Saggi

Flessibilità e pari opportunità (di genere e generazionali) negli appalti pubblici: le clausole sociali di "terza" generazione

Flexibility and equal (gender and generational) opportunities in public procurement: "third-generation" social clauses

Ilenia Torella

Dottoranda di ricerca di Diritto del lavoro nell'Università di Cassino e del Lazio meridionale

Sommario: 1. Introduzione e delimitazione dell'ambito di indagine. – 2. Le clausole sociali di terza generazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici. – 3. Esclusione dall'obbligo di inserimento della clausola e facoltà di deroga degli obblighi da essa derivanti. – 4. Il necessario coordinamento con le clausole per la stabilità occupazionale: una questione di "flessibilità". – 5. Ancora sulla necessaria flessibilità degli obblighi da esse derivanti: una questione di compatibilità. – 6. Alcuni dati e prime riflessioni in termini di effettività.

Sinossi: In questo scritto si è cercato di approfondire alcune delle principali questioni relative alle clausole sociali "di terza generazione", prestando particolare attenzione alle modalità di funzionamento, al contenuto, alle fasi in cui le stesse risultano operative, distinguendo la fase di primo affidamento e le ipotesi di cambio di appalto, e, in relazione a quest'ultima fase, verificando la compatibilità con gli obblighi derivanti dalle clausole di stabilità occupazionale, in considerazione del fatto che entrambe le clausole, qualificate ora come requisiti necessari dell'offerta, possono imporre degli obblighi non sempre tra essi conciliabili. In tale analisi il concetto di flessibilità è stato utilizzato, principalmente, come chiave interpretativa a cui sono subordinate la ragionevolezza e la compatibilità delle stesse, pur se con non pochi riflessi in termini di effettività. Infine, sono state formulate alcune riflessioni in merito al ruolo che tali clausole assumono nell'ambito delle politiche finalizzate alla riduzione del divario di genere e generazionale nel mondo del lavoro, con specifico riguardo al mercato degli appalti pubblici.

Abstract: *This paper aims to examine several key issues concerning "third-generation" social clauses, with particular emphasis on their operational mechanisms, content, and the stages during which they are effecti-*

ISSN 3035-0492

ve. It distinguishes between the initial award phase and scenarios involving contract transfer. Regarding the latter, the analysis assesses compatibility with obligations arising from employment stability clauses, considering that both types of clauses, now classified as mandatory requirements for tenders, may impose obligations that are not always reconcilable. In this analysis, the concept of flexibility has been primarily utilized as an interpretative key, to which reasonableness and compatibility are subordinated, albeit with significant implications in terms of effectiveness. Finally, the paper offers reflections on the role these clauses play in policies aimed at reducing gender and generational disparities in the labour market, with specific reference to the public procurement sector.

Parole chiave: : Clausole sociali – Pari opportunità – Genere – Età – Appalti pubblici –Flessibilità

Keywords: Social clauses – Equal opportunities – Gender – Age – Public procurement – Flexibility

1. Introduzione e delimitazione dell'ambito di indagine

Sono ampiamente note le ragioni per cui, di sovente, le pubbliche amministrazioni ricorrono all'esternalizzazione di lavori e servizi, affidandone la realizzazione, mediante procedura ad evidenza pubblica, a imprese private. Tra queste si inseriscono, naturalmente, anche le esigenze di flessibilità nella gestione della forza lavoro.

Altrettanto noto è l'impiego, in chiave "strategica" o "funzionale", degli appalti pubblici al fine di perseguire obiettivi sociali di varia natura, "sfruttando" l'attività contrattuale dell'amministrazione.

L'insieme di tali elementi, invero, ha indotto la stessa giurisprudenza amministrativa a riconoscere che, nell'attuale quadro normativo, il contratto di appalto non è soltanto uno strumento flessibile attraverso cui procurarsi beni o erogare servizi alla collettività, ma «uno "strumento a plurimo impiego" funzionale all'attuazione di politiche pubbliche ulteriori rispetto all'oggetto negoziale immediato: in altre parole, uno strumento – plurifunzionale – di politiche economiche e sociali»[1].

La pluralità di interessi coinvolti e finalità perseguite attraverso tale politica, riconducibile al fenomeno del *socially responsible public procurement* (SRPP), si riflette nella diversità delle «tecniche regolative»[2] adottate. Difatti, pur circoscrivendo l'analisi alle c.d. clausole sociali, è possibile effettuare una serie di distinzioni ulteriori, in considerazione del fatto che con tale espressione non si fa riferimento ad un istituto giuridico unitario, né dal

[1] Cons. Stato, Sez. III, 27 maggio 2024, n. 4701; Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2024, n. 807.

[2] Scarpelli, *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in *RGL*, 2006, 1, 756.

punto di vista *strutturale*, vale a dire rispetto a quelle che sono le sue modalità di funzionamento, né dal punto di vista *funzionale*, cioè rispetto alle finalità da esso perseguite[3].
Proprio in relazione a quest'ultimo punto si distinguono, tradizionalmente, due tipologie di clausole: le clausole di prima generazione o di equo trattamento, finalizzate a garantire il rispetto di determinati standard di trattamento economico e normativo e le clausole di seconda generazione o di riassunzione, finalizzate ad assicurare, nelle ipotesi di cambio di appalto, la stabilità occupazionale del personale precedentemente impiegato nell'esecuzione dello stesso, attraverso l'imposizione di obblighi di riassunzione o assorbimento.
Nell'ambito di tale classificazione si inseriscono, oggi, nuove clausole sociali (o di «condizionalità»[4]), caratterizzate dall'obiettivo di «garantire»[5] l'inclusione lavorativa di persone con disabilità o svantaggiate, nonché pari opportunità di genere e generazionali, le quali, in considerazione della loro portata innovativa, possono essere definite clausole "di terza generazione"[6].
Queste sono state introdotte per la prima volta nel nostro ordinamento attraverso il d.l. n. 77/2021, convertito con modificazioni dalla l. n. 108/2021 (noto anche come "Decreto semplificazioni-*bis*"), in relazione alle procedure afferenti agli investimenti finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR[7] e del PNC[8]. Le stesse sono state, poi, previste in modo strutturale all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023).
Ciò premesso, nel presente contributo si intendono analizzare le principali questioni interpretative ed applicative connesse all'impiego di tali clausole, con particolare attenzione alle modalità di funzionamento, al contenuto, alle fasi in cui le stesse risultano operative, distinguendo la fase di primo affidamento e le ipotesi di cambio di appalto e, in relazione a quest'ultima ipotesi, verificando la compatibilità con gli obblighi derivanti dalle clausole di salvaguardia dei livelli occupazionali, in considerazione del fatto che entrambe le clausole, qualificate ora come requisiti necessari dell'offerta, possono imporre degli obblighi non sempre tra di essi conciliabili.
Da ultimo, saranno riportati alcuni dati al fine di formulare riflessioni sul ruolo (e sull'effettività) delle clausole in oggetto nell'ambito delle politiche finalizzate alla riduzione del

[3] Mastinu, L*e clausole sociali nel diritto del lavoro. Ordinamento nazionale, comunitario e internazionale a confronto,* in Corti (a cura di), *Il lavoro nelle carte internazionali*, *Vita e pensiero*, 2017, 59 ss.

