo quanto stabilito ai sensi del comma 1, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le predette società non possono comunque ricevere affidamenti diretti di servizi, né possono fruire del rinnovo di affidamenti di cui sono titolari. I servizi già prestati dalle società, ove non vengano prodotti nell'ambito dell'amministrazione, devono essere acquisiti nel rispetto della normativa comunitaria e nazionale. Un'attenuazione alla disposizione di cui al comma 1 deriva dal successivo comma 3 che ne esclude la applicazione (salvo il comma 5) alle società che erogano servizi in favore dei cittadini, alle società che svolgono compiti di centrale di committenza ai

modo che società strumentali della Amministrazione Pubblica ma prive dei tratti caratterizzanti *l'in house providing* siano sottoposte alle regole della concorrenza.

Diversa la portata invece del comma 8 sulla base del quale a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto, oltre ad esser subordinato ai requisiti già esistenti⁶⁰⁰ è limitato alle ipotesi in cui il valore

sensi dell'articolo 33, decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché alle società di cui all'articolo 4, commi da 7 a 10, del decreto legge n. 87 del 2012, ed alle società di cui al comma 1 individuate, in relazione alle esigenze di tutela della riservatezza e della sicurezza dei dati, nonché all'esigenza di assicurare l'efficacia dei controlli sulla erogazione degli aiuti comunitari del settore agricolo, con decreto del presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa deliberazione del Consiglio dei ministri. Prevede ancora il medesimo articolo al successivo comma 6 che a decorrere dal 1° gennaio 2013 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 possono acquisire a titolo oneroso servizi di qualsiasi tipo, anche in base a convenzioni, da enti di diritto privato di cui agli articoli da 11 a 42 del codice civile esclusivamente in base a procedure previste dalla normativa nazionale in conformità con la disciplina comunitaria. Tali enti non possono ricevere contributi a carico delle finanze pubbliche, anche nel caso in cui dovessero fornire i servizi a titolo gratuito. Al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2014 le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001, le stazioni appaltanti, gli enti aggiudicatori e i soggetti aggiudicatori di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nel rispetto dell'articolo 2, comma 1 del citato decreto acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante le procedure concorrenziali previste dal citato decreto legislativo.

⁶⁰⁰ossia solo destinato a società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla

economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui⁶⁰¹.

Quanto alle regole espressamente destinate alla disciplina del personale la norma prevede che fino al 31 dicembre 2015 alle società controllate direttamente od indirettamente si applichino le norme limitative delle assunzioni previste per l'amministrazione controllante⁶⁰².

Va detto che la disposizione ora citata è stata fortemente criticata non solo in sede sindacale ma anche da parte delle amministrazioni locali. L'ANCI, con una nota diffusa il 14 giugno 2013, ha ricordato che la privatizzazione ovvero lo scioglimento, quindi la chiusura, delle società partecipate il cui fatturato da prestazioni di servizi alla P.A. sia

giurisprudenza comunitaria per la gestione in house.

⁶⁰¹A decorrere dal 1 gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla *giurisprudenza comunitaria per la gestione in house*. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014.» Secondo i giudici contabili le società in house rientranti nell'ambito del comma 8 non sarebbero però soggette all'obbligo di dimissioni del primo comma. il comma 8 avesse natura di norma speciale rispetto al comma 1 anche in ragione della natura che essi attribuiscono alla società in house quale forma di articolazione dell'ente pubblico che non dà luogo quindi ad un rapporto con un soggetto terzo.

⁶⁰²Resta fermo, sino alla data di entrata in vigore del presente decreto, quanto previsto dall'articolo 9, comma 29, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. Salva comunque l'applicazione della disposizione più restrittiva prevista dal primo periodo del presente comma, continua ad applicarsi l'articolo 18, comma 2, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

superiore al 90% dell'intero volume d'affari - norma che investe, in sostanza, le c.d. società strumentali - dà origine a molte problematiche che l'ANCI aveva già cercato di arginare proponendo in sede di conversione del d.l. alcuni emendamenti diretti a tutelare il personale interessato dalle procedure di dismissione.

Vero è che la spending review contempla la possibilità per gli enti di svolgere nuovamente le proprie funzioni in economia, ma è noto che il riassorbimento del personale esternalizzato sia praticamente impossibile in ragione dei vincoli finanziari già brevemente descritti. L'associazione degli enti locali ritiene, quindi, in primo luogo fondamentale, coerentemente con quanto richiesto dalle organizzazioni sindacali, la predisposizione di strumenti di tutela e salvaguardia dei lavoratori coinvolti in questi processi, che rischiano di avere pesanti ricadute sociali anche sull'indotto locale.

Ragione per cui uno degli emendamenti oggetto di proposta da parte dell'associazione dei comuni riguardava proprio l'aggiunta di un comma all'art. 4 del d.l. 95/2012 sulla base del quale, „ Per le società oggetto dei processi di cui al comma 1 lettere a) e b), le connesse procedure di scioglimento o alienazione, prevedono specifiche forme di tutela del personale in servizio. In ogni caso al personale di cui al periodo precedente, si applicano gli ammortizzatori sociali previsti dalle vigenti norme in materia nonché le clausole di salvaguardia di cui all'articolo 22 del presente decreto”. Come chiarito nella nota esplicativa l'emendamento è diretto a tutelare i dipendenti delle società che, a causa dei nuovi precetti contenuti nell'articolo 4, saranno sciolte ovvero alienate con procedure ad evidenza pubblica.

Ci si limita ad osservare che tale modifica per quanto condivisibile nell'intento, ove accolta non farebbe che

tamponare gli effetti di una specifica vicenda traslativa senza offrire soluzioni più strutturate. Al di là degli ammortizzatori sociali e della eventuale previsione di clausole di tutela dei lavoratori in sede di aggiudicazione del servizio che faccia seguito alla dismissione della quota pubblica, più opportuno sarebbe stato, infatti, eventualmente rinviando la specificazione di alcuni profili alla fonte secondaria, già regolare e prevedere quello che potrebbe essere il contenuto minimo di questa protezione. Vista la frequenza di disposizioni normative come quelle sopra descritte, sarebbe, infatti, opportuno che nuovi strumenti di tutela dei lavoratori coinvolti nelle “trasmigrazioni”⁶⁰³ che ne discendano siano predisposti a livello nazionale e non rimessi alla discrezionalità, od all'improvvisazione, delle singole Amministrazioni locali.

Si segnala infine che in base al d.l. Spending review n. 95/2012, convertito in l. 135/2012, le società direttamente od indirettamente controllate da un ente pubblico possono assumere lavoratori a tempo determinato o ricorrere a collaboratori coordinati e continuativi, ma nel limite del 50% della spesa sostenuta per le rispettive finalità nell'anno 2009.

Nel ribadire che le società pubbliche sono sottoposte ai limiti di spesa cui sono soggette le Pubbliche Amministrazioni, il legislatore ha inoltre introdotto un limite quantitativo alle retribuzioni complessive dei dipendenti, benché di natura transitoria. Per il biennio 2013/2014 infatti il trattamento economico non può superare quello ordinariamente spettante per l'anno 2011.

Tali disposizioni sono del tutto inconciliabili con una

⁶⁰³Si immagini ad esempio la predisposizione di percorsi di mobilità dalla società dismessa alla società conservata controllate dal medesimo ente.

interpretazione meramente formale volta a valorizzarne il solo dato giuridico esteriore, soprattutto così come interpretate della giurisprudenza contabile. Recentemente la sezione toscana della Corte dei conti è giunta infatti a ritenere inapplicabile al personale dipendente da una società partecipata un aumento retributivo già stanziato da un rinnovo del contratto collettivo di categoria. Richiamando un orientamento espresso dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti i giudici hanno infatti riscontrato nel caso di specie la medesima necessità di cristallizzare la dinamica retributiva che, con riferimento al pubblico impiego, ha determinato l'introduzione dell'art. 4 comma 11 del d.l. 95/2012. Indipendentemente dalla ratio ispiratrice dell'elaborazione della norma e della sua successiva estensione alle società partecipate da enti locali, l'effetto anomalo della combinazione tra elementi di diritto pubblico e diritto privato – non adeguatamente coordinati – ha indotto gli interpreti ad applicare una disciplina normativa limitatrice della portata ed efficacia di un contratto collettivo di categoria di diritto comune, e per conseguenza della autonomia negoziale della società affidataria (Corte dei conti Toscana 140/2013/PAR 14 maggio 2013).

Va detto infine che le regole ora elencate hanno natura stringente e devono essere oggetto di puntuale verifica da parte delle Amministrazioni controllanti. Se, ad esito di tale verifica, fosse accertata una violazione da parte degli amministratori esecutivi e dei dirigenti responsabili, dovrebbe esser contestata la responsabilità erariale per le retribuzioni ed i compensi erogati in virtù dei contratti stipulati⁶⁰⁴.

⁶⁰⁴ In proposito si segnala una recente nota del Ministero dello Sviluppo Economico (17 gennaio 2013, n. 946) con la quale viene

Indipendentemente dalla capacità effettiva e concreta della Pubblica Amministrazione di esercitare un controllo ed una vigilanza adeguati nei confronti di tali enti, il cui potere contrattuale è sempre più forte con la fusione tra società di servizi, si ricorda, infatti, che l'opportunità della scelta di ricorrere allo strumento societario per meglio garantire il soddisfacimento dell'interesse pubblico debba essere oggetto di valutazione costante nel corso del rapporto contrattuale e quindi sempre verificabile anche mediante la acquisizione di informazioni nonché di dati contabili e gestionali riferiti alle partecipate⁶⁰⁵.

A dimostrazione della precarietà dei provvedimenti adottati in materia di società pubbliche, nonché del percorso tortuoso che ne accompagna l'adozione, si rammenta che in sede di conversione del decreto siano state escluse dall'applicazione dell'obbligo di scioglimento

comunicata l'imminente predisposizione di un documento interpretativo delle norme sopra citate. In attesa del completamento delle valutazioni viene comunque chiarito che dalla legislazione non derivino impedimenti allo svolgimento della contrattazione collettiva né vincoli normativi a quella nazionale. Per quanto riguarda la contrattazione di secondo livello, viene chiarito che, in considerazione della loro natura industriale e del carattere privatistico del rapporto di lavoro, le società di servizi pubblici locali economicamente rilevanti sono tenute a rispettare, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale e gestionale, i limiti previsti dalla legge e le direttive dell'ente controllante.

⁶⁰⁵VIVARELLI, *Le società pubbliche* (...), *Riv.trim.app.*, 2011, 83 che ricorda, evocando l'orientamento già adottato dalla Corte dei Conti ma anche dal Consiglio di Stato, che la capacità di diritto privato riconosciuta agli enti pubblici non consente comunque di trascurare la necessità di motivare la sussistenza dell'interesse pubblico nell'atto con cui si destinano risorse finanziarie provenienti dalla collettività ad un intervento che utilizzi gli strumenti di diritto civile e non quelli di diritto amministrativo.

od alienazione le società che “svolgono servizi di interesse generale”, anche di rilievo economico. Tale deroga, indubbiamente idonea ad incidere, rallentandolo, sul percorso di liberalizzazione perseguito dall'art. 4 è stata anche estesa all'ipotesi in cui l'Amministrazione, per peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche, non possa fare un utile ed efficace ricorso al mercato.

Oltre a tentare di razionalizzare l'esistente il legislatore ha anche tentato di porre un freno alla creazione di nuovi enti con l'art. 9 comma 6 del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95⁶⁰⁶. La disposizione vieta infatti alle amministrazioni

⁶⁰⁶Testualmente l'Art. 9 così prevede: “Razionalizzazione amministrativa, divieto di istituzione e soppressione di enti, agenzie e organismi. 1. Al fine di assicurare il coordinamento e il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, il contenimento della spesa e il migliore svolgimento delle funzioni amministrative, le regioni, le province e i comuni sopprimono o accorpano, riducendone in tal caso gli oneri finanziari in misura non inferiore al 20 per cento, enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica che, alla data di entrata in vigore del presente decreto, esercitano, anche in via strumentale, funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, comma secondo, lettera p), della Costituzione o funzioni amministrative spettanti a comuni, province, e città metropolitane ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione. 2. Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, al fine di dare attuazione al comma 1, con accordo sancito in sede di Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, si provvede alla complessiva ricognizione degli enti, delle agenzie e degli organismi, comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica di cui al comma 1. 3. Al fine di dare attuazione al comma 2, in sede di Conferenza unificata si provvede mediante intesa ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, e sulla base del principio di leale collaborazione, all'individuazione dei

di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione".

Vista la genericità della norma l'ANCI è intervenuto per chiarirne l'ambito di applicazione con nota del 18 marzo 2013⁶⁰⁷. L'ANCI, in particolare, ha infine ritenuto che “*in definitiva per le società degli enti locali valgono le norme speciali di riferimento che impongono limiti, vincoli e divieti puntuali, non rientrando pertanto nell'ambito di applicazione dell'articolo 9 della Spending review*”.

Dall'assetto normativo ricostruito per grandi capi ciò che sembra emergere non è solo l'assenza di disposizioni

criteri e della tempistica per l'attuazione del presente articolo e alla definizione delle modalità di monitoraggio. 4. Se, decorsi nove mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, le regioni, le province e i comuni non hanno dato attuazione a quanto disposto dal comma 1, gli enti, le agenzie e gli organismi indicati al medesimo comma 1 sono soppressi. Sono nulli gli atti successivamente adottati dai medesimi. 5. Ai fini del coordinamento della finanza pubblica, le regioni si adeguano ai principi di cui al comma 1 relativamente agli enti, agenzie ed organismi comunque denominati e di qualsiasi natura, che svolgono, ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione, funzioni amministrative conferite alle medesime regioni. 6. E' fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'articolo 118, della Costituzione. 7. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 14, comma 32, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni.”

⁶⁰⁷Primi chiarimenti e possibili interpretazioni per l'applicazione dell'articolo 9 del decreto legge 95/2012, convertito con modificazioni dalla legge 135/2012. (..)

espressamente dedicate alla disciplina dei rapporti di lavoro svolto alle dipendenze di una società pubblica (od al destino dei lavoratori impiegati nel servizio in un secondo momento affidato all'*in house*) ma anche la totale mancanza di strumenti che consentano agli enti affidanti di incidere sulle scelte operate dalla società *in house* proprio in materia di lavoro.

A tale ultimo proposito utile potrebbe essere una maggior valorizzazione da parte degli operatori come degli interpreti della nozione di *controllo analogo*. L'importanza di tale potere può del resto ritenersi dimostrata dall'ampia giurisprudenza nazionale ed europea che negli anni ne ha arricchito il contenuto. Il controllo analogo postula un rapporto tra società affidataria ed ente pubblico tale da consentire a quest'ultimo, ricorrendo a strumenti pubblicistici o con mezzi societari di derivazione privatistica, di “*indirizzare "tutta" l'attività sociale attraverso gli strumenti previsti dall'ordinamento*”. Secondo quest'ampia nozione di controllo analogo quindi è indispensabile che le decisioni più importanti siano sempre sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante o, in caso di *in house* frazionato, della totalità degli enti pubblici soci⁶⁰⁸. Se, del resto, l'*in house* viene considerata una modalità organizzativa interna alla Pubblica Amministrazione il controllo analogo non può che costituire un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività della società partecipata e degli atti di gestione più importanti di quest'ultima (Commissione europea, nota 26 giugno 2002).

Si viene quindi a creare tra ente affidante e società affidataria un rapporto equivalente sotto il profilo pratico

⁶⁰⁸In tal senso Cons. St., Sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082; Cons.st., sez. V, decisione 29.12.2009, n. 8970.

ad una subordinazione gerarchica⁶⁰⁹ poiché la società consiste di fatto in un servizio interno proprio dell'Amministrazione⁶¹⁰. Il controllo esercitato dall'ente pubblico supera infatti il mero controllo finanziario per concretizzarsi ad esempio nella trasmissione dei verbali dei consigli di amministrazione, del collegio sindacale o dell'ordine del giorno. Rientra ancora nel legittimo svolgimento del rapporto l'obbligo della società di trasmettere con cadenze prestabilite al sindaco, all'assessore, come al settore partecipate della singola amministrazione, una relazione sull'andamento della società, nonché recante informazioni sulla qualità e la quantità dei servizi resi ai cittadini oltre che ai costi di gestione in relazione agli obiettivi⁶¹¹.

Si è dell'avviso che all'interno di tale nozione, già di per sé fonte di un notevole, ed ammesso, limite all'autonomia gestionale delle società affidatarie, ben possa esservi ricompreso un potere di indirizzo in grado di incidere sulle scelte di gestione del personale adottate dal soggetto affidatario.

Nell'esercizio del potere di controllo analogo l'Amministrazione ben potrebbe ad esempio richiedere l'applicazione di un determinato trattamento contrattuale od addirittura, visto il rischio che un risparmio dei costi da parte della società affidataria sia perseguito di fatto unicamente ricorrendo alla flessibilizzazione dei rapporti di lavoro seguente all'affidamento, prevedere, in sede provvedimentale, all'interno dell'atto con il quale si procede all'esternalizzazione, clausole che limitino il

⁶⁰⁹Cons. St., sez. VI, 25 gennaio 2005 n. 168; Cons. St., sez. V, 11 maggio 2007 n. 2334.

⁶¹⁰Tar Puglia Lecce 2 aprile 2013 n. 458.

⁶¹¹Cons. Stato 11 febbraio 2013 n. 762.

ricorso a specifiche forme contrattuali.

Un'interpretazione estensiva della nozione di controllo analogo tale da coinvolgere l'ente affidante anche nelle scelte in materia di risorse umane consentirebbe quanto meno di eliminare l'attuale paradosso per cui le istanze sociali trovano maggior tutela in caso di esternalizzazione contrattuale (appalti e concessioni), rispetto all'ipotesi in cui la gestione dei servizi avvenga ricorrendo a soggetti che addirittura la giurisprudenza ritiene interni alla organizzazione della Pubblica Amministrazione, come le aziende speciali e le società *in house*.

È meritevole di attenzione la circostanza per cui qualora una Pubblica Amministrazione decida di ricorrere a soggetti privati previo esperimento di procedure ad evidenza pubblica, ben potrà in base all'art. 36 Stat.lav., od all'art. 118 del D.lgs. 163/2006 esigere l'applicazione di un determinato trattamento contrattuale, economico o normativo, se non addirittura richiedere “specifiche” condizioni di esecuzione del contratto (v. *supra*). Al contrario qualora l'Amministrazione Pubblica si avvalga di organi considerati interni non avrà alcun potere di intervento al di fuori della mera presa visione del Regolamento sulle assunzioni (art. 18 della l.133/2008), condizione resa ancor meno comprensibile dagli effetti che le spese per il personale hanno sul bilancio dell'Amministrazione locale.

Eppure nel caso dell'affidamento della gestione di servizi pubblici locali, misure di tutela del lavoro come quelle esistenti ed analizzate con riferimento agli appalti pubblici, oltre a perseguire obiettivi di carattere sociale sarebbero finalizzate a garantire il mantenimento di un determinato livello di qualità degli stessi servizi. Si ribadisce, infatti, che rilievo prioritario assume, sin dalla decisione della Amministrazione di rinunciare alla gestione in economia,

la natura pubblica del servizio ossia del prodotto reso dalla società partecipata, dai suoi dipendenti. Ragioni per cui del tutto legittime dovrebbero essere considerate forme di vigilanza o di intervento, pur entro limiti predefiniti ad esempio negli atti amministrativi di affidamento, che siano dirette a tutelare i lavoratori adibiti al servizio e, quindi, il servizio stesso.

Un maggior coinvolgimento delle Pubbliche Amministrazioni, che del resto in alcuni territori hanno già provveduto a creare strutture ad hoc volte a monitorare il livello delle prestazioni rese dalle società di servizi, nell'ambito di Protocolli d'intesa⁶¹², potrebbe così impedire fenomeni di peggioramento delle condizioni contrattuali come nel caso ASSOFARM.

La necessità che le Pubbliche Amministrazioni godano di un potere di controllo più ampio, non solo ed esclusivamente in caso di in house providing, è dimostrata anche da una recente disposizione, ossia dall'art. 3 comma 1 lett. d) del d.l. 174/2012 (c.d. enti locali), convertito in l. 213/2012, in materia di rapporti tra enti locali e società partecipate. La norma ha modificato, in particolare, l'articolo 147-*quater* del D.lgs. 267/2000, introducendo così l'obbligo per gli enti locali di istituire un sistema di

⁶¹² Da tempo presso alcune Amministrazioni locali in caso di affidamento di servizi pubblici a terzi soggetti privati specifiche previsioni in materia di personale vengono adottate non solo nella delibera di affidamento ma anche in Protocolli tripartiti di accompagnamento delle operazioni commerciali recanti non solo la disciplina transitoria applicabile (contratto comparto Enti locali) ma anche l'individuazione del contratto collettivo applicabile nonché il mantenimento della iscrizione alla Cassa previdenziale di provenienza (v.es. Delibera cons.com. Torino 29 novembre 1999 n. Mecc. 99 08625/64, affidamento all'Azienda Energetica Metropolitana Torino Spa (AEM)).

controllo, disciplinato all'interno di un apposito regolamento, sulle società non quotate partecipate, da esercitarsi attraverso proprie strutture.

A tal fine, le amministrazioni interessate sono tenute a determinare preventivamente *“in riferimento all'articolo 170, comma 6, gli obiettivi gestionali a cui deve tendere la società partecipata, secondo standard qualitativi e quantitativi”* ed organizzare *“un idoneo sistema informativo finalizzato a rilevare i rapporti finanziari tra l'ente proprietario e la società, la situazione contabile, gestionale e organizzativa delle società, i contratti di servizio, la qualità dei servizi, il rispetto delle norme di legge sui vincoli di finanza pubblica”*. Rilevate tali informazioni le Amministrazioni Locali procedono al monitoraggio periodico *“sull'andamento delle società partecipate”*, analizzando *“gli scostamenti rispetto agli obiettivi assegnati”* ed individuando *“le opportune azioni correttive, anche in riferimento a possibili squilibri economico-finanziari rilevanti”* per i propri bilanci.

Capitolo Quarto.

Lavoro e servizi pubblici nell'ordinamento francese: l'ultima roccaforte

I) Le specificità del diritto della funzione pubblica a) le categorie di agents public b) la travaillisation della funzione pubblica fino alle più recenti riforme; II) I servizi pubblici alla francese a) origine della nozione e sua evoluzione; b) Servizi pubblici e rapporti di lavoro: caratteri comuni III) Modelli di gestione dei servizi pubblici e liberalizzazione etero imposta.

I) Le specificità del diritto della funzione pubblica. Premessa.

La riflessione giurisprudenziale e dottrinale svolta in Francia intorno all'evoluzione che sta caratterizzando la gestione dei servizi pubblici e la conseguente disciplina dei rapporti di lavoro in tale settore mostra una consapevolezza degli effetti sociali di una loro liberalizzazione decisamente maggiore rispetto a quella manifestata in Italia.

Condividendo l'osservazione secondo la quale la “*defense des services publics est d'abord la defense d'un statut du personnel*”⁶¹³, prima di descrivere i profili che attualmente caratterizzano il dibattito francese sulla gestione dei servizi pubblici, si da giustificare quanto sopra affermato circa una maggiore coscienza dell'entità del fenomeno e delle sue conseguenze, occorre richiamare pur brevemente le specificità del diritto della funzione

⁶¹³MAZIERES, Introduzione all'inserito di *Droit Ouvrier*, 2008, *contra* POCHARD.

pubblica nonché della stessa categoria di servizio pubblico c.d. alla francese.

Nonostante l'origine contrattuale – comune all'ordinamento italiano – il lavoro nella funzione pubblica in Francia, sin dalla fine del XIX secolo, ha assunto carattere statutario, ossia è stato regolato, in larga maggioranza, da atti unilaterali di diritto pubblico⁶¹⁴, modificabili in qualsiasi momento dall'ente datore, e costruito su un sistema non di impiego bensì di carriera⁶¹⁵.

Ulteriore caratteristica, a lungo fonte della rigidità del sistema di funzione pubblica francese è la distribuzione dei funzionari in *corpi* intesi quale raggruppamento nell'ambito del quale i funzionari sono sottomessi al medesimo statuto particolare ed hanno potenziale accesso agli stessi gradi⁶¹⁶. Accanto agli agenti titolari, propriamente definibili *fonctionnaires* nel tempo si sono

⁶¹⁴Lo Statuto è rappresentato da una serie di disposizioni normative (peraltro aventi origine giurisprudenziale nei principi formulati dal Conseil d'Etat nel corso del XX secolo) di carattere quindi unilaterale dalle quali discende in primo luogo il principio per cui anche la nomina del funzionario non è elemento contrattuale ma un atto unilaterale. Inoltre il trattamento deve essere il medesimo in tutta la stessa categoria; le convenzioni particolari sono illegali; lo statuto è sempre modificabile e i funzionari non possono invocare alcun diritto acquisito a preservare la situazione; i funzionari non possono rinunciare ad alcun elemento del loro statuto.

⁶¹⁵Quanto alla funzione pubblica territoriale il sistema delle carriere è stato introdotto solo recentemente. Le collettività territoriali sino agli anni 80 infatti erano basate su un sistema di impiego.

⁶¹⁶Ai sensi dello statuto “*Les corps groupent les fonctionnaires soumis au même statut particulier et ayant vocation aux mêmes grades*”. Il che equivale a dire secondo CHAPUS, *Droit administratif général. T. 2*, Paris, Montchrestien, 6e éd. 1992, p. 104 che “*les corps groupent des fonctionnaires appelés à faire la même carrière en concourant entre eux pour d'avancement*”.

accompagnate, come si vedrà *infra*, altre figure di agenti non titolari, di diritto pubblico, nonché di agenti non titolari, di diritto privato (rispettivamente i c.d. *contractuels* soggetti allo Statuto ed i *contractuels* soggetti al Code du travail) oltre a varie ipotesi di contratti destinati a supportare determinate categorie (giovani o disoccupati), c.d. *emplois aidés* ed *emplois jeunes*.

La principale fonte regolativa è costituita dallo *Statuto generale della funzione pubblica*, (attualmente risultato delle modifiche apportate al testo del 1946 rispettivamente nel 1983, nel 1984 e nel 1986) che dopo un primo titolo dedicato ai principi generali applicabili alla totalità dei *fonctionnaires* si compone di tre titoli specifici rispettivamente dedicati alla *fonction publique de l'Etat*, *territoriale et hospitaliere*.

La prima parte recante “*Droits et obligations des fonctionnaires*” (loi 83-864 du 13 juillet 1983) introduce i principi generali, le libertà fondamentali, le disposizioni riguardanti la carriera e le obbligazioni fondamentali, estendibili alla totalità dei *fonctionnaires*⁶¹⁷.

La specificità di un sistema caratterizzato dalla presenza di molteplici figure professionali e deroghe emerge sin da una prima lettura del titolo II dedicata alla funzione pubblica nello Stato che da subito contempla l'esistenza – accanto alla figura dei funzionari statali soggetti a Statuto

⁶¹⁷Libertà di opinione; parità tra sessi, diritto di sciopero, protezione giuridica, organismi di consultazione paritari in materia di organizzazione e funzionamento dei servizi così come regole sulla carriera (concorso, distinzione di grado e impiego, diritto ai congedi, alla formazione permanente, alla comunicazione di procedimenti disciplinari; e dall'altra parte le obbligazioni fondamentali); obblighi di servizio; regime di incompatibilità; obblighi di obbedienza di “desinterressement”; di discrezione; di informazione del pubblico; di segreto professionale.

– di funzionari dotati di Statuto autonomo (ad esempio magistrati o funzionari delle assemblee parlamentari), di Statuto particolare derogatorio (art. 10 l. n. 84 - 16 personale di ricerca ed insegnanti, soggetti assunti tramite la Scuola nazionale della Pubblica Amministrazione) ed ancora la possibilità che le modalità di applicazione delle disposizioni dello Statuto generale possano essere previste in singoli statuti particolari adottati con decreti del Conseil d'Etat (art. 8 l. n. 84-16).

La terza parte descrive invece lo Statuto della funzione pubblica territoriale, per la prima volta esteso a tutte le collettività locali⁶¹⁸, applicabile – ai sensi dell'art. 2 della

⁶¹⁸Prima della entrata in vigore della legge 84 53, infatti, sia il legislatore sia la giurisprudenza si limitavano ad estendere l'applicazione di alcune disposizioni previste per i funzionari statali alla funzione pubblica territoriale. Così come esisteva, sì, uno statuto generale ma solo per i funzionari comunali, che poi è stato, infatti, inserito nel codice della amministrazione comunale e nel libro IV del codice dei comuni. Gli agenti dei dipartimenti erano sottoposti a statuti determinati dai consigli generali ed occasionalmente destinatari di disposizioni specifiche nonché di garanzie estese in giurisprudenza. Con la legge 13 luglio 1983 sono stati introdotti diritti ed obbligazioni applicabili anche ai funzionari regionali, di dipartimento e dei comuni nonché dei loro enti pubblici, cui l'anno successivo si aggiunge la legge espressamente dedicata alla funzione pubblica territoriale. Questa parte dello Statuto è stata più volte modificata e completata da un certo numero di decreti. È attualmente oggetto di discussione la possibilità per le autorità locali di integrare lo statuto con propri regolamenti in ragione delle particolari situazioni in cui si trovano gli agenti ma che sono ignorate dalla legislazione nazionale o che necessitano di essere precisate. La funzione territoriale, pur ispirandosi a quella statale, si basa su un sistema non di carriera ma di impiego. I funzionari sono infatti raggruppati in quadri di impiego che consentono all'organo politico di gestire il personale quanto al reclutamento, al mutamento ed all'avanzamento di

L. 84 53 – “aux personnes qui régies par le titre I er du statut général des fonctionnaires de l’Etat et des collectivités territoriales ont été nommés dans un emploi permanent titularisées dans un grade de la hierarchie administrative des communes, des départements, des régions ou des établissements publics en relevant”. Il legislatore nuovamente prevede che lo Statuto possa essere integrato da Statuti particolari recepiti in decreti del Conseil d’Etat su proposta del *Conseil supérieur de la fonction publique territoriale* (istituito con la L. 2007-208).

