

Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica

di Dario Capotorto

SOMMARIO: 1. Premesse: le opportunità economiche per le donne. – 2. Gli obiettivi di giustizia distributiva nel PNRR – 3. I nuovi strumenti dello Stato consumatore per promuovere le pari opportunità di genere e generazionali nell'era post pandemica. – 4. La compatibilità con il diritto europeo e le esperienze degli altri Stati membri. – 5. La dottrina dell'*affirmative action* e il dilemma regolatorio quando non c'è lavoro per tutti. – 6. Il rapporto antinomico con le clausole sociali di stabilità occupazionale. – 7. Conclusioni: la regolazione attuativa e i futuri sviluppi.

1. *Premesse: le opportunità economiche per le donne*

L'emergenza pandemica ha determinato una contrazione delle economie e un generale innalzamento del tasso di disoccupazione, acuendo problemi endemici del contesto domestico.

Le scarse opportunità offerte dal mercato (pubblico e privato) e l'allarmante crescita del tasso di giovani non impegnati nello studio, nella formazione e nel lavoro (*Neet – Neither in Employment nor in Education or Training*) hanno ulteriormente compromesso la mobilità sociale. Gli studi del *World Economic Forum*¹ collocano il nostro paese al 34° posto del *ranking* sulla mobilità sociale stilato nel 2020, in coda ai principali paesi industrializzati.

Le misure di contenimento del *Covid* hanno ulteriormente colpito le già compromesse opportunità di lavoro e di carriera soprattutto per le donne, accrescendo il *gender gap*².

La chiusura delle scuole e la generale riduzione dell'offerta di servizi educativi durante il periodo di *lock down* hanno determinato ulteriori oneri iniqui

¹ Cfr. WORLD ECONOMIC FORUM, *The Global Social Mobility Report 2020 Equality, Opportunity and a New Economic Imperative*, 2020.

² Sul punto si v. F. MARINELLI, *Gender gap e mercato del lavoro alla luce della pandemia: il punctum dolens è la ripartizione tra i generi dei compiti di cura genitoriale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, 65. Secondo l'A. il divario di genere si è ulteriormente acuito proprio con il diffondersi della pandemia che: “sta addossando sulle lavoratrici madri un ulteriore fardello da non sottovalutare e, cioè, quello legato al diffondersi del lavoro da remoto. Quest'ultimo, infatti, sembra avere molta attrattiva sulle donne in quanto permette una conciliazione tra le esigenze professionali e quelle familiari maggiore rispetto al lavoro standard. Non si può dunque sottacere la preoccupazione che tale modalità di lavoro (che sta in effetti interessando più il genere femminile che quello maschile), finisca paradossalmente per favorire il modello tradizionale di divisione dei compiti di cura genitoriale cd. *male-breadwinner/female-caregiver*”.

nell'ambito della gestione familiare, con effetti deteriori sui livelli di occupazione femminile che, secondo alcune fonti, sarebbero stati enormemente più accentuati in Italia rispetto alla media UE³.

Anche prima della pandemia, la disegualianza di genere nelle capacità economiche si presentava come una emergenza sociale⁴, puntualmente rilevata dagli studi convergenti dell'ONU⁵ e del *World Economic Forum*⁶.

Nel *Global Gender Gap Report 2021* (su dati del 2020) l'Italia è collocata al 114° posto della classifica stilata con riferimento alle opportunità di partecipazione delle donne all'economia. I bassi livelli di occupazione femminile, le scarse opportunità di carriera e il perdurante divario salariale a parità di mansioni sono le cause principali dell'arretratezza che connota l'economia domestica⁷.

V'è da dire che anche i paesi che si collocano ai primi posti della classifica sono ancora ben lontani dall'aver neutralizzato le disegualianze di genere, che continuano a resistere anche se in forme meno accentuate⁸.

In tutto il mondo, anche nelle Nazioni in cui il *gender gap* è meno profondo, il bisogno di cura delle persone non autosufficienti continua a essere distribuito in modo diseguale, con carichi iniqui che meritano misure di bilanciamento coerenti con una visione condivisa di giustizia distributiva.

La filosofa Martha Craven Nussbaum, ripercorrendo le tesi classiche sui temi della giustizia distributiva, è partita dalla constatazione per cui in ogni parte del mondo la cura delle persone non autosufficienti gravi in misura prevalente sulle donne. Il lavoro di assistenza e sostegno ai bambini e agli anziani viene per

³ Notizia riportata dall'agenzia ANSA nel comunicato del 6 marzo 2021 "Il Covid taglia in Italia il lavoro delle donne il doppio che nella UE".

⁴ La bibliografia sul divario retributivo è sterminata. Ci si limiterà quindi ad alcune citazioni essenziali, senza alcuna pretesa di completezza. Per un inquadramento d'insieme della questione si v. I.C. MAGGIO, *Il divieto di discriminazione delle lavoratrici madri. una rassegna della più recente giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 966; A. SIMONATI, *La costituzione «dimenticata» la parità di genere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 9; M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020; *Differenziali retributivi di genere e contrattazione collettiva*, a cura di D. GOTTARDI, M. PERUZZI, Torino, 2017; M. PERUZZI, *La parità retributiva di genere nello specchio della decentralizzazione contrattuale. Problemi e soluzioni in una prospettiva di analisi comparata*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 241; V. SORCI, R. ZUCARO, *Il gender gap: l'analisi del World Economic Forum*, in *Dir. relaz. ind.*, 2014, 300; A. DONÀ, *Genere e politiche pubbliche: introduzione alle pari opportunità*, Torino, 2007.

⁵ Cfr. il monitoraggio annuale degli *Human Development Reports* del Programma di sviluppo delle Nazioni Unite che da più di trent'anni misura una serie di indici di sviluppo, recentemente aggiornati alla necessità di tener conto dei gravi problemi di disegualianza di genere che colpiscono anche le nazioni più avanzate, pur con gradazioni meno accentuate.

⁶ Cfr. *Global Gender Gap Report 2021*.

⁷ Per la comparazione con gli Stati membri dell'Unione europea, cfr. ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/equal-pay/gender-pay-gap-situation-eu_it.

⁸ Cfr. Y. SCANNELL, *Sviluppi e problemi Gender Equality in Ireland*, in *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAIITA, Padova, 2017, 59; M.A.T. LOPEZ, *La cuestión de género en la administración pública española*, *ivi*, 173.

lo più svolto senza remunerazione e senza che venga riconosciuto che si tratta di lavoro vero e proprio⁹, con gravi ricadute in tutte le funzioni della vita, a partire da quelle afferenti alle capacità economiche. Su queste basi si è costruita una serrata critica alle teorie contrattualistiche di matrice liberale¹⁰ basate sull'assunto che tutti i contraenti siano liberi, uguali e indipendenti, senza tener conto del problema delle cure di quanti si trovino in una condizione di dipendenza¹¹.

E una teoria della giustizia, anche in chiave liberale, non può prescindere dal problema della cura e della dipendenza, a meno di non voler aderire alle riflessioni più brutali per cui solo la produttività – potenziale (si pensi ai bambini), presente (si pensi a chi ha una condizione di dipendenza meramente temporanea) o passata (gli anziani) – può giustificare forme di sostegno a carico della collettività; legittimando, per converso, l'abbandono di quanti non hanno pagato o non potranno pagare per le loro cure¹².

Ebbene, il tema non solo non è stato affrontato efficacemente, ma si è addirittura aggravato per gli effetti sociali ed economici della pandemia.

Si è anche notato come la permanenza del *gap* appaia ingiustificabile in termini meritocratici a fronte dei risultati ottenuti dalle donne nello studio, mediamente più brillanti di quelli degli uomini¹³.

Dunque oggi, ancor più di ieri, si pone un problema di giustizia sociale, di equa distribuzione delle opportunità economiche e degli oneri che vanno altrettanto equamente ripartiti¹⁴. Un problema che le più recenti riforme prova-

⁹ Cfr. M. C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna, 2019, 110.

¹⁰ In particolare quelle di John Rawls e John Locke. Cfr. J. RAWLS, *A theory of justice*, in *Harvard University Press*, 1971; trad. It. *Una teoria della giustizia*, a cura di S. MAFFETTONE, Milano, 1982; J. LOCKE, *Second Treatise of Government* (1690), in *Locke's Two Treatises of Government*, a cura di P. LASLETT, Cambridge, 1967.

¹¹ Cfr. M. C. NUSSBAUM, *The Future of Feminist Liberalism*, in *Proceedings and Adresses of the American Philosophic Association*, U.S.A., 2000, 47.

¹² Cfr. M. C. NUSSBAUM, *op. ult. cit.*, 114.

¹³ A. SIMONATI, *La Costituzione «dimenticata» la parità di genere*, cit., 9.