[4] Martone, *Il lavoro nel PNRR*, in *GI*, 2022, 11, 2530; C. Garofalo, *La clausola di condizionalità per favorire l'occupazione di giovani e donne*, in *q. Riv.,* 2024, 6, 527 ss.

[5] Proprio in relazione all'utilizzo di tale verbo è stata sollevata, in dottrina, la questione attinente al mancato rispetto di quanto previsto dalla legge delega, la quale all'art. 1, comma 2, lett. h), l. n. 78/2022, utilizza il verbo «promuovere». Si è, dunque, posto un dubbio in merito alla valenza obbligatoria o meramente incentivante delle clausole in esame. Come si vedrà più avanti, tuttavia, la formulazione dell'art. 57 non sembra lasciare margini interpretativi, confermandosi la natura cogente della disposizione.

[6] Utilizza, invece, l'espressione «clausole di seconda generazione "2.0"» Di Noia, *Le clausole sociali nel "nuovo" Codice dei contratti pubblici: conferme ed evoluzioni nel modello di tutela*, in *LPO*, 2023, 9-10, 629.

[7] Di cui al Reg. (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021.

[8] Di cui al d.l. n. 59/2021, conv. con mod. in l. 101/2021.

divario di genere e generazionale nel mondo del lavoro, con specifico riguardo al mercato degli appalti pubblici.
In tale contesto, il concetto di flessibilità verrà inteso non tanto con riferimento alle forme di lavoro "flessibili", ma come elemento strutturale degli strumenti utilizzati dalla pubblica amministrazione nel perseguimento degli obiettivi individuati dal legislatore e come chiave interpretativa delle clausole in esame, a cui sono subordinate la ragionevolezza e la compatibilità delle stesse, pur se con non pochi riflessi in termini di effettività.

2. Le clausole sociali di terza generazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici

L'art. 57 del d.lgs. n. 36/2023 (in seguito C.c.p. o Codice) impone alle stazioni appaltanti di inserire all'interno di bandi, avvisi o inviti relativi all'affidamento di contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione «specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a […] garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate…».
Al comma 2-*bis* della stessa disposizione, aggiunto con il c.d. "correttivo" al Codice (d.lgs. 209/2024), è stato, poi, disposto un rinvio, ai fini di una più esplicita illustrazione del contenuto delle clausole in esame, all'allegato II.3, in origine riferito ai soli appalti riservati *ex* art. 61 del Codice.
Il comma 4 dell'art. 1 dell'allegato, riprendendo quanto già previsto dal legislatore con riferimento alle clausole di cui all'art. 47 del decreto semplificazioni-*bis*, dispone che «le stazioni appaltanti prevedono, nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, specifiche clausole dirette all'inserimento, come requisiti necessari e come ulteriori requisiti premiali dell'offerta, di criteri orientati a promuovere l'imprenditoria giovanile, l'inclusione lavorativa delle persone disabili, la parità di genere e l'assunzione di giovani, con età inferiore a trentasei anni, e donne».
Dall'utilizzo della congiunzione "e", rafforzata dall'espressione "ulteriori", emerge chiaramente la natura cumulativa degli obblighi in esame, nel senso che non sarà sufficiente per la stazione appaltante inserire, ai fini della realizzazione degli obiettivi in questione, misure premiali o, alternativamente, requisiti dell'offerta, dovendosi affidare, fatta salva la facoltà di deroga espressamente riconosciuta dal comma 7, a entrambi gli strumenti.
La stessa disposizione specifica, poi, che devono intendersi quali requisiti necessari «l'aver assolto, al momento della presentazione dell'offerta stessa agli obblighi di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68», vale a dire quelli relativi all'assunzione delle persone con disabilità, «e l'assunzione dell'obbligo di assicurare, in caso di aggiudicazione del contratto, una quota pari almeno al 30 per cento, delle assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività ad esso connesse o strumentali, sia all'occupazione giovanile sia all'occupazione femminile».

Il richiamo alla l. n. 68/1999, invero, appare alquanto superfluo, considerato che già la stessa, all'art. 17, prevede un obbligo per le imprese, sia pubbliche che private, che partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, di presentare un'apposita certificazione in cui si attesti di essere in regola con le norme relative alle assunzioni obbligatorie delle persone con disabilità, pena l'esclusione dalla procedura[9].

Viceversa, la seconda parte della disposizione costituisce la vera novità, in quanto introduce, nell'ambito della disciplina generale in materia di appalti pubblici e concessioni, una riserva in favore di giovani, donne e soggetti svantaggiati e lo fa, peraltro, attraverso il ricorso allo strumento dei requisiti necessari dell'offerta, la cui mancanza determina, di regola, l'esclusione dalla procedura di affidamento.

Si sottolinea, dunque, l'ampiezza dell'ambito di applicazione della riserva, non più circoscritta al solo modello degli appalti riservati – il quale, beninteso, resta comunque vigente e opportunamente distinto dal modello generale – ma estesa a tutti quei contratti diversi da quelli aventi natura intellettuale, «con particolare riferimento al settore dei beni culturali e del paesaggio».

In merito a quest'ultimo punto, peraltro, si osserva che l'utilizzo dell'espressione "particolare riferimento" potrebbe far riemergere quei dubbi già sorti in dottrina in relazione alle clausole per la stabilità occupazionale così come disciplinate, in precedenza, dal d.lgs. n. 50/2016, non risultando chiaramente se l'intento del legislatore fosse (e sia ad oggi) quello di limitare il campo di applicazione della clausola o, semplicemente, quello di porre particolare attenzione alle ipotesi da esso indicate.

Sulla base di una interpretazione letterale, l'utilizzo di espressioni come "con particolare riguardo" o "con particolare riferimento" non equivale a "riguardo esclusivo", motivo per cui non si dovrebbe configurare una limitazione del campo di applicazione degli obblighi in questione[10]. Tuttavia, non può non darsi conto del fatto che, in relazione alla disposizione del Codice del 2016, tanto la giurisprudenza amministrativa[11] quanto l'ANAC, in apposite Linee guida[12], avevano interpretato tale prima espressione nel senso più restrittivo

[9] Ciucciovino, *Norme per il diritto al lavoro dei disabili (l. 12 marzo 1999, n. 68)*, in *NLCC,* 2000, 6, 1460 ss.; De Biase, *Certificazione e dichiarazione sostitutiva sull'osservanza della normativa sui disabili negli appalti pubblici*, *in I TAR*, 2003, 11, 3967 ss.; Daloiso, *Documentazione sul lavoro dei disabili e termine di presentazione*, in *UA*, 2003, 12, 1472 ss.; Ponti, *Rispetto della normativa a tutela dei disabili: le problematiche concernenti la presentazione dell'attestazione*, in *NRLDG,* 2003, 15,1719 ss.; Gianni, *Osservanza della normativa sui disabili e partecipazione alle gare pubbliche d'appalto*, in *I TAR*, 2004, 4, 285 ss.; Russo, *Gare d'appalto e problematiche recenti: art. 17 della l. n. 68/1999 e rilevanza del principio di integrazione automatica del bando di gara*, in *DF*, 2005, 7, 974 ss.

