

I DIRITTI DEL LAVORATORE NEL MERCATO

20. *Il vecchio diritto del lavoro come protezione dal mercato e il « diritto al lavoro » come protezione nel mercato.* — Alla condizione di debolezza cui il lavoratore è tipicamente condannato dalla distorsione monopsonistica del funzionamento del mercato del lavoro (§ 4) il movimento sindacale e il legislatore hanno posto rimedio, nel corso dell'ultimo secolo, costruendo un sistema di tutela ispirato essenzialmente a due obiettivi: innanzitutto ridurre al minimo la parte del trattamento soggetta a negoziazione individuale tra il lavoratore e l'imprenditore; in secondo luogo fare in modo che il lavoratore, una volta collocato in un'azienda, potesse tenersi il più possibile alla larga dal mercato del lavoro esterno e dai suoi pericoli. Il primo obiettivo si perseguiva con l'imposizione a entrambe le parti, mediante la legge e il contratto collettivo, di un assetto standard inderogabile dei reciproci interessi, che lasciasse poca o nulla materia alla negoziazione individuale; il secondo con l'imposizione, come modello dominante se non esclusivo, di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato e rigidamente stabile. In altre parole, per rimediare all'inefficienza del mercato si è cercato, in qualche misura, di negare il mercato stesso, talora adducendosi l'argomento suggestivo — e peraltro difficilmente controvertibile — secondo cui il lavoro umano non può essere ridotto a merce. Col togliere ai lavoratori la capacità di negoziare, li si è posti sotto tutela; e si è affidata la gestione dei loro interessi esclusivamente al legislatore o al sindacato.

Senonché questo sistema non funziona più. Il posto fisso garantito a vita è sempre più incompatibile con il ritmo ormai rapidissimo di obsolescenza dei sistemi organizzativi e delle tecnologie applicate; i modelli standard di organizzazione del lavoro, pur periodicamente aggiornati e corretti, non tengono il passo con quel ritmo. Con il prevalere del settore terziario su quello industriale, il tramonto del modello fordista di organizzazione dello stesso lavoro industriale, la conseguente segmentazione — quando non addirittura personalizzazione — della domanda e dell'offerta di lavoro e l'emergere da entrambi i lati di esigenze differenziate riguardo agli aspetti più disparati del rapporto contrattuale, vanno inevitabilmente allargandosi a dismisura gli spazi della negoziazione individuale delle condizioni di lavoro, con le conseguenti tensioni fra gli interessi individuali degli stessi lavoratori e i modelli standard imposti dalla legge e dai contratti collettivi. Da circa un ventennio si assiste a una continua erosione dell'area del lavoro « coperto » da legge e contratto collettivo, a vantaggio dell'area del lavoro sottratto alla protezione legislativa e non protetto dal sindacato; oggi in Italia la legislazione di sostegno all'azione del sindacato nelle aziende e la tutela offerta dal diritto del lavoro nella sua versione « forte » si applicano in un'area in cui si colloca meno della metà della forza-lavoro complessiva; ed è sovente proprio la tutela inderogabile a rendere più difficile l'accesso a quell'area per chi ne è escluso, contribuendo così a dividere il mercato del lavoro in due compartimenti tra loro scarsamente comunicanti (cfr. §§ 3 e 4).

Legislatore e sindacato — sollecitati anche dall'ordinamento comunitario (§ 12) — sono sempre più consapevoli della necessità di affiancare alle vecchie tecniche di tutela, e in parte sostituire ad esse, tecniche nuove tendenti a proteggere il lavoratore anche e soprattutto nella fase precedente alla costituzione del rapporto: mentre l'intervento protettivo tradizionale consiste essenzialmente in una difesa del lavoratore *dal* mercato, appare oggi sovente più efficace l'intervento volto a rafforzare la posizione del lavoratore *nel* mercato, aumentando la sua possibilità effettiva di scelta e di accesso alle diverse occupazioni possibili, fattore essenziale del suo potere contrattuale nei confronti del datore di lavoro attuale o potenziale. Massimo D'Antona ha concluso con queste parole il suo ultimo intervento pubblico (quasi un testamento giuslavoristico), dodici giorni prima che mani assassine gli togliessero la vita per punirlo delle sue idee e del suo impegno a realizzarle: « Il diritto al lavoro perde ... qualcosa, rispetto ai densi riferimenti storici che lo connotano, e il qualcosa è il forte orientamento all'“avere” (alla stabilità, all'uniformità). Avere il lavoro, ossia il posto, con le garanzie di stabilità, cosa che si può esprimere anche in termini di *property in job*, con il corredo di identità di *status* legata alla qualifica, è derivazione storica del diritto al lavoro che tuttavia sopravanza il nucleo essenziale e attuale della tutela costituzionale, anche perché rimanda a un modello di impresa e di organizzazione del lavoro rigida, uniforme, durevole, che tende al declino. Il diritto al lavoro, sia come “pretesa a”, sia come “diritto di”, sembra spostare il suo baricentro ... sull'“essere” ossia sulla persona. Quando si parla di impiegabilità, quando si sottolinea l'irrinunciabilità di una tutela che assicuri a chi cerca, o cerca di conservare, il lavoro, uguali punti di partenza ma non di arrivo; quando si indica nelle strategie di sostegno del lavoratore nel mercato del lavoro il meglio che l'approccio micro-economico può fare in aree di alta disoccupazione ... altro non si fa che “prendere sul serio il diritto al lavoro” come garanzia costituzionale della “persona sociale”, aggiornandola però come garanzia dell'essere anziché dell'avere » (1).

In un mercato del lavoro maturo, e particolarmente in quello post-industriale, alle nuove forme della distorsione monopsonistica di cui si è parlato all'inizio di questa trattazione (§ 4), che pone il lavoratore in condizioni di inferiorità di fronte alla controparte, è possibile rispondere, invece che con una riduzione dell'autonomia negoziale di quest'ultimo, con un'azione volta a correggere radicalmente quella distorsione: tendente, cioè, più che a limitare la libertà formale del lavoratore, a realizzare le condizioni di una sua libertà sostanziale. Che è quanto dire realizzare il diritto a un lavoro liberamente scelto e svolto secondo modalità liberamente contrattate, sancito dall'art. 4 della

Costituzione.

La libertà sostanziale di cui stiamo parlando presuppone, beninteso, la libertà formale di scelta del proprio lavoro nel campo più ampio possibile; anzi, l'ampiezza della prima è direttamente proporzionale all'ampiezza della seconda. Per questo l'ordinamento interno e l'ordinamento comunitario sanciscono il principio fondamentale della *libertà di circolazione dei lavoratori* nel grande mercato continentale e ne garantiscono l'applicazione contro ogni limitazione indebita, sia essa diretta o indiretta (v. in proposito §§ 21-25). Ma presupposti essenziali di effettività della libertà sostanziale del lavoratore nel mercato sono anche i servizi di *informazione* e in particolare di mediazione fra offerta e domanda (§§ 27-29), i servizi di *formazione, riqualificazione e orientamento professionale* (§§ 30-34), nonché quelli di assistenza alla *mobilità geografica* (v. § 36): si parla in proposito di altrettanti « diritti » del lavoratore — all'informazione, alla formazione, alla mobilità — non come di diritti di credito intesi nel senso civilistico tradizionale, ma come di aspettative legittime di adempimento da parte delle strutture pubbliche degli obblighi imposti loro in questo campo dalla Costituzione e dalle norme comunitarie.

Un discorso a parte (§§ 37-47) meritano infine le misure, di carattere vincolistico o di incentivazione economica, finalizzate alla *promozione selettiva dell'accesso al lavoro* degli appartenenti a determinate categorie che per svariati motivi si vogliono privilegiare, quali i portatori di handicap fisico o psichico, i lavoratori che hanno perso incolpevolmente il posto in situazioni di crisi occupazionale, i lavoratori disoccupati da lungo tempo: misure che sono state ultimamente oggetto di una riforma legislativa organica.

Sezione I

Libertà di circolazione e tutela dei lavoratori migranti

Sommario: 21. La libertà di circolazione dei lavoratori italiani e di quelli provenienti dagli altri Paesi della Comunità. — 22. Il divieto di discriminazione, diretta e indiretta, per motivi di nazionalità o di origine regionale, nell'ordinamento interno e in quello comunitario. — 23. Disciplina dell'accesso al lavoro e tutela antidiscriminatoria dello straniero « regolare » nell'ordinamento dell'O.I.L. e dell'extra-comunitario nell'ordinamento comunitario. — 24. Disciplina dell'accesso al lavoro e tutela antidiscriminatoria dell'extra-comunitario nel nostro ordinamento interno. — 25. La libertà di espatrio del lavoratore italiano e la tutela del lavoro italiano all'estero. — 26. La disciplina comunitaria dell'utilizzazione transnazionale dei lavoratori (direttiva 16 dicembre 1996 n. 71).

21. *La libertà di circolazione dei lavoratori italiani e di quelli provenienti dagli altri Paesi della Comunità.* — La libertà formale del cittadino italiano di offrire e prestare il proprio lavoro su tutto il territorio nazionale può agevolmente desumersi dal combinato disposto dell'art. 4, del cui contenuto si è già detto (§§ 1-2), e dell'art. 16 della nostra Costituzione; qualsiasi limitazione di questa libertà, se non prevista dalla legge « in via generale per motivi di sanità o di sicurezza », dovrebbe considerarsi incostituzionale.

Un principio analogo è sancito più esplicitamente e incisivamente, nell'ordinamento comunitario, dal primo comma dell'art. 48 del Trattato (ora art. 39). Il terzo comma dello stesso articolo precisa poi che la libertà di circolazione comporta il diritto dei lavoratori di rispondere a « offerte di lavoro effettive » e di spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri, prendendovi dimora e rimanendovi anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro: formulazione, questa, che parrebbe far salve limitazioni alla libertà di spostamento della residenza o del domicilio in assenza di un'occasione di lavoro effettiva e attuale (una norma sostanzialmente identica è contenuta nell'art. 28 dell'*Accordo sullo spazio economico europeo* 2 maggio 1992, che allarga l'area di libera circolazione a tutti i Paesi aderenti) (2). Ma la norma è stata interpretata dalla Corte di Giustizia nel senso del diritto di ciascun cittadino europeo a spostarsi liberamente in qualsiasi Stato membro anche soltanto in funzione della ricerca di un posto di lavoro, dovendo lo Stato ospitante consentire tale spostamento almeno durante il periodo di tempo ragionevolmente necessario per tale ricerca (3): soluzione a cui parrebbe doversi arrivare anche in forza dell'art. 52 (ora 43) dello stesso Trattato, che sancisce la progressiva soppressione di tutte le « restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro » (4), se dottrina e giurisprudenza non fossero monoliticamente unanimi nel limitare l'applicazione di questa norma ai lavoratori autonomi. La rilevanza pratica della questione è stata comunque drasticamente ridimensionata dalle direttive 28 giugno 1990 n. 364 e 365 sul diritto di soggiorno dei cittadini comunitari, lavoratori e no, ed è ora formalmente superata dalle disposizioni in materia di cittadinanza europea contenute negli artt. 18 ss. del Trattato (nuova numerazione).

In riferimento al principio contenuto nell'art. 48 (ora 39) si pone anche la questione dell'estensione del suo ambito di applicazione soggettivo, dal momento che nel testo della norma e nella rubrica del capitolo del Trattato a cui essa appartiene i titolari del relativo diritto sono indicati come « lavoratori », senza ulteriore specificazione. Prevale nettamente in dottrina la tesi secondo cui il principio in questione si applicherebbe soltanto al lavoratore subordinato, dovendo intendersi per tale nel diritto comunitario, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, una persona che « fornisca per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni [di lavoro

personale] in contropartita delle quali riceva una retribuzione » (5). Induce tuttavia a dissentire parzialmente da questa conclusione l'argomento esposto nel capitolo precedente (§ 17) a sostegno di una interpretazione più estensiva delle nozioni di « lavoro » e di « lavoratori » a cui fanno riferimento i principi generali dell'ordinamento comunitario, in analogia a quanto già esposto a proposito della tutela del lavoro disposta dalla nostra Costituzione (§ 9). E', del resto, la stessa Corte di Giustizia ad affermare che la nozione di « lavoratore » rilevante per la definizione della sfera di applicazione di una delle libertà fondamentali sancite dal Trattato, quale la libertà di circolazione, deve essere interpretata in modo non restrittivo (6); ed è la stessa Corte a confermare questo orientamento nel fare applicazione del principio di libertà di circolazione in riferimento a una figura che si pone al confine tra il lavoro subordinato e il lavoro autonomo, quale è quella del calciatore professionista (7). Mi sembra dunque preferibile l'interpretazione che include in quella nozione anche il soggetto che presta continuativamente la propria opera esclusivamente o prevalentemente in favore di un unico committente, ancorché senza vincolo di subordinazione (c.d. lavoratore parasubordinato: § 89). Il dissenso su questo punto potrebbe apparire privo di rilievo pratico, dal momento che, superata la fase transitoria di attuazione progressiva della libertà fondamentale di circolazione delle persone (art. 48, ora 39) e dei servizi (art. 59, ora 49), per un verso o per l'altro tutti i lavoratori — subordinati o autonomi — ormai godono di tale libertà nel territorio dell'Unione. Ma la questione conserva rilievo, se non sotto il profilo della libertà di movimento e di stabilimento, quanto meno sotto quello del divieto di pratiche discriminatorie nei rapporti interprivati, di cui al secondo comma dello stesso art. 48 (ora ribadito dal secondo comma dell'art. 28 dell'*Accordo sullo spazio economico europeo* del 1992): nell'ordine di idee qui proposto, quel divieto deve quanto meno applicarsi anche nell'area del lavoro parasubordinato.

Gli artt. 2 e 3 della direttiva 15 ottobre 1968 n. 360 hanno infine precisato che il principio di libera circolazione, ancorché prioritariamente mirato a garantire il lavoratore contro ostacoli opposti alla sua mobilità dallo Stato ospitante, deve interpretarsi anche nel senso del divieto di eventuali ostacoli in qualsiasi modo opposti alla stessa mobilità dallo Stato di origine (8).

Contenuto assai meno incisivo rispetto al principio comunitario di libera circolazione ha la norma contenuta nell'art. 18 della *Carta sociale europea* adottata dal Consiglio d'Europa nel 1961 (9), che vincola gli Stati contraenti soltanto ad « applicare i regolamenti esistenti [relativi all'impiego nel territorio nazionale di lavoratori stranieri] con spirito liberale » e a « renderli elastici », a « semplificare le formalità in vigore » e a riconoscere « il diritto di emigrazione dei loro cittadini desiderosi di esercitare attività lucrative sul territorio delle altre Parti contraenti ». A questo, dunque, si riduce il vincolo posto a garanzia della libertà di circolazione dei lavoratori fra il nostro e gli altri Paesi non comunitari aderenti al Consiglio d'Europa.

22. Il divieto di discriminazione, diretta e indiretta, per motivi di nazionalità o di origine regionale, nell'ordinamento interno e in quello comunitario. — L'effettività della libertà di circolazione dei lavoratori in quanto tali, quindi della loro possibilità di concorrere a un'occasione di lavoro in qualsiasi zona del territorio nazionale indipendentemente dalla loro zona di origine, potrebbe essere limitata da pratiche discriminatorie dei datori di lavoro nei confronti di chi proviene da determinate regioni del territorio nazionale (ipotese questa non solo teorica, di questi tempi). Né la Costituzione né la legge ordinaria contenevano, fino a epoca recente, un divieto esplicito di discriminazioni determinate dalla provenienza regionale del lavoratore italiano; tale divieto poteva tuttavia desumersi in via interpretativa dal principio costituzionale di libera circolazione nel territorio nazionale, di cui si è appena detto. Ora la questione è risolta esplicitamente dall'art. 41, 3° c., della legge 6 marzo 1998 n. 40, che aggiunge al divieto di discriminazione per motivi attinenti alla provenienza o appartenenza nazionale (sul quale torneremo nel paragrafo seguente) il divieto di « atti xenofobi, razzisti o discriminatori compiuti nei confronti dei cittadini italiani ». Non solo una norma legislativa o regolamentare che ponesse ostacoli alla libertà di circolazione dei lavoratori in relazione alla loro provenienza regionale dovrebbe, pertanto, considerarsi incostituzionale per contrasto con l'art. 16 Cost. (10), ma, in virtù della norma testé citata, anche un atto negoziale fondato essenzialmente su di un intendimento discriminatorio in relazione alla provenienza regionale di uno o più lavoratori dovrebbe considerarsi nullo per illiceità del motivo determinante; e un rifiuto di assunzione fondato sullo stesso intendimento dovrebbe considerarsi come illecito aquiliano, fonte di responsabilità risarcitoria (11).

A complemento del principio di libertà di circolazione e di lavoro delle persone nel territorio della Comunità, sancito dall'art. 48 (ora 39) del Trattato, il divieto di qualsiasi « discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro » è stato posto fin dall'inizio dal 2° comma dello stesso art. 48 (12). La Corte di Giustizia ha ripetutamente affermato — oltre che il divieto di discriminazione per motivi legati alla cittadinanza, gravante sui legislatori e sui governi nazionali (13) — l'applicabilità diretta dello stesso principio anche nei rapporti tra soggetti privati in seno agli ordinamenti degli Stati membri (14) e anche quando la prestazione di lavoro in favore di un'impresa comunitaria si svolga temporaneamente al di fuori del territorio dell'Unione (15). Lo stesso principio è ribadito negli artt. 1-3 della *Carta sociale* comunitaria (16) e negli artt. 1 e 28 dell'*Accordo sullo spazio economico europeo* 2 maggio 1992, che allarga l'area di libera circolazione a tutti i Paesi aderenti (17).

Divieto di discriminazione non significa, però, divieto di qualsiasi differenziazione di trattamento: un divieto che si

estendesse a qualsiasi differenziazione direttamente o indirettamente correlata alla nazionalità o provenienza geografica del lavoratore potrebbe ritorcersi pesantemente contro la libertà effettiva dello straniero di accedere al mercato del lavoro in cui quel divieto fosse in vigore. Basti, per convincersene, osservare come, nell'esperienza dei maggiori Paesi europei, l'imposizione generalizzata di standard minimi di trattamento previsti da leggi o contratti collettivi, là dove è stata applicata con rigore, ha portato di fatto più all'espulsione di stranieri dal mercato del lavoro nazionale che al consolidamento del loro inserimento nel tessuto produttivo in posizione paritaria rispetto ai lavoratori indigeni. L'imposizione generalizzata di minimi legali o collettivi di trattamento può, come vedremo meglio a suo luogo, costituire attuazione di altri principi generali dell'ordinamento (tutela dei diritti essenziali della persona, giusta retribuzione, correzione delle distorsioni del mercato del lavoro); ma non può essere considerata come una conseguenza o un corollario del divieto di discriminazione: tale imposizione, infatti, tende essenzialmente a limitare la concorrenza fra i lavoratori, mentre al contrario il divieto di discriminazione, posto dall'ordinamento comunitario in esplicito rapporto di funzionalità rispetto al principio di libertà di circolazione, tende proprio a eliminare gli ostacoli che possono impedire ai lavoratori stranieri di concorrere con i cittadini di uno Stato nel mercato del lavoro interno di quello Stato (18).

Il divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità o provenienza geografica del lavoratore ha dunque per oggetto innanzitutto qualsiasi disposizione — legislativa, amministrativa o collettiva — che di fatto sia di ostacolo all'accesso dello straniero al mercato nazionale del lavoro, dei servizi o dei beni, oppure lo penalizzi nel godimento di diritti riconosciuti alla generalità dei cittadini; ha per oggetto inoltre atti o prassi unilaterali del datore di lavoro tendenti a ostacolare, scoraggiare o penalizzare l'accesso o la permanenza al lavoro dello straniero nell'azienda. Ma al divieto di discriminazioni — se non si vuole che esso si ritorca contro gli stessi soggetti che esso dovrebbe invece proteggere — non può attribuirsi l'effetto di vietare allo straniero di negoziare con il datore di lavoro condizioni di lavoro inferiori agli standard fissati dalla contrattazione collettiva nazionale: l'applicazione generalizzata di quegli standard — giova ripeterlo — è bensì possibile, ma in attuazione di altri principi e nel perseguimento di scopi diversi da quello essenzialmente proprio del divieto di discriminazioni ai danni dello straniero (19).

Vedremo (§ 51) come un problema analogo si ponga — e debba essere analogamente risolto — in riferimento al divieto di discriminazioni fondate sulla scelta sindacale del lavoratore.

Poiché la discriminazione dei lavoratori sulla base della loro nazionalità può avvenire anche in modo indiretto, attraverso l'imposizione, per l'accesso a determinate occupazioni, del requisito di un titolo di studio o di formazione professionale rilasciato soltanto da istituti di un Paese e difficilmente conseguibile da cittadini di altri Paesi, con le direttive 21 dicembre 1988 n. 48 e 18 giugno 1992 n. 51 è stato, rispettivamente, istituito e perfezionato un sistema generale di « riconoscimento » dei titoli, al quale tutti gli Stati membri sono vincolati ad adeguare i propri ordinamenti interni (20).

Il divieto di ogni discriminazione indiretta (§§ 170-174), come corollario del divieto di discriminazione fondata direttamente sull'appartenenza del lavoratore a uno Stato membro, è comunque posto dall'art. 3 del Regolamento n. 1612/1968, a norma del quale sono inapplicabili « le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di uno Stato ... che, ancorché applicabili senza distinzione di nazionalità, abbiano lo scopo o l'effetto esclusivo o principale di precludere a coloro che provengono da altri Stati membri l'accesso a una occupazione » (21); ed è stato affermato ripetutamente dalla Corte di Giustizia anche in riferimento specifico al principio di libertà di circolazione (22).

Vedremo a suo luogo (§§ 24 e 172) come un divieto generale di discriminazione indiretta — con particolare, ma non esclusivo, riferimento alla cittadinanza dei lavoratori — sia ora sancito, nel nostro ordinamento interno, anche dall'art. 41, 2° c., lett. e, della legge 6 marzo 1998 n. 40.

23. Disciplina dell'accesso al lavoro e tutela antidiscriminatoria dello straniero « regolare » nell'ordinamento dell'O.I.L. e dell'extra-comunitario nell'ordinamento comunitario. — Il divieto di discriminazione posto dal secondo comma dell'art. 48 (ora 39) del Trattato ha un contenuto nettamente diverso rispetto a quello posto dalla convenzione O.I.L. 28 giugno 1958 n. 111 (23). A differenza della norma comunitaria, la conv. n. 111 non vieta la differenziazione del trattamento dei lavoratori in base alla loro appartenenza nazionale (ad esempio: il divieto di accesso al mercato del lavoro interno di uno Stato per i lavoratori che non ne abbiano la cittadinanza), bensì soltanto la differenziazione basata sull'*origine* nazionale fra lavoratori che abbiano avuto regolarmente accesso al mercato del lavoro interno: essa vieta cioè, precisamente, ogni « distinzione, esclusione o preferenza fondata » (oltre che sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica, l'origine sociale: v. § 167) « sulla *discendenza nazionale* » del lavoratore, la quale abbia l'effetto « di negare o di alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia di impiego o di professione ». Il divieto delle discriminazioni ai danni degli stranieri è meglio precisato nella convenzione O.I.L. n. 143 del 1975 (24), la cui prima parte vincola gli Stati aderenti a combattere le migrazioni clandestine, assicurando però ai lavoratori stranieri che abbiano prestato lavoro in condizioni irregolari una retribuzione corrispondente agli standard applicati normalmente agli altri lavoratori (art. 9); nella seconda parte è invece sancito l'obbligo per ciascuno Stato aderente di « promuovere e garantire la parità di opportunità e di trattamento » in favore dei lavoratori stranieri, stabilendo quindi un divieto di discriminazione per ragione di provenienza o appartenenza nazionale, a condizione che i lavoratori in questione si trovino sul suo territorio *legalmente* (artt. 10 e 12 lett. g): lo Stato stesso è dunque lasciato libero di

determinare modi e requisiti per l'accesso legittimo del lavoratore straniero secondo criteri più o meno restrittivi (25). Mentre, dunque, le fonti comunitarie garantiscono ormai al cittadino di qualsiasi Stato membro, su tutto il territorio dell'Unione, una libertà di circolazione e di accesso ai mercati del lavoro nazionali pressoché totale e incondizionata, le convenzioni internazionali non assicurano invece una analoga libertà al cittadino di uno Stato estraneo all'Unione e all'apolide, bensì soltanto una tutela contro la discriminazione, la cui applicabilità è condizionata alla regolarità dell'accesso al mercato del lavoro interno.

Nell'ordinamento comunitario la materia dell'immigrazione da Stati terzi è ora regolata dal Trattato di Amsterdam, che attribuisce al Consiglio il potere di adottare in proposito, per un verso, misure finalizzate a garantire la libertà di circolazione all'interno del territorio dell'Unione, per altro verso misure riguardanti le condizioni di ingresso e di soggiorno, i controlli alle frontiere esterne e le procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno, compresi quelli rilasciati a scopo di ricongiungimento familiare (artt. 73i e 73j, ora artt. 61 e 62 nel testo unico consolidato del trattato) (26).

24. Disciplina dell'accesso al lavoro e tutela antidiscriminatoria dell'extra-comunitario nel nostro ordinamento interno. — La materia è oggi disciplinata nell'ordinamento italiano dalla legge 6 marzo 1998 n. 40 («disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero») (27), che demanda al Governo nazionale di stabilire, per mezzo di un apposito programma triennale, «i criteri generali per la definizione dei flussi di ingresso nel territorio dello Stato». In attuazione del programma, il Presidente del Consiglio stabilisce con decreto «le quote massime di stranieri da ammettere nel territorio dello Stato, per lavoro subordinato ... e per lavoro autonomo» (art. 3) (28) e le parti di tali quote eventualmente riservate a determinati Stati stranieri sulla base di appositi accordi.

Per l'ingresso legittimo del lavoratore straniero intenzionato a svolgere lavoro subordinato nel territorio italiano, la legge prevede due possibilità: l'ingresso in funzione dell'assunzione immediata alle dipendenze di un datore di lavoro, oppure l'ingresso in funzione della ricerca di un posto di lavoro.

Nel primo caso, il datore di lavoro che operi legittimamente in Italia, interessato ad assumere un lavoratore straniero, deve presentare richiesta della relativa autorizzazione all'Ufficio del lavoro competente per territorio, documentando le modalità della sistemazione abitativa offerta allo straniero e impegnandosi a praticargli condizioni contrattuali «non inferiori a quelle stabilite dai contratti collettivi nazionali di lavoro applicabili». L'Ufficio del lavoro locale «rilascia l'autorizzazione, nel rispetto dei limiti numerici, quantitativi e qualitativi» stabiliti nel decreto di cui si è detto.

L'autorizzazione del ministero del lavoro consente al lavoratore straniero di ottenere, presso l'ambasciata italiana del suo Paese, il permesso di soggiorno, senza il quale il contratto non può essere validamente stipulato (art. 20) (29).

Nel secondo caso, invece, per poter ottenere il permesso di soggiorno il lavoratore straniero deve essere — per così dire — sponsorizzato da un cittadino italiano o comunitario, oppure da uno straniero residente in Italia legittimamente, che dimostri di potergli effettivamente assicurare «alloggio, copertura dei costi per il sostentamento e assistenza sanitaria per la durata del permesso di soggiorno». L'autorizzazione all'ingresso (detta «visto di ingresso per inserimento nel mercato del lavoro») viene quindi concessa «nell'ambito delle quote stabilite e secondo le modalità indicate nei decreti di attuazione del documento programmatico», di cui si è detto. Sono ammessi a prestare garanzia per l'accesso di lavoratori stranieri al mercato del lavoro anche Regioni ed enti locali, associazioni professionali e sindacali, associazioni del volontariato operanti nel settore dell'immigrazione da almeno tre anni (art. 21).

Lo straniero che intenda invece svolgere in Italia, in modo non occasionale, una attività di lavoro autonomo, deve sbrigarsela da solo: quando egli possa «dimostrare di disporre di risorse adeguate per l'esercizio dell'attività che intende intraprendere ... di essere in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana per l'esercizio [dell'attività stessa], compresi, ove richiesti, i requisiti per l'iscrizione in albi e registri ... di disporre di idonea sistemazione alloggiativa e di un reddito annuo proveniente da fonti lecite, di importo superiore al livello minimo previsto dalla legge per l'esenzione dalla partecipazione alla spesa sanitaria o di corrispondente garanzia da parte di enti o cittadini ...» egli ha titolo per ottenere dall'ambasciata italiana nel proprio Paese il «visto di ingresso per lavoro autonomo», che tuttavia potrà essere rilasciato, come è ovvio, soltanto nel rispetto delle quote fissate dal decreto del Presidente del Consiglio delle quali si è detto sopra (art. 24) (30).

Norme speciali sono dettate per agevolare l'accesso dei lavoratori stagionali (art. 22), dei dirigenti o lavoratori altamente specializzati, dei professori e lettori universitari, dei traduttori e interpreti, dei collaboratori domestici al seguito di persone che si trasferiscono legittimamente in Italia, del personale artistico, dei giornalisti e di alcune altre categorie minori di lavoratori (art. 25).

Quando il cittadino straniero abbia superato legittimamente l'ostacolo dell'ottenimento del permesso di soggiorno per lavoro, la sua condizione diventa in tutto e per tutto pari a quella del cittadino italiano o di altro Paese comunitario: egli vi ha diritto nei confronti dello Stato in virtù della convenzione O.I.L. n. 143/1975, che come si è visto vincola l'Italia a «promuovere e garantire» la parità di trattamento nei confronti degli stranieri che si trovino sul suo territorio legittimamente; e vi ha diritto nei confronti di qualsiasi altro soggetto, pubblico o privato, in virtù degli artt. 41 e 42 della legge n. 40/1998 (31). Più specificamente, l'art. 41, 2° c., lett. e, vieta «qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza a una razza, a un gruppo etnico o linguistico, a una confessione religiosa, a una cittadinanza»; e precisa che «costituisce

discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti a una determinata razza, a un determinato gruppo etnico o linguistico, a una determinata confessione religiosa o a una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa». Il contenuto della norma ricalca sostanzialmente quello della legge n. 125/1991 — e in particolare, ivi, dell'art. 4 — in tema di discriminazioni fra lavoratori e lavoratrici (rinvio pertanto alla trattazione che ne verrà proposta nei §§ 170-174).