Benché la Francia abbia resistito più degli altri Paesi Europei alle tentazioni di ammodernamento del pubblico impiego su ispirazione del settore privato, negli ultimi vent’anni lo Statuto generale e con esso la stessa accezione francese di funzione pubblica è stata oggetto di un acceso dibattito⁶¹⁹ suscitato sia da stimoli interni⁶²⁰, che

carriera, pur nel costante rispetto delle garanzie statutarie. I funzionari territoriali sono gestiti con il concorso del centro nazionale della funzione territoriale e dei centri di gestione dipartimentale e regionale.

⁶¹⁹In realtà come si evince dalla ricostruzione cronologica del rapporto tra diritto del lavoro e diritto della funzione pubblica riportata da AUBIN, in *Droit de la fonction publique*, Ed. Lextenso, 2010, l’influenza del droit commun du travail sul droit de la fonction publique – già rilevata da J. RIVERO nel 1947 – ha avuto avvio sin dagli anni Settanta ed ha preso progressivamente forma con la giurisprudenza in materia di principi generali di diritto del lavoro (PGD), mediante la quale i giudici hanno esteso principi evincibili dal Code du travail anche al settore pubblico ritenendoli dotati di carattere generale quindi indipendente dalla natura del datore di lavoro ma connessa al lavoratore. Più precisamente è il Conseil d’Etat che ha inaugurato tale politica giurisprudenziale applicando agli agenti pubblici donne il principio generale cui si ispira l’art. 29 del libro primo del CDT secondo il quale nessun

datore può licenziare un dipendente in stato di gravidanza. L'applicazione del principio generale di diritto è stata successivamente estesa alle collettività territoriali. Od ancora, principio generale è, in materia disciplinare, che nel'ambito di una commissione di valutazione non siedano soggetti che non abbiano almeno un grado uguale o superiore a quello del soggetto valutato. A ritenere che la giurisprudenza sui PGD non abbia invece contribuito alla *travaillisation* è MALLAREY, cit., che precisa infatti che i principi son stati perlopiù applicati agli agenti non titolari e non ai funzionari, per colmare la mancanza dei testi che regolavano la loro disciplina. Ciò detto successivamente molti sono stati gli interventi di avvicinamento da pubblico a privato anche da parte del legislatore, in materia di orario (gennaio 2002), di discriminazioni (2001), di violenza morale e sessuale sui luoghi di lavoro (2002), di diritto individuale alla formazione (legge 4 marzo 2004) sino da ultimo alla tanto criticata legge 3 aprile 2009 sulla mobilità dei *fonctionnaires* di cui meglio si dirà *infra* che secondo AUBIN avrebbe decisamente rafforzato la *travaillisation* della FP con l'adozione *simbolica* di un dispositivo che consente la sostituzione di funzionari con salariati soggetti al CDT. A tal fine l'art. 1224 - 3 del CDT è stato modificato per precisare che il rifiuto da parte del lavoratore privato di essere trasferito determina la possibilità per il datore pubblico cessionario che dovrà svolgere l'attività precedentemente svolta dall'ente privato di applicare le disposizioni di diritto del lavoro in materia di licenziamento. Conseguenza logica della RGPP le ristrutturazione dei servizi comportano spesso la soppressione dell'impiego e l'agente coinvolto non può per tre volte rifiutarsi a pena di essere messo in disponibilità od in pensione, ragion per cui sempre secondo il medesimo autore non potrebbe più parlarsi di sicurezza del posto dell'agente pubblico. Il successivo art. 1224 -3-1- regola il trasferimento inverso.

⁶²⁰La dottrina non è tutta favorevole alla applicazione diretta del Code du travail agli agenti pubblici. AUBIN, cit., giunge anche a citare l'esempio italiano a dimostrazione del fatto che la soggezione dell'impiego pubblico alla disciplina privatistica non sia necessariamente sinonimo di maggior efficienza e garanzia per i dipendenti. Lo stesso autore pur rilevando la necessità di una

progressivamente stanno conducendo ad una *travaillisation* della funzione pubblica⁶²¹, sia da stimoli esterni, quali la crescente diffusione del modello europeo, in materia di lavoro come di servizi, fondato sulla tendenziale indifferenza nei confronti della natura pubblica o privata dell'ente datore/gestore⁶²².

È noto infatti che, a fronte di un Trattato privo di precise nozioni di pubblico impiego, gli organismi giurisdizionali

modernizzazione della funzione pubblica per il tramite di una modernizzazione della gestione delle risorse umane e di una sua contrattualizzazione ma mantenendo “*son irréductible spécificité qui tient au lien avec le service public et l’interet general*”.

⁶²¹Osserva DORD, *Droit de la fonction publique*, che i due settori si sono nel tempo influenzati reciprocamente; infatti mentre il diritto comune del lavoro ha ispirato il proprio sistema disciplinare a quello adottato nel pubblico, allo stesso modo recentemente si parla di *travaillisation* del lavoro della funzione pubblica a proposito del riconoscimento del diritto di sciopero e dei congedi parentali armonizzati. Attualmente tuttavia si sarebbe venuto a creare nel settore della Funzione Pubblica un diritto amministrativo del lavoro cui Jean RIVERO si era opposto nel 1960, v. *Droit administratif et droit du travail, Droit Social*, 1960 p. 610.

⁶²²Sottolinea MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Ed. Economica, PARIGI, 2010, come l’impatto del diritto europeo sulla funzione pubblica francese sia notevole, pur essendosi manifestato tardi rispetto agli altri Paesi. In particolare è la legge 26 luglio 2005 che ha condotto a varie misure di trasposizione del diritto europeo nella funzione pubblica, soprattutto mediante l’attuazione del principio di libera circolazione dei lavoratori. Il legislatore francese, infatti, è stato in tal modo indotto a mettere in discussione il principio secondo il quale possono essere funzionari solo i soggetti dotati di cittadinanza francese. L’apertura della possibilità ai cittadini provenienti da altri paesi membri UE di accedere alla funzione pubblica francese; il principio di parità di trattamento uomo donna come interpretato dalla CGUE ha avuto grandi effetti.

europei abbiano accolto la teoria della *indifferentiation* attribuendo rilievo ad una concezione “*unificatrice*” di lavoratore, ex se titolare della libertà di circolazione indipendentemente dalla natura pubblica o privata del datore⁶²³. La sola interpretazione consolidatasi negli anni di lavoro pubblico, ammessa quale limite legittimo alla circolazione dei lavoratori, è fortemente restrittiva e non coincide con quella ben più ampia ed eterogenea accolta negli altri ordinamenti.

Adottando infatti un approccio funzionale e non organico di pubblico impiego⁶²⁴ – in cui quindi è la

⁶²³“*les fonctionnaires et les agents du secteur public sont des travailleurs au sens de l’article 39 CE*”. Comm. 11 dic. 2002 COM (2002) 694, *Libre circulation des travailleurs – En tirer pleinement les avantages et les potentialities*. Sugli effetti del diritto europeo in relazione all’avvicinamento tra diritto della funzione pubblica e diritto comune del lavoro, da un lato quanto alla estensione del le disposizioni di diritto del lavoro, dall’altro alla introduzione nell’impiego in un sistema di carriera, si veda BOURDON *Vers une banalisation du droit de la fonction publique?*, in *AJFP*, 2005, 284. L’autore osserva che dalla applicazione, gerarchicamente necessitata, del diritto europeo all’ordinamento francese pur così diverso in materia di funzione pubblica, “*la consequence est l’application uniforme du droit communautaire aux agents public et aux salariés de droit commun à l’exception de la mobilité pour certaines emplois de l’administration publique relevant de la souveraineté nationale ou de l’exercice de prerogatives de puissance publique. La traduction de cette uniformité s’exprime en droit français par la multiplication des règles issues du droit du travail appliquées aux agents publics*”.

⁶²⁴Tre sono infatti i criteri normalmente adottati per qualificare la natura pubblica di un impiego: un primo di carattere funzionale per l’appunto quando il personale esercita una missione c.d. di servizio pubblico; un secondo criterio che valorizza la fonte del finanziamento, ossia il personale è pubblico quando finanziato con soldi pubblici; il terzo che invece si fonda su un approccio

missione svolta dal lavoratore e non l'inserimento in un dato organismo a caratterizzare la natura pubblica o privata del rapporto – in più occasioni la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in sede di interpretazione della nozione sovranazionale di Pubblica amministrazione di cui all'art. 48 del Trattato, e quindi di ammissibile limite alla libertà di circolazione, definisce pubblico impiego le attività *“which involve direct or indirect participation in the exercise of powers conferred by public law and duties designed to safeguard the general interests of the state or of other public authorities . Such posts in fact presume on the part of those occupying them the existence of a special relationship of allegiance to the state and reciprocity of rights and duties which form the foundation of the bond of nationality”*⁶²⁵.

In attuazione del principio di libera circolazione dei lavoratori nell'interpretazione accolta dalla Corte del Lussemburgo, attualmente anche cittadini di altri Paesi europei, nelle condizioni previste dallo Statuto, hanno accesso a diversi corpi della funzione pubblica, con la sola esclusione, per l'appunto, di quegli impieghi che sono espressione di servizi *“regaliens”* o che comportano una

giuridico ed istituzionale secondo il quale dovrebbe farsi riferimento alla riconducibilità o meno del personale al I II III titolo dello statuto della funzione pubblica.

⁶²⁵Commissione c. Belgio, 17 dicembre 1980, C- 149/1979. Si tratta di un orientamento seguito anche successivamente in Commissione c. Francia 3 giugno 1986, c-307/1984. Sulla ricostruzione di una nozione di amministrazione pubblica a livello europeo mediante la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea si veda LAMBERT, *Concept d'administration publique et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Europeene*, in AA VV *Vers un modèle européen de fonction publique*, 2011 Ed. Bruylant.

partecipazione diretta od indiretta all'esercizio del potere pubblico dello Stato o di altre Amministrazioni Pubbliche.

Con la diffusione della tesi dell'irrilevanza della natura pubblica o privata dell'organismo datore di lavoro⁶²⁶, in Francia, come avvenuto nel resto d'Europa, va discutendosi della effettiva necessità di mantenere le specificità normative del lavoro nella funzione pubblica⁶²⁷ e della opportunità di avvicinarne il regime al lavoro nel settore privato⁶²⁸.

Tale dibattito è caratterizzato – negli anni 2000 – da un interessante dialogo tra dottrina ed istituzioni, principalmente sviluppatosi nei rapporti del Conseil d'Etat sullo stato della Funzione pubblica del 2003 e del 2007 nonché, più recentemente nel rapporto Silicani noto come

⁶²⁶Secondo MELLERAY la spinta alla europeizzazione del diritto della funzione pubblica diretta ad una sostanziale logica di omogeneizzazione tra funzione pubblica e settore privato in ragione del fatto che i funzionari come i salariati del privato sono lavoratori che godono del principio di libera circolazione e dei diritti sociali porterebbe il germe di quello che alcuni hanno definito la banalizzazione della funzione pubblica o comunque alla sua normalizzazione.

⁶²⁷MELLERAY, ritiene che tra i due regimi vi sia stato un progressivo avvicinamento piuttosto che un allineamento del diritto della funzione pubblica al diritto comune del lavoro. Semplicemente, riconosce l'autore, se inizialmente era il diritto della funzione pubblica ad influenzare il diritto comune del lavoro e ad estendere a quest'ultimo le maggiori garanzie riconosciute ai fonctionnaires ai salariés, negli ultimi anni il rapporto si è invertito.

⁶²⁸MELLERAY, cit., 2010 sostiene ad esempio che il rapporto tra diritto del lavoro e diritto della funzione pubblica possa essere analizzata sotto più profili. Sotto quello della convergenza tra i due settori; della loro rispettiva originalità; dell'autonomia e della "exorbitance" del diritto della funzione pubblica rispetto al droit commun du travail.

Libro bianco sul futuro della funzione pubblica. Il rapporto, presentato da Jean Ludovic Silicani (Conseiller d'Etat President de Sous section) nell'aprile del 2008, sintetizza i profili di forza e debolezza della Funzione pubblica francese per trarne utili suggestioni di riforma⁶²⁹.

Dopo una prima parte ricognitiva delle definizioni di servizi pubblici e funzione pubblica francesi il libro Bianco individua i valori classici, quali continuità, adattabilità ed uguaglianza del servizio, ma anche i valori di nuova generazione, come trasparenza ed efficacia, orientatori imprescindibili di una compiuta riforma del settore pubblico. La parte successiva, dopo aver individuato gli aspetti di vulnerabilità che costituiscono i veri ostacoli ad una soddisfacente attuazione dei valori sopracitati, sviluppa le *orientation strategique* ispiratrici della riforma che entro pochi anni dovrebbe condurre ad una organica codificazione della disciplina della amministrazione pubblica francese.

Prima tra le *orientation* è la redazione di una carta di valori del servizio pubblico e della funzione pubblica, priva di carattere normativo⁶³⁰, per la cui effettiva applicazione viene istituita una commissione di controllo, nonché adottato un sistema di diffusione capillare. La carta verrà promossa da parte dei vertici e ministri della funzione pubblica; sarà individuato un funzionario responsabile in ogni ministero; il conoscenza della carta

⁶²⁹Testo pubblicato nel 2008 ed. La documentation française, PARIS, ma anche reperibile sul sito www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000231/index.shtml.

⁶³⁰“*Il paraît nettement préférable de faire des valeurs des outils de transformation du management et de la gestion publics plutôt que de nouvelles sources d'un droit de la fonction publique qui est loin d'en être démunie*”.

sarà inserito nei programmi di formazione dei lavoratori; il rispetto dei valori della carta sarà utilizzato come parametro di valutazione del personale.

Di particolare interesse è infine la seconda *orientation strategique*. Si chiarisce nel rapporto la necessità, accanto al rinnovo della dirigenza, di meglio definire le missioni di servizio pubblico. Un'esperienza che, stando a quanto dichiarato nel Libro bianco, si intende valorizzare riguarda le attività svolte da imprese di servizio pubblico c.d. a statuto (per le quali si rinvia ai paragrafi successivi) ed i procedimenti di esternalizzazione di alcuni compiti “*en controlant strictement leur execution*”. Obiettivo delle trasformazioni è adeguare la Pubblica Amministrazione alle nuove esigenze dell'utenza, degli stessi lavoratori e dei cittadini, la governance ed il management pubblico nell'ambito di un “*dialogo sociale rinnovato*”.

a) categorie di agents publics

Nonostante l'avvio di un vero e proprio ridimensionamento se non di una demitizzazione del diritto della funzione pubblica, quest'ultimo continua ad essere difeso nei suoi caratteri fondamentali, tra i quali la concezione di *administratore*, assai lontana a quella di lavoratore. L'attività svolta dall'amministratore infatti deve necessariamente essere distinta dal diritto comune perché è caratterizzata dal perseguimento dell'interesse generale e quindi regolata dal diritto della funzione pubblica, che a sua volta costituisce un settore del diritto pubblico⁶³¹.

⁶³¹DORD, *Droit de la fonction publique*, ed. Thémis Droit PUF, PARIGI, 2012. Nello stesso senso AUBIN, *Droit de la fonction*

Al fine di qualificare l'agente pubblico è bene quindi valutare non solo la natura giuridica dell'ente datore ma anche il carattere del servizio gestito dall'ente di appartenenza e svolto dallo stesso *agent public*. Sono stati, pertanto, enucleati in sede giurisprudenziale svariati criteri identificativi dell'agente pubblico⁶³² per distinguerlo dai

publique, Ed. Lextenso 2010. Il diritto contemporaneo della funzione pubblica è segnato dalla coesistenza di molti fenomeni giuridici a loro volta sintomo di una più generale evoluzione del diritto amministrativo. In primo luogo l'avvicinamento tra diritto del lavoro e diritto della funzione pubblica ha come conseguenza il superamento della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, avvicinando progressivamente le condizioni di lavoro di salariati e agenti pubblici. La logica della contrattualizzazione influenza sempre più questo settore del diritto che però continua a manifestare una maggiore “*diversità sociale*” nell'ambito della gestione delle risorse umane. Infine la logica della modernizzazione apparsa nel 2001 e sistematizzata dopo il 2007 conduce i governi a stravolgere lo statuto per rendere più elastica la gestione delle risorse umane. Ci si limita ad osservare come tale coscienza di una exorbitance del diritto della funzione pubblica rispetto al *droit commun du travail* si manifesti anche nella manualistica e nella dottrina ancor oggi composta in misura preponderante da pubblicisti ed amministrativisti solo occasionalmente coinvolti in un dialogo, pur necessario, con i lavoristi.

⁶³²DORD, *cit.*, PARIS 2012. Un primo orientamento classico è rappresentato dalle sentenze del Conseil d'Etat “*Affortit*” e “*Vingtain*” del 1954 in linea con il quale fino al 1996 si è sostenuto che gli agenti adibiti a servizi pubblici amministrativi non erano dipendenti pubblici a meno che non partecipassero direttamente all'esercizio del servizio. La conseguenza era che non venivano qualificati come *fonctionnaires* i dipendenti collocati al livello inferiore della gerarchia. Attualmente tre sono i criteri utilizzabili per la individuazione di un agente pubblico, tra questi tre criteri sono cumulativi: il criterio organico (natura pubblica del datore); criterio materiale (missione di servizio pubblico amministrativo) ed

salariati, soggetti al diritto privato che tuttavia lavorano per un ente pubblico.

Più precisamente la dicotomia sulla quale si fonda la giurisprudenza, formatasi in materia, contrappone ai servizi pubblici amministrativi (SPA), i servizi pubblici commerciale e industriali (SPIC). In linea di principio si potrebbe affermare che mentre in un servizio amministrativo, ossia gestito senza alcuna controprestazione finanziaria, siano impiegati agenti pubblici (agents) in un servizio commerciale ed industriale siano impiegati solo lavoratori soggetti al *Code du travail* (salariés).

Tale bipartizione di per sé è inesatta ed è andata diluendosi proprio con la progressiva esternalizzazione dei servizi pubblici.

Anche volendo prescindere da questo fenomeno è bene precisare che nel medesimo ambito dei servizi pubblici amministrativi (SPA), pur gestiti da una persona pubblica, accanto ai *fonctionnaires* sottoposti a Statuto, indubbiamente ricondotti ad un regime di diritto pubblico, esistano anche agenti *non titulaires*, i c.d. *contractuels de droit public*. Questi ultimi sono sottoposti al regime statutario generale ed a decreti specifici, adottati per ogni tipo di contratto (art. 86,88,91) e recentemente riformati (il

il criterio giuridico. L'impiego alle dipendenze di una persona pubblica è necessario ma non sufficiente per aver la qualifica di agente ed ancor più di funzionario; deve infatti esser necessario che il dipendente partecipi ad una missione di servizio pubblico. Storicamente la giurisprudenza si è basata su questo criterio per definire l'agente pubblico. In assenza di missione di servizio pubblico l'agente era semplicemente un dipendente di diritto privato, costituendo il legame tra agente pubblico e servizio pubblico un principio di rilevanza costituzionale (Conseil d'Etat 18 novembre 1993 parere n.355).

12 marzo 2012). La condizione di questi lavoratori c.d. contrattuali è stata oggetto di numerosi pronunce che hanno consentito di individuare *a contrario* quali siano i requisiti caratterizzanti la figura dell'agente pubblico. La pronuncia che ha segnato una vera e propria svolta nella giurisprudenza in materia⁶³³ è la sentenza *Berkani* del 25 marzo 1996, il cui contenuto è stato poi condiviso dalla *Cour de Cassation* e dal *Conseil d'Etat*. Con questa sentenza il *Tribunal de conflicts* ha statuito debbano esser definiti agenti pubblici – ergo rimessi alla giurisdizione amministrativa – coloro che sono impiegati in un servizio pubblico amministrativo a prescindere dalle funzioni concretamente esercitate⁶³⁴ e che il personale, pur non

⁶³³Prima di tale sentenza infatti il criterio era quello espresso con la sentenza “*Affortit et Vingtain*” secondo il quale era agente pubblico solo chi partecipava direttamente all'esecuzione od al funzionamento del servizio pubblico amministrativo gestito da una persona pubblica. Il riferimento inoltre al servizio amministrativo non era agevole. Anche perché *une personne suivant les fonctions exercées et leur degré de relations avec le service public pouvait avoir soit la qualité d'agent public, soit celle d'agent de droit privé* (v.caso emblematico della *Dame Vve mazerand* rec. 792 25 novembre 1962).

⁶³⁴È stato peraltro osservato (AUBY-AUBY-JEAN PIERRE-TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Précis Dalloz, PARIS, 2009) che tale principio per l'appunto noto come Berkani trovi un limite proprio nella volontà del legislatore quando ad esempio qualifica come contratto di diritto privato quello in base al quale alcuni soggetti devono essere impiegati nel servizio pubblico amministrativo oppure indica che un contratto deve essere ricondotto al *droit commun du travail*. In queste ipotesi i lavoratori saranno qualificati come “*salariés*” e competente sulle controversie nascenti dal loro contratto sarà il Conseil de prud'homme. Come si avrà modo di illustrare il principio Berkani non viene applicato neppure quando una persona pubblica, riprendendo una attività di un organismo privato è indotta a riprendere il personale

statutario, dipendente di servizio pubblico amministrativo deve comunque esser ricondotto al diritto pubblico, indipendentemente dall'attività cui è stato adibito⁶³⁵. Si è osservato che tale sentenza “*peut etre interpeté comme une revalorisation majeure de la notion de service public dans l'identification de l'agent public mais avec deux limites encore: faut il que l'employeur soit une personne publique et que le service public n'ait pas un caractère industriel et commercial*”⁶³⁶.

È peraltro possibile che alle dipendenze di un ente pubblico si trovino anche salariati di diritto privato sottoposti al *Code du travail*, il cui trattamento economico e normativo è regolato all'interno di un contratto, che – in caso di controversie – dovranno rivolgersi *Conseil de prud'homme*.

Lo schema, come si nota assai più complesso di quello

dell'organismo in attuazione dell'art. L. 122-12 del codice del lavoro, ora L. 1224-1 e della direttiva comunitaria 4 febbraio 1977 e s.m.i.. In questa ipotesi infatti il personale recuperato frequentemente conserva il contratto di lavoro privato che lo legava al datore di lavoro precedente. (Cons.d'Etat 22 oct. 2004, M. Lamblin, *Dr.adm.*, 2005 comm. 9 e 20; Cons.d'Etat 30 maggio 2007 aff. Mme Manolis, *Dr.Adm.* 2007, n. 118 anche su *Ajda* 2008-204.).

⁶³⁵Si tratta di una sentenza conosciuta e che in Francia è stata molto ben accolta perché ha posto fine all'orientamento precedente secondo il quale la qualità di agente pubblico riposava sulla partecipazione diretta al funzionamento al servizio pubblico o al suo stesso esercizio (Conseil d'Etat 4 giugno 1954). L'applicazione di tale criterio aveva condotto a situazioni che vengono spesso definite tragicomiche come quella della Dame Veuve Mazerand, Tribunal de Conflict 25 novembre 1963.

⁶³⁶LA CHAUME-BOITEAU-PAULIAT *Le service public dans la definition de l'agent public* in *Droit des services publics*, p. 94 e ss. 3 ed. Armand Colin Dalloz, PARIS, 2004.

del nostro “pubblico impiego”, è ulteriormente complicato dal fatto che il legislatore possa contravvenire alla costruzione giurisprudenziale. Il “Pole emploi” assicura il servizio pubblico per l’impiego ma, ad esempio, è composto da personale che in base alla legge n. 126 del 3 febbraio 2008 che l’ha istituito, è soggetto al codice del lavoro, pur nelle condizioni specifiche previste dalla contrattazione collettiva⁶³⁷.

La regola secondo la quale i dipendenti di un servizio pubblico amministrativo gestito da una persona privata siano comunque attratti nel *droit commun du travail* e soggetti alla giurisdizione ordinaria è peraltro del tutto compatibile non solo con il principio Berkani ma anche con le obbligazioni “di diritto pubblico” derivanti dall’attività svolta: dall’*obligation de reserve*, alla legislazione sul cumulo di impieghi, alla disciplina in materia di retribuzione o di esercizio del diritto di sciopero. Queste disposizioni potranno però essere regolate ed integrate da atti regolamentari di gestione del servizio anche in deroga al codice del lavoro, perché volte a soddisfare i caratteri di eguaglianza, continuità, adattamento del servizio pubblico.

Così come per i servizi pubblici amministrativi i lavoratori sono *fonctionnaires*, attratti quindi nel diritto

⁶³⁷Con la legge n. 972 del 3 agosto 2009 è stato autorizzato il ricorso al *temporary agency work* nel settore pubblico per missioni specifiche e di durata determinata, rendendo così sempre meno corretta l’equazione SPA: fonctionnaires = SPIC : salariés. Si tratta di un provvedimento che secondo AUBIN, cit., 2010 potrebbe essere ricondotto ad una tendenza alla relativizzazione della giurisprudenza Berkani. Per distinguere quali attività possano essere svolte da un lavoratore interinale e quali da un agente pubblico potrebbe di nuovo esser necessario ricorrere ai principi giurisprudenziali precedenti alla Berkani.

pubblico, fatte salve le eccezioni soprarichiamate previste dal legislatore, allo stesso modo nel settore dei servizi pubblici industriali e commerciali (SPIC) il principio è che i lavoratori siano sempre *salariés* rientranti quindi nella sfera soggettiva del *Code du travail*⁶³⁸, e nella giurisdizione del *Conseil de prud'homme*.

Tale regola, si ribadisce, prescinde dalla forma giuridica, pubblica o privata, del gestore nonché dall'eventuale inserimento nei contratti di lavoro di clausole che derogano al diritto privato se non di veri e propri rinvii allo Statuto della Funzione Pubblica (siano ad esempio assunti mediante procedure concorsuali simili a quelle previste per il reclutamento di funzionari nei servizi amministrativi).

Esistono, tuttavia, alcune eccezioni al *droit commun du travail* anche all'interno dei servizi pubblici industriali e commerciali. Tra i lavoratori sottoposti allo Statuto della funzione pubblica si ricordano, infatti, il direttore del servizio (*Directeur d'une regie municipale à caractère industriel et commercial*) ed il contabile pubblico⁶³⁹ nonché altri soggetti eventualmente contemplati dal legislatore. A tale ultimo proposito si ricorda che in Francia come in Italia frequenti sono stati, soprattutto in

⁶³⁸Recita invero l'art. 2 della l. 83 634 “*Dans le service set les établissements publics à caractère industriel ou commercial elle ne s'applique eu'aux agents qui ont la qualité de fonctionnaires*”.

⁶³⁹Il direttore del servizio va inteso come “qui occupe le plus haute emploi”. In realtà questa interpretazione restrittiva ha creato difficoltà quanto al vertice dello stesso ente ci sono due organi che intervengono nella direzione generale del servizio. Ad esempio il direttore e il presidente del Consiglio di Amministrazione.. *Contra* interpretazione del Tribunal de conflicts che parla di “emploi de direction” T. de conflict 13 dicembre 1976, Chambre de commerce et de l'industrie de marseille. REc. 705.

passato, gli interventi normativi diretti ad attenuare gli effetti sociali e politici derivanti dalle grandi privatizzazioni degli anni Novanta con le quali si è avviata la trasformazione di enti pubblici in organismi pubblici industriali e commerciali (ad esempio come avvenuto per il personale de “*La poste*” con la legge ad hoc n. 568 del 1990, art. 29 o per France Telecom), benché “*cette solution n’est guère logique au regard des principes de base du droit administratif et devrait progressivement disparaître*”⁶⁴⁰.

In una situazione ibrida si trova infine il personale di alcuni servizi pubblici industriali e commerciali (SPIC) che, nonostante la forma giuridica del gestore, per ragioni di carattere potremmo *storico*, è sottoposto al regime statutario di alcuni testi normativi recanti regole diverse da quelle in linea di principio applicabili. Di tal ché nonostante la fonte di regolamentazione del rapporto sia contrattuale i contratti sono considerati come integrati dalle regole di peculiari *statuti aziendali* dotati tuttavia della forma di decreto (le c.d. imprese di servizio pubblico a statuto)⁶⁴¹.

b) La travaillisation della funzione pubblica

Con apparente ritardo rispetto agli altri paesi europei anche l’ordinamento francese, in tutti i suoi formanti, è giunto ad interrogarsi se abbiano ancora ragion d’essere le differenze di trattamento tra *fonctionnaires* e *salariés*, tra

⁶⁴⁰LA CHAUME-BOITEAU-PAULIAT, cit.

⁶⁴¹Inoltre il carattere contrattuale della loro situazione non impedisce di dover accettare le modifiche apportate unilateralmente dall’impresa al loro statuto. Questo è stato ammesso dal CE arr. 29 giugno 2001 Berton, Dr. Adm., 187.

dipendenti pubblici e privati, o se, piuttosto, non si tratti di anacronistico attaccamento ad una classificazione non solo trascurata in sede europea⁶⁴² ma sempre più percepita come priva di una giustificazione.