[10] Giaconi, *Art. 50 d.lgs. n. 50/2016,* in Del Punta, Scarpelli (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, 2020, 3076; Pantano, *Clausole sociali, concorrenza, investimento pubblico e tutela del lavoro: dal Codice dei contratti pubblici al PNRR*, in *Federalismi*, 2022, 25, 178. In senso contrario Ratti, *Le clausole sociali di seconda generazione: inventario di questioni*, in *RGL*, 2017, 3, 478; Falsone, *Gli appalti pubblici e le tutele per i lavoratori*, in Boscati (a cura di), *Il lavoro pubblico. Dalla contrattualizzazione al Governo Draghi*, Santarcangelo di Romagna, 421.

[11] Cons. Stato, sez. V, 28 agosto 2017, n. 4079; Tar Lazio-Roma, Sez. III *quater*, 29 maggio 2019, n. 6753 e Tar, 16 maggio 2019, n. 6109.

[12] Linee guida ANAC n. 13 del 2019, recanti "La disciplina delle clausole sociali".

del termine, affermando che l'inserimento della clausola per la stabilità occupazionale era da considerarsi obbligatoria soltanto nei casi di contratti ad alta intensità di manodopera, mentre nei contratti che non avevano questa caratteristica la sua apposizione ad opera della stazione appaltante era in linea di massima facoltativa.

Se, ad oggi, attraverso la nuova formulazione di cui all'art. 57 C.c.p., non sussistono più dubbi in relazione all'applicabilità delle clausole sociali di seconda generazione ai contratti non caratterizzati da un'alta intensità di manodopera, stante l'eliminazione di ogni riferimento agli stessi, i medesimi dubbi potrebbero essere sollevati tanto in relazione alle clausole per la stabilità occupazionale, quanto in relazione alle clausole per le pari opportunità e l'inclusione lavorativa, con riferimento alla loro obbligatorietà al di fuori dei settori dei beni culturali e del paesaggio.

Anche in questo caso, tuttavia, sembra più corretto ritenere che l'applicazione delle clausole sociali resti «esclusa solo per i servizi di natura intellettuale»[13], dovendosi interpretare la suddetta specificazione non come un tentativo di circoscrivere l'ambito oggettivo di applicazione delle clausole, ma come un invito per le stazioni appaltanti a prestare la massima attenzione affinché, nei settori citati, vengano realizzati i fini sociali promossi e tutelati attraverso tali clausole. Tale invito, invero, potrebbe anche leggersi come un irrigidimento delle ipotesi in cui è ammissibile una deroga ai suddetti obblighi e, quindi, come un aggravamento dell'obbligo di motivare tale deroga ove la stazione appaltante intenda avvalersene.

Parallelamente a quanto previsto dall'art. 57, l'art. 102 C.c.p. impone agli operatori economici di indicare nell'offerta le modalità con cui si intende adempiere a tali impegni, atteso che la stazione appaltante verificherà, nei soli confronti dell'aggiudicatario, l'attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all'art. 110, relativo alle offerte anormalmente basse.

Il compito di definire le modalità e i criteri applicativi delle misure previste dall'art. 57, nonché 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) è affidata ad apposite Linee guida, di fatto adottate il 20 giugno 2023 dal Dipartimento per le politiche della famiglia[14], sebbene alcuni importanti limiti siano già enunciati dallo stesso comma 4, il quale impone che, nel determinare il contenuto di tali clausole, si deve tenere contro, «tra l'altro, dei principi di libera concorrenza, proporzionalità e non discriminazione, nonché dell'oggetto del contratto, della tipologia e della natura del singolo progetto in relazione ai profili occupazionali richiesti, dei principi dell'Unione europea, degli indicatori degli obiettivi attesi in termini di occupazione femminile e giova-

[13] Cons. Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Roma, 7 dicembre 2022.

[14] Linee guida volte a favorire le pari opportunità generazionali e di genere, nonché l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità nei contratti riservati, decreto 20 giugno 2023 della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche della famiglia).

nile e di tasso di occupazione delle persone disabili al 2026, anche in considerazione dei corrispondenti valori medi nonché dei corrispondenti indicatori medi settoriali europei in cui vengono svolti i progetti».
Si noti che le citate Linee guida, in quanto adottate prima dell'intervento del correttivo al Codice, erano destinate ad integrare la sola disciplina negli appalti riservati. Il d.lgs. n. 209/2024, tuttavia, modificando l'art. 57, non solo ha previsto al comma 2-*bis* il rinvio esplicito all'Allegato II.3 (e, indirettamente, alle linee guida in esso citate, estendendone, così, il campo di applicazione anche oltre i contratti riservati), ma ha anche abrogato il comma 5 dell'articolo 61 secondo cui le linee guida avrebbero abrogato e sostituito l'Allegato II.3.
Tali precisazioni si rendono necessarie in quanto è proprio nell'Allegato II.3 (art. 1, comma 7) che è esplicitata, tra le altre cose, la facoltà per le stazioni appaltanti di derogare all'obbligo di inserimento delle clausole in esame, dandone adeguata e specifica motivazione, «qualora l'oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche». La sussistenza di tali presupposti, in ogni caso, non impone alla stazione appaltante di avvalersi della deroga, la quale resta una facoltà rimessa alla discrezionalità della stessa.
La deroga, inoltre, può essere di due tipologie: totale, escludendo la necessità di inserimento della clausola all'interno di bandi, avvisi ed inviti; parziale, prevedendo la possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire una quota inferiore al 30% rispetto agli obblighi di assunzione imposti dalla clausola. Si osserva, peraltro, che la deroga agli obblighi di assunzione non determina alcun obbligo per la stazione appaltante di rafforzare le misure premiali ispirate alle medesime finalità.

3. Esclusione dall'obbligo di inserimento della clausola e facoltà di deroga degli obblighi da essa derivanti

Le Linee guida 2023 illustrano alcuni esempi che potrebbero giustificare l'esonero dall'obbligo di inserimento delle clausole in esame.
In primo luogo, le stesse individuano, «a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo», i casi di affidamento diretto per importi di modico valore o di procedure che prevedano un numero di assunzioni inferiore a tre unità di personale, all'assunzione di personale con abilitazioni tali da rendere la platea dei potenziali interessati alle assunzioni limitata nel breve periodo o a procedure giustificate da specifiche ragioni di urgenza. Al contrario, e sempre a titolo esemplificativo, le Linee guida affermano che «in via generale e salve valutazioni più specifiche relative alle peculiarità delle diverse fattispecie, deve ritenersi difficilmente motivabile l'applicazione di deroghe negli appalti di servizi relativi a contratti ad alta intensità di manodopera».