¹⁴ Tra le più recenti e brillanti definizioni della nozione di giustizia sociale si segnala T. HONORÉ, *Giustizia sociale*, in *L'ideale di giustizia, da John Rawls a oggi*, a cura di M. RICCIARDI, Milano, 2010, 192: "Ritengo che il principio della giustizia sociale si possa articolare in due proposizioni. La prima è che tutti i membri della stessa comunità hanno una pretesa a partecipare ai vantaggi che generalmente si desiderano e che contribuiscono al benessere in modo tale da assicurare a ciascuno una quota eguale dei vantaggi complessivi. Per vantaggi intendo qualsiasi cosa di cui c'è bisogno (vita, salute, cibo, casa, vestiti, istruzione, arte, spazio, svago, prendere parte a processi decisionali) per una vita piena compatibilmente con le circostanze e le risorse [...] La seconda parte del principio della giustizia sociale è espressa dalla proposizione secondo cui c'è un limitato insieme di fattori che possono giustificare l'allontanamento dal principio dell'uguale vantaggio contenuto nella prima proposizione" (200). "Il terzo principio di giustizia equivale a un adattamento della giustizia distributiva di Aristotele. Secondo questo principio, le persone hanno diritto o meritano di essere ricompensate in base alla loro prestazione, al modo in cui agiscono. In alcune circostanze,

no ad affrontare con soluzioni innovative, che meritano di essere attentamente analizzate.

2. *Gli obiettivi di giustizia distributiva nel PNRR*

I temi della giustizia distributiva e delle pari opportunità hanno assunto valenza centrale nella normativa di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)¹⁵ e del Piano nazionale per gli investimenti complementari (PNC), inseriti nel più vasto programma europeo *Next Generation EU*¹⁶ con lo stanziamento di ingenti risorse a sostegno delle economie degli Stati membri.

L'art. 47 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (convertito, con modificazioni, in legge 29 luglio 2021, n. 108), in particolare, reca innovative previsioni in tema di “*Pari opportunità e inclusione lavorativa nei contratti pubblici, nel PNRR e nel PNC*”.

si possono prendere in considerazione le prestazioni passate e future. Benché ci siano filosofi che credono che non meritiamo nulla, saremmo poco saggi se rinunciassimo alla nozione secondo cui meritiamo di essere giudicati in base alle nostre prestazioni, anche se fosse psicologicamente possibile farlo. Il principio del merito, quando è applicato alla prestazione, è un forte incentivo a realizzare buone prestazioni?”.

¹⁵ Il documento del PNRR è consultabile su www.governo.it. Sui problemi posti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza anche in termini di adeguatezza dell'organizzazione amministrativa cfr. A. MURATORI, *il PNRR italiano all'esame della Commissione europea: le novità della “versione Draghi”*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2021, 417; F. FRACCHIA, F. GOISIS, M. OCCHIENA, M. ALLENA, P. PANTALONE, S. VERNICE, *La transizione amministrativa*, in www.aipda.it, 2021; AA.VV., *Diseguaglianza territoriale insostenibili e doveri perequativi inderogabili*, *ivi*, 2021; G. TROPEA, *PNRR e governamentalità neoliberale: una linea di continuità?*, *ivi*, 2021; D. IMMORDINO, “*Recovery plan*”? *Sostegno allo sviluppo ed equilibrio finanziario con il “tesoro” dei lavori pubblici*, in *Appalti e Contratti*, 2020, 15-20. Per un'analitica descrizione della dimensione economica degli investimenti in gioco cfr. L. FIORENTINO, *Il piano di ripresa e il sud*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 200-201, che precisa al riguardo: “Il programma più importante dello strumento, dotato di 750 miliardi di euro (di cui 390 miliardi per sovvenzioni e 360 miliardi per prestiti), è costituito dal Piano per la ripresa e la resilienza, che mette a disposizione 672,5 miliardi di euro (di cui 312,5 miliardi in sussidi e 360 miliardi in prestiti). Secondo le stime, le risorse complessive che confluirebbero nel nostro Paese ammontano a 208,6 miliardi di euro (di cui 127,6 miliardi di euro a titolo di prestiti e 81 miliardi di euro sotto forma di sovvenzioni). Il totale dei sussidi sarà calcolato in due rate, pari rispettivamente al 70 per cento e al 30 per cento del totale. La prima rata dovrà essere impegnata negli anni 2021 e 2022 e calcolata sulla base di parametri quali la popolazione, il PIL pro capite, il tasso di disoccupazione nel periodo 2015-2019; la seconda, invece, dovrà essere impegnata entro la fine del 2023 e sarà calcolata nel 2022, facendo riferimento ai criteri della perdita del PIL reale osservata nell'arco del 2020 e della perdita cumulativa del PIL reale nel periodo 2020-2021. A seguito dell'approvazione del Piano, sarà possibile chiedere un prefinanziamento pari al 13% già nel 2021”.

¹⁶ *The Recovery and Resilience Plan: Next Generation Italia* su mef.gov.it/en/focus/The-Recovery-and-Resilience-Plan-Next-Generation-Italia/. In tema si v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La riforma della pubblica amministrazione nel quadro del “Recovery Fund”*, in www.aipda.it, 2021; L. TORCHIA, *L'Amministrazione presa sul serio e l'attuazione del PNRR*, *ivi*, 2021.

La rubrica della norma fotografa l'ambizioso scopo dell'intervento: utilizzare la leva degli investimenti pubblici per indurre le imprese a modificare le politiche del lavoro. Si incentivano le aziende a innovare le procedure di reclutamento, le logiche di avanzamento nelle carriere e a investire in forme di organizzazione del lavoro che ne migliorino le possibilità di conciliazione con le esigenze di cura e di vita. Ciò nell'ottica di ridurre il divario di genere¹⁷ e le difficoltà di inserimento lavorativo dei giovani, oltreché dei disabili (categoria inizialmente trascurata nel decreto legge e inclusa solo in sede di conversione in legge).

Si prova dunque a impiegare la contrattualistica pubblica come strumento di correzione delle forme di iniqua distribuzione dei beni, intesi non solo come risorse e utilità, ma anche come opportunità¹⁸; si cerca, in altri termini, di incidere sulle disegualianze, viste come elementi che minano la pace e la coesione sociale.

La norma si inserisce a pieno titolo, ed è forse una delle manifestazioni più avanzate, nel progressivo processo che abbiamo definito di arricchimento assiologico della contrattualistica pubblica¹⁹.

Lo Stato, nella sua veste di imponente consumatore, abbandona l'approccio liberale, mirato a conseguire il proprio benessere individuale (in termini di miglior rapporto qualità/prezzo del bene che acquista o dei lavori o servizi di cui si approvvigiona) per seguire il paradigma del consumatore progressista, che

¹⁷ Sul tema si v. P. B. HELZEN, *L'identità di genere tra squilibri e parità*, in *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, cit., a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAITTA, 1; R. CARIDÀ, *Il principio di pari opportunità tra Costituzione, norme ordinarie e giurisprudenza. La disciplina costituzionale e le azioni positive*, ivi, 19.

¹⁸ Come ha ben chiarito C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021, 90.

¹⁹ Per una più ampia descrizione della citata tendenza sia consentito rinviare a cfr. D. CAPOTORTO, *Lo Stato consumatore e la ricerca dei suoi principi*, in *Dir. amm.*, 2021, 161; F. FRACCHIA, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. CAFAGNO, F. MANGANARO, Firenze, 2017. Sulle disfunzioni correlate cfr. S. VINTI, *Il naufragio della presunzione di innocenza*, in *Riv. trim. app.*, 2021, 26. L'A. in particolare auspica un processo inverso e nota che "liberare la disciplina dei pubblici affidamenti dall'esigenza di perseguire obiettivi ad essa collaterali, se non addirittura estranei, non solo comporterebbe vantaggi funzionali rispetto agli obiettivi primari che la disciplina di settore deve assicurare, ma risponderebbe ad una esigenza logico sistematica". Inoltre degno di nota anche il recente utilizzo della contrattazione pubblica per la tutela dell'ambiente; sul punto si v. F. FRACCHIA, S. VERNILE, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2, 2020, 4; C. FELIZIANI, *I «nuovi» appalti verdi: un primo passo verso un'economia circolare?*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2017, 349; Id., *Gli appalti verdi: un istituto "estraneo" al T.U. dell'ambiente*, in www.aidambiente.it, AA.VV., *Gli appalti verdi. Atti del convegno "Il Testo Unico dell'ambiente a due anni dalla sua approvazione*, ivi, 2016; G. FIDONE, F. MANTALUNI, *Gli appalti verdi nel Codice dei Contratti pubblici*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 3, 2016, 7; G. FIDONE, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2012, 819; A. DI GIOVANNI, *L'ambiente sostenibile nel nuovo Codice degli appalti: green public procurement e certificazioni ambientali*, in *Il diritto dell'economia*, 95, 2018, 157.

cerca di migliorare il mondo orientando eticamente le proprie scelte di acquisto, anche a discapito dell'economia domestica.

In Europa le politiche afferenti al *socially responsible public procurement* (SRPP) sono state già ampiamente sperimentate, pur con metodi e obiettivi divergenti²⁰.

Molti paesi, come la Spagna, l'Austria, la Svezia e il Regno Unito hanno lasciato ampia libertà alle stazioni appaltanti di definire strategie e clausole; altri, come la Francia e i Paesi Bassi, invece, hanno optato per soluzioni parzialmente vincolanti, per lo più mirate a favorire l'inserimento lavorativo nelle varie categorie a rischio di esclusione²¹. L'esperienza domestica si è sinora prevalentemente focalizzata sulle esigenze di stabilità occupazionale, sul rispetto dei minimi salariali e degli obblighi contributivi riconosciuti nei CCNL e in generale sul rispetto degli *standard* imposti da altre norme anche in tema di sicurezza del lavoro.