Con riferimento alla relazione tra diritto della funzione pubblica e diritto del lavoro, il dibattito – inseribile nel più ampio contesto della crisi della dicotomia pubblico e privato⁶⁴³ ed acuito dall’apertura dei servizi pubblici alla

⁶⁴²Secondo tale teoria il diritto della concorrenza rappresenterebbe un *droit fort* dotato di forza unificatrice, in grado di introdurre, come riferimento unico, il valore dello scambio monetario sul mercato, in tal modo marginalizzando il riferimento all’interesse generale. Detta marginalizzazione condurrebbe a privilegiare il lavoro astratto, regolamentato ed effettuato indipendentemente dalla diversità degli oggetti, dei prodotti e delle finalità. Si tratta di una tesi comunque non accettabile secondo MOREAU, *Existe-t-il une particularité du travail au service de l’interet general?*, tratto da BODIGUEL-GARBAR-SUPIOT (a cura di), *Servir l’interet general*, ed. Les voies du droit, 2000.

⁶⁴³Tra le tante pubblicazioni si veda CAILLOSSE, *Droit public et droit privé: sens et portée d’un partage academique*, *AJDA* 1996, 955- 964 che nel descrivere il vero e proprio fenomeno di “*recul du droit public*” rammenta come paradossalmente la nascita del diritto amministrativo, nel cui ambito va inserita la disciplina della funzione pubblica, derivi da una reazione al mercato. Inizialmente, osserva l’autore, la specificità del diritto pubblico risiedeva proprio nella adozione di modelli burocratici sottratti alle logiche di mercato. A lungo, infatti, le attività pubbliche condotte dalla Amministrazione sono state sottratte alle dinamiche del rendimento al punto che ancora negli anni novanta in sede di Conseil d’Etat si affermava che è servizio pubblico una attività che è considerata come tale dal potere pubblico, ossia come espressione di un interesse generale tale per cui sia direttamente od indirettamente erogata dalla collettività pubblica e sottratta dalla iniziativa e dalle leggi di mercato. Lo sviluppo della logica commerciale anche in questo settore sarebbe quindi il segno di un’epoca segnata dalla

concorrenza – ha indotto certa dottrina ad esprimersi in termini di *travaillisation* della funzione pubblica quale avvicinamento della stessa al *droit commun du travail*, polemicamente ridefinito *banalisation* od ancora *normalisation de la fonction publique*.

Pur nella consapevolezza che a livello europeo non sia previsto alcun nesso tra la connotazione ontologicamente pubblica – perché destinata a soddisfare esigenze comuni alla collettività – della attività svolta e la sottoposizione dei lavoratori ad un regime pubblicistico, è stato, infatti, sollevato il dubbio che da un eccessivo avvicinamento dell'impiego pubblico alla disciplina privatistica, anche per il tramite delle esternalizzazioni, possa discendere una banalizzazione della stessa azione pubblica, incompatibile per natura con la logica del profitto, contrassegno quest'ultimo del settore privato⁶⁴⁴.

banalizzazione o devalorizzazione della gestione pubblica, fenomeno conosciuto amplificato dalla letteratura che celebra il management come un grande paradigma ritrovato.

Come avvenuto in Italia infatti il progressivo, benché più limitato, avvicinamento del diritto della funzione pubblica al diritto comune del lavoro, nonché – negli ultimi anni – il processo di privatizzazione delle modalità di gestione dei servizi pubblici hanno indotto la dottrina a mettere in discussione, come già sollevato negli anni Cinquanta da Jean Riveno, la classificazione diritto pubblico e diritto privato. Tra le numerose pubblicazioni si veda anche quella di respiro comparatistico curata da J.B. AUBY e FREEDLAND *La distinction du droit public et du droit privé: renards français et britanniques*, L.G.D.J. Diffuseur, PARIGI 2004. In particolare gli interventi di AUBY, *Le role de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français*; BEAUD, *La distinction entre droit public et droit privé un dualisme qui resiste aux critiques*; OLIVIER, *La distinction du droit public et du droit privé dans le droit du travail*.

⁶⁴⁴ BAUBY, *L'emploi public facteur de développement et de*

Secondo tale impostazione l'attività pubblica meriterebbe, invece, di essere ancora oggi distinta dalle attività commerciali, richiedendo un *quid pluris* costituito dal necessario rispetto per i diritti fondamentali, un eguale e continuo accesso a beni e servizi essenziali, una gestione sensibile alle esigenze sociali, economiche e territoriali nel lungo periodo, quindi disinteressata al conseguimento del lucro. I caratteri ora elencati dovrebbero quindi trovare corrispondenza nella disciplina del personale.

Le argomentazioni evocate a sostegno delle due tesi, semplicisticamente attribuibili a pubblicisti e privatisti *rectius* a difensori dello *statuto* da un lato e sostenitori di una *contrattualizzazione* della funzione pubblica dall'altro, possono esser così tratteggiate⁶⁴⁵. Secondo la prima

competitivité des territoires? p. 141 in PAULIAT (a cura di), *L'emploi public en europe: une ambition pour demain*, Université de Limoges ed. Pulim Limoges. Si pensi solo nelle zone più dense o ai quartieri più difficili con particolari esigenze di orario. Od agli obiettivi di uguaglianza e solidarietà; di legame sociale e di coesione, posti alla base della azione pubblica, che comportano una ampia disconnessione rispetto al diritto comune del mercato e della concorrenza che invece comporta un sistema di valori specifici da parte di coloro che mettono in opera l'azione pubblica rispetto alla ricerca di propri interessi individuali o corporativi.

⁶⁴⁵ Ad emblema del dibattito si veda la contrapposizione tra le tesi di LE PORS, già Ministro della Funzione Pubblica e Consigliere di stato onorario, e POCHARD, in *Revue du droit du travail*, 2010, dal titolo *Aut il rapprocher les statuts d'agents public set de salariés?*. Il primo si chiede per quale motivo l'avvicinamento tra situazioni debba pensare di esser fatto "verso il basso", avvicinando i funzionari ai privati e non si possa invece pensare di introdurre statuti specifici adeguati al carattere del servizio pubblico svolto. La ragione di una differente disciplina, percepita dai "libéraux" come anomalia, risiede infatti nel fatto che le funzioni e le attività svolte coinvolgono missioni di servizio pubblico ispirate all'interesse generale. Le garanzie statutarie

avevano proprio lo scopo di proteggere il personale e con lui, si deve dedurre, il servizio pubblico stesso, di tal ché *“un scénario gris de confusion public privé pourrait faire disparaître ces garanties”*. LE PORS è anche molto critico nei confronti della *“révolution culturelle”* annunciata da Sarkozy nel 2007 e formalizzata con il Livre blanc del 2008, perché – ritiene – hanno totalmente trascurato la crisi economica nei confronti della quale il servizio pubblico ha svolto un vero e proprio ruolo di ammortizzatore sociale. Non solo per l’impiego, per il potere di acquisto o per il sistema di protezione sociale di pensione; ma anche sotto un profilo etico perché *“le service public étant un espace d’intégrité face à l’immoralité spectaculairement affichée en la circonstance par le système financier”*. L’Autore giunge a definire il processo evolutivo una vera e propria offensiva liberale contro lo statuto dei funzionari che ha seguito altre vie oltre all’attacco frontale, come la legge 2 febbraio 2007 e quella sulla mobilità del 3 agosto 2009. Per tale motivo suggerisce di invertire tale processo elaborando uno statuto dei lavoratori salariati inteso come corpus normativo composto dal codice del lavoro ma integrato da accordi contrattuali negoziati per settore e imprese. Contrapposta a tale concezione, nella sua proposta peraltro minoritaria, si trova la posizione assai più condivisa di POCHARD, che per l’appunto sottolinea come le motivazioni che hanno indotto ad una distinzione tra i due regimi (ossia garantire che il funzionario potesse svolgere la sua missione nel solo interesse generale senza pressione alcuna dai vertici) tra le quali l’esistenza di un diritto comune del lavoro non ancora sufficientemente garantista, non siano più evocabili allo stato attuale. Ferma la necessità che l’interesse generale sia perseguito senza pressioni, salariati e funzionari sono infatti molto garantiti. *“La réalité quotidienne montre que ce n’est pas parce qu’un agent d’un service public n’a pas le statut de fonctionnaire qu’il ne peut pas assumer sa mission sous le seul signe de l’intérêt général”*. Sostiene ancora POCHARD che è solo per un abuso di linguaggio che si giunge ad assimilare evoluzione del servizio pubblico ed evoluzione della funzione pubblica, in ragione della quale rinunciare alla purezza di un diritto statutario e regolamentare sarebbe scindere il funzionario dall’interesse generale per

prospettiva l'impiego pubblico non avrebbe perso dalla sua nascita ad oggi quei caratteri che rendono necessaria l'adozione di una speciale disciplina, in primo luogo in grado di garantire un soddisfacente e sereno assolvimento della missione di interesse generale cui i *fonctionnaires* sono tenuti ad ispirare la loro prestazione lavorativa. L'attività di un *fonctionnair* non può quindi affatto essere paragonata a quella svolta alle dipendenze di un'impresa, la cui ragion d'essere consiste proprio nel soddisfacimento di un interesse individuale. Regime della funzione pubblica, quindi statuto, e qualità del servizio pubblico sarebbero, pertanto, inscindibilmente connessi così che se si incidesse sul primo, di fatto snaturandolo, ne deriverebbero ineluttabili conseguenze sul secondo.

Si è dell'avviso che difendendo lo Statuto della funzione pubblica si difenda in realtà una precisa visione di servizio

ricondurlo a quello particolare dello stesso lavoratore, del cliente e dell'utente. Lo stesso POCHARD non ritiene “*ni possible ni souhaitable*” giungere ad una totale assimilazione tra i due sistemi, dovendosi privilegiare per contro un modello *nuancé* già immaginato da RIVERO nel 1947, in cui decisivo per il corretto svolgimento della missione di servizio pubblico sarebbe l'aspetto deontologico, poiché i cittadini vogliono che l'agente svolga con disinteresse il servizio e che sia quindi meritevole di fiducia, risultati per l'appunto raggiungibili salvaguardando l'interesse generale e sensibilizzando alla deontologia, non moltiplicando le garanzie. Dalla nuova apertura alla società ed al diritto comune del lavoro deriverebbe così un nuovo *contrat social* con la nazione. Un vero e proprio modello di diritto comune del lavoro sembra già rinvenibile secondo l'autore in forma embrionale a livello europeo. “*Un veritable droit commun du travail se trouve en germe en partie sous l'influence d'ailleurs du droit communautaire par hybridation entre les deux droits et par multiplication de disposition jumelles (non discrimination, droit de négociation, droit à la formation) qui rend poreuse la frontière*”..

pubblico che a sua volta comporta un determinato concetto di Stato⁶⁴⁶. Se quindi la fine della regolamentazione unilaterale del pubblico impiego rappresenta il segno di una crisi maggiore di identità nazionale⁶⁴⁷ la retrocessione dello statuto a beneficio di modelli privatistici non potrà elevare la qualità della attività resa. Sarebbe quindi preferibile intervenire nell'ambito stesso dello Statuto, ad esempio rendendo più elastica la gestione del personale, a lungo stretta nella rigida classificazione in *corps*. In questo modo verrebbero selezionate e conservate quelle peculiarità che il legislatore ritiene siano strettamente connesse al buon funzionamento del servizio⁶⁴⁸.

Si discosta invece da tale visione una corrente dottrina assai diffusa che, partendo dalle riflessioni di Jean Rivero - secondo il quale già lo Statuto della funzione pubblica del 1946 avrebbe segnato una prima armonizzazione tra settori realizzata adottando principi ispiratori identici ma attuati secondo modalità differenti⁶⁴⁹ - reputa necessario prendere

⁶⁴⁶DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, ed. E. de Bocard, 1923, ristampa Ed. Pantheon Assas PARIS, 2007.

⁶⁴⁷VILLENEUVE, cit.

⁶⁴⁸Tra i tanti si veda VIGOROUX, *Les défis du service public et les particularités de la Fonction publique*, *Rev. Adm.*, 2004 p. 183 secondo il quale sarebbe preferibile “jouer des souplesses” ossia mettere l’innovazione giuridica al servizio della qualità dell’amministrazione e non il contrario. Statuto e contratto non sarebbero quindi le uniche opzioni, potendosi ad esempio procedere alla riduzione del numero dei corpi, a deconcentrare la gestione, a delegare ad organismi privati, previo ricorso al dialogo sociale ed ai comitati di consultazione e negoziazione; a differenziare i trattamenti individuali.

⁶⁴⁹RIVERO, *Vers la fin du droit de la fonction publique?*, *Rec. Dalloz*, 1947 p. 149. Nell’individuare nello Statuto quegli elementi che ritiene sintomatici di una ispirazione generale RIVERO – secondo il quale la componente statutaria e regolamentare sarebbe

atto dei mutamenti intervenuti nel sistema francese ed in quello europeo.

La necessità di un “*approchement*” del lavoro pubblico a quello privato deriverebbe dalla constatazione che si sono oramai dissolte le circostanze di mero fatto che avevano condotto alla separazione tra i regimi, di tal ché attualmente non potrebbe esser sollevata nessuna valida obiezione all’esercizio di una missione di interesse generale in regime contrattuale.

Come spesso accade è un’interpretazione “*intermedia*” quella che tuttavia si mostra più condivisibile. Essa nasce dalla consapevolezza che sia attualmente necessario superare le differenze più rilevanti tra i due regimi, ma ammette che siano conservate alcune peculiarità: dalla deontologia, all’accesso all’impiego, alle progressioni di carriera. Tratto distintivo, secondo tale impostazione, continua ad esser la natura pubblica del servizio e dell’interesse generale che esso mira a soddisfare⁶⁵⁰. Va

posta nel nulla da altre disposizioni – si sofferma in particolare sul riconoscimento dell’associazionismo sindacale dei funzionari, innanzi al quale l’autorità dello Stato si dissolve. Lo statuto secondo l’Autore, avrebbe addirittura segnato il trionfo del contratto che, rigettato a livello individuale, ricompare a livello collettivo distinguendosi dal privato solo per un elemento formale, dovendo cioè esser recepito in un atto normativo. Ed ancora altro elemento di notevole avvicinamento è la configurazione di organismi di partecipazione democratica degli agenti alla gestione del servizio di ispirazione privatistica come i comités techniques paritaires o le commissioni amministrative paritarie. Secondo l’Autore si sarebbe trattato oltretutto di un fenomeno inevitabile totalmente autonomo configurabile solo nel limite in cui i funzionari fossero stati in numero ridotto e svolgessero attività assolutamente lontane da quelle svolte nel privato.

⁶⁵⁰Tra i sostenitori più autorevoli POCHARD, *Droit de la fonction publique et droit commun du travail*, in *Vers un modèle européen*

detto che la distanza tra i due regimi potrebbe anche avere ampiezza differente in ragione dello specifico carattere del servizio pubblico ed indipendentemente - si dovrebbe concludere - dalla natura pubblica o privata dell'ente datore di lavoro⁶⁵¹. Rivero aveva infatti ipotizzato la creazione di un'ampia gamma di Statuti chiedendosi più di sessant'anni fa se non sia opportuno sostituire alla risalente opposizione del funzionario al dipendente *“une gamme de statuts appliquant encore une fois des principes de base identiques mais nuancant avantages et sujétions selon que l'activité considérée serait liée de façon plus ou moins étroite à l'intérêt public”*.

Si potrebbe affermare, quindi, che i tratti del servizio pubblico più volte ricordati debbano continuare a trovare riscontro non solo in alcune qualità giuridiche della

de fonction publique, 2011 ma anche dello stesso autore *Quel avenir pour la fonction publique* in *ADJA* 2000 p. 3

⁶⁵¹RIVERO, *cit.*, *Rec. Dalloz* 1947, p. 149. Il già citato saggio viene infatti spesso assunto quale punto di partenza per ogni riflessione afferente al rapporto tra statuto della funzione pubblica e diritto comune del lavoro, da quanti ritengono debba procedersi ad uno smantellamento di ingiustificate differenze tra settori così come da coloro che invece ribadiscono la necessità del mantenimento di alcune peculiarità. La soluzione già immaginata dall'autorevole amministrativista, peraltro, appariva già aperta, come si è avuto modo di precisare, alla introduzione di una gamma di statuti. Poiché, afferma RIVERO, *“l'intérêt general a aussi ses exigences”* la nuova legislazione di cui auspica l'adozione *“doit bien l'admettre en autorisant pour certains services des derogations a ses principes (...) exigent évidemment que la subordination hiérarchique y soit maintenue dans sa pureté; mais à l'opposé l'importance prise par certaines activités privées dans la vie nationale n'exigerait elle pas que leurs agents fussent soumis, en matière de continuité notamment, à quelques une de règles du droit public traditionnel?”*.

disciplina del personale ad essi adibito, ma anche in un maggior coinvolgimento dello stesso personale nelle scelte strategiche sulla gestione. La partecipazione dei lavoratori potrebbe rivelarsi un utile vettore di qualità e garanzia del servizio anche considerato lo stretto legame tra gestione del servizio e sviluppo del territorio e quindi la coincidenza tra la categoria dei lavoratori e utenti. L'ancoraggio territoriale degli operatori di servizi pubblici, inscindibile dalla loro missione, spesso trascurato, in realtà *“fonde la légitimité et les devoirs des operateurs d'interet general a participer et a contibuer à l'animation du developpement economique et social du territoire dont ils ont la concession”*⁶⁵².

Solo una volta che si sia presa coscienza del carattere peculiare del rapporto di lavoro che impiega il personale nel settore dei servizi pubblici nel pubblico, nel privato così come nelle forme di organizzazione intermedie (dalle imprese a statuto, alle società *“delegataires” du service public*), ossia una volta compreso che *“les salariés de l'interet general ne sont pas tout a fait comme les autres”* sarà possibile riflettere sulla configurabilità di quello che parte della dottrina, nel tentativo di dare una struttura a tali considerazioni, ha definito un “terzo settore” al limite tra lavoro pubblico e privato, tra *fonction publique* e *droit commun du travail*. In sede di elaborazione, purtroppo arrestatasi a livello embrionale anche nel dibattito dottrinale francese, di un “regime del terzo settore” particolare rilievo è stato attribuito alla definizione, in sede

⁶⁵²VILLENEUVE, cit., p. 443 che sottolinea quella che definisce un'evidenza “triviale” se solo si pensa ai sistemi educativi, alla fornitura di energia in quanto tali impossibili da delocalizzare in ragione di valutazioni meramente economiche di convenienza del costo della manodopera.

negoziale, di una deontologia professionale di settore a livello europeo.

L'impressione è, infine, che ad un mutamento radicale, il legislatore francese sembra aver privilegiato una riforma costante, consistente nel progressivo incardinamento, nella disciplina statutaria, di istituti tipici del lavoro dei *salariés*⁶⁵³ quali, da ultimo, con la legge del 3 agosto 2009 la disciplina della mobilità interna all'amministrazione, che ha altresì introdotto la possibilità di impiegare lavoratori assunti da agenzie interinali⁶⁵⁴.

II) I servizi pubblici alla francese

a) origine della nozione e sua evoluzione: i servizi pubblici amministrativi (SPA) e i servizi pubblici industriali e commerciali (SPIC)

L'arma teorica cui la dottrina fa più frequentemente ricorso nella difesa dello Statuto della funzione pubblica è costituita dal *servizio pubblico* e dal peculiare ruolo che tale istituto ha assunto nella tradizione giuridica e politica francese⁶⁵⁵. Accanto ad una funzione giuridica, infatti, il

⁶⁵³ Per una ricostruzione delle tappe del percorso di *travaillisation* del diritto della funzione pubblica si veda recentemente DEBORD, *Droit du travail dans le secteur public*, *Rev. du droit du travail*, 2010, 692.

⁶⁵⁴ Mentre elementi di elasticità da potevano per alcuni già individuarsi nel sistema precedente JEAN-MICHEL EYMERI, *De la souplesse dans la rigidité: les corps administratifs à la française*, EIPA SCOPE 2000/2.

⁶⁵⁵ Nella tradizione francese, invero, il servizio pubblico rappresenterebbe infatti l'espressione giuridica di una filosofia politica, di un certo rapporto tra *gouvernants et gouvernés*, se non di identità nazionale che la separerebbe dagli altri Paesi Europei.

servizio pubblico è stato dal suo più grande studioso investito di una missione politica che ha reso la nozione di servizio pubblico la base di una più ampia teoria generale dello Stato⁶⁵⁶ ed ha consentito di legittimare l'azione pubblica nel suo complesso.

Il servizio pubblico è inteso quindi come complesso di

Per la ricostruzione del concetto come elemento integrante di identità nazionale e per un'interessante riflessione sulle ambiguità celate nella difesa del servizio pubblico PONTIER, *Sur la conception française de service public*, in *Rec.Dalloz* 1996, 1, p. 9.

⁶⁵⁶CAILLOSSE, *Service public et concurrence: le service public entre deux mythologies*, in *Droit Ouvrier*, 2008; *Le service public dans la théorie de l'état de Léon Duguit* LGDJ 1972. CAILLOSSE rammenta inoltre, come già stato osservato da altri con riferimento all'origine del diritto pubblico, che nella sua concezione originaria il servizio pubblico fosse il tramite volto al raggiungimento dell'obiettivo di sottrarre una parte variabile ma significativa dei rapporti socio economici alla logica del mercato. Questo obiettivo era parte integrante della nozione stessa di servizio pubblico in Francia, peraltro alla base della giurisprudenza del Conseil d'Etat sino a poco tempo fa. Con l'avanzamento del diritto della concorrenza è stato necessario non solo sottoporre i servizi pubblici ad una lettura totalmente rinnovata ma anche accogliere nuova distinzione tra amministrazione e impresa. L'esistenza di una stretta connessione tra nozione di service public e teoria dello Stato è del resto espressa con grande chiarezza dallo stesso DUGUIT, nel suo fondamentale testo *Manuel de droit constitutionnel*, ed. E. de Boccard, 1923, ristampa Ed. Pantheon Assas PARIS, 2007. Lo Stato non è altro che una "cooperation des services publics organisé et contrôlé par les gouvernants". Ragion per cui la nozione diviene per lo stesso giurista determinante fulcro della costruzione del diritto pubblico moderno. DUGUIT rigetta invece la teoria, sostenuta da BARTHELEMY, secondo la quale esistono dei servizi ontologicamente pubblici che non possono essere erogati da privati (*cette distinction ne repose sur rien de solide*) sostenendo invece che in potenza tutte le attività di servizio pubblico possano essere svolte da soggetti particolari, da privati.

“toute activité dont l’accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants parce que l’accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l’interdépendance sociale et qu’elle est de telle nature qu’elle ne peut être assurée complètement que par l’intervention de la force gouvernante”. Da ciò discende che lungi dal rappresentare una categoria rigida e dai confini immutabili⁶⁵⁷ il servizio pubblico è destinato a crescere ed a diversificarsi unitamente all’aumento dei bisogni di una collettività e quindi con la sua civilizzazione.

Nonostante la nebulosità dei suoi tratti il concetto di servizio pubblico consente, sempre secondo la teoria di Duguit, di delineare l’area di intervento dello Stato e quindi di costituire il *“fondament et limite du pouvoir gouvernemental”*⁶⁵⁸. Ciò poiché il perseguimento del bene

⁶⁵⁷*“La notion de service public est complexe d’une complexité qui relève de sa nature et de la diversité de ses formes d’émergence. Ces formes selon un processus historique induisent une constante recomposition de la notion de service public. Car cette notion n’est pas statique. Elle se modifie aujourd’hui selon la force d’impregnation du droit européen dans le système de droit français”*. GUGLIELMI KOUBI, cit.

⁶⁵⁸DUGUIT, cit.. Merita rammentare come secondo JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, tome 2 Dalloz, PARIS, 2004 (edizione ristampata del volume del 1914) la concezione fatta propria da DUGUIT avrebbe carattere sociologico ma non offrirebbe alcun elemento giuridico in grado di individuare un servizio pubblico (*“le Professeur Duguit ne degage pas le criterium juridique permettant de reconnaître si le procede juridique du service public a été voulu dans tel cas donné”*). Essendo, per contro necessario ritenere servizio pubblico ogni attività che l’autorità abbia ritenuto di considerare come tale, essendo necessario far prevalere l’interesse pubblico su quello privato, pertanto destinandola ad uno speciale regime di disciplina

di diritto pubblico. *“Toute les fois qu’on est en presence d’un service public proprement dit on constate l’existence de regles juridiques speciales de theories juridiques speciales qui toutes ont pour objet de faciliter le fonctionnement regulier et continu du service public, de donner le plus rapidement et le plus completement possible satisfaction aux besoins d’interet general”*. Resta fermo che portata determinante abbia la soddisfazione dei bisogni della collettività, con effetti anche sul personale operante in tali settori perché *“les agents publics font leur devoir non pas pour contenter leur chefs mais pour assurer le fonctionnement regulier et continu du service public. Le fonctionnement regulier et continu du service public, voila l’idee qui doit inspirer toute l’actviité des agents publics”*. Come osservano GUGLIELMI KOUBI, la nozione di servizio pubblico gioca un ruolo particolare nell’elaborazione di una nuova teoria dello Stato da parte di DUGUIT che dedicandosi alla individuazione del ruolo concreto delle persone pubbliche nella società, sotto forma di un interventismo economico e sociale che esprime uno Stato previdenziale, impiega la nozione di servizio pubblico quale strumento diretto a perseguire l’obiettivo di creare un limite generale allo Stato mediante il diritto. Secondo gli autori per il servizio pubblico diventa così non solo una nozione fondatrice del diritto amministrativo ma anche una nozione che permette la subordinazione giuridica dello stato, legittima infatti è la costrizione dei governati solo se fondata sul diritto. Gli atti dei governanti si impongono ai governanti non perché espressione immanente naturale ed incontestabile dello stato o di un diritto soggettivo del comando ma solo perché conformi al diritto oggettivo inteso quest’ultimo come insieme di norme ricavate dalla coscienza sociale. La società genera per i bisogni della sua esistenza e del suo sviluppo delle regole la cui osservazione e applicazione si impone, quando necessario, con costrizione. Il diritto oggettivo raggruppa queste regole la cui esistenza si impone in base alla necessità della vita collettiva e la cui esistenza è necessaria per consentire il mantenimento e lo sviluppo della vita sociale. Al centro della nozione di diritto oggettivo si trova il servizio pubblico poiché ruolo dei governanti è lavorare alla realizzazione e sviluppo della solidarietà sociale prendendosi carico delle attività di interesse generale indispensabili alla vita

comune oltre ad essere l'obiettivo fondamentale e la stessa ragion d'essere del potere attribuito ai governanti, è nel contempo il limite del loro agire.

L'accettazione, anche coattivamente imposta, di tale potere da parte dei governati è ammessa, infatti, solo e soltanto nel limite in cui l'esercizio del potere sia per l'appunto finalizzato a soddisfare bisogni collettivi ma "*ne saurait aller au delà de ce qu'admet ou exige la conscience sociale*".

Si è osservato come si tratti di fatto di una teoria nella sua essenza liberale perché destinata a limitare il potere coercitivo dei governanti, mettendo anche l'accento sulla necessità di sviluppare un legame di solidarietà nella società oltre ad incoraggiare lo sviluppo dei servizi pubblici.

Questi concetti sono consacrati nel preambolo della Costituzione francese del 1946 in base al quale "*Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acuiert les caractères d'un service public National ou d'un monopole de fait doit devenir la propriété de la collectivité*". Da ciò emerge la volontà di impedire la dominazione delle più grandi imprese private sulla vita economica e sociale del Paese che a posteriori ha condotto ad esempio alla nazionalizzazione della elettricità e del gas.

L'esistenza di grandi imprese pubbliche si giustifica quindi con l'idea che le infrastrutture necessarie allo sviluppo economico devono essere di proprietà della collettività, nascendo così un legame di necessità tra proprietà pubblica, monopolio e servizio pubblico⁶⁵⁹ i cui

collettiva. Le prerogative che detiene non sono, quindi, che la contropartita di questa obbligazione.

⁶⁵⁹BAUBY, *Les service publics et l'integration europeenne*, in *Droit Ouvrier* 2008 sottolinea come l'eterogeneità della nozione

caratteri essenziali vengono individuati nella continuità, uguaglianza ed adattabilità. Negli anni Sessanta questi caratteri assumeranno la forma di un autonomo regime giuridico composto da regole e principi applicabili ogni qual volta l'attività costituisca servizio pubblico.

Premessa necessaria alla valutazione degli effetti sociali discendenti dall'adozione di una determinata modalità di gestione del servizio pubblico è un breve richiamo alla già citata distinzione tra servizi pubblici amministrativi e servizi pubblici industriali e commerciali che, oltre ad essere utile nella ambito “*statico*” della qualificazione degli agents publics/salariés impiegati nei due settori, origina altresì eterogenei effetti sotto il profilo “*dinamico*”, ossia con riferimento alle fasi transitorie di esternalizzazione (*délegation de service*) o reinternalizzazione (*réprise en regie*) della gestione del servizio.

