

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEI RAPPORTI
CIVILI E DEL LAVORO
(CICLO XX)**

**SERVIZI PER L'IMPIEGO E REGIME
SANZIONATORIO NEL MERCATO DEL LAVORO**

Coordinatore

Chiar.mo Prof. Fabio MAZZIOTTI

Dottorando

Michelangelo PASCALI

SOMMARIO: 1. Decreto attuativo della legge delega n.30/03 e “abrogazione del terzo tipo” della normativa antecedente. Dubbi in tema di osservanza dell’art.76 Cost. - 2. Il d.lgs. n.276/03 come fase terminale del procedimento mutativo del collocamento ordinario da funzione pubblica a mero servizio. – 3. Critiche al sistema previgente del monopolio pubblico del collocamento. In particolare: a) debolezza delle sanzioni; b) conflitti costituzionali (apparenti); c) censure comunitarie. – 4. Esigenze di coordinamento verticale (organi statali centrali e periferici) e tra soggetti pubblici e privati. Tipizzazione delle agenzie di mediazione (*numerus clausus?*). *Staff leasing* a tempo indeterminato. Assenza del vincolo dell’oggetto sociale esclusivo (ambiguità del silenzio normativo ‘specifico’).

- 5. Sulle agenzie per il lavoro. Accordi sindacali (ruolo delegato e rappresentatività). Declino del divieto d'interposizione. <<Intermediazione>> e <<mediazione>>. Tipologia e requisiti. Critiche all’istituto autorizzativo del <<silenzio-assenso>>. – 6. Osservazioni critiche in tema di requisiti giuridico-finanziari: a) assenza di condanne penali (sostanziale eludibilità); b) <<patteggiamento>> e <<condanna penale>> (non equiparabilità); c) condanne non definitive e art.27, comma secondo, Cost.; d) requisiti ‘specifici’ e deroghe normative al principio dell’assenza di condanne penali (immotivazione); e) divieto di scopo di lucro e presenza (eventuale) di altri interessi; f) attività di mediazione e attività sindacale; g) consulenti del lavoro e attività per il lavoro (precisazione); h) autorizzazioni e transazioni commerciali (incompatibilità). – 7. Autorizzazioni e accreditamenti regionali.

– 8. Disciplina delle tutele: in particolare sui c.d. ‘diritti informatici’ (dal ‘*right to be alone*’ al ‘diritto all’oblio’); tutela del rapporto e tutela del mercato del lavoro (coincidenze e peculiarità con le norme di tutela dello Statuto). Note in tema di coordinamento. – 9. “Fondi per la formazione e integrazione del reddito” (debolezza intrinseca del sistema). Contiguità di generazioni “deboli” e declino della “solidarietà familiare” come pilastro assistenziale “sommerso”. – 10. “Misure d’incentivazione del raccordo pubblico e privato” e fasce deboli di prestatori di lavoro. – 11. Lavoratori <<svantaggiati>> e fine del tradizionale collocamento obbligatorio. – 12. Sulla borsa continua nazionale del lavoro (profili problematici). – 13. Nuovo regime sanzionatorio e vecchi problemi. Profili introduttivi. Trasformazione del rapporto di lavoro e nuovo divario tra privato e pubblico (motivi). – 14. Nuova radicale distinzione di lecito e illecito penale.- 15. Ancora sul concetto giuridico di “somministrazione”: dalla prestazione periodica o continuativa di cose o servizi alla fornitura di lavoratori. – 16. Sulla cesura tra vecchio e nuovo ordinamento sanzionatorio. – 17. Interposizione e appalto. Il problema della certificazione. – 18. Schema tripartito nuovo in tema di interposizione di manodopera. – 19. Divieto di interposizione illecita di manodopera e depenalizzazione generalizzata formale. – 20. “Sicurezza sul mercato” e “(in)sicurezza nel rapporto”. Sostanzialità del possibile circuito virtuoso tra stabilità, legalità e sviluppo economico. – 21. Sulla peculiare efficacia delle pene accessorie. – 22. Sulla disciplina delle sanzioni amministrative. Cenni al problema del concorso tra sanzioni. – 23. Estensibilità del regime sanzionatorio *ex* articolo 19 alle pubbliche amministrazioni. – 24.

Tendenziale liberalizzazione dell'illecito nel mercato del lavoro e possibile incidenza sull'igiene e sicurezza del lavoro. Sulla prevedibile marginalizzazione del ruolo di supplenza del sindacato. – 25. Sull'effettivo coordinamento dei paralleli sistemi.

1. *Decreto attuativo della legge delega n.30/03 e “abrogazione del terzo tipo” della normativa antecedente. Dubbi in tema di osservanza dell’art.76 Cost.*

Il sistema del mercato del lavoro nonché l’assetto stesso del rapporto lavorativo sono ambiti su cui hanno profondamente inciso le modifiche apportate dal decreto legislativo n.276 del 10 settembre 2003¹, attuativo della legge delega n.30 del 14 febbraio 2003².

In via introduttiva, due considerazioni preliminari: l’una su di una peculiarità che rileva in sede interpretativa, l’altra relativa al tipo di fonte normativa adottato per la riforma.

La prima, che s’intende presentare a mo’ d’avvertenza, consiste nel notare come le modifiche apportate da tale riforma normativa avvengono non soltanto attraverso l’abrogazione della vecchia normativa ed una ristrutturazione con esplicite modificazioni della materia, ma pure attraverso quel che potremmo definire una vera e propria “ripetizione normativa”. Nel senso che noi troviamo nella quasi totalità dell’articolato del suddetto decreto una riproposizione di testi già prodotti in passato, il che pone, necessariamente, conseguenti ed ineludibili problemi d’interpretazione: ovverosia, in relazione alle connesse questioni su vari punti, dinanzi a norme

¹ Il testo del decreto (pubblicato nella *GU della Repubblica Italiana* n.235 del 9 ottobre 2003), con una sintesi schematica, può essere letto anche in *DPL*, 2003, inserto del n.40. Altro breve schema è dato dalla nota redazionale *Attuazione della delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in *PrL*, 2003, 1545 ss.

² Pubblicata sulla *GU* n.47 del 26 febbraio 2003.

tutte apparentemente valide, è necessario discernere quale sia quella concretamente da applicare. Al fine di risolvere tale problema, si deve ritenere di essere di fronte (e, in tal modo, ci si deve riferire) alla cosiddetta *abrogazione del terzo tipo*, secondo l'apposita previsione di cui all'art.15 delle *preleggi*³: non vi è cioè né un'abrogazione esplicita (poiché non si ha un'espressa e chiara disposizione che abroga una norma) né un'abrogazione implicita (per assenza di una diretta incompatibilità tra norme precedenti e successive), ma semplicemente si ha una sorta di abrogazione 'per riproposizione', perché sulla stessa materia vengono emanate norme pressoché identiche ad altre già prodotte in passato (procedimento che si pone nella citata previsione abrogativa, effettiva laddove la nuova legge regoli l'intera materia già regolata da legge anteriore). Ci si deve riportare, in definitiva (giacché comunque il contesto è mutato) alle norme in ultimo riproposte con riferimento all'intero assetto della riforma di legge presentato.

La seconda osservazione di carattere introduttivo riguarda la modalità con cui è stata prodotta la riforma in materia di occupazione e mercato del lavoro (tenendo anche ben presente l'ampia portata delle modifiche proposte). Tale riforma, difatti, è stata proposta con un decreto legislativo a seguito di delega del Parlamento al Governo, con cui, in relazione alla già succitata legge delega n.30/03, quest'ultimo è stato autorizzato a definire i precisi contenuti di una modifica della materia astrattamente (teoricamente) già individuata e definita a sufficienza in ambito parlamentare. E' da premettere, tuttavia, in proposito, che, vigendo nel nostro ordinamento il

³ Propriamente: "Disposizioni sulla legge in generale", di cui al r.d. n.262 del 16 marzo 1942.

principio della divisione dei poteri, per cui, così come le funzioni giurisdizionali spettano alla Magistratura, quelle attinenti all'esecutivo sono attribuite al Governo mentre l'attività legislativa è (perlomeno nelle sue attribuzioni ultime, anche per i casi accetti) d'esclusiva spettanza del Parlamento, la costituzionalità del percorso storico di riforme quali quella al nostro esame è punto che suscita qualche interrogativo e che merita, per tale ragione, qualche breve riflessione. L'art.76 della Costituzione, ad ogni modo, pur non potendo ammettere delle vere e proprie eccezioni (in relazione alla sua natura e al suo nocciolo concettuale più puro) al principio di separazione tra poteri, imprescindibile architrave di un moderno assetto autenticamente democratico, acconsente però a deroghe ad una rigida concezione secondo cui il Parlamento sia, nell'assoluta totalità, il solo soggetto deputato ad un'emanazione sia ideale che materiale delle leggi. *Conditio sine qua non*, tuttavia, all'ammissibilità di deroghe in materia d'esercizio della funzione legislativa, è costituita dal rispetto di alcune condizioni puntualmente stabilite. Innanzi tutto, la delega al Governo deve essere attribuita per tempo limitato, deve essere formulata per materie delimitate (testualmente: "oggetti definiti") e, soprattutto, nella delega devono essere stabiliti dei principi e dei criteri direttivi e d'attuazione, chiaramente in maniera sufficientemente precisa, di modo che il Governo divenga il mero esecutore materiale di una legge già idealmente prodotta dal Parlamento. Tali condizioni non paiono appieno rispettate nella produzione qui studiata. Infatti, se si confronta anche solo superficialmente la legge delega con il decreto, si vede come, dinanzi ad una formulazione assai vaga della legge delega (nove articoli brevi e dal

contenuto sovente generico), è stato prodotto, in primo luogo, il decreto in esame formato da novanta densi articoli e, per di più, sulla base della stessa poco puntuale delega, ne dovrà essere prodotto ancora un altro, poiché il decreto d'attuazione n.276/03 – escludendo dal proprio ambito la razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro (di cui all'art.8 della legge n.30/03, in base al quale è stato poi emanato il decreto legislativo 23 aprile 2004, n.124⁴), la predisposizione di un'opera specificamente rivolta verso il sostegno e lo sviluppo dell'attività lavorativa femminile e giovanile (di cui alla lett.*b*, n.2 dell'art.1 comma 2 della legge delega), l'attuazione di un coordinamento delle disposizioni sull'incontro tra offerta e domanda di lavoro con la disciplina in materia di lavoro dei cittadini non comunitari, nel rispetto della normativa vigente, in modo da prevenire l'adozione di forme di lavoro irregolare, anche minorile, e sommerso e al fine di semplificare le procedure di rilascio delle autorizzazioni al lavoro (di cui alla lettera *h*) dell'ultimo articolo citato), nonché la revisione delle misure di inserimento al lavoro, non costituenti rapporto di lavoro, mirate alla conoscenza diretta del mondo lavorativo, con l'eventuale corresponsione di un sussidio (di cui alla lettera *d*) dell'art.2, comma 1 della legge) – dà, di conseguenza, attuazione soltanto parziale alla delega. In definitiva, essendo il d.lgs. n.276/03 emanato in conformità di principi di delega che appaiono già *di per loro (oggettivamente; quasi a prescindere dalla disciplina trattata)* eccessivamente vaghi e, ancor più, potendosi senz'altro ritenere che in una materia tanto complessa

⁴ In *GU* n.110 del 12 maggio 2004.

un'innovazione di una portata così dirompente avrebbe dovuto essere approvata a seguito di un percorso affatto differente (certo non basato sulla sostanziale mortificazione delle fondamentali attribuzioni parlamentari), l'ipotesi di contrasto con l'art.76 Cost. risulta, conseguentemente, almeno plausibile⁵. In realtà (salvo quanto precisato in prosieguo) le critiche formulate sono destinate a costituire un problema più teorico che altro, a rimanere insomma nel limbo delle riflessioni di principio (senza immediate conseguenze prevedibili sul contesto normativo). Infatti, se da un lato si può ritenere di essere dinanzi ad una sostanziale spoliatura della funzione costituzionalmente attribuita al Parlamento, poiché, di fatto, non solamente nelle specificazioni ma anche nelle determinazioni, l'innovazione legislativa è frutto principalmente (se non esclusivamente) dell'Esecutivo e si è prodotta dunque al di fuori del legittimo gioco parlamentare e democratico (secondo

⁵ Altre ipotesi di incostituzionalità rilevano a proposito dell'abolizione da parte del decreto legislativo della l. n.196/97, nelle parti non incompatibili con la nuova normativa e perciò escluse dalla delega (di cui alla lettera *o*) dell'art.1, comma 2, della l. n.30/03) laddove essa prevedeva l'abrogazione espressa (solo) di tutte le norme direttamente o indirettamente contrastanti. Anche rispetto all'art.20, comma 4, del d.lgs. n.276/03 potrebbe risultare fondata la prospettazione di un'illegittimità costituzionale, laddove ci si limita a ripetere la lettera della norma delega (art.1, comma 2, lettera *m*), n.2: ammissibilità della somministrazione, anche a tempo indeterminato, a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo) senza in realtà darle attuazione. In merito, si veda P. CHIECO, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti*, 2004, pagine rispettivamente 93 ss. e 106. L'Autore, viceversa (94 ss.) non ritiene plausibile l'ipotesi di un eccesso di delega riguardo all'abrogazione del principio di parità *ex* art.3 della l. n.1369/60, potendosi però prospettare per tale modifica un contrasto con l'art.43 del Trattato CE sulla libertà di stabilimento, in relazione al permanere di un obbligo di parità di trattamento negli appalti interni solo a carico delle imprese stabilite in uno Stato membro comunitario differente dall'Italia. In quest'ottica, l'Autore ritiene che detta abolizione vada senz'altro disapplicata dal giudice del lavoro, oltre che essa possa dar luogo a censure da parte della Corte di giustizia europea e ad un conseguente obbligo risarcitorio a carico del nostro Paese.

cui – volendo ribadire e precisare – le leggi devono essere espressione dialettica non solo della maggioranza in carica ma dell'intero arco parlamentare), dall'altro, non si può fingere d'ignorare che la ricostruzione della storia di questa produzione s'inserisce su una prassi consolidata, che non riguarda riduttivamente questo periodo di tempo né questa maggioranza, ma è, al contrario, comune a molte leggi prodotte negli ultimi decenni. Rimane, in ogni caso, la questione dell'eventuale accoglimento del dubbio di costituzionalità, con tutte le sue incertezze ma anche con tutte le sue potenzialità ricostruttive di una legittimità suprema violata.

2. Il decreto n.276/03 come fase terminale del procedimento mutativo del collocamento ordinario da funzione pubblica a mero servizio.

Detto questo, il nostro approfondimento, nella sua specificità, ha ad oggetto le modifiche in tema d'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, le quali, chiaramente, sono solo uno dei punti d'innovazione che scaturiscono dalla riforma complessiva del mercato del lavoro e delle tipologie lavorative attuata dalla così detta "Riforma Biagi" (si prescinde dalle note polemiche in tema di esatta denominazione). Tale punto, tuttavia, costituisce un asse fondante per la materialità (nella totalità assoluta della sua statuizione) e, ancor più, per la idealità (nella sua globale delineazione nonché comprensione) dell'innovazione legislativa. In altre parole, la nostra analisi è dedicata alla riforma di quello che era conosciuto come il "vecchio"

collocamento. Riforma, stavolta, ben difficilmente leggibile come “gattopardesca”⁶. Del resto, l’assoluta importanza che riveste detto aspetto è evidente: la disciplina del mercato del lavoro chiaramente assume la finalità di protezione avverso il rischio della disoccupazione, con la sua connaturazione di elemento d’esclusione sociale, potendosi pertanto leggere come effettivo strumento di cittadinanza sociale⁷. Va subito evidenziato in merito, per ragioni di chiarezza sistematica, che il decreto n.276/03 può essere decodificato e letto come una delle tappe finali di un processo molto lungo che ha inizio non già con tale produzione normativa né tanto meno negli ultimi anni, ma che principia a prender forma ed a veder gettate le sue basi sin sul finire degli anni Settanta, quando cambia qualcosa proprio ad un livello, per così dire, concettuale del collocamento: ovverosia, la trasformazione riguarda l’essenza stessa del collocamento ordinario. Si ha, difatti, gradualmente ma inesorabilmente - già con l’introduzione nei primi anni Ottanta del contratto di ‘formazione e lavoro’, seguito dalla totale eliminazione nella prima metà degli anni Novanta del meccanismo dell’autorizzazione preventiva per l’assunzione (prefigurata e concretizzatasi col passaggio dall’autorizzazione preventiva alla comunicazione successiva dell’assunzione) nonché del vincolo della richiesta numerica, generalizzando così la liceità della richiesta nominativa, cui va poi aggiunta l’erosione di una monolitica centralità del sistema col passaggio di talune attività dallo Stato alle Province e con il conferimento alle Regioni di una concorrente

⁶ Cfr. P. ICHINO, Collocamento: un problema ancora irrisolto, in RIDL, 1987, 293 ss.

⁷ Sul tema, ad esempio, E. GHERA, *Diritto del lavoro*, 2003, 235.

competenza normativa in tema di collocamento, accordati entrambi nella seconda metà di tali ultimi anni, fino alla relativamente recente ammissione dell'assunzione diretta pure negli speciali settori dello spettacolo e dell'agricoltura, all'introduzione delle agenzie di lavoro interinale (o lavoro cosiddetto "in affitto") e alla ancor meno remota definitiva soppressione delle cosiddette liste di collocamento - uno spostamento, un passaggio da un principio secondo cui il collocamento assume in sé la veste di funzione pubblica⁸ ad uno che possiamo definire di equiparazione a (mero) servizio⁹. Ovvero, pure, sotto taluni aspetti, da un collocamento "mediazione" ad un collocamento "informazione"¹⁰. Pertanto, mentre in passato tutta una serie di caratterizzazioni e di modalità - quali, ribadiamo, la natura irrimediabilmente pubblica del collocamento (il suo essere, cioè, monopolio di esclusiva attribuzione statale: si pensi che la legge n.264 del 29 aprile 1949 sanciva il divieto dell'esercizio della mediazione privata ancorché gratuito), la necessità di autorizzazione per l'assunzione del personale con contratto di lavoro subordinato, le quote di riserva numerica obbligatoria per categorie particolarmente deboli socialmente e tanto più, di riflesso e ineluttabile e

⁸ Pensata al precipuo fine di evitare le <<varie forme di sfruttamento della classe lavoratrice cui davano luogo, in misura più o meno intensa, la libera contrattazione della domanda e dell'offerta di lavoro e le varie agenzie private di collocamento a fini lucrativi>>, secondo l'*Enciclopedia del diritto* (voce: *Collocamento di lavoratori*), citata da Pret. Milano, 29 ottobre 1976 (in *MGL*, 1977, 194).

⁹ F. LISO, Appunti sulla trasformazione del collocamento da funzione pubblica a servizio, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli del sistema*, 2004, 365 ss..

¹⁰ D. GAROFALO, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Dal collocamento al rapporto giuridico per il lavoro*, in P. CURZIO (a cura di), *op. cit.*, 31 ss.

scontato, assai fragili sul mercato del lavoro (si pensi ai disabili¹¹), e così via dicendo – facevan sì che proprio nell’esplicazione di tali attività si realizzava (o si mirava a realizzare) direttamente una corrispondenza con taluni profili del dettato costituzionale – dall’essere la Repubblica italiana fondata sul lavoro, al dichiarato perseguimento di un’eguaglianza sostanziale e non soltanto formale, al sancito diritto-dovere di contribuire con una propria e personale attività al benessere materiale e spirituale del paese, i quali sono ovviamente principi tutti che per avere una valida attuazione ed un certo concreto riscontro debbono a forza basarsi sulla possibilità di accedere in maniera equa e in via effettiva alla distribuzione di quel bene per definizione (economica) scarso che è il lavoro - adesso, venendo meno tale regime, questa distribuzione e l’attività antecedente dell’incontro tra domanda ed offerta di lavoro è divenuta¹² un servizio, pure da svolgere secondo le regole del (più o meno) libero mercato: come tale, perciò, assimilabile ad un’attività economica privata come altre e, dunque, non solo il cui svolgimento è permesso a soggetti privati, ma anche – com’è chiaramente e

¹¹ Per una comparazione su come era configurato in diversi ordinamenti europei il rapporto tra *handicap* e lavoro si veda: F. A. D’HARMANT, *Il collocamento obbligatorio: modelli legislativi europei a confronto*, in *RIMP*, 1987, 4 ss.

¹² Più correttamente, può dirsi che tale attività sia *tornata ad essere* legalmente possibile, così sconoscendo le analisi secondo cui il progresso giuridico e sociale condannava il sistema ad un progressivo abbandono dall’inizio dello scorso secolo: <<La regolamentazione del collocamento, però, mira non solo a proteggere il lavoratore dalle eventuali vessazioni del datore di lavoro, ma anche da ogni forma di sfruttamento da parte di sedicenti agenzie di collocamento private, così come si verificava in passato quando, per mancanza di una disciplina legislativa, era ammessa l’intermediazione privata. (...). Per combattere queste forme “legalizzate” di sfruttamento si introdussero dei limiti alla mediazione privata sotto forma di autorizzazioni amministrative, ma con ciò non si risolse il problema>> (V. CARULLO, *Del lavoro*, in *Commentario del codice civile*, 1987, 428 e 430).

necessariamente implicito nei sistemi ove si inserisce - suscettibile di scopo di lucro. Scopo di lucro che peraltro, assai plausibilmente, renderà, nella concreta ripartizione tra pubblico e privato, quanto meno residuale la pubblica attività. Comunque, non si vuol certo minimizzare la richiesta di efficienza delle aziende, certamente in parte mortificata dal sistema previgente, ma, accanto al perseguimento della soddisfazione di tale innegabile esigenza, piuttosto si critica l'attuale mancata predisposizioni di efficaci controlli di tipo sociale (pure, o quantomeno, derivanti dalla contrattazione collettiva), in base ad altri bisogni, appunto qualificabili come sociali, non sempre da intendere come senza contrasti con il criterio della produttività assoluta, ma viceversa da “armonizzare”, attentamente, pazientemente, pure faticosamente, con esso. Quindi, mentre secondo il trascorso regime una tutela poteva e doveva essere implicita nella stessa attività, ora la salvaguardia e il raggiungimento dell'effettività del diritto al lavoro - con i suoi corollari di imparzialità (in relazione, è ovvio, al caso concreto e non a criteri tanto astratti e generali da tradursi in concreta parzialità), di possibilità distinta e palesata, di prevalenza della solidarietà sulla competizione e della socialità sulla quantificazione economica - avviene su di un piano successivo (ed eventuale) e, di conseguenza, non possono più essere considerati insiti nella stessa pratica dell'attività. Insomma, da un'immediatezza ad una (ineludibile ma ipotetica) mediatezza delle finalità sociali, dei fini costituzionali.

3. *Critiche al sistema previgente del monopolio pubblico del collocamento. In particolare: a) debolezza delle sanzioni; b) conflitti costituzionali (apparenti); c) censure comunitarie.*

Il quadro sopra delineato si pone naturalmente sullo sfondo di un drastico mutamento (e, probabilmente, secondo un'interpretazione condivisibile, della fine) del *Welfare State* come correttamente teorizzato. Comunque, è da premettere che, così come precedentemente configurato, questo “pilastro sociale”, costituito dal collocamento, poneva degli innegabili problemi, e non di poco conto. Innanzitutto, rispetto all'effettivo funzionamento, la concretizzazione di quanto astrattamente delineato (insomma i reali benefici positivi prodotti) è stata caratterizzata da una grave scarsità. Tale punto è tanto drammaticamente evidente nella realtà dei fatti ed acquisito nell'immaginario (stavolta, appunto, reale se non materiale) collettivo da non abbisognare di ulteriori precisazioni. Tra l'altro, poi, si rammenti che il sistema del collocamento era pensato, anche se per le logiche ragioni di necessaria differenziazione di tutela, solo in relazione al lavoro subordinato, escludendo del tutto quello autonomo, cosa destinata a creare notevoli problemi a seguito della graduale perdita di centralità del primo tipo. Tuttavia, rispetto a tali produzioni di riforma normativa, bisognerà aversi consapevolezza che la scarsa forza deterrente delle sanzioni connesse al buon funzionamento del mercato (e, in parte, del rapporto) di lavoro, per lo più pecuniarie e di natura amministrativa (tanto da non risultare queste davvero “antieconomiche”, realmente “sconvenienti” in un'ottica “imprenditoriale”), ha avuto un notevole rilievo nella concausalità della determinazione delle “necessità” innovatrici. Dunque, come necessaria integrazione nel piano dell'analisi, c'è da occuparsi del versante sanzionatorio connesso alle dinamiche riformate dei servizi per l'impiego, comunque stratificate su un apparato tradizionalmente caratterizzato da ampie problematicità, in quanto ad ordine sistemico, nonché efficienza ed efficacia. L'art.2098 c.c., sancendo l'annullabilità del contratto di lavoro qualora questo sia stato concluso tra il datore e il prestatore di lavoro fuori dalle regole in tema di collocamento - norma astrattamente rigorosa e capace di coadiuvare al perseguimento del rispetto del sistema - è stato del resto largamente disapplicato, forse anche

per il suo carattere “impopolare”¹³. Non si tralasci, altresì, in una spiegazione del cattivo funzionamento di tale sistema di assunzioni (ed emblematico è il caso della presunta assunzione obbligatoria dei disabili) il peso derivato dall'impossibilità d'esecuzione in forma specifica delle obbligazioni di fare in cui si risolvono, secondo i generali schemi civilistici, gran parte delle prestazioni attinenti al rapporto di lavoro (rendendo conseguentemente possibile soltanto un risarcimento dei danni subiti, da quantificare, per di più, in via equitativa). In secondo luogo, il monopolio pubblico statale in relazione alla materia del collocamento, con la sua conseguente invasività nell'area dell'economia privata e graduazione dei beni-interessi da tutelare, poneva dei problemi anche proprio nei confronti dello stesso dettato costituzionale: da un supposto non rispetto dell'uguaglianza di tutti i cittadini (essendone privilegiate maggiormente talune categorie: argomentazione, tuttavia, destinata a cadere con facilità, anche solo per un semplice paragone con gli strumenti positivi, non codificati e certo non incostituzionali, di ricerca per il conseguimento di una parità effettiva dei sessi, pure sul lavoro) all'ipotizzate distorsioni alla libertà di iniziativa economica privata costituzionalmente garantita (anche se la Corte Costituzionale, per quel che riguarda in particolare il sistema delle assunzioni obbligatorie, ne aveva, ripetutamente, con sentenze n.38 del 15 giugno 1960, n.55 dell'11 luglio 1961 e n.104 del 19 giugno 1981, escluso il contrasto con l'art.41 Cost., in quanto fondato tale sistema non su una totale soppressione ma soltanto su una parziale limitazione della libertà economica privata e, per di più, basandosi tale meccanismo non su di un rapporto senza alcuna utilità per il datore di lavoro obbligato a contrarre, data la necessaria idoneità al lavoro, stabilita da apposito collegio medico, per i soggetti svantaggiati destinatari di detto regime favoritivo¹⁴). Anche la Corte di Cassazione, poi, si era espressa in merito al funzionamento del sistema pubblico del collocamento, tacciato d'inadeguatezza e reputato contrastante con l'art.86 del Trattato costitutivo della Comunità Europea¹⁵, laddove non consentiva l'ingresso di privati nel

¹³ Amplius: M. PASCALI, Commento all'art.2098 c.c., nel Codice civile annotato a cura di P. PERLINGIERI, 2006, III edizione, nonché, ID., Sentieri interpretativi dell'art.2098 c.c.: passato e attualità di una norma ritenuta desueta, in D&G, 2007, in corso di pubblicazione.

¹⁴ Sul punto, vedasi: F. MAZZIOTTI, *Diritto del lavoro*, 2001, 288.

