

L'IMPRESA FRA ESTERNALIZZAZIONE E PROCESSO DI SMATERIALIZZAZIONE. LE RICADUTE SUL RAPPORTO DI LAVORO

Il controllo della P.A. nell'esternalizzazione e la tutela del lavoro.

Intervento programmato di Fabio Petracchi.

1. INTRODUZIONE.

In sede di introduzione di questo intervento dedicato al controllo della Pubblica Amministrazione nella esternalizzazione ed alla tutela del lavoro, appare doveroso precisare che l'argomento trattato non riguarderà i vasti poteri che competono in materia agli organi dello stato a ciò delegati.

Parleremo invece del ruolo indiretto e talora diretto che compete alla Pubblica Amministrazione quale soggetto contrattuale nella esternalizzazione e principalmente negli appalti pubblici.

Si tratta di una tutela forte e atipica giustificata dalla specificità di tale forme di esternalizzazione.

Non è questa la sede, né chi parla ha la veste idonea per sviscerare in tutti i suoi aspetti la complessa materia degli appalti pubblici.

Ci limiteremo invece a delle considerazioni di ordine generale su questa peculiare funzione della amministrazioni pubbliche.

2. ESTERNALIZZAZIONE E RISCHI SOCIALI.

L'esternalizzazione del lavoro, destinata alla riduzione dei costi, comporta pure processi di deresponsabilizzazione dei soggetti imprenditoriali coinvolti e di confusione dei ruoli.

Tale situazione incide quasi sempre in maniera negativa sulla posizione dei lavoratori così come tutelata dalla vigente legislazione sociale.

L'ordinamento vi ha reagito affermando con il divieto di interposizione di manodopera (legge 1369/60), il generale principio che nega cittadinanza al negozio giuridico finalizzato a consentire lo sdoppiamento tra il soggetto contrattuale destinatario della prestazione e quello destinatario degli obblighi retributivi e di sicurezza sociale.

Questo principio non opera, laddove come ad esempio nell'appalto, la esternalizzazione del lavoro, non comporti tale dissociazione, ma risponda a finalità tutelate dalla legge.

Ciò non significa che effetti negativi sulla protezione sociale dati da deresponsabilizzazione e confusione dei ruoli non si determinino anche in tali casi.

Per tale motivo, l'appalto quale forma pienamente lecita di esternalizzazione è destinatario di disciplina protettiva che impone in funzione sociale la corresponsabilizzazione dei soggetti imprenditoriali coinvolti per quanto riguarda l'obbligo retributivo e di sicurezza (articolo 1676 del codice civile e articolo 3 legge 1369/760).

3. IL RUOLO DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

La pubblica amministrazione anche quando opera quale soggetto imprenditoriale da luogo a quella che in maniera impropria può definirsi una "presunzione di legittimità".

Già di fronte al fenomeno dell'interposizione di manodopera, la legge guarda con occhio meno restrittivo agli appalti di manodopera instaurati dalle pubbliche amministrazioni. Si è dibattuto in dottrina e giurisprudenza se la pubblica amministrazione fermo il divieto di interposizione di manodopera di cui all'articolo 1 della legge 1369/60, sia destinataria delle previsioni sanzionatorie previste dalla legge medesima. Normative particolari disciplinavano gli appalti di poste e ferrovie, (DPR 22.11.1961) Una disposizione di legge poi eliminata (articolo 6 bis DL 18.1.1993 abrogata dal DLGS n.546/93)) garantiva la legittimità del fenomeno dell'appalto di manodopera posto in essere da enti pubblici assistenziali e la stessa normativa del lavoro portuale affidata al controllo di enti pubblici quali le autorità portuali legittima fenomeni di appalto della manodopera.

Anche nell'appalto pubblico l'Amministrazione assume un ruolo di garanzia e tutela sociale che andremo ad esaminare.

4. LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE QUALE SOGGETTO DI TUTELA SOCIALE NEGLI APPALTI.

E' così assegnata alla Pubblica Amministrazione, soggetto contrattuale, una ulteriore e connessa funzione di tutela sociale nell'ambito degli appalti pubblici.

Il ruolo appare appropriato e conforme ai principi costituzionali degli articolo 97 – 98 della Costituzione.

Il principio appare quanto mai attuale di fronte ad una pubblica amministrazione che, dopo la riforma del pubblico impiego, agisce quale soggetto contrattuale nell'ambito e nel rispetto dei principi di imparzialità e di eguaglianza.

Accade così che la disciplina degli appalti pubblici imponga limiti nella scelta del contraente e nell'ambito dell'autonomia contrattuale.

5. I LIMITI ALL'ATTIVITA' PRIVATA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NELL'INTERESSE SOCIALE.

Tali limiti, trattandosi di procedura privata ad evidenza pubblica, ricadono sull'attività amministrativa di scelta del contraente e su quella più propriamente contrattuale.

Trattasi talora di limiti solo indirettamente posti a tutela del lavoro e della sicurezza sociale, trattasi spesso invece di limiti esplicitamente collocati a tutela del lavoro e della sicurezza.