Così come non può rinvenirsi una sola ed unica definizione di servizio pubblico, allo stesso modo sono individuabili numerosi criteri – perlopiù di tradizione giurisprudenziale ma talvolta previsti dal legislatore – volti

abbia spesso generato confusione venendo da molti assimilata o ad una situazione di monopolio, (nonostante molti di questi servizi siano compatibili con una situazione concorrenziale) o con un regime di privilegi in capo ai lavoratori del settore. Esistono, del resto, almeno tre grandi concezioni di servizio pubblico, sostiene l'Autore. Dal punto di vista giuridico si tratta di servizi connotati da principi formulati dal Conseil d'Etat da almeno un secolo, ossia uguaglianza, continuità e mutabilità/adattabilità; sotto un profilo economico invece i servizi pubblici consentono di prendere in considerazione le incapacità del mercato – gestione di lungo periodo, investimenti, importanza delle esternalità negative o positive, monopolio naturale; sotto il profilo politico i servizi pubblici sono oggi consacrati alla liberalizzazione nel perseguimento di una maggior efficacia economica e sociale.

a contrapporre ai servizi amministrativi, quelli industriali e commerciali⁶⁶⁰. In particolare gli indici che il Conseil d'Etat, per la prima volta nell'arret *Union syndicale des industries aeronautiques* del 1956, ritiene debbano essere oggetto di valutazione, al fine di qualificare la natura del servizio pubblico sono: l'oggetto del servizio, l'origine delle risorse e le modalità di funzionamento⁶⁶¹. Nel caso in cui la totalità di questi elementi abbia carattere o sia svolta secondo un modello imprenditoriale, il servizio avrà natura industriale e commerciale⁶⁶². Vige, in caso contrario, una presunzione del carattere amministrativo del servizio⁶⁶³,

⁶⁶⁰La definizione della dicotomia, già presente nell'arret Bac d'Eloka del 1921 del Tribunal des Conflict, viene normalmente ricondotta una sentenza del Conseil d'Etat, *Union Syndical*. Accanto a chi ritiene che si tratti di una categorizzazione esaustiva ed esclusiva, MELLERAY, *Droit de la fonction publique, cit.*, di tal ché i servizi pubblici possono essere o amministrativi o industriali/commerciali vi è chi è di un differente avviso LA CHAUME, *Brèves remarques sur les services publics à double visage, RFDA*, 2003, 362.

⁶⁶¹Nuovamente la necessità di elaborare criteri volti a distinguere le due categorie nasce nel momento in cui era stata smentita l'equazione che vedeva i servizi amministrativi svolti esclusivamente da persone pubbliche e i servizi industriali e commerciali solo da società private. LA CHAUME-BOITEAU-PAULIAT, *Droit des services publics*, 3 ed. Armand Colin Dalloz 2004. Tale affermazione trova conforto nei parametri indicati dal Consiglio di Stato decisamente sintomi di una concezione funzionale/materiale del servizio per cui ad essere analizzata è la missione di interesse generale perseguita che supera quindi la appartenenza ad un dato organismo.

⁶⁶²Osserva MELLERAY cit. che la dicotomia può dirsi oramai superata e sostituita dalla distinzione tra attività economica e *puissance publique*, perlopiù diretta a circoscrivere il campo di applicazione del diritto della concorrenza.

⁶⁶³Secondo CHAPUS, *Droit administratif general*, Tome 1, 14

che assume quindi una struttura per così dire residuale o “negativa”⁶⁶⁴.

b) Servizi pubblici e lavoro: caratteri comuni

Prima di analizzare gli effetti discendenti dalla natura pubblica del datore o del titolare del servizio o dal suo mutamento sul complesso regime giuridico applicabile ai rapporti di lavoro, è opportuno descrivere quali siano le conseguenze che sui medesimi discendono dalla essenza stessa del servizio, ossia dalla sua finalizzazione all’interesse generale della collettività.

Edition Montchrestien, PARIS 2001, p. 563 e ss. dopo aver ricordato l’esistenza di più accezioni del concetto di servizio pubblico, funzionale, materiale ed organica, l’amministrativista osserva come la nozione funzionale, normalmente considerata come insuscettibile di definizione, può al contrario esser descritta essendo assurdo pensare che l’edificio del diritto amministrativo sia stato costruito su qualcosa di inesistente. È infatti perfettamente possibile definirla in base a due dati spesso trascurati uno il legame organico alla attività da qualificare, l’altro è costituito dall’obiettivo in vista del quale l’attività viene svolta. Di tal che potrà dirsi che un’attività costituisce un servizio pubblico quando è assicurata o assunta - direttamente od indirettamente - da una persona pubblica in vista di un interesse pubblico.

⁶⁶⁴Il perseguimento dell’interesse generale è il solo collante rimasto tra tutti i servizi pubblici, elemento costante a prescindere dall’oggetto stesso del servizio. Anche l’interesse generale, tuttavia, precisa MELLERAY, *Droit des services publics, cit.*, è una nozione in perenne evoluzione ed espansione (diversamente da quanto sostenuto nelle conclusioni dell’avv. MATTER nella famosa sentenza *Bac d’eloka*, orientato verso una concezione ontologica di servizio pubblico. È con la sentenza *Bac d’eloka* che viene per la prima volta riconosciuta l’esistenza della categoria dei servizi pubblici commerciali (prima della quale di fatto esistevano ma non erano riconosciuti come tali).

I tratti caratterizzanti i servizi pubblici vengono dalla dottrina francese principalmente raggruppati nei già evocati principi di eguaglianza, continuità ed adattabilità, che nelle loro svariate disposizioni attuative costituiscono oggi le basi del diritto dei servizi pubblici.

L'uguaglianza, che ha effetti forse più evidenti sull'accessibilità del servizio agli utenti, si concretizza nell'ambito del rapporto di lavoro nel principio di pari accesso all'impiego pubblico. Tale principio, volto a valorizzare *vertus et talents* anche in corso di carriera, si traduce anche nella parità di trattamento tra funzionari che svolgono un servizio pubblico nello stesso corpo⁶⁶⁵ così come nel riconoscimento della libertà di opinione, in materia religiosa e politica.

Il principio di continuità del servizio pubblico, la cui immediata incidenza sul rapporto di lavoro emerge dalla disciplina dell'orario di lavoro e sul diritto allo sciopero, si realizza compiutamente proprio grazie al personale. L'effettività della garanzia di un servizio continuativo dipende, infatti, dall'adempimento delle obbligazioni gravanti sui lavoratori, cui spesso è richiesta – in ragione della continuità del servizio – una prestazione *polivalente*. In alcune aree geografiche che spesso raccolgono numerose amministrazioni locali sono addirittura state costituite delle *maisons de service public* (circ. du 2 aout 2006 INTK0600073C)⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵GUGLIELMI, ult.op.cit., secondo il quale gradazione dell'eguaglianza è anche il riconoscimento, dopo la sentenza Berkani, del titolo di agents a tutto il personale nel settore dei servizi pubblici amministrativi gestiti da enti pubblici, anche ai *contractuelles*, che sono infatti sottoposti al diritto pubblico.

⁶⁶⁶A tal proposito GUGLIELMI, op.cit., pone in evidenza l'ennesima contraddizione tra la dichiarata necessità di ridurre il costo del personale impiegato nei servizi, quindi ridurre il numero

Il principio di adattabilità o mutabilità del servizio alle esigenze manifestate dall'utenza è stato invece recepito in uno *jus variandi* unilaterale del regime statutario da parte del datore. Non è quindi rinvenibile in capo ai lavoratori alcun diritto acquisito al mantenimento delle norme esistenti (Conseil d'Etat 2 marzo 1988, aff. *Coligny*).

Sulla base di tali principi ed a sostegno del convincimento che questi debbano superare la natura dell'ente erogatore per riflettersi, pur in misura graduata, sul regime giuridico applicabile alle relazioni di lavoro, autorevole dottrina ha immaginato la creazione di un terzo settore comprensivo di tutti quegli enti "ibridi", i cui esemplari sono assai diffusi nell'ordinamento francese⁶⁶⁷, collocati sul crinale tra diritto pubblico e privato, tra statuto e contratto⁶⁶⁸, caratterizzati in primo luogo da un

del personale, e la volontà di migliorarne la qualità.

Ed ancora il principio di continuità emerge dalle obbligazioni di servizio dell'agente di un servizio pubblico: obbligazione di esclusività, di presenza sul luogo di lavoro – radicalmente sanzionata dalla revoca e radiazione dai quadri senza pensione se è trovato in abbandono del luogo – di obbedienza gerarchica, di *conscience professionnelle*.

⁶⁶⁷Sia sufficiente richiamare le figure di agents non titulaires de droit commun, o contracuelles ossia agenti che pur impiegati alle dipendenze dell'Amministrazione Pubblica sono sottoposti al droit commun du travail o c.d. contratti aidés. La fattispecie sulla quale tuttavia SUPLOT ha ipotizzato di poter costruire un lavoro del terzo settore originato quindi dalla composizione di elementi del diritto della funzione pubblica con altri appartenenti al *droit commun du travail* è rappresentata dal modello tutto francese delle c.d. Imprese di servizi a statuto di cui si parlerà oltre.

⁶⁶⁸SUPLOT, *Critique au droit du travail*, PUF, PARIS, 1994. L'impiego nel servizio pubblico in Francia è incentrato sulla nozione di statuto così come nel privato invece sul concetto di contratto. Il contratto fa sì che il lavoro sia oggetto di negozio

differente approccio nei confronti del potere.

Mentre nel settore privato, infatti, il lavoratore abdica alla sua volontà per farsi strumento di quella del datore, il rapporto di lavoro nel settore pubblico è caratterizzato dalla presenza di un terzo elemento nei confronti del quale entrambe le parti sono poste al servizio.

Sarà quindi l'etica professionale a dover filtrare sia la relazione con il pubblico sia quella con il superiore gerarchico.

Ulteriore differenza, che secondo la dottrina richiamata costituisce un ostacolo alla totale soggezione del lavoro nei servizi pubblici al diritto comune, attiene alla retribuzione che non rappresenta la controprestazione sinallagmatica della prestazione lavorativa, destinata ad aumentare come a diminuire nel corso della vita professionale, perché indicizzata a parametri di mercato. Al contrario la retribuzione integra la controprestazione della sottoposizione della persona al servizio del pubblico.

Il trattamento economico dovrà quindi essere sufficiente a tutelare la dignità e l'integrità del lavoratore oltre ad avere carattere stabile, sì da consentire all'agente pubblico di svolgere serenamente il proprio lavoro, costituendo detta "serenità" (che può leggersi come mancata ricerca di un interesse individuale) la parte integrante dello spirito di servizio pubblico⁶⁶⁹.

mentre lo statuto isola il rapporto di lavoro dall'area commerciale. Con il contratto il dipendente vende il suo lavoro offrendolo al mercato: il rapporto è dunque asimmetrico poiché uno dei contraenti si sottomette all'altro ed è sinallagmatico, fondato sullo scambio tra salario e prestazione. Nessuno di questi elementi può esser rinvenuto nello statuto

⁶⁶⁹SUPIOT, *Servir l'interet generale*, PUF, PARIS, 2000. "Dignité dans le rapport au pouvoir, sérénité dans les rapport à l'argent, continuité dans le rapport au temps, voici donc les traits qui

Neppure l'elemento temporale può aver lo stesso valore nel settore pubblico ed in quello privato. Mentre, infatti, il contratto di diritto privato è caratterizzato da un'inevitabile aleatorietà e discontinuità, il principio di continuità del servizio pubblico si traduce nella continuità del rapporto di lavoro. Di tal ch  non solo sar  garantita la prevedibilit  dell'evoluzione retributiva ma l'impiego a vita corrisponder  al regime lavorativo predominante.

Alla luce di tale *continuum* tra servizio e lavoro, risulta maggiormente comprensibile per quale motivo in Francia e per certi versi anche in Italia la difesa del servizio pubblico venga identificata con la difesa di un peculiare regime giuridico (statutario) dei rapporti di lavoro.

Orbene. L'apertura dei servizi pubblici alla concorrenza ha temperato questa bipartizione ed ha assunto quale obiettivo prioritario il raggiungimento di un determinato standard qualitativo. Questo scopo   stato quindi privilegiato rispetto alla conservazione di una determinata natura giuridica dell'operatore, s  che "*le seul fait de servir la puissance publique ne suffit donc plus   fonder la l gitimit  des statuts*"⁶⁷⁰.

caract risent l'esprit de service public et le distinguent nettement aussi bien des valeurs de la sphère marchande que de celles de la sphère politique. C'est cette claire distinction qui a permis l' plosion en France d'un type d'identit  et de morale professionnelle propre à garantir l'intégrité et l'efficacité des services publics". Ed ancora, dello stesso autore, *La crise de l'esprit de service public, Droit social*, 1989, 777.

⁶⁷⁰Secondo SUPIOT, *cit.*, PUF, 2000, infatti, l'apertura alla concorrenza avrebbe indotto ad una maggior attenzione per la qualit  ed il costo del servizio, ponendo in secondo piano la natura pubblica o privata dell'ente in tal modo rendendo meno stringente il risalente legame tra statuto e servizio pubblico. In senso pi  ampio sarebbero l'apertura delle frontiere e la costruzione dell'Europa ad aver di fatto condotto ad un ripensamento della

Se quindi a restare fermo è l'interesse generale che l'erogazione del servizio intende soddisfare⁶⁷¹, indipendentemente da quella che sarà la scelta sulle modalità di gestione, comunque dovranno esser garantiti cura e rispetto da parte degli operatori dei principi soprarichiamati.

Ben potrà, quindi, il lavoro privato essere posto al servizio dell'interesse generale – dando così origine ad un terzo settore⁶⁷² – ma assumendo tutti quei caratteri che

gerarchia dei valori pubblici e privati nell'ambito del quale il regime nazionale monopolistico dei servizi pubblici rappresentava una eccezione alla regola rappresentata dalla libera concorrenza e dalla libera prestazione di servizi. Si tratta dello stesso spirito che ha animato la progressiva restrizione della nozione di impiego pubblico quale limite alla libera circolazione dei lavoratori nel mercato comune del lavoro.

⁶⁷¹Secondo SUPIOT ogni servizio può esser reso in forma pubblica come privata di tal che il servizio pubblico sarà sempre una costruzione istituzionale fondata sulla scelta di quali debbano essere resi in modo continuativo e ugualmente accessibile a tutti quindi al di fuori della concorrenza. Oggetto di adeguata valutazione dovrebbero poi essere gli effetti redistributivi che consentirebbe di prender piena consapevolezza del significato sociale compreso nella stessa nozione di servizio pubblico. *“Bref les services publics participent de la definition de la citoyenneté sociale et des choix de valeurs qui identifient la république”*. Tuttavia, continua l'Autore, l'integrazione in una comunità fondata sul principio di libera prestazione non poteva che rimettere in discussione la struttura istituzionale del servizio pubblico ed in primo luogo delle società di servizio pubblico e con essa la necessità di uno specifico regime lavoristico.

⁶⁷²Secondo SUPIOT, *cit.*, PUF, 2000 dovrebbe sostituirsi infatti ad una bipartizione tra pubblico e privato una vera e propria struttura ternaria dei rapporti di lavoro. Da un lato vi sarebbero i rapporti di lavoro rilevanti solo nella sfera privata caratterizzati da contratti che legano solo interessi privati, nell'ambito dei quali quindi la

siano in grado di garantire l'universalità del servizio⁶⁷³.

Questa terza categoria caratterizzata da relazioni di lavoro collocate tra Stato e mercato dovrebbe quindi esser sottomessa a regole specifiche che combinano la protezione dei lavoratori con l'imperativo della qualità dei prodotti del lavoro, ossia i servizi pubblici. Va detto che diversamente dai due estremi costituiti dal diritto della funzione pubblica e dal *droit commun du travail* queste disposizioni non costituiscono un apparato omogeneo e richiedono la presenza di un terzo soggetto che sia garante della qualità del servizio reso e dell'assolvimento dell'interesse generale.

Figura tipica dell'ordinamento francese e suggerita quale modello utile al fine di conciliare servizio pubblico e mercato, statuto e contratto, è rappresentata dalle “*entreprises publiques à statut*”, società private incaricate

considerazione dell'interesse generale non avrebbe senso se non nella prospettiva della protezione della parte debole ai fini della quale il legislatore dovrà occuparsi solo del lavoro come attività e non come risultato, ossia solo nella misura in cui fa correre determinati rischi al lavoratore. Dall'altro lato si collocano invece le relazioni che rilevano sotto il solo profilo della funzione pubblica caratterizzate normalmente da una posizione giuridica definita unilateralmente che, laddove così non sia, e quindi assumano forma contrattuale comunque lasciano spazio a norme unilaterali. è in questi casi la valutazione dell'oggetto del rapporto di lavoro che giustifica la particolarità dello statuto attribuito al lavoratore poiché infatti il diritto della funzione pubblica non ha per ragion d'essere la protezione dei funzionari ma il buon esercizio e la qualità del servizio pubblico.

⁶⁷³Possono essere comuni a privato e pubblico così come agli altri paesi. Si potrebbe parlare di deontologia professionale per individuare questo corpo di regole che potrebbero essere negoziate a livello europeo e imporsi sulla totalità dei prestatori del servizio considerati.

della gestione di servizi pubblici, il cui personale è soggetto a ben tre fonti: code du travail, statuto dell'impresa e statuto generale della funzione pubblica.

Anche tali imprese sono state tuttavia oggetto di un mutamento - riflesso delle tendenze europee - che ne ha progressivamente segnato l'apertura al mercato, attribuendo *“à l'initiative patronale une place inusitée dans le changement du droit du travail”*⁶⁷⁴.

III) Modelli di gestione dei servizi pubblici ed effetti sociali. Tra liberalizzazione etero imposta e resistenze dell'ordinamento.

⁶⁷⁴MOREAU, *Transformation de la relation de travail dans les entreprises de service public* in SUPIOT (sous la direction de) *Le travail en perspective*, Ed. L.G.D.J., 1998. L'autore individua ben tre tendenze che fanno da contesto al cambiamento delle imprese di servizio pubblico: una prima di carattere europeo legata per l'appunto alla riorganizzazione del settore servizi pubblici che ha di fatto allontanato sempre più le grandi società pubbliche di rete europee dalla pubblica amministrazione; un'altra di carattere internazionale a sua volta distinguibile in un'evoluzione tecnologica, un'evoluzione delle esigenze e delle richieste dei clienti, un'evoluzione dei modi di produzione decisionale (da un sistema burocratico accentrato, ad uno decentrato caratterizzato da schemi decisionali tra loro differenti). Una terza tendenza è quella di un aumento del liberalismo quale principio orientatore delle scelte degli stati e della Unione. Negli anni Ottanta e Novanta questa convinzione ha portato ad un discredito dell'intervento pubblico nell'economia sino a giungere a considerare lo sviluppo della concorrenza come la sola fonte del progresso. Quest'ultima tendenza, tuttavia, si distingue dalle prime due perché mentre l'evoluzione tecnologica e quella dei modi di produzione sono contenibili e gestibili, l'applicazione di teorie liberiste nei servizi pubblici sembra connaturato alla stessa costruzione dell'unione che quindi risulta *“non équipée pour faire de l'économie publique”*.

La diffusione dei processi di esternalizzazione, in un primo tempo meno frequente rispetto agli ordinamenti anglosassoni od anche a quello italiano, recentemente non solo caratterizza la gestione dei servizi centrali e locali, incentivata dal legislatore europeo⁶⁷⁵, ma viene persino auspicata a livello nazionale benché con riferimento ad attività accessorie. In questo modo infatti si consentirebbe alle “*collectivités publiques*” di concentrarsi sul cuore delle loro missioni affidando ad altri la cura di alcuni beni o servizi. Di tal ché “*les moyens des collectivités publiques sont ainsi concentrés sur les tâches essentielles qui ne peuvent et ne doivent être exercées que par elles; les autres tâches sont effectuées par des opérateurs spécialisés compétents dans les domaines concernés, et donc normalement à moindre coût*”⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵Si rammenta che recidendo il legame tra servizio pubblico/ente pubblico/lavoro pubblico, gli sforzi produttivi del legislatore si sono concentrati sulla regolamentazione dell’accesso a servizi di natura economica nei confronti dei quali il cittadino viene quindi assimilato ad un consumatore, non residuando più alcuna ragione in grado di fondare – sempre nell’ottica del mercato europeo – una specificità del lavoro compiuto in tale settore. La permanenza di tale specificità resta ammissibile solo nel “*lavoro svolto a servizio del principe*” mentre il servizio del pubblico diviene per natura affare di mercato. SUPIOT, *Servir...*, PUF, PARIS, 2000. Si tratta di un’analisi secondo l’Autore ispirata alla filosofia neoliberale fatta propria dal diritto europeo che vede nel mercato la sola istituzione in grado di escludere ogni discriminazione e realizzare una eguaglianza formale universale. Tutte le istituzioni che poggiano sul principio di solidarietà, infatti, fanno prevalere l’interesse collettivo su quello individuale e l’interesse dei membri del gruppo su quelli di coloro che ne sono estranei dando vita ad una gerarchizzazione degli interessi in gioco.

⁶⁷⁶In questi termini si è espresso il consigliere Silicani nel già ricordato Livre blanc sur l’avenir de la fonction publique, nella pro

L'affidamento a terzi della gestione di servizi pubblici da un lato diluisce il risalente legame tra azione pubblica ed interesse generale, da un altro riduce il controllo ed il potere esercitati a livello centrale sulle attività pubbliche, a beneficio delle “istanze periferiche” e delle società private.

Gli effetti patologici derivanti dal progressivo decentramento – quali ad esempio la perdita di controllo sull'effettivo assolvimento della missione di servizio pubblico e l'adozione di politiche di gestione del personale gravemente lesive di diritti e garanzie dei lavoratori – possono essere arginati solo con l'accoglimento di una nozione di *externalisation maîtrisée*, ossia che non privi l'autorità pubblica del controllo, delle competenze e delle informazioni. Esternalizzare non equivale infatti a

position 7 della partie 2 rubricata per l'appunto “*Externaliser certaines tâches en contrôlant strictement leur exécution*”. Viene inoltre rammentato che l'esternalizzazione richieda un triplice “savoir faire” in capo all'autorità pubblica: *d'abord, sur l'identification de ce qui peut – ou ne peut pas – être externalisé ; – ensuite, sur l'élaboration du contrat d'externalisation (marché, DSP, PPP) ; – enfin, sur le contrôle du strict respect des clauses du contrat*. Capacità che ritiene Silicani l'Amministrazione non abbia ancora mostrato di avere. Ragion per cui, al fine di ottimizzare il processo di esternalizzazione in corso, si propone di apportare modifiche “*concernant, d'une part, les qualifications des agents des collectivités publiques et, d'autre part, l'organisation des services dont ces agents relèvent. En précisant le sens, le contenu et le calendrier de ces changements déjà engagés, on apportera, aux agents (leur réticence, voire leur inquiétude vis-à-vis de ces évolutions sont clairement apparues lors des débats de la conférence nationale) comme aux usagers une plus grande visibilité et on facilitera ainsi leur adhésion à ces réformes. On pourra aussi mieux les préparer et mieux les évaluer. Il s'agit de la sorte de mettre en oeuvre de façon transparente le principe et la valeur d'adaptation du service public.*”

sopprimere i poli della decisione pubblica e della gestione amministrativa né ad accrescere un mercato e una concorrenza pura e perfetta, bensì a creare un settore di attività economiche in cui l'interdipendenza tra pubblico e privato sia più accentuata⁶⁷⁷.

⁶⁷⁷“*Toute perte de controle et de savoir faie va de pair avec une diminution de la maitrise des informations. Dans ce cas il n'existe plus de symetrie d'informations entre les contractants, or il s'agit d'une condition nécessaire d'application de la theorie des contrats incomplets*”. GUGLIELMI, *Réflexions critiques sur la notion d'externalisation, Droit ouvrier* 2008, 175. Ration per cui le Amministrazioni devono dotarsi di organi incaricati di seguire la funzione esternalizzata fungendo così anche d punto di contatto con le società. Diversamente l'Amministrazione si ritroverebbe in posizione di dipendenza rispetto all'affidatario, rischiando così di perdere il suo statuto di “donneur d'ordre” e di uscire dal quadro stesso di esternalizzazione. Molteplici sono quindi le ragioni per le quali il processo di esternalizzazione deve essere avviato e seguito nel suo svolgimento con cautela. Tra queste il fatto che i rischi legati alla esternalizzazione nonostante l'immediata apparente riduzione dei costi non sono inferiori a quelli di una gestione diretta. La perdita del controllo su compiti operativi intesa come perdita di know how potrebbe infatti indurre ad una perdita del capitale immateriale di conoscenza dell'ente pubblico stesso. Inoltre, rammenta BRENNER *Privatisation et externalisation des missions publiques: le devenir de l'emploi public dans un contexte économique en mutation* sotto il profilo lavoristico, aumentando il numero delle missioni esternalizzate ed aumentando il tipo di attività professionali a nuove categorie di missioni, il sistema è quindi perennemente instabile e soggetto alle fluttuazioni politiche ed economiche. Inoltre affidabilità dell'affidatario e durata dell'affidamento sono ulteriori elementi di indeterminatezza; né la reversibilità dell'operazione può dirsi tale da circoscriverne gli effetti potendosi anche rivelare penalizzante per l'ente pubblico. La decisione di esternalizzare riposa su determinazioni che non sono affatto rette da norme di diritto pubblico e che quindi non possono che incidere sul perseguimento dell'interesse pubblico. Anche da

Prima di soffermarsi sulla *delegation de service*, che è indubbiamente lo strumento di esternalizzazione in relazione al quale maggiori sono stati gli sforzi ricostruttivi in dottrina come in giurisprudenza, è bene richiamare quali siano le più comuni modalità di gestione dei servizi pubblici.

In primo luogo si distingue tra la gestione diretta e la gestione mediante soggetti diversi dalla Amministrazione. Alla prima categoria appartengono la c.d. “*regie simple*”⁶⁷⁸ che, a livello locale, è destinata a quei servizi “*qui par leur nature ou par la loi ne peuvent être assurés que par la collectivité locale elle même*” (Art. 1. 1412-2 CGCT) e la “*regie directe*” – normalmente destinata alla gestione di

tali argomentazioni GUGLIELMI evince che ad una liberalizzazione tout cour dovrebbe privilegiarsi piuttosto la promozione di una economia mista che mantiene in capo agli operatori politici e amministrativi il dovere di non perdere di non trascurare mai che “*”dans toute forme d’économie mixte, le pouvoir d’impulsion et de decision doit demeurer acquis aux personnes publique pour la simple raison que l’externalisation n’est pas une fin en soi mais un moyen parmi d’autre d’atteindre l’interet general que seules elles sont habilitées à exprimer”*”.

⁶⁷⁸BAUBY, *Service public services publics*, Ed. La documentation française, PARIS, 2011. L'A. Ricorda anche la sent. Stadt Halle et autres, Cgue arret 11 gennaio 2005 in cui si afferma “*une Aut. Publique qui est une pouvoir adjudicateur a la possibilité d’accomplir les taches d’interet public qui lui incombent par ses propres moyens administratifs techinques et autres, sans être obligé de faire appel a des entites externes n’appartenant pas a ses services*”. In proposito cita tuttavia anche l'interpretazione del Conseil constitutionnel che pone un limite alla possibilità di esternalizzare. Ha in più occasioni affermato infatti che la legge nn può autorizzare contratti di delegation cha abbiano ad oggetto “*les taches inherentes à l’exercise par l’etat de ses missions de souveraineté*” (Cons.const. 2002/461 del 29 agosto 2002; Cons. Const. 2011/625 del 10 marzo 2011.

servizi pubblici industriali o commerciali – che è caratterizzata da un'autonomia finanziaria o, in alcuni casi, anche da propria personalità giuridica⁶⁷⁹.

Ad esse si accosta la “*quasi regie*” (o *gestion par des prestations integre*) traduzione del noto modello di affidamento *in house*. Questa fattispecie comprende “*marché public, délégation de service public, concession d'aménagement conclus sans mise en concurrence par une autorité adjudicatrice avec un prestataire qui réalise pour elle l'essentiel de ces activités et sur le quel elle assure un contrôle de même nature que sur les propres services*”⁶⁸⁰.

⁶⁷⁹La *regie* con sola autonomia finanziaria è una struttura senza personalità giuridica perché integrata nella personalità giuridica della collettività ma i cui introiti e spese sono oggetto di un bilancio speciale annesso a quello della collettività. Questa regia amministrata sotto l'autorità del sindaco e del consiglio municipale è amministrata da un consiglio di gestione e da un direttore. Quella anche dotata di personalità giuridica è ovviamente più autonoma. La collettività territoriale può solo creare o sciogliere la regia, designarne gli organi dirigenti ed adottare il regolamento interno. Si tratta di una figura al limite tra una *gestion en regie* e una *gestion déléguée*; vi sono poi altre fattispecie come la *regie intéressée* in cui il *regisseur intéressé* è retribuito dalla collettività, tramite una retribuzione che comprende un canone fisso cui si aggiungono ulteriori elementi economici legati ai risultati di gestione. È quindi la collettività che assume il rischio principale dell'eventuale deficit e finanzia la istituzione del servizio. La *gerance* si distingue dalla regia interessata per il fatto che la collettività versi al *gerant* una remunerazione forfettaria e decida da sola la fissazione delle tariffe. Il *gerant* non assume quindi nessun rischio nella gestione del servizio.

⁶⁸⁰Così definita dalla *Commission generale de terminologie et de neologie* (2008) ma recepita dal legislatore francese, come ricorda BAUBY, prima nel codice dell'urbanismo dalla legge 2005-809 del 20 luglio 2005 ora art. L. 300 - 5-2 del *Code de l'urbanisme* ed ancora sviluppata all'art. 3 del *Code de marchés publics* poi dalla

Proprio al fine di poter beneficiare delle norme derogatorie alla procedura di aggiudicazione d'appalto il legislatore francese ha recentemente introdotto una peculiare figura di *société anonyme* di cui la collettività, o un *établissement public de coopération intercomunale*, detiene la totalità del capitale, ossia le *sociétés publiques locales* (art. L. 1531 – 1 CGCT mod. 28 maggio 2010)⁶⁸¹.

In proposito, vista la sua diffusione (il 1 gennaio 2011 35.041 comuni su un totale di 36.680 sono raggruppati in Etablissement Public de Collaboration Intercommunale a fiscalità propria) è bene anche richiamare l'attenzione sulle *Intercommunalités*. Si tratta di un peculiare modello di gestione di servizi sorto dalla collaborazione tra collettività locali e dalla devoluzione da parte di queste ultime delle connesse competenze nonché di parte del personale coinvolto (art. L. 5111-1 DEL CGDCT)⁶⁸². Il trasferimento

giurisprudenza amministrativa (Conseil d'état 6 aprile 2007 Aix en provence).