Le nuove norme, invece, ampliano l'orizzonte e guardano principalmente alla lotta alle discriminazioni di genere²², al miglioramento delle condizioni di lavoro (anche oltre gli standard obbligatori) e al ricambio generazionale. Delineato sinteticamente il *télos*, occorre ora esaminare i congegni introdotti per saggiarne l'impatto sulle esigenze di semplificazione, ampiamente richiamate nell'articolo normativo enfaticamente ribattezzato come "decreto semplificazioni *bis*".

²⁰ Sul tema del *sustainable and socially responsible public procurement* è d'obbligo il richiamo allo studio *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, a cura di R. CARANTA, M. TRYBUS, 2010, ove vengono esaminate e attentamente comparate le esperienze della Danimarca, Francia, Germania, Polonia, Romania Spagna e Regno Unito, oltre all'Italia. Lo studio evidenzia un forte grado di eterogeneità nelle politiche di attuazione delle previgenti Dir. UE 2004/18 e Dir. UE 2004/17 e individua due modelli agli antipodi. Il Regno Unito, da un lato, sembra fortemente guidato dalla necessità di garantire in ogni caso il *value for money* e ammette la rilevanza delle considerazioni sociali (e ambientali) solo ove armoniche col primo e con le esigenze di tutela della concorrenza. Sul versante opposto si pone la Spagna per la forte predominanza dei criteri di sostenibilità sociale (ed ambientale) sugli altri valori in gioco nella contrattualistica pubblica. In questo senso cfr. M.E. COMBA, *Green and Social Considerations in Public Procurement Contracts: A Comparative Approach*, in *op. ult. cit.*, 319; A. F. ZUMBINI, *Gli equilibri di genere nella normativa europea*, in *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, cit., a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAITTA, 137. Tra gli studi più recenti sull'uso strategico degli Appalti pubblici si segnalano: OECD (2019), *Reforming Public Procurement: Progress in Implementing the 2015 OECD Recommendation*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris, www.doi.org/10.1787/1de41738-en; PWC, *Study on "Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies"*, Final report, 2015, DG GROW, www.op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a5a4873-b542-11e7-837e-01aa75ed71a1.

²¹ Cfr. PWC, *Study on "Strategic use of public procurement in promoting green, social and innovation policies"*, Final report, 2015, DG GROW, www.op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6a5a4873-b542-11e7-837e-01aa75ed71a1.

²² S. VERNILE, *Equilibri di genere nelle pubbliche amministrazioni, nelle società pubbliche e nei collegi professionali*, in *Nuove forme di tutela degli equilibri di genere*, cit., a cura di F. ASTONE, F. MANGANARO, R. ROLLI, F. SAITTA, 89.

3. *I nuovi strumenti dello Stato consumatore per promuovere le pari opportunità di genere e generazionali nell'era post pandemica*

Le misure compensative indicate nella norma, pur se caratterizzate da obiettivi ben identificabili, sono eterogenee e continuano a riconoscere ampi margini di autonomia (*rectius*: discrezionalità) alle stazioni appaltanti, chiamate a gestire autonomamente le procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici finanziati con i fondi del PNRR e del PNC.

Con il soddisfacimento di uno specifico onere motivazionale le amministrazioni possono esonerare le imprese anche dall'obbligo più stringente imposto dall'art. 47 citato, vale a dire: quello di assumere l'impegno a riservare alle donne e ai giovani (con meno di trentasei anni) una quota almeno pari al trenta per cento delle nuove assunzioni occorrenti per l'esecuzione della commessa (o per la realizzazione delle attività correlate).

Le stazioni appaltanti sono espressamente abilitate a inserire ulteriori misure premiali, in termini di punteggio aggiuntivo da assegnare in sede di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con riguardo a una serie di parametri "*socially oriented*".

- In particolare, potranno attribuire un punteggio premiale ai concorrenti che:
- si impegnino ad assumere donne e giovani e/o persone disabili per una quota ulteriore rispetto a quella minima del trenta per cento;
 - dimostrino di utilizzare o si impegnino a utilizzare per l'esecuzione della commessa specifici strumenti di conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro per i propri dipendenti, nonché modalità innovative di organizzazione del lavoro;
 - abbiano rispettato nell'ultimo triennio i principi della parità di genere e adottato specifiche misure per promuovere le pari opportunità generazionali e di genere, anche tenendo conto del rapporto tra uomini e donne nelle assunzioni, nei livelli retributivi e nel conferimento di incarichi apicali;
 - abbiano rispettato nell'ultimo triennio gli obblighi in materia di assunzioni in favore delle persone con forme di disabilità *ex* l. 12 marzo 1999, n. 68;
 - nel triennio precedente, non risultino destinatari di accertamenti relativi ad atti o comportamenti discriminatori (per motivi sessuali, razziali, etnici, nazionali, religiosi, o legati a convincimenti personali, all'orientamento sessuale, all'età o a ad altre forme di diversità)²³;

²³ Così come previsti e disciplinati dall'art. 44 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (in tema di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi), dall'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215 (in tema di principio di parità di trattamento senza distinzione di religione, di convinzioni personali, di handicap, di età e di orientamento sessuale), dall'articolo 4 del decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 216, dall'articolo 3 della legge 1° marzo 2006, n. 67 (Misure per la tutela giudiziaria delle persone con disabilità vittime di discriminazioni), dagli articoli 35

- abbiano presentato o si impegnino a presentare per ciascuno degli esercizi finanziari, ricompresi nella durata del contratto di appalto, una dichiarazione volontaria di carattere non finanziario, cd. bilancio sociale di impresa, ai sensi dell'articolo 7 del decreto legislativo 30 dicembre 2016, n. 254.

Dunque, i parametri che le amministrazioni possono utilizzare sono vari e non vengono predeterminati pesi o sub pesi; sarà la singola stazione appaltante a scegliere, di volta in volta, se inserire nella *lex specialis* uno o più di questi criteri e a decidere quanto peso attribuire loro in termini di punteggio premiale.

Inoltre, buona parte dei meccanismi di attuazione vengono lasciati alla definizione di formule e metodi che dovranno essere individuate sulla scorta di valutazioni ampiamente discrezionali.

A fronte, dunque, di un'ampia flessibilità nella definizione delle clausole e delle misure da adottare si fissano, viceversa, degli obblighi informativi a carico degli operatori economici stringenti, con nuovi oneri amministrativi sanzionati con misure di dubbia proporzionalità.

Per le aziende che occupano oltre cento dipendenti si fissa l'obbligo inderogabile, a pena di esclusione dalla procedura selettiva, di trasmettere al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara copia dell'ultimo rapporto sulla situazione del personale redatto ai sensi dell'art. 46 del Codice delle pari opportunità (d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198), corredato da tutte le informazioni prescritte sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni ed in relazione allo stato di assunzioni, della formazione, della promozione professionale, dei livelli, dei passaggi di categoria o di qualifica, di altri fenomeni di mobilità, dell'intervento della Cassa integrazione guadagni, dei licenziamenti, dei prepensionamenti e pensionamenti, della retribuzione effettivamente corrisposta, nel rispetto delle indicazioni rese dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali²⁴.

Analoghi obblighi informativi vengono estesi anche alle aziende che occupano tra i quindici e i cento dipendenti²⁵.

Per le aziende comprese in questo secondo insieme è solo l'aggiudicazione della commessa che fa sorgere l'obbligo di redigere il rapporto di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 198/2016, nonché quello di produrre la documentazione attestante il rispetto degli obblighi in tema di lavoro dei disabili *ex* l. n. 68/1999²⁶. L'elabo-

e 55-*quinquies* del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità uomo donna) e infine dall'articolo 54 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità).

²⁴ Cfr. d.m. 3 maggio 2018, pubblicato nel sito internet del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, recante "Rapporto sulla situazione del personale maschile e femminile" contenente le istruzioni operative e la modulistica per l'assolvimento degli obblighi citati.

²⁵ Cfr. art. 47, comma 3, d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

²⁶ Ai sensi dell'art. 47, comma 3-*bis*, d.l. n. 77/2021, dovrà essere trasmessa la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, una relazione relativa all'assolvimento degli obblighi di cui alla medesima legge e alle eventuali sanzioni e provvedimenti disposti a loro carico

razione e produzione della citata documentazione, mediante la trasmissione alla stazione appaltante e alle rappresentanze sindacali (oltreché alla consigliera e al consigliere regionale di parità), dovrà avvenire nel rispetto del termine di sei mesi dalla conclusione del contratto di appalto, pena l'applicazione di uno specifico apparato sanzionatorio²⁷.

Il sensibile incremento di oneri informativi²⁸ a carico delle imprese, anche di piccole e medie dimensioni, si pone certamente in distonia con le esigenze di semplificazioni che pure hanno ispirato la riforma.