Ancora in aderenza allo schema già sperimentato (senza, peraltro, esiti pratici brillanti) con la legge n. 125/1991, il divieto di discriminazione contro lo straniero è perfezionato da una disposizione riguardante l'assolvimento dell'onere probatorio da parte del lavoratore che agisca in giudizio contro la discriminazione: « Il ricorrente, al fine di dimostrare la sussistenza a proprio danno del comportamento discriminatorio in ragione della razza, del gruppo etnico o linguistico, della provenienza geografica, della confessione religiosa o della cittadinanza può dedurre elementi di fatto anche a carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata. Il giudice valuta i fatti dedotti nei limiti di cui all'art. 2729, primo comma, del codice civile » (L. n. 40/1998, art. 42, 9° c.). Seguono altre disposizioni processuali — del tutto analoghe anch'esse a quelle che regolano il procedimento di repressione delle discriminazioni per motivi inerenti al sesso del lavoratore — che mirano a rendere particolarmente incisiva la tutela giudiziale dello straniero.

Per i motivi già esposti nelle pagine che precedono (§ 22), sembra preferibile la tesi secondo cui il divieto delle discriminazioni basate sulla nazionalità del lavoratore debba intendersi riferito, anche in questo caso, a qualsiasi atto negoziale unilaterale o comportamento del datore di lavoro volto a ostacolare o penalizzare l'accesso o la permanenza nell'azienda del lavoratore straniero in quanto tale; ma non alla eventuale pattuizione fra le due parti di condizioni di lavoro difformi rispetto agli standard generalmente applicati nell'azienda stessa o nel settore. Tale pattuizione con il lavoratore straniero può, beninteso, essere vietata, così come essa lo è oggi nel nostro ordinamento dall'art. 8, c. 3°, della legge 30 dicembre 1986 n. 943; ma l'illegittimità non consegue al divieto di discriminazione, bensì ad altri principi o regole e in risposta ad altre esigenze. Se si guarda alla sostanza economica della questione, l'inderogabilità *in pejus* degli standard collettivi opera qui principalmente in funzione di difesa dei lavoratori italiani e comunitari contro la concorrenza degli extra-comunitari: basti, per convincersene, considerare l'ipotesi di un'associazione sindacale che unisse il grande esercito degli extra-comunitari aspiranti a inserirsi nel nostro tessuto produttivo e chiedersi quali standard minimi quell'associazione sarebbe disposta a negoziare pur di ottenere un lavoro regolare per i propri iscritti (32).

L'art. 46 della legge n. 40/1998, che sostituisce e abroga l'art. 12 della precedente legge n. 943/1986, punisce come reato non più l'attività di chi occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi dell'*autorizzazione al lavoro*, ma quella di chi occupa alle proprie dipendenze lavoratori privi di *permesso di soggiorno* o con permesso scaduto (33).

25. La libertà di espatrio del lavoratore italiano e la tutela del lavoro italiano all'estero. — La possibilità per il cittadino italiano di recarsi a lavorare all'estero non è garantita soltanto dal principio di libera circolazione posto dall'ordinamento comunitario (§ 21), bensì anche dal 2° comma dell'art. 16 Cost., che assicura la libertà di espatrio verso qualsiasi Paese straniero: « Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge ».

Quando il contratto di lavoro venga stipulato da un'impresa italiana con un lavoratore italiano nel Paese straniero, le parti possono scegliere tra l'applicazione della legislazione italiana e l'applicazione di quella del Paese dove la prestazione abitualmente si svolge; in difetto di scelta delle parti, si applica la legge del luogo dove si svolge abitualmente la prestazione lavorativa, oppure quella italiana (in quanto in Italia abbia sede l'impresa datrice di lavoro) qualora la prestazione, essendo mobile, non si svolga abitualmente in un determinato Paese straniero (Convenzione comunitaria europea 19 giugno 1980, resa esecutiva con la legge 18 dicembre 1984 n. 975, art. 3 (34); L. 31 maggio 1995 n. 218, recante la « riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato », art. 57) (35).

Tuttavia, nell'eventuale controversia di cui sia investito il giudice italiano, l'applicazione della legislazione straniera trova un limite nell'ordine pubblico di diritto internazionale privato italiano: questo deve essere inteso non come insieme di tutte le norme italiane che disciplinano inderogabilmente la materia, bensì soltanto come insieme dei principi etici fondamentali e imprescindibili del nostro ordinamento (36). Mentre possono sicuramente ricomprendersi tra le norme di ordine pubblico internazionale le garanzie di libertà e dignità del lavoratore, i divieti di discriminazione, la tutela essenziale della sicurezza del lavoro, devono invece — secondo la migliore dottrina e l'orientamento giurisprudenziale a mio avviso preferibile (ma non mancano sentenze in senso contrario) — esserne escluse le norme relative all'estensione e collocazione temporale della prestazione lavorativa (salvi i limiti massimi sanciti da trattati e convenzioni internazionali a protezione della salute del lavoratore), alla collocazione del riposo settimanale e alle festività, alle modalità di distribuzione e corresponsione della retribuzione (37), nonché quelle relative alla tutela della stabilità del rapporto (38). In riferimento a queste ultime va osservato, in particolare, che esse, non avendo applicazione universale neppure sul nostro territorio nazionale, non possono evidentemente essere considerate come espressione essenziale di principi etici fondamentali e imprescindibili del nostro ordinamento.

L'esperienza pratica consiglia, in questa materia, più che la ricerca di regole di applicazione generale, l'attenta valutazione caso per caso del contesto socio-giuridico del Paese straniero in cui il rapporto di lavoro si svolge e la cura nell'evitare che un'applicazione distorta del principio di ordine pubblico internazionale porti a un'indebita sovrapposizione o duplicazione di tutele (39).

La giurisprudenza è prevalentemente orientata nel senso della non applicabilità del contratto collettivo italiano ai rapporti tra datore e prestatore di lavoro italiani all'estero, salva diversa disposizione contrattuale collettiva o individuale (40).

Con tutti i Paesi stranieri verso i quali si registrano o si sono registrati in passato ingenti flussi migratori di nostri lavoratori l'Italia ha stipulato convenzioni volte ad assicurare e disciplinare opportunamente la tutela previdenziale dei lavoratori stessi e in particolare la ricongiungibilità della posizione contributiva maturata presso l'Assicurazione generale obbligatoria nazionale con quella maturata all'estero. Le stesse convenzioni disciplinano anche, in vario modo, il regime previdenziale applicabile nel caso di trasferimento o missione nel Paese straniero del lavoratore italiano già dipendente da impresa italiana. Per il caso in cui invece il trasferimento o missione comporti lo svolgimento di lavoro in un Paese con il quale non sia stata stipulata alcuna convenzione, il D.L. 3 luglio 1987 n. 317 dispone che continui ad applicarsi il regime assicurativo obbligatorio italiano, facendosi riferimento a retribuzioni convenzionali stabilite annualmente con decreto ministeriale (41).

26. La disciplina comunitaria dell'utilizzazione transnazionale dei lavoratori (direttiva 16 dicembre 1996 n. 71). — Il caso dell'invio di lavoratori nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea da parte di un'impresa stabilita in un altro Stato membro per una prestazione di servizi a carattere transnazionale (con esclusione del personale navigante della marina mercantile) è disciplinato dalla direttiva 16 dicembre 1996 n. 71, che distingue a questo proposito tre ipotesi:

— il puro e semplice invio all'estero di un lavoratore che continua a prestare il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione dell'impresa inviante (art. 1, 3° c., lett. a);

— il « distacco » del lavoratore presso uno stabilimento o impresa appartenente allo stesso gruppo societario dell'impresa inviante (lett. b) (42);

— la fornitura temporanea della prestazione lavorativa da parte di un'agenzia specializzata (§ 29) o di un'impresa non specializzata in tale fornitura (lett. c).

La direttiva prevede (art. 3) che in questi casi gli Stati membri — quale che sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro — assicurino ai lavoratori inviati nel loro territorio il rispetto delle condizioni di lavoro generalmente applicate nel territorio stesso per effetto di norme di legge o contratti di lavoro con efficacia *erga omnes*, in materia di estensione temporale massima della prestazione nell'unità di tempo, riposo minimo giornaliero, settimanale e annuale, retribuzione minima per il lavoro ordinario e per quello straordinario (nella quale non devono però considerarsi compresi i contributi per i trattamenti pensionistici integrativi) (43), condizioni a cui sia subordinata la cessione temporanea di lavoratori da un'impresa a un'altra, sicurezza, salute e igiene del luogo di lavoro, protezione delle lavoratrici madri e del lavoro minorile, divieti di discriminazione fra uomini e donne (44).

L'applicazione, per queste materie, degli standard di trattamento minimi previsti dalla legislazione dello Stato in cui il lavoro viene svolto implica che l'applicazione stessa sia limitata ai rapporti di lavoro protetti da quella legislazione: in tal senso dispone esplicitamente il secondo comma dell'art. 2 della direttiva; può dunque accadere che un lavoratore non protetto nell'ordinamento dello Stato di provenienza debba — in forza della direttiva — essere assoggettato a protezione nel Paese di destinazione, secondo gli standard generali stabiliti dalla normativa colà vigente.

La direttiva pone dunque, nel settore dei servizi che devono essere prestati *in loco*, una rilevante limitazione alla possibilità per le imprese comunitarie di far valere nella concorrenza transnazionale vantaggi competitivi eventualmente derivanti dagli standard più bassi di trattamento dei lavoratori imposti dalle rispettive legislazioni nazionali.

Sezione II

La mediazione fra domanda e offerta di lavoro

Sommario: 27. Il servizio pubblico dopo la fine del regime di monopolio. — 28. Disciplina delle agenzie di collocamento private. — 29. Funzione specifica nel mercato e disciplina delle agenzie fornitrici di lavoro temporaneo.

27. Il servizio pubblico dopo la fine del regime di monopolio. — In tutti i mercati il ruolo del mediatore — quasi sempre privato — è generalmente considerato economicamente utile, se non indispensabile, e socialmente positivo. Nel mercato del lavoro, invece, per secoli l'idea stessa di mediazione fra domanda e offerta esercitata da privati è stata

indissolubilmente legata a figure spregevoli: da quella antica del mercante di schiavi a quella più moderna del faccendiere che spilla denaro dal disoccupato facendo leva sul suo bisogno di lavoro; da quella del « caporale » che sfrutta parassitariamente il lavoro dei braccianti agricoli nel nostro Mezzogiorno a quella del « capo-cottimo » che fa sostanzialmente lo stesso ai danni della propria squadra di manovali nel cantiere edile. Ciò che ripugna nell'idea di mediazione privata nel mercato del lavoro è che qualcuno possa speculare sullo stato di bisogno della parte più debole della popolazione. È questo il motivo per cui l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, dopo aver promosso nel 1948 una convenzione (n. 88) che vincolava gli Stati aderenti a dare vita a servizi pubblici di collocamento efficienti e gratuiti per i lavoratori, ne promosse un'altra nel 1949 (n. 96), entrata in vigore nel 1951, che indicava esplicitamente come regime ideale quello nel quale fosse vietato l'esercizio della mediazione a fini di lucro nel mercato del lavoro, incoraggiando conseguentemente l'adozione di tale regime. Ed è anche in coerenza con il contenuto di queste convenzioni che, dopo un'analoga esperienza dell'epoca corporativa (R.D. 21 dicembre 1938 n. 1934), è stato reistituito nel nostro ordinamento un regime di monopolio statale dei servizi di collocamento (l. 29 aprile 1949 n. 264), destinato a rimanere in vigore per quasi mezzo secolo (45).

Affidato agli uffici provinciali del lavoro, organi periferici del ministero centrale, il collocamento statale avrebbe dovuto svolgere al tempo stesso una funzione di servizio all'incontro fra domanda e offerta di lavoro e una funzione burocratica di selezione dei lavoratori da avviare al lavoro secondo apposite graduatorie (cosiddetto « avviamento al lavoro su richiesta numerica » da parte del datore), oppure, nei casi circoscritti in cui la legge ammetteva la libera scelta reciproca fra datore e prestatore, una funzione di controllo preventivo di legittimità del contratto (cosiddetto « nulla-osta per l'assunzione nominativa », consentita di regola soltanto per gli impiegati di concetto e gli operai assunti con particolari qualifiche specialistiche); l'« assunzione diretta » del lavoratore, cioè la stipulazione del contratto senza preventivo nulla-osta dell'Ufficio del lavoro, era ammessa soltanto per i dirigenti, i collaboratori domestici e i parenti stretti del datore di lavoro.

Senonché pretendere di combinare una funzione burocratica di controllo e di selezione secondo graduatorie con una funzione di servizio all'incontro effettivo fra domanda e offerta nel mercato del lavoro è come pretendere di mettere insieme il diavolo e l'acqua santa: di fatto, nel suo mezzo secolo di vita il collocamento pubblico istituito dalla legge del 1949 si è sempre caratterizzato per un livello infimo di efficienza sia sul piano burocratico, sia su quello del servizio all'incontro fra domanda e offerta (46), non migliorato né dalla riforma del 1970 (artt. 33 e 34 dello Statuto dei lavoratori), indirizzata nel senso di un irrigidimento del vincolo dell'avviamento su richiesta numerica e dell'estensione della sua area di applicazione, né dalla modifica della struttura amministrativa, disposta con la l. 28 febbraio 1987 n. 56 (47).

Con la stessa legge del 1987, nel tentativo di aumentare l'efficienza degli uffici di collocamento come fornitori di un servizio di mediazione nel mercato, è stato avviato un processo di riduzione dei vincoli procedurali e dei contenuti burocratici della funzione affidata agli uffici stessi, che pure continuavano a operare in regime di monopolio. Nonostante una sentenza della Corte costituzionale — invero assai discutibile, comunque priva di alcun seguito nella giurisprudenza della stessa Corte — nella cui motivazione si sosteneva la tesi dell'incostituzionalità dell'ipotetica abrogazione del vincolo dell'avviamento su richiesta numerica (48), tale vincolo è stato progressivamente depotenziato fino alla sua eliminazione totale (art. 25 della L. n. 223/1991), seguita dalla eliminazione anche del vincolo della richiesta preventiva del nulla-osta per l'assunzione, con conseguente generalizzazione della possibilità di assunzione diretta (art. 9-bis della L. n. 608/1996, che ha convertito l'ultimo di una serie ininterrotta di decreti-legge emanati in precedenza) (49). Questo processo di riduzione dei vincoli non ha, però, portato a un apprezzabile miglioramento dell'efficienza del collocamento statale come servizio di mediazione nel mercato, perché struttura, personale, attrezzature materiali, mentalità e metodi di lavoro sono rimasti per la maggior parte invariati rispetto all'epoca del regime fortemente vincolistico. Anche dopo il definitivo tramonto di quel regime, dunque, gli incontri fra domanda e offerta di lavoro hanno continuato ad avvenire attraverso canali diversi dall'unico teoricamente consentito (soprattutto attraverso reti parentali (50) o amicali, inserzioni sui giornali e agenzie private più o meno clandestine) in più del 95% dei casi e comunque in tutti i casi in cui la prestazione oggetto del contratto fosse di livello professionale appena superiore al minimo (51).

In questo contesto è maturata, sul piano del diritto comunitario, la sentenza della Corte di Giustizia del 1997 che, in diretto riferimento al caso italiano, ha affermato l'illegittimità del divieto di servizi di collocamento privati, quando il servizio pubblico gestito in regime di monopolio sia manifestamente inefficiente (52). Contemporaneamente, sul piano internazionale, è maturata la decisione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro di sostituire la convenzione n. 96/1949 (di cui si è detto sopra in questo paragrafo) con la nuova convenzione n. 181/1997 (53), che volta pagina in modo deciso rispetto a mezzo secolo di diffidenza, se non di vera e propria ostilità, nei confronti dei servizi al mercato del lavoro gestiti da privati.

Con questa svolta l'O.I.L. ha preso atto di un dato evidente e ormai da tempo pacificamente riconosciuto da tutti gli osservatori qualificati: in una società economicamente avanzata il mercato del lavoro costituisce una realtà estremamente complessa, nella quale, da un lato, si esprime una domanda sempre più attenta alle particolari attitudini professionali richieste da ciascun reparto produttivo e addirittura da ciascuno specifico posto di lavoro, domanda sempre più condizionata dalle esigenze connesse con le nuove tecnologie e dalle nuove sofisticate tecniche di gestione e coinvolgimento motivazionale dei lavoratori; dal lato opposto si esprime un'offerta sempre più variegata, eterogenea e individualizzata, condizionata da aspirazioni e programmi personali sempre più differenziati circa l'ambiente di lavoro ideale e le modalità di intreccio fra tempo libero e tempo di lavoro. L'immagine del formicaio è forse quella

che meglio può rendere l'idea dell'offerta di manodopera in un mercato moderno: un immenso formicaio, nel quale decine di milioni di individui sono ciascuno alla ricerca della propria occupazione ideale, ciascuno con esigenze, aspirazioni e attitudini sue peculiari; e dall'altra parte milioni di potenziali datori di lavoro, con aziende dislocate in centinaia di migliaia di luoghi diversi, ciascuno con il proprio peculiare progetto di organizzazione aziendale, con le proprie esigenze tecnico-produttive in continua evoluzione. Tra i primi e i secondi è tutto un brulicare di contatti, di messaggi, di ricerche reciproche, che possono — certo — trarre vantaggio da un grande punto di riferimento centrale, quale può essere un servizio nazionale per l'impiego efficiente, ma necessitano per lo più di canali specializzati e di luoghi di incontro profondamente differenziati. Così stando le cose, è ben comprensibile come nessun ufficio pubblico, per quanto bene attrezzato, per quanto servito da personale ben preparato e aggiornato su tutte le tendenze più recenti del mercato e le più recenti innovazioni tecnologiche, possa pretendere di costituire l'unico canale efficace di incontro fra l'intero variegatissimo universo della domanda e l'immenso formicaio dell'offerta.

Preso atto di questa realtà (54), la convenzione O.I.L. n. 181/1997 prevede, in sostanza, l'instaurazione negli Stati che la ratificano di un regime di cooperazione e concorrenza fra operatori pubblici e privati, nel quale tutti i servizi (tranne alcune eccezioni ben delimitate) siano obbligatoriamente gratuiti per i lavoratori e il discrimine fra lecito e illecito, non più collocato sulla linea di confine fra pubblico e privato, coincida invece con la distinzione fra chi opera per il mercato regolare in modo trasparente e visibile, rendendo immediatamente conoscibili le informazioni su domanda e offerta, e chi no.

L'ordinamento italiano si è adeguato alla pronuncia della Corte di Giustizia di cui si è detto e al nuovo orientamento dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro con l'emanazione del D.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469, col quale è stato abrogato il regime di monopolio statale ed è stata disciplinata l'attività di mediazione fra domanda e offerta di lavoro svolta da imprese o « enti non commerciali » (v. in proposito il paragrafo seguente).

Con lo stesso provvedimento legislativo è stata anche riformata la struttura del servizio di collocamento pubblico, all'insegna di un decentramento amministrativo apparentemente incisivo: il decreto ha conservato all'amministrazione statale, in materia di collocamento, soltanto « un ruolo generale di indirizzo, promozione e coordinamento », la gestione di una rete informatica alla quale tutti i servizi pubblici o privati di mediazione fra domanda e offerta di lavoro sono ora obbligati a collegarsi (Sistema informativo lavoro - S.I.L.), nonché le funzioni di raccordo con gli organismi internazionali e di coordinamento dei rapporti con l'Unione europea. Per il resto il decreto ha formalmente soppresso tutti gli uffici e gli organismi collegiali istituiti in precedenza per il collocamento nell'ambito del ministero del lavoro e delle sue strutture periferiche, ha conferito alle Regioni e alle Province tutte le funzioni relative al servizio di collocamento pubblico (ivi compreso quello relativo al settore agricolo e a quello dello spettacolo) e alle politiche attive del lavoro e ha disposto il trasferimento ad esse della maggior parte del personale appartenente ai ruoli del ministero del lavoro in servizio presso gli uffici regionali o provinciali del lavoro (55).

Alle Regioni è ora affidato anche il compito di disciplinare con proprie leggi il funzionamento del servizio, salvo il rispetto di alcuni principi generali (di non discriminazione e gratuità) (56) e di alcuni elementi strutturali fissati dal decreto. Questi elementi, per la verità, ricalcano molto da vicino la vecchia struttura ministeriale (con i suoi uffici regionali, provinciali e circoscrizionali, le sue commissioni paritetiche di pari livello, le sue « agenzie regionali per l'impiego » con funzioni di assistenza tecnica e « monitoraggio » delle politiche attive del lavoro), alimentando il sospetto che, rispetto all'esigenza di un vero decentramento legislativo e amministrativo foriero di una feconda molteplicità di sperimentazioni, si sia privilegiata l'esigenza di evitare traumi al personale addetto, assicurando una sostanziale continuità nelle modalità di svolgimento della sua attività. Donde il forte rischio — mi auguro di essere cattivo profeta — che, *mutato nomine*, ben poco sia destinato a cambiare nel servizio di collocamento pubblico.

28. Disciplina delle agenzie di collocamento private. — Al superamento del regime di monopolio statale del servizio di collocamento ha portato — come si è detto — per un verso la constatazione dell'impossibilità strutturale che l'incontro fra domanda e offerta in questo campo avvenisse per intero attraverso un unico canale, caratterizzato per giunta dalla rigidità operativa propria delle amministrazioni pubbliche (impossibilità che, come si è visto, nell'ordinamento comunitario è causa addirittura di illegittimità del regime di monopolio); per altro verso la constatazione del proliferare, nonostante il divieto legale, di una miriade di organizzazioni svolgenti di fatto, in forma più o meno clandestina, con o senza fini di lucro, un'attività di mediazione fra domanda e offerta: col risultato di una commistione tra iniziative sostanzialmente oneste e iniziative ispirate a intenti fraudolenti, vere e proprie « trappole » tese ai danni delle persone più sprovvedute e inesperte. Questo dunque è il programma della riforma delineato dalla convenzione O.I.L. n. 181/1997, all'insegna della « concorrenza e cooperazione » fra servizi pubblici e privati nel mercato del lavoro (57), cui il D.lgs. n. 469/1997 ha inteso dare attuazione nel nostro ordinamento: legalizzare l'attività di mediazione svolta nel mercato del lavoro da soggetti privati professionalmente idonei, facilmente individuabili e controllabili; imporre la gratuità del servizio per i lavoratori che se ne avvalgono e l'addossamento per intero del suo costo ai datori di lavoro, sul presupposto che questi ultimi sono, in genere, assai più esperti del mercato e quindi capaci di discernere l'agenzia efficiente e seria da quella inefficiente o truffaldina; infine imporre un vincolo di collegamento in rete fra tutti i servizi di mediazione, pubblici e privati, con obbligo per tutti di comunicare per mezzo della rete stessa tutti i dati disponibili su domanda e offerta, per rendere visibili « in tempo reale » i flussi di manodopera. Emerge così

il principio della trasparenza come cardine del nuovo ordinamento del mercato del lavoro (58) e chiave interpretativa dell'intero sistema fondato sulla concorrenza e cooperazione fra servizi pubblici e privati.

E' essenzialmente in funzione di questo principio che, contestualmente all'abrogazione del regime di monopolio statale, il decreto del 1997 ha stabilito innanzitutto la necessita' di autorizzazione preventiva per l'attivazione delle agenzie private di mediazione fra domanda e offerta di lavoro (art. 10). Nonostante il decentramento a Regioni e Province del servizio pubblico (§ 27), il procedimento di autorizzazione e' riservato alla competenza del ministero del lavoro: disposizione nella quale si manifesta la preoccupazione di possibili collusioni su questo terreno fra amministratori regionali e persone di malaffare. Requisiti necessari per l'autorizzazione sono: che l'attivita' sia svolta da imprese o gruppi di imprese costituite in forma di societa' per azioni o di societa' cooperativa con capitale non inferiore a 200 milioni di lire, oppure da « enti non commerciali » con patrimonio non inferiore alla stessa entita' (il requisito della dimensione minima e' funzionale al piu' agevole controllo sull'attivita' delle agenzie, operino esse a fini di lucro o no); che il soggetto interessato all'autorizzazione disponga di uffici idonei, nonche' di amministratori, dirigenti e personale dotati di adeguata preparazione professionale; che l'attivita' di mediazione fra domanda e offerta di lavoro costituisca per statuto oggetto esclusivo dell'attivita' sociale (anche questo al fine di garantirne la professionalita' e la massima trasparenza e visibilita', che potrebbero essere compromesse dalla commistione del servizio di collocamento con altre attivita', industriali, commerciali o di servizio; ma avrebbero dovuto essere previste le opportune eccezioni in riferimento all'attivita' di collocamento svolta da scuole, universita', centri di formazione professionale, agenzie specializzate nella fornitura di lavoro temporaneo: v. § 29).

Il decreto stabilisce inoltre (art. 10, 10° comma) la regola della gratuitita' del servizio di mediazione per i lavoratori (59), omettendo invece qualsiasi intervento regolatorio per cio' che riguarda il corrispettivo posto a carico dei datori di lavoro.

Esso impone infine (art. 10, 6° c., lett. a; art. 11) a tutte le agenzie l'obbligo di collegarsi permanentemente con la rete gestita dal ministero (S.I.L.: v. paragrafo precedente), immettendo in essa tutti i dati relativi a domande e offerte di lavoro, ovviamente con modalita' che non compromettano, da un lato, la riservatezza dei lavoratori interessati, dall'altro la necessita' pratica di rivolgersi all'agenzia per ottenere il contatto con i soggetti che ad essa si sono rivolti: senza di che la redditivita' dell'agenzia stessa sarebbe evidentemente pregiudicata (sta di fatto, comunque, che, a puu' di due anni dalla sua istituzione, del S.I.L. non si vede ancora alcuna traccia; onde il relativo obbligo di collegamento a carico delle agenzie private e' tuttora quiescente).

Cio' di cui il nostro legislatore non sembra avere tenuto adeguatamente conto e' la funzione essenziale che in qualsiasi mercato del lavoro svolgono numerosissimi canali di incontro fra domanda e offerta, informali ma a carattere permanente: si pensi ad esempio ai veri e propri servizi di collocamento che sotto diverse denominazioni numerose scuole e universita' gestiscono per i propri diplomati o laureati, o a quelli gestiti da associazioni di volontari o di altro genere per i propri iscritti o assistiti. Tutti questi servizi, che pure svolgono una funzione utilissima (e ancor piu' e meglio potrebbero svolgerla se fossero legittimati a farsi apertamente pubblicita' nel mercato e a collegarsi in rete con gli altri servizi), continuano, anche dopo la riforma, a essere condannati all'illegalita', per difetto del requisito dell'esclusivita', o del requisito dimensionale dell'organizzazione che li gestisce. I rischi derivanti per i lavoratori dalla soppressione di questi due requisiti sono presumibilmente di gran lunga inferiori ai vantaggi che ne deriverebbero per loro, consistenti nell'arricchimento e nel potenziamento della rete dei servizi di mediazione operanti alla luce del sole nel mercato del lavoro.

29. Funzione specifica nel mercato e disciplina delle agenzie fornitrici di lavoro temporaneo. — Tra le attivita' di mediazione fra domanda e offerta di lavoro puo' ricomprendersi, almeno dal punto di vista della sostanza pre-giuridica del fenomeno, anche l'attivita' svolta dall'agenzia che non si limita a porre in contatto fra loro il prestatore e l'utilizzatore della prestazione, ma si spinge a ingaggiare il prestatore e a porlo a disposizione dell'utilizzatore per il periodo di tempo durante il quale questi vi e' interessato (60).

Nel nostro ordinamento questa attivita' di fornitura di mere prestazioni di manodopera, in quanto svolta da soggetti privati, avrebbe dunque potuto considerarsi gia' vietata per effetto della legge n. 264/1949 istitutiva del monopolio statale del collocamento (§ 27), in quanto attivita' (anche) di *mediazione* fra domanda e offerta. Essa venne comunque poi ulteriormente e piu' specificamente vietata dall'art. 1 della legge n. 1369/1960, col quale venne posta fuori legge ogni forma di *interposizione* fra prestatore di lavoro e utilizzatore diretto della prestazione (v. in proposito §§ 122-125). La possibilita' di svolgimento legittimo di questa attivita', in esito a un decennio di accesi dibattiti in sede politico-sindacale come in sede dottrinale, e' stata recentemente introdotta anche nel nostro ordinamento — come gia' in tutti gli altri Paesi della Comunita' europea, tranne la Grecia (61) — con qualche mese di anticipo rispetto all'abrogazione generale del regime di monopolio statale dei servizi di collocamento: la legge 24 giugno 1997 n. 196 (artt. 1-11) ha espressamente previsto e disciplinato il « contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo », limitando pero' rigorosamente il novero dei soggetti — « agenzie » — abilitati a stipularlo in veste di fornitori. L'attivita' di questi soggetti assume dunque un duplice rilievo, nell'ordinamento giuslavoristico: essi possono essere considerati come titolari di un contratto di lavoro speciale, che ha per oggetto una prestazione destinata a essere utilizzata direttamente da un terzo (materia, questa, che sara' oggetto di specifica trattazione a suo luogo: §§ 139-144), ma possono essere

considerati al tempo stesso come fornitori di un servizio speciale nel mercato del lavoro, tendente in particolare ad agevolare l'incontro fra domanda e offerta di lavoro temporaneo (ed è l'aspetto di quell'attività che interessa in questo capitolo). Tale possibile « funzione collocativa » dell'agenzia fornitrice di lavoro temporaneo è particolarmente sottolineata dal divieto, posto dalla nuova legge, dell'inserimento nel contratto di lavoro temporaneo fra l'agenzia e il lavoratore, o nel contratto di fornitura di lavoro temporaneo fra agenzia e impresa utilizzatrice, di qualsiasi pattuizione volta a impedire l'assunzione stabile del lavoratore presso quest'ultima, al termine del contratto di lavoro temporaneo (art. 1, c. 6°; art. 3, c. 6°).