¹⁵ Ciò, in conformità di pronunce in sede di giustizia europea: si veda, ad esempio, la sentenza emessa il 22 gennaio 2002 nella causa C-218/00. Si legga in *FI*, 2002, IV, 243 ss.

sistema qualora gli uffici pubblici si fossero rivelati insufficienti allo scopo prefissato¹⁶. Non ultimo, non erano mancate le censure sul piano internazionale: basti pensare alla posizione e alle conseguenti dichiarazioni dell'Organizzazione internazionale del lavoro, che aveva ammonito il legislatore italiano per l'esclusività statale del collocamento pubblico (si faccia riferimento, in proposito, alla Convenzione OIL n.181 del 19 giugno 1997 in materia di agenzie di impiego private, ratificata dall'Italia il 1° febbraio 2000). Un'accelerazione definitiva, tuttavia, verso un chiaro punto di radicale non ritorno, si è avuta in abito strettamente europeo, dove, per rispetto del principio cardine dell'Unione europea di omogeneità delle discipline degli Stati membri di interesse comunitario e, in particolare, per il conseguimento del fine della libera circolazione dei lavoratori, raggiunto anche mediante l'eliminazione delle "procedure e pratiche amministrative, come pure dei termini per l'accesso agli impieghi disponibili, il cui mantenimento sarebbe d'ostacolo alla liberalizzazione dei movimenti dei lavoratori", si era più volte condannato, anche esplicitamente, ossia con sentenza, attraverso la Corte di Giustizia europea (si veda in merito la sentenza emessa l'11 dicembre 1997 nella causa C-55/96, a seguito di questione pregiudiziale sollevata dalla Corte d'Appello di Milano), lo Stato italiano per la permanenza dell'istituto del monopolio pubblico del collocamento, censurato appunto in quanto suscettibile di dar luogo ad "abuso di posizione dominante". L'introduzione del lavoro temporaneo, facente parte del cosiddetto "Pacchetto Treu" proposto nel 1997, può effettivamente leggersi come risposta (dovuta) a tali sollecitazioni¹⁷.

4. *Esigenze di coordinamento verticale (organi statali centrali e periferici) e tra soggetti pubblici e privati. Tipizzazione delle agenzie di mediazione (numerus clausus?). Staff leasing a tempo indeterminato.*

¹⁶ Cass., sent. n.3841 del 15 marzo 2002, in *NGL*, 2002, 757 ss.

¹⁷ Con conseguente abrogazione (per sostituzione con una diversa fattispecie criminosa) della contravvenzione relativa al generale divieto d'intermediazione prima esistente. In merito, per esempio, Pretura di Brescia, sentenza del 22 aprile 1998 (in <http://www.treccani.it>).

Assenza del vincolo dell'oggetto sociale esclusivo (ambiguità del silenzio normativo 'specifico').

Questa traslazione, da quel che prima era (o avrebbe dovuto essere) a quel che adesso è (o, magari, sarà o, forse, non sarà ancora), questo procedimento insomma può essere scomposto, per ragioni d'istantanea chiarezza, attraverso una serie di direttive guida. Innanzitutto, può essere interpretato e riconosciuto come decentramento di funzioni, poteri e anche facoltà (in linea, peraltro, come sua continuazione ed attuazione, con la cosiddetta Riforma Bassanini: con la legge n.59 del 15 marzo 1997 e con il decreto legislativo n.469 del 23 dicembre 1997¹⁸) e poi come compresenza sia di soggetti privati che di soggetti pubblici nell'effettuare tutta una vasta gamma di attività. Più nel dettaglio, riferendoci a quanto disciplinato dal decreto n.276/03, tale decreto prevede e necessita, per un buon realizzo di quanto in esso stabilito, di un coordinamento sia tra organi statali periferici e centrali sia tra soggetti pubblici e privati. A tal proposito, anticipiamo, è stato evidenziato come la centralità del sistema sia principalmente riservata ai privati, in un'ottica in cui gli uffici pubblici sembrano qualificati più da giudizio d'incapacità che altro e perciò, di conseguenza, posti ai margini. Generando un sistema di "monopolio di fatto", in ipotesi pure configgente con la previsione di cui alla Convenzione Oil n.88 del 1948, secondo cui ogni

¹⁸ Decreto, in vero, già di ampia portata e la cui introduzione fu assai discussa; dato questo riscontrabile pure leggendo le argomentazioni alla base della richiesta di *referendum* abrogativo di tale produzione normativa, presentata presso la Corte costituzionale (la cui inammissibilità fu comunque dichiarata dalla Corte con sentenza n.39 del 3 febbraio 2000).

Stato membro deve garantire la presenza di un collocamento pubblico gratuito (anche se, attualmente, non esclusivo)¹⁹.

In concreto, comunque, allo Stato è riservata e affidata la disciplina della cosiddetta autorizzazione²⁰, che consiste nella previsione della preliminare istituzione presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali di un apposito albo²¹ delle agenzie per il lavoro²² e della concessione, sulla base di requisiti specificamente predefiniti, dell'immissione in tale albo da parte di taluni particolari soggetti, cosa che permette ad essi l'esercizio di certe attività. Con più puntualità, quest'albo prevede cinque voci in cui vi sono elencate le agenzie di somministrazione a carattere generale o con competenza generale (così dette generaliste), le agenzie di somministrazione soltanto a tempo indeterminato con competenza specifica (cosiddette specialiste), le agenzie di intermediazione tra domanda e offerta di lavoro, le agenzie di ricerca e selezione del personale ed infine le agenzie di supporto alla ricollocazione professionale. E' da interrogarsi sull'intensità dei vincoli imposti dal *numerus clausus*, una volta che sia stata così specificatamente fissata la tipologia (*nominata*) delle agenzie. Preliminarmente, si evidenzia

¹⁹ M. MISCIONE, Le agenzie per il lavoro, in Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276 (coordinato da F. CARINCI), Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro (a cura di M. MISCIONE, M. RICCI), 2004, 120 e 148 ss.

²⁰ Opportuno il confronto con l'equivalente di cui al cosiddetto "Pacchetto Treu".

²¹ Anticipiamo che con la pubblicità di tale albo (e alcune connesse previsioni in tema di requisiti per le iscrizioni) si rispetta, ma solo indirettamente, per la somministrazione di lavoro, il requisito di riconoscibilità del soggetto datoriale (cfr. il d.lgs. n.152 del 26 maggio 1997, emanato in conseguenza della direttiva 91/533/CEE del Consiglio delle comunità europee del 14 ottobre 1991).

²² Presa tale denominazione dalle omonime agenzie operanti nelle Regioni a statuto speciale e appunto con competenze relative al mercato del lavoro.

come manchi, in tutto il d.lgs n.276/03 (e, precisamente, all'art.2 dedicato appunto a tale compito, in conformità a tecnica legislativa comunitaria), una definizione di dette "agenzie per il lavoro", per cui questa può essere solo indirettamente formata dalla definizione dell'attività che svolgono (e del regime di regole cui sono assoggettate). Insomma, mentre tra le definizioni ve ne sono alcune, come quella del lavoratore, francamente superflue ed anche contraddittorie, ne sono assenti altre pur teoricamente fondamentali. In ogni caso, l'aver tralasciato l'inserimento nel corpo normativo di tale definizione (privilegiando la presenza di talune davvero non necessarie se non pleonastiche) non corrisponde ad un'assoluta novità nella discrezionale adozione dei caratteri della struttura normativa, ma rispecchia (così come, del resto, molto dell'intero impianto del decreto) una continuità (formale e specifica) con un insieme ben definito, con un *modus* già precedentemente adottato dalla legge n.196 del 24 giugno 1997. Un breve accenno va fatto anche al preesistente apparato in tema d'autorizzazioni d'attività all'interno del mercato del lavoro, caratterizzato da una pluralità d'albi e registri nonché di provvedimenti amministrativi d'abilitazione (nello specifico, v'era una separazione tra l'albo previsto dalla l. n.196/97 e dal decreto ministeriale del 3 settembre 2003 per le società di fornitura di lavoro temporaneo e gli elenchi appositi stabiliti dal decreto legislativo n.469 del 23 dicembre 1996 e dal decreto ministeriale del 18 aprile 2001 per i soggetti abilitati all'esercizio delle attività di mediazione, ricerca e selezione del personale e ricollocazione professionale), situazione che evidentemente il legislatore attuale ha formalmente inteso razionalizzare.

In ogni modo, le prime, “generaliste”, svolgono attività di somministrazione di lavoro²³, ovverosia di “fornitura professionale di manodopera”²⁴, così come all’art.2, lettera *a*), del d.lgs. n. 276/03, definizione con cui s’intende, in uno scambio tra parti – con termine mediato dal linguaggio civilistico: nello specifico, dall’art.1559 c.c. (e difatti la somministrazione può qualificarsi come un contratto di natura commerciale) - la fornitura a titolo oneroso, cioè verso corrispettivo di un prezzo, da parte di un soggetto, estraneo al rapporto lavorativo in senso stretto, di forza lavoro ad un altro soggetto, il quale nel concreto se ne avvalerà, ma che formalmente rimarrà in posizione, per così dire, defilata. Defilata anche a livello letterale normativo, laddove le norme, più attente per il soggetto somministrante, non lo sono altrettanto nei confronti dell’utilizzatore²⁵. La particolarità di maggior rilievo consiste, in ogni modo, nella qualificazione dei rapporti giuridici tra i tre soggetti interessati in tale relazione (somministratore, utilizzatore e somministrato), per cui la qualifica datoriale non verrà assunta da colui che l’esperienza sia giuridica che reale ci ha pressoché sempre indicato come datore²⁶ (e nel cui interesse nonché sotto la cui direzione e controllo si svolge, pur nel caso in esame, l’attività del lavoratore), ma dal soggetto che esegue la suddetta prestazione di

²³ G. FERRARO, *Tipologie di lavoro flessibile*, 2004, 153 ss.

²⁴ Tale somministrazione, va precisato, riguarderebbe non solo lavoro subordinato, ma sarebbe altresì possibile pure rispetto al lavoro autonomo. In merito, M. MISCIONE, *op. cit.*, 142 ss. In ogni caso, ciò poteva aversi già anteriormente all’attuale provvedimento di riforma.

²⁵ P. CHIECO, *op. cit.*, 96.

²⁶ Ci si riferisca anche alla previsione di cui all’art.2127 c.c.

manodopera, gestendo il tempo²⁷ (quando, con quale intensità) e il luogo (da intendere presso chi) in cui un soggetto debba lavorare. Dunque, il lavoratore, pur dipendente dell'agenzia di fornitura, in effetti presterà il proprio lavoro nell'azienda committente (ovviamente, anche in più d'una), ove, per più di un verso, sembrerà assumere quasi la veste di "ospite", pur anche permanentemente. Ciò, ricalca quanto già in passato disciplinato dalle "vecchie" agenzie interinali, in cui il rapporto di lavoro temporaneo aveva luogo attraverso i distinti contratti di prestazione di lavoro²⁸ e di fornitura, con la scissione fra la gestione normativa e quella tecnico-produttiva del lavoratore²⁹. Tuttavia, differenza non da poco è rappresentata dal punto che, mentre le agenzie di lavoro interinale (e si ricordi la derivazione di tale termine dall'avverbio latino *interim* che indica "in quel mentre", "frattanto" ovvero, anche, "per ora", "per il momento") o, appunto, temporaneo, prima somministravano solo lavoro a tempo parziale (l'eventuale stipula del contratto a tempo indeterminato tra lavoratore e agenzia interinale comportava solo che in capo a quest'ultima ricadesse l'onere di corrispondere al lavoratore interinale un'indennità di disponibilità per i periodi di non lavoro³⁰), tanto che la temporaneità incideva nella stessa causa del contratto

²⁷ *A latere*, sui generali meccanismi di flessibilità insiti nella disciplina stessa sull'orario di lavoro (cosiddetta 'banca ore') di cui al decreto legislativo n.66 dell'8 aprile 2003, qualche riferimento, di taglio prevalentemente operativo, può leggersi in: M. PASCALI, *Questioni interpretative sul regime dell'orario di lavoro in ambito universitario*, in *GI*, 2007, 245 ss.

²⁸ Il quale già costituiva per il lavoratore la fonte esclusiva della disciplina normativa del suo rapporto di lavoro (cosiddetto contratto-base). In merito, per esempio: Cass. civ., sent. n.3020 del 27 febbraio 2003 (in *RCDL*, 2003, 310).

²⁹ Pure: tra "datore di lavoro" e "imprenditore".

³⁰ In ogni modo, è prevista un'analogia indennità mensile di disponibilità da corrispondere al lavoratore nell'ambito del contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, ai

di fornitura, adesso il lavoro somministrato può essere anche a tempo indeterminato (cosiddetto *staff leasing* a tempo indeterminato), con la conseguenza che, almeno in teoria, la scissione tra datore di lavoro effettivo e datore di lavoro formale può durare pure per tutta la vita lavorativa, con tutto lo strascico di problemi (sul piano sindacale, professionale e, non ultimo, familiare e umano) facilmente postulabili e semplicemente intuibili. Quindi, in difformità dalle precedenti previsioni, l'ammissibilità di tale interposizione non subirebbe più alcun drastico distinguo in rapporto alla sua durata. In merito va precisato, comunque, nonostante spesso si opti per una lettura opposta, che in tale indeterminata somministrazione sia da escludere la possibilità di una corrispondente utilizzazione a tempo indeterminato, cioè d'una somministrazione a tempo non determinato presso un unico utilizzatore (ferma restando, ovvio, la legittimità di somministrare a più utilizzatori). Ciò, in quanto immediatamente e irrimediabilmente contrastante non soltanto col dettato dell'art.2094 c.c. (su cui, un po' più diffusamente *ultra*), ma pure con i principi costituzionali di cui agli artt.41 comma secondo e 3 della Costituzione, che mirano a garantire (e perseguire) dignità, sicurezza, libertà e parità per i lavoratori, valori messi in discussione da un'utilizzazione permanente che praticamente equiparerebbe il lavoro a pura merce. Nel tracciare le ombre che offuscando la lucentezza dei riformati rapporti lavorativi secondo i canoni della loro propria e nuova moda, non può non

sensi dell'art.22, comma 3°, del d.lgs. n.276/03, indennità precisata (congiuntamente a quella per i lavoratori "a chiamata", o "a squillo", secondo la denominazione datane in Francia) dal decreto emesso in data 10 marzo 2004 dal Ministero del *welfare*, pubblicato sulla *GU* n.68 del 22 marzo 2004.

notarsi, inoltre, che anche sotto un profilo di sicurezza del lavoro è innegabile l'impatto negativo della temporaneità: se l'ampliamento (e l'“ammorbidente”) delle ipotesi legali lavorative può (forse) in concreto contribuire al miglioramento (*rectius*: all'emersione) di specifiche situazioni, ma solo in relazione all'ambito del lavoro nero (e pare cattiva azione legislativa quella che di fronte ad incapacità di garantire diritti effettivi opta – e solo per questo caso – per un'anomala “riduzione del danno”, in chiave poi di un abbassamento invece di un innalzamento del piano dei diritti)³¹, non è ancora sconfessabile che il rapporto lavoro-salute finisca per risolversi per le attuali tendenze null'altro che in un'antinomia³². Ricordiamo, altresì, che, pure da punto di vista aziendale, si è affermato³³ che il “*business della flessibilità*” può risultare vincente solo se il lavoro temporaneo possa rivelarsi chiave d'accesso verso un'occupazione stabile e dimostrarsi possibilità di tutele ad oggi mancanti (si pensi solo all'esclusione dall'ottenere un mutuo per un lavoratore privo di solida, stabile occupazione³⁴), generando altrimenti

³¹ In merito, e con più largo respiro, sia lecito l'invito alla lettura di M. PASCALI, *La «decolorazione» del lavoro nero nel processo di decostruzione del diritto penale del lavoro. Normalizzazione, migrazione ed eclissi del diritto*, Napoli, 2007.

³² Cfr. G. NATULLO, *Lavori temporanei e sicurezza del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 151 ss.

³³ S. CONSIGLIO, *L'impatto della delega sul “business della flessibilità”*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 129 ss.

³⁴ In proposito, i primi (timidi) tentativi cui assistiamo da parte di taluni istituti bancari di predisporre un sistema di mutuo pure per i “nuovi lavoratori” (ovvero lavoratori del “nuovo mercato”), pur avendo il pregio di dar risalto al problema cui accenniamo, non sembra abbiano ancora trovato valide soluzioni (sempre che queste siano possibili) per individui con davvero poche garanzie per loro stessi, e figurarsi per altri.

Peraltro, una recente inchiesta di *Altroconsumo* (<http://www.altroconsumo.it>) ha evidenziato come, in concreto, una percentuale davvero infima di banche è davvero propensa a concedere mutui ai lavoratori precari (ciò confermato anche dal dossier “*Emergenza abitazione*” de *La*

disaffezione e coagulando intorno a sé soprattutto prestatori di lavoro con basse qualifiche e scarso potere contrattuale. Peraltro, è stato rilevato che l'assai larga libertà di azione dell'agenzia generalista nell'utilizzazione della somministrazione a tempo determinato creerà problemi e ostacolerà il sistema di somministrazione a tempo indeterminato³⁵, la quale – forse paradossalmente, giacché fine d'una somministrazione dovrebbe essere, in tesi, alla fine, un'assunzione a tempo indeterminato da parte di un unico individuato datore di lavoro e non un'indeterminatezza frammentata tra più tipologie e più datori – può essere, tra le due forme di somministrazione, concretamente “male minore” per il lavoratore. Tra l'altro, già rispetto all'applicazione della precedente disciplina sulla fornitura di lavoro a tempo delimitato era stato affermato insussistente il diritto del lavoratore interinale alla prosecuzione del rapporto di lavoro quando questo si era concluso per il sopraggiungere del termine, anche se le esigenze produttive del datore di lavoro, motivo di ricorso a lavoratori interinali, avessero trovato prosecuzione³⁶. Inoltre, va subito appuntata attenzione sulla mancanza nella nuova formulazione legislativa (in conformità con le disposizioni di cui alla lettera *i*), comma secondo del 1° articolo della l. n. 30/03) del vincolo dell'oggetto sociale esclusivo (in altre parole, del divieto di svolgere altre contemporanee attività economiche) di cui alla precedente l. n.196/97 sulle

repubblica del 13 novembre 2005), a cui si aggiunge l'allarmante dato, della stessa ricerca, secondo cui la quasi totalità di esse, in modo che pare essere francamente fraudolento, generalmente rifiuta di far prendere visione del contratto di mutuo da sottoscrivere (e addirittura in una si pretendeva che venisse firmato un documento ove fra l'altro v'era l'affermazione menzognera di aver dato copia del contratto).

³⁵ P. CHIECO, *op. cit.*, 104.

³⁶ Corte d'appello di Torino, sent. 30 giugno 2003, in *LG*, 2003, 1170.

agenzie di lavoro interinale, a garanzia dei lavoratori avverso pericoli poi accaduti realmente. Proprio il nessun valore dato a tale concreta esperienza non può che vederci critici in proposito. Precisamente, così come poi specificato dalla circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n.25 del 24 giugno 2004³⁷, posto che già l'automatica autorizzazione per talune attività "minori" connessa all'autorizzazione per attività di livello più elevato può di per sé essere considerata un'incompatibilità col suddetto vincolo, l'eliminazione di quest'ultimo consente alle agenzie d'affiancare a quelle autorizzate anche altre tipologie d'attività, pure non soggette ad autorizzazione, come, ad esempio, delle esecuzioni di lavori in appalto di servizi parallelamente alla somministrazione di lavoro.

E' comunque da chiedersi sul valore veramente dirimente del silenzio (ambiguo) della disposizione (che, a riguardo, non abroga nulla espressamente, trattandosi appunto di 'abrogazione del terzo tipo', per riproposizione o, meglio, nel caso specifico, per *omessa* riproposizione). E tanto più è da interrogarsi, pur per inciso, in tema di responsabilità personale, anche penale, su tale tacita operazione, soprattutto con riferimento al principio costituzionale di legalità. La presenza di norme, anche incriminatrici, (o, come nel presente caso, di possibili presupposti a norme altre), non espressamente abrogate, considerato anche il carattere 'odioso' della norma penale, porrà sicuramente delicate questioni in tema di interpretazione.

³⁷ Pubblicata sulla *GU* n.151 del 30 giugno 2004.

5. Sulle agenzie per il lavoro. Accordi sindacali (ruolo delegato e rappresentatività). Declino del divieto d'interposizione. <<Intermediazione>> e <<mediazione>>. Tipologia e requisiti. Critiche all'istituto autorizzativo del <<silenzio-assenso>>.

Ciò che distingue le facenti parte di tale prima sezione dell'albo delle agenzie per il lavoro di cui all'art.4 del d.lgs. n.276/03 è, così come già risulta dalla locuzione con cui sono solite essere denominazione, il loro assumere una competenza generale nella somministrazione di personale. Esse svolgono, difatti, attività di somministrazione per tutte le ipotesi e per tutti i casi previsti dall'art.20 del decreto (ad esempio, se il contratto di somministrazione è concluso a tempo indeterminato, esso è ammissibile per servizi di pulizia, custodia, portineria, per la gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, servizi di economato, per attività di consulenza direzionale, assistenza alla certificazione, programmazione delle risorse, sviluppo organizzativo e cambiamento, gestione del personale, ricerca e selezione del personale, per la gestione di *call center*, per costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive, con specifico riferimento all'edilizia e alla cantieristica navale, le quali richiedono più fasi successive di lavorazione, e rispetto a cui è possibile l'impiego di manodopera diversa per specializzazione da quella normalmente impiegata nell'impresa, eccetera), mentre le agenzie "specialiste", di cui alla seconda voce dell'albo,

svolgono somministrazione soltanto a tempo indeterminato e limitato ad una sola delle attività previste dall'art.20, comma terzo, lettere da *a*) a *h*), anche se sono ammissibili iscrizioni plurime. A tal proposito, bisogna poi fare alcune precisazioni. In primo luogo, si rileva come l'elenco di tali attività ricalchi fondamentalmente le ipotesi per cui, secondo la legge n.1369 del 23 ottobre 1960, era ammesso l'appalto. Le differenze presenti, però, prospettano attività generiche (e perciò difficilmente determinabili, confinabili) o stranamente "intrecciate" tra loro (per cui un'autorizzazione "specificata" consente in realtà la facoltà di somministrare attività ben diverse tra loro, poiché previste e ricomprese nella stessa lettera), secondo vincoli – se esistenti - oscuri e non palesemente logici³⁸. In secondo luogo, va fatta una precisazione sul carattere della lista di cui all'art.20: il lungo elenco di ipotesi lavorative suscettibili di formare l'oggetto di stipula di contratto a tempo indeterminato di somministrazione non va considerato come avente carattere di tassatività, poiché ammette (e, di per sé, preannuncia) delle rilevanti eccezioni. Difatti, altre ipotesi lavorative per cui può esservi ammissibilità del suddetto tipo di contratto possono essere previste (soltanto, però, per le agenzie di stampo generalista) dai contratti collettivi. In tal modo, ci si riferisce ad una modifica assai importante nell'estendere l'attività di somministrazione, con tutte le conseguenze e i problemi che ne derivano: rispetto al godimento delle tutele in ampio senso, rispetto (all'interesse) all'effettività del datore di lavoro, riguardo alla possibilità di accedere ad un pieno esercizio dei diritti sindacali (anche se in via astratta garantiti ma nella

³⁸ Per tale considerazione: M. MISCIONE, *op. cit.*, 136 ss.

sostanza stessa difficilmente gestibili e compatibili con situazioni di precarietà o temporaneità), nonché all'espressa previsione, foriera in sé di innegabili problemi e potenziali abusi, del non computo nell'organico del soggetto utilizzatore del prestatore di lavoro ai fini dell'applicazione di normative di legge (e il pensiero immediatamente corre al regime reale in materia di licenziamento ingiustificato e licenziamento nullo per carenza della forma scritta o per motivo discriminatorio) e dell'esclusione del lavoratore somministrato ed utilizzato dalla disciplina in tema di assunzioni obbligatorie. A fronte della rilevanza teorica e pratica di tale previsione, riteniamo sarebbe stato più opportuno rinviare la disciplina in merito ad una modifica legislativa di derivazione classicamente parlamentare, piuttosto che delegare tutto a degli accordi sindacali, cosa che fa certo sorgere qualche perplessità, tanto più tenendo a mente certi problemi a ciò connessi, riproposti con forza proprio negli ultimi anni³⁹. E' da premettere, difatti (pur se – concordiamo - la questione si presenta arduamente risolvibile) che già vi sono seri dubbi sulla misura e sul grado effettivo di rappresentatività delle maggiori organizzazioni sindacali, non avendosi dei dati precisi e certi sull'entità delle reali iscrizioni al sindacato; dubbi solo in parte o, meglio, solo in teoria fugati dal principio per cui le Oo. Ss. dovrebbero rispecchiare gli interessi di tutti i lavoratori e non solo degli iscritti (anche, perciò, dei non

³⁹ Si noti poi l'estremo numero di rinvii presenti nel decreto (tale da impedire in moltissimi casi l'immediata operatività delle disposizioni), tanto che v'è chi ha ipotizzato anche una tipologica sistematica di essi. Inoltre, ci si riferirà adesso per alcuni punti – e ciò con carattere di novità - pure alla contrattazione territoriale, riferimento che accresce le riserve la cui trattazione ci accingiamo a proseguire, aggiungendone pure altre inedite e non difficilmente immaginabili in un prospettato e temuto quadro di decentramento (discriminatorio) territoriale.

iscritti), assumendo appunto una rappresentanza di interessi e non di volontà. Rispetto a cui, per di più, non può non farsi il discorso se quest'interesse in questione sia ancora tale per la generalità dei consociati o non sia, piuttosto, un coacervo di interessi oltre che particolari pure obsoleti. Inoltre, cosa ancor più grave, perplessità sul metodo seguito nello stabilire aperture alla delimitatezza dei casi elencati dall'art.20 nascono anche da problemi concretamente già sorti. Negli anni passati, infatti, vi sono stati accordi collettivi frutto di drastica "spaccatura" sindacale: si pensi solo che la abbastanza recente disciplina sul contratto a termine è il risultato di un accordo concluso senza la Cgil, ma solo con la Cisl e la Uil, cioè senza il sindacato di maggioranza relativa, ossia dichiaratamente più rappresentativo⁴⁰. Dunque, se già il sindacato non rappresenta nei fatti tutti, ma piuttosto solo una parte, con esattezza non individuata, del mondo sindacale (e le organizzazioni sindacali di base - solo per citare l'esempio più evidente - spesso localmente o settorialmente assai forti, sono lì a ricordarcelo), nel concreto, chi e quanti rappresenta? Tenendo anche conto, poi, che il grosso della sindacalizzazione sembra oramai da ascrivere quasi per intero alle categorie dei pensionati e dei dipendenti pubblici. E chi può rappresentare, soprattutto a livello istituzionale, gli esclusi? Conseguentemente, tanto più considerato il particolare momento (di

⁴⁰ Anche il cosiddetto "Patto per l'Italia - contratto per il lavoro", sottoscritto nel luglio 2002 da governo, associazioni di datori e prestatori di lavoro, ha visto il rifiuto della CGIL di partecipare a tale accordo, rifiuto le cui motivazioni sono leggibili in <http://www.rassegna.it> (*Patto per l'Italia - punto per punto le critiche della CGIL*).

debolezza e di marginalizzazione⁴¹) del sindacato in questo periodo storico, ben si comprende come il fatto che tali accordi possano essere conclusi in tal modo pone gravi problemi da un punto di vista di reale rappresentatività e di conseguente democraticità. Pure, la concertazione è oramai espressione ancora veritiera delle forze sociali? Per altro, anche ipotizzare (e conseguentemente denunciare) un contrasto tra una contrattazione collettiva eventualmente peggiorativa e il dettato costituzionale (secondo cui, come risulta dal combinato del primo comma dell'art.35 con l'ultimo comma dell'art.39 della Costituzione, la funzione del contratto collettivo è nel miglioramento degli interessi dei lavoratori) appare strada difficilmente percorribile. Innanzi tutto, un'equiparazione pressoché automatica tra ammissibilità della somministrazione e situazione peggiorativa è senz'altro postulato impossibile da formulare. In secondo luogo, in momenti di difficile congiuntura economica (e ciò, nel nostro paese, pare destinato ad assumere un carattere di "normalità") qualunque accordo, pur "sfacciatamente" al ribasso, è leggibile (e spendibile), a torto o a ragione, come mosso da una finalità di conservazione di posti di lavoro o, almeno, d'accrescimento delle possibilità di conseguire un'occupazione e quindi, indirettamente, come "a beneficio" dei lavoratori o aspiranti tali. A prescindere, chiaramente, dalla

⁴¹ Nota, peraltro, P. CURZIO, nell'introduzione al citato commentario sul d.lgs. n.276/03, titolato *Lavoro e diritti* e a cura del medesimo (23 ss.), come il voler considerare, da parte del Governo, superata l'esperienza della "concertazione" a vantaggio dell'apertura di una nuova stagione dedicata al "dialogo sociale", termini questi per cui è impossibile una qualsivoglia equiparazione, mostri chiaramente gli scenari auspicati e temuti dalle diverse parti in gioco. Congiuntamente, la tendenza al frequente rinvio alla contrattazione collettiva, rendendo ancor più flessibili regole già di per loro non rigide, e per lo più connessa alla previsione di intervento sostitutivo ad opera di decreto ministeriale, formerà problemi sia in sede interpretativa che attinenti alla sfera dell'autonomia collettiva.

qualità di essa e dal timore che nelle “ridistribuzione” dei benefici non vi sia che una assoluta sottrazione. S’intenda, in ogni modo, che con tali riflessioni non si vuol certo svilire (né, tanto meno, condannare) la funzione integrativa alle leggi della contrattazione collettiva, più volte richiamata anche dallo stesso codice civile (in materia di determinazione del periodo di ferie, *ex art.2109 c.c.*, di preavviso, *ex art.2118 c.c.*, di comportamento per malattia, *ex art.2110 c.c.*, di criteri d’appartenenza alle categorie professionali, *ex art.2095 c.c.*) così come da normative speciali (per esempio, in materia di *part time*), ma, piuttosto, si ha la volontà di porre in luce contingenti ma pressanti questioni, che certo necessitano di risposte solutrici. Il pregevole inquadramento tipico della fonte normativa sindacale in un sistema di sussidiarietà orizzontale⁴², nello spettro di un sistema di complessità sociale⁴³, altrimenti spiegata in termini di diritto riflessivo⁴⁴, nonché la consapevolezza che la contrattazione collettiva è stata ed è anch’essenza del diritto del lavoro non bastano a risolvere i concreti problemi su un piano di (democratica) tutela. E’ da dire, inoltre, che la somministrazione a tempo determinato è consentita a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all’ordinaria attività del soggetto utilizzatore. Di conseguenza, viene *a priori* consentito un ampliamento – anzi, una vera e propria non-limitazione - dell’utilizzabilità

⁴² Cfr. M. NAPOLI, Le fonti del diritto del lavoro e il principio di sussidiarietà, in GDLRI, 2002, 85 ss.