⁶⁸¹Si tratta di una eccezione all'art. L. 225 1 del *Code du commerce* che richiede un minimo di 6 azionisti. Inoltre diversamente dalla società mista è escluso che una spl possa anche occasionalmente esercitare una missione per conto di una collettività che non sia azionista nella società stessa.

⁶⁸²BAUBY distingue tra quelle che non hanno fiscalità propria (*syndicats des comunes* o *syndicats mixtes*) e sono finanziati da contributi dei comuni membri e quelle invece dotate di fiscalità propria che hanno specifiche competenze. Sono *les metropoles, agglomerations, communautés d'agglomeration, communautés urbaines, communautés de comune*. Oggetto della attività intercomunale può estendersi alle prestazioni di trasporto locale raccolta rifiuti, fornitura dell'acqua, assainissement, ma anche allo sviluppo urbano. I membri trasferiscono alla epci le attribuzioni necessarie all'esercizio delle missioni conferendo il potere direzionale esecutivo al posto dei comuni membri. Le epci a fiscalità propria possono anche domandare di esercitare tutte o

di competenze da parte dei comuni membri all'*établissement public de coopération* (EPCI) comporta infatti il trasferimento del servizio o della parte di servizio diretto alla sua messa in opera ed a sua volta l'attuazione del principio per cui “*gli agenti seguono la competenza*”⁶⁸³.

Il passaggio di *agents* che svolgevano la totalità delle loro funzioni nel servizio trasferito all'EPCI è automatico benché le specifiche modalità siano necessariamente oggetto di una decisione congiunta del comune di provenienza e dell'EPCI, previo conseguimento di un parere del comitato tecnico paritario (ora non più paritario) presente nel Comune o, se costituito, nell'*établissement*.

parte delle competenze delegate in nome e per conto della regione o del *dépa*. Inoltre la recente legge 16 dicembre 2010 di riforma delle coll. Territoriali ha per oggetto il rafforzamento e la semplificazione della intercomunalità in particolare in materia di razionalizzazione dei perimetri e la predisposizione della carta comunale.

⁶⁸³Tuttavia, la giurisprudenza ha ammesso che il raggruppamento possa assumere un agente quando la competenza è connessa alla *communauté d'agglomération*: l'assunzione di questo agente è ammessa sul fondamento che il trasferimento di competenze non impedisce a due comuni di dotarsi di mezzi necessari per facilitare sul territorio azioni e politiche di interesse comune. v. CAA Paris 13 ottobre 2009 Prefet du Val de Marne 08PA01647. AUBELLE, *Intercommunalités: des projets aux pratiques*, Editions Berger Levrault, 2011, p. 369 e ss osserva tuttavia come i risultati del trasferimento di personale non siano particolarmente soddisfacenti sotto il profilo della razionalizzazione della spesa “*le transferts n'ont pas vraiment permis de dégager des économies d'échelle*” e “*ont été particulièrement coûteux alors qu'ils auraient dû à tout au moins à la neutralité*”; “*globalement la nouvelle intercommunalité n'a conduit ni à diminuer les effectifs ni les frais de personnel de l'ensemble constitué par les groupements à fiscalité propre et leurs comune membres*”.

Vi è la possibilità che però siano destinati al trasferimento funzionari che svolgono solo parte della loro attività nel servizio che è destinato alla gestione intercomunale, ragion per cui le condizioni del passaggio del personale normalmente sono oggetto di una convenzione tra comuni ed EPCI di destinazione, previo parere delle commissioni amministrative⁶⁸⁴ (CGCT L.

⁶⁸⁴Il ministero ha precisato che si tratta di una convenzione che può avere anche contenuto simmetrico quindi consentire all'EPCI una *mise a disposition* di proprio personale a beneficio di un Comune membro. Si rammenta che le intercomunalités sono oggetto da qualche anno di un non celato scontro tra Commissione Europea e Governo Francese. La Commissione, con parere motivato del 27 giugno 2007 (IP/07/922) ha infatti contestato, avviando una procedura di infrazione, questa *mise a disposition* ritenendo che dette convenzioni stipulate tra collettività e EPCI fossero di fatto lesive della disciplina prevista nelle direttive 2004/18 e 2004/17 perché di fatto dirette ad attribuire appalti di servizi senza rispettarne le procedure pubbliche di aggiudicazione. Nella sua risposta il Governo francese ribadisce come invece “*le dispositif de mise à disposition de service n'a pas pour objet de faire intervenir les communes en qualité de prestataires d'un EPCI, mais de formaliser un mode original de fonctionnement et d'organisation moderne en interne de l'administration locale*”, (Réponse ministérielle, 13 novembre 2007, Assemblée nationale 8 janvier 2008 p.203, n°10389). L'instabilità giuridica del regime della messa a disposizione del personale tra comuni e EPCI è stata corretta dalla legge del 2010 (Decret 2011-515 del 10 maggio 2011) sulle modalità di rimborso che ha condotto alla riforma delle collettività territoriali. Nel quadro di una buona organizzazione dei servizi un comune può conservare tutto o parte del servizio coinvolto in un trasferimento di competenze. Tuttavia questo non esclude che ai funzionari territoriali titolari e non titolari possa esser proposto il trasferimento. In caso di rifiuto questi sono messi a disposizione del presidente dell'EPCI a titolo individuale per la parte della loro funzione legata al servizio o parte del servizio trasferita (CGCT art. L. 5211 - 4 - 1). Quale che sia il senso della

5211 -4-1).

Nonostante la diffusione e l'importanza assunta da tali enti, parzialmente equiparabili ai nostri Consorzi intercomunali, le maggiori difficoltà sono derivate dalla privatizzazione di società pubbliche di servizi nonché dal sempre più frequente ricorso alla *delegation de service*. Entrambi questi enti sono finalizzati ad una gestione più efficiente del servizio pubblico ma hanno in realtà portato alla luce il più evidente degli ossimori: quello tra lucro ed interesse pubblico. Le società privatizzate, ad esempio, hanno orientato i propri sforzi nella massimizzazione del loro interesse a danno del cliente/utente, di fatto ancora soggetto ad un monopolio, avendo le stesse società ricostituito un cartello regionale – come avvenuto precedentemente alla “privatizzazione” – ma in una logica totalmente capitalistica. È stato osservato che in tal modo lo Stato si sarebbe addirittura privato della responsabilità nel perseguimento dell'interesse generale, scaricando sui lavoratori l'arbitrarietà e le contraddizioni esistenti tra rendimento cercato e voluto dal datore/imprenditore privato e le esigenze di servizio pubblico dei cittadini⁶⁸⁵.

messa a disposizione dei comuni (cioè dai comuni verso l'epci o dall'epci verso i comuni), ricorda AUBELLE, cit., dopo la consultazione dei comitati tecnici viene conclusa una convenzione avente ad oggetto le condizioni di rimborso servizio o della parte del servizio destinato alla *mise à disposition* (remboursement des frais de fonctionnement des services mis a disposition). È anche possibile che le collettività e l'EPCI possano dotarsi di servizi comuni gestiti da quest'ultimo, al di fuori di un trasferimento di competenze. Questa messa in comune è nuovamente regolata da convenzione redatta dopo il parere dei comitati tecnici competenti. In funzione della missione concretamente realizzata dagli agenti questi saranno collocati sotto l'autorità funzionale del sindaco o del presidente dell'EPCI.

⁶⁸⁵VILLENEUVE, “*Les services publics dans la construction d'une*

In tale contesto gli effetti sul *lavoro* derivanti dalla riorganizzazione di un servizio costituiscono un elemento dirimente per l'importanza economica, sociale e anche politica che gli stessi assumono. Di fatto le valutazioni di carattere lavoristico sono in grado di orientare la scelta dell'Amministrazione in merito alle modalità di gestione del servizio e ad una eventuale *délegation du service*⁶⁸⁶.

citoyenneté européenne”, p. 443.

⁶⁸⁶Rammenta BAUBY, *Services publics, service public*, Ed. La documentation française, PARIS, 2011 come attualmente le Amministrazioni locali ricorrono alla DSP nei campi più disparati, dall'acqua e depurazione, ai rifiuti, al riscaldamento, al trasporto locale alla gestione di strade, ponti ed aeroporti, porti, mense scolastiche, parcheggi, palestre, piscine, piste di pattinaggio, club sportivi, tv a pagamento e scale mobili. La ragione va cercata nel fatto che “*ce mode de gestion des services publics est très souple et d'une grande capacité d'adaptation. La gestion déléguée peut concerner une infrastructure support d'un service (..) ou un service sans infrastructures... (..) elle offre une grande diversité dans la nautee de la société delegataire privée publique ou mixte comme dans les mode des financement.*”

Si tratta comunque di un'espressione recente, usata formalmente per la prima volta nella 92-125 del 6 aprile 1992 ; e poi ancora nella legge 93 122 del 29 gennaio 1993, la loi Sapin, dedicata alla prevenzione della corruzione e alla trasparenza, che estende il regime della convenzione di delegation a tutti i contratti pubblici, poi modificata dalla 2001 1168 del 11 dicembre 2001. “*De fait la delegation octroie à l'opérateur un droit exclusif pour l'accomplissement d'une mission de service public et donc un monopole territorial ou temporel*”. La *gestion déléguée* di un servizio pubblico ad un privato ha necessariamente la forma di un contratto pubblico che prima della loi Sapin era stipulato con soggetti scelti liberamente. Dopo una serie di abusi in materia sia di appalti sia di delegations, la loi sapin ha introdotto una serie di regole che ne disciplinano l'affidamento. La *gestion déléguée* può avvenire con una concessione, un affermage (meno conveniente per l'Amministrazione di fatto gravata del rischio e che fornisce gli

In ragione dei rilevanti effetti sociali coinvolti, in giurisprudenza ed in dottrina, pur attribuendovi differente efficacia, si è dedotta dall'art. 33 della legge 26 gennaio 1984 n. 53, noto come Statuto della funzione pubblica territoriale, la necessità di una preventiva consultazione dei *comités techniques parithétiques* (CTP) recentemente modificati e privati della struttura necessariamente paritetico (l. 3 luglio 2010).

La disposizione richiamata, segnatamente, prevede che *“Les comités techniques sont consultés pour avis sur les questions relatives: A l'organisation et au fonctionnement des services ; Aux évolutions des administrations ayant un impact sur les personnels ; Aux grandes orientations relatives aux effectifs, emplois et compétences (..) A la formation, à l'insertion et à la promotion de l'égalité professionnelle ; Aux sujets d'ordre général intéressant l'hygiène, la sécurité et les conditions de travail”*⁶⁸⁷.

strumenti e le opere necessarie alla gestione del servizio) oppure con un appalto pubblico. Più diffusa è la concessione caratterizzata da una divisione del rischio tra concedente e concessionario che gode di fatto di un monopolio temporale e territoriale nel quadro della sua concessione. La collectivité territoriale redige un *cahier des charges* che assicura il controllo e il buon funzionamento del servizio sostanzialmente mediante il controllo del bilancio, *“ce pendant l'asymétrie d'informations –aussi bien techniques que comptables et financières –en faveur du concessionnaire rend très difficile un contrôle réel”*.

⁶⁸⁷Vi è chi ha osservato come la presenza ed il coinvolgimento dei *Comités techniques* concretizzi l'esigenza manifestata dall'ottavo alinea del Preambolo della Costituzione francese del 1946 sulla scorta del quale *“Tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail”*. (E.AUBIN, *Droit de la fonction publique territoriale*, Ed. Lextenso PARIS, 2009 p. 91 e ss.). I Comitati sono istituiti in tutte le collectivités o établissements publics (dal 2007 anche nelle

Dal testo dell'articolo il *Conseil d'Etat* ha evinto che i *Comités* debbano esser consultati necessariamente prima della delibera recante la scelta di procedere ad una *délégation de service* perché la eventuale stipulazione di tale contratto riguarda per l'appunto l'organizzazione generale del funzionamento di un servizio (*Conseil d'Etat* 11 marzo 1998 *Commune de Rognes*)⁶⁸⁸. Di tal che “*bien qu'elles n'aient à peu de choses près que des attributions consultatives ces instances ont souvent en pratique un poids très important*”⁶⁸⁹.

Come si è accennato differente effettività è stata assegnata a tale vincolo. Secondo alcuni dalla omessa

intercommunalités) che abbiano più di 50 agents e in ogni centro di gestione delle collettività che impieghi almeno 50 agents. Possono essere eletti solo da agents titolari. In seguito al décret 97 443 del 25 aprile 1997 entro il 30 giugno di ogni anno i comités devono redigere un rapporto sullo stato della collettività in cui risultino il numero degli agenti titolari, non titolari, il resto del personale nonché i movimenti del personale.

⁶⁸⁸Opinioni discordanti sono state sollevate non solo in ordine agli effetti derivanti dall'omessa consultazione dei *Comités* ma anche in relazione al momento in cui tale vincolo procedurale debba esser assolto. Come sollevato nell'ambito del *rapport sur la situation des personnels et changement de mode de gestion d'un service public* del 2007 elaborato dall'Institut de la gestion déléguée, “la generalité de ces termes ne spécifie pas suffisamment les obligations de la personne publique en la matière”, ragion per cui la sentenza del *Conseil d'Etat* citata dovrebbe secondo gli studiosi che compongono il gruppo di studio esser recepita dal legislatore. Nessun dubbio invece sulla necessità che tale consultazione debba esser formalmente prevista in caso di distacco poiché “*l'absence d'information et de consultation des représentants du personnel bride le recours au détachement par l'opacité de la prise de la décision*”.

⁶⁸⁹AUBY – AUBY - NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, 4 ed. Thémis droit PUF, PARIS 2008.

consultazione deriva un vizio in grado di inficiare la validità della convenzione⁶⁹⁰; secondo altri invece costituisce un mero onere inidoneo a determinare la nullità della *delegation*, che resta scelta di pertinenza

⁶⁹⁰Cour d'Appel Administrative de Bordeaux 3 gennaio 2008, *Soc. CFTA Connex*; conforme Tribunal administratif de Marseille 6 luglio 2007 *CU Marseille Provence Metropole*; parzialmente conforme Tribunal Administratif de Paris 12 marzo 2008 *Unsa Education*, che dichiara debba sì discendere la nullità della convenzione, a meno che dalla risoluzione della convenzione della *Delegation* non si abbia una eccessiva lesione dell'interesse generale. Più controversa è invece la necessità di consultare i *comités* in caso di rinnovo della *délegation*. Normalmente si ritiene non necessari a meno che effettivi e statuto del personale assegnato al servizio coinvolto non vengano modificati (CAA Douai 10 aprile 2007 *Soc. Saur*; TA Paris 12 gennaio 2007, *Cisp*; TA pau 30 dicembre 2004 *soc. CFTA Connex*). Più recentemente si veda Conseil d'Etat 26 octobre 2011 n. 334928, *Rev.Lamy Coll.terr. janv. 2012*, p. 2082 note de GLASER. Si veda altresì LINDITCH, *La place du comité technique paritaire dans la procédure de délégation de service public*, *JC Adm.coll.terr.*, 2003, 2 in nota a CAA Marseille 1 déc. 2002, *Cne Port Saint Louis du Rhone*. L'Autore ritiene che l'art. 33 non detti tanto una regola procedurale quanto, piuttosto, un vincolo di carattere politico che infatti non imporrebbe all'Amministrazione di ricorrere necessariamente al parere del Comité prima della delibera dell'assemblea: "*le pouvoir decisionnel appartient à l'assemblée délibérante et à elle seule; dans ces conditions il apparaît logique que celle ci se prononce librement dès de départ sur la décision de privatiser le service (..) le comité technique paritaire ne jouant alors qu'un rôle technique pour lui signaler les contraintes à prendre en compte pour atteindre ce résultat. L'inverse pourrait conduire à susciter des blocages de agents, hostile par principe, à toute délégation*". Il CT dovrà tuttavia esser posto nella condizione di poter rendere un parere completo e soddisfacente di tal che l'Amministrazione è tenuta ad offrire all'organismo un dossier sufficientemente specifico.

dell'Amministrazione locale. L'art. 1411 - 4 del CGCT prevede inoltre che sull'avvio della *delegation* debba esser necessario anche ottenere il parere della *Commission des services publics* istituita presso la singola *collectivité territoriale*.

Quanto alle conseguenze sui rapporti di lavoro è bene in primo luogo distinguere l'ipotesi, di più agevole soluzione, in cui la *délégation* abbia ad oggetto servizi pubblici industriali e commerciali da quella in cui invece siano affidati ad un privato servizi amministrativi.

Nel caso in cui la *Délégation* abbia ad oggetto un servizio pubblico industriale e commerciale (SPIC)⁶⁹¹, che si è visto è perlopiù erogato da lavoratori soggetti al diritto privato, infatti, si applica l'art. L. 1224-1 del Code du travail in materia di trasferimento. L'articolo recepisce il principio – di respiro europeo – della continuità dei rapporti di lavoro indipendentemente dalla modifica imposta alla forma giuridica del servizio pubblico. In applicazione della Direttiva 2001/23/Ce che, come si è visto già in relazione al quadro normativo italiano, detto principio di ordine pubblico si applica a prescindere dalla natura dei protagonisti della trasformazione.

I profili lavoristici implicati nella esternalizzazione del servizio mediante DSP (*Delegation des services public*) – regolata dal Code general des collectivités territoriales artt. L - 1411 12 – sono, tuttavia, normalmente oggetto di specifiche clausole contenute all'interno del “*document programme de concession*”. Il documento, che regola i rapporti tra l'Amministrazione territoriale ed il *délégataire*, è sottoscritto al termine della procedura e

⁶⁹¹Tra i tanti in dottrina, WOLMARK, *Le sort des contrats de travail en cas de reprise en gestion directe d'un service public administratif*, *Rev.du droit du trav.*, 2006, 159.

detta anche alcune regole per l'appunto relative al personale che il concessionario adibirà al servizio esternalizzato⁶⁹².

Merita segnalare che frequentemente la *collectivité territoriale* delegante distacchi o metta a disposizione del delegatario parte dei propri agenti.

La *mise à disposition* presso un *delegatir* privato, tuttavia, richiede il consenso del lavoratore (che non sarà *fonctionnair* ma necessariamente *agent non titulaire*) che

⁶⁹²Un interessante modello di clausola dedicata al “*personnel necessair à l’administration du service public*” è richiamato in VIGNOT, *Pratique de la delegation des services*, Territorial Edition 2012. Potrebbe infatti prevedere ad esempio che “*la bonne gestion du servic public impose au delegataire de faire son affaire du personnel necesaire. Ce personnel devra etre professionnellement adapté aux contraintes e aux particularités d’un tel service , notamment en meatière de diplomes et des qualifications.*” Ma non solo, l’Amministrazione potrebbe giungere a richiedere che “*le personnel est tenu aux mems devoris que ceux qui incombent qux agents de la fonction publique. En cas d’une conduite notoire ou de manquement grave a ses obligations, le personnel devra etre sancitoné ou remplacé par le delgataire. L’entretien et la maintenance des biens mis a disposition sont a la charge du delegataire. il pourra eventuellement faire appel a des fonctionanires de la commune de....dans des conditions a definir et selon le respect des regles en vigueur. Les candidats (...) presenteront un organigramme précis. Le concessionaire sera tenu d’avoir un representant en residence a ... pour permettre notamment a la collecitivité l’exercixe de son droit de controle prevu*”. Ed ancora più incisiva è la previsione per cui “*Si le cas se presente et en conformité avec le code du travail le concessionarie sera tenu de prendre dans ses effectifs le personnel de l’exploitant acqie qui assure l’exploitation du service lors du precedent contrat de concession (..)En cas de resiliation ou a l’expiration du contrat la collecitivé et le concessionaire conviennent de se rapprocher pour examiner la situation du personnels concernés*”.

continua ad occupare il proprio posto nel *cadre d'emploi* d'origine ed a ricevere la retribuzione dalla amministrazione⁶⁹³.

Il distacco invece comporta il collocamento fuori dal *corps* di origine e nonostante il lavoratore mantenga i diritti di avanzamento e pensione questi è sottomesso alle regole della funzione di destinazione ed è retribuito dall'organismo che lo accoglie⁶⁹⁴.

Parimenti l'ipotesi in cui un ente pubblico reinternalizzi un servizio amministrativo rientra nella sfera di applicazione dell'art. 20 della legge 2005 - 843⁶⁹⁵, che ha adattato una serie di principi di diritto europeo alla funzione pubblica⁶⁹⁶.

⁶⁹³BOITEAU, *Les conventions de delegation de service public*, Ed. Groupe Moniteur Editions du Moniteur Paris 2007.

⁶⁹⁴Se il servizio è stato delegato ad una persona pubblica, normalmente un *etablissement public*, applicando la giurisprudenza la situazione giuridica del personale può esser più complessa. Gli agenti nominati per un impiego permanente e titolarizzati in un grado della gerarchia amministrativa, dipendenti di comuni, départements e regioni o loro *etablissement publique* hanno la qualità di funzionari territoriali e sono quindi sottomessi a quello statuto. Gli agenti non titolari dei *etablissement public* sono legati a questi ultimi da contratto la cui qualifica giuridica dipenderà quindi dal carattere amministrativo o industriale e commerciale del servizio cui sono adibiti. Se si tratta di servizio amministrativo come si è visto l'agente non titolare è, salvo disposizioni contrarie, sottomesso a un regime di diritto pubblico a prescindere dal suo impiego concreto.

⁶⁹⁵In realtà questa disposizione è intervenuta successivamente ad un orientamento giurisprudenziale del Giudice Amministrativo molto criticato dalla dottrina la cui sentenza più nota è rappresentata dall'arret Lamblin.

⁶⁹⁶MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Ed. Economica PARIS 2010. La reprise di un servizio sotto forma di un servizio industriale e commerciale è infatti l'ipotesi meno problematica.

Essendo gli agenti di una società delegataria privata già soggetti a regime di diritto privato, gli stessi manterranno il medesimo trattamento (*Cass.soc.* 7 oct. 1992, *Compagnie des eaux*) compreso il Direttore del servizio (*Trib.des conflicts* 15 mars 1999 *Faulcon*, *Droit social* 1999, 673). Al contrario maggiormente problematica è la *reprise en regie* di un servizio sotto forma di servizio amministrativo. Tradizionalmente in giurisprudenza si riteneva che in tal caso non potesse operare il principio di continuità previsto dal Code du travail. Detto orientamento è invece stato superato dal diritto positivo e giurisprudenziale europeo dopo poco recepito dalla Corte di cassazione francese (*Cass. Soc.* 25 giugno 2002, *AGS de Paris*). Residuavano tuttavia dei dubbi sul destino dei contratti destinati alla reinternalizzazione, se dovessero, cioè, esser convertiti in contratti di diritto pubblico. In senso contrario a tale conclusione si è pronunciato il *Tribunal des Conflicts* che ha chiaramente precisato come le disposizioni del Code du travail non possano aver come effetto di trasformare la natura giuridica dei contratti di lavoro (*Trib.des conflicts* 18 gennaio 2004, *Devun*). Dando avvio ad un orientamento noto come Lamblin, molto criticato in dottrina il Conseil d'Etat ha invece in più di un'occasione affermato che spetti alla Amministrazione scegliere se conservare la natura privata del contratto in transizione o pubblicizzarla, proponendo clausole che riprendano quelle del contratto precedente. Tale orientamento è stato arginato dalla già citata legge 26 luglio 2005, modificata dalla legge 3 agosto 2009, che ha altresì impedito che nel contratto di diritto pubblico proposto al lavoratore trasferito siano inserite clausole che comportino una remunerazione che ecceda quella prevista dalle regole generali applicate dall'Ente pubblico reinternalizzante agli *agents non titulaires*. In assenza di disposizioni specifiche il parametro sarà offerto dal trattamento economico dei *non titulaires* che svolgano funzioni analoghe od abbiano qualifiche equivalenti. (Conseil d'Etat 21 maggio 2007, *Ajda* 2008 p. 204). Sui dubbi che permarranno anche in seguito alla legge del 2005 – in particolare circa la disciplina applicabile in caso di rifiuto da parte del lavoratore trasferendo del nuovo regime applicabile – si veda COTTIN, *Transfert d'une entité économique autonome vers un service public administratif*, *Rev.jur.soc.* 2006, 3 ed ancora, quanto

Viene, più precisamente, previsto che quando l'attività di un'entità economica che impiega dei salariati di diritto privato sia, con il trasferimento dell'entità, ripresa da una persona pubblica nel quadro di un servizio pubblico amministrativo (SPA)⁶⁹⁷ spetti allo stesso ente pubblico la facoltà di proporre ai suoi salariati un contratto di diritto pubblico, a tempo determinato od indeterminato, a seconda del contratto di lavoro di cui sono titolari. Aggiunge altresì l'art. 20 che, salva l'ipotesi in cui le disposizioni normative o regolamentari prevedano per gli agenti non titolari differenti condizioni di remunerazione ed impiego, il contratto di diritto pubblico proposto riprende le clausole sostanziali del contratto di cui i salariati erano titolari prima della reinternalizzazione, in particolare in materia di retribuzione.

all'assenza di un termine entro il quale l'Amministrazione può proporre il nuovo contratto GARRIGUE VIEUVILLE, *Les effets du changement de mode de gestion des services publics sur la situation de leur personnel: mode d'emploi, Droit administratif*, février 2010 p. 13. Nel silenzio i giudici hanno ritenuto che nel periodo di tempo in cui la persona pubblica deve proporre il contratto di diritto pubblico la giurisdizione è quella del giudice ordinario, fino alla decisione della amministrazione di collocare i salariati nella situazione di diritto pubblico o licenziarli opera infatti il principio di continuità Trib.des confl. 19 gennaio 2004 3393 *Devun*: su *AJFP*, 2004 p.432; Cass.soc. 12 juin 2007 cci var. Allo stesso modo se la Amministrazione non propone un contratto di diritto pubblico è mantenuto il contratto di lavoro privato e giurisdizione ordinaria, Trib. Adm nice 3 mars 2006.

⁶⁹⁷TOUZEILLE DIVINA, *L'article l. 122 12 du code du travail confronté au droit public*, *AJFP* 2006, 172; COLLIÈRE *Situation des personnels des associations reprises en régie par une collectivité territoriale* *AJDA* 2006 p. 1018; DERRIDJ *L'application de l'article L. 122-12 du code du travail à la reprise des personnels de droit privé* *AJFP* 2004 p. 120;

Qualora i salariati non accettino le modifiche del contratto, l'ente pubblico procederà al loro licenziamento nelle condizioni previste dal *droit commun du travail* e dal precedente contratto di lavoro⁶⁹⁸. Il lavoratore *salarié*, sottoposto allo statuto di agente pubblico *non titulaire*, può conservare in tal modo il beneficio di un impiego a tempo indeterminato così come le clausole sostanziali del contratto precedente alla *reprise en regie*. La remunerazione, in particolare, deve essere almeno equivalente a quella percepita precedentemente, a meno che non vengano per l'appunto disposizioni differenti per gli *agents non titulaires* alle dipendenze dell'ente pubblico.

Se l'attività di gestione del servizio prosegue, la cessazione del contratto di *delegation* non deve far cessare il contratto di lavoro, dovendosi tuttavia distinguere se vi sia un mero cambiamento del soggetto "*délegataire*", senza modifica del modo di gestione del servizio o se il mutamento del soggetto determini anche un cambiamento per l'appunto nel modo di gestione⁶⁹⁹.

⁶⁹⁸Questa disposizione chiarisce la situazione degli agenti come era stato auspicato (v. conclusioni di Glaser CE 22 ott. 2004).

⁶⁹⁹GUGLIELMI - KOUBI, *Droit du service public*, Ed- Domat 2011 (p. 496 e ss.). Nel primo caso, infatti, il contratto di *delegation* cessa i suoi effetti nei confronti del vecchio delegataire ma l'attività prosegue immutata sul fondamento di un contratto dello stesso tipo con il nuovo titolare. Il giudice attribuisce rilievo alla nozione di entità economica che ingloba quella di attività delegata (*activité déléguée*) *Cass. Soc. 9 nov. 2005 Soc. Rémy Loisirs, AJDA, 2006 p. 1227 note Mazieres*. Le condizioni di applicazione del vecchio articolo 1. 122 12 del cdt (oggi letto alla luce della direttiva 2001/23/CE poste in giurisprudenza) erano le seguenti: a poco rilevano le relazioni giuridiche tra i due soggetti che si succedono (*Cass. Ass. plen. 16 marzo 1990, n. 89.45- 730 n. 312 Dalloz 1990 p. 305 note Lyon Caen*) ma è sufficiente che l'entità conservi la sua identità cioè la sua organizzazione e i suoi mezzi di funzionamento

Le maggiori difficoltà si verificano ovviamente in questa seconda ipotesi in merito alla quale vanno formulate alcune precisazioni.

Nel caso in cui si tratti di reinternalizzazione della gestione del servizio, ossia dell'ipotesi in cui l'ente pubblico torni a gestire *en régie* il servizio, la giurisprudenza, in caso di c.d. SPIC (servizi pubblici a carattere industriale e commerciale), da tempo prevede debba applicarsi l'art. L. 122-12 del Code du travail, di talché il personale sottomesso a regime privatistico muterà semplicemente datore, preservando la propria disciplina. Eccezione deve essere fatta per il direttore del servizio e per il contabile che, si è visto, sopra rappresentano eccezioni *pubbliche* nell'ambito di rapporti di lavoro privati.