Si tratta, tuttavia, di oneri indispensabili soprattutto per operare dei controlli efficaci sull'effettivo adempimento degli obblighi di assunzione di personale appartenente alle categorie che si è inteso promuovere e per garantire l'effettivo rafforzamento degli strumenti di *enforcement* a corredo delle preesistenti norme a tutela delle persone disabili e svantaggiate²⁹.

4. *La compatibilità con il diritto europeo e le esperienze degli altri Stati membri*

Occorre innanzitutto chiedersi se la scelta di focalizzare i criteri di aggiudicazioni su profili non strettamente efficientistici (di miglior rapporto qualità prezzo del prodotto finale garantito al committente pubblico) sia compatibile con le stringenti indicazioni del diritto europeo in materia di appalti³⁰.

nel triennio antecedente la data di scadenza di presentazione delle offerte. La relazione di cui al presente comma è trasmessa alle rappresentanze sindacali aziendali.

²⁷ Ai sensi dell'art. 47, comma 6, d.l. n. 77/2021: "I contratti di appalto prevedono l'applicazione di penali per l'inadempimento dell'appaltatore agli obblighi di cui al comma 3, al comma 3 bis ovvero del comma 4, commisurate alla gravità della violazione e proporzionali rispetto all'importo del contratto o alle prestazioni del contratto, nel rispetto dell'importo complessivo previsto dall'articolo 51 del presente decreto. La violazione dell'obbligo di cui al comma 3 determina, altresì, l'impossibilità per l'operatore economico di partecipare, in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo, per un periodo di dodici mesi ad ulteriori procedure di affidamento afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse di cui al comma 1".

²⁸ Ulteriormente accentuati dagli obblighi di pubblicazione fissati dal comma 9 dell'art. 47 d.l. n. 77/2021, che prescrive che tutti i rapporti e le relazioni previste dai commi 2, 3 e 3 bis siano pubblicati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e comunicati alla Presidenza del consiglio dei ministri ovvero ai Ministri o alle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale.

²⁹ Sui preesistenti istituti di promozione previsti dal Codice dei contratti pubblici e per un'ampia disamina della normativa speciale sugli appalti e concessioni riservati ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 50/2016 cfr. *Gli appalti di servizi sociali e l'affidamento alle cooperative sociali di inserimento lavorativo. Cosa cambia dopo il Correttivo e le Linee guida ANAC*, a cura di L. GALLO, P. MORO, Santarcangelo di Romagna, 2018.

³⁰ Sulla "compenetrazione" tra diritto europeo e diritto interno, con specifico riguardo

Le coordinate con cui orientarsi sono profondamente mutate nell'ultimo decennio.

I contratti pubblici sono divenuti, infatti, uno strumento prezioso per l'attuazione delle politiche di inclusione sociale già nella Strategia Europa 2020, finalizzata ad armonizzare le esigenze di crescita e di occupazione. In particolare, l'art. 70, Dir. 2014/24/UE e l'art. 87, Dir. 2014/25/UE hanno esteso la possibilità di introdurre "condizioni particolari" legate a esigenze sociali e occupazionali³¹.

Il considerando 98 della dir. 2014/24/UE in termini più espliciti ha toccato il tema della parità di genere chiarendo che: "le condizioni di esecuzione dell'appalto potrebbero anche essere intese a favorire l'attuazione di misure volte a promuovere l'uguaglianza tra uomini e donne nel lavoro, una maggiore partecipazione delle donne al mercato del lavoro e la conciliazione fra lavoro e vita privata".

L'ampia libertà riconosciuta agli Stati membri dalle ultime direttive ha favorito il diffondersi di pratiche orientate al miglioramento delle condizioni di lavoro anche in termini di riduzione del tasso di disoccupazione e di

alle profonde trasformazioni subite in ragione di ciò dal diritto amministrativo in generale e dal settore degli appalti pubblici in particolare, si vedano, su tutti, S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX secolo al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2002, 27; ID., *L'Unione Europea come organizzazione pubblica composita*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 990; L. TORCHIA, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppi recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 858; G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano, 2011, 114; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003, 91. Sui grandi temi posti dalle direttive europee in materia di appalti cfr. A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1127. Per quanto riguarda, più in particolare, le Dir. 2014/23/UE, Dir. 2014/24/UE e Dir. 2014/25/UE alla vigilia della loro attuazione cfr. i contributi di C. LACAVA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni – Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1141; H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni – Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1135; R. CARANTA, D.C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2014, 493 ss.; P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urb. e app.*, 2015, 129.

³¹ Sulle implicazioni delle nuove direttive rispetto al tema dell'impiego strategico degli appalti pubblici cfr. M.E. COMBA, *Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws*, in *Modernising Public Procurement: the new Directive*, F. LICHÈRE, R. CARANTA, S. TREUMER, Copenhagen, 2014, 29. Sul tema cfr. anche i saggi raccolti in R. CARANTA, M. TRYBUS, *The Law of Green and Social Procurements in Europe*, cit. e l'ulteriore analisi di R. CARANTA, *The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, in *Common Market Law Review*, 2015, 391. In tema cfr. anche *La dimensione sociale della contrattazione pubblica. Disciplina dei contratti ed esternalizzazioni sostenibili*, a cura di C. MARZUOLI, S. TORRICELLI, Napoli, 2017.

lotta alle diseguaglianze e alle forme di discriminazione (di genere, anagrafiche, etniche).

La Spagna e la Francia si sono attivate da tempo e sembrano i Paesi dell'UE più attivi su questo fronte.

Il Governo regionale di Castiglia e León³² ha dettato linee guida vincolanti per l'inserimento di clausole sociali nell'ambito dei contratti pubblici siglati dagli enti locali, il Governo della Catalogna ha adottato un accordo quadro per promuovere l'SRPP nel campo dei servizi di pulizia e molti enti locali hanno avviato sperimentazioni in vari settori, tutte menzionate tra le migliori pratiche di SRPP in un recente studio della Commissione UE³³. Tra le buone pratiche individuate dalla Commissione UE vengono segnalate le esperienze maturate dalle città di Madrid³⁴, Girona³⁵, Salamanca³⁶ e Valladolid³⁷. Quest'ultima ha imposto che tutti i contratti pubblici debbano mirare al raggiungimento di almeno due obiettivi tra quelli qui di seguito elencati:

- combattere la disoccupazione tra i gruppi con maggiori difficoltà di accesso

³² Cfr. *Acuerdo 44/2016, de 21 de julio, de la Junta de Castilla y León*, in *Boletín Oficial de Castilla y León* – BOCYL n. 142/2016, 34770.

³³ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case* – #WeBuySocialEU, May 2020, 14, 56, 101, 208.

³⁴ La città di Madrid con decreto del 19 gennaio 2016 ha imposto l'inserimento di clausole sociali nell'ambito dei contratti per l'affidamento di servizi di mensa e di catering, finalizzate a promuovere l'impiego di prodotti provenienti dal commercio equo e solidale.

³⁵ La città di Girona ha adottato nel 2014 un protocollo relativo all'aggiudicazione di appalti di servizi nei settori del giardinaggio, delle pulizie e della gestione dei rifiuti, reperibile *on line*. www.girona.cat/portal/dades/web/doc/PROTOCOL_PER_LA_CONTRACTACIO_RESPONSABLE.pdf. Nel protocollo si prevede, *inter alia*, l'inserimento di criteri di aggiudicazione che premiano l'impiego di maggiori quote di lavoratori lontani dal mercato del lavoro con difficoltà di inserimento, meglio definite nell'art. 6 del protocollo in cui si includono le seguenti categorie: – *Persones perceptores de renda mínima dinserció*; – *Persones amb discapacitat reconeguda igual o superior al 33%*. *Sempre que sigui possible i de forma preferent es contractaran persones amb paràlisi cerebral, persones amb trastorn mental o amb discapacitat intel·lectual amb un grau de discapacitat reconeguda igual o superior al 33%; i persones amb discapacitat física o sensorial amb un grau de discapacitat reconeguda igual o superior al 65%. Dones víctimes de la violència de gènere (física o psíquica) i persones víctimes de violència domèstica.* – *Joves majors de setze anys i menors de trenta provinents d'institucions de protecció de menors*; – *Persones internes de centres penitenciaris la situació de les quals els permeti accedir a una ocupació, persones en llibertat condicional i persones excloses durant els 12 mesos posteriors a la seva sortida*; – *Persones amb problemes de drogadoaddició o alcoholisme que es trobin en procés de rehabilitació i reinserció social*; – *Persones vulnerables que no puguin accedir a la renda mínima dinserció, però que es trobin en risc d'exclusió social per condicions laborals precàries, desocupació o pobresa*; – *Persones aturades de llarga durada (2 anys o més), majors de quaranta-cinc anys*.

³⁶ Pratica relativa all'affidamento di servizi di giardinaggio aggiudicati con criteri che valorizzano proposte per migliorare il giusto equilibrio tra vita privata e lavoro, combattere il *gender gap* e garantire la continua formazione degli addetti.

³⁷ La città di Valladolid ha dettato per le medesime finalità le *Istruzioni n. 1/2018*, reperibili *on line*. www.valladolid.es/es/ayuntamiento/normativa/instruccion-1-2018-impulsar-contratacion-socialmente-eficaz/ficheros/475710-INSTRUCCIONContrataci%C3%B3n%20eficiente%20y%20estrat%C3%A9gica.docx.pdf.