⁴³ E con le complessità sue proprie, come rispetto alla proposta interpretazione come contratto e non come atto normativo.

⁴⁴ M. D’ANTONA, Diritto sindacale in trasformazione, in ID., Letture di diritto sindacale, 1990, XVII ss.

della somministrazione a tempo determinato: l'ammissione della somministrazione a carattere determinato "per ogni esigenza organizzativa e tecnica" costituisce, infatti, dizione più propriamente politico-economica che tipicamente giuridica (giuridici sono gli effetti) e molto ampia tanto da rendere almeno ipotizzabili (ma, riteniamo, nel concreto assai plausibili) eventuali abusi. Non può tralasciarsi, comunque, che l'enunciazione di tali ragioni come requisito per l'applicazione di particolari norme, come presupposto cui si ricollegano specifiche situazioni giuridiche, non è previsione esclusiva di quanto su trattato, ritrovandosi, viceversa, in altre disposizioni normative⁴⁵: ci si riferisca, in proposito, alle analoghe previsioni in tema di (riformato) contratto a termine⁴⁶ e, ancor più, a quelle relative al trasferimento di cui all'art.2103 c.c.⁴⁷ Ricollegandoci ancora alle regole per l'ammissibilità della somministrazione a tempo determinato, si osserva, e qui vale il discorso innanzi evidenziato, che l'individuazione, anche in misura non uniforme (e ciò proprio ripropone con evidenza gli annosi problemi del

⁴⁵ E, inoltre, in altri ordinamenti, come, ad esempio, quello tedesco.

⁴⁶ Si confronti, difatti, un'analogica critica mossa nei confronti dell'ammissibilità della stipula del contratto a termine a fronte di generiche ragioni tecniche. In merito, per esempio, M. ROCCELLA, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, in <http://www-cgil.it/giuridico/attualità.html>.

⁴⁷ In merito a cui, peraltro, è stato affermato, da parte della Suprema Corte, che il controllo giurisdizionale delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive che legittimano il trasferimento del lavoratore subordinato deve essere diretto ad accertare che vi sia corrispondenza tra il provvedimento adottato dal datore di lavoro e le finalità tipiche dell'impresa e, trovando un preciso limite nel principio di libertà dell'iniziativa economica privata, garantita dall'art.41Cost., non può essere dilatato fino a comprendere il merito della scelta operata dall'imprenditore; quest'ultima, inoltre, non deve presentare necessariamente i caratteri dell'inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una delle possibili scelte, tutte ragionevoli, che il datore di lavoro può adottare sul piano tecnico, organizzativo e produttivo. Cass., 2 gennaio 2001, n.27 (in *C.E.D. Cassazione*, rv.542919).

rapporto tra principio di parità di trattamento e delegazione ad accordi locali) di limiti quantitativi di utilizzazione di tale forma di somministrazione è affidata ai contratti collettivi di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi. Tra l'altro, l'adozione qui presente della formulazione “*da sindacati comparativamente più rappresentativi*” in luogo di quella “*dai sindacati, eccetera*” pare lasciar intuire un'intenzione a lasciarsi aperta la porta per stringere accordi anche solo con *alcune* delle organizzazioni sindacali dotate di maggior rappresentatività.

Peraltro, va sottolineato, la totale⁴⁸ abrogazione del divieto, penalmente sanzionato *ex l. n.1369/60*, dell'interposizione tra ricerca di lavoro e ricerca di lavoratori (cosa, adesso, tanto più densa di profili problematici, dotati di non negabile urgenza d'attenzione, per l'ammissione dell'istituto dello *staff leasing* a tempo indeterminato) comporta il definitivo superamento della passata, ma probabilmente ancor condivisibile (poiché, a nostro avviso, non certo del tutto sorpassata nei suoi principi di moralità e di necessità di tutela sociale) concezione di tale attività come per lo più foriera di quel lucro parassitario socialmente riprovevole (nonché, appunto, legalmente censurabile secondo il previgente regime). Il profitto in questione, infatti, è

⁴⁸ Si ricordi che la l. n.196/97, pur derogando al divieto d'interposizione di manodopera, non ne sanciva una conseguente abrogazione (non essendo consentito forzarne il dettato postulando generali riflessi interpretativi) né si poneva in alcun modo in una posizione d'incompatibilità (ad esempio rispetto agli appalti “endoaziendali”). In merito, tra le numerose pronunce, si vedano: Cass. pen., sent. n.12943 dell'11 dicembre 1998 (in *MGL*, 1999, 708.); Cass. pen., sent. n.1055 del 15 novembre 2002 (in *RP*, 2003, 412); Cass. civ., sent. n.15337 del 30 ottobre 2002 (in *FT*, 2003, 63 e in *MGiurC*, 2002, 1863); Cass. civ., sent. n.5232 del 9 aprile 2001 (in *OGL*, 2003, 9); Tribunale di Matera, sent. del 27 gennaio 2003 (in *Juris data*, voce *Lavoro (Rapporto di) - Intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Aggiornamento 2003).

sganciato da una qualsivoglia materialità del lavoro in senso stretto; e se è pur vero che tutto il sistema e la pressoché totalità dei servizi strettamente di tipo e derivazione economicistica sono basati su una tale immaterialità, è altrettanto veritiero che una relazione economicamente vantaggiosa (e non certo per i lavoratori) tra puro servizio (il quale assume, in realtà, la funzione di necessario lasciapassare e di filtro scriminante: l'opportunità d'incontro nasconde, e neppur troppo bene, una pesante intromissione nel rapporto di lavoro da parte di un interessato soggetto terzo, parte certamente non necessaria di detto rapporto) e concreto lavoro (e possibilità di esso) pone, con evidenza, problemi etici e giuridici. Quest'ultimi, particolarmente, in rapporto alle attività di interposizione e d'occasione d'incontro tuttora sanzionati, anche penalmente, in modo assoluto. Tra l'altro, l'abolizione della predetta norma è stata letta, congiuntamente alla eliminazione dello specifico "ombrello protettivo" dato dalla parità di trattamento e dalla responsabilità solidale di cui all'art.3 della stessa legge, nonché all'ampliamento della nozione di trasferimento di parte d'azienda, modificativa dell'art.2112 c.c., e all'alleggerimento di quella d'appalto, permettendo altresì l'uso dello strumento giuridico dell'appalto di puri servizi (di cui, rispettivamente, all'art.32, 1° comma e all'art.29, 1° comma del d.lgs. n.276/03) come "un chiaro arretramento nell'interazione con i processi organizzativi dell'impresa, sin qui ritenuto modalità funzionale alla tutela, prima ancora che diretta, ambientale e di contesto dei diritti e degli *standard* di trattamento dei lavoratori", in un processo di segmentazione dell'attività d'impresa volto più a ridurre i costi (e i conseguenti diritti) del lavoro che motivato da reali

processi di specializzazioni dell'apparato produttivo⁴⁹. Già con la pregressa <<rottura del vaso di Pandora>> costituita dalla (parziale) deroga al divieto in oggetto, poi, si era dato luogo a scenari pirandelliani in ordine all'assetto di poteri ed obblighi nel rapporto di lavoro⁵⁰. Inoltre, piuttosto che “criminalizzare” o “imbalsamare” l'organizzazione dell'impresa, la normativa affermava il principio per cui la titolarità del rapporto era ineludibilmente connessa a criteri di effettività⁵¹, ciò del resto in strettissima relazione col disposto di cui all'art.2094 c.c., secondo cui è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale *alle dipendenze e sotto la direzione* dell'imprenditore. Non ultimo, la professionalità della somministrazione, che si concreta in un *aliquid pluris* rispetto alla pura abolizione del divieto d'interposizione, com'è basandosi su di un intervento legislativo in positivo, è legata a quel valore aggiunto per i servizi offerti che giocoforza fa lievitare il costo (complessivamente inteso) del lavoro indipendentemente dalla retribuzione effettiva⁵².

⁴⁹ P. CHIECO, *op. cit.*, 92.

⁵⁰ Così, M. ESPOSITO, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002, 23 ss. (*Evoluzione delle fattispecie <<interpositive>>*). L'A. inoltre nota come la legge sulla fornitura di lavoro temporaneo, derogando la norma sul divieto d'interposizione (d'indubbio valore ricostruttivo in relazione al problema dell'imputazione degli effetti derivanti dal contratto, poi) abbia “reso possibile l'impossibile esternalizzando l'<<inesternalizzabile>>” (rispettivamente: 25 e 39).

⁵¹ O. MAZZOTTA, *La delega sul lavoro e la liceità dei rapporti interpositivi*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 92.

⁵² M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, relazione alle giornate di studio dell'A.I.D.LA.SS. tenutesi a Padova il 21-22 maggio 2004, 12 ss.

La terza sezione dell'albo riguarda l'intermediazione, ed è quella più propriamente dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, con riguardo anche all'inserimento nel mondo lavorativo di lavoratori disabili e svantaggiati. Innanzitutto, v'è bisogno di fare una precisazione terminologica. Il legislatore di questa riforma usa la parola "intermediazione" così come si è inteso sin qui (e andrebbe adoperata) "mediazione". Difatti, pur se "intermediazione" è termine assimilabile ad "interposizione" (la quale, nel significato giuridico generale, ove indica il fenomeno di sostituzione di un soggetto ad un'altro nell'esercizio di attività giuridiche, assume nella specificazione lavoristica il senso di frapposizione, anche artificiosa o nociva, tra le parti necessarie del rapporto lavorativo, così avvicinandosi maggiormente all'accezione comune, secondo cui si intende una presenza che provoca la disgiunzione tra due termini), tuttavia nell'uso prediletto dall'attuale riforma tale parola delinea quel complesso di attività le quali sin ora prendevano appunto il nome di "mediazione". Diretta conferma a ciò si ritrova nelle definizioni di cui all'art.2 del decreto e, precisamente, alla lettera *b*) dedicata a definire l'attività dell'intermediazione, ove sono enumerati una serie di esempi di attività in cui essa consiste, dalla raccolta di *curricula* e, più in generale, d'informazioni utili allo svolgimento del compito cui le agenzie sono deputate, alla selezione e alla formulazione di *data base*, dalla promozione di diffusione e di comunicazione al promuovere e gestire concrete occasioni d'incontro, dal curare orientamenti ed aggiornamenti ed occuparsi della formazione alla comunicazione delle assunzioni (ciò solo su richiesta del datore). L'importanza dell'autorizzazione concessa e ottenuta da

tali agenzie comporta l'automatica iscrizione nelle sezioni quarta e quinta dell'albo (smentendo così l'apparente autonoma considerazione delle ultime due categorie di attività, in linea con quanto previsto dall'art.10 del d.lgs. n.469/97⁵³) così come l'iscrizione alla prima sezione dell'albo comporta per le agenzie per il lavoro con carattere generale l'accesso a tutte le voci residue⁵⁴. Più in generale sul tema, va notato come, mentre in passato l'attività della mediazione non era equiparabile ad una qualsiasi attività economica così come definita dall'art.2082 c.c., in quanto la forzata o, comunque, inutile e superflua, interposizione, di fatto insita nell'atto, di per sé escludeva la possibile sussistenza d'una causa giuridicamente lecita ai sensi dell'art.1322 c.c., nella moderna evoluzione delle esigenze *in primis* delle aziende ma anche di certe tipologie di lavoratori, esigenze talvolta difficili da conciliare e risolvere, può consistere in un servizio utile e gravoso. Per un reale riscontro in tal senso, tuttavia, lo sfondo del sistema lavorativo dovrebbe essere più omogeneo (il divario Nord-Sud del nostro Paese incombe ancora direttamente in tema di razionale organizzazione del mercato del lavoro) e dovrebbe riguardare quasi esclusivamente il lavoro particolarmente qualificato (e non certo i "lavoretti" a cui la mediazione privata riduce sovente la sua funzione).

Le agenzie di ricerca e selezione del personale di cui alla quarta voce svolgono un servizio destinato alle aziende, così come già il nome fa

⁵³ A. LASSANDARI, *L'intermediazione pubblica e privata nel mercato del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 394.

⁵⁴ La circolare n.25 del 24 giugno 2004 - forse un po' superflua - ha precisato che l'automatica autorizzazione per certune attività non comporta l'obbligo, da parte delle agenzie, a svolgere le stesse.

comprendere: non si parla di “ricerca e selezione di lavoro” ma piuttosto di “selezione del personale”. Pertanto, agiscono su incarico del potenziale datore e l’obiettivo della scelta ottimale tra offerta e domanda di lavoro è logicamente sbilanciato verso l’”efficienza aziendale”. L’attività delle suddette agenzie è definita, dal solito art.2, lettera c), come quella di consulenza di direzione finalizzata alla risoluzione di una specifica esigenza dell’organizzazione committente, attraverso l’individuazione di candidature idonee a ricoprire una o più posizioni lavorative in seno all’organizzazione medesima. Tale compito è da effettuarsi attraverso svariate modalità, tutte finalizzate a discernere ciò che richiedono le esigenze dell’azienda e, una volta acquisito tale dato, a selezionare, in una progressione immaginabile come piramidale (la quale prevede poi assistenza nell’inserimento così come verifica e valutazione di esso), l’elemento umano più idoneo.

Nell’ultima voce dell’albo trovano collocazione le agenzie definite come di supporto alla ricollocazione professionale, le quali sono destinate a particolari categorie di lavoratori, definibili “in esodo”, individualmente e collettivamente. Si pensi solo a coloro che sono stati oggetto di licenziamenti, singoli o collettivi. Tali agenzie non presuppongono un’attività con carattere di impulso delle stesse, non agiscono, cioè, di propria iniziativa, ma ciò deve avvenire tramite impulso esterno: da parte dell’organizzazione aziendale e, eventualmente, pure in base a trattative ed accordi sindacali. I servizi forniti sono quelli formativi di orientamento ed aggiornamento: preparazione, formazione finalizzata all’inserimento lavorativo, accompagnamento della persona ed affiancamento della stessa nell’inserimento nella nuova attività.

La ragione della previsione degli ultimi due tipi di agenzia, i quali prescindono dalla conclusione di un contratto d'assunzione, limitandosi ad una funzione di mera consulenza, è stata riscontrata per lo più in ragione di carattere storico, allorquando, pendente il divieto di mediazione privata, le attività ivi previste costituivano le uniche ipotesi legalmente ammesse ed esercitabili: di conseguenza, di fronte ad imprese che già svolgevano tali compiti, se ne è preferita una loro sopravvivenza⁵⁵.

Va ricordato, poi, anche se ciò non è previsione della riforma in esame, che alle cinque agenzie di tipo privatistico summenzionate è da aggiungere quella specifica per i porti, prevista dell'art.17, comma 5, della legge n.84 del 28 gennaio 1994, così come sostituito dall'art.3 della legge n.186 del 30 giugno 2000, e tuttora non abrogata.

E' prevista, ai sensi dell'art.5 del d.lgs., per l'autorizzazione all'iscrizione all'albo e, quindi, a svolgere le attività summenzionate, una serie di requisiti giuridici e finanziari in base ai quali il Ministero del lavoro e delle politiche sociali consente o meno l'iscrizione. Tale iscrizione, così come risulta dall'art.4, secondo comma, è il primo passaggio (è momento transitorio) del processo autorizzativo, soggetto ad una verifica successiva sul buon svolgimento dell'attività da parte dell'agenzia che chiede l'autorizzazione definitiva. Tutto ciò, va precisato, al momento dell'emanazione del d.lgs. n.276/03, nonché per un largo lasso di tempo successivo ad essa, non è stato operativo, poiché per la sua applicazione necessitava dell'emanazione di alcuni decreti ministeriali.

⁵⁵ M. MISCIONE, *op. cit.*, 140 ss.

Conseguentemente, rilevando anche la mancata previsione di una disciplina transitoria⁵⁶, si era avuta, pur con difficoltà di coordinamento, ultrattività della precedente disciplina autorizzatoria dei soggetti a cui era consentito (“interinalmente”) la mediazione in materia di lavoro. Anche se la data prevista per l’emanazione dei predetti decreti era stata individuata nel 23 novembre dell’anno scorso, il primo di essi (in attuazione degli artt.4, 5 e 6 del d.lgs. n.276/03), che ha precisato in maniera ulteriore, ma non definitiva, il sistema dei requisiti, istituendo tra l’altro l’albo informatico delle agenzie per il lavoro, ha trovato emanazione, da parte del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, soltanto in data 23 dicembre 2003⁵⁷, mentre il secondo decreto ministeriale necessario a tal fine (in teoria previsto come contestuale al primo), cui l’operatività del nuovo regime di autorizzazione per le agenzie per il lavoro era, dunque, subordinata, è stato emanato dallo stesso Ministero (in conformità con quanto disposto dall’art.5, 1° comma, lettera *c*) del d.lgs. n.276 del 2003 e relativo alle competenze professionali degli addetti delle agenzie, nonché alla struttura minima di cui esse devono dotarsi, sia per quanto riguarda il profilo del personale sia dei locali adibiti all’attività⁵⁸) solo

⁵⁶ Specificata solo – e solo parzialmente – dalla circolare n.25 del 24 giugno 2004.

Un punto interessante in merito riguarda l’efficacia delle clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi della l. n.196/97: tranne quelle che escludevano il ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo per determinate mansioni, così come quelle che prevedevano contingentamenti quantitativi alla stipula dei contratti, non più efficaci, le rimanenti conserveranno tale efficacia sino alla scadenza dei contratti collettivi in cui sono contenute.

⁵⁷ Pubblicato sulla *GU* n.52 del 3 marzo 2004.

⁵⁸ In proposito, S. SPATTINI, M. TIRABOSCHI, *Riforma Biagi: le nuove procedure di autorizzazione per le agenzie per il lavoro*, in *GLav*, 2004, n.11, 12 ss. nonché G. BOCCIERI, M. TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro: il regime transitorio*, ivi, 30 ss.

il 5 maggio 2004⁵⁹. Rispetto a tal ultimo provvedimento, inoltre, si rileva, innanzi tutto, che l'intesa (sullo schema del decreto) con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, indicata dall'art.5, non si è raggiunta ed esso è stato ugualmente emanato anche in carenza della stessa, fattore questo che contribuisce ad acuire il nostro scetticismo sul futuro auspicato coordinamento e collaborazione tra i vari livelli del sistema così come letteralmente delineato. Inoltre, riguardo alle puntualizzazioni attinenti ai requisiti dei locali, il decreto non pecca certo d'eccessiva precisione, limitandosi (all'art.2) a rimandare alla necessità della presenza di una idoneità ed adeguatezza degli stessi, senza fornire però alcuna specificazione in merito, oltre all'obbligo di conformità con le norme in materia di sicurezza ed igiene nei luoghi di lavoro e a quello d'accessibilità ai disabili, previsioni già del tutto desumibili da altra normativa⁶⁰. Si aggiunga poi a tali atti anche la

⁵⁹ In GU n.153 del 2 luglio 2004. Può essere ricercato anche in <http://www.altalex.com>.

⁶⁰ Peraltro, la circolare n.25 del 24 giugno 2004 ha affermato che qualora gli sportelli (cioè le unità organizzative che nello svolgimento dell'attività autorizzata accolgono direttamente e offrono un servizio ai clienti) esistenti delle agenzie per il lavoro necessitano di un adeguamento per garantire l'accessibilità dei locali ai disabili, dette agenzie possono assicurare un accesso anche "non fisico" a questi soggetti. Ciò, nell'indeterminato tempo "strettamente necessario" al compimento dei lavori. La circolare n.30 del 21 luglio 2004, inoltre, ha precisato che i locali in cui vengono svolte le attività di ricerca e selezione del personale e di supporto alla ricollocazione professionale (nonché le attività riconducibili ai concetti di *inhouse*, *Implan* e simili, cioè relative a quelle unità organizzative che operano in esclusiva per un singolo cliente e che vengono aperte ed attivate in prossimità o all'interno di locali messi a disposizione dall'azienda cliente per la quale l'agenzia opera) non sono da considerarsi "sportelli", a meno di un'esplicita dichiarazione in senso contrario della medesima agenzia che effettua le attività, per cui ad essi non si applica quanto previsto relativamente all'apertura al pubblico e alla conseguente accessibilità alle persone con disabilità. Addurre alla natura consulenziale delle attività di cui alle lettere *d*) ed *e*) del primo comma dell'art.4 del d.lgs. n.276/03 la coerente

già indicata circolare n.25 del 24 giugno 2004⁶¹, esplicativa, per specifici punti, sul nuovo regime delle agenzie per il lavoro, nonché quella n.30 emanata il 21 luglio 2004⁶² dal Ministero del *welfare* e dedicata alla spiegazione di tali aspetti relativi ai "regimi autorizzatori e alla trasparenza nel mercato del lavoro". Anche qui, così come per i plurimi rinvii alla contrattazione collettiva, il problema della/e delega/e torna: nel predisporre una "delega a catena" nel disciplinare nuovamente una materia giuridicamente rilevante e i suoi aspetti specifici, il sistema costituzionale di tutele e di rispondenza tra norma prodotta e rappresentatività legittima e legittimizzante appare progressivamente sempre più indebolito. Inoltre, sempre riguardo alle modalità del meccanismo d'autorizzazione, va sottolineato come sia prevista (comma terzo dell'art.4) la procedura del "silenzio-assenso" (oltre che, così come precisato dal citato decreto ministeriale 23 dicembre 2003⁶³, precisamente all'art.6, comma primo, quella di un'automatica proroga dell'autorizzazione provvisoria in attesa del rilascio o del diniego dell'autorizzazione a tempo indeterminato chiesta). Pare opportuno, in merito alla tacita accettazione, muovere un appunto critico (che, una certa, e maggiore, razionalità della previsione relativa alla tacita proroga rende ascrivibile con minor intensità). Difatti, nella comparazione tra gli interessi meritevoli di tutela e nel discernimento di quelli meritevoli di ricoprire una posizione di supremazia, un interesse indubbiamente collettivo

giustificazione dell'esclusione dai predetti obblighi per lo svolgimento delle stesse è argomentazione che riteniamo non pienamente convincente.

⁶¹ Anche in <http://cittadinolex.it>.

⁶² Pubblicata sulla *GU* n.181 del 4 agosto 2004.

⁶³ Leggibile pure in <http://www.cittadinolex.it>.

e forse meritevole di essere riconosciuto come preminente è stato più che rilegato come degno di un'importanza secondaria e certamente non determinante. Se è pur vero, e in ciò indefettibilmente apprezzabile, che la regola del silenzio-assenso mira a salvaguardare un soggetto (novello Lacoonte) dalle pigre, affannose e spesso caparbiamente immobili spire della burocrazia statale, è, d'altro canto, altrettanto vero che partorire, sprigionare 'mostri' diversi (forse più minuti, forse più voraci) è pur sempre segno di un sonno della ragione. Se la disciplina dell'autorizzazione deve assumere funzione di tutela in ampio senso, e certo non soltanto per l'apparato amministrativo, un'assoluta rigidità in proposito non può che apparire (ed essere) indispensabile. Nel calcolo del rischio accettabile, la "puntata" del legislatore governativo sembra più che azzardata: svantaggiosa. Immaginare tutte le nefaste conseguenze (per i lavoratori o aspiranti tali innanzitutto, ma pure per i datori, per le altre, e regolari, agenzie per il lavoro concorrenti e, più in generale, per la collettività tutta) dello svolgimento di una qualsiasi delle attività su trattate da parte di un soggetto non idoneo né meritevole (ma divenuto presuntivamente tale per il mero decorso ininterrotto del tempo) è opera non ardua. Non si può neppure tacere che il *silenzio-assenso* non è (sinora) criterio con valenza universale e nemmeno prevalente, persino nel diritto amministrativo, dove peraltro trova maggiore (ma pur sempre cauta) applicazione. D'altronde - va detto - a voler leggere solo come parto di leggerezza e buona fede la scelta in favore di una così incauta normativa (e non come ennesima distorsione del già distorto liberismo) le valutazioni sul male minore non sempre coincidono. Nel caso, il rimedio (il *silenzio-*

assenso) sembra peggiore dello stesso male. Infatti, con la disciplina introdotta, l'inerzia burocratica, lungi dall'essere elusa o disattesa, finisce, in buona sostanza, con l'assumere forza dirimente, in tema di conferimento di legittimità.

6. Osservazioni critiche in tema di requisiti giuridico-finanziari: a) assenza di condanne penali (sostanziale eludibilità); b) <<patteggiamento>> e <<condanna penale>> (non equiparabilità); c) condanne non definitive art.27, comma secondo, Cost.; d) requisiti 'specifici' e deroghe normative al principio dell'assenza di condanne penali (immotivazione); e) divieto di scopo di lucro e presenza (eventuale) di altri interessi; f) attività di mediazione e attività sindacale; g) consulenti del lavoro e attività per il lavoro (precisazione); h) autorizzazioni e transazioni commerciali (incompatibilità).