6. LIMITI NELLA SCELTA DEL CONTRAENTE.

Per quanto riguarda la scelta del contraente, La disciplina degli appalti pubblici impone criteri volti non solo all'acquisizione di un prezzo conveniente, ma pure all'acquisizione di un soggetto corretto dal punto di vista contrattuale.

Tale scelta, sebbene, mirata ad interessi economici, favorisce indirettamente il contraente la cui attività difficilmente avrà ricadute negative sul rapporto di lavoro dei dipendenti.

Quasi sempre un'offerta anomala nasconde insidie non solo per l'amministrazione, ama anche per la posizione dei dipendenti.

Il rispetto degli obblighi di certificazione che ormai incombono sugli appaltatori garantisce alla fine anche la capacità dell'appaltatore di far fronte ai propri impegni nei confronti del personale dipendente e degli enti previdenziali.

Ma sempre più spesso tali limiti assumono connotazione diretta ed impongono all'amministrazione di escludere dalla partecipazione all'appalto quei soggetti che non garantiscono determinati requisiti di tutela sociale.

Trattasi di limitazioni a contrarre finalizzate espressamente e direttamente ad escludere soggetti imprenditoriali non in grado di adempiere agli obblighi sociali connessi al contratto.

E' così riservata la partecipazione alle gare di appalto pubblico a chi fornisce dichiarazione di regolarità circa le assunzioni dei disabili (legge 17 marzo 99 n.58) o alle aziende che rispettino determinati parametri circa il costo del lavoro (legge 327/2000).

Analoghe finalità assume l'obbligo per il committente di fornire apposita dichiarazione dell'organico medio annuo corredata dalle denunce dei lavoratori all'INPS ed all'INAIL (DLGS 528/99).

7. LIMITI ALL'AUTONOMIA CONTRATTUALE.

Più evidenti sono i limiti quando, essi si manifestano ed impongono nell'ambito del contratto instaurato.

Premesso che, anche in questo caso, permane la natura privata dell'attività posta in essere dalla pubblica amministrazione, va notato come in essa, nel caso delle norme poste a tutela dell'ordinamento sociale, si configuri un'attività finalizzata alla tutela di un interesse estraneo all'oggetto del contratto e come tale estrinseco alla struttura del negozio.

Ne deriva una deformazione del concetto di contratto soprattutto nel suo aspetto funzionale.

Un primo e rilevante limite all'autonomia contrattuale è costituito dall'articolo 36 dello Statuto dei lavoratori mediante la cosiddetta "clausola sociale".

In tal modo, il committente pubblico è obbligato ad inserire nel contratto la clausola che obbliga l'appaltatore ad applicare ai propri dipendenti retribuzioni orientativamente conformi alla contrattazione collettiva di settore.

Tale limite non assurge peraltro a vera e propria inserzione automatica di clausola contrattuale, ma costituisce mero impegno ad imporre clausola a favore di terzi.

Ulteriore limitazione alla libertà contrattuale è data dalle restrizioni al subappalto introdotte con l'articolo 18 della legge 19.3.1955n.55e confermate con modifiche dalla legge Merloni n.415/98. Il subappalto è stato sempre considerato come un fattore di deresponsabilizzazione e già l'allegato F della legge del 1865 e lo stesso articolo 1656 del codice civile ne disciplinavano i limiti. Vigè inoltre in tema di appalto pubblico il divieto di cessione del contratto.

8. CONCLUSIONI.

Dalla breve disamina effettuata emerge l'esistenza di un complesso sistema di tutela del lavoro nell'ambito dell'esternalizzazione garantito dalla pubblica amministrazione quale soggetto contrattuale.

Emergono anche i punti deboli di tale sistema primo fra tutti l'articolo 36 dello statuto dei lavoratori con i suoi limiti di efficacia ed applicazione.

Con particolare riferimento all'articolo 36 dello statuto dei lavoratori, si nota come la disciplina di protezione sia finalizzata prevalentemente alla tutela del lavoro dipendente.

Si tratta di un limite quanto mai rilevante, dal momento che si accresce il numero dei lavoratori parasubordinati per cui al fenomeno della esternalizzazione si aggiunge e si somma quello dei lavori precari.

Un punto di rilevante criticità nel fenomeno della esternalizzazione nei lavori pubblici è dato dalle cooperative la cui natura societaria sfugge a molte delle normative di protezione sociale.

Di fronte ai fenomeni emergenti il sistema promozionale – sanzionatorio inserito nella procedura e nel contratto di esternalizzazione con le pubbliche amministrazioni non sempre appare efficace a tutelare il lavoro in tutti i suoi aspetti.

Si ipotizza pertanto una funzione di controllo oltre che veda la pubblica amministrazione impegnata oltre che nella selezione dei soggetti contrattuali e nell'introduzione di clausole che limitano l'autonomia, anche quale parte attiva a livello di convenzioni locali, schemi di capitolato generali, obblighi di informativa e proceduralizzazione negoziale nell'ambito della contrattazione collettiva.