- al mercato del lavoro, in particolare donne, giovani, persone con più di 45 anni e disoccupati di lunga durata;
- promuovere l'inserimento nel mondo del lavoro di persone in una situazione (o a rischio) di esclusione sociale e di persone con particolari difficoltà di accesso al lavoro (persone con disabilità e non solo);
 - eliminare le disuguaglianze di genere, prestando particolare attenzione alla parità salariale, all'equilibrio tra lavoro e vita privata e alle persone LGBT, oltre all'eliminazione di misure sessiste nel *dress code* imposto ai lavoratori;
 - assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori in tutta la catena di produzione, promuovere il commercio equo e solidale e una maggiore trasparenza e tracciabilità dell'intera filiera.

Gli obiettivi appena menzionati racchiudono efficacemente le finalità perseguite nella stragrande maggioranza delle esperienze esaminate in Spagna, dove pure si registra un vivace dibattito giurisprudenziale. Non sono mancate, infatti, oscillazioni e incertezze interpretative sul perimetro di legittimità delle varie clausole sociali sperimentate nell'ambito della *contratación pública estratégica* nel difficile equilibrio con i principi di *concurrència, igualdad y competencia*³⁸.

Anche in Francia si è registrato un grande fermento attorno al *socially responsible public procurement* (SRPP)³⁹, anche grazie alla creazione di una rete di facilitatori col compito di promuovere l'impiego di clausole sociali tarate sulle esigenze degli specifici contesti territoriali. In alcuni comuni sono stati istituiti sportelli unici per agevolare l'inserimento di questo genere di previsioni in tutti i contratti pubblici di valore rilevante⁴⁰.

La guida de *l'Observatoire économique de la commande publique* (OIEP)⁴¹ raccomanda l'impiego di clausole che perseguano almeno uno di questi obiettivi: l'inserimento di persone da lungo tempo disoccupate; la riserva di ore di lavoro a persone in difficoltà (disabili o giovani con un basso livello di istruzione); l'attivazione di corsi di formazione a beneficio del personale impiegato.

Dunque, anche in Francia i principali obiettivi delle politiche sociali integrate nell'approvvigionamento di beni, servizi e lavori pubblici sono legati all'inserimento di persone a rischio di esclusione.

³⁸ Per un'ampia rassegna della giurisprudenza su questi temi cfr. F. BLANCO LOPEZ, *La doctrina social de los tribunales administrativos de recursos ante la contratación pública estratégica*, in *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2018, 139.

³⁹ Per un'analisi della disciplina normativa delle clausole sociali in Francia cfr. G. BARBERIS, *La tutela del lavoro e le clausole sociali in Francia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1351.

⁴⁰ Esperienze di questo tipo sono state avviate dal *Grand Paris Sud Est Avenir* (GPSEA) e dal Comune di La Rochelle.

⁴¹ OIEP, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, 2018, in www.economie.gouv.fr/daj/observatoire-economique-commande-publique.

Le politiche di promozione si concentrano sempre sull'inserimento lavorativo di persone a rischio di esclusione anche nelle migliori esperienze della Danimarca⁴², della Finlandia⁴³, della Svezia⁴⁴, della Polonia⁴⁵ e dell'Irlanda⁴⁶.

Dunque, le nuove misure introdotte nel contesto domestico con il d.l. n. 77/2021, soprattutto quelle a tutela del genere sottorappresentato, non sembrano creare particolari tensioni con il diritto europeo e avvicinano la normativa nazionale all'esperienza di altri paesi europei, che già da alcuni anni hanno indirizzato la contrattualistica pubblica verso temi di equità sociale e di genere.

Analogamente, non sembrano profilarsi attriti neppure rispetto alle politiche di genere in grado di produrre forme di diseguaglianza rispetto alla fruizione dei diritti.

L'art. 23 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea⁴⁷ usa al riguardo una formula estremamente ampia, stabilendo che la parità tra uomini e donne deve essere assicurata in tutti i campi, compreso in materia di occupazione, di lavoro e di retribuzione e che il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato.

5. *La dottrina dell'affirmative action e il dilemma regolatorio quando non c'è lavoro per tutti*

Se l'analisi precedente non ha fatto emergere particolari tensioni con il diritto europeo, occorre tuttavia un'ulteriore riflessione sulle misure introdotte, coraggiose ma pur sempre discriminatorie, che incidendo su diritti e valori di rango primario sollevano dilemmi non solo etici e sociali ma anche di compatibilità costituzionale.

La tecnica impiegata nell'intervento finalizzato al riequilibrio della giustizia sociale si colloca nel solco delle cc.dd. discriminazioni positive o azioni positive (*affirmative action*), atte a promuovere la partecipazione di persone con certe

⁴² Cfr. European Commission, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, 29.

⁴³ Ove si è avviato un sistema di *social impact bond* (SIB) per finanziare investimenti sulla formazione di immigrati per favorirne l'inserimento nel mondo del lavoro. Il sistema poggia sull'aspettativa di maggiori entrate fiscali generate dalle imposte applicate sul reddito delle persone ammesse ai programmi finanziati con fondi privati. Per la descrizione del sistema cfr. European Commission, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, 113.

⁴⁴ Cfr. European Commission, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, 169.

⁴⁵ Cfr. European Commission, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, 172.

⁴⁶ Cfr. European Commission, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, 191.

⁴⁷ Approvata a Nizza nel dicembre 2000 e poi recepita nel progetto di Costituzione per l'Europa.

identità sessuali, etniche o di altro tipo, in contesti in cui le stesse sono sotto-rappresentate o minoritarie. Una tecnica su cui la dottrina costituzionalistica ha sviluppato già ampie riflessioni⁴⁸ e su cui si sono sviluppati casi giudiziari che hanno scatenato un dibattito mai sopito.

Negli Stati Uniti, dove le *affirmative action* sono nate per combattere inizialmente la discriminazione razziale, da più di quarant'anni si dibatte sulle difficili questioni morali e legali sollevati dall'introduzione di queste misure.

Il nodo su cui si è addensato il dibattito negli USA è se le politiche di assunzione o di ammissione nelle università fondate sulla discriminazione positiva violino o meno la Costituzione degli Stati Uniti, ove è garantita a tutti i cittadini la stessa protezione da parte delle leggi.

Il *leading case* fu il caso Bakke del 1978, che riguardava la procedura di ammissione alla facoltà di medicina dell'Università della California, che riservava 16 posti su 100 a studenti di minoranze svantaggiate. Allan Bakke, uno studente bianco escluso, aveva invocato la violazione del XIV emendamento, perché, attraverso questa selezione, erano stati ammessi studenti neri con un punteggio inferiore al suo. La Corte Suprema accolse il ricorso, ordinando l'ammissione di Bakke, ma riconobbe, in via generale, la possibilità di introdurre programmi di azione positiva, che vennero successivamente introdotte in moltissime università americane per promuovere la molteplicità e compensare i torti del passato⁴⁹.

Diversamente, nel caso Richmond v. J.A. Croson del 1989 la Corte giudicò incostituzionale la riserva del 30% dei subappalti a favore di imprese controllate da gruppi di minoranza, ritenendola non finalizzata a porre rimedio ad una specifica discriminazione del passato⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. M. AINIS, *Azioni positive e principio di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1993, 1189, e ID., *Cinque regole per le azioni positive*, in *Quad. cost.*, 1999, 359; C. BARBATI, *Le "azioni positive" tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1993, 176; A. CERRI, *Eguaglianza, giustizia ed azioni positive*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1999, 123, 7; E. OLIVITO, *Azioni positive e rappresentanza femminile: problematiche generali e prospettive di rilancio*, in *Pol. dir.*, 2002, 2, 23; M.V. BALLESTRERO, *Una politica e i suoi strumenti. Eguaglianza sostanziale, pari opportunità, azioni positive*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 17; A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002; *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, a cura di F. SPITALERI, Torino, 2014; R. NUNIN, *È legittimo un diritto diseguale? Brevi note sulle azioni positive tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Donne, politica e istituzioni*, a cura di G. PAOLIN, T. TONCHIA, Trieste, 2008, 49.

⁴⁹ Nel caso Bakke l'*Harvard College* presentò una relazione *amicus curiae* in cui si difendeva la discriminazione positiva sostenendo che la selezione degli aspiranti non potesse fondarsi solo sull'eccellenza accademica, ma dovesse tener conto della molteplicità, intesa come elemento essenziale della vitalità, del prestigio intellettuale e dell'esperienza didattica offerta dal College. Cfr. *Regents of University of California vs. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), appendice al parere del giudice Powell, 321, riportato in M. SANDEL, *Giustizia. Il nostro bene comune*, Milano, 2010, 220. Su altri casi sempre in tema di discriminazioni positive cfr. M. ROGOFF, *La recente giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Diritto e Società*, 1996, 107.

⁵⁰ Il caso è riportato da E. PALICI DI SUNI, *Discriminazioni di sesso e discriminazioni di razza: il caso statunitense*, in www.unito.it/centri/CIRSD.