Un mercato del lavoro temporaneo non solo esiste di fatto, nel nostro come in ogni altro Paese, ma è anche riconosciuto e disciplinato dall'ordinamento, come vedremo meglio trattando del contratto a termine. Il suo funzionamento è tuttavia pesantemente limitato da una peculiare difficoltà: l'impresa, nella maggior parte dei casi, ha interesse alla prestazione temporanea soltanto se questa è disponibile entro tempi brevi o brevissimi e senza complicazioni burocratiche (si pensi al caso tipico della necessità improvvisa di sostituire un lavoratore assentatosi per malattia). Per altro verso, la limitazione temporale della prestazione lavorativa necessaria fa sì che, se per il suo reperimento l'impresa deve sopportare costi elevati, questi si ripercuotano in modo eccessivo sul costo complessivo dell'operazione: così, ad esempio, il costo relativamente elevato di un'inserzione sul giornale e dei conseguenti colloqui con i candidati per l'assunzione di un impiegato è bene ammortizzato in un rapporto della durata di qualche anno, mentre è sproporzionato per l'ingaggio di una persona che verrà utilizzata soltanto per uno o due mesi, o anche meno. Qui si manifesta la concreta utilità del servizio offerto dalle agenzie specializzate per il funzionamento del lavoro temporaneo: esse soltanto, infatti, hanno l'attrezzatura tecnico-amministrativa e il *know-how* che consentono di soddisfare immediatamente o in tempi estremamente rapidi la richiesta di lavoro occasionale proveniente dalle imprese (ma anche da amministrazioni pubbliche, privati cittadini, convivenze, studi professionali), individuando subito la persona adatta tra i lavoratori disponibili, già ben conosciuti e sperimentati, riducendo al minimo i costi di tale individuazione ed eliminando per l'impresa utilizzatrice ogni adempimento burocratico-amministrativo altrimenti necessario per la costituzione del rapporto.

Sull'altro versante, l'agenzia offre ai lavoratori che se ne avvalgono non soltanto occasioni di lavoro e di corrispondente reddito che — per i motivi di cui si è detto sopra — andrebbero altrimenti perdute, ma anche la possibilità di dimensionare il proprio impegno lavorativo secondo eventuali loro esigenze temporanee particolari (si pensi allo studente che intende lavorare soltanto per il periodo libero dallo studio, o alla casalinga che ha necessità di una occasionale integrazione del reddito familiare ma che non intende abbandonare stabilmente il lavoro domestico); e più in generale — come mostrano numerose esperienze straniere (62) — costituisce un canale efficacissimo per il primo inserimento o il reinserimento nel tessuto produttivo di chi per qualsiasi motivo incontra difficoltà di accesso al lavoro stabile: per chi si trovi in tale situazione il lavoro temporaneo costituisce il modo migliore per farsi conoscere dal potenziale datore di lavoro stabile e per uscire dal circolo vizioso che condanna il disoccupato, col passare del tempo, a una sempre minore appetibilità nel mercato del lavoro.

Vero è che l'attività delle agenzie di fornitura di lavoro temporaneo, uscendo dallo schema tradizionale del lavoro stabile a tempo pieno e indeterminato, espone i lavoratori più forti, i già stabilmente occupati, a una nuova forma di concorrenza — per quel che riguarda le punte occasionali di lavoro — da parte dei disoccupati e dei giovani in cerca di prima occupazione; è dunque comprensibile la tradizionale ostilità delle organizzazioni sindacali nei confronti di questa forma di organizzazione del lavoro. Ma l'ordinamento non può attribuire a questo interesse della parte privilegiata della forza-lavoro una prevalenza assoluta rispetto all'interesse della parte più debole: esso, al contrario è costituzionalmente vincolato ad aiutare gli « ultimi della fila » a non restare sempre ultimi, a competere il più possibile ad armi pari con gli altri, i già occupati. Per questo aspetto l'attivazione dei servizi di fornitura di lavoro temporaneo costituisce un importante elemento di riequilibrio fra interessi degli *outsiders* e interessi degli *insiders* nel mercato del lavoro, non privo di una sua potenziale rilevanza costituzionale (63).

Come per la disciplina delle agenzie di collocamento (§ 28), anche per la disciplina delle agenzie di fornitura di lavoro temporaneo il principio che ha ispirato il recente intervento legislativo è soprattutto quello della trasparenza: la ragione d'essere che accomuna la maggior parte delle regole dettate dalla L. n. 196/1997 è la garanzia della visibilità dell'attività svolta dalle agenzie stesse e della sua suscettibilità di controllo amministrativo e sindacale effettivo.

Come per le agenzie private di collocamento, così anche per quelle che forniscono lavoro temporaneo la legge stabilisce la necessità di autorizzazione preventiva, il cui rilascio è di competenza del ministero del lavoro (art. 2).

Requisito necessario per l'autorizzazione è innanzitutto che l'attività sia svolta da un'impresa costituita in forma di società per azioni o di società cooperativa con capitale non inferiore a un miliardo di lire: la maggiore entità del capitale minimo rispetto a quanto previsto per la generalità delle agenzie di collocamento si spiega con la maggior cautela che circonda, nel nostro ordinamento, l'attività di fornitura di lavoro temporaneo e con l'intendimento del legislatore di assicurare una garanzia più consistente ai crediti dei lavoratori ingaggiati dall'agenzia; allo stesso fine la legge impone anche un deposito cauzionale non inferiore a 700 milioni di lire e comunque al 5% del fatturato dell'anno precedente. Il soggetto interessato all'autorizzazione deve inoltre disporre di uffici idonei, dislocati in almeno quattro regioni diverse, nonché di amministratori, dirigenti e personale dotato di adeguata preparazione professionale e rispondenti a precisi requisiti di serietà e buona condotta (64).

Come per l'attività di collocamento ordinario, anche per quella di fornitura di lavoro temporaneo la legge richiede che essa costituisca oggetto esclusivo dell'attività sociale; e la disposizione è interpretata dal ministero del lavoro nel senso di escludere che un'agenzia possa legittimamente svolgere al tempo stesso attività di collocamento ordinario e

attività di fornitura di lavoro temporaneo: interpretazione, questa, assai discutibile, poiché il divieto di svolgimento integrato delle due attività è incongruo rispetto alla ragion d'essere della disposizione, consistente nella garanzia di trasparenza, visibilità e professionalità dell'attività dell'agenzia; il divieto stesso appare, per altro verso, del tutto illogico, dal momento che — come si è visto all'inizio di questo paragrafo, l'attività dell'agenzia fornitrice di lavoro temporaneo è intrinsecamente anche un'attività di mediazione fra domanda e offerta di lavoro, e come tale è sempre stata considerata dal *Bureau International du Travail*.

La legge non stabilisce esplicitamente il divieto della richiesta, da parte dell'agenzia, di compensi a carico dei lavoratori che intendono avvalersi delle occasioni di occupazione da essa offerti (compensi che potrebbero assumere la forma di una «tassa» o «quota di iscrizione» a una lista di candidati alle eventuali future occasioni di lavoro). Deve tuttavia ritenersi applicabile anche in questo campo specifico — per gli stessi motivi ora indicati — il principio di gratuità per il lavoratore dell'attività di mediazione svolta dall'agenzia, stabilito dal 10° comma dell'art. 10 del D.lgs. n. 469/1997 (65).

In funzione del finanziamento delle necessarie iniziative di formazione professionale dei lavoratori che si rivolgono alle agenzie di fornitura di lavoro temporaneo, in maggioranza caratterizzati da particolare debolezza nel mercato, la legge (art. 5) impone alle agenzie stesse un contributo pari al 5% delle retribuzioni corrisposte ai lavoratori inviati in missione, destinato a un apposito fondo istituito presso il ministero del lavoro.

Della disciplina del contratto avente per oggetto la prestazione lavorativa temporanea fornita dall'agenzia al terzo utilizzatore tratteremo a suo luogo (§ 142).

Sezione III

L'orientamento e la formazione professionale

Sommario: 30. La mediazione fra domanda e offerta di servizi nel mercato del lavoro: l'orientamento scolastico e professionale. — 31. La formazione professionale. Ragion d'essere dell'intervento pubblico e affermazione del relativo principio negli ordinamenti nazionale, comunitario e internazionale. — 32. Funzione specifica del sistema pubblico della formazione professionale rispetto al sistema scolastico e tendenze dell'ordinamento. — 33. La formazione professionale come oggetto di un obbligo contrattuale dell'imprenditore. A) Contratti di inserimento in azienda senza retribuzione a fini di tirocinio formativo e orientamento (*stages*) e «borse-lavoro». — 34. *Segue. B)* I contratti di formazione e lavoro e di apprendistato. — 35. Limitata rilevanza giuridica della qualifica soggettiva. Il sistema di «riconoscimento» dei titoli di formazione professionale nel mercato del lavoro comunitario.

30. *La mediazione fra domanda e offerta di servizi nel mercato del lavoro: l'orientamento scolastico e professionale.* — Così come è solitamente difficile per il lavoratore — e particolarmente per il più giovane — orientarsi nel mercato del lavoro, allo stesso modo è difficile per lui anche orientarsi e scegliere a ragion veduta tra i numerosi e svariati servizi, pubblici e privati, che possono aiutarlo a risolvere i problemi e a realizzare le proprie aspirazioni professionali. La funzione del servizio di orientamento scolastico e professionale consiste in una sorta di mediazione fra le esigenze del lavoratore e il sistema dei servizi che gli si offrono per l'ampliamento della sua possibilità effettiva di scelta della futura occupazione: compito specifico di questo servizio è di mettere in comunicazione tra loro i progetti e problemi di cui i singoli lavoratori sono portatori, lungo tutto l'arco della loro vita, con i servizi pubblici e privati operanti nel mercato del lavoro e con ogni opportunità che in esso può offrirsi, sul terreno dell'informazione, della formazione o dell'assistenza alla mobilità, in modo da rendere agevole a ogni individuo la realizzazione integrale della propria vocazione professionale e consentirgli di trovare la collocazione nella quale egli possa meglio collaborare al benessere comune secondo le proprie attitudini e le proprie aspirazioni (66).

Si comprende agevolmente, dunque, l'importanza che un servizio di orientamento scolastico e professionale efficiente può rivestire in una strategia di correzione dell'asimmetria informativa di cui tipicamente soffre il lavoratore in un mercato evoluto (§ 4): importanza che da almeno un trentennio è stata colta dagli organismi internazionali, i quali hanno vincolato i propri Stati membri all'attivazione di servizi di orientamento per la generalità dei lavoratori (67), e particolarmente dai Governi dei Paesi europei più evoluti, dove il servizio pubblico ha raggiunto su questo terreno livelli di grande efficienza e capillarità. Ma un servizio di orientamento efficiente può svilupparsi soltanto nella misura in cui funzionino con un minimo di efficienza anche gli altri servizi nel mercato, ai quali esso deve indirizzare il lavoratore: questo spiega perché nella maggior parte delle regioni italiane fino a oggi di fatto il servizio di orientamento — anche dove è stato attivato e offerto da operatori efficienti e preparati — sia rimasto a uno stadio embrionale.

Sulla base di un'interpretazione estensiva della nozione di «istruzione artigiana e professionale» contenuta nell'art. 117 Cost., la competenza amministrativa e legislativa in materia di orientamento professionale è stata attribuita alle Regioni con il D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 (art. 35). La legge-quadro sulla formazione professionale 21 dicembre 1978 n. 845 ha poi stabilito che le Regioni devono «prendere gli opportuni accordi con l'autorità scolastica competente per

lo svolgimento coordinato delle attività di orientamento scolastico e professionale, sentite le indicazioni programmatiche dei consigli scolastici distrettuali » (art. 3, primo comma, lett. n).

Ciascuna Regione ha quindi provveduto a disciplinare con propria legge la materia. Ma soltanto in alcune Regioni — mi riferisco in particolare al Trentino Alto Adige e all'Emilia Romagna — il servizio ha raggiunto livelli di capillarità ed efficienza paragonabili con quelli dei Paesi europei più avanzati.

Compiti specifici di orientamento scolastico e professionale nella fase terminale dei cicli di istruzione obbligatoria, la cui durata è stata elevata a dieci anni dall'art. 1 della legge 20 gennaio 1999 n. 9, 1° c., sono attribuiti alle istituzioni scolastiche dal 3° c. dello stesso articolo.

31. La formazione professionale. Ragion d'essere dell'intervento pubblico e affermazione del relativo principio negli ordinamenti nazionale, comunitario e internazionale. — Il mercato del lavoro non è e non sarà mai soltanto luogo di incontro fra imprenditori che chiedono e lavoratori che offrono prestazioni lavorative: esso è anche, in misura variabile ma sempre assai rilevante, luogo di incontro fra lavoratori che cercano e imprenditori che offrono occasioni di formazione o addestramento professionale (68): in molti casi lo scambio più rilevante che si negozia tra lavoratore e imprenditore non è quello tra lavoro e retribuzione, bensì quello tra lavoro e formazione, nel quale il lavoratore è cointeressato con l'impresa allo svolgimento della prestazione lavorativa in funzione dell'arricchimento della propria professionalità. Ciononostante il mercato non è in grado di assicurare da solo, con i propri meccanismi spontanei basati sulla negoziazione fra imprese e lavoratori, il pieno adattamento della qualità dell'offerta alle esigenze della domanda; in assenza di un adeguato intervento pubblico, si registrano fra domanda e offerta scompensi qualitativi talora più rilevanti degli scompensi quantitativi: da più parti si ritiene oggi che il difetto qualitativo dal lato dell'offerta di lavoro sia sovente causa di disoccupazione più grave che non il difetto quantitativo dal lato della domanda. Il mercato non è in grado di offrire spontaneamente ciò di cui vi sarebbe ingente bisogno in questo campo innanzitutto perché una forte remora all'investimento delle imprese nella formazione professionale del loro personale è costituita dal rischio — sovente non efficacemente eliminabile con i patti di non concorrenza o le clausole di durata minima — che, una volta compiuto l'intervento formativo, il personale stesso migri verso imprese concorrenti, le quali in tal modo potrebbero sfruttare parassitariamente quell'investimento. Per altro verso, il lavoratore che più avrebbe bisogno di formazione professionale per uscire dal proprio stato di disoccupazione o comunque da una situazione di grave deficit di potere negoziale è in genere proprio quello che meno degli altri conosce il mercato e le sue tendenze: quello che pertanto meno degli altri è in grado di progettare e attuare con successo un investimento in formazione professionale. Strumento essenziale per correggere quella situazione di debolezza di una parte dei lavoratori, dunque, insieme all'attivazione di servizi efficienti di informazione (§§ 27-29) e orientamento (§ 30), è la creazione di un'offerta aggiuntiva (rispetto a quella espressa spontaneamente dal mercato) di occasioni di formazione capaci di valorizzare i talenti di ciascun lavoratore e assecondare i suoi progetti personali, ancorché sempre strettamente ancorate alle possibilità di occupazione concretamente offerte dal mercato e ai loro prevedibili sviluppi. E la finalità essenziale dell'intervento, consistente nell'eliminazione di una situazione di esclusione o di disuguaglianza sostanziale tra cittadini, ben può richiedere che il servizio di formazione sia offerto ai lavoratori gratuitamente, o a prezzo politico, ponendosi il suo finanziamento, in tutto o in parte, a carico della collettività, oppure di un fondo alimentato mediante una « tassa per la formazione » pagata dalle imprese del settore specificamente interessato. Per altro verso, un intervento pubblico finalizzato al controllo e alla certificazione dei risultati della formazione — sia essa impartita e/o finanziata da istituti pubblici o dalle imprese — può rafforzare la spendibilità da parte del lavoratore delle capacità in tal modo acquisite, aumentando così il suo potere contrattuale effettivo nel mercato (69). Nel nostro ordinamento il principio dell'intervento pubblico nel campo della formazione professionale dei lavoratori assurge al rango di norma costituzionale con il secondo comma dell'art. 35 Cost., che assegna alla Repubblica il compito di curare « la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori » (70). Lo stesso principio è affermato anche dall'ordinamento dell'O.I.L. (artt. 15 e 16 della conv. n. 117/1962 e conv. n. 142/1975) (71), da quello del Consiglio d'Europa (*Carta sociale europea*, parte II, art. 10) e dall'ordinamento comunitario (artt. 118 e 123-127 del Trattato istitutivo, testo modificato dal Trattato di Maastricht; ora artt. 137 e 146-150) (72), che, come abbiamo visto a suo luogo (§ 18), soprattutto con lo strumento del *Fondo sociale europeo* ha fatto della formazione professionale uno dei suoi terreni elettivi di intervento per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro nella Comunità (73). A norma dell'art. 117 Cost., al quale ha dato compiuta attuazione il già citato D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, la materia della formazione professionale è di competenza delle Regioni, nell'ambito delle norme-quadro poste dalla legge statale. Le norme-quadro sono oggi contenute nella legge 21 dicembre 1978 n. 845, cui si sono aggiunti diversi altri interventi legislativi minori, tra i quali si segnalano in particolare gli artt. 17 e 18 della legge 24 giugno 1997 n. 196 (sul contenuto dei quali torneremo a suo luogo: § 33) e le norme in materia di contratti di formazione e lavoro e di apprendistato (§ 34).

32. Funzione specifica del sistema pubblico della formazione professionale rispetto al sistema scolastico e tendenze dell'ordinamento. — In materia di formazione professionale la posizione tradizionale del movimento sindacale, che ha fortemente condizionato legislatori e amministratori nei decenni passati, consisteva nell'attribuire all'iniziativa pubblica funzione e contenuti drasticamente alternativi rispetto alla formazione offerta dalle imprese: si riteneva che quest'ultima fosse destinata, per sua natura, a ridursi a mero addestramento e si caratterizzasse comunque per un respiro assai più limitato rispetto alla formazione necessaria al lavoratore per ampliare le proprie possibilità effettive di scelta nel mercato e rafforzare conseguentemente il proprio potere contrattuale. Questa rivendicazione sindacale non era certo priva del sostegno di buoni argomenti, desunti dall'esperienza concreta; ma si è rivelata sempre più fallace l'idea che la formazione professionale « buona », quella che realmente serve al lavoratore per migliorare la propria posizione nel mercato, sia sempre e soltanto quella che viene impartita fuori dei luoghi di lavoro, nei centri di formazione; al contrario, si è dovuto constatare come il ritmo sempre più rapido di obsolescenza di impianti e attrezzature utilizzati dalle imprese renda sempre più difficile sperimentare tecniche produttive aggiornate in centri di formazione esterni al tessuto produttivo: in molti casi la formazione che veramente serve per dare al lavoratore una conoscenza adeguata delle tecniche applicate non può essere impartita se non nei luoghi di lavoro o a stretto contatto con essi.

Oggi si ritiene dunque indispensabile che le strutture — pubbliche o private — preposte alla formazione professionale siano strettamente collegate con il tessuto produttivo. Occorre, in primo luogo, un collegamento *conoscitivo*, poiché è evidente la necessità di orientare l'attività di formazione in riferimento alle reali e mutevoli esigenze dell'attività aziendale, in modo da assicurare a chi vi partecipa uno sbocco occupazionale effettivo: a questo fine la L. n. 845/1978, art. 3, lett. b, prevede una attività di rilevazione permanente delle tendenze del mercato del lavoro, cui poi si è sovrapposta l'attività dell'« osservatorio del mercato del lavoro » istituito con l'art. 8 della legge 28 febbraio 1987 n. 56; il tutto, peraltro, con esiti pratici assai modesti, quando non sostanzialmente nulli (74). Prevale inoltre oggi, anche in seno al movimento sindacale, la tendenza a considerare indispensabile un collegamento *operativo* tra iniziative di formazione professionale e imprese, per assicurare l'aggiornamento continuo dei contenuti della formazione impartita in relazione all'evoluzione degli strumenti e delle tecniche applicate: questa esigenza già emerge embrionalmente nell'art. 15 della legge-quadro del 1978, che prevede la possibilità di convenzioni con le imprese « per la effettuazione presso di esse di periodi di tirocinio pratico e di esperienza in particolari impianti e macchinari o in specifici processi di produzione, oppure per applicare sistemi di alternanza tra studio ed esperienza di lavoro » (di questo tipo di intervento, sul quale il legislatore è poi tornato con l'art. 18 della L. n. 196/1997, tratteremo nel paragrafo che segue). Di fatto, anche questo collegamento con il sistema delle imprese, che nel corso degli anni '80 in altri ordinamenti (penso soprattutto a quello britannico e a quello statunitense) è stato assunto come elemento centrale dell'intero sistema di intervento pubblico nel campo della formazione professionale, in Italia ha funzionato fino ad oggi poco e male.

È accaduto, in sostanza, che nei decenni passati la tradizionale ostilità del movimento sindacale alla formazione impartita nel luogo di lavoro e la preferenza per la formazione extra-aziendale abbiano favorito lo sviluppo di un sistema assai vasto e articolato di centri di formazione professionale — del quale negli anni '70 hanno assunto la gestione o il controllo le Regioni — che è venuto caratterizzandosi per la rigidità delle sue strutture, la ripetitività dei suoi programmi e dei suoi corsi, la scarsa mobilità e adattabilità dei suoi docenti e istruttori (75): una rigidità che poteva ancora conciliarsi con le esigenze dell'industria degli anni '50 e '60, nella quale le stesse attitudini professionali conservavano la loro appetibilità nel mercato, con modesti adattamenti, nell'arco di più decenni; ma che non si concilia affatto con le esigenze di un sistema produttivo quale il nostro attuale, nel quale strumenti e metodi mutano a un ritmo vertiginoso. Il sistema della formazione professionale gestita o finanziata con il denaro pubblico è così diventato una sorta di piccolo sistema scolastico « di serie B » (76), destinato ad accogliere i giovani provenienti dalle famiglie di più modeste condizioni e aspirazioni culturali, lontano come la scuola vera e propria dalle esigenze pratiche immediate del tessuto produttivo, ma incapace di svolgere il ruolo di trasmissione di cultura generale che è proprio di una scuola vera e propria. Verso la fine degli anni '70 la formazione professionale impartita ai lavoratori nei centri gestiti o finanziati dalle Regioni corrispondeva soltanto nel 54,2% dei casi alle mansioni successivamente svolte dai lavoratori che trovavano un posto di lavoro; e questo indice si riduceva ulteriormente se si teneva conto di quelli che restavano disoccupati (77). A quanto consta, non è disponibile un dato nazionale più recente, confrontabile con questo; ma tutto induce a pensare che le cose non siano migliorate nell'ultimo ventennio. Il che significa che oggi metà dell'ingentissima spesa pubblica per la formazione professionale è pressoché totalmente sprecata.

Mira a porre rimedio a questa situazione la redistribuzione in atto dei compiti fra sistema scolastico e sistema della formazione professionale, perseguita progressivamente mediante provvedimenti legislativi e amministrativi, finalizzata al superamento della vecchia distinzione fra istruzione secondaria e formazione professionale, fra cultura e conoscenza tecnica, alla quale era fondamentalmente ispirata la riforma Gentile del 1923 del nostro sistema scolastico. Se per cultura si intende l'insieme delle risposte che una società dà ai problemi della propria esistenza e del proprio sviluppo, e « cultura » nel senso pieno del termine anche la tecnologia, la capacità di controllo dei processi produttivi; e anche questa deve in larga misura essere oggetto di insegnamento nella scuola; mentre al sistema della formazione professionale spetta il compito dell'adattamento specifico delle capacità e conoscenze di ciascuno alle esigenze di ciascun particolare comparto produttivo, e all'occorrenza anche di ciascuna particolare struttura aziendale, in funzione dell'utile inserimento produttivo in essa. Ciò che distingue il compito della scuola dal compito dei servizi di formazione professionale è soltanto il collegamento più stretto e diretto di questi ultimi con i processi produttivi, con il sistema delle imprese (78); quindi la loro maggiore capacità di adattare forme e strumenti dei loro interventi alle esigenze specifiche che via via si manifestano nel sistema produttivo.

Il sistema della formazione professionale viene così a svolgere una funzione di raccordo fra sistema scolastico e tessuto produttivo, che implica un collegamento efficace sia con l'uno che con l'altro. Per quel che riguarda il collegamento con il sistema scolastico, il coordinamento programmatico e operativo è previsto dall'art. 3 della legge-quadro del 1978, lett. *f* ed *n*; alcune forme specifiche di raccordo tra formazione professionale e istruzione scolastica sono inoltre indicate nell'art. 10 della stessa legge, che prevede la possibilità di utilizzazione di strutture scolastiche per iniziative di formazione professionale, e viceversa (ma, a vent'anni di distanza, non risulta che questa indicazione legislativa abbia avuto concreta attuazione in misura apprezzabile). Rientrano concettualmente nella funzione di raccordo fra sistema scolastico e sistema produttivo anche le varie possibili forme di alternanza scuola-lavoro, di cui si farà cenno nelle pagine che seguono. Va menzionato, a questo proposito, l'art. 1, 2° c. della legge 20 gennaio 1999 n. 9, che assicura il « diritto alla frequenza di iniziative formative volte al conseguimento di una qualifica professionale » a tutti « coloro i quali, adempiuto l'obbligo di istruzione o prosciolti dal medesimo, non intendono proseguire gli studi nell'istruzione secondaria superiore ».

Il collegamento tra sistema della formazione professionale e tessuto produttivo aziendale presuppone, come si è detto, una maggiore mobilità e duttilità delle strutture preposte alla formazione, rispetto a quelle preposte all'istruzione scolastica. In altre parole, il servizio di formazione non deve riprodurre — come oggi invece prevalentemente accade — un sistema scolastico su scala ridotta, con i suoi « istituti », le sue « cattedre », i suoi « insegnamenti di ruolo », i suoi programmi di insegnamento che si ripetono di anno in anno, rigidi e predeterminati: occorre un sistema agile, capace di adattarsi immediatamente alle caratteristiche dei diversi processi produttivi in continua e rapida evoluzione; capace, quindi, di individuare tempestivamente le nuove figure professionali emergenti e di predisporre le relative iniziative di qualificazione; capace di individuare e conoscere le nuove tecnologie man mano che queste si affermano nel tessuto produttivo (e persino prima che ciò avvenga: l'anticipazione sarebbe possibile — in particolare — nei settori nei quali si registra un ritardo del nostro Paese rispetto ai Paesi stranieri più sviluppati) e di attrezzarsi di conseguenza; capace, soprattutto, di non subordinare le finalità formative, che costituiscono la sua ragion d'essere, alle esigenze di autoconservazione dell'organizzazione esistente: le strutture devono poter essere costantemente adattate ai nuovi contenuti della formazione richiesta dal sistema, e non viceversa. Una parte cospicua della formazione professionale deve sempre più essere impartita avvalendosi delle strutture e del personale messi a disposizione dalle imprese, mediante apposite convenzioni; la parte restante dovrà comunque essere strettamente coordinata con le esigenze espresse dalle imprese. Per questo gli interventi legislativi più recenti (i cui principi ispiratori sono enunciati nella L. n. 196/1997, art. 17, c. 1°) sono indirizzati nel senso di una riduzione del peso della cosiddetta formazione « di base », concepita per assistere il lavoratore nella fase del suo ingresso nel mercato e orientata a rispondere esclusivamente alla domanda di formazione espressa dai giovani secondo le loro aspirazioni (per questo si parla a questo proposito di « formazione vocazionale »), che oggi assorbe più dei nove decimi delle risorse pubbliche in questo campo; si tende invece a un corrispondente ampliamento della cosiddetta « formazione mirata », cioè di una formazione orientata con precisione agli sbocchi occupazionali effettivamente offerti o programmati dalle imprese, finalizzata ad assistere il lavoratore non soltanto nella fase di primo accesso al mercato, ma anche nei processi di ristrutturazione aziendale e di mobilità interaziendale, « seguendolo » lungo tutto l'arco della sua vita lavorativa (art. 17 cit., c. 1°, lett. *d*; *Carta comunitaria dei diritti sociali*, art. 15).

Tutto questo comporterebbe, ovviamente, la possibilità di interventi incisivi di riorganizzazione e riqualificazione delle strutture regionali, o finanziate dalle Regioni, alle quali fino ad oggi è stato affidato il servizio pubblico della formazione professionale: a tal fine occorrerebbe ben altro che il cambiamento di nome secondo la moda del momento (da « centro di formazione » ad « agenzia formativa »), previsto nella lettera *f* del citato art. 17 della L. n. 196/1997, e la previsione del tutto generica, contenuta nella stessa disposizione, dell'« adozione di misure idonee a favorire, secondo piani di intervento predisposti d'intesa con le regioni, la formazione e la mobilità interna o esterna al settore degli addetti alla formazione professionale nonché la ristrutturazione degli enti di formazione ».

33. La formazione professionale come oggetto di un obbligo contrattuale dell'imprenditore. A) *Contratti di inserimento in azienda senza retribuzione a fini di tirocinio formativo e orientamento* (stages) e « borse-lavoro ». — Il contratto di inserimento in azienda a soli fini di formazione o addestramento è quello con il quale un datore di lavoro si obbliga (soltanto) ad accogliere nella propria struttura produttiva un lavoratore e ad assegnargli una o più mansioni al fine precipuo di arricchire la sua professionalità e/o la sua capacità di inserimento nel tessuto produttivo, affiancandolo a uno o più lavoratori esperti, capaci di svolgere il ruolo di istruttori.