Ancora, con specifico riferimento all'occupazione giovanile, viene individuata, quale possibile motivazione a sostegno della deroga, la presenza di esigenze specifiche correlate alle caratteristiche delle mansioni da svolgere che richiedano, «per oltre il 70 per cento delle nuove assunzioni, una pregressa esperienza o specializzazione tali da rendere la fascia anagrafica giovanile con esse incompatibile»; nella stessa direzione, con particolare riferimento all'occupazione delle donne, viene invece indicato il livello dei tassi di occupazione femminile nel settore specifico, a condizione che questo si discosti «significativamente dalla media nazionale complessiva dei settori osservati»[15]. Tale discostamento viene inteso dalle Linee guida "in senso negativo" rispetto alla media complessiva, tanto che si riporta come esempio la presenza di un tasso di occupazione femminile nel settore di riferimento «inferiore rispetto al 25 per cento», il quale consentirebbe di individuare una quota di riserva inferiore rispetto a quella prevista dalla legge. Tale deroga, tuttavia, risulta potenzialmente idonea a minimizzare gli effetti positivi della misura in esame con riferimento al fenomeno della c.d. segregazione orizzontale.

Peraltro, è da sottolineare come la medesima facoltà di deroga all'obbligo di inserimento della clausola, riconosciuta alla stazione appaltante sulla base dei tassi di occupazione femminile, non sia, invece, esplicitamente riconosciuta all'operatore economico con riferimento all'obbligo di riservare una quota delle assunzioni all'incremento dell'occupazione femminile tenendo conto della composizione del personale alle sue dipendenze. Il riferimento è a quelle imprese più "virtuose" che abbiano già raggiunto, al momento della presentazione dell'offerta, un'adeguata presenza di lavoratrici nell'impresa, senza necessità di dover utilizzare a tal fine l'eventuale restante quota di assunzioni necessarie ai fini dell'esecuzione dell'appalto[16].

Si ricorda, infatti, che ci sono numerosi contesti lavorativi caratterizzati da una composizione *prevalentemente* femminile (si pensi ai servizi di *call center* o di pulizia[17], ma anche ai servizi di mensa e ai servizi afferenti alla sanità e all'assistenza sociale).

Una soluzione a tale "problema" è stata individuata dalla dottrina nella possibilità di interpretare la disposizione «in chiave estensiva», considerando rispettato «il requisito obbligatorio di condizionalità anche nelle ipotesi in cui l'operatore economico sia in grado di assicurare la quota del 30% di lavoratrici adibite all'esecuzione del contratto pur in assenza di nuove assunzioni»[18].

Tale rimedio, tuttavia, non sembrerebbe compatibile con la formulazione letterale della disposizione, in quanto l'obiettivo perseguito dal legislatore attraverso tale misura non è

[15] Linee guida per i contratti pubblici finanziati con le risorse del PNRR e del PNC, volte a favorire le pari opportunità di genere e generazionali e l'inclusione lavorativa delle persone con disabilità, adottate con Decreto interministeriale del 7 dicembre 2021. Sulle contraddizioni sottese ai parametri di deroga individuati dalle Linee guida v. C. Garofalo, *op. cit.*, 541.

[16] Sul tema già E. De Marco, *PNRR e contrasto alle disuguaglianze di genere*, in *GI*, 2022, 11, 2565.

[17] Capotorto, *Giustizia sociale e pari opportunità nei contratti pubblici per la ripresa post-pandemica*, in *NA*, 2021, 3, 818.

[18] Interpretazione ipotizzata da E. De Marco, *op. cit.*, 2565.

quello di assicurare la presenza di una quota pari ad almeno il 30% del personale all'occupazione femminile (e giovanile) nell'impresa affidataria, ma quello di *incrementare* di almeno il 30% l'occupazione di tali categorie, come si evince tanto dalla formulazione utilizzata dal legislatore nel comma 4 dell'art. 1, Allegato II.3, quanto nelle Linee guida 2023. Ciò considerato, potrebbe piuttosto ammettersi una facoltà di deroga agli obblighi in esame anche per gli operatori economici. Facoltà di deroga che, invero, non significa semplicemente interpretazione estensiva della disposizione, ma riconoscimento di un circoscritto ventaglio di ipotesi in cui le imprese sono legittimamente esonerate dal rispetto delle quote di riserva delle nuove assunzioni, dandone (al pari di quanto previsto per le stazioni appaltanti) adeguata motivazione.

Nello specifico, dovrebbero essere le amministrazioni committenti, nella formulazione della clausola, a qualificare la stessa come derogabile dagli operatori economici nelle ipotesi in cui gli stessi assicurino già una presenza femminile che si discosti significativamente (in senso positivo) dalla media nazionale complessiva, tenuto conto del tasso di occupazione femminile individuato dall'ISTAT nel settore dell'appalto. In questo modo, invero, tanto le amministrazioni quanto gli operatori economici avrebbero la possibilità di derogare all'obbligo in esame sulla base del medesimo criterio di riferimento, seppur inteso in senso opposto: discostamento in senso negativo per le prime; discostamento in senso positivo per i secondi.

A sostegno della possibilità per le stazioni appaltanti e per gli enti concedenti di disporre tale deroga – oltre che della legittimità stessa di tale intervento – si richiama lo stesso comma 4, art. 1 dell'Allegato, il quale, nell'indicare i principi e limiti (già riportati) di cui le amministrazioni devono tenere conto nella *determinazione* del *contenuto* di tali clausole, riconosce alle stesse una certa discrezionalità nella formulazione delle medesime.

Particolarmente interessante è, altresì, la previsione per cui la deroga può trovare adeguata motivazione «in tutti i casi in cui nelle nuove assunzioni intervengono "clausole sociali" di riassorbimento occupazionale […] nell'obiettivo di garantire stabilità occupazionale agli addetti che escono da una precedente fornitura». Dalla lettura della disposizione emerge un importante suggerimento in relazione al coordinamento tra le due tipologie di clausole (su cui *infra*), entrambe caratterizzate dall'imposizione di una serie di obblighi di assunzione, ma differenziate dalle finalità perseguite e dai potenziali beneficiari.

Al riguardo, non si può non osservare come tale indicazione finisca per ampliare in maniera più che considerevole il campo di applicazione della deroga, considerato che l'obbligo di inserimento delle clausole per la stabilità occupazionale è stato rafforzato, nell'ultima versione del Codice, attraverso la qualificazione delle stesse quali requisiti necessari dell'offerta, nonché attraverso l'eliminazione del riferimento ai contratti ad alta intensità di manodopera.

4. Il necessario coordinamento con le clausole per la stabilità occupazionale: una questione di "flessibilità"

Il riconoscimento di una facoltà di deroga in capo alle stazioni appaltanti, giustificabile, tra l'altro, dalla presenza di clausole di riassunzione, impone di effettuare una riflessione sull'ambito temporale di applicazione delle clausole di inclusione lavorativa e pari opportunità. Questo non solo perché le clausole di seconda generazione presentano un'elevata diffusione all'interno dei contratti collettivi generalmente applicati nei settori in cui si realizzano con maggior frequenza ipotesi di "cambio appalto"[19], ma, soprattutto, poiché il loro inserimento nella *lex specialis* della gara è ora previsto come obbligatorio.

Di fronte a tale situazione viene da chiedersi, invero, se l'operatività delle clausole di terza generazione sia da riferirsi esclusivamente alle ipotesi di primo affidamento del contratto pubblico o anche alle ipotesi di successione del contratto.