Per quel che riguarda specificamente i detti requisiti giuridici e finanziari, va detto che sono sanciti dei requisiti comuni e dei requisiti specifici per lo svolgimento di ognuna delle cinque attività indicate. Tra i requisiti comuni, è indicata per coloro che vogliono svolgere tali attività la costituzione in forma di società di capitali o cooperativa o consorzio di cooperative (italiana o di altro Stato appartenente alla Comunità Europea) mentre solamente per lo svolgimento delle ultime due attività è ammissibile

la costituzione in forma di società di persone. Inoltre, viene stabilito che la sede legale o una sua dipendenza sia situata nel territorio del nostro Stato o di un altro Stato membro della Unione Europea⁶⁴. E' richiesta, poi, l' idoneità degli uffici e un' adeguata competenza professionale, dimostrabile per titoli o per specifiche esperienze nel settore delle risorse umane o nelle relazioni industriali. Disposizione, quest' ultima, che ricalca quanto disposto già dell' art.2, secondo comma, lettera *b*), della l. n.196/97, tuttavia con le dovute correzioni, in conformità delle indicazioni contenute nella circolare n.141 emanata a tal proposito il 5 novembre 1997 dal Ministero del lavoro. Oltre alla presenza di distinte divisioni operative, gestite con strumenti di contabilità analitica, tali da consentire di conoscere tutti i dati economico-gestionali specifici, nel caso di soggetti polifunzionali non caratterizzati da un oggetto sociale esclusivo, all' interconnessione con la borsa continua nazionale del lavoro e al rispetto delle disposizioni a tutela del diritto del lavoratore alla diffusione dei propri dati, necessaria, infine, è l' assenza di talune condanne penali per alcuni soggetti. Ciò ultimo è ottimo esempio di come molti di questi requisiti anche se possono sembrare in astratto ineccepibilmente validi ed assai rigidi, in realtà presentano spesso delle (incomprensibili) falle. Più precisamente, la suddetta preclusione opera in capo ai soggetti che svolgono la funzione di dirigenza e di rappresentanza delle agenzie, a cui è richiesta l' assenza di condanne penali, anche non definitive, per delitti non colposi punibili con pena non inferiore nel massimo

⁶⁴ Sia in caso di sede legale in Italia che in altro Stato membro dell' Unione europea la normativa da applicare è quella italiana. In proposito si rinvia a M. MISCIONE, *Requisiti giuridici e finanziari delle agenzie per il lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *ult. op. cit.*, 161 ss.

a tre anni di reclusione, per delitti di cui all'art.416 *bis* c.p., per quelli contro il patrimonio, la fede pubblica o l'economia pubblica, nonché per reati (delitti e contravvenzioni) relativi all'igiene e sicurezza sul lavoro. Essenziale, altresì, è la mancanza di sottoposizione alle misure di prevenzione. A questo punto, due puntualizzazioni. Innanzitutto, rispetto all'assenza di condanne *ex art.416 bis* c.p., si potrebbe ritenere che sarebbe stato più opportuna una formulazione dotata di maggiore pratica incisività; oltre a rilevare che, per ovvie ragioni, sarebbe stato più appropriato, ai fini di tutela, ricomprendere tra coloro nei cui confronti è richiesto tale requisito anche i collaboratori intermedi, specie quelli a contatto coi fruitori dei servizi⁶⁵, va poi notato, specularmente, che limitare l'applicabilità della norma ai soggetti dotati di rappresentanza o dirigenza non solo non risolve il problema dei prestanome ma evidenzia come specificamente non si effettui per nulla una verifica esplicita sulla provenienza, origine e natura dei capitali. Ci si dovrà riferire ad altre norme e soprattutto alle prassi penali (reati e indagini: questa la differenza), a strumenti altri (si pensi, per esempio, all'istituto del sequestro con le sue varie tipologie), perché, così come formulato il provvedimento legislativo, potrebbe esserci benissimo un socio condannato in processi per associazione di stampo camorristico-mafiosa che, scopertamente, apporta il proprio capitale come finanziamento d'attività di non immediatamente contestabile liceità. In secondo luogo, per quanto riguarda l'assenza di condanne in materia di violazione di norme sulla prevenzione di infortuni sul lavoro (o, in ogni caso, per reati previsti in materia di lavoro o di previdenza

⁶⁵ In tal senso, F. MAZZIOTTI, *cit.*

sociale) ciò può valere solo per i casi di omicidio colposo o di lesioni colpose *ex artt.589 e 590 c.p.* (che, pur se trovano applicazione, anche statisticamente più che rilevante in materia di lavoro, solo indirettamente sono norme lavoristiche, poiché non dipendono direttamente da norme-fonti esclusive del diritto penale del lavoro). Difatti, tutte le altre fattispecie, le quali, principalmente, stigmatizzano le situazioni di pericolo per violazioni di norme sulla prevenzione di infortuni sul lavoro e malattie professionali, in realtà sono delineate da norme che, prevedendo la possibilità dell'applicazione pressoché indiscriminata dell'istituto dell'oblazione (soprattutto nella sua forma speciale *ex art.162 bis c.p.*), fanno sì che viene quasi sempre meno la fase processuale vera e propria e la conseguente, eventuale condanna: la persona nei cui confronti si svolgono indagini, comunemente indicato col neologismo di "indagato" (non ancora imputato) già nella fase propriamente procedimentale semplicemente paga e con ciò estingue il reato. Quindi, dire "l'assenza di condanne non definitive in materia di infortuni sul lavoro" è come non dire nulla o quasi da un punto di vista concreto (sarebbe stato meglio riferirsi esplicitamente anche a tali modi di definizione della vicenda processuale). In merito, per inciso, riteniamo opportuno sollevare un'ulteriore problematica, che non è detto sia destinata a restare in una dimensione esclusivamente teorica. L'applicazione della pena su richiesta delle parti *ex art.444 c.p.p.* (cosiddetto "patteggiamento") è assimilabile o no alle "condanne penali, anche non definitive", di cui tratta la lettera *d)* dell'art.5 del d.lgs. n.276/03? Detto patteggiamento, infatti, pur se più su di un piano di stretto diritto che non su quello di pratica giudiziale, è

da ritenere che non sia in tutto equiparabile ad un'ammissione di colpa (si può certamente ipotizzare un patteggiamento anche per un imputato innocente ma con un quadro probatorio assolutamente sfavorevole: dicotomia verità storica e verità processuale) e dunque ad una vera e propria condanna penale. Insomma, l'accertamento, previo passaggio in giudicato, della verità processuale, fonte di quella certezza giuridica capace di prevalere su quella storica (*res judicata pro veritate habetur; facit de albo nigrum et de nigro album*)⁶⁶, spiegherebbe qui effetti affievoliti. Tale questione, tuttavia, allo stato appare di difficile approfondimento, in relazione ad una prassi giudiziaria, magari non condivisibile, orientata prevalentemente per un "quasi accostamento" tra *patteggiamento* e condanna, in più di un punto ove la soluzione a tale dilemma è apparsa rilevante. In ogni modo, peraltro, non sono mancate, all'inverso, autorevoli pronunce che hanno ribadito come la sentenza di patteggiamento, non essendo propriamente pronuncia di condanna, non possa essere valutata (tranne talune eccezioni⁶⁷) come tale in sede extrapenale⁶⁸ nei confronti dell'imputato/indagato (da qualificarsi in un

⁶⁶ M. MERCONE, *Diritto processuale penale*, 2001, 696.

⁶⁷ Ci si riferisca alla legge n.97 del 27 marzo 2001, concernente "norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche", la quale (all'art.2) ha apportato modifiche all'art.445 c.p.p., il cui nuovo testo esclude il giudizio disciplinare dal principio secondo cui il patteggiamento non ha efficacia nei giudizi civili e amministrativi. In ogni modo, con sent. n.394 emanata il 25 luglio 2002 dalla Corte costituzionale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art.10 della legge laddove prevedeva che la disciplina riformata trovasse applicazione pure ai casi pregressi (violando così l'integrità del diritto alla difesa, distorcendo lo sfondo in cui interveniva l'essenziale componente negoziale dell'istituto *ex art.444 c.p.p.*). La sentenza può ricavarsi in: <http://www.siapol.it/sezione.php?d=389>.

⁶⁸ Conforme, la sent. n.681 del 16 maggio 1996 del Consiglio di Stato, sezione VI, con riferimento al giudizio disciplinare contro il pubblico dipendente attivato in ordine alla

modo o nell'altro a seconda del momento procedimentale in cui il patteggiamento interviene, ben potendo tale istituto trovare applicazione anche nella fase delle indagini preliminari⁶⁹). In relazione alla non definitività delle suddette condanne penali ai fini dell'esclusione dalla possibilità di ottenere l'autorizzazione all'iscrizione all'albo, inoltre, si è ritenuto⁷⁰ sussistente un contrasto col principio costituzionale, *ex art.27 comma 2 Cost.*, di presunzione d'innocenza sino ad esaurimento di tutti i gradi di giudizio (o, perlomeno, fino al termine della loro percorribilità). In vero, il problema qui sotteso risulta assai rilevante, oltre che non confinabile esclusivamente in un ambito sì limitato. Attiene, difatti, all'intero tema dell'anomala anticipazione della pena (o di taluni suoi effetti) o a seguito di bisogni di tipo cautelare o per motivi d'opportunità di tipo amministrativo, tutti casi in cui, dinanzi ad un conflitto d'interessi, ci si preferisce muovere in un'ottica prudenziale per la salvaguardia di esigenze sociali, collettive, piuttosto che meramente

condotta oggetto della sentenza di patteggiamento ed in ordine alla necessità di autonoma acquisizione probatoria.

In relazione all'inefficacia civile dell'applicazione della pena su richiesta delle parti (per cui l'azione civile deve proseguire autonomamente in sede, appunto, civile) si ricordi, peraltro, che l'imputato può essere dal giudice condannato a rifondere le spese per la costituzione della parte civile, ciò a seguito della modifica, per opera dell'art.33 della legge n.479 del 16 dicembre 1999, del comma secondo dell'art.442 c.p., dichiarato incostituzionale (con sentenza n.442 emessa il 26 settembre 1990 dalla Corte Costituzionale) proprio nella parte in cui conteneva tale previsione (che si sarebbe, di fatto, risolta in un ingiusto ed iniquo aggravio dello sforzo economico in capo alla parte civile per il soddisfacimento processuale delle proprie pretese).

⁶⁹ Il che comporta, ad esempio, la legittimità costituzionale dell'autonoma previsione di termini a disposizione dell'amministrazione per l'espletamento dell'attività istruttoria del procedimento disciplinare per la destituzione del pubblico dipendente (richiamandosi, così, alla disciplina generale posta dal testo unico del 1957 e non applicandosi quanto introdotto dall'art.9, comma 2, della legge n.19 del 7 febbraio 1990). Conforme, Corte cost., sent. n.197 del 28 maggio 1999 (in <http://www.siapol.it/sezione.php?d=68>).

⁷⁰ F. MAZZIOTTI, *ult. op. cit.*

personali, individuali. Ed è soprattutto con riferimento al secondo ordine di motivazioni che sorgono le perplessità più profonde. Si pensi solo all'obbligatoria sospensione dal servizio del dipendente rinviato a giudizio per talune gravi ipotesi di reato⁷¹ ovvero ai requisiti, molto spesso pretesi, di assenza non soltanto di condanne di tipo penale, ma pure di sottoposizione a procedimenti penali (in qualsiasi fase o grado, ovviamente, conosciuto, non potendo pretendersi alcuna scienza per indagini ancora segretate o comunque non comunicate all'indagato) necessari per la partecipazione a pubblici concorsi. In tal ultima ipotesi, quindi, una preventiva valutazione di stampo amministrativo prevale su una qualsivoglia cognizione penale. Una, necessariamente cauta, proposta in merito (dismettendo vecchi residui d'autoritarismo amministrativo, purtuttavia in parte giustificati da motivi d'opportunità) anche se con la consapevolezza dei suoi inevitabili risvolti problematici, in termini di devoluzione di un'immane mole di lavoro (ma la

⁷¹ Si noti che la previsione della misura in questione è stata ritenuta non contrastante con le norme costituzionali di cui agli artt.3, 4, 24, 27, 35 e 97, per il suo carattere cautelare e poiché intesa a salvaguardare l'amministrazione dal rischio d'inquinamento o di perdita di credibilità derivante dalla permanenza di un impiegato nell'ufficio nonostante la pendenza di un'accusa per delitti di criminalità organizzata. In merito, Corte cost., ordinanza n.278 del 30 giugno 1999 (in <http://www.siapol.it/sezione.php?d=71>). Di contenuto analogo, anche la sent. n.206 del 3 giugno 1999 della Corte costituzionale (in <http://www.siapol.it/sezione.php?d=69>), che qualifica come non fondata la questione di legittimità costituzionale della disposizione secondo cui i dipendenti delle amministrazioni pubbliche, i quali abbiano riportato condanna, anche non definitiva, per determinati delitti, ovvero siano stati rinviati a giudizio per taluni delitti, ovvero siano assoggettati ad una misura di prevenzione, anche non definitiva, in quanto indiziati di appartenere ad una associazione di stampo mafioso, sono sospesi immediatamente dall'ufficio per opera del capo dell'amministrazione d'appartenenza. La natura cautelare delle misure previste comporterebbe, difatti, che, ai fini dello scrutinio di legittimità costituzionale, non si possa, direttamente, mettere in gioco il parametro costituito da principio di non colpevolezza dell'imputato fino alla condanna definitiva, di cui all'art.27, secondo comma, della Costituzione.

concreta tutela ed usufruibilità dei diritti dovrebbe prescindere da considerazioni di siffatto genere) potrebbe essere quella, di attribuire le relative (e provvisorie: sino a definitivo giudizio) questioni ad un organo giurisdizionale simile a quello tuttora deputato a pronunciarsi, nella sfera penale, nel merito, su contestazioni in materia di misure cautelari personali, cioè di quelle limitazioni della libertà personale o della sfera giuridica di un individuo per finalità di cautela processuale: il tribunale distrettuale della libertà. Salvi, chiaramente, gli appunti di legittimità avanzabili dinanzi alla Corte di cassazione. In tal modo, essendovi garanzia di giudizio penale non risulterebbe violato quanto efficacemente espresso con il brocardo “*nulla culpa, nulla poena sine proevio iudicio*”.

V'è poi (e lo spazio ove risiede la loro disciplina è costituito dal secondo e dai commi seguenti dell'art.5 del decreto) una serie di requisiti necessari a seconda dell'attività che viene svolta: dei requisiti, pertanto, specifici. Va subito evidenziato come, se tali requisiti ulteriori possano pur risultare sufficientemente stringenti per lo svolgimento dell'attività della somministrazione con competenza generale (acquisizione di un notevole capitale versato ovvero disponibilità della stessa somma sommando pure le riserve indisponibili qualora l'agenzia sia costituita in forma di cooperativa, garanzia che l'esercizio dell'attività ricopra l'intero territorio nazionale o, comunque, l'ambito di almeno quattro regioni⁷², un cospicuo deposito

⁷² Rispetto a tale requisito di “estensione territoriale” citiamo le annotazioni, già riguardanti la l. n.196/97, espresse in ordine al dubbio se esso vada inteso o no come una specifica articolazione organizzativa, e relative altresì all'incomprensione del motivo per cui detto obbligo sia escluso per i soggetti “settoriali”, critiche riportate da A. MORONE, *I requisiti*

cauzionale, pari alla metà del capitale versato, a garanzia dei crediti dei lavoratori e la disposizione, a decorrere dal terzo anno solare, di una fideiussione bancaria o assicurativa non inferiore al 5% del fatturato e, in ogni caso, all'ultima somma indicata, la regolare contribuzione ai fondi per la formazione e l'integrazione del reddito, il rispetto degli obblighi previsti da contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro⁷³, la presenza di almeno sessanta soci e fra essi, come socio sovventore, di un fondo mutualistico per la promozione e lo sviluppo della cooperazione nel caso si tratti di cooperative di produzione e lavoro⁷⁴, l'indicazione della somministrazione come oggetto sociale prevalente⁷⁵), divengono viceversa a mano a mano sempre più labili e meno pressanti (quando non scompaiono del

soggettivi ed oggettivi del contratto di somministrazione di manodopera, in F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda* (a cura di M. T. CARINCI e C. CESTER), 45.

⁷³ In merito, M. MISCIONE (*ult. op. cit.*, 165), notando come ciò comporterebbe una compromissione del principio di libertà sindacale *ex art.39 Cost.*, afferma che tale requisito vada considerato come onere e non come obbligo, onere del resto anomalo, incidendo sull'esistenza stessa delle agenzie.

⁷⁴ Anche su tale previsione (che ricalca, con qualche modifica, il contenuto dell'art.2, comma 3 della l. n.196/97) si ripropongono gli analoghi dubbi attinenti alla precedente legge sul lavoro interinale, dal momento che, poiché il fondo può essere costituito solo dalle associazioni nazionali di rappresentanza, assistenza e tutela del movimento cooperativo, tale disposizione può essere in effetti rispettata soltanto dalle cooperative affiliate alle predette associazioni.

⁷⁵ Sulle modalità di verifica della prevalenza dell'oggetto sociale in riferimento alle attività svolte dalle agenzie, procedura che potrà essere effettuata solamente a consuntivo (decorso il primo biennio, al momento cioè della richiesta d'autorizzazione definitiva, e poi, successivamente, di biennio in biennio), ci si riferisca all'art.6, terzo comma, del d.m. 23 dicembre 2003. Mentre rispetto al riscontro sulla saltuarietà (o intermittenza) dello svolgimento da parte delle agenzie delle attività per le quali hanno ricevuto autorizzazione, cosa che preclude la conversione in autorizzazione a tempo indeterminato, nonché sulle ipotesi di sospensione e revoca delle autorizzazioni, si vedano, rispettivamente, il sesto comma dello stesso articolo sei e l'articolo successivo. Sui punti, inoltre, i chiarimenti della circolare ministeriale n.25 del 24 giugno 2004.

tutto) per le residue attività (per le quali, poi, soprattutto per quelle di cui alle ultime due voci dell'albo, nemmeno sono previste sanzioni specifiche in caso di esercizio abusivo). Basti pensare, ad esempio, all'entità del capitale versato: individuato rispettivamente in 600.000 € e in 350.000 € per le prime due attività (somministrazione generalistica e specialistica) e in solo 35.000 € per le ultime due attività. Così come al deposito cauzionale, il quale già scende dalla quota di 350.000 € a quella di 200.000 € nel passaggio dalla prima alla seconda attività per il lavoro, sino a scomparire del tutto per le autorizzazioni all'esercizio delle altre attività. Pure il requisito dell'oggetto sociale prevalente, da intendersi probabilmente in senso più sostanziale che formale, viene meno per le agenzie "specialiste" (così come per quelle di mera consulenza), le quali, inoltre, data anche l'assenza dell'obbligo di ricoprire l'ambito territoriale determinato per le agenzie generaliste (ma, di converso, non venendo meno la facoltà di operare su tutto il territorio del Paese), nonché l'ovvia possibilità di inserire nell'attività somministrata a tempo indeterminato clausola di disdetta in maniera tale da poterla trasformare, di fatto, in somministrazione a tempo determinato, godono in effetti di un regime di grande favore⁷⁶ a fronte di requisiti che non sempre potrebbero rivelarsi "all'altezza" della funzione. In realtà, si vede che, se una qualche tutela può ritenersi sia stabilita per l'attività della somministrazione, per la mediazione vera e propria altrettanta tutela ed altrettanta attenzione non vi sono. Ad esempio, ancora, ai sensi del secondo comma dell'art.18 del

⁷⁶ Unico vero svantaggio, rileva M. MISCIONE (*Le agenzie per il lavoro, cit.*, 140) consisterebbe nell'impossibilità di lucrare sull'attività di intermediazione.

decreto (articolo dedicato a definire il regime sanzionatorio penale nel caso d'abusivo esercizio delle attività per il lavoro) non sono previste sanzioni in capo all'utilizzatore se non nel caso che questi si sia avvalso della somministrazione di prestatori di lavoro da parte di soggetti diversi da quelli autorizzati (e, fra l'altro, sorge qui il problema del effettivo ordine e tempestivo aggiornamento dell'albo), restando così escluse dall'ambito di punibilità le ipotesi in cui egli si sia avvalso di soggetti giuridicamente non idonei per le restanti attività. Volendo poi anticipare uno spunto sull'analisi dell'apparato sanzionatorio previsto e riformato, altra perplessità, ma stavolta di puro ordine interpretativo, attinente a tale comma riguarda l'aggravante prevista nel caso di sfruttamento di minori: sebbene il dato letterale sembrerebbe riferirsi al solo utilizzatore, per esigenze di coerenza sistematica (nonché di giusta parità di trattamento) andrà riferito ad entrambi i soggetti dell'illecita relazione. Si è costretti, in tal guisa, accanto ad assistere a poco comprensibili affievolimenti di tutela, ad affrontare pure ardue (nonché prevedibili) dispute interpretative probabilmente sorte soltanto da una stesura approssimativa e non precisa del decreto. Si noti, infine, anche se le motivazioni vanno certo in tutt'altro senso, che sono esonerate dalla prestazione delle garanzie per i predetti crediti le società che abbiano assolto ad obblighi analoghi previsti per le stesse finalità dalla legislazione di altro Stato membro della Unione Europea, puntualizzazione, questa, che si caratterizza come obbligata in conseguenza della censura mossa al nostro Paese in sede europea in merito ad una relativa carenza di cui alla l. n.196/97

contrastante col principio della libera prestazione di servizi *ex art.49* del Trattato UE⁷⁷.

Le perplessità appena formulate si rafforzano tenendo presente la previsione, contenuta nell'art.6, di autorizzazioni particolari o, meglio, deroghe al regime autorizzatorio base, previste per particolari tipologie di soggetti, cui è concessa la facoltà dell'esercizio di tutte le attività di cui all'art.20 del decreto, eccetto la somministrazione. Sul tema, è individuata tutta una teoria di soggetti pubblici e privati che possono svolgere quest'attività: università (pubbliche e private⁷⁸), comprese le fondazioni universitarie che hanno come oggetto l'alta formazione con specifico riferimento alle problematiche del mercato del lavoro⁷⁹, comuni⁸⁰, singoli o

⁷⁷ Corte di giustizia UE, VI sez., 7 febbraio 2002, C-279/00, in *MGL*, 2002, 361 ss., con nota di A. BRIGNONE.

⁷⁸ In proposito, appare difficile interpretare il pensiero del legislatore, dal momento che anche le università nel linguaggio comune definite come "private" rivestono in realtà la forma di enti pubblici. A. PIOVEANA, in *Regimi particolari di autorizzazione all'intermediazione nel mercato del lavoro* (178) - in F. CARINCI (a cura di), *op. cit.*, *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro* (a cura di M. MISCIONE, M. RICCI), *cit.* - ritiene che il riferimento sia a soggetti, aventi ad oggetto attività di studi, comunemente (e forse arbitrariamente) definiti come università (es. "della terza età). In ogni modo, non si riesce a prescindere dalla comune, imprecisa terminologia.

⁷⁹ Ad oggi, l'unica fondazione in tal senso è quella intitolata a Marco Biagi, la quale, peraltro, ha già ricevuto dal legislatore, con la legge n.177 del 15 luglio 2003, un contributo di cinque milioni di euro.

⁸⁰ Sul punto specifico: C. MAGRI, A. SALVONI, P. SPINELLI, *Ruolo e competenze dei comuni*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, 2004, 654 ss. L'articolo, tuttavia, non ci è di molto aiuto nel dipanare talune perplessità che reputiamo non possano sorgere dinanzi al sistema di autorizzazioni particolari. Inoltre - sempre nella lettura dell'elaborato - additare la "pigritia" (o "passività", che dir si voglia) dei lavoratori svantaggiati, specie nelle regioni meridionali, a causa, se non esclusiva, relevantissima dell'inoccupazione (legale) di questi, della loro mancata ricerca di lavoro, ci pare soluzione quantomeno semplicistica. Con parole pressoché identiche si esprime poi altro articolo di Autori diversi all'interno dello stesso commentario: L. DEGAN, P. TIRABOSCHI, *Le forme*

associati nelle forme di unioni di comuni e delle comunità montane⁸¹, camere di commercio, istituti superiori (statali e paritari) - fin qui soggetti tutti per cui l'esercizio dell'attività d'intermediazione è consentito a condizione che si svolga senza scopo di lucro (da intendersi ciò in senso assoluto, cioè nella sua accezione comune e non secondo la distinzione tra lucro oggettivo e soggettivo di cui alla dottrina commercialistica⁸²) - associazioni di datori e di prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative e che siano firmatarie di contratti collettivi nazionali di lavoro, associazioni di tutela ed assistenza dell'imprenditorialità, del lavoro e della disabilità, enti bilaterali (ovverosia, ai sensi della lettera *h*) dell'art.2, organismi costituiti ad iniziativa di una o più associazione dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative quali sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro: in altre parole, associazioni di associazioni formate dalle soggettività sindacali per svolgere specifiche funzioni in ambito territoriale e assai favorite nella concorrenza con gli altri operatori per l'attitudine a rappresentare gli interessi di entrambe le parti⁸³)

sperimentali di raccordo tra pubblico e privato: l'articolo 13 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276, 593.

⁸¹ Precisazione fatta dall'art.2, primo comma, del decreto legislativo 6 ottobre 2004, n. 251, recante disposizioni modificative e correttive del d.lgs. n. 276/03 (pubblicato sulla *GU* n.239 dell'11 ottobre 2004).

⁸² A. PIOVEANA, *op. cit.*, 177 ss.

⁸³ Rileva, altresì, P. CURZIO, (*op. cit.*, 21), che talvolta le definizioni di cui all'art.2 del decreto più che semplicemente definire, regolamentano anche, tracciandone i profili disciplinanti e specificandone competenze, com'è appunto il caso relativo agli "enti bilaterali", comprimendo così in un elenco di definizioni punti assai problematici, come quello del conferimento di poteri di rilievo pubblicistico a soggetti per i quali nulla si prevede, in termini di verifica né della capacità tecnica, né della legittimazione rappresentativa.

ed un organismo *ad hoc* “partorito” dal Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro. Si crea, dunque, un arcipelago sia pubblico che privato per svolgere tali funzioni (naturalmente, in un’ottica di competizione⁸⁴, pur feroce, di tutti contro tutti) anche in base a requisiti assolutamente duttili o inesistenti. Ad esempio, oltre a rilevare che nessun riferimento in tema di condizioni necessarie per l’autorizzazione si nota per le università e le fondazioni per l’alta qualifica professionale, è stabilito che il limite dell’assenza delle condanne penali non opera per comuni, scuole e camere di commercio, probabilmente – a voler mal pensare - giustificato dall’alto grado di inquisizioni e di condanne tra i membri delle giunte comunali (così come di altre, pur più alte, istituzioni). Tale dato ci ripropone l’insanabile contrasto tra (supposta) opportunità politica e validità giuridica: se i requisiti hanno in sé una propria necessità e razionalità non si comprendono in un’ottica di coerenza sistematica tali arbitrarie esclusioni. Tra l’altro, l’assenza dello scopo di lucro (almeno esplicitamente, legalmente) non può garantire, non può certo assicurare, di per sé, la non presenza di interessi altri (e non consoni) nella distribuzione del sempre più agognato bene del lavoro. Inoltre, nei confronti di alcuni soggetti potenzialmente autorizzati, precisamente per le università e le menzionate fondazioni, le associazioni sindacali e quelle a tutela degli interessi succitati, non sono specificamente indicate le modalità

D. GAROFALO, inoltre, nota (*op. cit.*, 46) che tali enti rappresentano il canale mediatorio più completo sotto il profilo della strumentazione, per cui andrebbe affermato che nel d.lgs. n.276/03 trattasi di mediazione non *pubblico-privata*, ma piuttosto *privata-sindacale*.

⁸⁴ Cfr. T. BUSSINO, *La riforma del Mercato del lavoro*, in *LPO*, 2003, 1699 ss.

d'autorizzazione, quasi come se potesse farsi a meno del controllo amministrativo.

Un altro esempio sui risvolti problematici frutto del vago insieme delle autorizzazioni speciali può provenire dagli ipotizzabili effetti distorsivi, in particolare nei confronti dell'art.3 e dell'art.39 della Costituzione, prodotti dall'accesso delle organizzazioni sindacali nell'attività della mediazione. Un sindacato sufficientemente forte potrebbe ben imporre ad un'impresa l'assunzione di "candidati al lavoro" appartenenti alle proprie liste, così come potrebbe convenire ad un imprenditore un'assunzione mirata in cambio di un'attività sindacale (ed eventualmente di una contrattazione collettiva) a lui favorevole.

Una breve precisazione va fatta per quel che riguarda l'apposita fondazione o l'apposito soggetto giuridico dotato di personalità giuridica che può essere costituito dal Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro. Rispetto a quanto si era ritenuto (e temuto) in un primo momento - chiariamo: nella fase di dibattito politico antecedente alla stesura e presentazione della prima bozza del decreto attuativo - la formulazione del decreto legislativo appare più tranquillizzante, perché dalle intenzioni (probabilmente male interpretate) del legislatore si era addirittura temuto che anche il consulente del lavoro, singolarmente preso, potesse esercitare tali attività (rendendo la materia ancor più incerta nella sua potenziale razionalità e correttezza). Tale caso, nella definitiva stesura della riforma, costituisce oggetto esplicito di divieto, operante in modo assoluto pure in tutti i casi in cui l'attività dell'intermediazione si svolga in forma diversa da quella

indicata, anche attraverso ramificazioni a livello territoriale (comma quinto dell'art.6).