Ebbene, le misure appena introdotte nell'ambito dell'attuazione del PNRR a tutela di donne e giovani pongono problemi altrettanto delicati e complessi, perché si inseriscono in un quadro in cui il tasso di disoccupazione involontaria è lungi dall'essere azzerato.

La scelta di far pesare i benefici per le categorie tutelate su altri titolari di diritti costituzionalmente garantiti produce una *reverse discrimination* che pone problemi di bilanciamento tra valori di rango costituzionale.

In una cornice costituzionale in cui il diritto al lavoro viene riconosciuto in modo universale (ma non garantito effettivamente)⁵¹ e in cui l'uguaglianza formale impedirebbe discriminazioni in base al sesso o all'età, pretermettere gli uomini di età superiore ai trentacinque anni rispetto a donne e giovani fa sorgere seri dubbi di legittimità costituzionale.

Che i giovani e le donne siano categorie sottorappresentate nel mondo economico sembra indubbio. È pur vero, però, che esistono rischi di esclusione anche per uomini che abbiano superato una certa soglia di età.

Se la *ratio* delle azioni positive appena introdotte è la creazione di meccanismi che incentivino od obblighino le imprese ad assumere persone che sono a rischio di esclusione, oltre alle donne e ai giovani si sarebbe dovuto riflettere anche sull'introduzione di meccanismi a tutela di quanti abbiano difficoltà di reinserimento lavorativo sempre per ragioni di età, ma non perché acerbi, bensì perché maturi e, quindi, più costosi e/o difficili da formare o riqualificare, così come avviene in altri paesi europei.

In questa direzione si sono già mossi molti altri paesi del vecchio continente sempre nell'ambito delle misure di promozione che fanno leva sulla spesa pubblica veicolata mediante gli appalti di lavori, servizi e forniture.

In Scozia, ad esempio, con una logica generazionale antitetica rispetto alla nostra, molti enti locali impongono agli appaltatori di assicurare che almeno il 10% delle nuove assunzioni avvenga in favore di personale con più di cinquant'anni di età⁵², nell'ottica di tutelare le fasce della popolazione ai margini

⁵¹ Come venne riconosciuto anche da Corte Cost. 24 aprile 1975, n. 102. I giudici rimettenti (gli allora pretori di La Spezia e Pietrasanta) sollevarono parallelamente la questione di legittimità costituzionale dell'art. 670 del codice penale che puniva il reato di accattonaggio. In particolare, il pretore di Pietrasanta notò come non si potesse ignorare il fatto che alla base delle cause della mendicizia si poneva la disoccupazione quale fenomeno strutturale non affrontato efficacemente dal sistema giuridico-sociale, in violazione dei principi costituzionali sanciti dall'art. 1 della Costituzione (ove si sancisce il diritto al lavoro come diritto inviolabile) e dell'art. 38 della Costituzione che imporrebbe la creazione di strutture previdenziali capaci di garantire, con tempestività, adeguate previdenze a coloro che siano inabili al lavoro e sprovvisti di mezzi necessari per vivere.

⁵² La percentuale viene calcolata considerando tutto il personale dell'impresa e non solo quello destinato alla commessa commissionata dall'ente. In questo modo l'incentivo produce effetti su tutti i mercati i cui opera l'impresa.

del mercato del lavoro⁵³ o a rischio di definitiva esclusione. Anche Francia e Spagna hanno maturato esperienze in cui i lavoratori destinatari di misure di incentivazione veicolate mediante commesse pubbliche appartengono a fasce d'età avanzate, sulla base di parametri ancorati più coerentemente al rischio di esclusione.

Le contrattualistica pubblica può essere utilizzata anche per l'implementazione di politiche di *acting ageing*⁵⁴, ma anche se non si vogliono introdurre specifiche misure in questo senso occorrerebbe interrogarsi sull'opportunità di introdurre strumenti e quote obbligatorie che, al fine di promuovere l'occupazione di donne e giovani, finiscono per creare un ulteriore disincentivo all'assunzione o al reinserimento di persone che per ragioni anagrafiche sono altrettanto (o ancor più) soggette a rischi di esclusione dal mercato del lavoro. Un tema non meno allarmante se si considera il progressivo processo di invecchiamento della popolazione e il crescente squilibrio anagrafico tra giovani e anziani con la crescita dei secondi e la riduzione dei primi⁵⁵.

Si tratta di bilanciare valori riconosciuti anche nella Carta dei diritti dell'Unione Europea, che sancisce all'art. 21 il divieto di discriminazione in base all'età e all'art. 25 il diritto degli anziani di partecipare alla vita sociale e culturale.

Il problema regolatorio, quando si affronta il tema dell'equità generazionale, oltre a creare delle tensioni sul piano costituzionale (anche rispetto al nostro art. 3 Cost.) assume i connotati del dilemma etico: è giusto garantire delle corsie preferenziali per l'accesso alle opportunità occupazionali generate dal *new deal* stimolato con il PNRR a discapito dei meno giovani?

La risposta la lasciamo al lettore e alla Storia.

Certo è che emerge, con sempre maggiore forza, il problema della decisione politica sottesa alle scelte connesse alle modalità di gestione delle commesse pubbliche. Il regolatore è chiamato ad effettuare valutazioni ricche di implementazione ideologiche e sociali che richiedono una visione di medio e lungo periodo da attuare con sofisticati strumenti economici e giuridici.

⁵³ Cfr. C. BARNARD, *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*, in *Industrial Law Journal*, 2017, 208.

⁵⁴ Per una recente e accurata analisi delle politiche di invecchiamento attivo cfr. L. DORATO, M. ROSPI, *Per un nuovo patto intergenerazionale: spunti per una proposta di legge-quadro per l'invecchiamento attivo*, in *Federalismi.it*, 2021, 87. Sul tema cfr. *Invecchiamento attivo, mercato del lavoro e benessere: analisi e politiche attive*, a cura di L. CAPPELLARI, C. LUCIFORA, A. ROSINA, Bologna, 2018.

⁵⁵ Registrato anche in ISTAT, Bilancio demografico 2019, reperibile on line sul sito *web* istituzionale.

6. Il rapporto antinomico con le clausole sociali di stabilità occupazionale

Un ulteriore profilo problematico si riscontra nella disamina delle coesistenti previsioni in tema di stabilità occupazionale nell'ambito della disciplina delle commesse pubbliche⁵⁶.

Le nuove misure non sono state coordinate con le norme in tema di clausole sociali⁵⁷ e in particolare con le previsioni che impongono alle stazioni appaltanti di inserire nei bandi e negli avvisi di gara clausole volte a salvaguardare la stabilità occupazionale del personale in caso di avvicendamento tra gestori (c.d. *cambio appalto*) in tutti gli appalti e concessioni ad alta densità di manodopera (*labour intensive*)⁵⁸.

⁵⁶ Sul tema cfr. ancora E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, Napoli, 2021; F. SCARPELLI, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in *Tutela e sicurezza nel lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, a cura di M.T. CARINCI, C. CESTER, M.G. MATTAROLO, F. SCARPELLI, Torino, 2011, 307; E. GHERA, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *Dir. relaz. ind.*, 2001, 133 ss.

⁵⁷ Sul tema delle clausole sociali si segnalano, tra i contributi più recenti, F. PANTANO, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano. Concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pisa, 2020; M. COZZIO, *Prospettive per la tutela dei lavoratori negli appalti pubblici: la clausola sociale forte in discussione nella provincia autonoma di Trento*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1455; G. MARCHI, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2019, 136; M. GIACONI, *La clausola di stabilità occupazionale prevista dall'art. 50 del D.Lgs. n. 50/2016*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 605; I. INGLESE, *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, in *Dir. relaz. ind.*, 2018, 571; M. FORLIVESTI, *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 686; L. RATTI, *Le clausole di seconda generazione: inventario di questioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 469; S. VARVA, *Le clausole sociali*, in *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, a cura di M.T. CARINCI, C. CESTER, M. MATTAROLO, F. SCARPELLI, Torino, 2011, 321; S. COSTANTINI, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT*, 2014, 196; per un interessante accostamento tra la disciplina domestica e la normativa francese cfr. G. BARBERIS, *La tutela del lavoro e le clausole sociali in Francia*, cit. Per un'analisi delle distorsioni prodotte dalla ("cattiva") regolazione in tema di clausole sociali di stabilità occupazionale sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 47.

⁵⁸ Ci si riferisce all'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che estende l'obbligo per tutti gli affidamenti di contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale. La norma precisa che per servizi ad alta densità di manodopera si intendono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto. L'ANAC, con delibera n. 114 del 13 febbraio 2019, ha emanato le Linee Guida n. 13 recanti "La disciplina delle clausole sociali". Nelle citate linee guida si precisa (al par. 2.5.) che, salvo diversa previsione della contrattazione collettiva, le clausole sociali non si applicherebbero al personale utilizzato, nel contratto cessato, da parte delle imprese subappaltatrici. È bene sottolineare che tale opzione esegetica rischia di creare gravissime discriminazioni, oltre a poter vanificare del tutto gli obiettivi sociali prefissati. Ciò soprattutto se si considera che il ricorso al subappalto è sempre più diffuso anche in ragione del superamento dei limiti quantitativi fissati in modo generalizzato dalla normativa domestica soggetti all'obbligo di disapplicazione per contrasto con la normativa europea (cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. V, 26 settembre 2019, causa C-63/18). Sulla difficile collocazione delle linee guida dell'ANAC nel sistema delle fonti e sul rischio di compromissione del

Questo genere di clausole, ancor prima dell'intervento legislativo appena menzionato, erano già state contemplate in alcuni CCNL con effetti limitati alle parti firmatarie.