Infatti, supponendo che la stazione appaltante decida di non avvalersi della facoltà di deroga e che, in corso di esecuzione del contratto, si realizzi (come accade frequentemente) un cambio d'appalto, le due clausole potrebbero produrre delle interferenze reciproche, risolvibili soltanto attraverso il riconoscimento di una sorta di "prevalenza" dell'una sull'altra. Nello specifico, ipotizzando che l'impresa subentrante abbia la necessità di effettuare delle assunzioni ai fini dell'esecuzione dell'appalto e che, apprezzabilmente, intenda garantire la più ampia stabilità occupazionale del personale precedentemente impiegato nell'esecuzione dello stesso, si pongono in evidenza diverse criticità, tanto dal lato dell'appaltatore quanto dal lato dei lavoratori dell'impresa uscente. Difatti, poiché anche i lavoratori assorbiti sono soggetti, tecnicamente e giuridicamente, ad una "nuova assunzione", coloro che rientrano nei *target* prescritti dalla clausola di terza generazione dovrebbero conteggiarsi ai fini del raggiungimento della soglia stessa, oltre che, peraltro, ai fini della determinazione della base di calcolo della quota percentuale stabilita dalla stazione appaltante.

Sulla base di tale premessa, ci si chiede, innanzitutto, se la clausola per l'inclusione lavorativa e le pari opportunità possa (o addirittura debba) operare quale criterio di selezione degli stessi. Stante la previsione legislativa, infatti, si potrebbe ipotizzare la sussistenza di un vero e proprio diritto di preferenza o precedenza all'assunzione in capo ai giovani *under 36* e alle donne, rispetto agli altri lavoratori precedentemente impiegati nell'appalto.

Senza entrare nel merito della condivisibilità (o meno) di una tale conclusione, si può osservare poi che, qualora nel novero dei lavoratori da assorbire non vi sia un numero sufficiente di lavoratori rientrante nel *target* prescritto e il numero di (eventuali) ulteriori assunzioni da effettuare non sia sufficiente al raggiungimento della soglia, l'impresa potrebbe trovarsi costretta a ridurre il numero di lavoratori da assorbire in favore di nuovi lavoratori che invece rientrino in tale *target*. In questo modo, tuttavia, si vedrebbero favoriti i nuovi

[19] Cavallini, Hamdan, *Clausole sociali e tutela dell'occupazione nella successione degli appalti privati*, in *RGL*, 2023, 2, 189.

assunti rispetto ai lavoratori dell'impresa uscente per il solo fatto di appartenere a un genere piuttosto che a un altro o di avere un'età inferiore a 36 anni. Tale situazione, invero, potrebbe presentare dei risvolti anche sotto un profilo di tipo discriminatorio (nell'ambito delle c.d. *reverse discrimination* e del c.d. *ageismo*[20]) oltre che legittimare l'ulteriore precarizzazione di una certa fascia di lavoratori, già di per sé contraddistinti da un elevato rischio di precarietà in considerazione dell'appartenenza ad un settore caratterizzato da un frequente ricambio tra operatori economici.

Per questo motivo, si potrebbe ipotizzare un'interpretazione elastica della clausola che imporrebbe di ritenere che, ai fini del raggiungimento della soglia, debbano conteggiarsi esclusivamente i nuovi assunti *diversi dai lavoratori dell'impresa uscente*.

In altre parole, in un giudizio di bilanciamento tra le due clausole si dovrebbe riconoscere prevalenza alla clausola per la stabilità occupazionale e, dunque, alla finalità di garantire stabilità occupazionale e continuità nel servizio, non solo per evitare fenomeni di "discriminazioni alla rovescia", ma anche in considerazione della preferenza che l'ordinamento mostra per tali clausole nel momento in cui, nelle apposite Linee guida, si individua espressamente – attraverso il riconoscimento di una facoltà di deroga in capo alla stazione appaltante – la presenza di una clausola di stabilità occupazionale come causa di legittima esclusione dell'operatività della clausola per l'inclusione lavorativa e le pari opportunità.

Ancora, una soluzione più immediata ed efficace potrebbe essere quella di regolare direttamente nei documenti di gara il rapporto tra le due clausole.

È evidente, in ogni caso, che entrambe le soluzioni finirebbero per svilire l'effettività delle clausole di terza generazione, ampliando ulteriormente la «discrezionalità»[21] delle stazioni appaltanti nel raggiungimento degli obiettivi prefissati dal legislatore in materia di promozione delle pari opportunità. A ciò si aggiunga che un eccessivo irrigidimento delle clausole di riassunzione potrebbe avere quale effetto quello di «legare» il lavoratore non ad una struttura aziendale, bensì ad un contratto d'appalto, con effetti disincentivanti rispetto all'assunzione a tempo indeterminato in favore di contratti di lavoro flessibili, con pari durata a quella della commessa pubblica[22].

[20] Sul tema delle discriminazioni per età, tra i più recenti, Zilli, "*Non ho l'età": ageismo e gestione delle (diversità e) generazioni nel lavoro privato e pubblico*, in *VTDL*, 2023, 2, 327 ss.; M. Casiello, *L'ageismo ed il limite massimo di età per l'accesso a taluni pubblici impieghi,* in *Labor*, 2023, 2, 184 ss.; Tedeschi, *Diritto del lavoro europeo e tutela della sicurezza nazionale: dialettica giudiziale delle Corti Superiori in ordine al principio di non discriminazione fondata sull'età*, in *LPO*, 2022, 3-4, 286 ss.; Impicciatore, *La Corte di Giustizia ancora alle prese con le discriminazioni fondate sull'età: tra comportamenti discriminatori ed effettività delle tutele*, in *DPCE online*, 2020, 2, 2927 ss.; Frosecchi, *La Corte di Giustizia interviene sulla discriminazione indiretta per età con un gioco di prestigio sul dato statistico*, in *LPA*, 2020, 2, 221 ss.; Montanari, *Il divieto di discriminazione per età nella giurisprudenza europea e le sue ricadute nell'ordinamento interno,* in *ADL*, 2019, 1, 207 ss.

[21] Capotorto, *op. cit.*, 805.

[22] Sul tema Tar Puglia-Bari, Sez. II, 13 gennaio 2025, n. 31.

5. Ancora sulla necessaria flessibilità degli obblighi da esse derivanti: una questione di compatibilità

Partendo dal presupposto che le clausole di terza generazione impongono un obbligo di riservare una quota delle eventuali assunzioni alle categorie indicate, si ripropongono ora ulteriori questioni – già sollevate, tanto in dottrina[23] quanto in giurisprudenza[24], con riferimento alle clausole per la stabilità occupazionale – relative alla compatibilità con il principio di libertà dell'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. e con i principi dell'Unione europea in materia di libera circolazione e concorrenza.