Va a questo punto ricordato come sia esplicitamente stabilito, dal comma settimo dell'art.4, che l'autorizzazione di cui al predetto articolo, ossia all'esercizio delle varie attività per il lavoro, non può essere oggetto di una transazione commerciale, come sarebbe potuto, in linea teorica, essere supposto da un'equiparazione ideale con una semplice licenza commerciale e, soprattutto, dalla possibilità di procedere, anche per essa, ad un'esternalizzazione. Si noti, poi, come ciò sia stato tanto più specificato nell'art.10 (nonché nel comma primo dell'art.12) del già citato decreto ministeriale del 23 dicembre 2003, ove si esclude tale trasferimento pure a titolo non oneroso e mediante ricorso a contratti commerciali aventi ad oggetto la cessione a terzi anche solo di una parte dell'attività oggetto dell'autorizzazione, compresa l'attività di commercializzazione⁸⁵. Infine, è stato rilevato⁸⁶ come il legislatore con il riferimento alla "transazione" abbia

⁸⁵ La citata circolare 24 giugno 2004, n.25, nello specificare il divieto, afferma che conseguentemente ad esso è vietata l'esternalizzazione, ovverosia l'attribuzione a terzi, dello svolgimento di attività oggetto di autorizzazioni, e quindi anche della attività di ricerca e selezione dei candidati, della gestione delle banche dati, della stipulazione di contratti. L'attività di "procacciamento di contratti", in un primo momento presente in tal elenco esplicativo, è poi venuta meno a seguito della rettifica effettuata dalla circolare 2 luglio 2004, n.27 (in <http://welfare.gov.it/RiformaBiagi/Archivio/Normativa/2004-07-02+Circ0427.htm>), la quale ha appunto soppresso le parole che indicavano l'attività. Riguardo alla previsione dell'art.12, comma primo, del d.m. 23 dicembre 2003, inoltre, la circolare 24 giugno 2004, n.25, precisa che tale disposizione, per cui l'autorizzazione concessa *ope legis* alle università o alle fondazioni universitarie non può essere ceduta o concessa in nessuna forma, neanche a un consorzio di università o fondazioni, si estende (con la stessa eguale preclusione alla gestione associata mediante consorzio dell'attività oggetto d'autorizzazione) anche per i comuni, le camere di commercio e gli istituti di scuola secondaria di secondo grado.

⁸⁶ A. MORONE, *ult. op. loc. cit.*, 41 ss.

inteso non la fattispecie tipica di cui all'art.1965 c.c., ma bensì ogni sorta di contratto volto a trasferire ad altri le facoltà spettanti dall'autorizzazione, in linea, peraltro, con la prevalente posizione giurisprudenziale attinente alla previgente legge sul lavoro interinale⁸⁷.

7. Autorizzazioni e accreditamenti regionali.

L'autorizzazione di cui alla disciplina sin qui trattata, la quale è da ascrivere tra le fondamentali competenze dello Stato nel nuovo sistema del mercato del lavoro, non è tuttavia un'esclusiva prerogativa di tal ultimo soggetto ma, pur se la lettera *e*) dell'art.2 la definisce soltanto come il provvedimento mediante il quale lo Stato abilita operatori pubblici e privati allo svolgimento delle attività per il lavoro, tacendo quindi su altri soggetti autorizzanti, può, in effetti, essere data anche dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e Bolzano⁸⁸. Tale autorizzazione, la quale trova la sua fonte nei commi sei e seguenti dell'art.6 e che esclude tanto la somministrazione a carattere generale quanto quella di tipo specifico, sarà ovviamente valida solo (rispettivamente) nel territorio regionale o provinciale. Altra differenza, inoltre, è sui soggetti che localmente possono

⁸⁷ Ci si riferisca, per esempio, al parere del Consiglio di Stato del 29 settembre 1999 (in *DRI*, 2000, 241 ss.).

⁸⁸ Più in generale, per un'analisi sul ripartimento di potestà legislativa tra Stato e Regioni nella materia dei servizi per l'impiego alla luce delle recenti riforme costituzionali, si veda: A. TROISI, *Riforme costituzionali e competenze legislative sui servizi per l'impiego*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 419 ss.

essere autorizzati: dal combinato del secondo e sesto comma dell'art.6 risulta che possono essere autorizzate in questa forma le agenzie per il lavoro (comma 6), a cui vanno poi aggiunti (comma 2) i comuni, le camere di commercio e gli istituti di scuola secondaria di secondo grado, statali e paritari, con la poco comprensibile esclusione (quindi, per assenza di esplicito richiamo) delle università (oltre che di altri soggetti, per cui, comunque, l'esclusione non appare così vistosa). Anche qui, poi, così come già visto per la disciplina dell'autorizzazione di stampo nazionale, sono stabilite le modalità d'autorizzazione provvisoria e definitiva. Non è del tutto chiaro, stante l'assenza di un'omogeneità nella dottrina sul punto (anche se – riteniamo - si dovrebbe tendere ad escludere un'applicazione analogica in tal senso), se pure per l'istituto dell'autorizzazione localmente delimitata sia da considerarsi operante la dinamica del silenzio-assenso, con tutta la discutibilità già innanzi evidenziata. Si badi, infine, che in tema d'autorizzazione è poi intervenuto il già citato d.lgs. n.251/04, che, sancendo al comma secondo dell'art.2 la sostituzione del comma 8 dell'art.6 del d.lgs. n.276/03, ha rimandato alle Regioni la disciplina delle procedure di autorizzazione “nel rispetto dei livelli essenziali delle prestazioni e dei principi fondamentali desumibili in materia” dallo stesso d.lgs n.276/03, stabilendo la provvisoria possibilità, in attesa delle normative regionali, per i soggetti autorizzati all'intermediazione per effetto della disciplina precedente, nonché per le associazioni di datori e di prestatori di lavoro, per quelle di tutela ed assistenza dell'imprenditorialità, del lavoro e della disabilità e per gli enti bilaterali, alla prosecuzione di tale attività con

riferimento ad una singola ed esclusiva regione. Al comma terzo è stata poi prevista l'aggiunta al medesimo articolo del comma *8bis*, contenente la preclusione allo svolgimento dell'attività di intermediazione per i soggetti autorizzati ai sensi delle previsioni di regimi particolari di autorizzazione nella forma del consorzio, oltre a indicare che i soggetti autorizzati da una singola regione non possono operare a favore di imprese con sede legale in altre Regioni.

Ferma restando la facoltà delle Regioni (e degli altri soggetti istituzionali equiparati) di procedere alla concessione della suddetta autorizzazione territorialmente definita, il compito delle Regioni (e delle Province autonome) presentato come principale è tuttavia quello di un'ulteriore verifica mediante accreditamento. Esso consiste (in conformità con le statuizioni del decreto legislativo n.297 del 19 dicembre 2002) nel provvedimento con cui si reputano determinati soggetti richiedenti idonei a prestare servizi nell'ambito territoriale di riferimento (cioè, precisiamo ancora, negli specifici ambiti regionali e provinciali relativi al soggetto pubblico che controlla e gestisce l'accreditamento) e, come chiaramente afferma la lettera *f*) dell'art.2, nell'erogare tale servizi al lavoro è consentito l'accesso all'utilizzo di risorse pubbliche. Tale punto della normativa si pone perfettamente⁸⁹ in linea con i nuovi compiti attribuiti alle Regioni a seguito della perdita della centralità dello Stato nelle materie oggetto della nostra analisi: si pensi al compito (richiamato tanto dalla l. n.30/03 che dal d.lgs. n.297/02) affidato alle Regioni di definizione degli obiettivi e degli indirizzi

⁸⁹ Ma, a detta di alcuni, non esaurientemente. In proposito, si veda *ultra*.

operativi delle azioni dei competenti servizi finalizzate all'incontro tra domanda ed offerta di lavoro, nonché a quello di "definire" lo *status* di disoccupato (comprendente tutte le fasi dell'acquisto, del mantenimento, della perdita e della sospensione di tale stato). Il predetto riconoscimento d'idoneità deve avvenire nel rispetto dei cinque criteri qualitativi, cinque indici di garanzia posti a salvaguardia di una gestione delle attività permesse con l'accREDITAMENTO uniforme in campo nazionale (cioè, nel rispetto degli *standard* omogenei a livello nazionale) e della libertà di scelta e di non discriminazione per i lavoratori. Tuttavia, in merito, subito appare come le disposizioni di cui all'art.7 del d.lgs n.276/03 non siano sufficientemente chiare (oltre che spesso complicate da una punteggiatura poco attenta e da errori materiali), ponendo un insidioso problema, contemporaneamente attinente al piano ontologico e a quello linguistico⁹⁰. In particolare, solo a seguito di una scrupolosa opera interpretativa si possono evidenziare le differenze tra autorizzazione e accREDITAMENTO⁹¹, restando, in ogni modo, possibili situazioni problematiche nelle ipotesi in cui non vi è sintonia tra i due provvedimenti (ovverosia qualora un operatore pubblico o privato,

⁹⁰ In proposito si veda l'ironico articolo di V. FILÌ, *L'accREDITAMENTO regionale dei servizi per l'impiego*, in F. CARINCI (a cura di), *ult. op. cit.*, 191 ss.

⁹¹ La differenza tra autorizzazione ed accREDITAMENTO è stata stigmatizzata da S. ROSATO (Il quadro di regolamentazione del nuovo mercato del lavoro tra regimi autorizzatori e accREDITAMENTO: il ruolo delle Regioni, in M. TIRABOSCHI, a cura di, *op. cit.*, 507 ss.) nel senso che l'autorizzazione s'inquadra tra i poteri riconosciuti dall'ordinamento alla Pubblica Amministrazione di assicurare che l'esercizio da parte dei privati di attività che incidono sui diritti fondamentali dei cittadini sia subordinata al possesso di adeguati requisiti di natura finanziaria, organizzativa e professionale, mentre l'accREDITAMENTO rientra tra i poteri conferiti alla Pubblica Amministrazione di selezionare in via preventiva i soggetti idonei a svolgere funzioni proprie della Pubblica Amministrazione stessa.

autorizzato a livello nazionale, non venga accreditato dalla Regione in cui opera; nel caso in cui questi, non autorizzato affatto, venga dalla Regione accreditato; e, infine, quando un operatore sia autorizzato da una Regione, ma non accreditato dalla stessa⁹²). Infine, si noti come il regime dell'accREDITAMENTO non sia al momento operativo, abbisognando dell'istituzione dell'apposito elenco, da attuarsi in tempi, peraltro, non definiti, neppure con termine meramente ordinatorio.

8. Disciplina delle tutele: in particolare sui cd. 'diritti informatici' (dal 'right to be alone' al 'diritto all'oblio'); tutela del rapporto e tutela del mercato del lavoro (coincidenze e peculiarità con le norme di tutela dello Statuto). Note in tema di coordinamento.

Nello svolgere l'analisi sulla parte del decreto dedicata alle "tutele sul mercato" con riferimenti appositi ai lavoratori svantaggiati, reputiamo che bisogna aver ben chiaro quella discrepanza - prodottasi con sempre più forza e nettezza nell'evoluzione storica della materia - definibile come divario tra i concetti (e la relativa pratica) di tutela implicita e tutela successiva. In altri termini, più per esteso, si è (nel tempo, col suo odierno apice) determinato uno stacco da un impianto generale - delle normative in materia di mercato di lavoro - che già si caratterizzava, di per sé, per l'essere di tutela, a quello

⁹² In merito, più per esteso: V. FILÌ, *op. cit.*, 201 ss.

attuale ove tale tutela riguarda solamente punti specifici (e, in qualche caso, scollegati).

Il capo secondo del secondo titolo del decreto legislativo prevede una serie di norme per tutelare i soggetti destinatari di questa normativa e, più in generale, per il conseguimento e la protezione dell'interesse comune all'efficiente e corretto funzionamento e gestione dell'ambiente in cui - parafrasando quanto proposto dalla terminologia prescelta dal legislatore delegato - avvengono le contrattazioni commerciali aventi ad oggetto "il lavoro", in altri termini di quel particolare ambito definito dallo svolgimento e dalla portata dei rapporti tra operatori economici in tema di lavoro.

La disciplina delle tutele ha come punto d'inizio la regolamentazione, da parte dell'art.8, della diffusione dei dati relativi all'incontro domanda-offerta di lavoro, mirando in tal modo a salvaguardare il diritto alla *privacy* del lavoratore. Detta riservatezza dovrebbe essere garantita dal diritto assicurato ai lavoratori da parte delle agenzie per il lavoro e dagli altri operatori pubblici e privati autorizzati di indicare i soggetti o le categorie di soggetti ai quali i propri dati devono essere comunicati (anche se ciò, concretamente, appare un diritto di scarso utilizzo, per la comprensibile e quasi fisiologica volontà - o voglia? - del lavoratore di vedere diffuso al massimo i propri dati per innalzare le probabilità d'assunzione). Inoltre, a fronte della più che plausibile ipotesi di creazione di banche dati pure immense e, in ipotesi, perenni, si pone il problema dell'individuazione dei

soggetti aventi titolarità nella gestione dei dati medesimi⁹³. Resta fermo, comunque, l'obbligo del mediatore di assicurare la divulgazione dei dati medesimi nell'ambito indicato dai lavoratori stessi. Ciò, in conformità col decreto, emanato dal Ministero del *welfare* (sentite le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano nonché, ai sensi dell'art.31, comma 2, della legge n.675 del 31 dicembre 1996, il Garante per la protezione dei dati personali⁹⁴), disciplinante gli aspetti relativi alla diffusione delle informazioni e alle modalità d'espressione delle preferenze informative, da parte di ogni lavoratore, sulla trasmissione dei propri dati personali. In merito, inoltre, si evidenzia come nella procedura di emanazione del predetto decreto ministeriale si sia preferito da parte del legislatore soltanto rispettare la richiesta di parere obbligatorio (e non vincolante) nei confronti delle Regioni e non ricercare una strada di reale intesa con esse. La locuzione "sentite le regioni", in luogo di quella "d'intesa con" è stata a ragione interpretata come

⁹³ Così M. TIRABOSCHI, *La circolazione delle informazioni sul mercato e i profili di tutela della privacy*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 585 ss. Sullo stesso problema, sui titolari del trattamento dei dati personale, anche M. RICCI, *Ambito di diffusione dei dati relativi all'incontro domanda-offerta di lavoro*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n.276* (coordinato da F. CARINCI), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro* (a cura di M. MISCIONE, M. RICCI), *cit.*, 215 ss., con la proposta di due distinte ipotesi tuttavia ugualmente entrambe problematiche (nello specifico: attribuzione della titolarità a livello centrale, vale a dire al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ovvero ai diversi operatori del sistema).

⁹⁴ Per una valutazione sulle indicazioni dell'Autorità Garante, nonché sul giudizio fondamentalmente negativo da questi espresso sui rapporti tra tutela della *privacy* e organizzazione del mercato del lavoro, tanto che lo stesso d.lgs n.276/03, nella parte relativa alla tutela dei dati personali, può essere letto come (un tentativo verso) un superamento delle critiche dal Garante espresse in precedenza, si rinvia a: A. BELLAVISTA, *Il nuovo codice della privacy*, in *DPL*, 2003, inserto al n.41, XV. E' altresì da menzionare che lo stesso Garante dà un giudizio negativo sulla tecnica legislativa della parcellizzazione delle fonti, su cui, poi, è particolarmente difficile da parte di questi esprimere il proprio parere.

un'esplicita scelta di non collaborazione⁹⁵. Parimenti, pure l' "audizione" dell'Autorità Garante in materia di tutela dei dati personali assume un ruolo meramente consultivo, per cui la sua azione sarà limitata ad effettuare un controllo sui risultati delle previsioni emanate e non certo sulle stesse deliberazioni. E' stabilito, infine, all'ultimo comma dell'articolo, che le informazioni contenute nella scheda anagrafico-professionale (prevista dal menzionato d.lgs. n.297/02) le quali facciano riferimento ai dati amministrativi in possesso dei servizi per l'impiego (con riguardo particolare all'eventuale presenza di particolari benefici contributivi e fiscali) rivestono un valore certificativo. Ciò, in conformità alla previsione di cui all'art.1bis del decreto legislativo n.181 del 21 aprile 2000 (introdotto dall'art.2 del d.lgs n.297/2002, in attuazione del d.P.R. n.442 del 7 luglio 2000), istituyente la così detta anagrafe dei lavoratori, sostitutiva delle liste di collocamento. Essendo poi i dati contenuti nella scheda anagrafico-professionale da chiunque conoscibili, non sarebbe richiesto lo specifico consenso dell'interessato al trattamento degli stessi. Resta solo da menzionare la parziale imperfezione del richiamo alla legge del 31 dicembre 1996, n.675 contenuto al primo comma dell'articolo in esame: se è pur vero che il cosiddetto nuovo "codice della *privacy*", cioè il decreto legislativo del 30 giugno 2003, n.196, asse centrale di tutta la rinnovata disciplina in questa materia, è entrato in vigore solo dopo il decreto n.276/03, non andava tralasciato il fatto che esso sanciva l'abrogazione della legge, e solo ad esso bisognava riferirsi. Del resto, nello stesso d.lgs. n.276/03 – precisamente al

⁹⁵ M. RICCI, *op. cit.*, 214.

comma terzo dell'articolo nove – vi è il (corretto) richiamo al codice, e non alla legge destinata all'abrogazione⁹⁶.

Il successivo art.9 decreta il divieto, rispetto alle campagne informative sull'incontro tra datori (meglio: lavoro) e lavoratori, di comunicare in forma anonima o comunque in forma non riconoscibile (rispetto, dunque, a campagne solo all'apparenza anonime), prevedendo l'indicazione obbligatoria degli estremi di autorizzazione e di accreditamento per una corretta identificazione del soggetto proponente, nonché l'informativa di cui all'art.13 del d.lgs n.196/03 contenuta in un *fac-simile* della domanda. E' sancito altresì divieto che tali comunicazioni siano effettuate da soggetti, pubblici o privati, non autorizzati o accreditati all'incontro tra domanda e offerta di lavoro. Eccezioni si hanno soltanto per campagne informative in cui vi sono in qualche modo riferimenti espliciti a detti soggetti o ad entità giuridiche ad essi collegati (poiché facenti parte dello stesso gruppo d'impresе o perché soggetti controllati o controllanti), in quanto potenziali datori di lavoro: l'attenuazione della prescrizione attiene quindi non ai dati personali comunicati ma all'ipotizzata occasione di lavoro. Inoltre, così come esplicito dalla menzionata circolare ministeriale n.30 del 21 luglio 2004, se il datore vuole di fatto conservare l'anonimato potrà usufruire della veicolabilità della comunicazione tramite un soggetto autorizzato o accreditato ovvero attraverso i centri dell'impiego della sede o residenza del committente, i quali saranno garanti nei confronti dei titolari dei dati inviati in risposta all'annuncio del rispetto di quanto previsto in tema di trattamento di dati

⁹⁶ A. BELLAVISTA, *op. cit.*, XIII ss.

personali⁹⁷. Ovviamente, come del resto esplicitamente mostrato già dal titolo dell'articolo, tali divieti e obblighi si riferiscono alla totalità dei mezzi d'informazione, avvengano le comunicazioni a mezzo stampa, via *internet*, attraverso la televisione e così via. L'obbligo dell'informativa *ex art.13* del d.lgs. n.196/03, inoltre, il cui accertamento può avvenire in modo diretto o indiretto (con indicazione del sito della rete ove tali informazioni possono facilmente essere ritrovate) è connesso alla possibilità di esercitare, da parte di qualunque interessato, i cosiddetti diritti informatici sui propri dati (nelle varie forme di controllo consentite su di essi), garantendosi così, tra l'altro, quel *diritto all'oblio*⁹⁸, che ci appare diretto discendente del (superato ormai, giacché parziale, in quanto interpretabile secondo un'accezione solamente negativa) *right to be alone*. Si rileva, tuttavia, leggendo le sanzioni previste nel caso in cui il predetto obbligo d'indicazione degli estremi di autorizzazione o di accreditamento non venga rispettato (nello specifico la sanzione di cui al primo comma dell'art.19), come paiono esservi lacune di una notevole profondità: poiché tal ultimo comma si riferisce esclusivamente agli "editori", ai "direttori responsabili" e ai "gestori di siti", parrebbe non potersi applicare nei confronti delle agenzie e degli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati, rispetto ai quali quindi le prescrizioni risulterebbero sprovviste di sanzioni. Ugualmente, dovendosi escludere

⁹⁷ La stessa circolare, in ogni caso, dispone che in tal ipotesi, ai fini del controllo da parte dell'amministrazione di vigilanza, gli editori e i gestori dei siti sui quali sono pubblicati detti annunci debbono inviare entro 10 giorni dalla pubblicazione al centro per l'impiego competente, anche mediante una concessionaria di pubblicità, i dati nominativi del committente e il testo della relativa ricerca con indicata la posizione di lavoro oggetto dell'inserzione.

⁹⁸ M. RICCI, Comunicazioni a mezzo stampa, internet, televisione o altri mezzi di informazione nel mercato del lavoro, in F. CARINCI (a cura di), *ult. op. cit.*, 226 ss.

un'applicazione analogica anche in tal senso, poiché il riferimento che fa l'art.19, primo comma, è solamente ai siti *internet*, qualora le violazioni del disposto dell'art.9 avvengano attraverso altri mezzi di comunicazione e informazione nessuna contestazione sul piano della sanzionabilità amministrativa potrà essere mossa.

Con l'art.10 si fa divieto alle agenzie e ai soggetti equiparati di fare ricerche (raccolta dati e trattamento di tali dati) e, conseguentemente, differenziare se non discriminare (nell'accezione comune più grave) i lavoratori per motivi di affiliazione sindacale, appartenenza politica, idee religiose, sesso e orientamento sessuale, stato matrimoniale o di famiglia o di gravidanza, età, handicap, razza, origine etnica, colore, ascendenza, origine nazionale, gruppo linguistico, stato di salute nonché precedenti controversie di lavoro. L'eventuale consenso del lavoratore non ha valore alcuno. La prima parte di quest'articolo viene traslata dalle relative norme di tutela previste nello Statuto dei lavoratori (nel dettaglio, dall'art.8), con l'ovvia differenza relativa ai soggetti destinatari di tale divieto (non più datore, ora, ma agenzie per il lavoro e altri soggetti autorizzati o accreditati, il linea con l'attenzione delle tutele non al rapporto ma al mercato del lavoro)⁹⁹ e con la particolarità, tuttavia, che questo trattamento, vietato apparentemente in modo assoluto, potrà essere giustificato e quindi consentito dal fatto di avere

⁹⁹ In particolare, si è notato che se la *ratio* dell'attuale divieto fosse da ascriversi soltanto alla volontà di evitare che tali dati "più che sensibili" non siano comunicati al datore, si sarebbe avuta niente più che una duplicazione del divieto di cui allo Statuto dei lavoratori. Viceversa, il divieto è da intendersi *direttamente* rivolto ai suddetti soggetti, in quanto ipoteticamente interessati ad una ricerca e uso anomalo dei dati stessi. Sul punto: M. RICCI, *Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori nel mercato del lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *ult. op. cit.*, 234 ss.

ad oggetto caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa o che costituiscono requisito determinante per tale attività. Sebbene ciò si giustifichi (e non del tutto: si pensi soltanto alle informazioni sul colore della pelle così come sull'eventuali precedenti controversie lavorative, o ad altre ancora) per le organizzazioni cosiddette di tendenza (ad esempio, appare indeprecabile che per lavorare in un'organizzazione sindacale o in un partito politico, ma anche presso particolari imprese, come quelli svolgenti attività giornalistica o pure scolastica, vi debba essere una certa affinità d'orientamento ideologico, per lo meno una non incompatibilità) e si deve ritenere che solo in tal ambito debba leggersi una sua esecutività, tuttavia, così come vagamente formulata, la deroga pone dubbi e porrà problemi. Pur se una consolidata giurisprudenza in materia contribuisce ancora a tutelare il lavoratore da trattamenti discriminatori, tuttavia è quantomeno in astratto ipotizzabile, anche alla luce di tentativi neppur tanto occulti di sminuire il ruolo della magistratura del lavoro, che un futuro affievolimento della tutela in merito sia possibile (e certo favorito, nella vanificazione del divieto, dalla scelta di tale amplissima enunciazione). Tra l'altro, più in generale, è dato che certo dovrebbe far riflettere quello per cui i contenziosi di lavoro sono stati davvero minimi in relazione ai "vecchi" lavoratori interinali, assai scarsi sia in modo assoluto sia, e tanto più, se paragonati a quelli mossi da lavoratori con posizione più "tradizionale". In quest'ottica, si potrebbe supporre, stante la ritualità dell'esimente, anche un contrasto sistematico della norma in esame col disposto dell'art.3 Cost. Inoltre, altra forma di eccezione, pur velata, è sancita

dal comma ultimo dell'articolo qui in esame, ove si afferma che le disposizioni di tutela riguardo alle indagini sulle opinioni e ai trattamenti discriminatori non possono in ogni caso impedire alle agenzie e agli altri soggetti pubblici e privati autorizzati o accreditati di fornire specifici servizi o specifiche e mirate azioni per assistere le categorie di lavoratori svantaggiati nella ricerca d'un'occupazione. Anche in tal caso, la vaghezza della formulazione, nonché l'assoluta mancanza di riferimenti alla tipologia e alla qualità (da intendersi, sopra tutto, come idoneità) dell'occupazione che giustificerebbe una deroga su un punto tanto delicato, pare gravida di derivazioni problematiche. Ad ogni modo, si è ritenuto - con lettura che trova noi tendenzialmente favorevoli pur se non ci appare incontrovertibile - che tal ultima prescrizione vada intesa come un ostacolo a che gli operatori del mercato si facciano schermo delle predette condizioni "svantaggiose" per sottrarsi ai propri compiti di diffusione e ricerca dati anche per questi particolari soggetti¹⁰⁰. Inoltre, problemi di coordinamento si pongono tra i due periodi di cui è composto il primo comma dell'art.10, laddove il secondo afferma che è "fatto altresì divieto di trattare dati personali dei lavoratori che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali e al loro inserimento lavorativo". In quest'affermazione, certo più garantista per i lavoratori di quella precedente (si confronti il requisito della "incidenza sulle modalità di svolgimento della prestazione di lavoro" con quello della "stretta connessione alle attitudini e all'inserimento al lavoro"), l'avverbio "altresì" indicherebbe, infatti, un'altra (e non ben individuabile) tipologia di dati

¹⁰⁰ M. RICCI, *ult. op. loc. cit.*, 244.

differenti da quelli innanzi elencati. In proposito, condividiamo la posizione di chi ha ritenuto che delle due dovrebbe sopravvivere solo la più rigida, l'altra essendo poi contrastante col citato codice della *privacy*, dettante in materia una tutela generale minima e, in questo caso, disarmonicamente superiore a quella di settore¹⁰¹.