Il vivace contenzioso, generato dall'imprecisa definizione dei confini dei diritti da accordare al personale del gestore uscente, ha prodotto l'enucleazione di principi di fonte pretoria, recepiti anche in sede regolatoria⁵⁹.

È ormai *ius receptum* che le clausole di riassorbimento non possano introdurre obblighi di riassunzione inderogabili⁶⁰.

Anche la Corte di Giustizia (nel previgente quadro normativo) aveva evidenziato come l'imposizione incondizionata di obblighi di riassunzione avrebbe pregiudicato una gestione efficiente e avrebbe vanificato eventuali risparmi di spesa derivanti da una diversa organizzazione del lavoro⁶¹, con l'effetto di mortificare i benefici della competizione.

Si può dunque accordare un "diritto di preferenza" (che altrove si è quali-

principio di unitarietà della regolamentazione in materia di contratti pubblici cfr. M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.* 2016, 436; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 743; C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Giust.Amm.it*, 2016, 1; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *Giust.Amm.it*, 6, 2016.

⁵⁹ Cfr. ANAC, Linee guida n. 13/2019, cit. ove si assume che l'applicazione della clausola sociale non possa comportare un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente. Si specifica sul punto che il riassorbimento del personale può essere imposto nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assunto. E ciò a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale.

⁶⁰ Cfr. *ex multis*: Cons. Stato, Sez. V, 21 luglio 2021 n. 5483; Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389; 12 settembre 2019, n. 6148; 10 giugno 2019, n. 3885; Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 750; 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 742; 18 settembre 2018, n. 5444; 8 giugno 2018, n. 3471; Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 731; 17 gennaio 2018, n. 272; 28 agosto 2017, n. 4079; Sez. III, 5 maggio 2017, n. 2078; Sez. V, 7 giugno 2016, n. 2433; Sez. III, 10 maggio 2013, n. 2533; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 2 gennaio 2015, n. 6; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 9 gennaio 2015, n. 23; T.A.R. Toscana, Sez. III, 13 febbraio 2017, n. 231. Analogamente cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5243, che ha ritenuto illegittimo l'inserimento nelle *lex specialis* di gara di clausole che attribuiscono un punteggio premiale parametrato alla percentuale di personale da riassorbire. Per alcuni commenti all'indirizzo giurisprudenziale appena richiamato cfr. G. BIASUTTI, *Ancora una pronuncia in tema di clausole sociali: il punto della giurisprudenza in un contrasto tra diritti costituzionalmente rilevanti*, in *Riv. trim. app.*, 2019, 1272; F. BEVILACQUA, *Attenzione alla clausola sociale: neanche il CCNL può limitare la libertà imprenditoriale*, in *Urb. e app.*, 2018, 180; Per un'approfondita analisi estesa ai valori costituzionali in gioco cfr. R. PROIETTI, *Contratti della p.a. – le c.d. clausole sociali ed il contemperamento fra valori di rilievo costituzionale*, in *Giur. it.*, 2017, 2715.

⁶¹ Cfr. Corte di Giustizia CE, Sez. II, 14 luglio 2005, C-386/03, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica federale di Germania e Corte di Giustizia CE, Sez. I, 9 dicembre 2004, C-460/02, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana. Le pronunce dichiarano incompatibili con la normativa sovranazionale previsioni normative che imponevano obblighi assoluti di riassunzione dei lavoratori a carico del nuovo gestore dei servizi (nel caso italiano si trattava della normativa di recepimento della Dir. CE n. 67/1996 relativa alla liberalizzazione dei servizi aeroportuali),

ficato come interesse legittimo di diritto privato)⁶², purché il numero dei dipendenti provenienti dal gestore uscente e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione aziendale dell'impresa subentrante.

Ebbene, fatte queste premesse, resta da capire come si coniuga la citata preferenza per il personale del gestore uscente con le quote inderogabili in favore di donne e giovani introdotte dal d.l. n. 77/2021.

Nei servizi *labour intensive* che verranno inclusi nel PNRR e nel PNC il tema del conflitto tra esigenze di ricambio generazionale ed esigenze di stabilità occupazionale rischia di essere più che concreto.

Viene quindi da chiedersi: a quali regole dovranno attenersi l'operatore e l'interprete?

I principali criteri per la soluzione delle antinomie portano a risultati convergenti.

Applicando il criterio di specialità (*lex specialis derogat generali*) le norme in tema di appalti del PNRR e PNC sembrano destinate a prevalere poiché disciplinano un ambito speciale rispetto alla normativa generale in materia di appalti pubblici *tout court* contenente le previsioni in tema di stabilità occupazionale.

Anche il criterio cronologico (*lex posterior derogat priori*) porta a concludere per la prevalenza delle norme introdotte con il d.l. n. 77/2021, poiché successive a quelle in tema di stabilità occupazionale già contenute nell'art. 50 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (modificato dall'art. 33 del d.lgs. n. 19 aprile 2017, n. 56 che ha reso obbligatorio l'inserimento delle clausole sociali di stabilità occupazionale in tutti gli appalti nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto).

Sul piano giuridico il contrasto tra le norme è facilmente risolvibile con i canoni ermeneutici sopra richiamati, restano però sul campo delle perplessità sul piano della razionalità complessiva del sistema. Non si ravvisano infatti ragioni giustificatrici che inducano a far coesistere sistemi che mirano a favorire il ricambio generazionale nelle maestranze (appalti del PNRR e del PNC), con sistemi che invece l'ostacolano imponendo criteri di preferenza a tutela della conservazione della stabilità occupazionale del personale già impiegato, anche a discapito dell'inserimento di giovani o di personale appartenente al genere sottorappresentato (appalti tradizionali ricadenti nell'ambito di applicazione dell'art. 50 del d.lgs. n. 50/2016).

reputando gli effetti restrittivi della concorrenza sproporzionati ed eccessivi rispetto alle esigenze di stabilità occupazionale.

⁶² Sulle ragioni che inducono alla qualificazione prospettata sia consentito rinviare a D. CAPOTORTO, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista?*, cit., 47. Sulla controversa figura dell'interesse legittimo di diritto privato è d'obbligo il richiamo a L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967; M. NIGRO, F.G. SCOCA, S. BACCARINI, P. RESCIGNO, E. ROSINI, D. SORACE, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, in *Foro amm.*, 1988, II, 317.

7. Conclusioni: la regolazione attuativa e i futuri sviluppi

Gli aspetti problematici e i dilemmi passati in rassegna si ripresenteranno a breve in sede di regolazione attuativa, ove potranno essere affrontati (in tutto o in parte) oppure elusi.

L'art. 47, comma 8, d.l. n. 77/2021 ha, infatti, previsto l'adozione di linee guida per la definizione delle modalità e dei criteri applicativi per promuovere le pari opportunità, nonché per l'indicazione delle misure premiali e la predisposizione di modelli di clausole da inserire nei bandi di gara differenziati per settore, tipologia e natura del contratto o del progetto.

La norma ha fissato in sessanta giorni il termine per l'adozione delle linee guida; un termine del tutto irrealistico sia per l'ampiezza dei temi oggetto di regolazione, sia per la complessità dell'*iter* di approvazione delineato dalla norma primaria, che coinvolge il Presidente del Consiglio dei Ministri ovvero dei Ministri o delle autorità delegati per le pari opportunità e della famiglia e per le politiche giovanili e il servizio civile universale, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e con il Ministro per le disabilità.

È sicuramente opportuna la delineata differenziazione dei regimi di regolazione per settori merceologici: ci sono contesti, ad esempio, in cui non v'è la necessità di rafforzare la presenza femminile nella forza lavoro con mansioni d'ordine (si pensi ai servizi di *call center* o di pulizia), mentre occorrerà concentrarsi sulle tematiche afferenti agli avanzamenti di carriera e di miglioramento delle condizioni di lavoro.

Misure indifferenziate rischiano di essere inutili o dannose. Occorre, invece, un'analisi che tenga conto delle attuali condizioni di mercato per valutare i possibili impatti delle misure incentivanti secondo il metodo dell'analisi di impatto della regolazione (AIR)⁶³, che andranno accompagnate da valutazioni *ex post* (VIR) per correggere distorsioni e migliorare l'efficacia delle soluzioni messe in campo.

Un altro aspetto di cui occorrerà tener conto è quello dei potenziali effetti (benefici) sulle finanze pubbliche, in termini di riduzione della spesa per misure di sostegno verso gli inoccupati.