Nel caso in cui, tuttavia, l'ente pubblico titolare del servizio, in sede di reinternalizzazione, lo trasformi in

per esercitare una attività economica che persegua un obiettivo proprio. Cjce 25 gennaio 2001 aff. C-172-1999 *Droit ouvrier* del 2001 p. 180. Da quel momento la persona pubblica responsabile o il nuovo delegatario hanno l'obbligo di mantenere i contratti di lavoro in corso. Questo principio di ordine pubblico sembra che secondo la giurisprudenza debba essere applicato indistintamente alle concessioni di servizio pubblico e agli appalti di servizi. *Sagalovitsch BJDCP 2003 p. 174; AJDA 2006, P. 1227*. Sottolinea l'Autore che si pone soprattutto il problema di identificare i titolari di un contratto di lavoro cioè quelli che rilevano per il diritto privato come è il caso della maggior parte degli agenti di servizi pubblici a carattere industriale e commerciale, compresi quelli con contratto precario qualificato privato dalla legge (contrats emploi solidarité; contrats emploi jeunes), da quelli il cui regime ha carattere pubblico/regolamentare o perché sono funzionari distaccati o perché godono di uno statuto transitorio, cui comunque il code du travail non è applicabile, Cass. soc. 1 dec. 1993 JCP 1994 n. 22230 note di Saint Jours.

Servizio pubblico amministrativo (SPA) l'applicazione del principio di continuità dei rapporti – esteso all'ipotesi di trasferimento da ente privato ad ente pubblico con la sentenza Mayeur – ha creato maggiori problematiche, poiché la sola fattispecie espressamente esclusa dall'art. 1 della direttiva sul trasferimento è la riorganizzazione amministrativa od il trasferimento di funzioni pubbliche⁷⁰⁰.

È anche possibile, nell'ipotesi inversa, che un servizio pubblico industriale e commerciale (SPIC) sino ad un certo momento gestito direttamente dall'ente pubblico venga concesso ad un organismo privato con contratto, sì da richiedere l'applicazione dell'art. L. 122-12.

In questo caso tuttavia gli agenti pubblici titolari saranno soggetti allo statuto che garantisce il mantenimento del medesimo grado. In linea con le necessità derivanti dalla gestione del servizio o sulla base dell'accordo tra Amministrazione pubblica concedente e concessionario, gli agenti titolari potranno con atto unilaterale essere mantenuti in ruolo nel servizio concesso od essere assegnati ad altra mansione. Ove il concessionario lo consenta potranno anche optare per un

⁷⁰⁰Tuttavia, rammentano GUGLIELMI-KOUBI, cit., 2011, il fatto che la continuità dei contratti di lavoro sia il principio garantito dal diritto non assicura la loro continuità effettiva, perché se i contratti di diritto privato sono stati conclusi a tempo indeterminato si troveranno spesso in contraddizione con lo statuto della funzione pubblica che vieta in generale questo tipo di contratto fuori dai servizi pubblici amministrativi (previsti dalla legge 2005- 843 del 26 luglio 2005). Né la direttiva né il giudice possono quindi imporre che siano creati tra la persona pubblica ed il suo personale dei legami contrari al diritto della funzione pubblica. In conseguenza o la persona pubblica deve risolvere i contratti di lavoro oppure deve trasformarli in contratti a tempo determinato, nei limiti dell'accordo allegato alla direttiva 1999/70/CE.

contratto di lavoro privato. Nel caso in cui, tuttavia, non si tratti di *fonctionnaires* ma di c.d. *contractuels* il cambiamento delle modalità di gestione, secondo certa dottrina, costituirebbe una riorganizzazione amministrativa del servizio, quindi un motivo di interesse generale tale da giustificare una risoluzione anticipata del contratto⁷⁰¹.

Si potrebbe ad esempio prevedere che gli *agents* di diritto privato adibiti a servizi industriali e commerciali destinati alla *delegation* siano sottoposti alle stesse regole di diritto pubblico in materia di incompatibilità, retribuzione e sciopero⁷⁰². Nel caso in cui invece gli agenti pubblici fossero già sottoposti allo statuto generale, per questi è previsto il mantenimento dello statuto così come nel caso in cui gli stessi agenti restino adibiti al servizio mediante distacco, o nel caso in cui vi sia un accordo tra Amministrazione e *delegataire*⁷⁰³. È anche possibile che gli agenti pubblici rinuncino volontariamente – in realtà frequentemente dietro sollecitazione della *collectivité* – alla soggezione allo statuto per essere assunti dal concessionario nelle condizioni previste dal *droit commun*

⁷⁰¹Sempre secondo GUGLIELMI-KOUBI, cit., potrebbero quindi anche non essere ripresi dal concessionario a meno che il bando di gara non includa la ripresa del personale tra gli elementi di base dell'affidamento di gestione.

⁷⁰²In materia, DELAIRE, *La délégation des services publics locaux*, 2006 p. 133 e ss.

⁷⁰³Se, tuttavia, la *delegation* comporta la soppressione del posto, per la cui realizzazione è richiesto il parere del comitato tecnico paritario, o nel caso in cui la *collectivité* non possa offrire una riqualficazione del posto nell'ambito dei suoi servizi, viene applicata la garanzia dell'art. 97 della legge 26 gennaio: gli agenti coinvolti dal centro dipartimentale di gestione per gli agenti delle categorie B e C e dal centro nazionale della funzione pubblica territoriale per gli agenti di cat. A.

du travail⁷⁰⁴. Nonostante molti profili siano regolati dalla fonte normativa determinante è quanto stabilito tra *Collectivité* e *delegataire* all'interno del *Cahier de delegation*, anche in materia di lavoro.

In ogni caso non può che condividersi l'osservazione per cui *“il apparait clairement que la stabilité des contrats de travail est perçue comme un inconvénient tant par les personnes publiques qui remunicipalisent des activités déléguées, que par les entreprises privées qui entendent*

⁷⁰⁴Peculiare situazione quella in cui destinatario del trasferimento è un ente pubblico di cooperazione intercomunale o a un “syndicat miste” regolata dall'art. 9 della legge del 3 gennaio 2001. Ad alcune condizioni di anzianità gli agenti di queste associazioni possono essere assunti in qualità di non titolari e conservare il beneficio del loro contratto di lavoro precedente nel rispetto di disposizioni normative e regolamentari che regolamentano gli agenti non titolari della funzione pubblica territoriale. Nel caso in cui cambi il concessionario la situazione è retta dal diritto comune del lavoro cioè dall'art. 122 2 alinea 2 del Code du travail applicandosi normalmente alla successione tra società private. Il Conseil d'Etat ha tuttavia censurato le stipulazioni di contratti collettivi nazionali sui servizi di acqua e depurazione del 12 aprile 2000 che avevano come obiettivo di estendere gli effetti dell'art. 122 12 a situazioni non coperte da quest'articolo. V. anche CE 30 AVR. 2003 N. 230 80 in base alla quale in caso di trasferimento di una unità economica il rispetto dell'alinea 2 dell'art. 122 12 non s'impone se non in caso di trasferimento di una entità economica che ha conservato la sua identità e di cui l'attività è ripresa o continuata, non costituendo la perdita di un appalto una modifica nella situazione giuridica del datore. (Cass. Ass.plen. 16 marzo 1990 JCP ed E II 15825). Questo criterio è soddisfatto quando l'attività trasferita è importante e dotata di una organizzazione sufficientemente autonoma per costituire una vera modifica della situazione del precedente delegatario diversa dalla semplice perdita dell'appalto.

*disputer la réattribution d'une délégation*⁷⁰⁵.

⁷⁰⁵GUGLIELMI, cit.

Capitolo quinto.
Conclusioni. Un nuovo ruolo per la Pubblica
Amministrazione e per le parti sociali.

Nel 2012 i lavoratori impiegati nel settore dei servizi pubblici locali erano 186.000, per un fatturato di 37 miliardi, pari al 2,3 % del Pil. Ancora, stando ai dati di Confservizi nel 2012 nello specifico settore dei servizi locali economicamente rilevanti operavano 3.804 società partecipate il 71% delle quali enti strumentali della Pubblica Amministrazione; il 28% operanti nel settore idrico, del gas, dell'igiene urbana, dell'illuminazione pubblica, dei servizi cimiteriali e dell'energia elettrica.

Questi dati unitamente all'importanza dei settori coinvolti dalla riorganizzazione rendono essenziale sia avviata una riflessione da parte di operatori delle Amministrazioni locali e delle organizzazioni sindacali oltre ad una razionalizzazione in sede normativa dei vari provvedimenti che negli ultimi anni si sono sovrapposti.

La ricerca ha inteso porre l'attenzione su quelle che sono le grandi questioni che la trasformazione dei servizi pubblici pone ed evoca, frequentemente neutralizzate all'interno di norme emergenziali di carattere meramente finanziario. Si ritiene utile data l'eterogeneità degli argomenti trattati focalizzare alcune considerazioni conclusive che costituiscono il punto d'approdo, pur temporaneo, della ricerca.

L'analisi del contesto europeo ha, in primo luogo, consentito di comprendere che *“il diritto europeo non si interessa ai modelli organizzativi che gli Stati adottano per la gestione dei servizi pubblici”*. Data l'importanza prioritaria che il servizio di interesse economico generale ha assunto, quale fattore di coesione sociale e territoriale, ciò che ha rilievo assorbente in ambito europeo è la qualità

del servizio stesso, non la sua modalità di gestione. Ovviamente è richiesto che, nel caso in cui la gestione sia affidata a terzi soggetti, estranei alla struttura, questi siano selezionati con modalità “*che garantiscano la parità di trattamento*”(gare o procedure di gara attenuate), garanzia comunque diretta alla tutela del servizio pubblico⁷⁰⁶. Risulta oramai con chiarezza dalla analisi delle fonti europee, ed ha trovato l'adesione anche della Corte costituzionale che, nonostante quanto spesso affermato, soprattutto in sede politica, rientri nel potere organizzativo delle autorità pubbliche “*autoprodurre*” beni, servizi o lavori gestendoli direttamente o mediante il ricorso a soggetti che, pur giuridicamente distinti dall'ente conferente, siano legati a quest'ultimo da una “*relazione organica*” (Corte Costituzionale, sentenza 28 marzo 2013, n. 50).

Si è poi tentato, calando la ricerca entro i confini nazionali, di analizzare il fenomeno intendendolo quale paradigma del rapporto che - dopo vent'anni di riforme nella Pubblica Amministrazione - è venuto ad instaurarsi tra diritto pubblico e diritto privato.

Si è, così, giunti alla conclusione che l'art. 97 Cost., interpretato estensivamente, ben possa svolgere il ruolo di principio “*ponte*” tra i due settori, pubblico e privato⁷⁰⁷.

⁷⁰⁶TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella costituzione*, Riv.it. dir. Pubbl.comunit., 2012, 723. Secondo l'A.le strade scelte dal legislatore europeo e da quello nazionale divergono. Il diritto europeo sviluppa la logica del metodo concorrenziale e dà incondizionata accoglienza alla gestione in house mentre “il diritto interno perseguiva il diverso scopo di imporre come regola generale la gestione dei servizi a mezzo di terzi”.

⁷⁰⁷SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Dir.amm. 2012,

L'art. 97 Cost., infatti, non deve più esser concepito come “*pallido controllo di ragionevolezza*” sui provvedimenti, normativi ed amministrativi, ma come vero e proprio principio di finalizzazione di tutte le attività, direttamente od indirettamente svolte dalla Pubblica Amministrazione. Quest'ultima, intesa come soggetto e funzione, come complesso di mezzi, beni e persone, alla luce del canone costituzionale citato, deve essere “*organizzata in modo che possa raggiungere l'obiettivo del pieno sviluppo della persona umana e per esso gli obiettivi/mezzo della piena attuazione dell'eguaglianza, della libertà, della solidarietà e della salvaguardia dell'interesse generale*”⁷⁰⁸. Buon andamento ed imparzialità determinano quindi la

21.L'A. Sottolinea l'evoluzione di cui il principio di buon andamento è stato oggetto per assumere un'importanza sempre crescente da giudizio di ragionevolezza a principio recante le finalità che il legislatore deve sempre tener presenti, a strumento di accertamento della non arbitrarietà della disciplina in relazione ai fini che la norma costituzionale prescrive, sino ad essere elevato a cardine della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale (sent. C.Cost.9 dicembre 1968 n.123).

⁷⁰⁸SCOCA, cit. secondo il quale nella sua attuale accezione il principio di buon andamento è strettamente legato al risultato. La funzione amministrativa non si esaurisce, infatti, nell'adozione di provvedimenti ma deve raggiungere risultati concreti e deve *pertanto organizzarsi ed operare in modo tale da poter raggiungere risultati sul piano effettuale nel modo più celere e meno dispendioso possibile*. Osserva anche SCOCA che mentre inizialmente il principio di buon andamento sembrava destinato ad applicarsi alla Amministrazione senza vantaggi per il cittadino il principio di imparzialità riguarda oggi in primo luogo l'attività amministrativa ma dall'altro sembra generare utilità per i cittadini rendendo ad esempio illegittime le disparità di trattamento ed ugualmente rilevanti gli interessi di tutti nei confronti delle attività delle amministrazioni.

funzionalizzazione dell'attività della Pubblica Amministrazione alla cura di interessi della collettività, non solo indipendentemente dallo strumento provvedimentale o negoziale concretamente impiegato a tale scopo, ma anche indipendentemente dal formale soggetto cui l'Amministrazione decide di ricorrere, investendo proprie risorse economiche⁷⁰⁹.

Dense di significato e di attualità appaiono quindi le parole di Allegretti⁷¹⁰ secondo il quale “*le esigenze pubbliche in vista delle quali l'amministrazione è investita di compiti da svolgere in forma privatistica, non dissimilmente da quelle che presiedono agli altri compiti amministrativi, (..) rispondono al principio di socialità*”. Anche le attività svolte in forma privatistica “*sono infatti rivolte a favorire o a procurare il soddisfacimento dei bisogni della totalità dei membri dello stato, prestando al corpo sociale, utilità e servizi*”. Ad accomunare le attività

⁷⁰⁹Da ciò discendendone l'eventuale estensione anche e soprattutto qualora l'Amministrazione si avvalga non solo di modelli ma anche di soggetti appartenenti al diritto privato. La citazione è tratta da CARANTA, Sub art. 97, in BIFULCO CELOTTO OLIVETTI (a cura di) “*Commentario alla costituzione*”, Utet Giuridica 2006. L'autore poi richiamando BARILE, 1958, p. 32, rammenta come lo stesso principio di imparzialità, espressione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., possa costituire strumento di buon andamento perché rappresenterebbe la garanzia che siano adottate scelte ottimali secondo criteri oggettivi, ponendosi così come un autentico vincolo o limite generale del potere discrezionale in tutti i campi in cui tale potere sia demandato alla amministrazione originando così dal disposto costituzionale un diritto soggettivo alla imparzialità e al buon andamento. Contra CASETTA che smorza la “potenziale carica innovativa” dell'art. 97 Cost.

⁷¹⁰ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, PADOVA, 1965.

secondo l'autorevole giurista sono la “*consueta esigenza distributiva*” nonché il “*senso del rispetto e del promovimento della libertà e dell'eguaglianza*”, concetti coinvolti nell’“*anima*” sostanziale del principio di imparzialità intesa quale “*principio di socialità ossia di destinazione della funzione imparziale al fine pubblico*”.

Ci si è chiesti come adeguare l'ampia portata della disposizione costituzionale, così interpretata, ad un settore specifico e complesso come quello dei servizi pubblici locali ed, ancora, al lavoro prestato in tale ambito.

Più precisamente, con riferimento alla esternalizzazione contrattuale dei servizi, il principio dovrebbe essere attuato mediante l'adozione da parte della Pubblica Amministrazione, nel rispetto del quadro normativo nazionale ed europeo in materia di appalti pubblici, di condizioni di aggiudicazione ed esecuzione di carattere sociale dal contenuto circoscritto e puntuale, quindi verificabile. Indicazioni in tal senso arrivano oramai da più fronti, internazionali ed europei⁷¹¹, oltre ad esser state recepite all'interno del Codice dei contratti pubblici, ma si ritiene debbano esser, prima ancora, considerate una concretizzazione del principio costituzionale che individua, in capo alla Pubblica Amministrazione, un obbligo di perseguimento del benessere sociale e della parità di trattamento dei cittadini, nel caso di specie nella veste di lavoratori.

Allo stesso modo l'art. 97 Cost. dovrebbe trovare attuazione in caso di esternalizzazione associativa, ossia realizzata ricorrendo ad enti privati formalmente collocati al di fuori delle strutture pubbliche. A supporto di tale convincimento ben può esser richiamata la giurisprudenza

⁷¹¹Cfr CARANTA-TRYBUS, *The law of green and social Procurement in Europe*, DJOF Publishing Copenhagen, 2010.

della Corte Costituzionale⁷¹² che pur con riferimento ad una specifica fase del rapporto di lavoro (quella dell'accesso poi regolata dal legislatore nel 2008), aveva già ritenuto legittima l'applicazione del principio di cui all'art. 97 Cost. rispetto ad una società che, ancorché formalmente privata, potesse essere assimilata, in quanto a capitale interamente pubblico, agli enti pubblici.

Così interpretando il rapporto instaurato tra enti pubblici, società pubbliche e cittadinanza si potrebbe, quindi, giungere ad ammettere che la Pubblica Amministrazione sia legittimata, anche ricorrendo a strumenti già esistenti all'interno dell'ordinamento europeo e nazionale (come il controllo analogo), a realizzare un più ampio e stringente monitoraggio sul processo di privatizzazione, che abbia quale parametro guida il servizio pubblico. Si potrebbe ipotizzare che la Pubblica Amministrazione incida, anche limitandole, su scelte quali il ricorso al lavoro non standard da parte degli enti affidatari, laddove sia riscontrato un eventuale peggioramento della qualità del servizio erogato in seguito alla precarizzazione dei rapporti di lavoro od alla riduzione delle risorse. Sempre nell'ottica di un incremento del livello qualitativo delle prestazioni rese, ben potrebbero essere create maggiori occasioni di contatto tra gli enti, dallo svolgimento di corsi di formazione specifici⁷¹³, che coinvolgano anche operatori

⁷¹²*Corte Cost. sentenza 23 gennaio 2006 n. 29;(così legittimando l'applicazione alle società a capitale interamente pubblico, affidatarie di servizio pubblico, del rispetto delle procedure di evidenza pubblica, imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente).Si tratta di una interpretazione che, nel 2008, ha trovato conferma nella scelta normativa di estendere la procedura di selezione concorsuale alle società totalmente o parzialmente partecipate da enti pubblici.*

⁷¹³Si precisa in proposito che le specificità che accomunano le

pubblici⁷¹⁴, alla redazione congiunta di codici *deontologici* ad hoc applicabili alle società pubbliche, che traducano in termine di doveri e sanzioni specifiche il *quid pluris* costituito dal carattere pubblico dell'attività svolta⁷¹⁵. Si potrebbe, infine, anche consentire alle Pubbliche Amministrazioni di beneficiare, temporaneamente, delle prestazioni di personale alle dipendenze delle società affidatarie, così che conoscenza e competenze possano effettivamente circolare tra i due partner pubblico e privato.

Nei casi di esternalizzazione contrattuale ed associativa la necessità che sia rispettato un vincolo di congruità e che si vigili sul perseguimento delle finalità sociali da parte di

società pubbliche e private aderenti a confederazioni di recente istituzione come Confservizi hanno indotto quest'ultima a creare unitamente a CGIL CISL Uil un apposito fondo di formazione per lavoratori impiegati nelle società di spl aderenti a Confservizi. (Accordo istitutivo del Fondo del 20 gennaio 2009).

⁷¹⁴ Sull'importanza della componente formativa si veda l'interessante benché non totalmente condivisibile saggio di IEVA, *Il fattore umano quale causa della inefficienza nella pubblica amministrazione, Il dir. Dell'ec.*, 2006, 740

⁷¹⁵I rapporti di lavoro nel settore dei servizi pubblici locali gestiti da soggetti privati aprono secondo alcuni riflessioni che sono anche di carattere etico. *“Est-ce que les agents de droit privé présents au sein du service public, dont on peut penser qu'ils véhiculent les valeurs du secteur marchand, sont néanmoins en mesure de conforter l'éthique du service public?”*. VILLAIN COURRIER, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Dalloz, PARIS, 2004. Si ritiene che il *quid pluris* cui si è fatto riferimento sia stato ad esempio recepito nell'ordinamento francese nella disciplina delle c.d. Imprese a statuto i cui rapporti di lavoro (non solo sotto il profilo deontologico) sono regolati da statuti, atti negoziali recepiti in decreti, espressione della combinazione tra i due regimi di *droit de la fonction publique* e *droit commun du travail*.

soggetti costituiti a tale scopo, sembra trovare un ulteriore fondamento costituzionale nell'art. 43 Cost.⁷¹⁶.

Vero è che a base di tale articolo, che ha avuto scarsa attuazione, è sotteso un concetto di Stato, oramai superato, fortemente presente ed attivo nell'economia nazionale. Si è tuttavia dell'avviso che la norma abbia recepito un equilibrio, posto anche a base degli artt. 41 e 42 Cost., che merita di esser preso in considerazione nel valutare i rapporti che attualmente le Amministrazioni intrattengono con i gestori privati dei servizi pubblici, quello tra finalità sociali e mercato. La norma costituzionale, infatti, ammette che la concorrenza tra imprese operanti nel settore possa subire una deroga dovuta a sua volta allo stretto legame esistente tra svolgimento dei servizi pubblici e coesione sociale (concetto poi recepito molti anni dopo nel Protocollo sui SIEG, v. *supra* cap.I).

Tale lettura dell'art. 43 Cost., che in effetti presuppone una visione solidaristica dell'attività economica, non legittima una immotivata ingerenza nell'attività imprenditoriale ma una verifica costante e periodica degli effettivi benefici derivanti dalle scelte di privatizzazione o liberalizzazione anche nella forma di un aumento della occupazione, di migliori condizioni di vita, ossia ad una maggior garanzia per la cittadinanza⁷¹⁷.

⁷¹⁶LUCARELLI, Sub art. 43 Cost., BIFULCO – CELOTTO - OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet Giuridica TORINO, 2006, il quale ritiene che la norma abbia tra i suoi obiettivi principali la realizzazione di un modello economico teso a difendersi dalle organizzazioni capitalistiche considerate ostacolo al conseguimento di fini sociali.

⁷¹⁷LUCARELLI, cit.. La nozione di coesione sociale in ambito europeo potrebbe costituire un freno all'onda liberista ed una rivalutazione dei principi di carattere sociale contenuti nel 43 Cost. la dimensione sociale può concretizzarsi in vari modi: es con

Il potere e dovere di controllo esercitato dalla Pubblica Amministrazione, pertanto, avrà ad oggetto non solo la qualità del servizio (il prodotto) ma anche la compatibilità delle scelte imprenditoriali, adottate dall'ente affidatario nell'esercizio della gestione, con quelli che sono nel contempo obiettivi ed elementi costitutivi del servizio pubblico e del servizio di interesse generale: coesione sociale e territoriale ossia – come è stato osservato - concreta affermazione del principio di uguaglianza sostanziale⁷¹⁸.

Se oramai è assunto indiscutibile quello per cui non sia sufficiente ri pubblicizzare per realizzare fini sociali né, in senso opposto, privatizzare, per ottenere un'attività efficace ed efficiente, resta ferma, quindi, la necessità,

l'erogazione di aiuti di stato diretti ad imprese pubbliche e private purché giustificati dal perseguimento di finalità sociali e dall'obiettivo della coesione economico sociale che si concretizza in un alto livello di occupazione. La regola della concorrenza verrebbe quindi derogata da istituti che si caratterizzano per temporaneità ed eccezionalità. L'intervento dello stato diventa una eccezione e la coesione sociale economica va intesa come obiettivo che difficilmente può raggiungersi senza l'intervento dello stato, ma non come strumento. Il paradigma della coesione sociale non può esser infatti inteso quale binomio libertà solidarietà ma va ampliata con i valori contenuti nel principio di eguaglianza sostanziale. Così principi del 16 TCE ed espressamente richiamati dal 36 della carta europea bilancerebbero la dimensione sociale comunitaria intesa nel senso più ampio di egual e soddisfacimento dei diritti sociali con la regola della concorrenza e del mercato. Si potrebbe ritenere che se la coesione sociale assumesse tale valenza dal punto di vista giuridico e socio economico i servizi che operano in tali ambiti potrebbero derogare alla regola della concorrenza nel caso in cui non siano in grado all'interno del mercato di raggiungere e mantenere soddisfacenti obiettivi sociali.

⁷¹⁸MONCERI *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Edizioni ETS, PISA, 2011.

laddove si sia in presenza di settori che “*toccano da vicino fondamentali aspetti della vita democratica*”⁷¹⁹, che l'Amministrazione affidante vigili sul corretto perseguimento delle finalità di utilità generale⁷²⁰.

Accanto ad una valorizzazione del ruolo della Pubblica Amministrazione nell'ambito dei rapporti instaurati con gli enti affidatari, auspicabile sarebbe una ridefinizione delle funzioni delle Organizzazioni Sindacali. Più precisamente, sarebbe utile estenderne la partecipazione dalla fase di informazione e consultazione, prodromica al trasferimento d'attività (art. 31 D.lgs. 165/2001), anche al momento iniziale di adozione delle scelte organizzative sulla gestione del servizio, visti gli effetti che dai processi di trasformazione discendono sui rapporti di lavoro, oltre che

⁷¹⁹GALGANO, *Sub art. 43 Cost.* in BRANCA (a cura di) *Commentario della costituzione*, Zanichelli ROMA BOLOGNA 1982. “*La natura pubblica del soggetto agente non è di per sé sola garanzia di socialità del risultato*”. Secondo l'A. non basta deprivatizzare le imprese né per realizzare i fini sociali di cui all'art. 41 né per conseguire i fini di utilità generale del 43. La legge non dovrà quindi solo deprivatizzare le imprese nei tre settori ogni volta constatati che la natura privata delle imprese ostacola la realizzazione dei fini di utilità generale ma anche regolare l'attività di impresa e il suo rapporto con gli organi di governo complessivo dell'economia in modo di garantire la realizzazione fini di utilità generale. Ciò che viene riservato o trasferito allo stato o ad enti pubblici o a comunità di lavoratori od utenti sono sempre imprese o categorie di imprese; la legge quindi può modificare la titolarità delle imprese ma non modificare i caratteri della attività produttività che deve restare una attività di impresa guidata da criteri di economicità. I pubblici poteri possono quindi sì affiancarsi ai privati o sostituirsi ad essi ma devono rispettare le forme giuridiche ed economiche dell'impresa basate sulla riproduzione del capitale.

⁷²⁰GALGANO, *cit.* in BRANCA (a cura di) *Commentario della costituzione*, Zanichelli, ROMA BOLOGNA 1982.

sulle relazioni industriali⁷²¹. Come si è visto, modelli più strutturati di partecipazione sono stati, ad esempio, adottati dall'ordinamento francese, dove con il *décret* n. 85-565 del 30 maggio 1985 (modificato nel 2008) presso le singole amministrazioni territoriali nonché presso i loro *établissements publics* (ente strumentali delle autorità locali) sono stati istituiti, accanto agli altri organismi di rappresentanza sindacale già presenti nei luoghi di lavoro, i “*Comités techniques paritaires*” (CTP). Si tratta di organismi di composizione paritetica che in base all'art. 33 del titolo III dello Statut général devono essere obbligatoriamente consultati, per il conseguimento di un parere, “*avant la prise de décision par les organes de la collectivité sur les questions relatives à l'organisation des administrations territoriales concernées et à leurs conditions de fonctionnement*”⁷²².

Al fine di realizzare una gestione controllata e consapevole degli effetti sociali è del resto opportuna una valutazione della trasformazione del servizio sotto il profilo collettivo, che si traduca in dialogo con le organizzazioni sindacali, e che consenta di prefigurare il piano di riorganizzazione. In tal modo il mutamento sarà avviato sulla base di informazioni affidabili e complete perché in grado di evidenziare l'incidenza del costo del personale sulla gestione nonché i vantaggi presumibilmente ottenuti dall'operazione.

⁷²¹PEDERSINI, *Privatizzazioni, rappresentanza e contrattazione collettiva*, *Dir. relaz. Ind.* 2002, 01, 87; MATHIESON HAMISH-, PEDERSINI ROBERTO, *Gli effetti della liberalizzazione del trasporto pubblico locale sulle relazioni industriali: Regno Unito e Italia a confronto*.in *Giorn.dir. lav. Rel. Ind.*, 2009, 337.

⁷²²AUBIN, *Droit de la fonction publique territoriale*, Ed.lextenso Paris 2009;arret CE 26 oct. 2011 n. 334928, *Revue Lamy des collec activités territoriales nota di GLASER*).

Un Protocollo concluso tra Confservizi, Cispel, CGIL, CISL e UIL nel 2000 dimostra che le parti sociali siano consapevoli della necessità di un loro maggior coinvolgimento, ancora oggi privo di un riconoscimento formale. I servizi pubblici locali erano oggetto della riorganizzazione avviata con la legge sulle autonomie, n. 142/1990, e confermata dal D.lgs. 267/2000. Il rischio avvertito dalle organizzazioni era che l'esternalizzazione ed il passaggio da un omogeneo regime pubblico ad un regime privato - inevitabilmente frammentario perché composto da un eterogeneo fronte di enti privati affidatari di appalti o concessioni, o titolari di affidamenti diretti - conducesse ad una competizione fondata sulle condizioni contrattuali applicate ai rapporti di lavoro, con conseguenze negative anche sulla qualità dei servizi erogati.