Pur non previsto e disciplinato dalla legge fino a epoca relativamente recente, questo contratto ha incominciato a essere sperimentato nel nostro Paese fin dagli anni '80, soprattutto come strumento di riabilitazione mediante l'inserimento al lavoro di giovani con problemi comportamentali, ex-tossicodipendenti, pregiudicati, nella forma della c.d. « borsa-lavoro ». Questa consiste nell'inserimento del lavoratore per un periodo di tempo determinato — solitamente sei mesi — in seno a un'azienda, al di fuori del consueto scambio fra lavoro e retribuzione, con l'intervento di un ente terzo (Regione, Provincia, Comune, associazione di volontari, ecc.) che corrisponde una sorta di indennità al lavoratore e controlla dall'esterno lo svolgimento del rapporto; l'imprenditore si limita ad accogliere il lavoratore e a riceverne la prestazione, secondo modalità e orari predeterminati, senza poter vantare lo stesso diritto contrattuale alla completezza

e regolarità della prestazione lavorativa che egli può vantare in un rapporto di lavoro ordinario (79).

È dubbio che nel contratto di sola formazione possa assumere rilievo causale anche l'interesse dell'imprenditore ad avvalersi del lavoro svolto dal giovane in formazione e che quest'ultimo debba pertanto considerarsi contrattualmente obbligato allo svolgimento dell'attività assegnatagli (80); e' invece certo che l'assoggettamento di quest'ultimo al potere direttivo imprenditoriale è qui finalizzato essenzialmente alla formazione o al reinserimento nel tessuto produttivo prima e più che alla produttività della prestazione lavorativa. La facoltà di recesso *ante tempus* può comunque essere esercitata dall'imprenditore in caso di irregolarità grave del comportamento del giovane, che produca danno rilevante all'azienda o consenta di escludere la ragionevole prevedibilità di un buon esito formativo del rapporto. Nella forma particolare della « borsa-lavoro », il contratto in esame presuppone la presenza attiva di un terzo che patrocina l'inserimento in azienda del lavoratore, corrispondendogli un'indennità; ma in linea generale non potrebbe escludersi — pur in assenza di una tipizzazione legislativa — la legittimità e produttività di effetti *ex art.* 1322 c.c. di un contratto di pura formazione, che vedesse il coinvolgimento soltanto di un imprenditore e di un lavoratore, senza diritto di quest'ultimo ad alcun corrispettivo, né a carico di terzi, né a carico dell'imprenditore stesso: contratto che si distinguerebbe da quello di lavoro gratuito (sul quale v. § 90) soltanto per la presenza di un obbligo di formazione a carico dell'imprenditore stesso, ma che non per questo potrebbe sussumersi nel tipo legale del contratto di lavoro subordinato ordinario *ex art.* 2094 c.c.

Dopo un primo, poco felice intervento legislativo del 1977 (81), la previsione di « convenzioni con le imprese per la effettuazione presso di esse di periodi di tirocinio pratico e di esperienza in particolari impianti e macchinari o in specifici processi di produzione oppure per applicare sistemi di alternanza tra studio ed esperienza di lavoro » è stata inserita nell'art. 15 della legge-quadro sulla formazione professionale, n. 845/1978. La relativa disciplina è stata poi perfezionata con la legge 19 luglio 1993 n. 236, art. 9, cc. 14°-18°.

Successivamente, dopo una serie di decreti-legge non convertiti, nei quali era contenuta una nuova disciplina della materia (82), la L. n. 196/1997 ha previsto la generalizzazione dello *stage* di formazione come strumento utile per « realizzare il raccordo tra formazione e lavoro » e per « favorire un primo contatto dei giovani con le imprese » (art. 17, 1° c., lett. b); a tal fine la stessa legge ha stabilito (art. 18) che con decreto emanato dal ministro del lavoro di concerto con quello della pubblica istruzione venga stabilita la disciplina dello *stage* formativo, qui indicato con l'espressione « tirocinio formativo e di orientamento » (ma nel testo legislativo compare anche l'espressione sintetica *stage*), riservato ai giovani che abbiano assolto l'obbligo scolastico (83); esso deve essere previsto da una apposita convenzione stipulata tra il datore di lavoro e un ente promotore pubblico o privato interessato all'intervento formativo (appartenente a una delle molte categorie indicate nella stessa norma, lett. a): il che, ovviamente, nulla toglie alla necessità del consenso del lavoratore, senza il quale nessun rapporto giuridicamente rilevante potrebbe costituirsi. Lo *stage* non può avere durata superiore a dodici mesi, o ventiquattro se il lavoratore è portatore di handicap fisico o psichico (lett. d), e comporta soltanto, a favore del lavoratore stesso, l'assicurazione anti-infortunistica a carico dell'ente promotore (lett. f): nessun obbligo, dunque, a carico del datore di lavoro, né sul piano retributivo, né su quello assicurativo. L'ente promotore è tenuto ad assicurare il « tirocinante » anche contro la responsabilità civile, nonché a « garantire la presenza di un tutore come responsabile didattico-organizzativo delle attività » (84). Con la stessa norma il legislatore si è curato di stabilire esplicitamente che il rapporto in questione « non costituisce rapporto di lavoro » (art. 18, lett. d): v. in proposito § 97.

La forma particolare del rapporto di *stage*, costituita dalla « borsa-lavoro » e caratterizzata dalla erogazione da parte di un ente terzo di una indennità di formazione in favore del giovane interessato, è ora disciplinata dall'art. 26, 3° c., della già citata L. n. 196/1977 e dagli artt. 5 e 6 del D.Lgs. 7 agosto 1997 n. 280.

Sull'inquadramento sistematico dei rapporti di *stage* e di « borsa-lavoro » v. *infra*, § 113.

34. Segue. B) I contratti di formazione e lavoro e di apprendistato. — La diffidenza tradizionale del movimento sindacale nei confronti della formazione impartita in azienda (§ 32) si è particolarmente indirizzata contro i contratti « a causa mista »: i contratti, cioè, nei quali l'obbligo a carico del datore di lavoro di impartire la formazione non costituisce l'elemento principale e caratterizzante del rapporto, ma si innesca in un rapporto di scambio tra lavoro e retribuzione, con corrispondente riduzione dell'obbligo retributivo. La preoccupazione, alimentata da una casistica assai vasta, è che, una volta inserito in azienda e assoggettato al potere direttivo del datore di lavoro, il giovane lavoratore sia per lo più destinato a svolgere un'attività di basso livello professionale, esclusivamente o prevalentemente finalizzata all'interesse produttivo dell'imprenditore e per di più sotto-retribuita, svuotandosi sostanzialmente il rapporto di ogni contenuto formativo.

Agli argomenti contrari al contratto a causa mista si contrappone, da parte dei suoi fautori, la constatazione della minore appetibilità per le imprese della prestazione dei giovani che si affacciano per la prima volta sul mercato del lavoro, rispetto alla prestazione di chi ha già avuto un'esperienza lavorativa: donde la necessità di un tipo speciale di contratto finalizzato al primo inserimento dei giovani stessi nel tessuto produttivo, che, per un verso, consenta di ridurre drasticamente il costo della loro prestazione per l'impresa, per altro verso consenta loro di superare l'handicap professionale che li penalizza rispetto ai concorrenti più esperti.

Nel nostro ordinamento attuale sono tipizzati e disciplinati due contratti a causa mista, entrambi caratterizzati dalla

compresenza, a carico del datore di lavoro, di un obbligo di formazione accanto a quello retribuzione, in contropartita dell'obbligo di lavoro a carico del giovane prestatore: il contratto di « tirocinio » o « apprendistato », già previsto e regolato dal codice civile (artt. 2130-2134), poi dalla legge 19 gennaio 1955 n. 25 tuttora in vigore, e il contratto di formazione e lavoro, previsto e regolato originariamente dalla legge 1° giugno 1977 n. 285 (non più in vigore), poi dall'art. 3 della legge 19 dicembre 1984 n. 863 e dall'art. 16 della legge 19 luglio 1994 n. 451. Entrambi i contratti sono stati oggetto di numerosi ulteriori interventi legislativi (in particolare artt. 21 e 22 della legge 28 febbraio 1987 n. 56), che ne hanno ridotto le differenze di disciplina, rendendo sempre più discutibile l'opportunità del mantenimento della distinzione fra i due tipi.

Eredita' antichissima, risalente a un tempo in cui la formazione impartita al « giovane di bottega » dall'artigiano era considerata come l'unico corrispettivo del lavoro che il primo svolgeva alle dipendenze del secondo e la retribuzione in denaro costituiva un elemento puramente accessorio ed eventuale (85), l'apprendistato si è trasformato nel tessuto produttivo contemporaneo e nella legislazione oggi in vigore in un sottotipo del rapporto di lavoro subordinato: lo scambio fra lavoro e retribuzione è diventato elemento essenziale dell'apprendistato, mentre l'elemento ulteriore caratterizzante rispetto al lavoro subordinato ordinario è costituito dall'obbligo della formazione a carico del datore di lavoro. L'art. 2 della legge n. 25/1955 perfeziona la definizione già desumibile dal codice civile, individuando l'apprendistato come « uno speciale rapporto di lavoro, in forza del quale l'imprenditore è obbligato a impartire, o a far impartire, nella sua impresa all'apprendista assunto alle sue dipendenze l'insegnamento necessario perché possa conseguire la capacità tecnica per diventare lavoratore qualificato, utilizzandone l'opera nell'impresa medesima ». Come si è detto, è assai difficile, per non dire impossibile, comprendere il motivo per cui l'apprendistato viene dal legislatore mantenuto nettamente distinto dal contratto di formazione e lavoro, dal momento che anche a quest'ultimo può applicarsi una definizione identica a quella testé trascritta dalla legge del 1955. È ben vero che l'apprendistato ha sempre avuto diffusione quasi esclusivamente nell'area del lavoro operaio (86) e prevalentemente nel settore artigiano (87), mentre il contratto di formazione e lavoro è stato concepito anche come strumento di inserimento nel tessuto produttivo di giovani diplomati e laureati; ma gli elementi essenziali che identificano quest'ultimo tipo legale di contratto sono in tutto e per tutto identici a quelli propri dell'apprendistato (88), differenziandosi le due fattispecie soltanto per la disciplina di alcuni aspetti del rapporto:

- le procedure di assunzione (necessità di autorizzazione dell'ispettorato del lavoro per l'apprendistato, per il c.f.l. approvazione di un progetto formativo da parte della Commissione regionale per l'impiego);
- l'età minima e quella massima di assunzione (per l'apprendistato dai 16 ai 24 anni, 26 nelle regioni del Mezzogiorno, elevabili a 29 anni ad opera della contrattazione collettiva nel settore artigiano: L. n. 56/1987, art. 21, c. 5°; da 16 a 32 anni per il c.f.l. secondo l'art. 16 della L. n. 451/1994);
- il numero massimo di giovani in formazione che possono essere assunti dallo stesso imprenditore nell'una e nell'altra forma (non possono essere assunti apprendisti in numero superiore a quello delle maestranze qualificate e specializzate in servizio nell'azienda: L. n. 25/1955, art. 2, c. 3°; altri limiti più elevati sono previsti per le imprese artigiane; nessun limite massimo generale è invece previsto dalla legge per i c.f.l., il cui numero può però essere limitato dal progetto formativo approvato dalla Commissione regionale);
- la durata massima del rapporto (cinque anni, salvo minor limite posto dal contratto collettivo, per l'apprendistato: L. n. 56/1987, art. 21, c. 2°; a norma della L. n. 451/1994, invece, due anni per i c.f.l. destinati all'acquisizione di professionalità elevate o intermedie, salve le attività legate alla ricerca scientifica e tecnologica; un anno per i c.f.l. « di inserimento professionale »);
- le modalità della formazione impartita (nell'apprendistato la legge prevede che all'addestramento pratico si aggiunga l'insegnamento complementare extra-aziendale: L. n. 25/1955, art. 16, nonché L. n. 196/1997, art. 16, c. 2°, dove la disciplina della materia è affidata alla contrattazione collettiva e a regolamenti ministeriali (89); nel c.f.l., invece, a norma della legge del 1994, è il progetto di formazione approvato dalla Commissione regionale a stabilire l'entità dell'insegnamento complementare (90), in una misura minima che va da 130 a 20 ore annue, a seconda del livello professionale alla cui acquisizione il contratto è finalizzato; la stessa legge distingue nettamente il c.f.l. a prevalente finalità formativa da quello a prevalente « finalità occupazionale », nel quale il contenuto formativo è ridotto ai minimi termini) (91).

Entrambi i tipi di contratto formativo sono incentivati mediante cospicui sgravi contributivi, che nel caso del c.f.l. sono differenziati in relazione alla zona geografica e alle esigenze di promozione del lavoro nelle aree depresse. Si discute, tuttavia, di una possibile riforma mirata a « specializzare » meglio il ruolo dei due tipi di contratto, riservando l'apprendistato ai lavoratori più giovani, fino a 25 anni, e il contratto di formazione e lavoro agli adulti.

La giurisprudenza prevalente è orientata nel senso di ritenere compatibile il contratto di formazione e lavoro o di apprendistato con il possesso già acquisito da parte del lavoratore di una qualifica soggettiva (§§ 35 e 158) corrispondente a quella alla cui acquisizione è mirata la formazione costituente oggetto del contratto stesso (92). Sgravi contributivi e natura di contratto a termine hanno fatto sì che sovente le imprese abbiano fatto ricorso al c.f.l. come a un contratto di lavoro a basso costo e precario, una sorta di lungo periodo di prova, privo di contenuto formativo effettivo. L'inadempimento grave dell'obbligo formativo è indicato espressamente dal 9° comma dell'art. 3 della legge n. 863/1984 come vizio funzionale della causa del contratto: donde la conversione di questo in contratto di lavoro ordinario a tempo indeterminato (93), con effetto dal momento in cui è venuto meno l'elemento della formazione nello svolgimento concreto del rapporto (94).

Mentre è pacifica la natura di contratto a termine propria del c.f.l., in riferimento all'apprendistato prevale

l'orientamento a considerarlo come fase iniziale di un contratto a tempo indeterminato, al termine della quale è consentito il recesso del datore di lavoro, convertendosi altrimenti il rapporto automaticamente in contratto di lavoro ordinario.

35. Limitata rilevanza giuridica della qualifica soggettiva. Il sistema di « riconoscimento » dei titoli di formazione professionale nel mercato del lavoro comunitario. — Come vedremo meglio a suo luogo (§ 158), nei rapporti di lavoro di diritto privato la capacità professionale del lavoratore — detta anche « qualifica soggettiva » o « precontrattuale » —, ancorché risultante da un qualsivoglia attestato, diploma o altro titolo di formazione professionale, non comporta alcun vincolo per ciò che riguarda la determinazione contrattuale delle mansioni o dell'inquadramento: mentre un laureato in legge può essere assunto da un'impresa o da uno studio di avvocato come fattorino, allo stesso modo un lavoratore privo della licenza elementare può essere assunto come direttore generale. La ragion d'essere di questa regola è evidente: l'ipotetica limitazione del novero delle mansioni assegnabili a un lavoratore in conseguenza del possesso da parte sua di un titolo di studio o professionale non costituirebbe per lui una protezione, ma soltanto una riduzione delle sue possibilità di occupazione, priva di alcun vantaggio per lui o per altri.

La qualifica soggettiva del lavoratore attestata da un titolo di studio o di formazione professionale può assumere qualche rilievo giuridico soltanto per l'avviamento al lavoro degli appartenenti alle categorie protette in regime di collocamento obbligatorio (sul quale v. § 37-47), oppure come requisito per l'accesso a determinate attività che siano oggetto di disciplina speciale (ad esempio quella di conducente di autovettura, di pilota d'aereo, di medico, ecc.) o a determinati incarichi pubblici o posti di pubblico impiego per i quali una legge o un regolamento stabiliscano la necessità del titolo in questione (95).

In questi casi l'ordinamento nazionale, nello stabilire la rilevanza di un titolo di studio acquisibile con un corso della durata di almeno tre anni, o di un titolo di formazione professionale acquisibile con un corso della durata di almeno due anni, come requisito o comunque come elemento rilevante per l'accesso a una determinata occupazione, è vincolato dalle direttive comunitarie 21 dicembre 1988 n. 48 e 18 giugno 1992 n. 51 (che erano state precedute su questo terreno dalla decisione del Consiglio 16 luglio 1985 n. 368 e da alcune sentenze della Corte di Giustizia) ad attribuire lo stesso valore ai titoli analoghi che negli altri Stati membri danno accesso alla stessa occupazione. Sono tuttavia fatte salve alcune ipotesi nelle quali lo Stato membro ospitante è autorizzato a pretendere che il lavoratore dimostri altrimenti il possesso di un'esperienza professionale, oppure si sottoponga a un tirocinio di adattamento o a un test attitudinale. Sempre al fine del coordinamento dei requisiti posti negli ordinamenti interni degli Stati membri per l'esercizio di determinate professioni e mestieri (medico, dentista, ostetrico, infermiere, veterinario, farmacista, architetto, ecc.), dalla metà degli anni '70 sono state emanate altre direttive specifiche (96).

Sezione IV

L'assistenza alla mobilità geografica

Sommario: 36. L'intervento comunitario volto a favorire la mobilità del lavoro fra gli Stati membri.

36. L'intervento comunitario volto a favorire la mobilità del lavoro fra gli Stati membri. — Tra gli scopi che l'ordinamento comunitario persegue per mezzo del *Fondo sociale europeo*, a norma dell'art. 123 del Trattato istitutivo, come modificato da quello di Maastricht del 1992 (ora art. 146), vi è anche la promozione della mobilità geografica — oltre che di quella professionale — dei lavoratori tra i Paesi membri; mobilità che, secondo la decisione del Consiglio n. 516/1983, deve tendere alla riduzione degli squilibri regionali del mercato del lavoro. Per questo la stessa decisione prevede che il *Fondo* partecipi (nella misura del 50% del costo complessivo) al finanziamento di iniziative, di soggetti pubblici o privati, volte ad assistere i lavoratori migranti nella fase di nuova sistemazione e integrazione socioprofessionale nel luogo di destinazione.

Un meccanismo di « compensazione » degli squilibri fra domanda e offerta di lavoro su scala comunitaria è inoltre previsto dal regolamento n. 1612/1968, modificato e integrato dal regolamento n. 2434/1992, che prevede la comunicazione da parte del servizio pubblico di collocamento di ciascuno Stato membro ai servizi degli altri Paesi e a un « Ufficio di coordinamento » centrale di un elenco delle domande di lavoro insoddisfatte e di un elenco di lavoratori interessati a trovare una nuova occupazione in un altro Paese comunitario. In funzione di questo scambio di informazioni era stato istituito nel 1972 un « sistema uniforme » di trasmissione (Sedoc), che nel 1993 è stato sostituito dalla nuova rete denominata *European Employment Services* (Eures). Questo meccanismo non ha, tuttavia, mai dato risultati apprezzabili (97), neppure dopo la riforma del 1992 (98): come si è già detto (§ 27), infatti, l'incontro fra domanda e offerta in un mercato del lavoro evoluto, quando non avviene attraverso canali informali quali le reti parentali o amicali — che certo non possono funzionare su scala comunitaria —, non può essere promosso

efficacemente da un unico servizio di mediazione indifferenziato, ma ha bisogno di una grande molteplicità di canali settoriali specializzati: l'intervento della Comunità europea su questo terreno sarebbe probabilmente più efficace se esso tendesse alla promozione e incentivazione specifica di una pluralità di iniziative, pubbliche e private, di canalizzazione transnazionale delle informazioni su domanda e offerta di lavoro e di assistenza personalizzata alla negoziazione del contratto nel Paese dove il lavoro deve essere svolto.

Sezione V

La promozione selettiva dell'accesso al lavoro in favore degli appartenenti alle categorie protette

Sommario: 37. Le due possibili « filosofie » dell'intervento pubblico. La convenzione O.I.L. n. 159/1983. — 38. Il vecchio regime della legge n. 482/1968, integrato dal meccanismo delle « quote riservate » previsto dall'art. 25 della legge n. 223/1991. — 39. La giurisprudenza costituzionale in materia di collocamento obbligatorio. — 40. Il novero dei beneficiari del collocamento obbligatorio secondo la nuova legge (12 marzo 1999 n. 68). Riduzione della capacità lavorativa del lavoratore avviato e divieto costituzionale dell'imposizione di oneri assistenziali al datore di lavoro. Rilevanza dello stato di disoccupazione e del suo carattere involontario. — 41. Il « collocamento mirato ». — 42. Soggetti obbligati e contenuto dell'obbligo. — 43. Il caso della disabilità sopravvenuta in corso di rapporto. — 44. Il meccanismo amministrativo. — 45. Le convenzioni e le agevolazioni che per mezzo di esse possono essere ottenute. — 46. Il rapporto di lavoro con il disabile e il divieto di discriminazione. — 47. Il problema dei portatori di handicap sociale e la sopravvivenza del vecchio (e ineffettivo) meccanismo delle quote riservate riferite al flusso delle assunzioni.

37. Le due possibili « filosofie » dell'intervento pubblico. La convenzione O.I.L. n. 159/1983. — In un mercato del lavoro funzionante senza interventi correttivi di alcun genere i soggetti portatori di un handicap fisico o sociale sono, per definizione, quelli che si collocano o tendono a collocarsi in fondo alla « coda » degli aspiranti a un'occupazione retribuita. Lo Stato, gli altri enti pubblici, le organizzazioni private, sindacali o di altro genere, possono proporsi di correggere tale situazione in due modi: istituendo una « coda » speciale riservata ai portatori di handicap e obbligando i datori di lavoro ad attingervi per l'assunzione di aliquote determinate di lavoratori, oppure operando affinché la menomazione sia di fatto neutralizzata e chi ne è portatore possa competere alla pari con gli altri lavoratori. Corrisponde al primo approccio l'imposizione per legge di obblighi variamente sanzionati a carico dei datori di lavoro, quali gli « imponibili di manodopera » (vincoli riferiti allo *stock* dell'organico aziendale), oppure l'imposizione di « quote riservate » di assunzioni (vincoli riferiti al flusso delle assunzioni). Corrispondono invece al secondo approccio le misure volte ad aumentare il più possibile la produttività del portatore di handicap fornendogli un'assistenza intensiva nella ricerca di un'attività nella quale la sua menomazione si faccia sentire di meno o non si faccia sentire affatto, offrendogli opportunità speciali di formazione e riabilitazione, coprendo i suoi maggiori costi di mobilità; oppure le misure volte a ridurre il costo per il datore di lavoro in proporzione al *deficit* ineliminabile di produttività del portatore di handicap (con sgravi contributivi e fiscali, finanziamento a fondo perduto delle spese di adattamento del posto di lavoro, ecc.); oppure ancora le misure volte a promuovere una « cultura dell'accoglienza » e della solidarietà nei confronti del portatore di handicap fisico o sociale, con la diffusione di codici di buon comportamento e l'istituzione di organi promozionali specializzati, all'interno o all'esterno delle aziende (99).

Un discorso a parte meritano gli interventi autoritativi volti a vietare la discriminazione nel trattamento fra portatori di handicap e lavoratori normodotati (sperimentati per la prima volta, a quanto consta, negli U.S.A. con una legge del 1973, ora sostituita dall'*Americans with Disabilities Act 1991* e dal *Civil Rights Act 1991*): tali interventi hanno una importante funzione « educativa », favorendo il superamento di pregiudizi e l'uscita dal circolo vizioso che induce il lavoratore a rinunciare a investire sul proprio capitale umano in considerazione della probabile chiusura dei potenziali datori di lavoro nei suoi confronti (§ 168); ma presentano, in sede applicativa, il grave rischio di ritorcersi contro la stessa categoria che si è inteso proteggere, imponendo parità di costo per il datore di lavoro a fronte di maggiori costi di inserimento o di minore produttività del rapporto di lavoro (100).

La convenzione O.I.L. n. 159/1983 relativa alla riabilitazione professionale e all'impiego di persone portatrici di handicap, non ratificata dall'Italia (non sono riuscito ad accertarne il motivo), impone agli Stati aderenti soltanto l'adozione di misure del secondo tipo: iniziative diffuse e facilmente accessibili di riabilitazione professionale (art. 3), azioni positive volte a neutralizzare la menomazione realizzando una uguaglianza effettiva di opportunità (art. 4), servizi specializzati di orientamento professionale, formazione e collocamento (art. 7), consultazione permanente con le organizzazioni rappresentative dei lavoratori e degli imprenditori sull'attuazione delle suddette misure (art. 5).

Nulla vieta, ovviamente, che l'applicazione di misure di questo genere si accompagni con l'applicazione di misure di carattere vincolistico; ed è quanto effettivamente si tenta di fare in alcuni Paesi, come la Francia (e ora, come vedremo, anche nel nostro). Ma le « filosofie » a cui i due modelli di intervento si ispirano sono tra loro difficilmente coniugabili sul piano pratico. Le misure volte alla neutralizzazione dell'handicap si basano sul presupposto che il mercato

costituisca uno strumento utile per la migliore allocazione lavorativa del portatore di handicap e mirano a creare un clima di collaborazione tra l'organo amministrativo, il datore e il prestatore di lavoro, al fine del migliore inserimento di quest'ultimo nel tessuto aziendale. L'imposizione del vincolo determina invece necessariamente, in qualche misura, un antagonismo tra organo amministrativo e datore di lavoro; e l'avviamento coattivo al lavoro nuoce inevitabilmente all'immagine dell'avviato, pregiudicando l'effetto delle misure eventualmente adottate per renderlo più « appetibile » nel mercato. Questo può spiegare, almeno in parte, il netto prevalere di fatto, nella prassi amministrativa reale, dell'uno o dell'altro modello di intervento, anche negli ordinamenti che prevedono la combinazione delle misure vincolistiche con misure volte alla neutralizzazione dell'handicap.

In Italia fino ad oggi ha prevalso nettamente il modello vincolistico; ha prevalso invece nettamente il modello opposto in Germania e in Gran Bretagna, dove pure qualche vincolo è previsto dalla legge, ma non è stata incardinata sul vincolo la strategia perseguita dagli organi pubblici competenti; il modello non vincolistico ha sempre prevalso in Svezia, negli altri Paesi scandinavi, negli U.S.A. e in Canada, dove la legge non ha mai imposto ai datori di lavoro alcuna riserva di quote di organico o di flusso di assunzioni e la promozione selettiva dell'accesso all'occupazione dei portatori di handicap è sempre stata interamente perseguita con strumenti di tipo non vincolistico. È opinione diffusa degli osservatori e degli esperti della materia che i risultati migliori, dal punto di vista quantitativo e qualitativo, siano sempre stati conseguiti mediante quest'ultimo approccio (101); per converso, è constatazione unanime il disastroso insuccesso del sistema che è stato in vigore in Italia fino a oggi.

38. *Il vecchio regime della legge n. 482/1968, integrato dal meccanismo delle « quote riservate » previsto dall'art. 25 della legge n. 223/1991.* — Caratteristica saliente e peculiare del « modello italiano », così come esso si presentava fino alla fine del 1999, è stata, per un verso, l'imposizione di una aliquota elevatissima — il 15% (102) — di posti riservati agli appartenenti alle categorie protette negli organici delle aziende con più di 35 dipendenti; per altro verso la rinuncia pressoché totale dell'amministrazione (l'ufficio provinciale del lavoro) cui sarebbe stato affidato il compito del « collocamento obbligatorio » ad assistere fattivamente gli appartenenti alle categorie protette nella ricerca del posto di lavoro dove essi potessero meglio inserirsi ed esprimere il massimo della loro produttività: l'ufficio si è sempre limitato a compilare la pletorica lista in cui si iscrivevano gli aventi diritto (non soltanto invalidi o sedicenti tali, ma anche orfani e vedove di guerra o di caduti sul lavoro, nonché profughi delle *ex*-colonie), a ricevere le dichiarazioni con cui semestralmente i datori di lavoro obbligati davano conto della situazione dei propri organici, e ad « avviare » i lavoratori secondo la graduatoria, a copertura dei posti che da quelle dichiarazioni risultavano scoperti. Il datore di lavoro doveva, di regola, rivolgere all'ufficio una richiesta « numerica » di avviamento di appartenenti alle categorie protette per la copertura dell'aliquota d'obbligo, potendo scegliere nominativamente il lavoratore da assumere soltanto quando si trattasse di impiegato di concetto o di operaio con una particolare specializzazione. Nel caso in cui la richiesta doveva essere « numerica », la vecchia normativa, contenuta nella legge 2 aprile 1968 n. 482 (un testo unico in cui confluivano numerosi provvedimenti legislativi via via disordinatamente accumulatisi nel ventennio precedente), era interpretata dalla giurisprudenza e applicata di fatto in modo tale da escludere la possibilità stessa di una selezione attitudinale dei lavoratori da avviare al lavoro: era ammesso soltanto che il datore di lavoro specificasse l'appartenenza del lavoratore richiesto alla categoria impiegatizia o a quella operaia (103). Quand'anche fosse stata ammessa una qualche selezione attitudinale, peraltro, gli uffici preposti non sarebbero stati in alcun modo in grado di operarla: basti dire che per la classificazione nella categoria impiegatizia o in quella operaia gli uffici stessi si limitavano a raccogliere le dichiarazioni dei lavoratori interessati, per lo più senza neppure controllare la loro corrispondenza con i precedenti scolastici o professionali.