Non potendosi affrontare nel dettaglio, per motivi di spazio, tali questioni, ci si limita a ricordare che proprio in relazione alle stesse la giurisprudenza amministrativa ha affermato l'impossibilità di interpretare l'obbligo di riassunzione del personale uscente attraverso una lettura rigida, ribadendo che tali meccanismi di tutela dei lavoratori devono essere sempre contemperati con la libertà di organizzazione dell'imprenditore e con la facoltà, in essa insita, di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto[25]. È stato evidenziato, dunque, il necessario carattere di flessibilità della clausola sociale di riassorbimento[26], che ha indotto alcuni a

[23] Sul punto, *ex multis,* Ghera, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in *DRI*, 2001, 147 ss.; Costantini, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in *WP D'Antona, IT*, 2014, 196; Forlivesi, *La tutela sociale negli appalti pubblici alla prova dei vincoli della giurisprudenza eurounitaria*, in *RGL*, 2021, 4, 620 ss.; Orlandini, voce *Clausole sociali [dir. lav. interno]*, in *EGT* Online, 2015, *https://www.treccani.it/enciclopedia/clausole-sociali-dir-lav-interno_(Diritto-on-line)/*; Pallini, *Diritto europeo e limiti di ammissibilità delle clausole sociali nella regolazione nazionale degli appalti pubblici di opere e servizi*, in *DLRI*, 2016, 3, 525 ss.; Ratti, *op. cit.*, 480 ss.; Mastinu, L*e clausole sociali nel diritto del lavoro*, cit., 59 ss.; Giaconi, *L'impiego strategico degli appalti pubblici alla luce del D. lgs. 50/2016: le finalità sociali*, Canterano, 2019, 23 ss.; Marchi, *Appalti pubblici e clausole sociali di stabilità occupazionale*, in *LPA*, 2019, 2, 136 ss.; Pantano, *Le clausole sociali nell'ordinamento giuridico italiano: concorrenza e tutela del lavoro negli appalti*, Pacini giuridica, 2020, 56 ss.; Zampini, *Le "clausole sociali di seconda generazione" tra diritto interno ed ordinamento eurounitario*, in *LG*, 2021, 1, 5 ss.; Bandelloni, *Effettività delle clausole sociali*, in *RGL*, 2022, 2, 140 ss.; Boscati, *Appalti pubblici e clausole sociali tra ordinamento interno e diritto dell'Unione Europea*, in Proia (a cura di), *Appalti e lavoro: problemi attuali*, Giappichelli editore, 2022, 23 ss.; Leone, *Appalti pubblici e tutele sociali: la promozione dell'occupazione dei soggetti svantaggiati*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica*, vol. I, Giappichelli editore, 2022.

[24] C. cost., 30 dicembre 1958 n. 78; C. cost. 5 luglio 1990, n. 316; C. cost., 28 luglio 1993, n. 356. A livello europeo, in particolare, C. giust., 9 dicembre 2004, causa C-460/02, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*.

[25] Tra le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2022 n. 4539; Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665.

[26] Cons. Stato, 18 ottobre 2021, n. 6957; Cons. Stato, 24 luglio 2019, n. 5243. Al tempo stesso, tuttavia, la giurisprudenza ha affermato che l'elasticità di applicazione della clausola non può spingersi «fino al punto da legittimare politiche aziendali di *dumping* sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro perseguito attraverso la stessa». Sul punto Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 marzo 2023, n. 2806; Cons. Stato 10 giugno 2019, n. 3885.

parlare, più che di obbligo di assunzione, della sussistenza di un diritto di "precedenza"[27] o "preferenza"[28].

Nella stessa direzione, le Linee guida ANAC n. 13 del 2019, riferite alla previgente versione del Codice, avevano precisato che «l'applicazione della clausola sociale non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. 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 assuntore. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale»[29].

Considerato che anche le clausole di inclusione lavorativa e pari opportunità si traducono in un obbligo di riservare una quota delle assunzioni a soggetti rientranti nei *target* individuati *ex lege,* le considerazioni effettuate con riferimento alle clausole per la stabilità occupazionale sono state debitamente tenute in conto dal legislatore del Codice, il quale si è preoccupato di precisare che l'obbligo in esame opera con (solo) riferimento alle «assunzioni necessarie per l'esecuzione del contratto o per la realizzazione di attività a esso connesse o strumentali»[30].

In altre parole, la riserva opera solo nella misura e nei limiti delle nuove assunzioni funzionali a garantire l'esecuzione del contratto aggiudicato o delle attività comunque funzionali e strumentali rispetto all'esecuzione dello stesso e, quindi, nei limiti del fabbisogno dell'aggiudicatario[31]. Come precisato nelle Linee guida, peraltro, l'obbligo deve essere inteso come riferibile anche alle prestazioni eseguite tramite subappalto o avvalimento. In

[27] Pantano, *Clausole sociali di seconda generazione e appalti pubblici: concorrenza, interesse pubblico e conservazione dell'occupazione nella giurisprudenza amministrativa*, in *LPA*, 2021, 4, 791 ss.; Tullini, *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2018, 2, 199 ss.; Ratti, *op. cit.*, 469 ss.; Costantini, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle cd "clausole sociali"*, in *Ianus*, 2011, 5, 199 ss.; Id, *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici*, cit.

[28] Capotorto, *Clausole sociali e moral hazard: la regolazione che punisce il virtuoso e premia l'opportunista*, in *GDA*, 2021, 1, 50.

[29] Linee guida ANAC n. 13 del 2019, cit. Pur dovendosi ricordare che le suddette Linee guida sono da considerarsi superate (a conferma, cfr. art. 225, comma 16, d.lgs. n. 36/2023), in quanto riferite ad una versione del Codice ormai abrogata, le stesse sono state recentemente richiamate dalla giurisprudenza amministrativa (Tar Puglia Bari, Sez. II, Sent., 13 gennaio 2025, n. 31) per ribadire, anche con riferimento all'ultima versione del Codice, la già consolidata necessità di una lettura elastica delle clausole sociali a cui la stessa giurisprudenza intende «dare continuità». Per questo motivo, i principi in esse espressi relativi alla compatibilità delle clausole di stabilità occupazionale con il disposto costituzionale sono da considerarsi ancora attuali e, presumibilmente, estendibili alle clausole per l'inclusione lavorativa e le pari opportunità.

[30] Art. 1, comma 4, Allegato II.3.