Obiettivo delle organizzazioni sindacali e di Confservizi nel 2000 era in primo luogo quello di introdurre un quadro condiviso ed omogeneo di regole, sopperendo quindi alla lacuna normativa esistente nel momento di stesura dell'accordo. In particolare le esigenze più sentite attenevano alla necessità di giungere ad una contrattazione unica per ogni settore merceologico. Forte era anche la coscienza della necessità di introdurre tutele sociali a supporto dei processi di liberalizzazione del mercato e dei conseguenti momenti di trasformazione aziendale e riconversione professionale.

In particolare, i contraenti concordano sulla necessità che la riforma dei servizi pubblici locali, settore più di altri strettamente legato al territorio⁷²³, fosse accompagnata da

⁷²³Si rammenta a tal proposito che da tempo i servizi pubblici locali in questa sede contestualizzati nel sistema giuslavoristico sono oggetto di approfondimento non solo da parte degli economisti ma

un adeguato modello di contratto collettivo a sua volta distinto in aree omogenee (es. energia elettrica; gas; rifiuti).

Un'ulteriore previsione del Protocollo del 2000 vincolava le parti all'istituzione di organismi bipartiti in grado di coinvolgere i lavoratori nelle scelte strategiche aziendali, obiettivo perseguito anche mediante un'offerta azionaria ai dipendenti e, contestualmente, prevedendo misure che agevolino l'acquisizione e il pagamento delle azioni stesse da parte dei lavoratori.

Emerge dall'accordo anche un certo favore nei confronti di una aggregazione dell'offerta nella forma di imprese c.d. Multiservice - ossia in grado di offrire servizi di diversa natura - e, per conseguenza, anche della struttura contrattuale. Da ciò l'impegno ad orientare le discipline contrattuali in modo armonico, nonché a coordinare le rappresentanze sindacali unitarie, demandare alla contrattazione nazionale di settore la definizione di norme di collegamento, anche definendo momenti e regole comuni ai vari settori, relative ad esempio alla classificazione del personale, a sua volta funzionale ad agevolare la mobilità interna tra i vari settori.

Dalla lettura del testo dell'Accordo risulta che i redattori siano convinti che lo strumento contrattuale, debitamente adeguato alle nuove modalità della gestione ed erogazione dei servizi pubblici, rappresenti il più importante mezzo di protezione non solo nella fase del passaggio da una gestione in economia ad una esternalizzata ma anche, in un secondo momento, di armonizzazione dei trattamenti economici e normativi applicati nel settore dei servizi locali⁷²⁴.

anche di studi di geografia.

⁷²⁴Si legge nel testo del Protocollo che le parti concordano di „definire strumenti contrattuali riferibili al comparto dei servizi

A tal proposito un esempio interessante, pur circoscritto ad un settore specifico in cui il personale, tuttavia, rappresenta oltre il 50% dei costi della produzione, è costituito dal Protocollo di intesa sul CCNL mobilità del 30 aprile 2009, concluso tra Parti aziendali, sindacali e Ministero di infrastrutture e trasporti, riferito al trasporto pubblico e privato su ferrovia, gomma e per via navigabile⁷²⁵.

pubblici locali individuando a livello interconfederale gli ambiti adeguati e i relativi CCNL applicabili fra quelli in essere o nuovi, come l'ultimo appena realizzato riferito a cultura, sport e tempo libero. Il CCNL individuato dovrà essere assunto quale criterio di tutela anche nel caso di procedimento di gara. I CCNL dovranno favorire il passaggio dei lavoratori dal contratto degli Enti Locali ai nuovi senza determinare aumenti di costo del relativo servizio.

⁷²⁵Si precisa che le società partecipate che gestiscono i servizi di trasporto pubblico locale e regionale di linea sono 126 e di queste mentre 51 forniscono esclusivamente servizi di trasporto pubblico locale, ben 75 oltre al trasporto pubblico locale gestiscono anche ulteriori servizi a testimonianza di una diffusa tendenza alla diversificazione del prodotto. Negli ultimi anni il mondo delle società a partecipazione pubblica locale e regionale operanti nel settore del trasporto pubblico locale si sta caratterizzando per una propensione, seppur ancora circoscritta, verso processi di mutamento organizzativo e industriale, tendenti verso operazioni di aggregazione e fusione di società (Emilia Romagna, Toscana); E' stata rilevata una discreta tendenza verso la diversificazione del prodotto offerto; infatti quasi il 60% delle società, oltre al servizio di linea di TPL, offre ulteriori servizi legati alla mobilità ed in particolar modo i più diffusi sono la sosta, lo scuolabus e il noleggio; Per quanto riguarda gli schemi partecipativi la totale partecipazione pubblica (di un solo ente locale o di più enti locali, o diretta o indiretta) è quella più diffusa (78% delle società) contro un 22% a partecipazione mista; Nel mercato del TPL su gomma e locale si sta affacciando, con operazioni di acquisizione già concluse (ATAF Firenze) e alcune *in itinere* (gara per il capitale di

Le Parti firmatarie (tra le quali spiccano Federtrasporto in rappresentanza di AGENS, FILT Cgil, FIT Cisl, UIL Trasporti nonché ORSA) consapevoli della necessità che si debba pervenire ad un CCNL unico per il trasporto locale e le attività ferroviarie, *“tenuto conto delle difficoltà derivanti dalle oggettive eterogeneità”* delle varie discipline contrattuali, concordano sulla necessità che la contrattazione debba contribuire a modernizzare il quadro normativo dei settori, per accompagnare i processi di liberalizzazione e privatizzazione, adottando un generale approccio *“costruttivo”* nei confronti del mutamento del regime giuridico applicabile, piuttosto che difensivo delle condizioni esistenti.

Le parti individuano poi alcuni istituti che possono essere oggetto di regolamentazione comune (tra questi relazioni industriali, diritti sindacali e mercato del lavoro)

GTT Torino), anche il Gruppo Ferrovie dello Stato; La partecipazione straniera che ad oggi fa riferimento a due grandi gruppi internazionali (Arriva e Ratp) è relativa ad 8 società, localizzate in particolar modo nel Nord del Paese. (dati raccolti nell'ambito della *Indagine sulle società partecipate dalle Autonomie territoriali Il settore del trasporto pubblico locale e regionale svolta da Confservizi* e reperibile sul sito di quest'ultima associazione). Cfr anche la ricerca *“La partecipazione degli enti locali nelle utility dei servizi energetici igiene urbana idrico cimiteriali e illuminazione pubblica”* del 12 dicembre 2012. L'incidenza delle spese del personale sui costi della produzione nelle monouility (quindi dedicate ad un solo settore ossia alla gestione del patrimonio del comune, gas e calore, servizio idrico, illuminazione urbana, igiene e gestione dei cimiteri) è inferiore rispetto alle soc. di trasporto e consiste in una media ponderata del 26,6%. Adottano strumenti di misurazione della produttività e redditività degli addetti nei spl come incentivo alla trasparenza e alla verifica degli obiettivi che non è simmetrica rispetto a quelli adottati dalla PA.

per chiarire, in un secondo momento, che un gruppo di lavoro costituito ad hoc dovrà procedere nell'attività di enucleazione delle materie che possano prestarsi senza difficoltà ad una disciplina trasversale all'interno dell'unico ampio settore della “*mobilità*”⁷²⁶.

Gli effetti utili derivanti da un adeguamento della contrattazione collettiva alla materia dei servizi pubblici locali sono al centro del più recente Avviso comune ed Accordo Interconfederale conclusi tra Confservizi e le tre

⁷²⁶Merita attenzione la previsione contenuta all'interno del Protocollo sulla base del quale il Ministro si impegna a proporre in sede governativa “la definizione della problematica” relativa alla introduzione delle clausole sociali “nei casi di affidamento per gara dei servizi di trasporto e nei processi di liberalizzazione“. Federtrasporto, in rappresentanza di AGENS chiarisce invece che i contratti di appalto di servizi accessori come i servizi di pulizia, dovranno contenere clausole di successione dei lavoratori adibiti nonché clausole che prevedano il mantenimento della normativa, del trattamento contrattuale delle attività ferroviarie, e del Protocollo d'intesa, nei confronti dei lavoratori impegnati negli appalti. La violazione di uno di questi due obblighi direttamente previsti nel Protocollo non consente l'affidamento o la prosecuzione dell'appalto. Si segnala anche il Protocollo sulla tutela occupazionale nei processi di trasformazione di gas e acqua del 10 febbraio 2011 firmato da FILCTEM, FEMCA, UILCEM, nonché per la parte imprenditoriale ANFIDA ASSOGAS ANIGA ANIGAS FEDERESTRATTIVA e FEDERUTILITY. Tra gli strumenti per governare gli effetti sociali si ricorda la previsione in materia di tutela occupazionale dei lavoratori del gestore uscente, con conseguente obbligo di assunzione in capo al subentrante che è non solo vincolato al rispetto delle retribuzioni ma anche il vincolo ad applicare il contratto unico del gas. L'esigenza più evidente è quella quindi di garantire continuità nonostante gli affidamenti abbiano durata determinata anche nel settore idrico, così come per il gas è previsto dall'art. 28 del d.l. 164/2000.

principali Confederazioni sindacali nel 2012⁷²⁷.

L'approccio, si ritiene, è espressione di un certo favore per la liberalizzazione del settore, ed è orientato ad una promozione della crescita della dimensione dei servizi pubblici locali anche oltre i confini comunali, individuando “*ambiti territoriali ottimali*”.

Si afferma al punto 7 dell'Avviso comune che il piano di liberalizzazione del comparto dei servizi pubblici locali richiede necessariamente l'avvio di processi di ristrutturazione aziendale volti ad adeguare gli assetti imprenditoriali alle mutate condizioni di mercato; di tal che occorre, secondo i contraenti, predisporre “*idonei strumenti di gestione delle ristrutturazioni, anche tramite l'estensione a tutti i servizi pubblici locali di natura industriale degli ammortizzatori sociali*”⁷²⁸ e, sotto altro profilo, adottare e valorizzare sistemi retributivi premianti, commisurati ai risultati gestionali.

Viene ribadita infine la necessità, tradotta in termini di impegno dei redattori, di monitorare i futuri sviluppi delle istanze evidenziate nell'Avviso comune attraverso la costituzione di un Osservatorio sulle Politiche industriali

⁷²⁷Entrambi reperibili sul sito di Confservizi.

⁷²⁸Una lettura favorevole all'apertura del settore dei spl al mercato individua infatti in tale processo una fonte di nuove possibilità di crescita occupazionale. “*la spinta all'efficienza, perseguita con la liberalizzazione, infatti, è uno strumento per creare le condizioni per gli investimenti nelle infrastrutture e per lo sviluppo dei servizi*“. Un temperamento agli effetti sociali potrebbe provenire dalla estensione ai lavoratori del comparto coinvolto nella trasformazione, di una rete di ammortizzatori sociali da coniugare con politiche di supporto alla riqualificazione e ricollocamento. VIGNERI-DE VINCENTI, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, MAGGIOLI, Rimini, 2011.

dei servizi pubblici locali⁷²⁹.

Dal Protocollo del 2001 come dall'Avviso comune del 2012, emergono esigenze di “*ricomposizione*” del sistema contrattuale e di coordinamento dei trattamenti, limitatamente agli istituti “*trasversali*” che si prestino ad esser sottoposti a regole condivise.

La riorganizzazione di tali attività, realizzata nel corso degli anni ha, infatti, condotto al passaggio da un originario regime omogeneo connotato dalla applicazione del contratto del comparto enti locali, cui erano ricondotti gli addetti ai vari settori dell'Amministrazione Pubblica dedicati alla gestione dei servizi (servizi cimiteriali e farmaceutici, elettrico e del gas, rifiuti, trasporto) ad un sistema contrattuale assai più complesso in ragione dell'elevato grado di frammentazione dei gestori dei SPL⁷³⁰ nonché delle scelte gestionali dei singoli enti.

⁷²⁹in realtà molti sono gli osservatori promossi dai più svariati enti pubblici ed associativi. Uno di questi stabilito dal legislatore; l'art. 7 del d.l. 138/2011 aveva infatti disposto la costituzione di un Osservatorio dei servizi pubblici locali presso la Conferenza Unificata al fine di consentire il progressivo miglioramento della qualità e dell'efficienza nella gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

⁷³⁰ Cfr i dati per il 2012 dell'Osservatorio sui Servizi Pubblici Locali Veneto. Dal rapporto redatto da Ires emerge come la provincia di Vicenza sia la più frammentata tra quelle venete per numero di gestori dei servizi pubblici locali: il trasporto pubblico conta due aziende pubbliche, Aim e Ftv, e dieci aziende private. Quanto all'Igiene urbana sono sei i gestori (Aim-Sit, Etra, Alto Vicentino Ambiente, Agno Chiampo Ambiente, Soraris e Utilya); cinque le aziende del gas (Aim, Italgas, Pasubio group, Agsm, Ascopiave); quattro quelle del servizio idrico integrato (Acque Vicentine, Etra, Alto Vicentino Servizi, Acque del Chiampo). In proposito si osserva che mentre sul fronte datoriale siano state istituite associazioni imprenditoriali specifiche tra le

La disciplina della gestione dei servizi pubblici locali, dalla esternalizzazione alla reinternalizzazione, dal distacco di lavoratori presso società private, alla formulazione di clausole di riassorbimento di lavoratori trasferiti, è infatti in larga parte rimessa alla discrezionalità ed alle valutazioni delle singole autorità locali, tra loro distanti per condizioni politiche, economiche, sociali e produttive.

Le istanze di ricomposizione provengono quindi sia dalle parti sociali, sia dagli operatori che al fine di interpretare correttamente i provvedimenti normativi, da tempo richiedono un intervento legislativo organico che finalmente metta ordine alla disciplina dei servizi pubblici locali. In occasione dell'opera di ricostruzione utile sarebbe, soprattutto ai fini della corretta collocazione dei lavoratori impiegati in tale settore, la creazione di nuovi confini.

Resistendo alle tentazioni di privatizzazione e di ritorno al pubblico si potrebbe, infatti, accettare che fenomeni come quello rappresentato dalle società pubbliche non possano essere costretti né nell'una né nell'altra categoria.

quali la più importante è Confservizi, rappresentativa delle società ex municipalizzate poi società per azioni partecipate, a sua volta comprensiva di alcune importanti federazioni, tra le quali si ricordano Federambiente (250 associate e 44.000 dipendenti) e Federutility (460 associate nel settore dell'energia elettrica, del gas e dell'acqua e 45.000 dipendenti). Quest'ultima raggruppa società di servizi economicamente rilevanti come servizio idrico, energia elettrica, gas, servizi funebri, igiene ambientale e trasporto locale. Va detto che si tratta di una Confederazione che persegue per chiara ammissione tra i propri obiettivi quello di incentivare una sempre crescente liberalizzazione del settore dei servizi pubblici locali e che, ritenendo decisivo il ruolo assunto da questi ultimi nel complessivo sviluppo economico nazionale, ha sottoscritto con CISL e Uil l'Accordo sulla produttività.

Una volta ammessa l'esistenza di tale nuovo spazio e quindi di un nuovo datore di lavoro, la cui attività è orientata a principi “trasversali” quali per l'appunto la coesione sociale e territoriale ed il benessere della collettività, si potrà anche ammettere che l'assunzione di personale con concorso pubblico ben si possa conciliare con l'applicazione di un contratto collettivo di diritto comune o che la forma giuridica privata sia compatibile con l'applicazione di regole e limitazioni di carattere pubblico.

Bibliografia

- AA VV, *Organizzazione e lavoro negli enti locali*, Ed. Rubbettino, 2005;
- ALAIMO *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e blocchi dalla riforma Brunetta alla manovra finanziaria 2010*, *Lav.Pubb.Amm.* 2/2010, 287;
- ALAIMO- CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa sociale nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int, 82/2010;
- ALLEGRETTI in *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della Costituzione*, *Digesto. Discipline pubblicistiche VIII*, TORINO, 1993 ora in Idem, *Amministrazione pubblica e costituzione*, Cedam, PAVIA, 1996;
- ALLEGRETTI *L'imparzialità amministrativa*, Cedam, PADOVA, 1965;
- ALLEGRETTI, *Globalizzazione e sovranità nazionale*, *Dem.dir.*, 1995, 47;
- ALLEVA, *Verso l'unificazione del mondo del lavoro: una riforma incompiuta*, tratto da , in ALLEVA – D'ALESSIO – D'ANTONA, *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Ediesse ROMA 1995;
- ALVINO, *Appalti delle pubbliche amministrazioni e tutela dei lavoratori dipendenti da appaltatori e sub appaltatori*, in CARABELLI - CARINCI, *Il pubblico impiego in Italia*, Cacucci, BARI, 2010;
- ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2007, 507;
- AMOROSO - DI CERBO – FIORILLO - MARESCA, *Il diritto del lavoro. Il lavoro pubblico*, Giuffré, MILANO 2011;
- AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, *Arch.dir.pubb.*, 1938;

ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, TORINO, 2006;

ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c., della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.it;

ASSANTI, *Sub art. 36* in ASSANTI-PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, PADOVA, 1972;

AUBELLE, *Intercommunalités: des projets aux pratiques*, Editions Berger Levrault, 2011, p. 369;

AUBIN, *Droit de la fonction publique*, Ed. Lextenso, PARIS, 2010;

AUBIN, *Droit de la fonction publique territoriale*, Ed. Lextenso PARIS, 2009;

AUBY – AUBY- JEAN PIERRE- TAILLEFAIT, *Droit de la fonction publique*, Précis Dalloz, PARIS, 2009;

AUBY-FREEDLAND, *La distinction du droit public et du droit privé: renards français et britanniques*, L.G.D.J. Diffuseur, PARIGI 2004;

AUBY AUBY NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, 4 ed. Thémis droit PUF, PARIS 2008.

AVINO, *Quale destino per le società miste alla luce dell'art. 4 del D.L. 138/2011?*, dirittodeiservizipubblici.it 2012;

BALANDI, *Le clausole a favore dei lavoratori e l'estensione della applicazione del contratto di lavoro Riv. Trim dir.proc.civ.* 1973, 698;

BALESTRERI *Gli appalti riservati tra principio di economicità ed esigenze sociali, Urbanistica e appalti*, 2009, 789;

BALLESTRERO - DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, TORINO 2012;

BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero, Lavoro e diritto*,

2008, p. 371;

BALLESTRERO, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, W.P.C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int 55/2007;

BALLESTRERO – DE SIMONE, *Rapporti di lavoro e trasformazione dei servizi pubblici locali*. Presentazione, in *Lavoro e diritto*, 2001, p. 201;

BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, *Dir.Un.Eur.*, 1, 2008, p.21;

BARBERA *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int, 95, 2012;

BARTOLI, *L'introduzione delle clausole sociali negli appalti riservati*, in www.amministrazioneincammino.it;

BASENGHI in AMOROSO- DI CERBO- FIORILLO- MARESCA, *Il lavoro Pubblico*, 2011, Giuffré, MILANO;

BAUBY, *L'emploi public facteur de devoleppement et de competitivà des territoires?* in PAULIAT (a cura di), *L'emploi public en Europe: une ambition pour demain*, Université de Limoges ed. Pulim Limoges, 2005;

BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, PAVIA, 2000;

BAUBY, *Service public services publics*, Ed. La documentation française, PARIS, 2011;

BAUBY, *Les service publics et l'integration europeenne*, in *Droit Ouvrier*, 2008;

BAVARO, *Tre questioni su quattro sentenze della corte di giustizia: a proposito di geo diritto del lavoro meta diritto all'impresa e all'autonomia collettiva* in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, BARI 2009;

BELLAVISTA, *La clausola sociale dell'art. 36 st. lav. e l'art. 2070 c.c.*, *Riv. it. dir. Lav.* 1999, 459;

BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, *Giorn. Dir.lav. rel. Ind.*, 2010, p.87;

BELLAVISTA-GARILLI, *Riregolazione legale e de*

contrattualizzazione: la neoibridazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, Lav. pubb. Amm., 2010, 1;
 BELLOMO, *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali, Lav. Giur.*, 2010, 11;
 BELLUMAT, *Internalizzazione di un'azienda in crisi nella pubblica amministrazione tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Arg.dir.lav.* 2010, 4;
 BIFULCO, *I diritti sociali nella prospettiva della mondializzazione, Dem.dir.*, 2005, p.207;
 BOBBIO, *Pubblico e privato*, Enc. Dir. Einaudi, TORINO, 1980;
 BOITEAU, *Les conventions de delegation de service public*, Ed. Groupe Moniteur Editions du Moniteur Paris 2007;
 BORDOGNA-NERI, *La regolazione del lavoro pubblico in Italia e in Francia: convergenze e divergenze, Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2010, 3;
 BORRELLI *Social clauses in public contracts the posted workers directive and article 49 EC: the Ruffert case*, Transfer 1, 2008;
 BOSCATI *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico, Lav.pubb.amm.* 2012, I, 991;
 BOSCATI, *Il lavoro negli enti locali dopo le riforme. Problemi risolti e questioni aperte . Il ruolo e i poteri dei dirigenti degli enti locali*, tratto da ZILIO GRANDI (a cura di) *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, TORINO 2009;
 BOTTINO, *Amministrazione e funzione organizzatrice*, Giuffré, MILANO, 2008;
 BOURDON *Vers une banalisation du droit de la fonction publique?*, in *AJFP*, 2005, 284;
 BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in ORSI BATTAGLINI (a cura di) *La necessaria*

discontinuità, *Quaderni San Martino*, Il Mulino, BOLOGNA, 1990;

BRIGNONE, *La responsabilità solidale nelle esternalizzazioni.*, Giuffré, MILANO, 2012;

BRONZINI, *Le tutele dei diritti fondamentali: il ruolo della Carta di Nizza*, newsletter 32 *Europeanrights.eu*, 2012;

BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in BASSANINI – TIBERI *Le nuove istituzioni europee Commento al trattato di Lisbona*, Il Mulino, BOLOGNA, 2010;

BRUUN - JACOBS - SCHMIDT *La convenzione 94 dell'ILO alla luce del caso Ruffert*“ *Riv.giur.lav.* 2009 I, 649;

BUFFA, *Responsabilità del dipendente per danni alla società a partecipazione pubblica datrice di lavoro, giurisdizione del giudice ordinario ed efficacia della sentenza penale extradibattimentale*, *Giust.civ.*, 2010, 569;

CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, *Foro amm. Tar* 2012, 663;

CAILLOSSE, *Service public et concurrence: le service public entre deux mythologies*, in *Droit Ouvrier*, 2008;

CAILLOSSE, *Droit public et droit privé: sens et portée d'un partage academique*, *AJDA* 1996, 955;

CAILLOSSE *Le service public dans la theorie de l'etat de Leon Duguit*, *LGDJ*, 1972;

CALCAGNILE, in *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, *Dir.amm.* 2010, 187.

CAPOGNA, *La contrattazione collettiva e la rappresentanza sindacale*, tratto da DE MARZO -TOMEI *Il rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti locali*, Cedam, PAVIA 2004.

CAPURRO, *La responsabilità solidale e le altre tecniche*

di tutela dei diritti dei lavoratori negli appalti, *D&L Riv. Crit.dir.lav.*, 2012, 615.

CAPURRO, *Profili di costituzionalità della disciplina sulla responsabilità solidale negli appalti*, *D&L Riv. Crit.dir.lav* 2012, 217;

CAPURRO *Una tecnica di tutela che ad alcuni sta stretta: ancora sulla solidarietà negli appalti conferiti dalle pubbliche amministrazioni*, *D&L Riv. Crit.dir.lav*, 2012, 777;

CARABELLI, *Unione europea e libertà economiche sociofaghe (Ovvero quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in FOGLIA COSIO, *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Giuffré, MILANO, 2011;

CARABELLI, in CARABELLI-CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, BARI 2010;

CARABELLI, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità*, WP CSDLE Massimo D'Antona, 104/2010;

CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, BARI, 2009;

CARANTA, *L'incerta sostenibilità degli appalti pubblici, Urbanistica e appalti*, 2012, 11, 1123;

CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, *Le regioni*, 2011, 1176;

CARANTA, *Ricognizione delle tipologie previste dalla normativa (società in house miste e altre tipologie) per la produzione e la gestione*, in AA VV *Esternalizzazione delle attività attraverso le società partecipate e i relativi strumenti di controllo*, atti del sem. Del 23 24 sett. 2008 Corte dei Conti;

CARANTA, Sub art. 97, in BIFULCO CELOTTO OLIVETTI (a cura di) *Commentario alla costituzione*, Utet

Giuridica, TORINO, 2006;

CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, *Dir.prat.lav.*, 2013, 1, 27;

CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, *Lav.pubb.amm.*, 2, 2012;

CARINCI *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, 88/2009;

CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta, il d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150*, in W.P.C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.it. 119/2009;

CARINCI, *Una riforma conclusa tra norma scritta e prassi applicativa*, *Lav.Pubb.Amm.*, 2004, 329;

CARTEI - CREA, *La Cassazione, le società partecipate e la responsabilità amministrativa*, *Giorn. Dir. Amm.* 2010, 935;

CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int, 81/2010;

CASALE, *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni fra trasferimento di funzioni e gestione delle eccedenze*, *Lav. Pubb. Amm.*, 2003, 945;

CASERTANO, Sub art. 1203 c.c., in CUFFARO (a cura di) *Delle obbligazioni*, in GABRIELLI (diretto da) *Commentario del codice civile*, UTET, Torino 2012;

CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré, MILANO, 2010;

CASSESE - BATTINI *L'attuazione del dlgs 29/1993 un primo bilancio*, *Giorn.dir.amm.*, 1996, 69;

CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo* Giuffré, MILANO, 2006;

CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, *Riv. Trim.dir.pubb.*, 2001, 79 ss;

CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, Riv.trim.dir.pub., 1991, p. 378; CASSESE, *Le droit tout puissant et unique de la société, Paradossi del diritto amministrativo*, su IRPA.gag.it.;

CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra pubblici poteri e autonomie private*, Riv.trim.dir.pubb. 2000 p. 389 e ss.;

CASSESE, *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal rapporto Giannini*, Giorn. Dir. Amm. 2000, 99;

CASSESE, (a cura di) *L'Amministrazione pubblica in Italia* Il Mulino BOLOGNA 1974

CATELANI, *L'impiego pubblico*, tratto da SANTANIELLO, *Trattato di diritto Amministrativo* CEDAM, Padova 2003;

CAVALLARO *Pubblico impiego e (nuovo)art. 18 St.lav.: difficile convivenza o coesistenza pacifica?* W.P. CSDLE "Massimo D'Antona".it – 176/2013;

CAVALLO PERIN, Sub art. 114, in *Commentario breve al Testo Unico degli Enti Locali*, Padova, 2008;

CAVALLO PERIN, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, Dir.Amm., 2003, 01, 119;

CAVALLO PERIN - ROMANO, *Commentario breve al testo unico degli enti locali*, Cedam PAVIA 2006;

CENTOFANTI *Obblighi dei titolari dei benefici accordati dallo Stato e degli appaltatori di opere pubbliche in* PROSPERETTI (a cura di) *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffré, MILANO, 1975;

CERBO, *La scelta del contraente negli appalti pubblici fra concorrenza e tutela della dignità umana*, Foro Amm.TAR, 2010, 1875;

CERBONE, *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori ai dipendenti pubblici*, Dir.lav.mercati, 2010, 919;

CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, *Giur.cost.*, 2012, 2900;

CERULLI IRELLI, *Impresa Pubblica* in PINELLI - TREU (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino, BOLOGNA, 2010;

CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, *Riv.It.dir.pubb.com.* 2006, 747;

CESTER, *Il trasferimento del personale ATA dagli enti locali allo stato davanti alla corte di giustizia*, *Riv.it.dir.lav.* 2012, 124;

CHAPUS, *Droit administratif général. T. 2*, Ed., Montchrestien, PARIS, 1992;

CHAPUS *Droit administratif general, T.1*, Ed. Montchrestien, PARIS 2001;

CHEVALLIER, *Le service public*, ed. Puf, PARIS, 2012;

CHIECO, in CARABELLI - CARINCI, *Il pubblico impiego in Italia*, Giappichelli, TORINO 2010;

CHIECO, *cit.*, in AA VV *Studi in onore di Edoardo Ghera*, TOMO I, Cacucci, BARI 2008

CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla finanziaria 2007*, *Lav.giur.* 2007, 467, 471.

CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, *Dir. Un.Eur.* 3/2006, 461.

CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, *Giustizia Amministrativa.it*, 2009.