Il quadro era poi aggravato dall'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il rifiuto di assunzione da parte del datore di lavoro non poteva essere giustificato dall'inesistenza in azienda di posizioni di lavoro compatibili con la qualificazione professionale e/o con le menomazioni del lavoratore avviato in regime di collocamento obbligatorio, dovendo dedursi dalla legge una presunzione assoluta non solo della capacità economica necessaria per la sopportazione del relativo onere da parte dell'azienda che superasse la soglia dimensionale dei 35 dipendenti, ma anche l'esistenza in tal caso « di una struttura aziendale articolata su di una gamma di mansioni sufficientemente ampia da consentire il reperimento di quelle confacenti alle attitudini professionali e alle condizioni fisiche del soggetto » avviato dall'ufficio (104).

Non vi è da stupirsi del fatto che, così essendo strutturato il « meccanismo » del c.d. collocamento obbligatorio, nonostante l'apparente rigore della disciplina la grande maggior parte degli avviamenti al lavoro da parte degli uffici provinciali si rivelasse infruttuosa: quando arrivava l'atto di avviamento, il datore di lavoro faceva di tutto per evitare l'assunzione, sollevando eccezioni formali circa la validità o l'efficacia dell'atto di avviamento, o, più sovente, pagando al lavoratore un congruo compenso affinché egli rinunciasse all'avviamento: un « mercato » che — contrastato dalla giurisprudenza di cassazione (105), ma nondimeno ininterrottamente alimentato dalle conciliazioni stipulate davanti ai giudici di merito — per decenni ha squalificato totalmente il sistema, trasformandolo da un lato in una fonte di rendite parassitarie per falsi invalidi (o « orfani », o « profughi ») senza scrupoli, dall'altro in una fonte di mortificanti elemosine per gli invalidi veri.

Il risultato finale era costituito al tempo stesso dal « ristagno » di centinaia di migliaia di iscritti presso gli uffici

provinciali del lavoro nelle liste degli appartenenti alle categorie protette (i quali dovevano sovente attendere anni perché giungesse il loro turno di avviamento) e dal permanere di larghissime scoperture dell'aliquota d'obbligo nella maggior parte delle aziende alle quali l'obbligo stesso si estendeva.

Unica « luce », nel quadro assai buio della vecchia normativa, era la sperimentazione di nuovi strumenti e metodi di promozione dell'avviamento al lavoro dei portatori di handicap, prevista dall'art. 5, lettera *d*), della legge 28 febbraio 1987 n. 56, che ne aveva affidato il compito, con ampi poteri di deroga alla disciplina legislativa di cui si è ora detto, alle Commissioni regionali per l'impiego « in collaborazione con le imprese disponibili ». Ne erano nati — in particolare in Lombardia e in alcune altre Regioni settentrionali — alcuni esperimenti, isolati ma assai interessanti, di gestione consensuale dell'inserimento di persone menomate in azienda, con la partecipazione di strutture specializzate del Servizio sanitario, mediante convenzioni tra le imprese e la Commissione regionale che prevedevano una parziale e temporanea riduzione dell'obbligo, in cambio di una collaborazione fattiva all'inserimento.

Il quadro della vecchia normativa si era poi complicato con l'entrata in vigore dell'art. 25 della legge 23 luglio 1991 n. 223, il quale, nell'abrogare definitivamente il vincolo della richiesta numerica nelle procedure di collocamento ordinario, aveva introdotto — quasi come una contropartita politica di segno opposto a quella scelta di liberalizzazione e semplificazione delle procedure — l'obbligo per tutti i datori di lavoro che occupassero più di dieci dipendenti di riservare il 12% delle nuove assunzioni, escluse quelle di personale dirigenziale, a lavoratori appartenenti alle seguenti categorie (che si configuravano pertanto come altrettante nuove « categorie protette » in aggiunta a quelle previste dalla legge n. 482/1968): lavoratori iscritti come disoccupati da più di due anni nelle liste del collocamento, lavoratori licenziati e iscritti nella « lista di mobilità », altre categorie particolari individuate dalla Commissione regionale per l'impiego.

Questa disposizione presentava un certo interesse sul piano teorico, in quanto per un verso estendeva per la prima volta la promozione selettiva dell'avviamento al lavoro a una categoria di portatori di handicap *sociale*, quali i c.d. disoccupati di lungo periodo; per altro verso costituiva un primo esperimento di imposizione del vincolo della quota riservata non più sullo *stock* dell'organico aziendale (come nella legge n. 482/1968) bensì sul flusso delle assunzioni (106). Senonché la norma era destinata a una quasi totale disapplicazione, in conseguenza del fatto che gli uffici di collocamento non erano e tuttora non sono attrezzati per controllare il flusso delle assunzioni operate da ciascun datore di lavoro: ciò che di fatto consente a quest'ultimo di eludere sistematicamente il nuovo vincolo.

Con l'introduzione di questo vincolo il sistema della promozione selettiva dell'avviamento al lavoro degli appartenenti alle categorie protette veniva così teoricamente ad articolarsi — assai irrazionalmente — in due sottosistemi tra loro completamente indipendenti, dei quali uno (quello disciplinato dalla legge n. 482/1968) operante in favore dei portatori di handicap fisico, orfani e vedove di caduti in guerra o sul lavoro e profughi, l'altro (quello disciplinato dall'art. 25 della legge n. 223/1991) operante in favore dei disoccupati di lungo periodo e dei lavoratori coinvolti in processi di mobilità interaziendale in seguito a un licenziamento di carattere non disciplinare. Sta di fatto però che, come si è detto, se il meccanismo previsto dalla legge del 1968 ha funzionato male, quello previsto dalla legge del 1991 non ha funzionato affatto.

39. La giurisprudenza costituzionale in materia di collocamento obbligatorio. — L'avviamento al lavoro del lavoratore nel regime del collocamento obbligatorio disciplinato dalla legge n. 482/1968 assumeva di fatto un carattere eminentemente assistenzialistico, ben potendo presumersi in linea generale che, anche nel caso in cui il lavoratore avviato venisse effettivamente assunto, in assenza di qualsiasi selezione attitudinale e di qualsiasi adattamento del posto di lavoro alle esigenze nascenti dalla sua menomazione l'utilità della sua prestazione per l'imprenditore fosse assai ridotta. Questa connotazione del regime del collocamento obbligatorio si poneva in netto contrasto con i principi enunciati in proposito nel corso degli anni in alcune sentenze della Corte costituzionale.

Le prime sentenze della Corte in materia di collocamento obbligatorio erano state precedute dalla clamorosa decisione della stessa Corte sul c.d. « impossibile di manodopera » nel settore agricolo (107), che, escludendo la legittimità costituzionale di norme da cui derivasse a carico dei datori di lavoro un obbligo di assunzione di manodopera a carattere assistenziale (in quanto non direttamente collegato a esigenze produttive effettive), era stata letta da alcuni come preannuncio di una probabile dichiarazione di incostituzionalità delle norme sulla riserva obbligatoria di posti di lavoro a favore degli appartenenti alle categorie protette (108). Tanto che in seguito alcuni Autori, commentando le sentenze con le quali è stata invece dichiarata la legittimità costituzionale del sistema del collocamento obbligatorio, hanno ritenuto di ravvisare in esse una incoerenza o una correzione di rotta rispetto alla sentenza di incostituzionalità dell'impossibile di manodopera (109).

Il differente giudizio in riferimento alle due diverse materie trova però nelle motivazioni proposte dalla Corte un fondamento razionale: mentre nel caso dell'impossibile di manodopera l'obbligo imposto dalla legge si basava sulla determinazione autoritativa, demandata al Prefetto, del numero dei lavoratori « impossibili » per ettaro-coltura, donde la ravvisata lesione della libertà dell'operatore agricolo nella scelta delle dimensioni ottimali della propria azienda (110), nel caso del collocamento obbligatorio il vincolo imposto al datore di lavoro non incide sulla scelta delle dimensioni della compagine aziendale, avendo ad oggetto soltanto la riserva di una determinata percentuale (111) di posti in organico a favore degli appartenenti alle categorie protette (112).

Nella sentenza del 1960 — riferita specificamente all'avviamento obbligatorio degli invalidi del lavoro ma che costituirà poi punto di riferimento e modello per tutte le successive in materia di collocamento obbligatorio, anche dopo la riforma del 1968 che ha unificato il trattamento delle varie categorie protette — la Corte osserva inoltre come il vincolo imposto dalla legge ai datori di lavoro non configuri a loro carico un obbligo di mantenimento assistenziale dei lavoratori menomati, poiché « una volta instaurato, sia pure coattivamente, un regolare rapporto di lavoro, non è più da parlare di mantenimento, bensì di prestazione di opere, che determina da parte del datore di lavoro la corresponsione di una retribuzione » (113). Quest'ultimo rilievo circa la retribuzione del portatore di handicap viene ripreso nella sentenza del 1961: « non vi è discordanza — afferma qui la Corte — tra la prestazione di lavoro da parte dell'invalido assunto dall'impresa e la retribuzione che deve venirgli corrisposta », la quale deve essere determinata secondo gli stessi criteri vigenti per il restante personale occupato.

Poiché il rilievo si colloca, nella motivazione di entrambe le sentenze, tra gli argomenti addotti dalla Corte per negare la natura assistenziale dell'obbligo di assunzione a carico del datore di lavoro, ne nasce il quesito, tuttavia non affrontato dalla Corte, circa il conflitto fra diritto dell'imprenditore *ex art. 41 Cost.* e diritto del lavoratore alla retribuzione sufficiente *ex art. 36*, nel caso in cui il rendimento di quest'ultimo risulti in concreto gravemente menomato dall'invalidità: problema, questo, che alla luce della giurisprudenza costituzionale sopra citata sembra potersi risolvere soltanto con l'erogazione di un contributo da parte dello Stato, corrispondente al deficit di produttività causato dalla menomazione di cui il lavoratore soffre.

A conferma dell'esclusione del carattere assistenziale del rapporto costituito in regime di collocamento obbligatorio, nella sentenza n. 38/1960, richiamata sul punto dalle successive, la Corte osserva inoltre che la legge affida agli organi preposti al collocamento obbligatorio il compito di accertare le residue capacità produttive e di effettuare la necessaria selezione attitudinale dei portatori di handicap: il tutto evidentemente al fine del migliore possibile inserimento del lavoratore, per quanto minorato, nell'organizzazione aziendale. Appare assai importante, a questo proposito, l'ulteriore principio enunciato dalla Corte nel 1985, secondo il quale dovevano applicarsi in materia di collocamento obbligatorio tutte le regole contenute nella legge n. 264/1949 in materia di selezione del lavoratore da avviare al lavoro in regime di collocamento ordinario, ancorché non espressamente richiamate dalla legge n. 482/1968, purché compatibili con la specialità della materia dell'avviamento di lavoratori invalidi (114): donde l'ulteriore conferma dell'applicabilità, nell'ambito del sistema del collocamento obbligatorio, della regola della selezione dei lavoratori da avviare al lavoro, dietro « richiesta numerica » da parte del datore di lavoro, in base alla corrispondenza tra la qualifica professionale da loro posseduta e quella eventualmente indicata dal datore di lavoro; requisito indispensabile, questo, per la piena valorizzazione delle capacità lavorative residue del soggetto handicappato attraverso un inserimento effettivamente produttivo nell'organizzazione aziendale (115).

L'esclusione della natura assistenziale dell'assunzione dell'appartenente alle categorie protette in regime di collocamento obbligatorio è stata infine ribadita dalla Corte nel 1987 con la stessa sentenza (116) con la quale essa ha dichiarato costituzionalmente legittima la disposizione contenuta nel 4° comma dell'art. 16 della legge del 1968, che subordinava la legittimità dell'atto di avviamento da parte dell'ufficio alla preventiva richiesta presentata dal datore di lavoro; la Corte motivava tale decisione ribadendo e precisando i principi già enunciati nelle sentenze di cui si è detto sopra: affermando, in particolare, che, poiché con il collocamento obbligatorio non possono accollarsi al datore di lavoro « oneri a connotazione assistenziale », l'assunzione del lavoratore appartenente alle categorie protette deve sempre corrispondere a « obiettivi necessità » aziendali; donde la necessità imprescindibile che l'atto di avviamento risponda a una richiesta con la quale possano essere « rese manifeste le esigenze concrete dell'imprenditore nell'operatività delle proprie strutture ».

L'interpretazione della legge n. 482/1968 indicata dalla Corte costituzionale — ed essenziale ai fini del giudizio di costituzionalità, secondo la motivazione propostane dalla Corte stessa — diverge nettamente e per più aspetti, tutti assai rilevanti, dall'interpretazione, della quale si è detto nel paragrafo precedente, che della stessa legge hanno dato la giurisprudenza di merito e di cassazione, nonché gli uffici amministrativi preposti alla sua applicazione. La questione merita di essere menzionata in questa sede, anche dopo l'entrata in vigore della nuova legge sul collocamento obbligatorio, poiché questa conserva in gran parte l'impostazione di fondo e i contenuti specifici della legge del 1968 e non è prevedibile che nella giurisprudenza di cassazione e di merito si registrino a breve termine apprezzabili elementi di discontinuità.

40. *Il novero dei beneficiari del collocamento obbligatorio secondo la nuova legge (12 marzo 1999 n. 68). Riduzione della capacità lavorativa del lavoratore avviato e divieto costituzionale dell'imposizione di oneri assistenziali al datore di lavoro. Rilevanza dello stato di disoccupazione e del suo carattere involontario.* — Per quanto riguarda i beneficiari dell'avviamento al lavoro in regime di collocamento obbligatorio, l'art. 1 della legge 12 marzo 1999 n. 68 espunge dal loro novero orfani, vedove e profughi (117), ricomprendendovi soltanto le persone in età lavorativa (118) affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, che comportino una riduzione della capacità lavorativa, accertata dalle competenti commissioni provinciali secondo criteri standard definiti dal ministero della sanità, superiore al 45 per cento: la capacità lavorativa residua deve essere dunque inferiore al 55 per cento (lett. a). Per coloro la cui menomazione è stata originata da infortunio sul lavoro o malattia professionale la soglia suddetta è ridotta al 33 per

cento; il relativo accertamento è riservato in tal caso all'INAIL (art. 1, lett. *b*). Per le persone affette da menomazioni della vista, occorre una riduzione della capacità visiva di entrambi gli occhi di almeno nove decimi, nonostante l'eventuale uso delle lenti correttive. Per gli invalidi di guerra, gli invalidi civili di guerra e gli invalidi per servizio, le minorazioni che danno diritto a beneficiare del collocamento obbligatorio sono quelle ascritte alle categorie dalla prima all'ottava di una apposita tabella annessa al testo unico delle norme in materia di pensioni di guerra (lett. *d*).

Potrebbe dunque apparire che la nuova norma non escluda dal beneficio dell'avviamento al lavoro in regime di collocamento obbligatorio, come invece faceva esplicitamente la legge del 1968 (art. 1, 2° c.), le persone la cui menomazione azzeri del tutto la capacità lavorativa, o renda il loro inserimento in azienda pericoloso per la salute o l'incolumità dei compagni di lavoro o per la sicurezza degli impianti. Tra i primi commentatori non è mancato chi ha sottolineato problematicamente tale omissione del legislatore (119). E invero — alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale di cui si è detto sopra (§ 39) — è difficile sottrarsi al dubbio circa la costituzionalità della norma se essa dovesse essere interpretata nel senso della suscettibilità di avviamento al lavoro in regime di collocamento obbligatorio anche di persone totalmente incapaci di proficuo lavoro. Ma questa interpretazione può senz'altro escludersi in considerazione del fatto che il terzo comma dell'art. 10 della stessa nuova legge prevede e disciplina esplicitamente la possibilità di licenziamento del disabile nel caso in cui si accerti l'incompatibilità della sua menomazione con il suo inserimento utile nell'organizzazione aziendale; se, dunque, per assurdo, un lavoratore totalmente non suscettibile di inserimento utile potesse essere avviato a un'impresa in regime di collocamento obbligatorio, l'assunzione sarebbe destinata a essere seguita immediatamente dal licenziamento.

Per evitare questa e altre numerose aporie, cui il testo legislativo — come sempre tecnicamente imperfetto — potrebbe condurre, occorre darne una lettura complessiva coerente con i principi enunciati dalla Corte costituzionale, e in particolare con il carattere non assistenziale che deve assumere il rapporto di lavoro costituito in regime di collocamento obbligatorio. A tal fine è indispensabile distinguere la capacità lavorativa assoluta del portatore di handicap dalla sua capacità di utile inserimento in una determinata azienda e in una determinata posizione lavorativa: ai fini dell'accesso al regime del collocamento obbligatorio occorre che la menomazione di cui il lavoratore soffre produca una riduzione delle sue possibilità nel mercato del lavoro superiore alla soglia indicata nell'art. 1 della legge (ad esempio: la perdita dell'uso degli arti inferiori riduce di tre quarti le occupazioni a cui il lavoratore può effettivamente candidarsi); ma ai fini del corretto avviamento al lavoro presso una determinata unità produttiva, dal momento che sarebbe costituzionalmente illegittima l'imposizione al suo titolare di un onere assistenziale in favore del portatore di handicap, è necessario che questi sia in grado di inserirsi proficuamente nell'organizzazione aziendale nonostante la propria menomazione (ad esempio: nonostante la perdita dell'uso degli arti inferiori, il lavoratore è perfettamente in grado di svolgere un lavoro sedentario: in questa occupazione compatibile con la sua menomazione egli può dunque obbligarsi validamente a un rendimento normale).

Anche chi abbia subito una riduzione del 90 per cento della propria capacità lavorativa, nel senso della possibilità di accesso alle occupazioni che altrimenti gli sarebbero offerte dal mercato, può essere collocato in un posto di lavoro nel quale il suo rendimento sia sostanzialmente pari a quello dei lavoratori normodotati; ed è soltanto in questo ordine di idee che la previsione legislativa dell'imposizione a un datore di lavoro dell'assunzione di un disabile la cui capacità lavorativa sia ridotta della metà e oltre può conciliarsi logicamente con il principio costituzionale (§ 39) che vieta di imporre a quel datore di lavoro un obbligo di natura in tutto o in parte assistenziale nei confronti del disabile. Ne consegue che la nuova legge non può essere correttamente interpretata nel senso della suscettibilità di avviamento al lavoro di un soggetto la cui menomazione precluda la sua adibizione utile a *qualsiasi* occupazione lavorativa; e deve invece essere interpretata nel senso che anche il soggetto la cui capacità lavorativa (intesa nel senso sopra precisato) abbia subito una riduzione molto elevata può e deve essere avviato (soltanto) a un posto lavoro nel quale egli possa fornire una prestazione adeguata agli standard normali di rendimento, guadagnandosi così per intero la retribuzione contrattuale e non costituendo un onere assistenziale per il datore di lavoro. Dove poi, nonostante tutte le misure opportunamente adottate, il portatore di handicap non possa essere posto in grado di esprimere una produttività normale, il costo del rapporto per il datore di lavoro deve potersi ridurre in proporzione al deficit di produttività (questo è previsto esplicitamente, nell'ordinamento francese, dall'art. L. 323-6 del *Code du travail*, 2° c.).

Si è discusso in passato se lo stato di disoccupazione e il suo carattere involontario dovessero o no considerarsi come requisiti necessari per il godimento dei benefici del collocamento obbligatorio da parte del lavoratore disabile. Il riferimento esplicito, nell'art. 38 Cost., all'involontarietà della disoccupazione come requisito per la tutela e la formulazione testuale della legge n. 68/1999 (l'art. 8, c. 1°, fa riferimento ai disabili disoccupati che aspirino a un'occupazione conforme alle proprie capacità lavorative) inducono a propendere per la risposta affermativa al quesito (120).

41. *Il « collocamento mirato ».* — Una conferma della tesi esposta nel paragrafo precedente circa l'impianto logico del sistema del collocamento obbligatorio desumibile dalla nuova legge, interpretata alla luce della giurisprudenza costituzionale precedente, si trae dall'art. 2, intitolato al « collocamento mirato »: pur con una fraseologia imprecisa e confusa, che concede troppo al più trito linguaggio corrente, la norma intende inequivocabilmente significare che il sistema deve tendere a individuare le potenzialità lavorative della persona disabile (« valutare adeguatamente le

persone con disabilità nelle loro capacità lavorative») al fine di individuare, sull'altro versante del mercato, l'occupazione (« inserirle nel posto adatto, attraverso analisi di posti di lavoro») nella quale essa possa, anche con misure appropriate (« forme di sostegno, azioni positive e soluzioni dei problemi connessi con gli ambienti, gli strumenti e le relazioni interpersonali»), essere posta in grado di raggiungere livelli normali di produttività (121). La legge, dunque, fa sua l'idea — da tempo acquisita nella cultura dei Paesi più civili — che, nella maggior parte dei casi, la menomazione fisica o sensoriale ha soltanto l'effetto di precludere a chi ne soffre determinate occupazioni, ma è assai raro che essa non consenta un pieno dispiegamento delle capacità produttive del soggetto in altri campi (questo è vero per la quasi totalità dei casi in cui il lavoratore è affetto da una menomazione fisica o sensoriale; e lo sviluppo delle tecnologie informatiche ha l'effetto di allargare sempre di più la gamma delle occupazioni cui anche un handicappato grave può essere utilmente adibito): il problema è essenzialmente quello di individuare questi campi e le possibilità concrete di occupazione che in essi si presentano, renderle all'occorrenza più facilmente accessibili alla persona interessata con le necessarie modifiche strutturali dei luoghi o l'installazione delle necessarie apparecchiature, aiutare la persona stessa a candidarsi con le necessarie iniziative di addestramento specifico, « preparare il terreno» per il suo inserimento con la diffusione di una adeguata cultura dell'accoglienza e della solidarietà nei confronti dei disabili.

È esplicita ed evidente, nella norma sul « collocamento mirato», la volontà del legislatore di ricollegarsi alle esperienze straniere più avanzate su questo terreno, legittimando quello che abbiamo indicato all'inizio come approccio non vincolistico al problema della promozione selettiva dell'accesso al lavoro dei portatori di handicap (§ 37). Quello che il legislatore non sembra essersi chiesto è come questo approccio possa coniugarsi con il vecchio impianto del sistema del collocamento obbligatorio, essenzialmente vincolistico e burocratico, che — come vedremo tra breve — la nuova legge non soltanto non smantella, ma anzi per certi aspetti tende a rafforzare e rivitalizzare (122); come, in particolare, la logica del « collocamento mirato», che implica la promozione di uno scegliersi reciproco fra lavoratore e imprenditore, possa conciliarsi con la conservazione delle vecchie « graduatorie» dei disabili che l'ufficio deve rispettare nell'operare gli avviamenti al lavoro, della regola dell'avviamento su « richiesta numerica», della cui conclamata e incorreggibile inefficienza da tempo ormai più nessuno dubita. Ne parleremo fra breve (§ 44).

42. Soggetti obbligati e contenuto dell'obbligo. — Quanto ai soggetti obbligati, essi sono identificati dall'art. 3 della nuova legge con tutti i datori di lavoro, pubblici e privati, che occupino almeno 15 dipendenti, esclusi (art. 4, 1° c.) i dirigenti (123), i soci di cooperative di produzione e lavoro, i lavoratori assunti con contratto a termine di durata non superiore a nove mesi, i portatori di handicap assunti in regime di collocamento obbligatorio, nonché, in applicazione di norme precedenti, i lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro e gli apprendisti (124). Poiché la legge non delimita l'ambito territoriale entro il quale la suddetta soglia numerica deve essere superata, deve intendersi che essa si riferisca all'organico aziendale complessivo sull'intero territorio nazionale. La soglia è notevolmente più bassa rispetto a quella dei 35 dipendenti stabilita dalla legge previgente; essa è inoltre inferiore rispetto a quella rilevante ai fini della costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali di cui agli artt. 19 e ss. St. lav., nonché per l'applicazione del regime di tutela reale contro i licenziamenti di cui all'art. 18 della stessa legge, non soltanto perché nello St. lav. occorrono 16 dipendenti per l'applicabilità della tutela più intensa, ma anche perché lì la soglia numerica è riferita alla singola unità produttiva.

Per i partiti politici, i sindacati e le organizzazioni non imprenditoriali operanti nel campo della solidarietà sociale, dell'assistenza o della riabilitazione, l'aliquota d'obbligo si calcola soltanto in riferimento al « personale tecnico-esecutivo e svolgente funzioni amministrative» (art. 1, c. 3°).

A norma del primo comma dell'art. 3, i datori di lavoro che occupano più di 50 dipendenti sono tenuti a riservare il 7 per cento dei posti in organico ai beneficiari del collocamento obbligatorio, considerandosi unità intera la frazione superiore allo 0,5 (art. 4, 2° c.): l'aliquota è dunque all'incirca dimezzata rispetto a quella del 15 per cento prevista dalla disciplina previgente (125). I posti riservati in organico sono invece 2 (pari a una percentuale che va dal 5,5 al 4 per cento) nelle aziende che occupano da 36 a 50 dipendenti, e uno (pari a una percentuale che va dal 6,6 al 2,8 per cento) nelle aziende che occupano da 15 a 35 dipendenti (126).

L'obbligo può essere assolto anche con l'impiego di lavoratori disabili in un rapporto di lavoro a domicilio o in forma di telelavoro (§§ 98-104) (art. 4, 3° c.).

Come già in precedenza, l'obbligo è sospeso nel caso di crisi occupazionale con ricorso all'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni o a licenziamento collettivo, nonché per tutta la durata dell'eventuale procedura di mobilità di cui all'art. 4 della legge n. 223/1991, o del contratto di solidarietà di cui agli artt. 1 o 2 della legge n. 863/1984 (art. 3, c. 5°).

In riferimento a determinate attività (in particolare quelle di trasporto), nelle quali è più difficile l'inserimento di portatori di handicap, l'obbligo può essere ridotto, escluso, o sostituito con l'imposizione di un « contributo esonerativo» al *Fondo regionale per l'occupazione dei disabili*, mediante provvedimenti amministrativi (art. 5).

43. Il caso della disabilità sopravvenuta in corso di rapporto. — La nuova legge affronta esplicitamente due questioni che si erano poste in precedenza in riferimento al caso della disabilità sopravvenuta in corso di rapporto.

L'ultimo comma dell'art. 1 vieta il licenziamento motivato con la disabilità sopravvenuta del lavoratore, quando questa sia imputabile a infortunio sul lavoro o malattia professionale, indipendentemente dall'imputabilità o no dell'evento a colpa del datore di lavoro. Dalla seconda parte del quarto comma dell'art. 4, ma anche dal terzo comma dell'art. 10, si trae che può invece costituire giustificato motivo di licenziamento l'impossibilità sopravvenuta di utilizzazione del dipendente stesso in mansioni equivalenti alle ultime svolte o in mansioni inferiori « in conseguenza di infortunio o malattia » (deve intendersi: infortunio o malattia non determinati da causa di lavoro). In questo caso il lavoratore ha diritto a essere avviato, in regime di collocamento obbligatorio, presso una nuova azienda per lo svolgimento di « attività compatibili con le residue capacità lavorative, senza inserimento nella graduatoria di cui all'art. 8 », cioè passando davanti ai portatori di handicap disoccupati in attesa di avviamento (127).

Lo stesso quarto comma dell'art. 4 stabilisce, per converso, la computabilità, ai fini della copertura della quota di organico riservata, del lavoratore divenuto disabile in corso di rapporto, a condizione che la capacità lavorativa residua sia inferiore al 40 per cento (qui non è chiara la *ratio* della soglia più bassa stabilita da questa norma, rispetto alla soglia generale del 55 per cento prevista dall'art. 1, lett. a per l'accesso dei portatori di handicap al regime del collocamento obbligatorio: potrebbe sollevarsi in proposito una questione di costituzionalità) e a condizione che la menomazione non sia stata causata da un inadempimento dell'obbligo di sicurezza da parte del datore di lavoro interessato.

44. Il meccanismo amministrativo. — Competente per la gestione del collocamento obbligatorio non è più l'Ufficio provinciale del lavoro, inteso come organo dell'Amministrazione statale: la nuova legge attribuisce la funzione alle Regioni, alle quali compete di individuare nell'ambito della propria organizzazione amministrativa o di quella degli enti territoriali a esse sottordinati la struttura cui viene affidato questo compito (art. 6). Si crea così il presupposto istituzionale per il necessario (e da gran tempo da ogni parte invocato) coordinamento della funzione del collocamento obbligatorio con quella della formazione professionale dei disabili, essa pure di competenza delle Regioni, disciplinata dall'art. 17 della legge-quadro 5 febbraio 1992 n. 104 per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate.

La regionalizzazione della funzione amministrativa farà probabilmente sorgere qualche problema operativo per gli adempimenti delle imprese che hanno unità produttive dislocate in regioni diverse. La legge precisa in proposito che i datori di lavoro che si trovino in tale situazione « possono essere autorizzati, su loro motivata richiesta, ad assumere in una unità produttiva un numero di lavoratori aventi diritto al collocamento obbligatorio superiore a quello prescritto, portando le eccedenze a compenso del minor numero di lavoratori assunti in altre unità produttive »; e che « per i datori di lavoro privati la compensazione può essere operata in riferimento a unità produttive ubicate in regioni diverse » (art. 5, 8° c.); ma le disposizioni necessarie per il coordinamento fra le amministrazioni regionali dovranno probabilmente, nel silenzio della legge, essere emanate dal ministero del lavoro.

Un altro effetto assai rilevante della regionalizzazione è costituito dalla possibilità di differenziazione, anche profonda, dei criteri per la formazione delle graduatorie dei lavoratori aventi diritto all'avviamento.

I datori di lavoro obbligati sono tenuti a presentare all'ufficio competente la dichiarazione periodica relativa ai rispettivi organici aziendali: in essa devono essere indicati anche i nomi dei disabili già assunti in regime di collocamento obbligatorio, nonché « i posti di lavoro e le mansioni disponibili » per la copertura integrale della quota riservata (art. 9, 6° c.). A differenza dal passato, la periodicità della dichiarazione ed eventuali suoi contenuti aggiuntivi sono stabiliti dal ministero del lavoro mediante apposito decreto. La sanzione per l'omissione di questo adempimento è di natura amministrativa pecuniaria ed è proporzionata al protrarsi dell'omissione stessa (art. 15, 1° c.).