Un divieto di percepire e porre, direttamente ed indirettamente, oneri in capo ai lavoratori, i quali devono usufruire dei servizi offerti dalle agenzie senza dover sborsare nulla, è invece previsto dall'art.11. Anche qui, però, vi sono delle eccezioni, le quali possono essere stabilite dai contatti collettivi per lavoratori altamente specializzati (riferendosi certo non soltanto alla categoria dei dirigenti, già in passato esclusi dalla disciplina del collocamento) o per servizi specifici offerti dai soggetti autorizzati o accreditati. Si rinvia, in proposito, alle questioni già sollevate in merito alle deroghe previste dall'art. 20, notando poi come, specificamente, non sia precisato a quale dei livelli di contrattazione collettiva (tutti?) tali deroghe possano essere sancite e pur con la consapevolezza, anzi, con l'auspicio che da un certo punto di vista le obiezioni avanzate riguardano maggiormente il metodo che la sostanza: un *manager* dotato di un effettivo forte potere di contrattazione individuale, ad esempio, è difficilmente suscettibile di una concreta equiparazione con un qualsivoglia altro lavoratore, per cui un

¹⁰¹ Per queste riflessioni: A. BELLAVISTA, *op. cit.*, XV ss. La critica all'art.10 del decreto coinvolge poi anche la formulazione della lettera g), comma 1, art.1 della legge delega. Inoltre, l'affermazione di cui alla lettera k) dell'ultimo articolo citato, per cui la tutela dei dati personali può essere "attutita" per favorire i lavoratori cosiddetti svantaggiati, non tiene conto che la particolare debolezza di questi ultimi ne giustificherebbe, all'inverso, una rigidità finanche maggiore.

affievolimento di talune tutele (specialmente su di un piano monetario) risultano comprensibili (pur se, tuttavia, l'alta professionalità non sempre coincide con l'alta richiesta: è solo la "penuria" nell'offerta il criterio che dà sicurezza). Inoltre, è da dire che i non meglio precisati "servizi specifici" potrebbero risolversi in un facile pretesto per innescare una sgradevole concorrenza tra lavoratori (oltreché tra agenzie) e legittimare sordide occasioni per incassare somme da questi. Peraltro, è da rilevare come l'ammissione di tali eccezioni contrasti con tutte le Convenzione Oil in materia e con la stessa succitata n.181/97 (anche se in essa, invero, v'è consenso a talune deroghe a condizione che queste siano previste nell'interesse degli stessi lavoratori, che vi sia, preliminare, una consultazione sindacale e che siano riferite a particolari categorie di lavoratori e servizi forniti dalle agenzie), nonché pure con l'art.29 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che sancisce il diritto all'accesso gratuito al collocamento, sia pubblico che privato. Parimenti configgente con tali statuizioni si porrebbe, per di più, in modo affine, la previsione di cui all'art.81 del d.lgs. n.276/03 sulla consulenza ed assistenza alle parti contrattuali riguardo alle procedure di certificazione dei contratti di lavoro da parte degli organi abilitati alla stessa, la quale, non precisando a quali soggetti tale attività, plausibilmente a titolo oneroso, si possa dirigere, sembrerebbe consentirne un'estensione anche nei confronti dei prestatori di lavoro¹⁰². Inoltre, sotto il profilo sanzionatorio della prescrizione di cui

¹⁰² P. NODARI, Il divieto di oneri in capo ai lavoratori nel mercato del lavoro, in F. CARINCI (a cura di), ult. op. cit., 252.

all'art.11 in esame, va notato come il corrispondente quarto comma dell'art.18 non menzioni esplicitamente altre attività punite per il percepimento di oneri in capo al lavoratore, oltre alla somministrazione. In proposito, sebbene si sia ritenuto che la punibilità non sia limitata solo a tale attività, per cui ci si troverebbe dinanzi ad un mero esempio di incuria legislativa¹⁰³, appare difficile “aggirare” il divieto d'applicazione analogica in materia penale (di cui all'art.14 delle preleggi e all'art.25, comma secondo, Cost., nonché agli artt.1 e 2 c.p.). In tal guisa, i casi non ricompresi dal comma darebbero luogo esclusivamente a responsabilità civile per la restituzione dell'indebito ai sensi dell'art.2033 c.c. Infine, si noti come, a seguito dell'esplicita abrogazione dell'art.27 della legge n.264 del 29 aprile 1949 da parte dell'art.85 del d.lgs. n.276/03, non si pongono più i problemi interpretativi d'individuazione della fattispecie criminosa in tema di percepimento di compensi nella mediazione di mano d'opera, questioni che avevano riguardato la precedente normativa sul lavoro temporaneo¹⁰⁴.

9. *“Fondi per la formazione e integrazione del reddito” (debolezza intrinseca del sistema). Contiguità di generazioni “deboli” e declino della “solidarietà familiare” come pilastro assistenziale “sommerso”.*

L'art.12 titola “fondi per la formazione e l'integrazione del reddito” la definizione del proprio contenuto. Nel concreto, si stabilisce la devoluzione,

¹⁰³ P. NODARI, *op. cit.*, 253.

¹⁰⁴ Sul punto, può vedersi: Cass. pen., sent. n.22947 del 10 maggio 2002, in *DPL*, 2002, 2018.

posta a carico dei soggetti autorizzati alla somministrazione di lavoro, del 4% pari alla retribuzione del lavoratore (assunto sia con contratto a tempo determinato che con contratto a tempo indeterminato per l'esercizio dell'attività di somministrazione) per la formazione di due rispettive e disgiunte voci di un fondo atto ad integrare il reddito nei periodi di non attività dei lavoratori assunti coi due differenti tipi contrattuali e, solamente per la contribuzione nel caso di contratto a tempo indeterminato, per promuovere corsi di formazione e di riqualificazione del personale, per contribuire alle attività d'emersione del personale lavorante in nero e a quelle di contrasto agli appalti illeciti e per favorire iniziative per l'inserimento o per il reinserimento nel mercato del lavoro di lavoratori svantaggiati. Tale fondo, che continua la tradizione dei fondi privatistici per il sostegno al reddito in mancanza e sostituzione degli ammortizzatori pubblici¹⁰⁵, assume la caratteristica di fondo bilaterale costituito dalle parti stipulanti il contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro e si presenta come soggetto giuridico di natura associativa *ex art.36 c.c.*, dotato di personalità pubblica *ex art.12 c.c.* mediante appropriato riconoscimento da parte del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, soggetto questo a cui spetta anche la definizione delle politiche di intervento sulle predette finalità dei fondi (se v'è carenza nel contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro), l'autorizzazione, previa verifica, dei fondi e la vigilanza sulla relativa gestione. E' da rilevare, innanzitutto, l'esclusione

¹⁰⁵ Per la storia di tali fondi: V. FILÌ, *I fondi bilaterali per i lavoratori somministrati*, in F. CARINCI (a cura di), *ult. op. cit.*, 257 ss.

delle Regioni nel processo finalizzato alla formazione dei predetti fondi, Regioni che, peraltro, in materia esercitano una competenza esclusiva. A parer nostro, inoltre, le riforme in esame per avere una certa validità e un miglior fondamento su un piano economico e sociale avrebbero dovuto, necessariamente, presupporre una riforma del sistema previdenziale. Difatti, basandosi tuttora il nostro sistema previdenziale, a differenza di quello di altri paesi (vedi quelli del nord Europa, per esempio) sulla figura cardine (e, quindi, sulle retribuzioni) non del “cittadino”, ma piuttosto del “lavoratore”, per di più sul “lavoratore subordinato” (categoria se non “in via d’estinzione”, certamente sempre più numericamente ridotta) e mancando conseguentemente (tranne limitate eccezioni) istituti previdenziali di carattere universalistico come quello del salario minimo garantito (o reddito di cittadinanza)¹⁰⁶, né può risultare una davvero valida garanzia a non desiderati, imprevisti ma (almeno statisticamente) probabili stati di bisogno, né possono durare, da un punto di vista strettamente economico, istituti pubblici i quali vedono la loro ragione e possibilità d’esistere sul fondamento di contribuzioni sempre più sulla strada dell’esaurimento. Un sistema economico e sociale qual è quello odierno del nostro paese, fondato, almeno di fatto, il suo possibile meccanismo oramai in larga parte su una solidarietà

¹⁰⁶ Il contrasto tra le predisposizioni (e rivendicazioni) dell'uno e dell'altro modello rispecchiano il dissidio tra l'accettazione dell'idea di *flexicurity* (propria di una posizione neoliberista evoluta, denominata pure neoregolazionista, con taluni richiami a certe esperienze socialdemocratiche), tutto sommato tesa alla salvaguardia del sistema di produzione (un accenno per tutti: rilancio dei consumi) e incentrata sul concetto di lavoro (anche potenziale) quale chiave d'accesso dei diritti e l'opzione mirante al disancoramento dalla produttività dell'esistenza (rispetto alle qualità sociali, alla ricchezza del "capitale umano", ecc.), presentata come unico rimedio contro l'esclusione sociale (da intendere ciò in senso ampio) ed erede della complessa teoria del "rifiuto del lavoro".

familiare, pur se ancora favorita per motivi culturali, destinata irrimediabilmente a cadere allorquando due generazioni socialmente ed economicamente deboli saranno messe in fila l'una dopo l'altra, salvo non programmati mutamenti futuri, a lungo non potrà nascondere il pericolo e probabilmente il fatale verificarsi di gravi sconvolgimenti. Rispetto a tali problematiche lo scarno articolo ora in esame ben mostra, con lampante evidenza, tutta la sua inadeguatezza e la necessità inappagata di una puntuale e risolutiva trattazione dei difetti cardine del sistema¹⁰⁷. Insomma, l'esigenza di previsioni ineludibili e di una disciplina ampia, articolata, specifica. Così come, concludendo in merito, si palesa il bisogno di una diversa entità della devoluzione di cui all'art.12¹⁰⁸ (e, contemporaneamente, quello di un adeguato livello normativo d'attenzione sul controllo e sulla trasparenza dei flussi finanziari). Anche ipotizzando come rilevante l'entità contributiva, soprattutto considerata come ammontare complessivamente raccolto, si manifesta poi preoccupazione rispetto alla spoliatura da parte dello Stato (e

¹⁰⁷ Peraltro, lo stesso corretto funzionamento, con le connesse garanzie di sicurezza, dei fondi non può essere considerato implicito assioma: ci si riferisca, di volo, agli ancora non del tutto risolti problemi dei fondi pensione. In proposito, pur riguardando ipotesi di precedente generazione, si veda, ad esempio: *Il Fondo? E' affondato*, da *L'Espresso* del 7 luglio 2005, 128 ss.

¹⁰⁸ Entità della contribuzione prevista nel d.lgs. n.276/03 che, in ogni caso, rispecchia quanto analogamente previsto dall'art.5 della l. n.196/97 (come modificato, riducendola dal 5%, della lettera *d*), comma 1, art.64 della legge n.488 del 23 dicembre 1999). Anche la sanzione prevista dall'articolo 12, ottavo comma, inoltre (la quale afferma che l'omesso versamento da parte delle Agenzie di somministrazione del 4% della retribuzione corrisposta ai lavoratori assunti a tempo determinato e a quelli assunti a tempo indeterminato presso il fondo bilaterale è sanzionato in via amministrativa, fermo l'obbligo di corrispondere il contributo omesso e le relative sanzioni, anche con una sanzione pecuniaria di importo pari al contributo omesso, sanzione che confluisce nel detto fondo) è tratta da analoga previsione di cui all'art.5, comma 5 della l. n.196/97.

conseguentemente dell'Inps) di responsabilità di natura previdenziale in favore di soggetti che possono rivestire la forma giuridica pure di associazioni non riconosciute, soggette solo ad un potere di controllo da parte del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (e quindi senza la specifica garanzia di un controllo pubblico sui loro bilanci)¹⁰⁹. Tanto più che - e ciò ci riporta finanche ad altri problemi in precedenza accennati - ai sensi dell'ultimo comma del predetto articolo, tali contributi potranno anche essere ridotti, trascorsi dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto, dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali con proprio decreto, sentite le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (il cui parere, tuttavia, non risulta vincolante) ed "in relazione alla loro congruità con le finalità dei relativi fondi". Per un eventuale adeguamento, invece (e quindi anche per un aumento della contribuzione) tramite analoga procedura, già bisognava attendere, a norma del sesto comma dell'art.12 (della precedente versione), un tempo più lungo, definito in due anni dall'entrata in vigore del decreto. Indicativo è che tale ultima previsione è stata del tutto eliminata dall'art. 3 del decreto correttivo n.251/04, a favore di quella per cui restano "in ogni caso salve le clausole dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulate ai sensi dell'art.1, comma 2, della l. n.196/97".

10. *“Misure d'incentivazione del raccordo pubblico e privato” e fasce deboli di prestatori di lavoro.*

¹⁰⁹ V. FILÌ, *op. cit.*, 266.

Lo spazio dedicato alle misure d'incentivazione tra pubblico e privato, al fine di garantire l'inserimento o il reinserimento nel mercato del lavoro dei lavoratori svantaggiati, è quello dell'art.13¹¹⁰. Le menzionate politiche attive e di *workfare* si risolvono in null'altro che in un incentivo (nella forma di grossi benefici concessi al datore, cioè all'agenzia autorizzata alla somministrazione di lavoro di riferimento, in primo luogo sul piano retributivo) nell'assumere lavoratori svantaggiati (locuzione con cui si intende, come risulta dall'art.2, 1° comma, lettera *k*), qualsiasi persona appartenente ad una categoria che abbia difficoltà ad entrare senza assistenza nel mercato del lavoro e per la cui individuazione si fa riferimento a definizioni di precedenti leggi¹¹¹). Più precisamente, tale spinta incentivante all'assunzione dei predetti lavoratori, i quali, per svariati motivi, hanno difficoltà ad accedere al mondo lavorativo, comporta deroghe assai rilevanti (e, in qualche caso, non già delimitate) al principio di parità di trattamento economico e normativo (chiaramente, tra lavoratori formalmente dipendenti dal somministratore con quelli alle dipendenze dell'utilizzatore) sancito al comma primo dell'art.23, in presenza di un piano individuale per il predetto inserimento o reinserimento nel mercato del lavoro, con interventi formativi

¹¹⁰ Con decreto del 18 novembre 2003 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali (in <http://www.welfare.gov.it/RiformaBiagi7Archivio/Normativa/D.M.18novembre03.htm>) si è vista l'istituzione del "Comitato per il sostegno e l'incentivazione delle attività derivanti dall'applicazione dell'art.13 del decreto legislativo 10 settembre 2003 n.276", cui la circolare ministeriale n.41 del 23 ottobre 2004 ha rimandato Comuni, Province e Regioni ai fini della definizione delle convenzioni con le agenzie autorizzate alla somministrazione di lavoro.

¹¹¹ Detti soggetti destinatari di tali "misure di politica attiva del lavoro" (nonché le condizioni e le modalità d'applicazione degli incentivi previsti e la decadenza da essi) sono stati specificati con l'ultima circolare qui indicata.

idonei ed un adeguato servizio di tutoraggio (conforme, in ciò, al secondo comma dell'ultimo articolo citato). E' poi prevista, per un periodo di tempo limite e con un contratto di tempo il cui minimo è (così come per il caso precedente) appositamente stabilito, nella determinazione del trattamento retributivo del lavoratore, la detrazione dal compenso dovuto di quanto eventualmente percepito dal lavoratore a titolo d'indennità di mobilità o di disoccupazione ordinaria o speciale o pure di ogni altra indennità o sussidio la cui corresponsione è collegata allo stato di disoccupazione o inoccupazione, nonché la detrazione dai contributi dovuti per l'attività lavorativa dell'ammontare delle contribuzioni figurative, nel caso di trattamenti di mobilità o d'indennità di disoccupazione ordinaria o speciale. Egualmente, in modo parallelo, sono previsti incentivi negativi in capo al lavoratore (mediati, quasi integralmente, dai primi due commi dell'art.9 della legge n.223 del 23 luglio 1991, con la differenza, tuttavia - non da poco - della generalizzazione di tali sanzioni, limitate prima solo a talune categorie di lavoratori, ovverosia a quelli percepenti un trattamento di mobilità), aventi ad oggetto la sua decadenza da tutta una serie di trattamenti mobilità, qualora la finalità dell'iscrizione nelle relative liste sia esclusivamente finalizzata al reimpiego, da quelli di disoccupazione speciale od ordinaria o da altra indennità o sussidio la cui corresponsione è collegata allo stato di disoccupazione o inoccupazione. Possono dar luogo a tale conseguenza (il cui procedimento ed anche la relativa possibilità di ricorso alla Direzione provinciale del lavoro competente per territorio sono puntualmente definiti) le ipotesi per cui il lavoratore rifiuti di essere avviato ad un progetto

individuale di reinserimento nel mercato del lavoro oppure ad un corso di formazione professionale autorizzato dalla regione o non lo frequenti con regolarità, qualora questi non accetti una delle proposte lavorative considerate congrue (e qui sorge il problema della congruità dell'offerta, criterio ben più incerto dell'equivalenza professionale di cui all'art.2103 c.c.: considerata tale in base alle competenze e qualifiche del lavoratore stesso, ma anche in relazione ad un inquadramento retributivo non inferiore del 20% rispetto a quello delle mansioni di provenienza, non più del 10% così come alla l. n.223/91, e ad un posto di lavoro, inteso proprio come luogo fisico, il cui raggiungimento possa avvenire in ottanta minuti con mezzi pubblici da quello di residenza, e non più in sessanta così come secondo l'ultima legge citata) ovvero, infine, se non abbia provveduto ad effettuare la comunicazione preventiva alla competente sede Inps del lavoro prestato. Chiaramente, le ultime due ipotesi non sono operanti per i lavoratori inoccupati. Inoltre, la gestione di tali incentivi è possibile pure da parte di un ennesimo apposito soggetto, denominato "agenzia sociale" (per la verità, menzionato in modo esplicito solo al successivo articolo 14¹¹²) ed istituito in base ad apposita normativa regionale, in convenzione con le agenzie per il lavoro, previo accreditamento. Ci si soffermi, poi, sul punto che con "convenzione" si intende un più che ventennale istituto di cogestione

¹¹² In realtà, la previsione espressa delle "agenzie sociali" era presente nel primo schema presentato dal legislatore del decreto attuativo della l. n.30/03, previsione successivamente epurata a seguito delle contestazioni delle Regioni e Province autonome, in quanto ritenuta contrastante (poiché invasiva) con le disposizioni del Titolo V della Costituzione, così come da ultimo (radicalmente e - riguardo al metodo e pure a taluni punti, invero non chiariti a sufficienza - forse anche un po' "frettolosamente") modificato.

pubblico-privato¹¹³ sempre rivolto all'immissione o (reimmissione) lavorativa di particolari categorie di lavoratori con specifiche difficoltà d'accesso nel mondo del lavoro. Conseguentemente, sono appositamente previsti convenzioni ed accordi tra agenzie sociali ed enti territoriali, tantoché questi ultimi possono concorrere alle spese di costituzione e funzionamento delle prime. Si noti che solo in tal ultima disposizione, di cui al sesto e seguenti commi, si ritrova piena giustificazione al titolo dell'articolo, dovendo dunque procedere a ritroso (dagli effetti) per comprendere a cosa ci si riferisca col menzionato "raccordo"¹¹⁴. Tutto ciò, peraltro, non può non far sorgere dubbi di farraginosità del sistema. Per di più, alcune perplessità riguardano se la previsione di cui all'art.13 possa realmente configurarsi come "di garanzia" nei confronti dei lavoratori svantaggiati, finendo, tutto sommato, col risolversi in uno specifico e indubbio vantaggio della parte datoriale (e ciò non in modo altrettanto pacifico per il sistema dei conti pubblici) attraverso un trattamento del lavoratore che, se non discriminatorio in senso stretto, di fatto (considerandolo quasi un "lavoratore di serie b") potrebbe contribuire ad acuire la sua posizione di debolezza psicologica e lavorativa¹¹⁵. Si tenga infine conto che, per espressa disposizione di cui al comma 12 dell'art.86, il sistema di misure previsto dall'art.13 ha comunque carattere sperimentale, in attesa di leggi regionali che disciplinino la materia, per cui (così come precisato dalla circolare n.41 prodotta dal Ministero del

¹¹³ Variamente previsto: dalla legge n.56 del 28 febbraio 1987, così come dalla legge n.236 del 19 luglio 1993, nonché dalla legge regionale n.16 del 22 aprile 1997.

¹¹⁴ C. CORBO, Misure di incentivazione del raccordo pubblico e privato nel mercato del lavoro, in F. CARINCI (a cura di), *ult. op. cit.*, 269 ss.

¹¹⁵ In modo analogo, C. CORBO, *op. cit.*, 288.

lavoro e delle politiche sociali il 23 ottobre 2004) i su menzionati incentivi possono operare esclusivamente nell'ambito di convezioni tra una o più agenzie autorizzate alla somministrazione di lavoro, anche attraverso le associazioni di rappresentanza e avvalendosi delle agenzie tecniche strumentali del Ministero del *welfare*¹¹⁶, dei Comuni, delle Province e delle stesse Regioni. Peraltro, la stessa circolare ha chiarito che le sperimentazioni precedenti al decreto n.276/03 debbono essere considerate assorbite, anche rispetto al profilo procedurale, dalla disciplina di cui all'art.13.

11. Lavoratori <<svantaggiati>> e fine del tradizionale collocamento obbligatorio.

Con l'art.14, il quale disciplina una relazione tra le cooperative sociali e l'inserimento dei lavoratori svantaggiati (e sulla cui previsione, peraltro, da più parti sono stato avanzati dubbi in ordine alla sua legittimità costituzionale per eccesso di delega, in quanto non rispecchiante una specifica disposizione della l. n.30/03), si ha la definitiva fine del tradizionale collocamento obbligatorio vincolante, così come sempre era stato previsto per tali categorie di lavoratori. Tale istituto pure necessitava, in ogni caso, di talune modifiche, in primo luogo orientate verso il superamento della concezione della

¹¹⁶ Per il quale, nel concreto, così come da legge n.448/01, art.30, detta agenzia è stata individuata in "Italia Lavoro".

“disabilità” come categoria uniformemente trattabile¹¹⁷. Oltre ad aver bisogno di un ripensamento sull’individuazione del numero obbligatorio di assunzioni, fissato in una misura assai bassa nonché d’una redistribuzione dell’attenzione dell’intervento tra domanda ed offerta di lavoro, magari dando nuova dignità proprio a quest’ultima, in passato mortificata. In ogni caso, si ribalta anche quella forma particolare e parziale, da qualcuno¹¹⁸ definita come “mirata” od “orientata”, di cui alla legge n.68 del 23 marzo 1999, la quale, pur se in effetti comportava l’assenza dell’assunzione obbligatoria così come in precedenza operante, era rivestita di una sfumatura differente (e non di poco): la normativa, cioè, aveva un chiaro carattere d’eccezione. In definitiva, mentre in passato si avevano delle liste entro cui in base alla quantità di lavoratori assunti dovevano assumersi in proporzione una percentuale di lavoratori svantaggiati, ciò adesso viene totalmente meno. Concretamente, è prevista la stipula di convenzioni quadro su base territoriale aventi ad oggetto il conferimento di commesse di lavoro alle cooperative sociali (organismi – si rammendi - di cui alla legge n.381 dell’8 novembre 1991) che assumono i lavoratori svantaggiati. Ciò può avvenire da parte dei servizi provinciali competenti per il collocamento obbligatorio *ex art.6*, comma primo, l. n.68/99, congiuntamente alle associazioni sindacali dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative a livello nazionale e con le associazioni di rappresentanza, assistenza e tutela delle cooperative

¹¹⁷ Per tale convinzione: S. ROSATO, Nuove opportunità di inclusione per i <<diversamente abili>>: l’articolo 14 del decreto legislativo 19 settembre 2003, n.276, in M. TIRABOSCHI (a cura di), op. cit., 604.

¹¹⁸ P. RAUSEI., *La nuova era del collocamento pubblico-privato*, in *DPL*, 2003, 2123 ss.

(soggetti, queste ultime associazioni, per cui sorge il problema della necessarietà o no, ai fini della predetta stipula, del loro riconoscimento, a fronte di un dato testuale che nulla dice in proposito¹¹⁹). Tali convenzioni, che devono poi essere “validate” da parte delle Regioni, sentiti gli organismi di concertazione di cui al d.lgs. n.469/97, disciplinano numerosi aspetti, nello specifico: le modalità di adesione da parte delle imprese interessate, i criteri per individuare i lavoratori delle categorie di riferimento (mentre l’individuazione dei disabili sarà direttamente a cura dei servizi di cui al 1° comma del sesto articolo della l. n.68/99), i modi d’attestazione del complessivo lavoro per ogni anno conferito da ciascuna impresa e la correlazione col numero dei lavoratori svantaggiati inseriti, la determinazione del coefficiente di calcolo del valore unitario delle commesse, secondo criteri di congruità coi costi del lavoro in rapporto ai contratti collettivi applicati dalle cooperative sociali, la promozione e lo sviluppo delle commesse di lavoro a favore di dette cooperative, l’eventuale costituzione (anche nell’ambito di quell’agenzia sociale di cui al precedente articolo) di una struttura tecnico-operativa senza scopo di lucro a supporto delle attività previste dalla convenzione (struttura, questa, di vaghissima delineazione) ed infine i limiti delle percentuali massime di copertura della quota d’obbligo da realizzare con lo strumento della convenzione. Inoltre, punto assai importante, qualora tale inserimento lavorativo nelle cooperative sociali

¹¹⁹ Propende per la necessità che tali associazioni siano riconosciute, con argomentazioni “di stampo pratico” che a noi paiono più che valide: S. SLATAPER, *Le convenzioni con le cooperative sociali per favorire l’inserimento dei soggetti svantaggiati*, in F. CARINCI (a cura di), *ult. op. cit.*, 294.

riguardi i lavoratori disabili che presentino particolari caratteristiche e difficoltà d'inserimento nel ciclo lavorativo ordinario, lo stesso si reputa, pur se a condizioni determinate e con dei limiti percentuali, utilmente computabile ai fini della copertura della quota di riserva *ex art.3, l. n.68/99*, salvo verifica negativa ad opera della Commissione provinciale del lavoro (controllo che pare in qualche modo duplicare il precedente controllo sulla validità delle convenzioni affidato alle Regione) e purché vi sia un corretto adempimento delle prescrizioni sull'assunzione di lavoratori disabili ai fini della copertura della restante quota d'obbligo. Si presti attenzione pure sul dato in base al quale sembra iniziare a mutare anche il concetto (ma non ancora la sostanza, poiché notevoli vantaggi previdenziali e fiscali sono tuttora presenti) di cooperative sociali, viste non più come soggetti da tutelare ed accrescere attraverso incentivi (per cui vi erano stati in passato provvedimenti, magari anche eccessivi, di contribuzione e sostentamento economico), ma come entità operative e competitive, in grado di autogestirsi, anche propriamente su di un piano economico e commerciale. Quali, però, saranno in futuro i risultati effettivi, tenuto anche conto che nel merito la reale disciplina (o, meglio, le reali statuizioni, giacché non paiono esservi i presupposti per un'uniformità) sui rapporti tra lavoratori svantaggiati e cooperative sociali è ancora tutta da scrivere? Inoltre, volendosi soffermare sulle numerose ombre della norma, che già dopo una prima lettura non possono non notarsi, ci si scontra innanzi tutto col problema della qualificazione delle convenzioni: se esse possano cioè essere qualificate come accordi contrattuali generanti obblighi azionabili giudizialmente (e qui

sorgono insidie sull'individuazione e sul ruolo dei soggetti attivi e passivi dei predetti rapporti) ovvero (e tale è l'ipotesi che appare più corretta) come meri scambi, semplici condizioni per ottenere il beneficio della fittizia copertura della quota di riserva. In secondo luogo, nel rilevare già che non tutti i disabili possono essere "strumento di beneficio", ma solo quelli che "presentino particolari caratteristiche e difficoltà di inserimento nel ciclo produttivo ordinario", introducendo una discriminazione "strana" e labile, forse tentando di giustificare (e forse favorendo) la deroga da un'assunzione diretta in impresa, si nota contemporaneamente un'anomala commissione (teorica) tra lavori da effettuare e soggetti da inserire al lavoro (senza una valutazione effettiva sull'idoneità di tale operazione) congiunta ad un (reale) incolmabile divario tra azienda committente e lavoratori svantaggiati ("ammassati" e circoscritti nelle cooperative sociali), condizioni queste che paiono orientate più che ad una risoluzione (o quantomeno ad tentativo di allentamento) dell'esclusione sociale dei soggetti lavorativamente svantaggiati, verso una loro nuova forma di ghettizzazione sociale. Infine, così come strutturato il meccanismo di incentivi e benefici di cui all'art.14, risulterebbe antieconomico per il committente superare la soglia numerica di copertura dell'assunzione obbligatoria, mentre un aumento quantitativo dei lavoratori svantaggiati adoperati non potrebbe che prescindere dall'erogazione di una retribuzione inferiore (fondata anche sulla scarsa tutela lavorativa, pure per la frequente mancanza di contratti collettivi nelle

cosiddette cooperative sociali) a quella normalmente corrisposta per una pari attività¹²⁰.

E' da tenere bene a mente, inoltre, che pure la disciplina in tema d'occupazione dei lavoratori svantaggiati di cui agli ultimi due articoli ha carattere sperimentare, così come esplicitamente stabilito dal comma dodici dell'art.86, in cui si afferma che, decorsi diciotto mesi dalla data di entrata in vigore del decreto, il Ministero del *welfare* procederà ad una verifica con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale degli effetti delle disposizioni in esso contenute e ne riferirà al Parlamento entro tre mesi ai fini della valutazione della sua ulteriore vigenza.