[31] Nello specifico, le Linee guida precisano che il riferimento alla realizzazione di attività connesse o strumentali non fa riferimento alla nozione di collegamento contrattuale, ma al collegamento sussistente tra le obbligazioni principali del contratto e le attività comunque funzionali e strumentali rispetto alle stesse. Deve quindi ritenersi che il legislatore non abbia voluto estendere o ampliare le ipotesi in cui è applicabile l'obbligo in esame.

questo caso le quote sono calcolate sul totale delle assunzioni necessarie, restando irrilevante, invece, la concreta ripartizione delle assunzioni tra appaltatore e subappaltatore.
A quanto detto si aggiunge che, con specifico riferimento alla compatibilità con l'ordinamento eurounitario, occorre verificare che le clausole in esame non pregiudichino le libertà fondamentali contemplate dai Trattati e, in particolare, la libertà di circolazione dei servizi di cui all'art. 56 TFUE, la libertà di impresa di cui all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (in seguito CDFUE), nonché le disposizioni di cui alla direttiva n. 2014/24/UE.
Nel rispetto di quanto previsto dall'art. 52.1 della CDFUE, oltre che di quanto più volte osservato dalla Corte di giustizia dell'UE[32], in caso di limitazione ad una delle libertà fondamentali si pone, poi, la questione di determinare se la disposizione nazionale sia proporzionata, se persegua obiettivi previsti dai Trattati medesimi e se la limitazione delle libertà fondamentali non risulti eccedere quanto necessario al perseguimento dello scopo[33].
In merito si ricorda che in base all'art. 3, comma 3 del TUE, «L'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni» e «promuove», tra le altre cose, «la parità tra donne e uomini» e «la solidarietà tra le generazioni». Ancora, l'art. 9 del TFUE dispone che «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione» e con «la lotta contro l'esclusione sociale», mentre l'art. 157 TFUE e l'art. 23 CDFUE consentono espressamente l'adozione di misure «che prevedano vantaggi specifici a favore del genere meno rappresentato».
A ciò si aggiunga che l'art. 70, dir. 2014/24/UE ha previsto la possibilità di introdurre «condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto» legate a esigenze sociali e occupazionali. La stessa direttiva, al considerando 98, ha poi espressamente chiarito 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 tra lavoro e vita privata» nonché «ad assumere un numero di persone svantaggiate superiore a quello stabilito dalla legislazione nazionale». Infine, al considerando n. 99, il legislatore europeo ha ammesso la possibilità di indicare come criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione dell'appalto «anche misure intese […] alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione dell'appalto […]. Per esempio, tali criteri o condizioni potrebbero riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata, all'attuazione di azioni di formazione per disoccupati o giovani nel corso dell'esecuzione dell'appalto da aggiudicare»[34].

[32] Tra le prime sentenze della Corte di Giustizia relative all'introduzione del test di proporzionalità, con specifico riferimento alle limitazioni alla libertà di circolazione, C. giust., 25 luglio 1991, *Sager,* causa C-76/90. In dottrina, *ex multis,* Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro,* Franco Angeli, 2013, 16 ss.

[33] Ratti, op. cit., 481.

[34] Indicazioni ancor più esplicite sono, poi, contenute in «Acquisti sociali - Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici (seconda edizione)», 2021/C-237/01, della Commissione UE. La guida riporta, infatti, un elenco di aspetti sociali rispetto a cui gli appalti pubblici «possono costituire un fattore trainante», tra i quali si inseriscono la pro-

Ciò premesso e considerate le esplicite limitazioni introdotte dal legislatore nazionale al funzionamento della clausola di terza generazione – di per sé strutturata in modo "flessibile" – non sembrerebbero emergere particolari problemi di compatibilità, a differenza di quanto accaduto con riferimento alle clausole di riassunzione. Ciò, beninteso, a condizione che, per l'assolvimento degli obblighi da essa derivanti, si prescinda dal luogo di residenza dei soggetti beneficiari della suddetta clausola; in caso contrario, invero, la riserva nelle assunzioni avvantaggerebbe in modo illegittimo le imprese e i lavoratori italiani locali[35].

6. Alcuni dati e prime riflessioni in termini di effettività

Avviandoci alle conclusioni di questo scritto, è opportuno ricordare che le clausole sociali per l'inclusione lavorativa e le pari opportunità costituiscono uno degli strumenti, individuati nell'ambito del PNRR, finalizzati alla riduzione delle diseguaglianze di genere e generazionali[36].

Nell'ambito del Piano, infatti, si è osservato come le disparità attualmente presenti nel nostro Paese rappresentino un «ostacolo significativo alla crescita economica», motivo per il quale si è scelto di qualificare tale tematica come una delle "priorità trasversali" a tutti gli obiettivi del Piano stesso.

Provando ad analizzare alcuni dati, si può osservare, in modo estremamente sintetico, che l'indice sull'uguaglianza di genere elaborato dall'*European Institute for Gender Equality* (EIGE), con specifico riguardo al mercato del lavoro, attribuisce all'Italia un punteggio pari a 65.5 su 100 nel 2024, inferiore di quasi 9 punti rispetto alla media europea, a cui è riconosciuto un punteggio di 74.2[37].

Ancora, i dati ISTAT relativi al 2024[38] attestano il tasso di occupazione femminile, nella fascia 15-64 anni, al 53,3%, mentre il tasso di occupazione maschile, nella stessa fascia di età, si attesta al 71,1%. Sul versante dell'occupazione giovanile, il tasso di occupazione complessivo del 2024 della fascia di età 15-34 anni è pari al 44,9%, mentre il tasso di occupazione della fascia di età 35-49 è del 77,2%. L'occupazione delle donne più giovani,

mozione di opportunità di lavoro per i giovani e i lavoratori più anziani, per le persone soggette ad esclusione sociale e con disabilità, nonché la parità di genere e il miglioramento di politiche in materia di diversità, inclusione sociale e opportunità di occupazione per le persone appartenenti a gruppi svantaggiati.

[35] Sul punto Leone, *Appalti pubblici e tutele sociali*, cit., 6.

[36] Sul tema, in una prospettiva più ampia, Zilli, *La preferenza e la precedenza di genere nella pubblica amministrazione: principi e paradossi*, in *ADL*, 2024, 4, 746 ss.

[37] Tenendo conto anche di altri fattori, diversi da quelli specificamente attinenti al lavoro, l'Italia si colloca al 14° posto nell'Unione europea per quanto riguarda l'indice sull'uguaglianza di genere, con un punteggio pari a 69,2 su 100. L'indice sull'uguaglianza di genere elaborato dall'EIGE è disponibile al sito *www.eige.europa.eu*.

[38] Dati ISTAT, disponibili al sito *https://esploradati.istat.it/databrowser/#/it*. Per i dati relativi al tasso di occupazione: h*ttps://esploradati.istat.it/databrowser/#/it/dw/categories/IT1,Z0500LAB,1.0/LAB_OFFER/LAB_OFF_EMPLOY/DCCV_TAXOCCU1/IT1,150_915_DF_DCCV_TAXOCCU1_1,1.0.*