Gli stessi datori di lavoro sono inoltre tenuti a presentare all'ufficio competente le proprie richieste di avviamento di lavoratori disabili entro 60 giorni dall'insorgenza dell'obbligo di copertura della quota riservata (art. 9, 1° c.). La richiesta può essere presentata sempre in forma nominativa, cioè con individuazione personale dei lavoratori desiderati, dai datori di lavoro che occupano da 15 a 35 dipendenti; dai datori di lavoro che occupano da 36 a 50 dipendenti può invece essere presentata nella stessa forma soltanto per uno dei due disabili da assumere, e dai datori di lavoro che occupano più di 50 dipendenti per il 60 per cento dei disabili da assumere (art. 7, 1° c.). Tutti i datori di lavoro possono presentare richiesta nominativa per l'assunzione di portatori di handicap psichico (art. 9, 4° c.).

In tutti gli altri casi (salva deroga pattuita mediante convenzione: § 45) la richiesta deve, di regola, essere « numerica »: deve cioè indicare soltanto il numero dei disabili di cui si chiede l'avviamento; ma ora è consentito esplicitamente indicarne anche categoria e qualifica (128).

Nel caso della richiesta « numerica », l'ufficio competente deve scegliere per l'avviamento il disabile col punteggio migliore in graduatoria, che abbia la qualifica indicata dal datore di lavoro, oppure — mancando l'iscritto che la posseda — una « qualifica simile » (art. 9, c. 2°), all'occorrenza ricorrendo a un « tirocinio formativo » per migliorare la corrispondenza dell'attitudine professionale del lavoratore alla qualifica richiesta dal datore. Questo modo di procedere presupporrebbe, tuttavia, che si risolvessero due annosi problemi, la cui soluzione è probabilmente, sul piano pratico, impossibile: il primo è quello della definizione di una « griglia » rigorosa delle qualifiche professionali che

possono essere indicate dai datori di lavoro e con cui i lavoratori possono iscriversi alla graduatoria presso l'ufficio competente; il secondo è il problema della verifica da parte dell'ufficio competente dell'effettivo possesso da parte del lavoratore delle capacità professionali corrispondenti alla qualifica con cui egli chiede di essere iscritto nella graduatoria: i nostri uffici del lavoro sono di fatto totalmente privi del personale specializzato e delle attrezzature necessarie per svolgere questa funzione (129). D'altra parte, il corretto abbinamento fra domanda e offerta di lavoro è sempre meno suscettibile di essere perseguito utilmente mediante un meccanismo elementare di « incasellamento » delle offerte e delle domande di lavoro secondo una determinata « griglia »: ogni lavoratore è un caso a sé, con un insieme particolare di attitudini principali e secondarie non suscettibile di classificazione rigida, con aspirazioni peculiari, con un proprio personalissimo programma di intreccio fra vita privata e lavoro; e ancor meno un rozzo « incasellamento » è proponibile per il collocamento dei lavoratori disabili, per ciascuno dei quali la rispettiva menomazione presenta problemi peculiari, che devono essere affrontati individualmente e meno che mai sopportano l'applicazione di procedure e automatismi burocratici (130).

Sta di fatto che, finché i due problemi di cui ho detto non saranno risolti — e vi è ragione di dubitare che nell'ambito dell'amministrazione pubblica essi possano trovare soluzione, a breve o a lungo termine —, non soltanto il « collocamento mirato », ma neppure il meccanismo dell'avviamento su richiesta numerica potrà mai funzionare appena decentemente (decenni di applicazione della regola della « richiesta numerica » come regola generale del collocamento ordinario avrebbero dovuto insegnare qualche cosa in proposito al nostro legislatore): nel migliore dei casi sarà facile al lavoratore e al datore di lavoro aggirare la regola accordandosi perché il primo si iscriva nella graduatoria con una qualifica molto rara (ad es.: « canneggiatore ») e il secondo chieda l'avviamento di un lavoratore che possieda proprio quella qualifica; e naturalmente, perché la gherminella funzioni sarà sempre utile ... ungerne la ruota: le complicazioni burocratiche alimentano sempre la corruzione. Ma accadrà più sovente che i datori di lavoro preferiscano sottrarsi del tutto all'obbligo dell'assunzione del disabile; essi in tal caso presenteranno la richiesta con l'indicazione di una qualifica molto particolare, o molto elevata (è forse vietato chiedere di assumere un interprete di lingua giapponese in funzione dell'espansione dei propri commerci nel Paese del Sol Levante? o un ingegnere elettronico in funzione della progettazione di un sistema di automatizzazione della propria produzione?), di cui avranno curato di verificare che nessun iscritto nella graduatoria l'abbia indicata come propria, o ne abbia indicata una simile. E a quel punto non sarà facile all'ispettore o al giudice del lavoro superare l'ostacolo costituito dal secondo comma dell'art. 9, di cui si è detto, per pervenire a imporre l'assunzione al datore di lavoro renitente, poiché la legge non ammette — ne potrebbe ammettere senza violare il principio costituzionale più volte richiamato — l'avviamento di lavoratori che non siano in possesso almeno di una capacità « simile » a quella richiesta (131). Una cosa è certa: ancora una volta il meccanismo infernale della richiesta numerica non servirà affatto a garantire equità e nella distribuzione delle occasioni di lavoro, né scorrevolezza nelle procedure di avviamento; viceversa, esso sarà di gravissimo intralcio all'attuazione del principio del « collocamento mirato », pure enunciato dalla stessa nuova legge (§ 41). Per i lavoratori disabili non si profila alcun vantaggio, alcuna « garanzia », ma soltanto una nuova versione del vecchio rito mortificante dell'avviamento abortito, infinite volte celebrato nel vigore della legge n. 482/1968, ma ora un po' più complicato e quindi ricco di nuovi possibili intricati se guiti giudiziari (132): qui si dischiudono vasti e pingui pascoli soltanto per gli avvocati.

Il legislatore del 1999 ha inteso invece semplificare le cose là dove ha risolto con un tratto di penna l'annosa questione delle conseguenze della mancata presentazione della richiesta di avviamento al lavoro da parte del datore di lavoro obbligato. Nel vecchio regime l'omissione costituiva una contravvenzione, soggetta a una pena pecuniaria di modesta entità, che però — secondo un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di cassazione — aveva l'effetto di paralizzare l'avviamento da parte dell'ufficio; e abbiamo visto (§ 39) che la Corte costituzionale nel 1987 aveva confermato come costituzionalmente necessaria l'esclusione della possibilità dell'avviamento d'ufficio, ritenendo che in assenza dell'indicazione da parte del datore di lavoro della qualifica necessaria per l'utile inserimento del disabile nell'organizzazione aziendale il rapporto di lavoro sarebbe destinato inevitabilmente a essere scarsamente produttivo e ad assumere quindi una connotazione assistenziale. Ora il terzo comma dell'art. 9 risolve drasticamente il problema, stabilendo che la richiesta di avviamento di disabili nella misura necessaria per la copertura integrale della quota di organico riservata debba considerarsi implicita nella dichiarazione periodica del datore di lavoro; e per superare l'ostacolo posto dalla citata sentenza della Corte costituzionale all'avviamento automatico del lavoratore in seguito alla dichiarazione periodica del datore di lavoro, il sesto comma — come si è già visto — impone al datore stesso di specificare nella dichiarazione i posti di lavoro disponibili e le relative mansioni, in modo che l'ufficio competente sia — almeno in linea teorica — in grado di scegliere il lavoratore da avviare sulla base di una adeguata selezione attitudinale.

Resta aperto il problema (al quale ho fatto cenno sopra in riferimento alla presentazione di richiesta numerica distinta dalla dichiarazione periodica) che sorge quando nella dichiarazione il datore di lavoro indichi posti di lavoro scoperti e relative mansioni di difficile copertura, per la rarità delle corrispondenti qualifiche, e nella graduatoria non figurino lavoratori né in possesso di tali qualifiche, né in possesso di « qualifiche simili », a norma del quarto comma. Non è chiaro entro quali limiti l'ufficio possa nondimeno procedere all'avviamento di un disabile, senza che questo costituisca imposizione al datore di lavoro di un onere di carattere sostanzialmente assistenziale, alla stregua del criterio enunciato dalla Corte costituzionale (133).

La nuova legge ha anche colmato la lacuna, rimasta in precedenza aperta nel vecchio regime, costituita dalla mancanza di sanzione efficace contro la mancata copertura della quota riservata quando essa sia imputabile a colpa del datore di

lavoro obbligato (mancata presentazione della dichiarazione periodica degli organici e/o della richiesta di avviamento, rifiuto ingiustificato di assumere il lavoratore avviato dall'ufficio): l'inadempimento è punito con l'ammenda di 100.000 lire al giorno per ciascun posto di lavoro riservato ai disabili e rimasto scoperto (134). La legge non dice se qui debba leggersi « giorno lavorativo » o « giorno di calendario »; poiché tuttavia l'analoga (ma assai più lieve) sanzione prevista dall'art. 23 della legge del 1968 era esplicitamente commisurata ai soli giorni lavorativi, sembra preferibile una lettura della nuova norma che la ponga per questo aspetto in continuità con la vecchia (135).

In caso di rifiuto di assunzione del lavoratore avviato da parte del datore destinatario, l'8° comma dell'art. 9 prevede che la direzione provinciale del lavoro ne faccia rapporto agli uffici regionali competenti e all'autorità giudiziaria. Qui non sono chiare due cose: come e perché sia coinvolta nel procedimento la direzione provinciale del lavoro, organo dell'amministrazione statale che — come si è visto — la nuova legge ha spogliato della funzione di gestione del collocamento obbligatorio, e quale sia lo scopo della comunicazione indirizzata all'autorità giudiziaria, dal momento che l'intera materia è ora depenalizzata.

45. Le convenzioni e le agevolazioni che per mezzo di esse possono essere ottenute. — Nell'art. 11 della nuova legge trovano un riconoscimento positivo gli esperimenti-pilota svolti, nel vigore del vecchio regime, negli spazi consentiti dall'art. 5 della legge n. 56/1987 (§ 38), e in particolare quelli svolti sulla base di una delibera-quadro della Commissione regionale per l'impiego lombarda, che erano consistiti in una sorta di « cogestione » di avviamenti al lavoro mirati, da parte di imprese, ufficio del lavoro e struttura specializzata dell'Unità sanitaria locale, mediante apposite convenzioni nelle quali si definivano quantità, tempi e modi degli inserimenti, anche in deroga alla disciplina legislativa e alle procedure burocratiche da essa previste.

L'art. 11 ora generalizza la possibilità di tali convenzioni, prevedendo che con esse si possa derogare al vincolo della « richiesta numerica » di cui all'art. 7, autorizzando la scelta nominativa del disabile da parte dell'impresa stipulante (condizione, questa, come si è già detto, imprescindibile perché possa essere sperimentata una qualsiasi forma di « collocamento mirato »). La convenzione può inoltre definire i « tempi » degli avviamenti (2° c.), consentendo così una opportuna graduazione della copertura della quota riservata nell'impresa, che può costituire un corrispettivo appetibile per la cooperazione fattiva dell'impresa stessa al buon esito degli inserimenti concordati; e può validamente derogare alla disciplina vigente in materia di contratto a termine, o di limiti di età per il contratto di apprendistato o di formazione e lavoro, nonché prevedere « periodi di prova più ampi di quelli previsti dal contratto collettivo », purché in tal caso l'esito negativo della prova suscettibile di dar luogo al licenziamento non sia riferibile alla menomazione da cui è affetto il lavoratore (quest'ultima limitazione della possibilità di deroga alla disciplina collettiva del patto di prova appare assai inopportuna, dal momento che l'esperienza insegna come la verifica del buon esito dell'inserimento di un portatore di handicap grave in una determinata funzione aziendale possa richiedere anche tempi relativamente lunghi, proprio per la gravità della menomazione e la durata del periodo di adattamento e addestramento specifico del lavoratore).

Per mezzo della convenzione l'ufficio competente può disporre l'assegnazione all'impresa stipulante di sgravi contributivi parziali o totali, in proporzione alla gravità della menomazione del lavoratore di cui si prevede l'assunzione (art. 13), e in particolare per i portatori di handicap psichico (art. 9, 4° c.); può inoltre disporre « il rimborso forfetario parziale delle spese necessarie alla trasformazione del posto di lavoro per renderlo adeguato alle possibilità operative dei disabili con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50 per cento o per l'apprestamento di tecnologie di telelavoro ovvero per la rimozione delle barriere architettoniche che limitano in qualsiasi modo l'integrazione lavorativa del disabile » (art. 13, 1° c., lett. c). Sgravi contributivi e rimborsi spese di cui si è detto sono finanziati mediante il *Fondo per il diritto al lavoro dei disabili*, che la nuova legge istituisce presso il ministero del lavoro (4° c.); da non confondersi con il *Fondo regionale per l'occupazione dei disabili*, destinato al finanziamento dei programmi regionali di promozione selettiva dell'accesso al lavoro dei disabili (art. 14).

L'impressione è che solo per mezzo delle convenzioni, se e dove con esse si riuscirà a « saltare » l'intero meccanismo burocratico che la nuova legge ha inteso conservare e addirittura rafforzare, sarà possibile dar vita per davvero a un sistema efficace di promozione dell'inserimento dei disabili, anche gravi, nel tessuto produttivo. Ma questo presuppone che gli operatori pubblici preposti alla funzione sappiano abbandonare senza rimpianti il terreno « sicuro » (ma infecondo) delle procedure burocratiche per affrontare, in stretta cooperazione con le imprese interessate, il mare aperto del « collocamento mirato », dove la bontà del lavoro svolto non sta nel rispetto di una procedura formale, ma nel conseguimento effettivo del risultato perseguito, quali che siano le forme e i mezzi utilizzati per raggiungerlo. Per questo occorrono una mentalità nuova e nuove capacità professionali di cui in piccola parte l'amministrazione pubblica dispone (soprattutto là dove i suoi operatori hanno potuto « farsi le ossa » con gli esperimenti pilota di cui si è detto), ma che invece nella maggior parte dei casi fanno totalmente difetto; e a questo neppure la legge migliore del mondo può sopperire nel breve termine.

L'art. 12 prevede infine una complicata convenzione con cui un'impresa può assumere a tempo indeterminato un disabile, inviandolo però, per un periodo massimo di un anno, a lavorare presso una cooperativa sociale (di cui all'art. 1, c. 1°, della legge 8 novembre 1991 n. 381), oppure presso lo studio di un disabile libero professionista, con retribuzione e contribuzione previdenziale interamente a carico della cooperativa o del libero professionista, e con

contestuale pattuizione della fornitura da parte loro di beni o servizi all'impresa interessata, in misura non inferiore a quanto necessario perché il provento della fornitura copra interamente il costo retributivo e contributivo relativo al rapporto con il disabile. Troppo breve la durata massima consentita di questo rapporto trilatero, perché sia possibile ammortizzarne i costi di transazione; e comunque l'operazione appare troppo complicata perché questo tipo di convenzione possa avere una apprezzabile diffusione.

In riferimento all'istituto del lavoro extra-carcerario dei detenuti, nell'ultimo comma dell'art. 12 viene menzionata la possibilità di « apposite convenzioni » finalizzate « all'inserimento lavorativo temporaneo dei detenuti disabili ».

46. Il rapporto di lavoro con il disabile e il divieto di discriminazione. — La nuova legge non interviene sulla questione, un tempo dibattuta, circa l'idoneità o no dell'atto di avviamento operato dall'ufficio a costituire automaticamente il rapporto di lavoro tra l'avviato e il datore di lavoro destinatario. Sul punto deve pertanto farsi riferimento all'orientamento giurisprudenziale assolutamente dominante nel senso dell'insufficienza dell'atto di avviamento, ancorché disposto in seguito a richiesta del datore di lavoro e corrispondente alle indicazioni contenute nella richiesta stessa: il rapporto di lavoro si costituisce soltanto con la successiva stipulazione del contratto fra il datore e il lavoratore avviato, salva la responsabilità risarcitoria del primo in caso di rifiuto ingiustificato (136).

Quanto alla disciplina del rapporto di lavoro costituito in regime di collocamento obbligatorio, l'art. 10 della nuova legge prevede innanzitutto l'applicazione degli stessi standard di trattamento legislativi e collettivi applicabili ai lavoratori normodotati (1° c.), già sancita dalla legge previgente. Essa non contiene invece un divieto esplicito di discriminazione motivata dalla menomazione, che costituisce l'elemento fondamentale dell'intervento pubblico su questo terreno, oggetto di una normativa assai precisa e articolata, in altri ordinamenti come quello statunitense (*Americans with Disabilities Act 1991* e *Civil Rights Act 1991*) (137) e quello britannico (*Disability Discrimination Act 1995*). Tuttavia tale specifico divieto di discriminazione è agevolmente desumibile anche nel nostro ordinamento dagli artt. 2, 3 e 41 Cost., nonché dall'art. 5, lettera m, della già citata legge-quadro n. 104/1992 per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, per quanto neppure qui esso sia enunciato in forma del tutto esplicita.

Ne il divieto di discriminazione, né l'applicabilità degli standard collettivi di categoria, dovrebbero comunque, a stretto rigore, considerarsi ostacolo a una riduzione della retribuzione corrispondente all'eventuale deficit di produttività del lavoratore disabile, che non risulti eliminabile con le misure opportune di riabilitazione, addestramento, adattamento strutturale e attrezzatura speciale del posto di lavoro: se infatti il sistema del collocamento obbligatorio deve rispettare il divieto costituzionale di imposizione al datore di lavoro di oneri assistenziali (§ 39), dal datore di lavoro stesso non dovrebbe potersi esigere il pagamento di una retribuzione commisurata a un rendimento normale, a fronte di un rendimento ridotto.

Detto questo, va detto anche che la tesi qui esposta — pur apparentemente indiscutibile alla luce della giurisprudenza costituzionale sopra esaminata — non è confortata da alcuna pronuncia giurisprudenziale, né da alcuna voce dottrinale concorde; ed essa sembra avere oggi ben poche possibilità di essere accolta dai giudici del lavoro, stante l'ultradecennale loro assuefazione al netto contrasto di fatto fra il diritto vivente e il principio costantemente ribadito dalla Corte costituzionale. Se ciononostante insisto a riproporla è perché — al di là del ragionamento giuridico-teorico — sono convinto che la regola della non riducibilità del trattamento del disabile in proporzione al suo minore rendimento costituisca un ostacolo formidabile alla possibilità per numerosissimi disabili gravi di offrire il loro lavoro e trovare un'occupazione per loro soddisfacente: imporre lo stesso prezzo per una prestazione di livello normale e per una prestazione di livello inferiore non può che produrre l'effetto di espellere questa seconda dal mercato. E l'esperienza insegna che nessuna graduatoria, nessuna « quota riservata », nessun meccanismo di avviamento al lavoro coatto, hanno il potere di neutralizzare efficacemente e su larga scala questo effetto indesiderato della regola di parità. La soluzione corretta del problema non sta nell'imposizione dello stesso standard di trattamento a fronte di prestazioni di valore differente, bensì nell'intervento pubblico volto a incrementare, dove necessario, il rendimento del lavoratore meno produttivo, o a ridurre il costo per il datore di lavoro con contributi opportunamente determinati. Qualche cosa in questo senso la nuova legge dispone, là dove prevede la fiscalizzazione totale o parziale dei contributi previdenziali (art. 13, 1° c.: § 45). Ma qui l'errore sta nel commisurare l'entità del beneficio per il datore di lavoro all'entità della « riduzione della capacità lavorativa » del lavoratore, che, come si è visto a suo luogo (§ 40), corrisponde soltanto alla restrizione della gamma delle sue possibili occupazioni, ma non corrisponde necessariamente a un deficit di produttività nello svolgimento di una specifica prestazione lavorativa scelta opportunamente, e per la quale il lavoratore sia stato adeguatamente addestrato. Così, ad esempio, la cecità riduce grandemente la gamma delle possibili occupazioni della persona che ne è affetta; ma quella stessa persona può esprimere una produttività del tutto normale, se non addirittura superiore alla media, lavorando come musicista, come centralinista, o come massaggiatore; e in tal caso non vi sarebbe alcun motivo per cui il suo datore di lavoro dovesse godere di una fiscalizzazione anche soltanto parziale dei contributi previdenziali.

Come si è già detto (§ 43), il quarto comma dell'art. 4 consente, in caso di aggravamento della menomazione sopravvenuto, l'adibizione a mansioni di contenuto professionale inferiore rispetto a quelle svolte in precedenza, in deroga al divieto di cui all'art. 2103 c.c., ma con conservazione della retribuzione corrispondente al livello superiore

precedentemente acquisito. Questo introduce una connotazione apertamente assistenziale nel rapporto, con conseguente dubbio di costituzionalità della norma (v. § 39), che tuttavia potrebbe essere superato in considerazione della sicura legittimità costituzionale dell'attribuzione al rapporto di lavoro di una funzione *lato sensu* « assicurativa » (§ 6): vista in quest'ottica, la disposizione non costituisce una novità nel nostro ordinamento.

Quando, nonostante la possibilità di spostamento a mansioni inferiori di cui si è detto, l'aggravamento sopravvenuto della menomazione la renda definitivamente incompatibile con l'inserimento utile del disabile nell'organizzazione aziendale, questo giustifica il licenziamento; quando invece l'incompatibilità assoluta sia temporanea, il lavoratore ha diritto a una sospensione della prestazione senza retribuzione (art. 10, 3° c.).

In caso di riduzione del personale o di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, nella scelta dei lavoratori da licenziare si deve tener conto, a pena di annullabilità del recesso, dell'esigenza di mantenere la copertura della quota riservata ai disabili (art. 10, 4° c.).

Del licenziamento del disabile che era stato assunto in regime di collocamento obbligatorio il datore di lavoro deve dare notizia entro dieci giorni all'ufficio competente, il quale, se ben comprendo quanto dispone il quinto comma dell'art. 10, dovrebbe provvedere automaticamente a un avviamento sostitutivo. In assenza di una richiesta da parte del datore di lavoro, contenente l'indicazione della qualifica del lavoratore da avviare, deve ritenersi che l'ufficio sia tenuto ad avviarne uno in possesso della stessa qualifica di quello licenziato, non potendo ammettersi — per i motivi di ordine costituzionale più volte richiamati — l'avviamento di un lavoratore qualsiasi, senza alcuna selezione attitudinale in relazione alle esigenze effettive dell'impresa.

47. Il problema dei portatori di handicap sociale e la sopravvivenza del vecchio (e ineffettivo) meccanismo delle quote riservate riferite al flusso delle assunzioni. — Per completezza di esposizione va osservato che, per un verso, il nuovo sistema del collocamento obbligatorio istituito e regolato dalla legge n. 68/1999 offre protezione esclusivamente ai portatori di handicap fisico, psichico o sensoriale, ignorando del tutto i portatori di handicap sociale, quali ad esempio i detenuti (138), i pregiudicati, i tossicodipendenti o ex tossicodipendenti, i disoccupati di lunga durata, gli immigrati regolari extra-comunitari con problemi di lingua, di cultura, di carenza di qualsiasi rete parentale o amicale che li aiuti nell'inserimento nel tessuto produttivo; per altro verso, la nuova legge non sopprime il meccanismo istituito dall'art. 25 della legge n. 223/1991, che prevede la riserva di una quota pari al 12% delle nuove assunzioni in favore dei disoccupati « di lunga durata », degli iscritti nelle liste di mobilità e degli appartenenti ad altre categorie individuate dalla Commissione regionale per l'impiego (§ 38): tra le norme previgenti oggetto di abrogazione esplicita nell'art. 22 della nuova legge, quella norma del 1991 non figura.

Deve desumersene che, almeno sul piano teorico-formale, quel sistema di promozione selettiva dell'accesso al lavoro di appartenenti a categorie protette diverse da quella dei disabili coesiste con il nuovo sistema del collocamento obbligatorio di cui alla legge n. 68/99, col risultato del sommarsi dell'aliquota del 12 per cento (sul flusso delle assunzioni), prevista dall'art. 25 della legge del 1991, con l'aliquota del 7 + 1 per cento (sullo *stock* dell'organico aziendale) prevista dalla legge del 1999. È un elemento di abnorme squilibrio del quadro legislativo, la cui non pericolosità è garantita soltanto dal tasso elevatissimo di ineffettività della norma del 1991. In Italia le cose vanno così.

(1) M. D'Antona, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, relazione introduttiva al convegno indetto in occasione del 50° anno della *Rivista giuridica del lavoro*, Napoli, 8 maggio 1999, Suppl. RGL n. 3/1999, pp. 22-23.

(2) Tranne Svizzera e Islanda, hanno aderito a questo Accordo anche tutti i Paesi che avevano in precedenza dato vita all'Efta-European Free Trade Association (associazione di Stati, per la maggior parte nord-europei, costituita con la convenzione di Stoccolma del 4 gennaio 1960 — soprattutto per iniziativa della Gran Bretagna — in risposta alla costituzione della CEE).

(3) C. Giust. 26 febbraio 1991, in causa n. c-292/89, *Racc.*, 1991, p. 217, sulla quale v. L.S. Rossi, *I beneficiari della libera circolazione delle persone nella giurisprudenza comunitaria*, FI, 1994, IV, partic. cc. 102-104. Nello stesso senso F. Pocar, *Diritto comunitario del lavoro*, cit.: « qualsiasi persona è invero potenzialmente un lavoratore subordinato, e l'unico elemento che può venire in considerazione è il fine che determina il suo spostamento da un territorio verso l'altro, di svolgere appunto in esso una attività lavorativa alle dipendenze di un datore di lavoro » (p. 43); P. Magno, *Il lavoro all'estero*, Padova, 1990, p. 122; F. Mancini, *The free movement of workers in the Case-Law of the European Court of Justice*, in AA.VV., *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, a cura di D. Curtin e D. O'Keefe, Londra, 1992, pp. 68-77. V. però, in senso contrario, N. Catala, R. Bonnet, *Droit social europe en*, Paris, 1991, p. 77.

(4) È ben vero che a norma del secondo comma dello stesso articolo, « la libertà di stabilimento impone l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese »; ma questa disposizione costituisce un arricchimento del contenuto della libertà di stabilimento e non certo una sua limitazione. Essa non dovrebbe dunque essere interpretata nel senso che lo spostamento del domicilio o della residenza personale debba essere consentito soltanto in funzione dello svolgimento di attività di lavoro autonomo o di impresa. Sulla libertà di circolazione dei lavoratori v. anche la raccolta AA.VV., *La libera circolazione dei lavoratori*, a cura di B. Nascimbene, Milano, 1998, e ivi particolarmente, oltre all'introduzione del Curatore, gli scritti di G. Gaja, M. Roccella, R. Foglia, L. Daniele, L.S. Rossi, M.G. Esposito, L. La Marca.

(5) V. per tutti in questo senso M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 1995², p. 81-84; R. Foglia, G. Santoro Passarelli, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Torino, 1996, pp. 112-115. V. in proposito anche § 17 e ivi nota 48.

(6) C. Giust. 23 marzo 1982, causa n. C-53/81, *FI*, 1983, IV, c. 228, nonché *AS*, 1983, II, p. 158.

(7) C. Giust. 15 dicembre 1995, causa n. C-415/93, *RIDL*, 1996, II, p. 209, con nota di M. Di Filippo, *La libera circolazione dei calciatori professionisti alla luce della sentenza Bosman* (ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali).