12. *Sulla borsa continua nazionale del lavoro (profili problematici).*

La riforma usualmente (e, forse, non del tutto propriamente; ma, come si suol dire: questo è un altro discorso) denominata quale “legge Biagi”, nel ridisegnare la fisionomia del mercato del lavoro, mira dunque a riorganizzare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro: in stretta relazione alla suddetta finalità, al capo terzo del titolo secondo, titolato “organizzazione e disciplina del mercato del lavoro”, è disciplinato il nuovo istituto della borsa continua nazionale del lavoro e monitoraggio statistico. A tale istituto è dedicato ampio spazio, enfatizzando – in merito si rinvia alla lettera g) dell'art.2 - gli

¹²⁰ Per tali ultime osservazioni si rimanda ancora al gustoso articolo di S. SLATAPER, *cit.*, 295 ss.

obiettivi (tra cui l'essere a garanzia dell'effettivo godimento del diritto al lavoro di cui all'art.4 Cost., coordinato con l'art.120 Cost.) e le caratteristiche della conoscenza, della trasparenza, dell'essere un sistema aperto nell'incontro tra le speculari (e, auspicabilmente, convergenti) esigenze. A monte di tale istituto si pone, inoltre - e, di conseguenza, va brevemente osservata - la precedente evoluzione della disciplina pratica in tema del collocamento pubblico, con particolare riferimento ad alcune novità introdotte dal d.lgs. n.297/02: parallelamente alla scomparsa delle liste ordinarie e speciali di collocamento, sostituite dall'elenco anagrafico delle persone in cerca di lavoro, è stato abrogato il libretto di lavoro a favore della scheda anagrafica professionale, compilata dai centri per l'impiego e contenente tutte le informazioni sui profili lavorativi dell'individuo cui è intestata; è stata poi prevista una tessera elettronica multifunzionale necessaria per l'accesso alle banche dati del sistema informativo da rilasciare a coloro che sono in cerca d'occupazione e le cui informazioni, una volta immesse in tale banca dati, possono essere liberamente diffuse dai centri per l'impiego ai potenziali datori di lavoro senza il bisogno di alcun permesso del soggetto cui i dati si riferiscono. Da qui, il passo verso la borsa continua nazionale del lavoro - il cui più vicino antecedente è costituito da quel "sistema informativo lavoro" variamente modificato da succeduti provvedimenti legislativi ma costantemente marginalizzato nella realtà del sistema lavorativo - appare breve e forse scontato. Parimenti scontate, tuttavia, riteniamo non siano le modalità perseguite ed indicate (con cui è scandito il suo funzionamento), le quali non appaiono prive di profili

problematici. Procedendo con ordine, va mostrato come l'istituto in esame sia un luogo immateriale, costituito da un qualche sito *internet*, in cui i dati reputati utili alla finalità d'incontro tra domanda e offerta di lavoro possono essere immessi (e consultati) liberamente, sia dagli operatori pubblici che da quelli privati, autorizzati o accreditati (in capo ai quali risiede in realtà proprio un obbligo in tal senso) sia direttamente dai lavoratori che dalle imprese (tali ultimi due soggetti attraverso appositi punti predisposti dai primi). Il sistema si articola su due livelli, nazionale e regionale: il primo finalizzato a definire gli *standard* tecnici nazionali, i flussi informativi di scambio, l'insieme delle informazioni che possano consentire la massima efficacia e trasparenza del processo d'incontro in esame, nonché finalizzato alla "interoperatività" dei sistemi regionali, mentre il secondo mirante, nel quadro delle competenze proprie delle Regioni di programmazione e gestione delle politiche regionali del lavoro, a realizzare l'integrazione dei sistemi pubblici e privati presenti sul territorio, a realizzare e a definire il modello di servizi al lavoro, nonché a cooperare alla definizione degli *standard* nazionali di intercomunicazione. Inoltre, nella relazione tra piano nazionale e locale, la quale dovrebbe sempre garantire la piena funzionalità del sistema della borsa lavoro, è stabilito che il Ministero del lavoro e delle politiche sociali renda disponibile l'offerta degli strumenti tecnici alle Regioni e alle Province autonome che ne facciano richiesta. A tale Ministero, inoltre, è stato assegnato il compito di stabilire, con apposito decreto, di concerto con il Ministero dell'innovazione e della tecnologia e d'intesa con le Regioni e le Province autonome, gli *standard* tecnici e i flussi informativi di scambio tra i

due sistemi, nonché le sedi tecniche finalizzate ad assicurare il raccordo e il coordinamento del sistema a livello nazionale. Si ribadisce, in tal modo, l'aspirazione ad un'uniformità nella materia, e ad un controllo statale di essa. Effettivamente, in data 13 ottobre 2004, il decreto interministeriale di cui sopra è stato emanato¹²¹. Detto decreto, tuttavia, nel predisporre l'attuazione di quel sistema per cui e in cui lavoratori e datori possono *decidere d'incontrarsi* (ex art.1, comma secondo, dello stesso provvedimento), non si è distinto per eccessiva determinatezza né per novità di previsione ma, tranne richiami a svariati atti, tra cui – cosa di un qualche interesse - al documento "L'e-government¹²² per un federalismo efficiente" (approvato il 24 luglio 2003 in Conferenza unificata, istituita ai sensi del decreto legislativo n.281 del 28 agosto 1997), in relazione alla conduzione del canale d'interscambio e cooperazione applicativa tra nodi informativi regionali tra loro e con il livello nazionale (quarto comma dell'art.1), non ha né delineato precisamente il centro e la periferia del sistema né ha risolto i concreti problemi pratici che già dal d.lgs. n.276/03 apparivano. In definitiva, il sistema tutto consisterebbe in una sorta di grande e approssimativo *bric à brac* virtuale, a cui si può avere accesso continuo da un qualsiasi punto della rete (informatica). Anche, ovviamente, dalle postazioni pubbliche all'uopo predisposte, purché certo tale predisposizione avvenga ed eviti discriminazioni con chi ha la facoltà d'accesso a postazioni private. Sebbene l'attenzione accordata al progetto e

¹²¹ Ed è stato pubblicato sulla *GU* n.262 dell'8 novembre 2004.

¹²² Sulla natura, e sulla non neutralità, di tale ancor nuovo termine, e, di più, sulla sostanza che dietro il termine si cela o che da esso appare, (pur settoriali) spunti d'interesse possono ricavarsi da una lettura di AA.VV., *Zona Rossa*, Roma, 2001, in particolare 208 ss.

alla sua articolazione sembri notevole, riteniamo possa essere probabile che le sue pratiche conseguenze positive risultino minime. Difatti, pur a voler tralasciare i dubbi di razionale ed effettivo funzionamento tra i due piani delineati, pare già insito l'insanabile contrasto tra libertà d'accesso e, soprattutto, d'immissione dei dati e controllo e garanzia della genuinità di tale operazione. Oltre ad apparire, poi, potenziali contrasti tra detta libertà e garanzie in tema di protezione di dati personali¹²³, contrasti che riguardano in modo ancor più evidente, poiché la procedura introdotta consta di ben poche tutele in merito (essendo le informazioni di provenienza prevalentemente indiretta), l'attività di analisi statistica sui dati stessi. Inoltre, anche da un punto di vista statistico, nonostante il lungo art.17 dedicato al "monitoraggio statistico" ed alla "valutazione delle politiche del lavoro" (in cui si prevede, tra l'altro, un rilevamento permanente delle attività dell'assetto riformato del mercato lavorativo, il vaglio delle relative riscontranze ad opera di una commissione di esperti in politiche del lavoro appositamente costituita¹²⁴, un rapporto annuale predisposto dal Ministero del *welfare* al Parlamento e alla Conferenza unificata, e tutto ciò finalizzato alla valutazione dell'efficacia delle politiche attive del lavoro, anche nella prospettiva delle pari opportunità e dell'accesso dei lavoratori svantaggiati, nonché su un piano finanziario, fisico e procedurale), le osservazioni in tema di concretezza dei fini enunciati

¹²³ Sul punto, A. OLIVIERI, *Borsa continua nazionale del lavoro. Principi e criteri generali*, in F. CARINCI (a cura di), *ult. op. cit.*, 315 ss.

¹²⁴ Si noti che col decreto ministeriale del 30 gennaio 2004 (in <http://www.welfare.gov.it/RiformaBiagi7Archivio/Normativa/D.M.20gennaio04.htm>) il Ministero del welfare ha istituito una "cabina di regia" sull'attuazione della riforma di cui al d.lgs.276/03.

sono parzialmente analoghe. Infatti - anche a voler supporre un'assoluta perfezione nel funzionamento del meccanismo delineato tanto complesso ed articolato - soprattutto relativamente ai dati presenti nella borsa continua nazionale del lavoro (ma anche rispetto alle probabili mancate comunicazioni e registrazioni, pure perché non potrà evitarsi che operatori privati tacciano, conservino informazioni esclusive in loro possesso, al fine di conservarne vantaggio in termini di competitività), visto che non si potrà avere un riscontro sulla correttezza dei dati introdotti, non essendo dunque verificate e verificabili del tutto le premesse iniziali, l'utilità è discutibile, perlomeno rispetto alle grandi aspettative suscitate (o dichiarate). Per di più, troppe affinità con il vecchio "osservatorio del mercato del lavoro" istituito dalla legge n.56 del 28 febbraio 1987 ("tormentata" legge in materia di avviamento al lavoro, si ricordi incidentalmente, frutto di otto anni di accordi e ripensamenti parlamentari e delle parti sociali) suggeriscono almeno l'adozione di un prudente scetticismo. Tra l'altro, si è osservato in dottrina che "l'unico dato certo che emerge dall'art.17 è la proliferazione di commissioni di esperti con oneri a carico del bilancio del Ministero del lavoro – UCOFPL"¹²⁵. In vero, l'articolo dedicato al monitoraggio statistico ha ad oggetto una procedura e trattazione così complicata e disorganica da contemplare pure all'ultimo comma una commissione di sorveglianza in tema di contratti di apprendistato, rispetto alla quale alcune sue attribuzione poco o nulla c'entrano con la funzione di cui al titolo dell'articolo in senso stretto. Con attenzione specifica al suddetto monitoraggio, si è poi affermato che in

¹²⁵ D. GAROFALO, *ult. op. cit.*, 59.

realità esso, così come proposto, consiste in un tentativo di attrazione illegittima (poiché contrario al riformato art.117 Cost., oltre che all'art.76 Cost., per solito vizio di eccesso di delega) nella competenza statale di competenze deputate alle Regioni, per il bisogno di dare maggiore operatività alla borsa lavoro nazionale¹²⁶. Infine, si noti che anche il secondo comma dell'art.16, avente ad oggetto la definizione degli *standard* tecnici e dei flussi informativi di scambio tra i sistemi¹²⁷, contiene un richiamo alla l. n.675/96: si rinvia, pertanto, in merito, a quanto sopra esposto *sub* art.8.

13. *Nuovo regime sanzionatorio e vecchi problemi. Profili introduttivi. Trasformazione del rapporto di lavoro e nuovo divario tra privato e pubblico (motivi).*

Nel generale (e, probabilmente, generico) perseguimento di una finalità di tutela dinanzi al nuovo sistema del mercato del lavoro, viene altresì sancito un nuovo regime sanzionatorio. E' da premettere che la riforma di cui trattiamo abroga esplicitamente o implicitamente tutta la vecchia normativa sul collocamento in materia penale: ci si riferisca, a mo' di emblematico esempio, alla sola abrogazione della citata l. n.1369/60 sul cosiddetto

¹²⁶ V. DE MICHELE, *Monitoraggio statistico e valutazione delle politiche del lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *op. ult. cit.*, 337 ss.

¹²⁷ Per un breve sguardo sul ruolo di Regioni e Province autonome in relazione al loro coinvolgimento per la definizione degli *standards* tecnici e dei flussi informativi di scambio tra i sistemi: A. OLIVIERI, *Gli standards tecnici e flussi informativi di scambio nel mercato del lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *ult. op. cit.*, 326 ss.

“caporalato”, che, attraverso l’impedimento di una discrepanza tra le posizioni attive, ovverosia i diritti, e quelle passive, cioè le obbligazioni, spettanti al datore di lavoro nel rapporto di lavoro, mirava a sanzionare come parassitaria quella forma d’interposizione di manodopera e che pure vantava un’indiscussa centralità nella materia in oltre quarant’anni d’applicazione. Mirava a sanzionare tale attività, altresì, in modo assai rigoroso: l’illecito penale era da intendersi come illecito di pericolo e non di danno, essendo sufficiente alla configurazione del reato la sussistenza degli accordi (e delle relative conseguenze) stretti tra i tre soggetti coinvolti, non rilevando dunque che il lavoratore avesse tratto un concreto pregiudizio. Del resto – e l’ultima affermazione ci introduce di necessità a tale punto - la doppia natura delle sanzioni, e penale e civile, connesse alla violazione del divieto sull’interposizione di manodopera, ben esplicava la rilevanza sia su piano privato, individuale, che pubblico, collettivo, degli interessi in giuoco¹²⁸. Se inadeguatezze, la cui origine probabilmente risiedeva nel fatto che la l. n.1969/60 era frutto di compromesso tra le posizioni di chi voleva proibire in modo assoluto l’interposizione nel lavoro e chi mirava a sanzionare soltanto le ipotesi di frodolenza, tali da giustificare la necessità di revisioni, erano senz’altro presenti, tuttavia la legge, non mostrandosi così “vecchia”¹²⁹, non meritava forse la totale abrogazione. Peraltro, pur se nell’attuale testo normativo (tanto nel decreto attuativo quanto, e in particolar modo, nella

¹²⁸ M. T. CARINCI, La somministrazione di lavoro altrui, in F. CARINCI (a cura di), op. cit., Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d’azienda, cit., 5 ss.

¹²⁹ M. RICCI, *La somministrazione di lavoro dopo la riforma*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), op. cit., 105. Nello stesso articolo può leggersi pure un *excursus* sul ruolo della giurisprudenza nei confronti della l. n.1969/60.

legge delega) si parla di un inasprimento dell'apparato sanzionatorio, leggendo gli articoli si ha il riscontro della presenza del solito meccanismo in tema di protezione del e sul lavoro: all'inasprimento apparente e alla grande produzione di norme punitive penali e amministrative corrisponde, alla luce d'un'analisi appena approfondita, l'estrema limitatezza del potere sia deterrente sia rieducativo di tali norme. Ciò, in maniera davvero particolare riguardo alle sanzioni penali di cui all'art.18 (su cui, maggiormente, *ultra*), le quali, difatti, si presentano eccessivamente miti, siano esse pecuniarie¹³⁰ che detentive, quest'ultime, anzi, tanto flebili da risultare quasi sconcertanti. Per tutte queste sanzioni penali saranno applicabili istituti come la già menzionata oblazione (ciò tranne che nel caso d'esercizio abusivo d'intermediazione, essendo qui l'arresto e l'ammenda previsti congiuntamente e non alternativamente), la sospensione condizionale della pena *ex art.163 c.p.*, la non menzione nel casellario giudiziale *ex art.175 c.p.* e via dicendo. In ogni modo, va ribadito che quanto affermato non è null'altro che l'affiorare di un tradizionale problema del diritto penale del lavoro, connesso, tra l'altro, con l'assoluta mancanza di controlli adeguati ed efficienti ed intrecciato con la palese necessità di una vera e propria rivisitazione del nostro sistema processuale, quest'ultimo realmente caratterizzato, tanto per menzionare qualche punto spinoso, dalla posizione

¹³⁰ Tanto che il legislatore ha ritenuto opportuno agire nuovamente sulle previsioni sanzionatorie relative all'attività di somministrazione non autorizzata (in relazione sia al somministratore stesso che all'utilizzatore), le quali, relativamente all'entità delle pene previste, hanno visto quest'ultima modificata, nel senso di una deduplicazione (da 5 a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione) dal già menzionato decreto correttivo n.251/04.

mortificata della parte offesa, dalla sperequazione tra entità della pena per azioni idealmente assai più affini di quanto non mostrato e dalla caparbia oscillazione tra accanimento e lassismo investigativo¹³¹. In tema di lavoro, quindi, alla parte datoriale, che di per sé non abbia una visione illuminata del rapporto, è sempre convenuto non adeguare le proprie attività alle norme, perché i vantaggi (soprattutto in termini economici) sono sempre stati maggiori rispetto a dei rischi (e, eventualmente, a dei costi) minimi: minimali di essere scoperti ed addirittura evanescenti, se non inesistenti, di essere realmente condannati.

V'è poi da aggiungere che, per quel che riguarda i problemi di coordinamento tra vecchio e nuovo regime sanzionatorio, premesso che l'entrata in vigore della nuova disciplina è stata subordinata all'entrata in vigore di apposito decreto ministeriale, si è espressa la circolare 24 novembre 2003, n.37 del Ministero del *welfare*¹³².

Peraltro, un'ulteriore breve parentesi ci può far avere il polso delle situazioni problematiche che, anche rispetto a sanzioni potenzialmente cogenti, ci riserverà il futuro. Preliminarmente, va notato che, in linea con l'orientamento mirante a sminuire l'apparato di controllo giudiziario, l'opera del giudice è limitata all'accertamento dell'esistenza delle ragioni che giustificano la somministrazione di lavoro, essendogli precluso "sindacare nel merito" sulle valutazioni e scelte tecniche, organizzative e produttive di

¹³¹ Sul tema, per una disamina di più ampio respiro, ci si consenta ancora il richiamo a M. Pascali, *Profili di inadeguatezza in sanzioni penali del lavoro (ed esigenze di interpretazione sistematica)*, in *Dl*, 2004, 171 ss.

¹³² Uno schema del contenuto della circolare può leggersi in: <http://www.lex.unict.it/eurolabor/dossier/ita/par2-15.htm>.

competenza dell'utilizzatore. Inoltre, bisogna osservare che l'art.86, nono comma, stabilisce che la trasformazione del rapporto di lavoro non si applica nei confronti nelle pubbliche amministrazioni, cui la disciplina della somministrazione è circoscritta solo per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato¹³³. Ciò si pone, poi, come tassello di un quadro più ampio che vede sorgere ed ampliarsi (contraddicendo le storiche linee di sviluppo sin qui sul punto) un nuovo divario tra privato e pubblico impiego, tanto che al secondo comma dell'art.1 del d.lgs. n.276/03, attinente alle finalità e al campo di applicazione di esso, è appunto sancito che il decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale (creando, tra l'altro, problemi, pur se più formali ed apparenti che davvero reali, di coordinamento e d'individuazione d'una disciplina transitoria rispetto al lavoro interinale ritenuto sin qui utilizzabile, e in concreto utilizzato e finanche definito da contrattazione collettiva, pure per le P.A.). Né basta ad attutire la profondità di tale solco la previsione di cui al comma ottava dell'art.86, la quale, affermando testualmente che il Ministro per la funzione pubblica convoca le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per esaminare

¹³³ A tal proposito, sono stati avanzati (M. T. CARINCI, *ult. op. cit.*, 20 ss.) dubbi di conformità del decreto legislativo alla legge delega, laddove questa (art.6) afferma che "le disposizioni degli articoli 1 e 5 non si applicano al *personale delle pubbliche amministrazioni* ove non siano espressamente richiamate". Intendendo con ciò il riferimento non alle pubbliche amministrazioni oggettivamente intese ma proprio al loro personale, risulterebbe un'incostituzionalità per eccesso di delega. Reputando invece che la delega avesse effettivamente inteso le amministrazioni pubbliche (ma l'A. non ritiene convincente tale interpretazione) sorgerebbe contrasto (e un'analogia incostituzionalità per eccesso di delega) per la previsione contenuta nel decreto della somministrazione a termine per tali soggetti. In ogni modo, si scorge, per ciascuna delle opzioni d'esclusione, l'assenza di un criterio di razionalità.

gli elementi di armonizzazione conseguenti alla entrata in vigore del presente decreto entro sei mesi anche ai fini dell'eventuale predisposizione dei provvedimenti legislativi in materia, si contorna di profili d'assoluta vaghezza. In realtà, comunque, la predetta ipotesi d'esclusione dell'istituto della nullità del contratto di somministrazione e della qualificazione presunta dei lavoratori come a tutti gli effetti alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, ha delle sue precise ragioni. Risente, infatti, della posizione del Consiglio di Stato (ribadita, in ultimo, con la sentenza n.5024, depositata l'8 settembre 2003) sull'inammissibilità di una condanna ad un'assunzione obbligatoria nei confronti della pubblica amministrazione, dal momento che una lunga prassi fraudolenta e truffaldina aveva inaugurato il proliferare di finte controversie e la forzatura di controversie vere per aggirare l'istituto destinato ad essere, in conformità dell'art.97 Cost., unico e solo criterio (pur con le dovute eccezioni, fondate peraltro tutte sulla sua centralità) nella regolamentazione delle assunzioni di personale in tale ambito, ovverosia il concorso. D'altronde, quanto previsto dal comma nono dell'art.86 non costituisce isolata ed esclusiva conseguenza di detto principio. Nel fare un parallelismo con altre previsioni normative, si ricordi che è per obbedire alla medesima *ratio* che viene esclusa la rilevanza dello svolgimento di mansioni di fatto superiori da parte del pubblico dipendente ai fini dell'attribuzione permanente alla qualifica e al livello corrispondente. Mentre, infatti, il prestatore di lavoro che svolge la propria attività presso un datore privato ha diritto, trascorso un certo periodo di tempo, e tranne particolari ipotesi d'esclusione, a tale riconoscimento, nella pubblica

amministrazione detta disciplina non è applicabile, prevedendo soltanto il diritto per il dipendente al percepimento di una retribuzione corrispondente alle mansioni effettivamente svolte e la responsabilità personale del dirigente che lo abbia assegnato alle mansioni superiori (ma solo se abbia agito con dolo o colpa grave) per questo maggior onere. Dunque, anche in tal caso è risolto, con l'inevitabile sacrificio di quel che è considerato "bene minore", il potenziale (ma sempre premesso) conflitto tra l'interesse della tutela del singolo lavoratore pubblico e quello dell'assoluto rispetto dei principi della correttezza, buon andamento e trasparenza della pubblica amministrazione.

14. Nuova radicale distinzione di lecito e illecito penale

Insomma, dalla lettura degli articoli riguardanti il regime sanzionatorio del decreto legislativo n.276 del 10 settembre 2003 in materia di occupazione e mercato del lavoro, si trova conferma (variamente rafforzata dalle novità presenti) ad una tendenza ormai netta, ma non per questo a nostro parere distante meno perplessità, in tema di prevenzione e repressione di eventuali relativi illeciti.

Il principio su cui sembra ristrutturarsi l'intera materia è su una nuova e radicale definizione di lecito ed illecito, per cui le modificazioni normative, che qui si studiano, non riguardano aspetti parziali o limitati (tale può essere un'impressione solo momentanea, destinata certo ad essere smentita tanto dall'applicazione delle norme, tanto dal loro fungere da modello per nuove

produzioni normative) ma intaccano alla base i concetti che reggevano i precedenti regimi sanzionatori.

Appare assai chiaro, come si scorge in modo davvero evidente rispetto alle sanzioni penali di cui all'articolo 18 del decreto legislativo in esame (anche se riguarda tutto l'ambito in cui sono espressi i divieti in materia, con la loro specifica e graduata gravità), che il fatto illecito non è più sanzionato *in sé*: un comportamento illecito non è più intrinsecamente definibile tale, ma solo estrinsecamente in rapporto con altri elementi in precedenza neanche secondari, ma irrilevanti. Non si ha un'attività illecita, ma solo un esercizio abusivo (e dunque illecito) di un'attività. Ci troviamo, quindi, sostanzialmente di fronte a fattispecie inquadrabili in un ampio processo di legittimizzazione dell'*illecito (già) penale del lavoro*.

Infatti, al comma primo è sanzionato l'esercizio "*non autorizzato*" ("*in assenza di apposita autorizzazione*", recitava la prima versione dello schema del decreto legislativo) delle attività proprie delle agenzie di lavoro di cui all'articolo 4, primo comma, con la pena di un'ammenda (cinque euro) per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro, così come l'esercizio *abusivo* dell'attività di intermediazione è punito con la pena dell'arresto fino a sei mesi e dell'ammenda da euro 1.500 a euro 7.500, nel caso vi sia scopo di lucro, mentre, ove ciò manchi, è stabilita esclusivamente la pena dell'ammenda da euro 500 a euro 2.500. Oltre a ciò, è previsto, nel caso di condanna, il sequestro del mezzo di trasporto eventualmente adoperato per i detti fini criminosi (ossia di un'attività altrimenti legale in presenza della prescritta autorizzazione). Va notato come tale previsione sanzionatoria sia

stata notevolmente modificata dalla versione provvisoria del decreto (approvata in via definitiva dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 31 luglio scorso). Nella versione attuale, infatti, la previsione sanzionatoria più gravosa è stata limitata solo all'ipotesi dell'intermediazione, mentre riguardava tutte le attività di cui all'articolo 4, primo comma, nella prima stesura. Per di più, è stata addirittura dimezzata l'entità massima della pena più grave nel caso di presenza dello scopo di lucro, ossia dell'arresto: da dodici a sei mesi. Rispetto all'attività dell'intermediazione, poi, il "nuovo" dettato sembra anche connotato di un qualche disordine, almeno espositivo (a voler escluderne contraddizioni) dato, almeno apparentemente, dalla contemporanea applicabilità di due misure diverse di sanzioni (quelle più generali e quelle esplicitamente stabilite). Bisogna, in ogni modo, ritenere che l'apparente conflitto vada risolto col richiamo al principio di specialità e quindi mediante l'applicazione delle sole sanzioni specifiche. Parimenti, ritornando all'analisi delle sanzioni nella versione definitiva del decreto, nella loro forma (e sostanza) sminuita, è da registrare come nei confronti dell'utilizzatore che ricorre alla somministrazione di prestatori di lavoro da parte di soggetti diversi da quelli autorizzati, cioè le agenzie di somministrazione di lavoro abilitate di cui all'articolo 4, primo comma, lettera *a*), ovvero da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 4, primo comma, lettera *b*), o comunque al di fuori dei limiti ivi stabiliti, è prevista, ora, al comma secondo, soltanto l'applicabilità della sanzione dell'ammenda di euro cinque per ogni lavoratore occupato e per ogni

giornata di occupazione, mentre è esclusa, a differenza di quanto stabilito nella prima versione, ogni altra sanzione.