rientranti nella fascia di età 15-34 anni, si attesta nel 2024 al 38,8% ed arriva al 67% per la fascia di età 35-49. Viceversa, l'occupazione maschile nella fascia 15-34 anni, nello stesso periodo, è del 50,7% ed arriva all'87,4% per la fascia di età 35-49.
In tale contesto, le clausole sociali "di terza generazione" si propongono di utilizzare gli investimenti pubblici per indurre le imprese a modificare le politiche del lavoro[39], operando nell'ambito di quelle politiche europee afferenti al *socially responsible public procurement* (SRPP), rafforzate, in modo particolare, dalle direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici.
Se queste sono le premesse, ancora poco chiara (e poco incoraggiante) risulta la situazione in merito all'effettività dello strumento prescelto, tanto con riferimento alla lotta alle discriminazioni di genere quanto con riferimento al ricambio generazionale.
I dati più recenti relativi all'inserimento delle clausole per l'inclusione lavorativa e le pari opportunità risalgono al 2023 e si riferiscono alle sole procedure finanziate con i fondi PNRR e PNC (per le quali trova applicazione, dunque, la disciplina speciale di cui all'art. 47 del decreto semplificazioni-*bis*). Nella Relazione annuale Anac 2023[40], relativa in relazione al periodo che va da luglio 2022 al 1° giugno 2023, la facoltà di deroga riconosciuta alle stazioni appaltanti sembra aver neutralizzato l'efficacia delle disposizioni, considerando che quasi il 70% degli appalti del PNRR e del PNC hanno previsto una deroga totale alla clausola che obbliga le imprese che si aggiudicano la gara a occupare almeno il 30% di giovani *under* 36 e donne, mentre sono il 2,53% i bandi per cui le stazioni appaltanti hanno chiesto una deroga parziale (ovvero un abbassamento della soglia del 30%) e, quindi, solo il 28,26% sono i bandi che hanno previsto il rispetto della quota di giovani e donne prescritta dalla legge.
In relazione alle motivazioni del ricorso alla deroga, si osserva nella relazione che «nel 39,29% dei casi (23.666 affidamenti) le stazioni appaltanti non hanno specificato il motivo della deroga indicando tra le opzioni "Altro"; nel 38,8% (23.372 affidamenti) la motivazione è l'importo ridotto del contratto, nel 7,67% (4.619 affidamenti) necessità di esperienza o di particolari abilitazioni professionali, nel 6,43% dei casi (3.873 affidamenti) è la scarsa occupazione femminile nel settore, nel 3,63% (2.189 affidamenti) il mercato di riferimento, nel 3,43% (2.066 affidamenti) il numero di lavoratori inferiore a tre»[41]. Nessun riferimento

[39] Capotorto, *Giustizia sociale e pari opportunità*, cit., 803 ss.

[40] Relazione annuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sull'attività svolta nel 2022, Camera dei Deputati - Sala della Regina - 8 giugno 2023, Pnrr: quote occupazione giovani e donne.

[41] «Man mano che cresce l'importo dell'appalto, cresce, ma in maniera contenuta, anche il rispetto delle quote per l'occupazione di giovani e donne: quasi del 60% (tra deroghe totali e deroghe parziali) degli appalti sopra i 40mila euro e nel 44% di quelli sopra i 150mila euro, le stazioni appaltanti non hanno inserito, nei bandi, le relative clausole. Infatti su 27.420 affidamenti di importo superiore ai 40mila euro il 51,55% prevede una deroga totale, il 6,48% una deroga parziale mentre nel 41,65% dei casi la clausola giovani e donne è rispettata. Tra i 12.638 contratti di importo superiore ai 150 mila euro il 31,63% prevede una deroga totale, il 12,58% una deroga parziale mentre il 55,5% rispetta la clausola. Tra i 4.328 appalti superiori al milione di euro il 59,4% rispetta la quota del 30% di occupazione di giovani e donne, il 23,31% prevede la deroga totale, il 17,14% la deroga parziale». V. Relazione annuale ANAC sull'attività svolta nel 2022, Pnrr: quote occupazione giovani e donne,

in merito al tasso di applicazione o deroga della clausola in esame, invece, è contenuto nella Relazione annuale 2024.

A ben vedere, l'ampio ricorso a tale deroga sembra confermare la «sottovalutazione»[42], da parte delle amministrazioni, dell'importanza sociale dei contratti pubblici, conseguenza (anche) della complessità del quadro normativo che spinge le stesse ad un «atteggiamento difensivo», tendente al mero rispetto formale delle regole e delle forme procedurali da un lato e alla riduzione dei costi dall'altro[43].

A ciò deve aggiungersi una riflessione critica sull'idoneità di strumenti come quello in esame – di fatto riconducibile al fenomeno delle quote "rosa" o "di genere" e, più in generale, delle "azioni positive"[44] – nella lotta a riduzione del *gender gap,* tanto in considerazione delle specifiche ipotesi di deroga individuate dalle Linee guida, di per sé in contraddizione con la *ratio* stessa dell'istituto, quanto dell'assenza di una più ampia politica promozionale che vada oltre la mera fase di reclutamento[45]. Occorre sinteticamente ricordare, infatti, che le cause che incidono maggiormente sulle disparità di genere producono effetti negativi non tanto con riferimento all'accesso *al lavoro tout court*, quanto all'accesso ad *un lavoro dignitoso* ed *equamente retribuito.*

Le principali questioni problematiche attinenti all'occupazione femminile, invero, sono connesse a fenomeni come la segregazione occupazionale (orizzontale e verticale), la maggiore discontinuità lavorativa (generalmente connessa alla maternità e all'assenza di servizi di supporto alla genitorialità), la prevalenza di contratti di lavoro *part-time* (anche involontario) e a tempo determinato, nonché la diversa distribuzione del lavoro di cura in ambito familiare[46].

Riflessioni simili, seppur fondate su cause differenti, potrebbero essere effettuate con riferimento all'occupazione dei più giovani, non ritenendosi sufficiente la mera promozione quantitativa dei livelli occupazionali, ma auspicandosi un miglioramento che sia, *in primis,* qualitativo. Si può aggiungere, inoltre, che il riferimento all'età quale fattore di "svantaggio" non può non tenere conto dell'altra fascia di lavoratori a rischio, vale a dire

8 giugno 2023.

[42] Scarpelli, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in M.T. Carinci, Cester, Mattarolo, Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Giappichelli editore, 2011, 309.

[43] Scarpelli, *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici,* cit., 309.

[44] Su cui, *ex multis,* Alessi, *Le azioni positive*, in Barbera, Guariso (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria*, *Fonti, Strumenti, Interpreti*, Giappichelli editore, 2019, 501 ss.; Borgogelli, *La tipologia delle azioni positive*, in Gaeta, L. Zoppoli, *Il diritto diseguale*, Giappichelli editore, 1982, 81 ss.

[45] In tal senso, sono indubbiamente apprezzabili, seppure ancora insufficienti, i riferimenti all'inserimento di ulteriori misure premiali orientante all'inclusione lavorativa e alle pari opportunità (cfr. art. 1, Allegato II.3, d.lgs. 36/2023, in particolare commi 4 e 5).

[46] Per un più ampio approfondimento sul tema Bettin, Trucchia, *Uscire dall'emergenza: la dimensione economico-lavorativa della disuguaglianza di genere tra problemi e prospettive*, in *DE*, 2021, 1 91 ss.; Rosti, *Le cause del divario retributivo di genere*, in *DRI*, 2024, 2, 410 ss.

quella dei lavoratori più anziani, ancora privi dei requisiti per accedere alle prestazioni pensionistiche, che necessitino di essere reinseriti nel mercato del lavoro, soprattutto ove scarsamente qualificati[47].

In definitiva, seppur risulti certamente apprezzabile l'obiettivo perseguito dal legislatore, le clausole di terza generazione presentano seri problemi in termini di effettività, che rischiano di vanificarne tanto la portata quanto l'utilità.

[47] Sul tema del divario generazionale in chiave occupazionale C. Garofalo, *Età e incentivi: il rimedio allo svantaggio*, in *VTDL*, 2023, 2, 365 ss.