- (8) In questo senso v. anche C. Giust. 15 dicembre 1995, causa n. C-415/93, cit., § 97 (dove è citato il precedente conforme di C. Giust. 27 settembre 1988, causa n. C-81/87).
- (9) V. in proposito, anche per la ratifica da parte dell'Italia, § 15 e ivi in particolare nota 31.
- (10) L'unico precedente in proposito, nella giurisprudenza costituzionale, per quel che consta, è C. cost. 17 aprile 1957 n. 53, che peraltro non ha fatto applicazione rigorosa di questo principio (*GCost.*, 1957, p. 636, con nota dissenziente per questo aspetto di M. M(azzioti), e *FI*, 1957, I, c. 729, con nota dissenziente di R. Flammia, *Collocamento dei lavoratori e art. 16 della Costituzione*).
- (11) Non constano precedenti giurisprudenziali sul punto specifico.
- (12) Le norme attuative dell'art. 48 attualmente in vigore sono contenute nel regolamento 15 ottobre 1968 n. 1612, « relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità », e nella direttiva 15 ottobre 1968 n. 360, « relativa alla soppressione delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità ». Sulla combinazione del principio di libertà di circolazione e della tutela antidiscriminatoria nel diritto comunitario, oltre agli scritti citati nelle note che seguono, v. recentemente J.L. Goñi Sein, *Libertà di circolazione e divieto di discriminazione*, in *Dizionario di diritto del lavoro comunitario* a cura di A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra, Bologna, 1996, pp. 367-378.
- (13) V. tra le altre C. Giust. 30 maggio 1989, causa n. C-33/88, *RIDL*, 1990, II, p. 310, con nota di F.D. Mastrangeli, *Principio di libera circolazione nella Cee, lettori di lingua straniera e discriminazioni occulte*.
- (14) V., tra le altre, C. Giust. 14 luglio 1976, causa n. C-13/76. Sull'efficacia diretta della libertà di circolazione v. anche D.M. Traina, *La libertà di circolazione dei lavoratori comunitari*, Milano, 1990, pp. 19-30.
- (15) C. Giust. 12 luglio 1984, causa n. C-237/83, *GC*, 1985, I, p. 2134.
- (16) Sulla quale v. § 12 ed ivi nota 13.
- (17) V. § 21 e ivi nota 2.
- (18) Secondo uno studio recente (A. Gavosto, A. Venturini, C. Villosio, *Do Immigrants Compete with Natives?, Labour*, 1999, pp. 603-621) l'ingresso nel mercato del lavoro nazionale di manodopera straniera può effettivamente produrre un effetto depressivo sulle retribuzioni dei lavoratori indigeni, ma ciò accade soltanto quando esso fa salire il tasso di forza-lavoro straniera al di sopra di una « soglia cruciale », che può collocarsi fra il 7 e il 12% della forza-lavoro totale.
- (19) In questo senso, se ben intendo il suo pensiero, v. F. Pocar, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 1983, pp. 37-38 (e ivi partic. nota 7), il quale afferma la legittimità nel diritto comunitario di differenziazioni pattizie volte sostanzialmente a favorire e non a ostacolare l'inserimento dello straniero.
- (20) V. in proposito più ampiamente § 35.
- (21) Cfr. in proposito N. Catala, R. Bonnet, *Droit social europe' en*, cit.: « le règlement donc prohibe non seulement les discriminations explicites, mais aussi les discriminations indirectes ou dissimulés » (p. 83).
- (22) C. Giust. 30 maggio 1989, causa n. C-33/88, cit.: il divieto delle discriminazioni indirette è esplicitamente enunciato al § 11 della motivazione, dove è citato in proposito il precedente conforme di C. Giust. 15 gennaio 1986, causa n. C-41/84. In riferimento alla « discriminazione a rovescio », quella cioè tendente a favorire il lavoratore straniero rispetto all'indigeno, v. recentemente le sentenze della stessa Corte 16 giugno 1994, causa C-132-93, e 5 giugno 1997, cause riunite C-64 e 65/96, cit. da G. Gaja, *La libera circolazione dei lavoratori: diritto comunitario e diritto nazionale*, in AA.VV., *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., pp. 20-21.
- (23) Ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 6 febbraio 1963 n. 405.
- (24) La convenzione n. 143/1975, ratificata dall'Italia con L. 10 aprile 1981 n. 158, fa seguito alla convenzione n. 97/1949, che conteneva soltanto impegni assai blandi a carico gli Stati aderenti in favore dei lavoratori migranti e non prevedeva l'inserimento negli ordinamenti nazionali di alcun divieto di discriminazione ai danni dello straniero nei rapporti fra privati.
- (25) L'obbligo assunto dall'Italia sul piano internazionale con la convenzione O.I.L. comporta, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente, anche il diritto del lavoratore extracomunitario (purché, ovviamente, dotato dei permessi di soggiorno e lavoro), in caso di invalidità, all'iscrizione nelle liste del collocamento obbligatorio (§ 44): C. cost. 30 dicembre 1998 n. 454, *GCost*, 1998, p. 3765, e *D&L*, 1999, p. 277, con nota di A. Guariso, *Sul principio di parità di trattamento fra lavoratori italiani ed extracomunitari*.
- (26) V. in proposito A. Adinolfi, *La circolazione dei cittadini di Stati terzi: obblighi comunitari e normativa nazionale*, in AA.VV., *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., pp. 123-155.
- (27) Per un primo commento, ispirato a una valutazione complessivamente positiva, della nuova legge, v. M. Damiani, *Le politiche dell'immigrazione in Italia in base alla Legge n. 40/1998*, *DRI*, 1999, pp. 311-320. Sulla disciplina previgente (l. 30 dicembre 1986 n. 943, l. 28 febbraio 1990 n. 39), oltre che sulla conv. O.I.L. n. 143/1975, v. B. Nascimbene, *Lo straniero nel diritto italiano*, Milano, 1988; L. Isenburg, *Il rapporto di lavoro dei cittadini extracomunitari dopo la legge Martelli*, *RGL*, 1992, I, pp. 409-463; M.J. Vaccaro, *Livelli normativi e fenomeno migratorio*, Torino, 1997: ivi anche una interessante trattazione dell'evoluzione del concetto di lavoratore migrante nell'ordinamento comunitario e in quello dell'O.I.L.
- (28) Secondo i dati forniti dal ministero dell'interno, all'inizio del 1999 gli stranieri soggiornanti in Italia regolarmente erano poco più di 1.250.000, di cui 481.000 europei, 360.000 africani, 241.000 asiatici e 164.000 americani. Gli irregolari erano stimati invece fra i 200.000 e i 300.000.
- (29) L'assunzione di un lavoratore straniero privo del permesso di soggiorno è punita con l'arresto da tre mesi a un anno o con l'ammenda da due a sei milioni di lire (art. 20, c. 8°).
- (30) Secondo i dati forniti dal ministero dell'interno, all'inizio del 1999 gli stranieri svolgenti in Italia lavoro autonomo regolare erano circa 51.500, a fronte di circa 691.500 dipendenti regolari e circa 205.500 iscritti agli uffici di collocamento come disoccupati.
- (31) V. in proposito A. Viscomi, *La legge italiana del 1998 sul lavoro immigrato extracomunitario*, in F.A. Cappelletti, L. Gaeta, *Diritto lavoro alterita'. Figure della diversità e modelli culturali*, Napoli, 1998, pp. 283-307; L. Castelvetti, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, *DRI*, 1999, pp. 321-331.
- (32) Cfr. in proposito L. Castelvetti, *op. ult. cit.*: « La questione potrebbe farsi delicata con riguardo all'ipotesi, già prospettata, in cui si realizzino pratiche di contrattazione collettiva riservate al lavoro immigrato, qualora esse vengano imposte ai fini dell'assunzione: da un lato potrebbe risultare controverso il carattere *svantaggioso* di eventuali pattuizioni collettive che, pur prevedendo trattamenti deteriori rispetto agli standard di categoria, asseritamente avvantaggino lo straniero rispetto alla manodopera autoctona nel reperimento di occasioni di lavoro » (p. 326).
- (33) Cass. 14 dicembre 1998 n. 13075, *MGL*, 1998, p. 708.
- (34) « Il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti. La scelta deve essere espressa o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze ». V. in proposito Cass. 26 febbraio 1986 n. 1226, *FI*, 1986, I, c. 1560; P. Milano 12 agosto 1987, *GC*, 1987, I, p. 2974; T. Milano 26 maggio 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 33, con nota di G. Burrigato, *Sul contratto di lavoro fra italiani all'estero*.
- (35) Sul nuovo assetto della materia conseguente alla riforma v. il commento di T. Treves all'art. 57 della legge n. 218/1995, ne *La riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, *RDIPP*, 1995, pp. 1176-1186. V. inoltre I. Viarengo, *La legge applicabile al lavoratore distaccato in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi*, in AA.VV., *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., pp. 175-186; AA.VV., *I contratti di lavoro internazionali*, *QDLRI*, n. 20, 1998, con scritti di A. Lyon-Caen e S. Sciarra, *La convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, pp. 9-28; F. Mosconi, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, pp. 29-72; M. Magnani, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, pp. 73-95; A. De Matteis e S. Giubboni, *Rapporti di lavoro con elementi di internazionalità e sicurezza sociale*, pp. 97-114. In argomento v. infine ultimamente A. Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, Padova, 1999, pp. 232-234.
- (36) V. in proposito Cass. 30 settembre 1955 n. 2728, *FI*, 1956, I, c. 552, secondo la quale l'ordine pubblico internazionale impedisce di « aprire le porte a concezioni assolutamente contrastanti e repugnanti con le basi etiche della nostra convivenza civile »; nello stesso senso in seguito Cass. 9

novembre 1981 n. 5924, in *NGL*, 1982, p. 264: « l'art. 31 delle preleggi tende ad assicurare il rispetto, in ogni caso, dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico ... espressione delle fondamentali esigenze della civiltà giuridica ». In dottrina v. tra gli altri M. Giuliano, *Rapporti di lavoro e diritto internazionale privato*, *RGL*, 1952, I, pp. 9-10; R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. I, Torino, 1965, pp. 469-473; P. Barile, *Ordine pubblico (diritto internazionale privato)*, *Enc dir*, XXX, 1980, pp. 1113-1116; P. Magno, *Lavoro degli italiani all'estero e degli stranieri in Italia*, in *Dizionari di diritto privato* a cura di N. Irti, 2. *Diritto del lavoro*, Milano, 1981, p. 145; Id., *Il lavoro all'estero*, cit. (1990), pp. 311-326; T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, pp. 424-427; G. Mannacio, *Ancora in tema di rapporto di lavoro e legge straniera*, *IP*, 1982, p. 2321.

(37) Cfr., in riferimento alle norme in materia di trattamento di fine rapporto e tredicesima mensilità, P. Milano 23 dicembre 1986, *GC*, 1987, I, p. 2410; T. Milano 26 maggio 1989, cit.

(38) Così, nel senso dell'esclusione della disciplina nazionale del contratto a termine dall'ordine pubblico internazionale, P. Milano 18 novembre 1980, *L80*, 1981, p. 128, e T. Milano 19 ottobre 1981, *ivi*, 1982, p. 111. V. però, per una interpretazione molto più estensiva della nozione di ordine pubblico internazionale privato, Cass. 25 maggio 1985 n. 3209, *RDIPP*, 1985, p. 658.

(39) Cfr. G. Cansacchi, *La legge regolatrice del rapporto di lavoro svoltosi all'estero*, *RDIPP*, 1968, p. 18: « Come sarebbe iniquo, applicando una legislazione straniera, privare il lavoratore nazionale delle essenziali corrisposizioni pecuniarie, ... così sarebbe altrettanto iniquo gravare il datore di lavoro, cumulando la legge estera a quella nazionale, di una doppia e ingiustificata onerosità pecuniaria. Il buon senso del magistrato sarà, in questi casi, il migliore e unico criterio di interpretazione ».

(40) Cass. 18 febbraio 1983 n. 1240, *GC*, 1983, I, p. 3356, e *FI*, 1984, I, c. 258, con nota di G. Pezzano, *Spunti in tema di lavoro all'estero e di (presunta) territorialità dei contratti collettivi*; Cass. 5 settembre 1988 n. 5021 e 6 settembre 1988 n. 5058, *NGL*, 1988, p. 615, e *FI*, 1989, I, c. 787; T. Milano 4 aprile 1986, *L80*, 1986, p. 917. V. però in senso contrario Cass. 25 febbraio 1988 n. 2029, *OGI*, 1988, p. 486.

(41) Sulla c.d. « neutralizzazione » ai fini previdenziali dei periodi di rapporto di lavoro svolto dal lavoratore italiano in Paesi con i quali manchi una convenzione — istituito finalizzato a evitare che il lavoratore migrante venga penalizzato dal mancato incremento dell'anzianità assicurativa —, v. recentemente Cass. 14 giugno 1999 n. 5912, *NGL*, 1999, p. 694.

(42) L'ipotesi di « distacco » in senso tecnico, sulla quale v. §§ 145-146, si verifica soltanto nel secondo caso qui previsto, cioè quello in cui il lavoratore sia inviato a lavorare presso un'impresa diversa da quella di appartenenza.

(43) A norma dei commi 3° e 4° dell'art. 3, quando l'invio all'estero abbia durata pari o inferiore a un mese, la disposizione sulla retribuzione minima è inderogabile soltanto nel caso di cessione temporanea di lavoratore, di cui all'art. 1, lett. c.

(44) V. in proposito G.G. Balandi, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo in avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in AA.VV., *I contratti di lavoro internazionali*, *QDLRI*, n. 20, 1998, pp. 115-142; M. Magnani, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionali fra legge e contratto collettivo*, *ivi*, pp. 88-96; L. Ficari, *Verso una flessibilità « europea »?*, *MGL*, 1998, pp. 952-957; I. Viarengo, *La legge applicabile al lavoratore distaccato in un altro Stato membro nell'ambito di una prestazione di servizi*, in AA.VV., *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., pp. 175-186.

(45) Le due convenzioni sarebbero state però ratificate dall'Italia soltanto dopo l'entrata in vigore della legge sul collocamento: rispettivamente con L. 30 luglio 1952 n. 1089 e L. 2 agosto 1952 n. 1305.

(46) Fra le molte voci concordanti in proposito v. la relazione di L. Mengoni al congresso dell'Associazione italiana di diritto del lavoro svoltosi a Chianciano nel 1979, in *Innovazioni nella disciplina giuridica del mercato del lavoro*, Milano, 1980, partic. pp. 14-15; la relazione di G. Pera al congresso del Centro nazionale studi di diritto del lavoro svoltosi a Prato nel 1981, ne *La mobilità dei lavoratori e la disciplina del collocamento*, Milano, 1982, partic. p. 22; il panorama comparatistico tracciato da W. Wedderburn nella sua relazione al 2° congresso europeo di diritto del lavoro, *La disciplina del mercato del lavoro nei Paesi europei*, *RIDL*, 1986, I, partic. p. 651.

(47) Sul perdurante malfunzionamento del collocamento pubblico anche dopo gli aggiustamenti apportati alla disciplina del 1949 e del 1970 con la legge del 1987 v. tra le molte altre voci concordanti la relazione di M. Grandi in *Stato, Regioni, Parti sociali e Mercato del Lavoro*, Napoli, 1989; inoltre F. Stolla, ne *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, vol. II, Torino, 1993, p. 43.

(48) C. cost. 28 novembre 1986 n. 248, *RIDL*, 1987, II, p. 257. Ho esposto i motivi di un netto dissenso dal contenuto di quella sentenza in *Diritto al lavoro e collocamento nella giurisprudenza costituzionale*, *DLRI*, 1988, pp. 1-41, (può leggersi anche nella raccolta di AA.VV., *Apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione del diritto del lavoro*, Milano, 1988, pp. 119-165). Per un commento della sentenza di segno diverso v. A. Rossi, *Il collocamento fra Corte costituzionale e Parlamento*, *DPL*, 1986, pp. 323 ss.

(49) L'infelice formulazione dell'art. 9-bis della L. n. 608/1996 aveva fatto sorgere dubbi circa l'abrogazione definitiva dell'obbligo di nulla-osta preventivo per l'assunzione. Il chiarimento fornito in proposito dal ministero con la circolare 5 dicembre 1996 n. 166, secondo la quale la norma deve essere interpretata nel senso dell'abrogazione definitiva, sembra aver chiuso la questione: v. infatti ultimamente in proposito Cass. 7 agosto 1999 n. 8504, *OGI*, 1999, p. 668.

(50) La previsione di un diritto di precedenza nell'assunzione presso un'azienda in favore dei figli degli ex-dipendenti dell'azienda stessa (una sorta di trasmissione ereditaria del posto di lavoro) ha avuto nei decenni passati una diffusione apprezzabile nella contrattazione collettiva aziendale; ed è comparsa talvolta anche in quella di livello nazionale; ad esempio, non risulta essere stata soppressa nell'ultimo rinnovo del c.c.n.l. per il personale aeroportuale, datato 16 marzo 1999, la seguente dichiarazione a verbale all'art. 3: « Nelle assunzioni, la Società esamina con particolare favore le candidature di familiari (coniugi e parenti entro il secondo grado) di ex-dipendenti deceduti o licenziati per anzianità, avuto riguardo ai titoli e ai requisiti degli interessati ».

(51) Cfr. P. Casavola, P. Sestito, *Come si cerca e come si ottiene un lavoro? Un quadro sintetico sull'Italia e alcune implicazioni macroeconomiche*, Roma, Banca d'Italia, 1993.

(52) C. Giust. 11 dicembre 1997, causa *Job Centre II* n. 55/96, *RIDL*, 1998, II, p. 22 (ivi i riferimenti al dibattito dottrinale che l'ha preceduta); *FI*, 1998, IV, c. 41, con nota di G. Meliadi, *L'abolizione del monopolio pubblico del collocamento: una morte annunciata*, e c. 247, con nota di L. Di Via, *La sentenza « Job Centre » tra controllo sull'efficienza del servizio e applicazione delle regole di concorrenza al mercato del lavoro*, *RGL*, 1998, II, p. 33, con nota parzialmente dissidente di M. Roccella, *Il caso Job Centre II: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto* (dello stesso A. v. anche, in proposito, *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, *RGL*, 1997, I, pp. 273-289, e in AA.VV., *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., pp. 26-33); *DL*, 1998, II, p. 93, con nota di E. Ales, *Macrotron II: la Corte di Giustizia abroga il monopolio pubblico del collocamento?*; *MGL*, 1998, p. 57, con nota di F. Capelli, *La Corte di Giustizia CE riconosce l'illegittimità del monopolio italiano del collocamento della manodopera*. V. in proposito anche R. Foglia, *La Corte di Giustizia e il collocamento pubblico: opportuno un nuovo intervento del giudice comunitario o del legislatore nazionale?*, *ADL*, 1998, pp. 539-553, il quale sottolinea i problemi che la sentenza ha lasciato aperti; A. Lassandari, *Le « agenzie » di collocamento nel diritto internazionale, comunitario e comparato europeo: elementi di disciplina; modelli di intervento*, in AA.VV., *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, *QDLRI*, n. 22, 1999, pp. 174-179. Gli atti principali del procedimento possono leggersi in *Lavoro interinale e servizi per l'impiego*, Milano, 1995, pp. 153-227, per quel che riguarda la sua prima fase, conclusasi con una sentenza interlocutoria della Corte (19 ottobre 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 3); in *RIDL*, 1997, III, pp. 167-184 per quel che riguarda la seconda fase. La sentenza *Job Centre II* del 1997 ribadisce e generalizza quanto già affermato — nella precedente sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Macrotron (RDE)*, 1992, p. 67, con nota di A. D'Harmant François — nel senso della ravvisabilità di un abuso di posizione dominante vietato dal Trattato nell'imposizione da parte di uno Stato membro di un regime di monopolio pubblico dei servizi di collocamento, quando il servizio pubblico non sia in grado di soddisfare compiutamente e adeguatamente la domanda di mercato. Sull'intera vicenda e in particolare sul suo esito finale v., tra i molti, i commenti di G. De Simone, *Divieto di intermediazione e divieto di interposizione: Simul stabunt simul cadent?*, *RGL*, 1998, I, pp. 663-690; A. Di Francesco, *Liberalizzazione della mediazione di manodopera: dalla sentenza della Corte di Giustizia Europea alla riforma della legislazione italiana*, *DL*, 1998, I, pp. 465-476. In tema di monopolio dei servizi di mediazione nel mercato del lavoro v. anche, della stessa Corte di Giustizia, la

sentenza 12 febbraio 1998, causa *Raso* n. C-163/96, *DCSI*, 1999, p. 33, con nota di L. D'Amario, *Il servizio portuale in Italia: abusi di posizione dominante e controlli sui servizi di interesse economico generale*. Per quel che riguarda gli effetti immediati della sentenza *Job Centre II* sulla nostra disciplina nazionale del collocamento v., nel senso della abrogazione (o comunque necessità di disapplicazione da parte del giudice nazionale) della vecchia legge, P. Udine 29 agosto 1998, *LPO*, 1998, p. 2052; in senso parzialmente contrario Cass. 7 agosto 1999 n. 8504, *OGL*, 1999, p. 668, e *LG*, 1999, p. 1132, con il commento di R. Nunin.

(53) La nuova convenzione è stata approvata dalla Conferenza Internazionale del Lavoro il 3 giugno 1997 nel corso della sua 85a sessione; gli atti preparatori possono leggersi, per la prima parte, in *Lavoro interinale e servizi per l'impiego*, cit. nella nota prec., pp. 29-151; v. inoltre la relazione introduttiva del B.I.T. all'85a sessione della Conferenza, *Re vision de la convention (n° 96) sur les bureaux de placement payants (re vise'e)*, 1949, Ginevra, 1997, e in particolare la sua introduzione, pp. 1-7, nella quale viene esposta in sintesi l'intera vicenda. V. in proposito ancora A. Lassandari, *Le « agenzie » di collocamento nel diritto internazionale, comunitario e comparato europeo ecc.*, cit. nella nota prec., pp. 169-173.

(54) V. in particolare, nella raccolta citata nella nota precedente (pp. 29-134), il corposo rapporto del B.I.T. su *Il ruolo delle agenzie private per l'impiego nel funzionamento dei mercati del lavoro*, nel quale l'organo permanente dell'O.I.L. da' conto, tra l'altro, del fatto che in nessun Paese del mondo, neppure in quelli dove il servizio pubblico ha attinto i massimi vertici di efficienza, esso è mai riuscito a canalizzare e gestire più di tre decimi degli incontri fra domanda e offerta di lavoro: anche là dove il servizio pubblico ha funzionato meglio, almeno sette — ma più sovente otto o nove — decimi degli incontri fra domanda e offerta sono avvenuti per altri canali.

(55) Per ulteriori dettagli e i primi commenti v. M. Papaleoni, *La riforma del mercato del lavoro*, *MGL*, 1998, pp. 343-355; G. Pino, *Decentramento e intervento pubblico sul mercato del lavoro: dalle commissioni regionali per l'impiego, alle nuove commissioni regionali permanenti*, *RGL*, 1999, I, pp. 31-91; P. Chiari, E. D'Angelo, A. Dipino, *Il decentramento dei servizi per l'impiego. Un impegno comune per il cambiamento*, *DRI*, 1999, pp. 333-350 (ivi, in appendice, le schede relative al contenuto delle prime undici leggi regionali attuative del decentramento disposto dalla L. n. 469/1997); M. Rusciano, *Il lavoro come diritto: servizi per l'impiego e decentramento amministrativo*, *Suppl. RGL* n. 3/1999, pp. 25-40, ivi seguito dagli interventi di discussione di C. Smuraglia, F. Fabbri, G. Ferraro e M. Napoli; L. Zoppoli, *Attività pubblica di collocamento e mediazione dei privati*, ivi, pp. 63-69; P.A. Varesi, *L'assetto istituzionale e organizzativo dei sistemi regionali per l'impiego alla luce del decreto legislativo 23 dicembre 1997 n. 469*, in *AA.VV., I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, *QDLRI*, n. 22, 1999, pp. 15-30.

(56) L'obbligo di fornire ai lavoratori un servizio di collocamento gratuito è imposto alla Repubblica dall'art. 1, c. 3, della Parte II della *Carta sociale europea* (§ 15). La stessa norma è contenuta nella conv. O.I.L. n. 181/1987, che però non è ancora stata ratificata dall'Italia.

(57) Per una panoramica comparatistica in proposito v. R. Blanpain, *Private Employment Agencies*, The Hague - London - Boston, 1999.

(58) Per una elaborazione raffinata di questo principio — ispirata però a una politica del diritto parzialmente diversa da quella a cui si è ispirato il nostro legislatore sulla materia in esame — v. G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano, 1995.

(59) La regola della gratuità per i lavoratori dei servizi di collocamento privati è prevista anche dalla conv. O.I.L. n. 181 del 1997. Prevede invece la gratuità per i soli servizi pubblici la *Carta sociale europea* del 1981 (v. § 15 e ivi nota 31), parte II, art. 1, n. 3.

(60) In questo senso si è sempre pronunciato il *Bureau International du Travail*, che ha pertanto sempre sostenuto la sussumibilità dell'attività in questione nel concetto di mediazione fra domanda e offerta nel mercato del lavoro ai fini dell'applicazione della convenzione n. 96/1949 (v. il suo rapporto su *Il ruolo delle agenzie private per l'impiego nel funzionamento dei mercati del lavoro*, cit., p. 96), pur registrandosi in proposito il dissenso di numerosi Stati aderenti alla stessa convenzione.

(61) Per l'esposizione e lo studio comparatistico della disciplina dell'attività delle agenzie di fornitura di lavoro temporaneo nei Paesi dell'Unione Europea v. *Temporary Work and Labour Law*, a cura di R. Blanpain, Deventer-Boston, 1993; in precedenza, W. Albeda, R. Blanpain, G.M.J. Veldkamp, *Temporary Work in Modern Society*, Deventer-Boston, 1978.

(62) Cfr. in proposito, tra i molti studi pubblicati nell'ultimo decennio, A.S. Bronstein, *Temporary work in Western Europe: threat or complement to permanent employment?*, *ILR*, 1991, n. 3, pp. 291-3310.

(63) Cfr. in proposito § 9 e ivi nota 29. Sugli interessi in gioco nei processi di segmentazione dell'impresa v. inoltre §§ 114-118.

(64) Per un commento analitico delle disposizioni contenute nell'art. 2 della legge v. G. Pellacani, *Il lavoro temporaneo: nozione e struttura del rapporto, ne Il lavoro temporaneo e i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, a cura di L. Galantino, Milano, 1997, pp. 112-131; B. Granata, *I soggetti abilitati all'attività di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, nel *Commentario sistematico* a cura di M. Napoli, *NLCC*, 1998, pp. 1192-1205; V. Leccese, *Soggetti abilitati all'attività di fornitura, ne Il lavoro temporaneo* a cura di F. Liso e U. Carabelli, Milano, 1999, pp. 160-223; A.M. Palmieri, R. Valecchi, *Soggetti abilitati all'attività di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo, ne Il lavoro temporaneo. Commento agli artt. 1-11 della legge 24 giugno 1997 n. 196*, a cura di A. Gentili, Padova, 1999, pp. 81-134. Ivi ulteriori riferimenti dottrinali.

(65) Cfr. § 28. Non mi consta che sul punto si siano ancora pronunciate né dottrina né giurisprudenza.

(66) E' questa, secondo J. Dewey, la chiave della felicità nel mondo moderno (*Democrazia e educazione*, Firenze, 1956).

(67) V. conv. O.I.L. n. 142/1975; *Carta sociale europea*, parte II, art. 1, art. 9 (§ 15).

(68) Cfr. L.C. Thurow, *Generating inequality*, London, Macmillan Press, 1976, pp. 75-97 e particolarmente p. 97.

(69) V. ultimamente in proposito, sul versante della letteratura economica, D. Acemoglu, J.-S. Pischke, *Certification of Training and Training Outcomes*, *Mit Dpt. Economics* w.p. n. 99-28, ottobre 1999.

(70) Sui lavori preparatori e il contenuto della norma v. M. Napoli, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, sub art. 35, 2° c., Bologna-Roma, 1979, pp. 19-23.

(71) Ratificate e rese esecutive in Italia rispettivamente con L. 13 luglio 1966 n. 657 e con L. 3 febbraio 1979 n. 68.

(72) V. anche, a questo proposito, l'art. 15 della *Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori* del 1989, che tuttavia non può, per i motivi già visti a suo luogo (§ 12 e ivi nota 13), non può considerarsi parte integrante del diritto comunitario.

(73) V. in proposito G. Arrigo, *Politiche di formazione, in Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, cit., pp. 425-433. V. inoltre § 18 e ivi nota 54.

(74) Occorre anche chiedersi, a questo proposito, come si coordini l'« osservatorio » istituito presso il ministero del lavoro dalla L. 28 febbraio 1987 n. 56 con la « banca dati sul mercato del lavoro » istituita appena due mesi prima presso il C.N.E.L. dalla legge 30 dicembre 1986 n. 936, art. 17, commi 4°, 5° e 6°. Si è trattato, in realtà, di una vera e propria duplicazione dovuta al difetto di coordinamento fra le commissioni parlamentari diverse dalle quali le due leggi sono state elaborate e approvate in sede legislativa. Duplicazione « risolta » sul piano pratico dal C.N.E.L. con la destinazione dell'« osservatorio » ivi istituito dalla L. n. 936/1986 a un censimento permanente della contrattazione collettiva.

(75) Cfr., già all'indomani dell'emanazione della L. n. 845/1978, *Stato e prospettive della formazione professionale in Italia - 1980*, *QISFOL*, n. 70, 1980, dove si indicano tra gli ostacoli allo sviluppo del sistema pubblico della formazione professionale « la rigidità organizzativa dei Centri di Formazione Professionale », nonché « la rigidità culturale e sindacale del personale insegnante » (p. 16). Ben poco è cambiato in questo campo, nel ventennio successivo: per un panorama aggiornato sulle iniziative più recenti e sul funzionamento del sistema italiano della f.p. nel suo complesso, v. Isfol, *L'integrazione tra formazione e le altre politiche del lavoro nel Fondo Sociale Europeo*, Roma, 1999, e ivi particolarmente p. 214, dove conclusivamente si elencano le « carenze già note » del sistema.

(76) L'espressione è di M. Napoli, *op. ult. cit.*, p. 29.

(77) *Stato e prospettive della formazione professionale in Italia - 1980*, cit., pp. 87-103. Il dato è riferito al periodo 1977-78.

(78) Cfr. C. Kerr, *Educazione e lavoro nell'età moderna*, Roma, Armando, 1975. V. inoltre l'ampia trattazione in proposito, sul piano giuridico-costituzionale, di G. Loy, *Formazione e rapporto di lavoro*, Milano, 1988, partic. pp. 46-58.

(79) Cfr. in proposito Irer-Cedom, *Nuovi strumenti di intervento nel mercato del lavoro*, Milano, 1988, pp. 54-55. Nel senso della piena legittimità di questo rapporto di lavoro estraneo al tipo legale di cui all'art. 2094 c.c., v. Cass. 25 gennaio 1992 n. 824, *RIDL*, 1993, II, p. 121, con nota di L. Nogler, *Sul contratto (innominate) di « borsa-lavoro » con finalità di recupero sociale*; ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(80) In senso negativo v. Cass. 23 gennaio 1998 n. 630, *DPL*, 1998, p. 1560.