In Italia il Reddito di Cittadinanza (*ex d.l.* 28 gennaio 2019, n. 4) e le ulteriori forme indennitarie (e.g. Reddito di emergenza – REM) a tutela di quanti siano

⁶³ Oggetto del Regolamento di cui al d.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169 (“Regolamento recante disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione”). Per un commento al Regolamento in tema di AIR e VIR cfr. F. CACCIATORE, *Che cosa cambia nella normativa statale sulla “better regulation”*. *Commento a d.p.c.m. 15 settembre 2017, n. 169* in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 581.

sprovvisi dei mezzi necessari al proprio sostentamento⁶⁴ generano oneri che potrebbero essere sensibilmente ridimensionate da queste politiche, soprattutto se si utilizzano alcuni accorgimenti in sede regolatoria (collegando gli incentivi per le imprese al collocamento di personale che sta beneficiando di sussidi a carico delle finanze pubbliche).

In altri paesi europei le clausole sociali negli appalti pubblici tengono conto degli effetti di alleggerimento sulle finanze pubbliche e dei vantaggi contributivi connessi all'inserimento di nuovi occupati a rischio di esclusione.

In Finlandia, ad esempio, è già stato avviato un sistema di *social impact bond* (SIB) per finanziare investimenti sulla formazione di giovani e immigrati e favorirne l'inserimento nel mondo del lavoro. Il sistema poggia sull'aspettativa di maggiori entrate fiscali generate dalle imposte applicate sul reddito delle persone ammesse ai programmi finanziati con fondi privati⁶⁵.

Le misure di incentivazione all'inserimento lavorativo delle persone che beneficiano di indennità di sostegno al reddito, assicurano benefici sociali ancor più rilevanti.

Si è notato come le misure di reddito minimo scalfiscano solo lo "strato superficiale della povertà", senza emendare i processi di produzione del divario sociale, come avviene con gli interventi redistributivi⁶⁶.

In questo senso le misure di promozione dell'inserimento lavorativo delle persone a rischio di esclusione nell'ambito degli appalti pubblici sembrano iscriversi tra le strategie alternative alle misure di sostegno al reddito, che potenziando le forme di collaborazione tra settore pubblico e società civile, possono costituire strumenti preziosi per la lotta alla povertà⁶⁷; ciò grazie alla loro capacità di incidere sul momento genetico delle disuguaglianze con una riallocazione non già del reddito, ma delle opportunità⁶⁸.

Tuttavia, l'esperienza maturata dagli altri Stati nell'ambito del SRPP, mostra come i metodi e gli obiettivi del RSPD richiedono professionalità e competenze

⁶⁴ Per un'accurata analisi delle varie forme di sostegno al reddito e dei relativi limiti cfr. C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit. 133.

⁶⁵ Per la descrizione del sistema cfr. European Commission, *Making Socially Responsible Public Procurement Work: 71 Good Practice Case – #WeBuySocialEU*, 113.

⁶⁶ In questo senso cfr. C. FRANCHINI, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, cit. 203, che evidenzia come occorra ricorrere a strategie alternative fondate su nuove "forme di collaborazione tra settore pubblico e società civile, maggiormente adatte a intercettare le priorità dei bisogni e a soddisfarle".

⁶⁷ Sull'importanza di queste strategie di collaborazione pubblico private cfr. C. FRANCHINI, *op. cit.* 204.

⁶⁸ Sulla necessità di promuovere misure che sappiano incidere sui processi genetici della povertà cfr. ancora C. FRANCHINI, *op. cit.*, 210. L'A. nota anche come l'intervento dello Stato attraverso l'erogazione di sussidi e ausili economici sia fondamentale, ma debba comunque essere di durata limitata, perché "può scongiurare un incremento delle condizioni di debolezza e contenerne la diffusione, ma risulta insufficiente per inciderne le basi".

elevate e un'approfondita conoscenza del singolo segmento di mercato in cui si inserisce la misura, tenendo conto del contesto territoriale.

In questo senso la regolazione *top down* (l'unica attualmente delineata dalle norme primarie) rischia di risultare poco efficace, mentre un sistema *bottom up* che valorizzi le esperienze maturate dagli enti locali e le realtà del terzo settore appare più adatto a intercettare le specifiche esigenze dei singoli contesti territoriali.

In Francia l'ausilio della rete di *facilitatori* (*Régies de Quartiers, Groupements d'Employeurs pour l'Insertion et la Qualification*, ecc.) si è rivelato uno strumento prezioso per supportare le amministrazioni nel cogliere le esigenze sociali di specifici territori senza perdere di vista le risposte che il mercato è concretamente in grado di offrire.

Occorrerebbe quindi una rivoluzione anche culturale. La diffusione delle pratiche e delle tecniche del SRPP e la capacità delle amministrazioni di adattare le proprie prassi sono ingredienti fondamentali per il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi prefissati dalle nuove norme in tema di giustizia sociale.

Si tratta dunque di una sfida ardua e gravida di implicazioni politiche e ideologiche.

Si fissano nuove basi per ripensare i temi del reclutamento del personale da parte degli operatori economici privati. Si parte da quelli che contrattano con la pubblica amministrazione, ma non è difficile immaginare forme di osmosi o future estensioni al mercato privato; ciò anche per garantire una maggiore omogeneità delle regole del confronto competitivo nell'ambito dei medesimi settori merceologici ed evitare che le aziende siano costrette a strutturarsi secondo logiche schizofreniche a seconda della natura pubblica o privata del committente.

Viceversa, si potrebbe giungere alla conclusione diametralmente opposta: una prassi applicativa deludente o nuovi orizzonti politici potrebbero far chiudere in un cassetto questi esperimenti, che certamente non giovano alla stabilità delle regole e potrebbero essere percepiti come un ostacolo per la crescita e la competitività delle aziende.

Dunque, non può affatto escludersi un ritorno sul sentiero della tradizione liberale, che ha sempre guardato con diffidenza "ai lacci e laccioli"⁶⁹ non essenziali per il funzionamento del mercato in cui si esprime la libertà di impresa.

Del resto, l'evoluzione della normativa in materia di contrattualistica pubblica ci ha già abituato a improvvisi e repentini cambi di rotta, anche su istituti centrali (si pensi e.g. alle alterne fortune dell'appalto integrato e del criterio del prezzo più basso e alle tormentate vicissitudini del subappalto), martoriati con norme di contenuto radicalmente contraddittorio succedutesi con un ritmo convulso.

I potenziali sviluppi sono dunque imprevedibili e tutti da esplorare, ma i

⁶⁹ Metafora di Tommaso Campanella ripresa nel celebre volume di G. CARLI, *Lacci e laccioli*, Roma, 2003.

principi e i criteri abbozzati nel disegno di legge delega in materia di contratti pubblici approvato dal Consiglio dei Ministri n. 26/2021 del 30 giugno sono già orientati verso un'estensione dell'ambito di applicazione delle misure a tutela delle pari opportunità generazionali e di genere⁷⁰.

Il mercato pubblico si conferma quindi come un mercato in cui si può sperimentare l'ideale dell'economia sociale di mercato. Si possono coniugare le logiche competitive ed efficientistiche (e meritocratiche) con le esigenze etiche, di tutela dei diritti sociali e di promozione delle PMI⁷¹, con graduazioni pressoché infinite.

Gli scenari sono ancora incerti, ma è facile immaginare che i nuovi istituti costituiranno un terreno di conflitti economici e sociali, destinati ad affollare le aule di giustizia, almeno sin quando il diritto a un buon lavoro resterà un bene contendibile destinato a essere assegnato solo in favore di alcuni.

Sino ad allora occorrerà continuare a riflettere su quei dilemmi di giustizia distributiva su cui l'umanità e i grandi pensatori, a partire da Aristotele, non hanno mai smesso di interrogarsi.

⁷⁰ Cfr. art. 1, comma 2, lett. e) del citato disegno di legge ove si rimette al legislatore delegato il compito di introdurre la facoltà ovvero l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di gara, avvisi e inviti, tenuto conto della tipologia di intervento e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali e ambientali, con cui potranno essere indicati, come requisiti necessari o premiali dell'offerta, criteri orientati a promuovere le pari opportunità generazionali e di genere.

⁷¹ Espressamente menzionate nell'art. 47 *quater* del d.l. n. 77/2021 cit. (introdotto in sede di conversione in legge dalla l. 29 luglio 2021, n. 108), ove si affida in termini piuttosto generici alle stazioni appaltanti la tutela di questo tipo di esigenze. La norma espressamente prevede che "Ai fini della tutela della concorrenza e di garantire il pluralismo degli operatori nel mercato, le procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 febbraio 2021, e dal regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, nonché dal PNC, possono prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito criteri premiali atti ad agevolare le piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano compatibilmente con il diritto dell'unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità".

Abstract

Il saggio analizza le misure di promozione delle pari opportunità generazionali e di genere introdotte dall'art. 47 del d.l. n. 77/2021 per l'affidamento dei contratti pubblici di attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Nel contributo si esaminano i principali nodi problematici anche mediante il confronto con le precedenti esperienze in tema di clausole sociali.

Social justice and equal opportunity in public contracts for post-pandemic recovery

The essay analyzes the measures for the promotion of generational and gender equal opportunities introduced by art. 47 of Law Decree no. 77/2021 for the awarding of public contracts for the implementation of the National Recovery and Resilience Plan (PNRR). The contribution examines the main problematic issues, also by comparing them with previous experiences in the field of social clauses.