COCCO, *L'in house providing tra giustizia amministrativa e Corte costituzionale*, *dirittodeiservizipubblici.it*;

COLLIÈRE *Situation des personnels des associations reprises en régie par une collectivité territoriale*, *AJDA* 2006, p. 1018;

COMANDÉ, *Il diritto di negoziazione collettiva cede il*

passo alle norme europee sugli appalti pubblici: quale compromesso è sostenibile?, *Riv.it.dir.lav.*, 2011, 903;

CORAZZA, *Trasferimento parziale d'impresa e autonomia organizzativa nel prisma della giurisprudenza europea*, *Lav.giur.*, 2010, 15;

CORPACI - RUSCIANO - ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ.comm.*, 1999;

COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. Clausole sociali*, 2011 pubblicato su www3.unisi.it/ianus;

COSTANTINI *La tutela dei soggetti deboli nella filiera dei contratti pubblici: i possibili correttivi di un sistema a rischio paralisi*, relazione al convegno tenutosi il 19 ottobre 2012, reperibile sul sito *Appalti e Formazione*;

COTTIN, *Transfert d'une entité économique autonome vers un service public administratif*, *Rev.jur.soc.* 2006, 3;

D'ALTERIO, *L'esternalizzazione delle funzioni d'ordine: il caso delle carceri*, *Riv.trim.Dir.pubb.*, 2008, 969;

D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, tratto da CARINCI-D'ANTONA (a cura di) *Il lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni. Commentario*, Tomo I, Giuffrè, MILANO 2000;

D'ANTONA, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, *Riv.trim. Dir. Proc. Civ.* 1994, 695;

D'ANTONA, *La politica sociale nell'iniziativa della Commissione Cee: utopia o realtà?*, In *Dir.rel.ind.* 1991, 11;

D'ANTONA, *La contrattazione privatistica nelle amministrazioni pubbliche*, in ALLEVA – D'ALESSIO – D'ANTONA, *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche*

amministrazioni, Ediesse ROMA 1995;
 D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, tratto da BATTINI-CASSESE (a cura di) *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, MILANO 1997;
 D'AURIA, *La riforma Brunetta del lavoro pubblico*, *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1, 5;
 D'AURIA, *Responsabilità dell'amministrazione e responsabilità del funzionario*, *Foro Amm. CDS*, 2008, 3479;
 DEBORD, *Droit du travail dans le secteur public*, *Rev. du droit du travail*, 2010, 692;
 DELAIRE, *La délégation des services publics locaux*, Berger-Levrault, 2007;
 DERRIDJ, *L'application de l'article L. 122-12 du code du travail à la reprise des personnels de droit privé*, *AJFP*, 2004 p. 120;
 DORD, *Droit de la fonction publique ed. Thémis Droit* PUF, PARIGI, 2012;
 D'ORTA, *L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, *Lav. Pub. Amm.*, 2011, 394;
 D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in CARINCI - ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, TORINO, 2004;
 DE LUCA TAMAJO (a cura di) *I processi di esternalizzazione opportunità e vincoli giuridici*, Ed. Scientifiche Italiane 2002, NAPOLI ROMA;
 DE LUCA TAMAJO-SALIMBENI, in CARINCI-PERSIANI *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, PAVIA 2012;
 DE SALVIA, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e*

i diritti sociali collettivi operato dalla corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati” WP 98/2012;

DE SALVIA *Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Viking e Laval.*, in *ADL*, 2008. 3, p.792;

DE SIMONE, *La "privatizzazione" dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina del trasferimento d'azienda.*, *Lav.dir*, 2001, 257;

DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, PADOVA, 2010;

DI GASPARE, *Esternalizzazioni, societarizzazioni e privatizzazioni. Un approccio teorico*, in www.Amministrazioneincammino.it ;

DI LEO, *Le corti superiori nel sistema multilevel e opportunità di un ulteriore dialogo nel caso ATA*, *Lav.giur.* 2012, 434;

DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica*, *Dir.amm.* 2002, 169;

DUGUIT, *Mannuel de droit constitutionnel*, ed. E. de Bocard, 1923, ristampa Ed. Pantheon Assas PARIS, 2007;

EYMERI, *De la souplesse dans la rigidité: les corps administratifs à la française*, EIPA SCOPE 2000/2;

FAURE, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, PARIS, 2011;

FERRARI (a cura di) *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Giappichelli, TORINO, 2003;

FERRETTI, *Trasferimento di attività della pubblica amministrazione e passaggio di dipendenti: il caso delle esternalizzazioni dei servizi pubblici locali*, *Lav. Pub.amm.*, 2005, 634;

FOGLIA, *Il Lavoro*, in TIZZANO (a cura di) *Il diritto privato dell'Unione europea*, II, Giappichelli TORINO 2006;

FONDERICO, *La selezione delle offerte e la verifica*

dell'anormalità, in CLARICH (a cura di) *Commentario al Codice dei Contratti pubblici*, Giappichelli, TORINO, 2010;

FERSTENBERT-PRIET-QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, Dalloz, Paris, 2009;

FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico* in RESCIGNO –GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Giappichelli, TORINO 2010;

FRENI - GIUGNI, *Lo Statuto dei lavoratori*, Giuffré, MILANO, 1971;

GAETA, *Pubblico e privato alle origini del diritto del lavoro. Storie di uomini e di schieramenti*, *Lav.dir.*, 1994, 207;

GALGANO, *Sub art. 41* in BRANCA, *Commentario alla costituzione. Rapporti economici*, Zanichelli, Bologna Roma, 1982;

GALGANO, *Sub art. 43 Cost.* in BRANCA, *Commentario della costituzione*, Zanichelli, ROMA BOLOGNA 1982;

GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffré, MILANO 2011;

GAMBINO - NOCITO, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, ASTRID on line, luglio 2012;

GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, W.P.C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. It 49/2007;

GARRIGUE- VIEUVILLE, *Les effets du changement de mode de gestion des services publics sur la situation de leur personnel: mode d'emploi*, *Droit administratif*, 2010,13;

GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un*

modello di politica legislativa, Dir. relaz. Ind., 2001,133;
 GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffré, MILANO 2000;
 GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, BOLOGNA, 1988;
 GIANNINI, *Impiego pubblico*, Enciclopedia del diritto Treccani, 1970;
 GIANNINI, *Il riassetto dei poteri pubblici*, in *Riv.trim.Dir.Pub.*, 1971, 451;
 GILIBERTI, *Sulla natura giuridica oggettiva dei servizi pubblici*, *Foro amm. Cds*, 2013, 1038;
 GIORGIS voce *Diritti sociali* in CASSESE (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, Giuffré, MILANO;
 GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, BOLOGNA, 2003;
 GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2010 p. 4;
 GUGLIELMI - KOUBI, *Droit du service public*, Ed-Domat, Lextenso Paris, 2011;
 GUGLIELMI, *Réflexions critiques sur la notion d'externalisation*, *Droit Ouvrier*,2008, p. 175;
 GUERRIERI, *La reinternalizzazione nei servizi pubblici locali*, *Urb. e app.* 2013, 597;
 GUZZO, *La disciplina dei spl di rilevanza economica tra spending review e mito delle liberalizzazioni*, *dirittodeiservizipubblici.it*, 2012.
 GUZZO, *La controriforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e il problema irrisolto dell'operatività delle società miste*, *dirittodeiservizipubblici.it*, 2009.
 IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, Giappichelli, TORINO, 2007;
 ICHINO, *Il contratto di lavoro*, VI, Giuffré MILANO 2003;

IEVA, *Il fattore umano quale causa della inefficienza nella pubblica amministrazione*, *Il dir. Dell'ec.*, 2006, 740;

IMBERTI, *Responsabilità solidali negli appalti e subappalti dopo il d.l. n. 97/2008:una disciplina in continuo movimento*, *Lav.giur.*, 2008, 7, 659;

IMBERTI, *Le responsabilità solidali negli appalti: alla ricerca di un'adeguata tutela delle posizioni creditorie dei lavoratori*, *Arg. Dir. Lav.*, 2008, 2, 516.

IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, BARI-ROMA,1998;

JEZE, *Les principes generaux du droit administratif*, tome 2 Dalloz, PARIS, 2004 (edizione ristampata del volume del 1914);

LAMBERTI *La tutela dei lavoratori e la regolarità contributiva*, in DE NICTOLIS GAROFOLI SANDULLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffré, MILANO 2011;

LAMBERT, *Concept d'administration publique et jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Europeene*, in AA VV *Vers un modèle européen de fonction publique*, Ed. Bruylant, 2011;

LA CHAUME-BOITEAU –PAULIAT,*Droit des services publics*, p. 94 e ss. 3 ed. Armand Colin Dalloz, PARIS, 2004;

LA CHAUME, *Brèves remarques sur les services publics à double visage*, *RFDA*, 2003, 362;

LE CHATELIER, *En quoi l'externalisation est-elle aujourd'hui un mode de gestion publique efficace?*, *Contrats Publics*, 2008, 40;

LINDITCH, *La place du comité technique paritaire dans la procédure de délégation de service public*, *JC Adm.coll.terr.*, 2003, 2;

LO FARO, *Le direttive in materia di crisi e ristrutturazioni di impresa*, in CARUSO- SCIARRA, *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, TORINO, 2009;

LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, *Lav. Dir.* 2008, 64;

LOTTINI, *Gli appalti pubblici riservati a laboratori protetti e le clausole sociali di esecuzione dle contratto*, in SANDULLI DE NICTOLIS GAROFOLI, *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffré, MILANO, 2011;

LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, *Riv.it.dir.pubb.com.*, 2005, 1351;

LUCARELLI, *La corte costituzionale di fronte al magma dei servizi pubblici locali. Linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, *Giur. Cost.*, 2010;

LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in LUCARELLI PATRONI GRIFFI (a cura di) *“Dal trattato costituzionale al trattato di Lisbona”*, Edizioni scientifiche italiane, 2009;

LUCARELLI, *Crisi e ricostruzione del diritto pubblico* in LUCARELLI, *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, La Scuola di Pitagora, NAPOLI, 2009;

LUCARELLI, Sub art. 43 Cost., BIFULCO CELOTTO OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet Giuridica TORINO 2006 ;

LUCIANI (V.) *La clausola sociale di equo trattamento nell'art. 36*, *Dir. Lav. Merc.*, 2010, 909;

LUCIANI (M), *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, PADOVA, CEDAM 1983;

LUCIANI (M) *La produzione della ricchezza nazionale*, *Costituzionalismo.it*, 2008;

LUCIANI (M.) *Libertà di impresa e di assicurazione e garanzia dei livelli occupazionali. Prime osservazioni alla sent. 316 del 1990 della Corte costituzionale*, *Giur. Cost.* 1990, 2035;

LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, *Riv. it. dir. Lav.* 2004, 02, 213;

MAIELLARO, *Il nuovo quadro normativo della responsabilità solidale negli appalti pubblici*, *Urb. E appalti*, 2013, 277;

MAINARDI, *Il dovere del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, *Giur.it.* 2010, 10;

MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, *Lav. pubb. Amm.* 2009, 729;

MAINARDI, *La trasformazione delle Università in Fondazioni. Profili di diritto del lavoro*, *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, 1169 ;

MAINARDI-CASALE, *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggi di personale* , in *Quad.dir.lav.rel.ind.*, 2004;

MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, *Dir. Amm.* 2011, 1, 97;

MANCINI, *Sub art. 36*, in GHEZZI-MANCINI-MONTUSCHI- ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori* , Zanichelli, BOLOGNA ROMA, 1972;

MARC - STRUILLOU, *Droit du travail et droit de la fonction publique: des influences réciproques à l'émergence d'un droit de l'activité professionnelle?*, *Rev.fr.de droit adm.*, 2010, 1169.

MATHIESON -PEDERSINI, *Gli effetti della liberalizzazione del trasporto pubblico locale sulle relazioni industriali: Regno Unito e Italia a confronto*; *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, 337;

MIMMO, *Applicabilità alla p.a. committente del regime della solidarietà nell'appalto di cui all'art. 29 comma 2 d.lg. n. 276 del 2003*, *Giur. Merito* 2012,1889;

MARCOU, *Politiche di liberalizzazione ed espansione del diritto pubblico* in LUCARELLI (a cura di) *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, La scuola di Pitagora,

NAPOLI 2009;

MARESCA, *Appunti preliminari su contrattazione collettiva e servizi pubblici*, *Qagens*, 2001;

MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda* in *Arg.dir.lav.* 2001, p. 588;

MARINELLI, *La tutela dei lavoratori pubblici nel trasferimento di attività*, *Riv.dir. econ.Trasp.Amb.*, 2008, 9;

MASTROGIUSEPPE, *La contrattazione integrativa nel comparto regioni ed autonomie locali: i risultati del monitoraggio dell'ARAN*, in AA VV, *Organizzazione e lavoro negli enti locali*, *Atti del convegno di Catanzaro del 25 febbraio 2005*, Ed. Rubbettino, 2005;

MATTARELLA, *Su alcune (piuttosto ovvie) peculiarità dei dipendenti pubblici*, *Nel merito* 30 maggio 2012;

MELI, *Procedure di affidamento dei contratti pubblici, obbligo di applicazione dei contratti collettivi di lavoro e diritto comunitario: il caso Ruffert e la sindrome (italiana) dello struzzo*, *Lav.pubb.Amm.*2012, 570;

MELLERAY, *Droit de la fonction publique*, Ed. Economica, PARIGI, 2010;

MENEGATTI, *Pubbliche Amministrazioni e trasferimento d'azienda nella giurisprudenza comunitaria*, *Lav. Giur.* 2002, 951;

MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in MENGONI *Metodo e teoria giuridica*, vol. I, Giuffré, MILANO, 2011;

MENICHETTI *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale* in SCIARRA (a cura di) *Solidarietà mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Il Mulino, BOLOGNA, 2008;

MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, *Dir. Amm.* 2010, 2, 313;

MEZZACAPO, *Spunti in tema di trasferimento di attività*

da parte delle pubbliche amministrazioni: l'art. 31 del D.lgs. n. 165/2001 e l'art. 2112, Lav.giur., 2010;
 MEZZACAPO, Disposizioni generali, in DE LUCA TAMAJO SANTORO PASSARELLI, *Il nuovo mercato del lavoro*, Cedam, PAVIA 2007;
 MIRAGLIA, *Gli affidamenti alle cooperative sociali: le regole e le deroghe*, nota a Cons. Stato Sez. V, 11 maggio 2010, n. 2829, *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 149;
 MONCERI *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Edizioni ETS , PISA, 2011;
 MOREAU, *Existe-t-il une particularit du travail au service de l'interet general?*, tratto da BODIGUEL-GARBAR - SUPIOT (a cura di), *Servir l'interet general*, ed.Les voies du droit, 2000;
 MOREAU, *Transformation de la relation de travail dans les entreprises de service public* in SUPIOT (sous la direction de) *Le travail en perspective*, Ed. L.G.D.J., 1998;
 MOTRONI, *Il passaggio del personale nell'ambito dei processi di esternalizzazione di attività pubbliche: l'art. 31 del decreto legislativo n. 165/2001 come norma residuale e meramente integrativa della disciplina privatistica*, *federalismi.it*, 13 aprile 2013;
 MURATORI, *Servizi degli eell e regolamento esecutivo dell'art. 23 bis, d.l. n. 112/2008: gestioni in house, addio?*, *Ambiente e sviluppo*, 2010, 957;
 MURRONE, *Quale tutela per il lavoratore nel caso l'ente pubblico torni a svolgere attività prima trasferite*, in *Lav.pub.am.*, 2009, 3;
 MUTARELLI, *Per l'inapplicabilità dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 alla pubblica amministrazione quale stazione appaltante*, *Lav.pubb.am.*, 2010, 1215;
 MUTARELLI, *Protezione del lavoro vs protezione della concorrenza nella sentenza della Corte di giustizia sui*

servizi aeroportuali: una decisione di grande rilievo ma motivata in modo insoddisfacente, Riv.it.dir.lav. 2005, II, 271;

NAPOLETANO, *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore, Riv.giur.lav.1953,267;*

NAPOLI – GARILLI, *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo ed autoritarismo, Cedam, PADOVA, 2013;;*

NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, voce in CASSESE (diretto da) *Dizionario di diritto Pubblico*, Giuffré, MILANO, 2006;

NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie, Riv.soc. 2006, 999;*

NAPOLITANO, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione, Dir. ec.,2006, 663;*

NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, BOLOGNA, 2005

NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffré, MILANO, 2003;

NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»? , Dir.Amm., 2003, 801;*

NAPOLITANO ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, BOLOGNA 2009;

NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffré, MILANO, 1955;

NIRO, *Sub art. 41*, in BIFULCO – CELOTTO - OLIVETTI (diretto da) *Commentario alla Costituzione*, Utet, TORINO, 2006;

NOVELLA, *Nuove discipline delle trasformazioni dei servizi pubblici locali. Profili giuslavoristici, Lavoro e diritto*, 2002, p. 159 ;

OLIVERI, *L'applicazione delle disposizioni del d.lgs 165/2001 negli Enti locali Adeguamento degli ordinamenti e non recepimento delle norme*, in www.Giustamm.it;

ORLANDINI, *Libertà economiche e cittadinanza sociale europea*, www.europeanrights.eu;

ORLANDINI, *Viking Laval Ruffert i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in VIMERCATI (a cura di) *Il conflitto sbilanciato* Cacucci, BARI, 2009.

ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona.int 66/2008;

ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo di integrazione europea*, Giappichelli, TORINO, 2003;

ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico dei rapporti di lavoro alle dipendenze degli enti pubblici*, *Giorn.dir.lav.rel.ind.* 1993, 461.

ORSI BATTAGLINI (a cura di) *La necessaria discontinuità*, *Quaderni San Martino*, Il Mulino, BOLOGNA, 1990;

PALLINI, *Il diritto del lavoro e libertà di concorrenza: il caso dei servizi aeroportuali (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 14/07/05 e 9/12/04)*, *Riv. Giur. Lav.*, 2006, 49;

PANASSIDI, *Considerazioni introduttive sul nuovo contratto del lavoro*, da Aa Vv, *Il nuovo contratto collettivo del personale degli enti locali, 2006-2009*, MILANO, 2009;

PARISIO, *Forma privatistica e sostanza pubblicistica modello societario e gestione dei spl* in, FALCON-MARCHETTI, *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive. Atti del convegno di Trento 7 e 8 giugno 2012* Cedam, PAVIA, 2013;

PATRUNO *Il caso Ruffert: la Corte di giustizia CE fa un*

altro passo avanti nella "via giudiziaria" al dumping sociale, Costituzionalismo.it, 2008 fasc. 2, 4;

PEDERSINI, *Privatizzazioni, rappresentanza e contrattazione collettiva, Dir. relaz. Ind. 2002, 01, 87;*

PEDRAZZOLI *Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico?, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT, 149/2012;*

PERA, *Il rispetto della contrattazione collettiva nelle concessioni di pubblici servizi, Giust.civ. 1998;*

PEROTTI, *La clausola sociale strumento di salvaguardia ai lavoratori nel conferimento o nel trasferimento di attività a carattere economico-imprenditoriale da parte delle pubbliche amministrazioni, Nuova rassegna di leggi dottrina e giurisprudenza, 2009 p. 24;*

PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione, Arg.dir.lav., 2003, 2, p. 476;*

PESSI, *Lavoro, mercato, ordine spontaneo, regolazione transanzionale, Riv.it.dir.lav., 2009, 277;*

PETRILLI, *La composizione della delegazione trattante di parte pubblica e di parte sindacale, Azienditalia – Il personale, 2009, 7, 321;*

PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico privato nell'ordinamento comunitario e nazionale, in MASTRAGOSTINO (a cura di) La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo, Giappichelli, TORINO 2011;*

PIPERATA, *A proposito delle recenti disposizioni in materia di personale delle società pubbliche: anatomia di una riforma e patologia di un sistema., Lav.Pub.Amm. 2009, 629;*

PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico, Dir.Amm., 2005;*

PIZZOFERRATO, *Libertà di concorrenza e diritti sociali nell'ordinamento UE, Riv.it.dir.lav. 2010, 523;*

POCHARD, *Droit de la fonction publique et droit commun du travail*, in POTVIN SOLIS (sous la direction de) *Vers un modèle européen de fonction publique*, ed. Bruylant, 2011;

POCHARD, *Aut il rapprocher les statuts d'agents public set de salariés?*, *Revue du droit du travail*, 2010;

POCHARD *Quel avenir pour la fonction publique* in *ADJA* 2000, p. 3;

POLLIT - VAN THIEL- HOMBURG, *New Public Management in Europe*, Palgrave Mac Millan Ed., 2007;

PORCHIA, *La sentenza Scattolon sulla disciplina sul trasferimento del personale ATA: un caso emblematico della difficoltà del dialogo a tre*, *Giur.merito*, 2012, 127;

QUADRI, *Processi di esternalizzazione, tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Jovene, NAPOLI, 2004;

RICCI, *La costruzione giuridica del modello sociale europeo*, *W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, 88/2011;

RICCI, *L'applicazione delle riforma Brunetta negli enti territoriali e nelle autonomie funzionali*, *Lav.pub.amm.*, 2010, 507;

RIVERO *Droit administratif et droit du travail*, *Droit Social*, 1960 p. 610;

RIVERO, *Vers la fin du droit de la fonction publique?*, *Rec. Dalloz*, 1947 p. 149;

ROBIN OLIVIER - PATAUT *Europe sociale ou Europe économique?* in *Rev.dr.trav.* 2008, 80;

ROCCELLA - TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Cedam, PADOVA, 2012;

RODL, *La Corte di giustizia e il caso Ruffert: quali possibilità per una concorrenza non distorta in materia salariale nell'esperienza tedesca*, in VIMERCATI (a cura di) *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, BARI, 2009;

ROLLA, *Diritto regionale e degli enti locali*, Giuffré, MILANO 2002;

ROMANO S.A., *L'attività privata degli Enti pubblici. Problemi generali. La capacità giuridica privata.*, Giuffrè, MILANO 1979;

ROMANO, *Pubblico impiego e contrattazione collettiva: aspetti pubblicistici*, in *Giur. cost.*, 1980, p. 868;

ROMEO, *La legge Fornero e il rapporto di impiego pubblico* in *Lav.pubb.Amm.* 2012 I, 71;

ROMEO, *La clausola sociale dell'art. 36 dello statuto: corte costituzionale e l. n. 327/2000*, *Lav. nella Giur.*, 2001, 7, 613;

ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, *Dir. Pub.*, 1998;

RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione del rapporto di lavoro*, *Dir.Pub.* 2008, 59;

SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, *Giur. Cost.*, 2010, 4654;

SALERNO *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale* Giappichelli, TORINO, 2010;

SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale e locale nella "Riforma Brunetta "*, in *Lav.pub.amm.*, 2009, 11;

SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Iovene, NAPOLI, 1989;

SANTUCCI - MONDA, *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavoristica*, tratto da CARABELLI-CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, Giuffrè, MILANO, 2010;

SCARPELLI, *Introduzione – Linee e problemi dei fenomeni di esternalizzazione*, in PERSIANI -CARINCI *Trattato di diritto del lavoro*, vol. VI BROLLO (a cura di) *Il mercato del lavoro*, CEDAM, Padova 2012;

SCARPELLI, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, Riv.Giur.lav. 2006, 753;

SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi* WP C.S.D.L.E. Massimo d'Antona.int 20/2004;

SCARPELLI, *Nozione di trasferimento di ramo di azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, Riv.it.dir.lav. 2003, II, 150;

SCARPELLI, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, Dir.rel.ind. 1999, 351;

SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in CARUSO- SCIARRA, *Il lavoro subordinato*, Giappichelli, TORINO, 2009;

SCIARRA (a cura di) *Solidarietà mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Il Mulino, BOLOGNA, 2008;

SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Dir.amm., 2012, 21;

SCOCA (a cura di) *Gli appalti pubblici: profili sostanziali e processuali*, Ed. Scientifica NAPOLI, 2011;

SCURA, *La "nuova" disciplina dei servizi pubblici locali nella "manovra di Ferragosto"*, dirittodeiservizipubblici.it, 2011;

SGROI, *Dalla contrattualizzazione dell'impiego all'organizzazione privatistica dei pubblici uffici*, Giappichelli, TORINO, 2006;

SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo alla fine del primo decennio del XXI secolo*, Dir.Amm. 2010,1;

SORDI, *Esternalizzazione dei servizi pubblici e interessi dei lavoratori*, Lav.pubb.amm., 2011;

SORDI, *Sub Art 19*, in DELL'OLIO M.- SASSANI B. (a

cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai d.lg. 31 marzo 1998, n. 80 e 29 ottobre 1998, n. 387*, Giuffr , MILANO, 2000;

SPINELLI, *sub art.13 Mobilit  del personale delle Pubbliche amministrazioni*, in MARINELLI NOGLER, *La riforma del mercato del lavoro*, Utet, TORINO 2012;

SPINELLI *Reinternalizzazione dei lavori di pulizia nel Comune*, *Lav.giur.* 2011, 509;

SPINELLI, *Trasferimento d'azienda e organismi di rappresentanza dei lavoratori*, in *Lav.giur.*, 2010, 1038;

SPINELLI, *Nuove problematiche giurisprudenziali in materia di trasferimento d'azienda*, *Riv.it.dir.lav.* 2009, 539;

SPOLVERATO-PIOVESANA, *Disciplina degli appalti nella PA*, *Dir.prat.lav.*, 2007, 1995;

SQUEGLIA, *Oscillazioni giurisprudenziali in materia di responsabilit  solidale tra pubblica amministrazione ed appaltatore*, *Lav.giur.* 2012, 1203;

SUPIOT, *Lo spirito di Filadelfia. Giustizia sociale e mercato totale*, ETAL Edizioni, MILANO 2011;

SUPIOT, *Giustizia sociale e liberalizzazione del commercio internazionale*, *Lav. Dir.* n. 3, 2011 p. 501.

SUPIOT *L'Europe engagée par l' conomie comuniste de march *, *Rev. Du Mauss permanente*, 17 marzo 2010;

SUPIOT, *Servir l'interet général*, PUF, Paris, 2000;

SUPIOT, *Critique au droit du travail*, PUF, PARIS, 1994;

TAGLIABUE, *La riforma brunetta nella gestione del personale degli enti locali alcune riflessioni*, *Azienditalia - Il Personale*, 2010, 5;

TALAMO, *La riforma Brunetta del lavoro pubblico*, *Giorn.Dir.amm.* 2010, 5;

TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, Gruppo di Pisa 2012;

TOMEI in DE MARZO TOMEI (a cura di) *Il rapporto di*

lavoro alle dipendenze degli Enti locali, Cedam, PADOVA 2004;
 TOPO, *Gli effetti modificativi del collegato lavoro 2010 sulla disciplina del lavoro pubblico*, *Lav.giur.*, 2011, 93;
 TORCHIA (a cura di) *Il Sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, BOLOGNA, 2009;
 TOSATTI, *L'applicazione della legge per la municipalizzazione dei pubblici servizi*, in TERMINI, *Dai Municipi all'Europa. La trasformazione dei servizi pubblici locali*, Il mulino, BOLOGNA, 2004;
 TOSI, *Appalto di opere o di servizi e solidarietà dopo la l. n. 92/2012*, *Lav.giur.*, 2012, 977;
 TREU - FERRANTE, *Finalità della riforma*, in CARINCI- D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle Pubbliche amministrazioni*, Giuffré, MILANO 2000;
 TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, *Riv.it.dir.pubb.comunit.*, 2008, 1063;
 TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, *Dir. Amm.* 2004, 661;
 TOUZEILLE DIVINA, *L'article l. 122 12 du code du travail confronté au droit public*, *AJFP* 2006, 172;
 URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, *Lav.Pubb.Amm.*, 2009, 759;
 VAN DEN ABEELE, *The reform of the EU's public procurement directives: a missed opportunity?*, www.etui.org , WP. 2012.11;
 VANDELLI *Il sistema delle autonomie locali*, Il Mulino, BOLOGNA 2011;
 VANDELLI- BOTTARI -
 VARVA, *Tutela del lavoratore mediante la moltiplicazione dei centri di imputazione delle responsabilità. Il caso degli appalti pubblici*, *Lav.giur.* 2011, 45;

VARVA, *Le clausole sociali* in CARINCI CESTER MATTAROLO SCARPELLI, *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici*, Utet giuridica, TORINO 2011;

VERBARO, *Esternalizzazioni e percorsi di riforma nelle amministrazioni pubbliche italiane*, *Dir.rel.ind.* 2005, 361;

VETRITTO, *L'esternalizzazione strategica nelle Amministrazioni Pubbliche*, Ed.Rubbettino, 2006;

VIESPOLI, *Servizi transnazionali, giurisprudenza comunitaria e mercati del lavoro nazionali*, *Dir.rel.ind.* 2009, 821;

VIGEZZI, *Considerazioni introduttive sulle ultime novità in materia di pubblico impiego e sulle modifiche all'ordinamento disciplinare*, in Aa Vv, *Il nuovo contratto collettivo del personale degli enti locali, 2006-2009*, MILANO, 2009;

VIGNERI - DE VINCENTI, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Maggioli, RIMINI, 2011;

VIGNOT, *Pratique de la delegation des services*, Territorial Edition, 2012;

VIGOROUX, *Les défis du service public et les particularités de la Fonction publique*, *Rev. Adm.*, 2004, p. 183;

VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Giuffré, MILANO, 2003;

VIMERCATI (a cura di) *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, BARI, 2009;

VISCOMI, *Riflessioni minime su contrattazione integrativa e relazioni sindacale nel comparto degli enti locali*, in AA VV, *Organizzazione e lavoro negli enti locali*, Rubbettino, 2005;

VIVARELLI, *La concessione: uno tra gli strumenti di gestione del servizio pubblico*, *Rivista trimestrale degli appalti*, 2010, 823;

VIVARELLI, *Le società pubbliche: le criticità del sistema con particolare riguardo alla necessità di contenimento della spesa pubblica*, Riv. Trim. App. 2011, 83;

WOLMARK, *Le sort des contrats de travail en cas de reprise en gestion directe d'un service public administratif*, Rev. du droit du trav., 2006, 159;

ZANOBINI, *Esercizio privato di funzioni pubbliche*, in ORLANDO, *Primo trattato di diritto amministrativo*, vol. II parte III, Soc. ed. Libreria, 1920;

ZILIO GRANDI (a cura di) *Il lavoro negli enti locali verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, TORINO, 2009;

ZILIO GRANDI - SFERRAZZA, *Solidarietà e tutele nell'intermediazione di lavoro*, Riv. it. dir. lav. 2012, 129;

ZOPPOLI, in GENTILE (a cura di) *Lavoro Pubblico: il passato ritorna*, Ediesse, ROMA 2010;

ZOPPOLI, *Strumenti di tutela del lavoro nel mercato globale, le clausole sociali*, Dem. dir. 2004 134;

ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Giuffrè, MILANO, 1973.