- (81) Uno *stage* formativo in azienda era previsto nell'art. 16-bis aggiunto alla legge n. 285/1977 (finalizzata all'incremento del lavoro giovanile) dalla legge n. 479/1978: norma, questa, che aveva però cessato di produrre effetto pochi anni dopo l'entrata in vigore.
- (82) V. in proposito M. Napoli, *Gli stages nel diritto del lavoro*, nel volume collettaneo dello stesso A., *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Torino, 1996, pp. 153-165; S. Renga, *Mercato del lavoro e diritto*, Milano, 1996, pp. 227-229.
- (83) La legge non stabilisce un limite superiore di età, lasciando che la materia sia disciplinata mediante decreto ministeriale.
- (84) Tra i primi commenti della norma contenuta nella L. n. 196/1997, v. S. Cifelli, *Tirocini formativi e di orientamento*, in *Mercati e rapporti di lavoro. Commentario alla legge 24 giugno 1997 n. 196*, a cura di M. Biagi, Milano, 1997, pp. 283-289; F. Bacchini, *La disciplina dello stage, DPL*, 1998, pp. 2803-2805; A. Lassandari, *Gli obblighi formativi nel contratto di apprendistato e di tirocinio: rilievi esegetici sui decreti ministeriali di attuazione della legge n. 196/1997, RGL*, 1999, I, pp. 93-120. Nel primo anno di applicazione della nuova norma, secondo i dati forniti dal ministero del lavoro, sono state attivate circa 50.000 borse-lavoro, delle quali poco meno di metà nel settore industriale, il resto nei settori del commercio e dei servizi.
- (85) Nell'ordinamento britannico si considera ancora oggi in vigore l'*Apprentices Act* del 1536 — probabilmente, su scala planetaria, la legge in materia di lavoro più antica oggi ancora in vigore — che vieta l'imposizione all'apprendista, in qualsiasi forma, di restrizioni della sua libertà professionale per il periodo successivo al compimento del periodo di tirocinio.
- (86) La giurisprudenza, però, pur con qualche incertezza, ha riconosciuto l'ammissibilità dell'apprendistato anche nelle categorie impiegate: Cass. 14 marzo 1974 n. 723, *RassGL*, 1975, p. 63.
- (87) Alla fine del 1997, secondo i dati forniti dal ministero del lavoro, gli apprendisti in Italia erano circa 400.000, dei quali circa 225.000 occupati in attività manifatturiere, prevalentemente artigiane, e quasi 50.000 nel settore edile. In proposito v. anche C. cost. 15 maggio 1990 n. 245 (CS, 1990, II, p. 814), dove si attribuisce all'apprendistato il compito di insegnare al giovane un mestiere, in contrapposizione al contratto di formazione e lavoro, che avrebbe piuttosto « la funzione di facilitare l'inserimento dei giovani nel lavoro in imprese di produzione in serie ». V. inoltre Cass. 19 marzo 1999 n. 2544, *OGL*, 1999, p. 396, dove si afferma che il contratto di formazione e lavoro, « diversamente dall'apprendistato, tende non già alla mera acquisizione della professionalità, ma all'attuazione di una sorta d'ingresso guidato del giovane nel mondo del lavoro ».
- (88) Le differenze tra i due istituti sottolineate da G. Loy, *Formazione e rapporto di lavoro*, cit., pp. 171-173, attengono esclusivamente agli intendimenti di politica del legislatore, non alla struttura essenziale del rapporto contrattuale.
- (89) V. in proposito A. Lassandari, *Gli obblighi formativi nel contratto di apprendistato e di tirocinio ecc.*, cit., partic. pp. 94-106; Id., *Formazione professionale e contratti con obbligo di formazione*, Suppl. *RGL* n. 3/1999, pp. 121-136.
- (90) Nel senso della legittimità costituzionale dell'attribuzione di questa funzione alla Commissione regionale per l'impiego, all'epoca organo dell'amministrazione statale, v. Corte cost. 25 maggio 1987 n. 190, *FI*, 1988, I, c. 361, con nota di M. De Luca, e *DL*, 1987, II, p. 419. La questione ha perso ogni rilievo con la regionalizzazione di tutti gli organi preposti al collocamento, ivi compresa la C.r.i., ad opera della L. n. 469/1997 (v. § 27).
- (91) Un'ampia rassegna della giurisprudenza in materia di contratto di formazione e lavoro può leggersi in *OGL*, 1999, pp. 62-102.
- (92) In questo senso ultimamente, in riferimento al possesso di attestato di qualifica rilasciato dalla Regione a norma dell'art. 14 della legge n. 845/1978, Cass. 2 luglio 1999 n. 6857, *MGL*, 1999, p. 1087, e *OGL*, 1999, p. 663.
- (93) Sull'entità dell'inadempimento che può dar luogo all'applicazione della sanzione comminata dalla norma e sugli effetti della sanzione stessa v. Cass. 13 marzo 1992 n. 3099 e Cass. 2 aprile 1992 n. 4056, *RGL*, 1992, II, p. 658, con nota di M. Bartesaghi, *Sugli effetti del contratto di formazione e lavoro illegittimo* (la prima sentenza può leggersi anche in *FI*, 1992, I, c. 1746, e in *MGL*, 1992, p. 460, con nota di A. Sbrocca, *Conversione del contratto di formazione e lavoro in contratto a tempo indeterminato e recesso ad nutum*); Cass. 12 marzo 1994 n. 2413, *NGL*, 1994, p. 461; Cass. 1° luglio 1998 n. 6432, *RGL*, 1999, II, p. 476, con nota di F. Pappalardo, *Sull'obbligatorietà rilevante dell'inadempimento degli obblighi formativi del contratto di formazione e lavoro*; Cass. 20 aprile 1998 n. 4015, *NGL*, 1998, p. 421; Cass. 19 giugno 1998 n. 6139 e 20 giugno 1998 n. 6171, *DPL*, 1998, p. 3223; e ultimamente Cass. 19 marzo 1999 n. 2544, cit. nella nota 87, dove si afferma che « una divergenza, anche di non lieve entità, fra obblighi previsti dal contratto di formazione e lavoro e concreto svolgimento del rapporto non realizza inadempimento del datore di lavoro sanzionabile con la conversione dello stesso in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ove detto svolgimento avvenga con modalità tali ... da non compromettere la funzione del suindicato contratto ». In dottrina v. sul punto G. Loy, *Formazione e rapporto di lavoro*, cit., pp. 208-209 e 293-297.
- (94) Per questa precisazione v. recentemente P. Milano 8 giugno 1999, *D&L*, 1999, p. 545, con nota di G. Paganuzzi, *Contratto di formazione e lavoro: inosservanza dell'obbligo di formazione e durata del contratto*.
- (95) V. più ampiamente in proposito G. Loy, *Formazione e rapporto di lavoro*, cit., pp. 111-128.
- (96) Per una trattazione più ampia e approfondita di questa materia v. P. Mengozzi, *Il diritto della Comunità europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* dir. da F. Galgano, Padova, 1990, pp. 368-375. V. inoltre ultimamente A.B. Conti, *Considerazioni sul riconoscimento delle qualifiche e dei titoli professionali*, in AA.VV., *La libera circolazione dei lavoratori*, cit., pp. 203-206.
- (97) Cfr. N. Catala, R. Bonnet, *Droit social europe'en*, cit., pp. 231-232: « Ce système s'est malheureusement révélé de cevant. Il souffre d'abord d'une trop grande lenteur dans la transmission de pays à pays des offres et demandes d'emploi non satisfaites. Il souffre ensuite d'une insuffisante actualisation de la description des métiers, ceux-ci évoluant parfois très vite. D'autre part, les demandeurs d'emploi hésitent souvent à changer de pays parce qu'ils ignorent quelles sont, dans l'étranger où un emploi est offert, les conditions de vie, l'étendue de la protection sociale ... ».
- (98) V. in proposito J.L. Goñi Sein, *Organizzazione del mercato del lavoro comunitario*, in *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, cit., pp. 399-414.
- (99) Per una rassegna delle esperienze straniere più interessanti su questo terreno v. *Neutralizzare l'handicap*, in Irer-Cedom, *Nuovi strumenti di intervento nel mercato del lavoro*, Milano, 1988, pp. 13-67; ivi ulteriori abbondanti riferimenti bibliografici, soprattutto alla letteratura degli altri Paesi europei.
- (100) Un recente studio econometrico — svolto da due studiosi sicuramente non sospettabili di atteggiamenti pregiudizialmente contrari alla legislazione antidiscriminatoria e alla promozione della solidarietà nei confronti dei portatori di handicap — pone in evidenza alcuni effetti controproducenti derivati dalla legge statunitense del 1991 sulla parità nell'accesso al lavoro dei disabili: D. Acemoglu, J. Angrist, *Consequences of Employment protection? The case of the Americans with Disabilities Act*, Cambridge Mass., Nber, working paper n. 6670, 1998.
- (101) V. ancora *Neutralizzare l'handicap*, cit., partic. pp. 15-20.
- (102) Per quel che ne so era di gran lunga l'aliquota più elevata rispetto a tutti gli altri Paesi occidentali industrializzati.
- (103) V. per tutte sul punto Cass. 12 gennaio 1982 n. 154, *RIDL*, 1982, II, p. 478; Cass. 29 marzo 1985 n. 2217 e Cass. 2 luglio 1985 n. 3990, *RIDL*, 1985, II, pp. 651, con nota di D. Gottardi, e 676, con nota di M. Andreucci. In senso contrario Cass. pen. 14 ottobre 1981, *MGL*, 1982, p. 178, del tutto isolata. In dottrina sul punto G. Conti, *La nuova legge sulle assunzioni obbligatorie e la Costituzione*, *DL*, 1969, I, pp. 215-218.
- (104) Così Cass. 15 marzo 1986 n. 1789, *OGL*, 1986, p. 1005; in precedenza Cass. S.U. 23 dicembre 1964 n. 2972, mass. (in senso contrario v. però Cass. 19 novembre 1985 n. 5688, *MGL*, 1985, p. 524, con esplicito richiamo all'art. 41 Cost.; T. Milano 4 aprile 1986, *OGL*, 1986, p. 384). Questo orientamento è stato temperato dalla giurisprudenza dell'ultimo decennio: si riconosce ora che « l'avviamento obbligatorio al lavoro degli invalidi non comporta per il datore di lavoro l'obbligo di modificare le strutture materiali o lavorative dell'azienda », ma si afferma pur sempre che l'avviamento stesso « gli impone di accettare e inserire l'invalido, con i suoi limiti, nell'ambito delle strutture esistenti » e che « ove i suddetti limiti determinino per l'invalido ritmi di lavoro più lenti rispetto agli altri dipendenti ... il datore di lavoro, per la stessa logica dell'avviamento obbligatorio, è tenuto ad accettare tale situazione adeguando l'attività lavorativa dell'invalido alla sua menomazione » (così ultimamente Cass. 2 agosto 1999 n. 8375, *MGL*, 1999, p. 1314).
- (105) V. soprattutto Cass. 24 giugno 1986 n. 4207, *RIDL*, 1987, II, p. 93, dove si parla in proposito di « illecito mercimonio ».
- (106) Sul coordinamento della disciplina delle « quote riservate » con la nuova disciplina del collocamento ordinario, nella quale è stato abolito

l'onere della richiesta preventiva di nulla-osta per l'assunzione, v. L. Montuschi, *Appunti esegetici sulla riforma del collocamento*, DPL, 1997, pp. 994-996.

(107) C. cost. 30 dicembre 1958 n. 78 (*GCost*, 1958, p. 979, con note di M. Mazziotti, C. Mortati e V. Crisafulli; la nota di C. Mortati è anche in *RGL*, 1958, II, p. 522; v. inoltre la stessa sentenza in *RDL*, 1958, II, p. 355, con nota di G. Spinelli), con cui è stato dichiarato incostituzionale il D.lgs. C.P.S. 16 settembre 1947 n. 929.

(108) V. tra gli altri G. Ardaù, *Nota ad App. Genova* 22 ottobre 1959 (che sollevava questione di costituzionalità in materia di collocamento obbligatorio), *GI*, 1959, I, 2, cc. 883-884.

(109) F. Bile, *Legittimità costituzionale della costituzione coattiva di rapporti di lavoro*, nota a C. cost. 15 giugno 1960 n. 38, *GC*, 1960, III, p. 166; V. Crisafulli, *Osservazione* a C. cost. 11 gennaio 1961 n. 55, *GCost*, 1961, p. 1069; nel senso della piena coerenza tra le pronunce in esame v. invece G. Biondi, *In tema di assunzioni obbligatorie in relazione ai principi costituzionali*, *RDL*, 1962, II, p. 237.

(110) La Corte non ha esaminato un'altra questione di costituzionalità che avrebbe potuto essere sollevata — forse con maggiore fondamento — a proposito del D.lgs. n. 929/1947: l'istituto dell'imponibile di manodopera è nato nel nostro Paese come materia di contrattazione collettiva e tale è rimasto (anche durante il periodo corporativo: v. in proposito A. Bozzi, *Imponibile di manodopera e uffici di collocamento*, *MGL*, 1936, pp. 48-53) fino all'intervento legislativo post-bellico, che ha sottratto non solo alla autodeterminazione del proprietario ma anche all'autonomia collettiva l'individuazione dei livelli occupazionali ottimali nelle aziende agricole, demandandola alla valutazione ampiamente discrezionale del Prefetto. Ciò che di incostituzionale si poteva ravvisare nel provvedimento legislativo in questione non era forse tanto il vincolo alla libertà di iniziativa dell'operatore agricolo (che ne risultava soltanto limitata e non soppressa, cioè che la stessa Corte riconoscerà poi ammissibile nella sentenza n. 38/1960 sul collocamento obbligatorio: v. le giuste osservazioni in proposito di M. Donati, *Sull'assunzione obbligatoria di invalidi di guerra*, *DL*, 1962, II, p. 39), quanto il meccanismo amministrativo preposto dalla legge alla gestione del vincolo stesso.

(111) La Corte ha giudicato « modesta » questa percentuale (sent. 29 settembre 1983 n. 279, *GCost*, 1983, p. 1800); tale invero essa non appariva se confrontata con le aliquote riservate agli invalidi negli altri Paesi europei: a fronte dell'aliquota del 15% all'epoca vigente in Italia, l'aliquota francese era del 10%, quella tedesca del 6% e quella britannica del 3%. Per una critica della valutazione della Corte su questo punto v. L. Mengoni, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in *Lavoro. La Giurisprudenza costituzionale 1956-1986*, vol. I, Roma, 1987, p. 46. Più recentemente v. in argomento G. Suppiej, *Collocamento obbligatorio e Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gino Giugni*, II, pp. 1295-1301, dove vengono illustrati sia i profili di possibile incostituzionalità della legge vecchia, sia quelli della legge nuova, della quale si dirà nelle pagine che seguono.

(112) C. cost. 15 giugno 1960 n. 38, *GCost*, 1960, p. 628, nonché *GC*, 1960, III, p. 166 (con nota di F. Bile cit.): « non viene alterata la valutazione dei datori di lavoro in ordine al dimensionamento delle imprese, ma è stabilito soltanto l'onere della percentuale di assunzioni da esso prevista ». Nello stesso senso C. cost. 11 luglio 1961 n. 55, *GCost*, 1961, p. 1069, con nota di V. Crisafulli cit. e C. cost. 25 maggio 1985 n. 173, *GCost*, 1985, p. 1251.

(113) Nello stesso senso C. cost. n. 55/1961 e n. 173/1985, cit. nella nota prec. È la tesi sostenuta anche da G. Biondi, *In tema di assunzioni obbligatorie ecc.*, cit., pp. 239-241; G. Pera, *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, Milano, 1970, pp. 121-123; E. Ghera, *L'assunzione obbligatoria degli invalidi civili e i principi costituzionali circa i limiti dell'autonomia privata in materia*, nota all'ordinanza di rimessione alla Corte della Pretura di Ficarolo 2 settembre 1966, *MGL*, 1966, pp. 430 ss. In senso contrario v. invece L.A. Miglioranza, *Assunzione obbligatoria di invalidi e mutilati del lavoro (una legge che non va)*, *DL*, 1960, I, pp. 112-114 e 122; inoltre M. Mazziotti, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1965, pp. 331 ss. e *La giurisprudenza della Corte costituzionale sul collocamento dei lavoratori*, *DE*, 1963, particolarmente pp. 274-281, che peraltro, dissentendo in ciò dal Miglioranza, proprio nel carattere assistenziale dell'obbligo imposto ai datori di lavoro individua la giustificazione dell'obbligo stesso ex art. 38 Cost. Parla di obbligo parzialmente assistenziale (ma « destinato a esaurirsi nel tempo »), a proposito delle assunzioni obbligatorie degli invalidi e orfani di guerra, C. Mortati, *Il diritto del lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, negli atti della Commissione parlamentare di inchiesta su *La disoccupazione in Italia*, vol. IV, tomo I, Roma, 1953, p. 109.

(114) C. cost. 1° aprile 1985 n. 93, *GCost*, 1985, p. 599: « deve ritenersi che anche nelle assunzioni obbligatorie valgano i principi generali del collocamento dei lavoratori disoccupati non incompatibili con i principi specifici delle assunzioni obbligatorie » (regola enunciata in riferimento al quesito specifico se fosse lecito al datore di lavoro rifiutare l'assunzione di lavoratori già precedentemente assunti e licenziati per giusta causa).

(115) G. Pera, *Assunzioni obbligatorie*, *EGT*, p. 3 della scheda; Id., *Assunzioni obbligatorie e contratto di lavoro*, cit., pp. 114-123, osserva in proposito che « il minorato anche rieducato può essere, di norma, proficuamente utilizzato solo in determinati posti e per determinate mansioni. ... La legge non può quindi risolversi nell'imposizione indiscriminata di assumere » (p. 118); « certamente viola la garanzia costituzionale dell'iniziativa economica una legge che imponga l'assunzione obbligatoria dei minorati senza assicurare, attraverso appositi procedimenti e controlli, il necessario accertamento delle effettive possibilità di destinare l'invalido a determinate mansioni nell'impresa » (p. 122). Nello stesso senso E. Ghera, *L'assunzione obbligatoria di invalidi civili ecc.*, cit., pp. 433-435.

(116) C. cost. 30 dicembre 1987 n. 622, *RIDL*, 1988, II, p. 324, con nota di V.A. Poso.

(117) Per i quali l'art. 18 detta una norma transitoria, in attesa di una nuova « disciplina organica »: v. nota 125.

(118) La legge previgente (art. 1, 2° c.) stabiliva il limite dei 55 anni di età; la formulazione della nuova norma induce a pensare che si possa beneficiare del collocamento obbligatorio fino all'età fissata dalla legge per il pensionamento di vecchiaia.

(119) A. D'Harmant François, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie: prime note*, *RIDL*, 1999, I, p. 324. V. anche G. Pera, *Note sulla nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie degli invalidi*, *GC*, 1999, II, p. 324, il quale tuttavia osserva come la legge reintroduca implicitamente l'esclusione « prevedendo ad istanza datoriale accertamenti in ordine alle reali condizioni del soggetto e circa la possibilità di utile inserimento al lavoro ».

(120) Nel senso della rilevanza, ai fini della legge in esame, dello stato di disoccupazione e del suo carattere volontario v. ultimamente A. Tursi, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, *RGL*, 1999, I, pp. 731-734.

(121) V. in proposito E. Pasqualetto, *La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili: prime osservazioni*, in AA.VV., *I servizi per l'impiego tra pubblico e privato*, *QDLRI*, n. 22, 1999, pp. 93-96.

(122) Cfr. A. D'Harmant François, *op. ult. cit.*: « L'impostazione di massima della l. n. 482/1968 è stata mantenuta » (p. 333).

(123) V. in proposito A. Tursi, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, cit., pp. 743-745.

(124) Lavoratori in formazione e apprendisti non sono menzionati dalla nuova legge tra i lavoratori non computabili, ma la loro non computabilità è espressamente disposta, rispettivamente, dall'art. 3, 10° c., della legge n. 863/1984 e dall'art. 21, c. 7°, della legge n. 56/1987. Sui criteri per la determinazione della soglia occupazionale v. la trattazione analitica di A. Tursi, *op. ult.*, cit., pp. 741-748.

(125) L'art. 18 della nuova legge impone tuttavia ai datori di lavoro che occupano più di 50 dipendenti, « in attesa di una nuova disciplina organica del diritto al lavoro degli orfani e dei coniugi superstiti di coloro che siano deceduti per causa di lavoro, di guerra o di servizio ..., nonché dei coniugi e dei figli di soggetti riconosciuti grandi invalidi per causa di guerra, di servizio e di lavoro e dei profughi italiani rimpatriati », l'obbligo di riservare a queste categorie l'1 per cento dei posti in organico, in aggiunta al 7 per cento riservato ai portatori di handicap.

(126) In riferimento a quest'ultimo caso il 2° comma dell'art. 3 detta una disposizione di significato non chiaro: « Per i datori di lavoro privati che occupano da 15 a 35 dipendenti l'obbligo di cui al comma 1 si applica solo in caso di nuove assunzioni ». Si tratta in realtà — come risulta chiaramente dai lavori preparatori — di una norma transitoria, mirante a evitare un impatto traumatico della nuova legge sulla fascia di imprese con meno di 36 dipendenti, che fino al gennaio 2000 non erano state assoggettate al regime del collocamento obbligatorio (in questo senso A. Vallebona, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, *MGL*, 1999, p. 477). La norma non può pertanto — a mio avviso — essere interpretata nel senso che, anche dopo la prima fase di applicazione della nuova legge, quando il datore di lavoro passa da 14 a 15 dipendenti, il quindicesimo possa essere assunto ancora in regime di collocamento ordinario, applicandosi l'obbligo di assunzione di un portatore di handicap soltanto in caso di assunzione di

un sedicesimo dipendente.

(127) In proposito v. A. Tursi, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, cit., pp. 748-751.

(128) La nuova legge non disciplina espressamente il caso in cui il datore di lavoro ometta, nella richiesta numerica, di specificare categoria e qualifica del o dei lavoratori richiesti; occorre pertanto, in proposito, fare riferimento all'orientamento giurisprudenziale formatosi nel vigore della vecchia legge, secondo il quale in tal caso « il lavoratore avviato ha diritto a essere assunto nella categoria in cui è inquadrato negli elenchi del collocamento obbligatorio, ferma restando la facoltà del lavoratore medesimo di rinunciare al diritto in questione — che ha natura disponibile —, aderendo, anche solo *per facta concludentia* alla proposta datoriale di inquadramento nella categoria diversa da quella di avviamento »: così, tra le altre, Cass. 23 novembre 1994 n. 9920, *RIDL*, 1995, II, p. 288, con nota di M. Caro.

(129) Cfr. G. Pera, *Note sulla nuova disciplina ecc.*, cit., *passim*. Per quel che mi consta, lo schema di riferimento di cui dispongono gli uffici di collocamento pubblici è costituito da un vetusto *Dizionario delle professioni* edito dal ministero del lavoro nel 1966, nel quale figurano ancora qualifiche del tutto superate (quale quella di « broccaio », « batticanna », o « zangolatore ») e mancano ovviamente tutte le qualifiche sorte nei decenni successivi in riferimento ai progressi della meccanizzazione e automazione dei processi produttivi nel settore industriale e dei servizi. Per restare al passo di un mercato del lavoro in continua evoluzione le grandi agenzie private di collocamento e di fornitura di lavoro temporaneo si sono dotate di procedure informatiche molto sofisticate e di banche-dati che vengono aggiornate di continuo in relazione agli sviluppi che gli operatori osservano quotidianamente sul lato della domanda come su quello dell'offerta di lavoro. È assai difficile pensare che i nostri uffici pubblici siano in grado di acquisire e utilizzare efficacemente questa tecnologia.

(130) Il problema si era già posto, verso la fine degli anni '70, nel quadro di un tentativo di rivitalizzare il meccanismo dell'avviamento al lavoro su richiesta numerica nel collocamento ordinario. Per un breve periodo, a cavallo tra gli anni '70 e gli anni '80, era venuta affermandosi l'idea che il vecchio sistema delle « categorie » e « qualifiche », prevalentemente o esclusivamente riferito alle mansioni svolte dai lavoratori in azienda, dovesse essere sostituito da un sistema di « fasce professionali », riferito piuttosto alle potenzialità professionali dei lavoratori. Se ne veda una traccia nell'art. 18, c. 1°, lett. a, della legge-quadro sulla formazione professionale 21 dicembre 1978 n. 845, che impegnava il Ministro del lavoro a definire entro un anno con proprio decreto il nuovo sistema delle « fasce professionali »: queste avrebbero dovuto costituire la nuova « griglia » di riferimento sia per il sistema della formazione professionale, sia per il collocamento pubblico, sia anche per la ristrutturazione dei sistemi di inquadramento contrattuali, essendo ancora dominante a quell'epoca nelle aule parlamentari come nel movimento sindacale l'idea che la complessa realtà del mercato del lavoro potesse essere ridotta stabilmente a uno schema mediante decreto ministeriale e che in base a questo potesse essere fatto funzionare un meccanismo automatico di incontro fra domanda e offerta di lavoro. Venne dunque affidato all'Isfol (Istituto per lo sviluppo della formazione professionale dei lavoratori) il compito di elaborare lo schema delle « fasce professionali », destinato a sostituire il vetusto « mansionario » ministeriale (v. nota precedente); e al tentativo di assolvere quel compito l'Isfol dedicò per alcuni anni una notevole quantità di energie e di risorse (v. in proposito *Fasce di qualificazione, QISFOL*, n. 71, 1980; *Professionalità e contesti produttivi*, ivi, n. 78, 1982). Ma che cosa fossero o come potessero configurarsi in concreto le « fasce professionali » nessuno fu mai in grado di dire, né fu in grado di scoprirlo l'Isfol. Poi, con il tramonto del mito del « governo automatico » del mercato del lavoro mediante graduatorie e procedure burocratiche, e la progressiva liberalizzazione del collocamento ordinario, il progetto della grande « griglia » sistematica intercategoriale venne abbandonato senza rimpianti. Oggi le sole « griglie » efficaci per la promozione dell'incontro fra domanda e offerta di lavoro sono costituite dai sofisticati sistemi informatici elaborati e quotidianamente aggiornati dalle grandi imprese private specializzate nei servizi di mediazione, di cui si è detto nella nota precedente.

(131) Nel senso dell'illegittimità dell'avviamento che non tenga adeguatamente conto della qualifica richiesta v. A. Vallebona, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, cit., p. 478. Sul punto che « in caso di divergenza tra la categoria [nel regime previgente: categoria operaia o impiegatizia] indicata nella richiesta e quella di appartenenza dei lavoratori avviati, il datore di lavoro destinatario dell'atto di avviamento in regime di collocamento obbligatorio può rifiutarne l'assunzione opponendo l'illegittimità dell'avviamento » la giurisprudenza dell'ultimo decennio è costante: v. per tutte Cass. 10 aprile 1990 n. 3030, mass.; Cass. 20 agosto 1993 n. 8824, *RIDL*, 1994, II, p. 340, con nota di M.I. Benvenuti, *La non selezione attitudinale nel collocamento obbligatorio*.

(132) La giurisprudenza è univoca nel senso dell'ammissibilità — e anzi necessità — del sindacato incidentale del giudice ordinario sulla legittimità dell'atto amministrativo di avviamento al lavoro in regime di collocamento obbligatorio: v. per tutte Cass. 10 giugno 1988 n. 3933 e n. 3936, *IPrev*, 1989, p. 281; Cass. 3 aprile 1989 n. 1590, *FI*, 1989, I, c. 3145, nonché *GC*, 1989, I, p. 1333, con nota di V.A. Poso, *Sull'omesso avviamento al lavoro di un invalido*, e *GI*, 1990, I, 1, c. 995, con nota di A. Falcone, *Collocamento obbligatorio e diritti soggettivi del singolo*; Cass. 5 marzo 1992 n. 2665, *RGL*, 1992, II, p. 678 e *RIDL*, 1993, II, p. 752, con nota di A. Padalino; Cass. 26 novembre 1994 n. 10072, *RIDL*, 1995, II, con nota di M. Caro, *Puntualizzazioni in materia di assunzioni obbligatorie*, nonché *DL*, 1995, II, p. 13, con nota di C. Facchini, *Assunzioni obbligatorie e oneri di diligenza*, e *MGL*, 1995, p. 23.

(133) Cfr. in proposito F. Capurro, *La nuova disciplina in materia di collocamento obbligatorio*, *D&L*, 1999: « È dubbio ... se l'invio del prospetto richiesta ... possa, in assenza di una specifica richiesta nominativa di avviamento per la quota scoperta per la quale è utilizzabile tale strumento, consentire agli uffici competenti di effettuare un avviamento *tout court* » (p. 469).

(134) Sembra preferibile, a questo proposito, la tesi secondo cui il termine di 60 giorni a cui fa riferimento l'art. 15, 4° c., non si somma al termine di 60 giorni a cui fa riferimento l'art. 9, 1° c., ma coincide con esso: il giorno dal quale decorre il computo della sanzione è dunque lo stesso da cui decorre l'obbligo della presentazione della richiesta di assunzione. Si osservi inoltre che, quasi certamente per un errore nella redazione del testo legislativo, la sanzione si applica soltanto nel caso di mancata assunzione dei disabili di cui all'art. 1, ma non nel caso della mancata assunzione di appartenenti ad altre categorie protette secondo la vecchia disciplina, ai quali l'art. 18 riserva in via transitoria l'1% degli organici aziendali delle imprese con più di 50 dipendenti (v. nota 125).

(135) In questo senso v. E. Massi, *Riforma del collocamento obbligatorio*, *DPL*, 24 aprile 1999, *Inserto*, p. XIV.

(136) V. per tutte in questo senso Cass. 7 giugno 1983 n. 3910, *LPO*, 1983, p. 1903; Cass. 9 giugno 1990 n. 5602, *DPL*, 1990, p. 2375. Nello stesso senso, in riferimento alla nuova disciplina, C. M. Dalmasso, *Diritto al lavoro dei disabili: prime considerazioni sulla legge n. 68/1999*, *LPO*, 1999, p. 1077.

(137) V. però M. Lynk, *A Dream Deferred: the Americans With Disabilities Act Trilogy*, *CLLIR*, 1999, pp. 329-338, dove si dà conto dell'interpretazione riduttiva che della legge statunitense ha dato la Corte Suprema in tre importanti sentenze del 1999.

(138) Dei detenuti la legge fa cenno soltanto in quanto si tratti di « detenuti disabili » (art. 12, u.c.: v. § 45): il che conferma il totale difetto di considerazione da parte del legislatore italiano dell'handicap sociale.