Soffermandoci in modo un po' più esteso e particolare sul disposto di cui all'art.18, si rilevano poi alcuni specifici aspetti problematici, in relazione ai quali una proposta interpretativa può in certo modo giovare dinanzi ad una lettera della norma talora, se non davvero imprecisa, quantomeno confusa¹³⁴. Innanzi tutto, ai fini della configurazione come reato dell'esercizio non autorizzato delle attività per il lavoro (più precisamente dell'attività di somministrazione a titolo generale o specifico, a seguito della modifiche introdotte dall'art.4 del d.lgs. n.251/04), di cui all'art.18, primo comma, è da ritenersi, pur in carenza d'una espressa indicazione, condizione necessaria e sufficiente anche il compimento di un singolo (e rilevante) atto considerabile come "d'esercizio di tali attività", non dovendosi qualificare il reato come "a configurazione complessa" e non abbisognando, pertanto, dello svolgimento di tutte le fasi dell'attività. Neppure è richiesta la ripetizione della condotta abusiva (propriamente: dell'atto), in quanto non è neppure tale ripetizione che incide sull'esistenza o meno dell'ipotesi sanzionata (differentemente, ad esempio, al reato dei maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli *ex art.572 c.p.*, qualificabile, esso, correttamente, come reato abituale improprio). Inoltre, dovrà essere la sostanza a prevalere sulla forma, dovendosi punire perciò pure ipotesi mascherate con altro *nomen iuris* (si pensi solo al caso,

¹³⁴ Tant'è vero che sull'articolo si è radicalmente incisi col decreto n.251/04, il quale ha risolto problemi interpretativi come, ad esempio, quello relativo all'individuazione della sanzione prevista per l'attività dell'intermediazione, rispetto alla quale si assisteva all'apparente applicabilità pure delle disposizioni generali di cui alla "vecchia" formulazione del primo periodo del comma primo dell'art.18.

nei confronti del quale la giurisprudenza si è molto occupata già in passato, dello pseudo-appalto). In secondo luogo, relativamente alla fattispecie di cui al comma terzo dell'art.18, ove si introduce, in maniera anomala per la sede prescelta (e forse tale incongruenza è la ragione alla base della modifica della rubrica dell'articolo, sostituita con "sanzioni" al posto di "sanzioni penali" dal già citato art.4 del d.lgs. n.251/04), una sanzione amministrativa per la violazione di condizioni di liceità e di presupposti di forma¹³⁵ del contratto di somministrazione, sono sorti problemi di coordinamento con la previsione più generale di cui al comma primo. La suddetta sanzione amministrativa, che appare più lieve, tenuto pure conto della sua invariabilità in relazione ai lavoratori occupati o alle giornate di lavoro, a differenza dell'altra esaminata, sembrava rappresentare, nella parte in cui puniva la conclusione del contratto di somministratore con soggetto non autorizzato, una sorta di duplicazione di condotta altrove sanzionata, neppure qualificabile come speciale rispetto ad una previsione generale. Tant'è che si poteva ritenere che tale dilemma andava risolto applicando la previsione di stampo amministrativo alla semplice conclusione del contratto, a prescindere dall'avvenuta o meno somministrazione di manodopera, caso in cui le sanzioni potevano essere

¹³⁵ Rispetto al requisito della forma scritta per la comunicazione di talune rilevanti informazioni al prestatore di lavoro (tra cui la data d'inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore), ai sensi del comma terzo dell'art.21, dall'art.18, comma terzo, richiamato, può essere d'interesse confrontare la disposizione con l'interpretazione per cui la forma scritta per la proroga del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo (di cui all'art.3, comma 4, della l. n.196/97) richiesta solo a garanzia del lavoratore, si reputava non postulasse che anche la accettazione di tale soggetto dovesse avvenire per iscritto, quindi fosse consentito e pienamente valido il consenso del prestatore di lavoro espresso in forma orale o *per facta concludentia*. In merito, Tribunale di Torino, sent. del 28 gennaio 2003, in *Giurisprudenza piemontese*, 2003, 209.

applicate congiuntamente, non assorbendosi l'una nell'altra, non essendo l'una necessariamente elemento costitutivo dell'altra (una somministrazione illecita poteva prescindere dalla stipula di un contratto, così come il contratto illecitamente stipulato poteva anche essere finalizzato ad altri abusi, ad esempio di natura amministrativa o finanziaria, senza necessitare sempre dell'interesse ad un'effettiva somministrazione). Il fatto che il d.lgs. n.251/04 ha eliminato l'applicabilità di tali sanzioni per la violazione di quanto disposto dal primo comma dell'art.20, ove si afferma che il contratto di somministrazione può essere concluso da ogni soggetto, denominato utilizzatore, che si rivolga ad altro soggetto, che prende il nome di somministratore, debitamente autorizzato, ha reso in parte superate tali riflessioni pur facendo trarre indiretta conferma della validità dei dubbi sollevati. Anche in relazione alle pene accessorie, che talora risultano afflittivamente più pregnanti delle principali, sorgono problemi: la cancellazione dall'albo prevista dal comma quarto dell'articolo nel caso si esigano compensi dal lavoratore per l'avviamento al lavoro, per esempio, di forte potere deterrente, chiaramente non potrà essere disposta nei confronti di chi nell'albo non si è mai iscritto (facendo in tal modo sorgere pure dubbi - in vero da non assecondare per le distorte conseguenze cui darebbero luogo - su chi sia il destinatario della prescrizione: solo i soggetti iscritti?), così come, riguardo alla confisca del mezzo di trasporto eventualmente adoperato per l'esercizio illecito delle attività, di cui al primo comma - provvedimento questo rientrante nell'alveo delle misure di sicurezza patrimoniali e, *ex* art.240 c.p., generalmente facoltativo, reso tuttavia qui obbligatorio - questa

non potrà essere applicata (ai sensi dello stesso art.240 c.p.) se la cosa appartiene a persona estranea al reato e, in ogni caso, nei confronti di persona giuridica (che risulti esserne la proprietaria), perché figura (ancora, prevalentemente, come nel caso in discorso) priva di capacità penale¹³⁶. Si ricordi, poi, che, ai sensi dell'art.166 c.p., come modificato dal primo comma dell'art.4 della legge n.19 del 7 febbraio 1990, la sospensione condizionale della pena doverosamente si estende alle pene accessorie, producendo qui l'anomalo e distorsivo effetto (ma anomalo per la situazione in cui la norma si immette, non certo per la norma stessa, dotata d'innegabile logicità) di vanificare, anche se in parte, il contenuto deterrente pure di previsioni potenzialmente afflittive. Va infine riportata la critica al comma sesto dell'art.18, ove si prevede che il Ministero del lavoro stabilisca con proprio decreto criteri interpretativi certi per la definizione della varie forme di contenzioso in atto riferite al pregresso regime in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro. Poiché, tuttavia, ciò è attinente a norme penali, il criterio è già sancito e corrisponde a quello del *favor* (verso l'indagato, imputato o reo), la cui applicazione è riservata alla magistratura: una fonte amministrativa, di conseguenza, non potrebbe (e dovrebbe) entrare in merito¹³⁷ (analogamente, pur se per caso differente, a quanto avviene per le cosiddette norme penali "in bianco"). In ogni modo, sul problema del raccordo tra previsioni sanzionatorie di cui all'art.18 e precedente normativa punitiva già è intervenuta la Corte di Cassazione, sezione penale, affermando

¹³⁶ Per tali annotazioni: L. IERO, *Sanzioni penali nel mercato del lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *ult. op. cit.*, 361 ss.

¹³⁷ Da parte di P. CHIECO, *op. cit.*, 134.

innanzitutto che la fattispecie d'illecita mediazione nella fornitura di manodopera di cui all'art.27 della legge n.264/1949 è soltanto parzialmente oggetto d'abrogazione da parte della fattispecie di esercizio abusivo dell'intermediazione punita dall'art.18, comma primo, per cui discende che i fatti d'intermediazione commessi da soggetti privati non formalmente autorizzati, che erano già puniti sulla base della legge precedente, restano puniti anche con la nuova (comunque con conseguente applicazione della normativa più favorevole *ex art.2, comma terzo, c.p.*), mentre altri fatti divenuti nel frattempo legittimi restano fuori della norma incriminatrice e non possono essere sanzionati neppure se commessi sotto il vigore della norma abrogata (per il principio di non ultrattività della norma penale). Rispetto invece alla relazione tra la fattispecie penale già contemplata dagli articoli primo e secondo della legge n.1369/1960 e quella introdotta dall'art.18, comma primo, primo periodo e comma secondo, primo periodo (rapporto che risulta più complesso, stante la più incerta applicazione del criterio di coincidenza strutturale tra le due fattispecie: i primi due commi dell'art.1 della legge n.1369/1960 erano di formulazione assai ampia, punendo sia il committente che l'appaltatore nelle ipotesi in cui c'era una prestazione lavorativa con impiego di manodopera formalmente assunta dall'appaltatore ma di fatto alle dipendenze del committente, mentre la nuova fattispecie punisce sia chi esercita attività non autorizzate sia l'utilizzatore che ricorra alla somministrazione di lavoro fornita da soggetti non abilitati o comunque al di fuori dei casi previsti dalla legge), tenuto conto del favore nell'interpretazione per il contenuto effettivo dei contratti piuttosto che per il

loro *nomen iuris*, nonché della distinzione effettuata dal legislatore delegato all'art.29 tra somministrazione di lavoro e appalto di servizi (secondo la quale sussiste l'appalto soltanto nel caso in cui l'organizzazione dei mezzi produttivi, la direzione dei lavoratori e il rischio d'impresa ricadono sull'appaltatore¹³⁸), ogni volta che un imprenditore utilizzi prestazioni di lavoro fornite da altri, assumendosi però l'organizzazione dei mezzi, la direzione dei lavoratori e il rischio d'impresa, si concretizza una somministrazione di manodopera che resta vietata e penalmente sanzionata se priva dei requisiti soggettivi e oggettivi prescritti¹³⁹.

15. *Ancora sul concetto giuridico di “somministrazione”: dalla prestazione periodica o continuativa di cose o servizi alla fornitura di lavoratori*

Parallelamente, notare come il termine “somministrazione” venga mutuato dal linguaggio civilistico - secondo cui si intende, *ex art.1559 c.c.*, come già rilevato, il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell'altra, prestazioni

¹³⁸ Si rilevi che il comma quinto dell'art.4 del d.lgs. n.251/04, con l'aggiunta all'art.18 del d.lgs. n.276/03 del comma *5bis*, ha previsto apposita sanzione (aggravata qualora vi sia sfruttamento dei minori) nel caso di appalto privo di tali requisiti (così come nel caso di distacco, inteso in modo difforme dall'ipotesi per cui un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa, ai sensi del comma primo dell'art.30 del d.lgs. n.276/03).

¹³⁹ Cass. pen., sentenza n.2583 del 26 gennaio 2004. Può leggersi in <http://www.ambientediritto.it/Giurisprudenza/2004/Lavoro.htm>.

periodiche o continuative di cose - pone delle inquietanti riflessioni sull'inusitato parallelismo (quasi equiparazione logica) tra questi beni e il lavoratore stesso. Si tratta di un'espressione invalsa e di una concezione <<sommersa>>, certo, ma, almeno inconsciamente, fortemente radicata, tanto che persino l'espressione <<mercato del lavoro>> (e quindi mercato dei lavoratori; e si rammenti che la parola 'mercato' etimologicamente deriva da 'merce') espone alle medesime riflessioni critiche sull'equiparazione tra merce e persona umana.

Inoltre, è apparsa ridimensionata anche la pena (originariamente prevista per il solo utilizzatore) qualora tali soggetti violino alcune disposizioni riguardanti le condizioni di liceità della somministrazione di lavoro (articolo 20, commi primo, terzo, quarto e quinto). Dalla lettura di tali disposizioni, inoltre, in specie di quella di cui al quarto comma, sembra emergere che tali condizioni di liceità possano essere suscettibili di un'applicazione anche solo blandamente rispettosa della normativa, essendo taluni presupposti, soprattutto riguardanti le necessarie esigenze tecniche, produttive, organizzative o di carattere sostitutivo, soggetti ad una valutazione che non esclude del tutto i caratteri della discrezionalità).¹⁴⁰ Stessa pena per le violazioni di quanto disposto rispetto alla forma del contratto di somministrazione (commi primo, secondo e terzo – quest'ultimo

¹⁴⁰ Da opposto punto di vista, Ichino osserva che le previste ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo costituiscono il frutto di un'inopportuna norma di legge, poiché la genericità della formula comporta l'attribuzione al giudice di una discrezionalità pressoché illimitata nei confronti della valutazione sulla legittimità del contratto, con imprescindibile e grave incertezza per le imprese (P. ICHINO, in *Disegno di legge delega ed esternalizzazioni*, in *Quale futuro per il diritto del lavoro italiano? Dal Libro Bianco al disegno di legge delega sul mercato del lavoro*, DRI, Milano, 2002, 393 ss.).

comma limitatamente al solo somministratore - dell'articolo 21, mentre è escluso il quarto comma, il quale stabilisce, con più efficacia delle sanzioni penali - anche se non è esente da qualche perplessità, cui accenneremo in seguito – che in caso di mancanza di forma scritta e indicazione degli elementi dovuti, il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore). Difatti, in luogo della sanzione dell'ammenda da 500 a 2.500 euro, nel caso in cui non vi sia scopo di lucro, mentre, nel caso opposto, della pena dell'arresto sino a dodici mesi e dell'ammenda aumentata fino al triplo, congiuntamente all'esplicita ammissione dell'applicabilità delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 19, commi tre e quattro, è adesso prevista solamente la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 a euro 1.250. Va poi ricordato, in proposito, che quanto stabilito dal terzo comma dell'articolo 18 consiste in una degradazione in forma di sanzione amministrativa pecuniaria del comportamento irregolare connesso alla violazione delle condizioni di liceità della somministrazione, diversamente disciplinato dalle previsioni di cui alla legge n.196 del 1997.

Dai pochi commi appena citati risulta già un aspetto che è inevitabile sottolineare. Alla radicalità della ridefinizione dell'illecito non corrisponde, tuttavia, alcuna novità nei riguardi dei caratteri della pena (tradizionalmente definibile come principale) dell'illecito del lavoro: contravvenzionale, per lo più pecuniaria e del tutto priva di potere deterrente, anche sul piano di uno stretto calcolo economico. Effettivo, anche se parziale, maggior rigore (arresto fino a diciotto mesi ed entità dell'ammenda aumentata sino al

sestuplo) rispetto alle precedenti statuizioni può essere registrato solo per le ipotesi nelle quali l'esercizio abusivo delle attività comporta anche il caso di sfruttamento di minore. Bisogna, tuttavia, sottolineare come il predetto esercizio abusivo di attività e lo sfruttamento di minore siano fattispecie nettamente distinte. Ci dobbiamo chiedere, a questo punto, se con la nuova normativa il secondo reato debba ritenersi assorbito nel primo. Anche se ciò appare possibile da un'analisi letterale, una soluzione in tal senso potrebbe paradossalmente capovolgere la manifestata volontà di inasprimento sanzionatorio. Bisogna evidenziare, poi, che i beni giuridici tutelati sono diversi per i due distinti casi e ciò, naturalmente, si pone come condizione ostativa per una lettura riduttiva dei rapporti tra i due reati. E' da ricordare, inoltre, in proposito, come l'articolo 26 della legge n.977 del 1967 (il quale stabiliva, per l'inosservanza delle disposizioni a tutela del lavoro dei minori, sanzioni esclusivamente del tipo dell'ammenda) fosse già stato oggetto di modifiche effettuate dalla legge n.566 del 1994, le quali, inasprendo le pene, avevano sostituito in taluni casi l'ammenda con l'arresto. Siamo in ogni modo lontani da un vero rigore, poiché tanto le modifiche della legge n.566 del 1994, quanto le ipotesi previste dal penultimo e dall'ultimo capoverso rispettivamente del primo e del secondo comma dell'articolo 18, non precludono affatto un epilogo della vicenda penale attraverso l'abusato strumento dell'oblazione.

16. Sulla cesura tra vecchio e nuovo ordinamento sanzionatorio

Dall'analisi delle norme sanzionatorie del decreto, quindi, nonostante queste sembrino ricalcare e, per taluni aspetti, paiono essere di una severità maggiore rispetto alla normativa abrogata¹⁴¹ (anche se già le discrepanze tra la prima versione e quella definitiva del decreto sembrano tradire le vere volontà), si rileva che in realtà la cesura tra il vecchio e il nuovo approccio

¹⁴¹ Ancora, sinteticamente: legge 23 ottobre 1960, n.1369, già suscettibile di deroga legale a seguito della legge n.196 del 1997, ed ora abrogata (congiuntamente a quest'ultima). Mentre, infatti, nel cosiddetto "Pacchetto Treu" (di cui la legge n.196 del 1997) le Agenzie per il lavoro erano autorizzate esclusivamente allo svolgimento dell'attività di somministrazione di lavoro interinale o temporaneo, con la "Riforma Biagi" tale autorizzazione alla somministrazione di lavoro diviene generalizzata. Essa riguarda attualmente (oltre le nuove attività di intermediazione, ricerca e selezione del personale e supporto alla ricollocazione professionale) sia lavoro a tempo determinato (a termine) che lavoro a tempo indeterminato (anche se con i limiti posti, per quest'ultimo caso, dall'art.20, terzo comma, lett.a-h)), per cui la manodopera (o, secondo la definizione tecnica oramai da più parti preferita: "risorsa umana") potrà essere "affittata" anche a tempo indeterminato (cosiddetto *staff leasing* "puro").

A tal riguardo, è stato notato (intervento di M. FEZZI sul tema del referendum del 15 giugno 2003 sull'estensione dell'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori, in www.lomb.cgil.it/art18/art18_notizia.php) come nasca per via legislativa una nuova professione: quella del commerciante di lavoro altrui. La definizione di "mero commercio di energie lavorative" è in A. MANNA, in *Prime osservazioni su intermediazione e interposizione nella legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro, certificazioni e nuove tipologie contrattuali* (in *RCDL*, Milano, 2003, 489 ss.), il quale rileva che la <<brutalità>> dell'espressione viene temperata soltanto se non sono commerciate mere energie lavorative ma anche relative capacità professionali.

Per quel che riguarda, comunque, nello specifico, i limiti alla somministrazione a tempo indeterminato, va notato, innanzi tutto, come in effetti coincidano con quelli per i quali vigeva un esplicito ed assoluto divieto in materia e, punto ancor più importate, come tali limiti non siano stabiliti in modo inderogabile, ben potendo, secondo quanto stabilito dallo stesso art.20, primo comma, lettera i), i contratti collettivi di lavoro nazionali e finanche territoriali, stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, prevedere altri casi.

Appare interessante, anche al fine di ricordare il complesso sistema giuridico e di valori che n'erano alla base, una lettura degli orientamenti della giurisprudenza in materia d'interposizione di lavoro sino all'emanazione del decreto n.276 del 2003. Al riguardo, si veda: G. SPOLVERATO, E. BARRACO, *Interposizione nel lavoro, appalti e lavoro interinale*, in *DPL*, Milano, 2003, 23 ss.

sanzionatorio, riguardo alla materia disciplinata, è netta¹⁴². Più specificamente, accade che, mentre in precedenza erano l'intera intermediazione ed interposizione privata nelle prestazioni di lavoro, nelle diverse articolazioni, non ultime quelle degenerate nel cosiddetto "caporalato"¹⁴³, di per loro suscettibili di censura (ferme le ipotesi legali di appalti solidali e di appalti leciti), adesso, con la riforma della relativa disciplina, già definita "barocca", solo alcune attività di intermediazione o, meglio, solo alcune sue forme, sono censurabili¹⁴⁴, e soltanto se svolte senza

¹⁴² In ogni modo, va notato come la disciplina del collocamento era già stata oggetto in passato di azioni riformatrici (peraltro vivamente contestate), le quali avevano inciso in maniera profonda, finanche radicale, sugli aspetti di tutela penale in materia. In proposito, si legga: A. CULOTTA, *Verso la depenalizzazione del lavoro nero: la nuova normativa sul collocamento*, in *RIDPP*, Milano, 1987, 421 ss.; A. AMATO, *Aspetti penalistici della nuova disciplina sul collocamento (l.28 febbraio 87 n.56)*, in *LPO*, Milano, 1987, 2454 ss.; S. DANTONI, *Il problema della mancanza di disciplina transitoria nella depenalizzazione delle norme sul collocamento*, in *LPO*, Milano, 1991, 2345 ss.

Un'importante modifica, inoltre, è intervenuta anche in un passato più recente con quanto stabilito dal d.lgs. n.297 del 2002, con la soppressione delle liste di collocamento ordinarie e la previsione generalizzata dell'assunzione diretta al di fuori di qualsiasi lista, operante pure nell'ambito del sistema del collocamento obbligatorio. Per tal motivo, la più recente legislazione in tema di collocamento è stata da G. CANNELLA - in *Delega al Governo in materia di mercato del lavoro* (in www.cgil.it/giuridico/attualità.htm) - qualificata come "schizofrenica", essendo i principi di "snellimento e semplificazione delle procedure di incontro tra domanda e offerta", enunciati nella legge delega n.30 del 2003, in realtà già realizzati prima dell'entrata in vigore della stessa.

¹⁴³ Reato di cui all'art.27 della l. n.264 del 1949, ora sottoposto ad abrogazione.

¹⁴⁴ La centralità di tale punto, e la consapevolezza che l'agire su di esso contribuisse ad una svolta epocale e di rottura nella disciplina lavoristica, si riscontra anche dalla veemenza dei toni, estremamente accesi, utilizzati nello svolgimento dei lavori preparatori parlamentari della legge delega. Al riguardo, si veda l'intervento dell'On. Alfonso Gianni alla Camera, il quale non esita ad affermare che l'unico emendamento possibile rispetto ad una riforma che cancella decenni di progresso di civiltà sociale e giuridica, frutto di momenti storici ricchi di un significato che certo non si può e non si deve disconoscere, è un emendamento esclusivamente soppressivo (dell'articolo primo della legge). Tali dichiarazioni possono leggersi agevolmente in: www.camera.it/_dati/leg14/lavori/stenografici/sed213/s100.htm.

autorizzazione¹⁴⁵. Per inciso, poi, vorremmo sottolineare che tale autorizzazione, la quale si pone come unica parziale tutela nel lavoro così riformato, soprattutto in una realtà particolare come quella italiana, caratterizzata dalla presenza diffusa di imprese con stretti legami (o pressoché totale coincidenza, in alcune zone) con la criminalità organizzata, nonché dalla forte penetrazione del fenomeno mafioso-camorristico all'interno di talune istituzioni (più o meno) locali, non ci dà le ampie rassicurazioni che sarebbero necessarie sulla bontà del soggetto cui è permesso di esercitare tali attività¹⁴⁶ e sul conseguente affidamento, essendo

Afferma, viceversa, che le critiche al superamento del divieto drastico di interposizione sono mosse “in nome di un <<distinguo>> tanto concettualmente netto quanto irrilevante sul piano economico-sociale in una infinità di casi pratici” P. ICHINO (*op. cit.*, 391).

Cfr. anche L. CARAVITA, *Somministrazione di lavoro e appalto* (in *DPL*, Milano, 2003, 2815 ss.), il quale ritiene che non si è in presenza di una liberalizzazione assoluta dell'affitto di manodopera, ma di un avvio ad una nuova fase di riorganizzazione del mercato del lavoro nell'ambito del quale sono fissate nuove regole.

¹⁴⁵ Il divieto ed anche la sanzionabilità penale dello svolgimento del commercio di lavoro altrui senza autorizzazione sono, in quest'ottica, assunti tutto sommato marginali. In merito, P.G. ALLEVA, in *Il d.d.l. delega al Governo sul mercato del lavoro* (in www.cgil.it/giuridico/attualità.htm) osserva che “ogni attività che rivesta una certa importanza richiede sempre un'autorizzazione (ad es. l'attività di intermediario finanziario), ma ciò non tocca affatto il punto principale della liceità ed eticità della stessa in sé considerata”.

¹⁴⁶ Bisogna, in ogni modo, riconoscere la presenza di una norma che mira ad attenuare i pericoli in tal senso, e cioè dell'articolo 5, primo comma, lettera *d*) del decreto in esame, il quale stabilisce che gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti muniti di rappresentanza e i soci accomandatari delle società che aspirano ad essere riconosciute quali agenzie, non debbono aver subito condanne penali, anche non definitive, per delitti contro il patrimonio, contro la fede pubblica o contro l'economia pubblica, per il delitto di associazione per delinquere di tipo mafioso, per delitti non colposi puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a tre anni, per delitti o contravvenzioni sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro o, in ogni caso, previsti da leggi in materia di lavoro o di previdenza sociale. Inoltre, tali soggetti non debbono neppure essere sottoposti a misure di prevenzione. Tale norma, tuttavia, non può arginare indirette, o meno evidenti, presenze “non gradite”, cosa che solo un (difficile) controllo sulla natura e provenienza del capitale, nonché sulla regolarità di autorizzazioni ed accreditamenti può maggiormente garantire.

quest' autorizzazione, in definitiva, basata solamente su un' affidabilità di tale soggetto autorizzato che si può certamente rivelare, in alcuni casi, anche speciosa. Inoltre, se i requisiti giuridici e finanziari per le autorizzazioni sono stabiliti più o meno rigidamente per le Agenzie di somministrazione di lavoro con competenza generale, la rigidità di tali requisiti si attenua sempre più man mano che la disciplina riguarda Agenzie con competenze non così generali o anche "minori", sino a giungere alla presenza di garanzie davvero minime (probabilmente, a voler essere ottimisti) rispetto alle Agenzie di ricerca e selezione del personale e alle Agenzie di supporto alla ricollocazione della manodopera. Queste ultime, anche se con minor potere, rivestono certo, nell' attuale riforma del mercato del lavoro, un ruolo significativo, il cui svolgimento non corretto implica necessariamente conseguenze assai dannose. Peraltro, non può non evidenziarsi l' avvenuta problematicità nella mancanza di una compiuta disciplina rispetto alla concessione dell' autorizzazione definitiva (i requisiti precedentemente emarginati hanno riguardato, infatti, esclusivamente l' autorizzazione provvisoriamente concessa per il lasso di tempo di due anni) e cioè riguardo alle modalità di presentazione della sua richiesta, ai criteri per la verifica del corretto andamento dell' attività svolta, nonché riguardo all' eventuale revoca dell' autorizzazione, elementi tutti oggetto di un apposito successivo decreto del Ministero del lavoro.

17. Interposizione e appalto. Il problema della certificazione

Parimenti, la previsione di cui all'articolo 84, comma secondo, dell'emanazione da parte del Ministero del lavoro di un decreto contenente appositi "codici di buone pratiche" e "indici presuntivi" idonei a distinguere le ipotesi di interposizione illecita e quelle di appalto genuino, da effettuarsi entro sei mesi dall'entrata in vigore della riforma, decreto non ancora prodotto, ci mette in una condizione di attesa e di conseguente impossibilità nello sciogliere i dubbi che inevitabilmente sorgono rispetto a tale delicata questione. Quest'ultimo punto, sul piano dell'effettività della tutela penale al riguardo dei divieti astrattamente presenti e degli obblighi in linea teorica sanciti, è assai rilevante ove si rilevi che l'articolo 29 del decreto 276 del 2003 procede ad una ridefinizione della nozione di appalto di servizi (il quale, ricordiamo, è certamente ipotesi gradita e preferita dall'imprenditore per l'assenza nei suoi confronti dell'obbligo di parità di trattamento dei lavoratori), distinguendolo dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto. Si modifica, in tal modo, in una direzione di minore rigidità, la già discutibile definizione dell'appalto di servizi data nella prima versione dello schema di decreto legislativo, approvata dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 6 giugno 2003, in cui si richiedeva l'esercizio pieno da parte dell'appaltatore del potere organizzativo e direttivo dei lavoratori utilizzati nell'appalto e il possesso da parte sua, o di suo personale

utilizzato nell'appalto, della professionalità specifica corrispondente alle esigenze tecniche del servizio dedotto in contratto. E' facile notare come il requisito previsto dal decreto legislativo, tanto più nella sua versione definitiva, sia ben più labile e meno "concreto" se confrontato con quello dell'organizzazione di capitali, macchine ed attrezzature da parte dell'appaltante di cui all'articolo primo della legge n.1369 del 1960, ponendo il problema di un ampio superamento di fatto del divieto di appalto di manodopera.

In tema, altra delicata questione proviene dalla previsione contenuta nel primo comma dell'articolo 84 dell'istituto della certificazione ai contratti di appalto, sia in sede di stipulazione del contratto di somministrazione che nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, ai fini della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto (estrinsecando così la formulazione generale presente nell'articolo 1, comma secondo, lettera *m*), n.7 della legge delega sull'utilizzo dell'istituto della certificazione anche al fine di consentire la distinzione tra appalto illecito di manodopera e somministrazione); previsione che non appare certo tranquillizzante, fermo restante il giudizio di sostanziale inutilità dell'istituto, nella sua generalità considerato, se non (paradossalmente) nei casi in cui la debolezza del lavoratore è assolutamente marcata e se non su un piano di finalità di politica del diritto e nei termini di "deflazione cattiva"¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Per un'esauriente disamina dell'istituto della certificazione nell'ambito della riforma del mercato del lavoro, si veda: V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL*, Roma, 2003, 271 ss.

18. *Schema tripartito nuovo in tema di interposizione di manodopera*

Abbiamo in precedenza accennato ad una differenziazione, anche qualitativa, delle “nuove” attività vietate. A tal proposito è bene precisare, per un’esigenza di chiarezza sistematica, come nel presente decreto vi sia uno schema tripartito in cui è stato trasformato il “vecchio” concetto di interposizione illecita di manodopera, attualmente distinta, secondo una graduazione del livello di gravità, in somministrazione irregolare, illecita e fraudolenta. Mentre l’articolo 18 attiene all’ipotesi intermedia, che è poi l’ipotesi base di reato, le altre ipotesi sono disciplinate rispettivamente dagli articoli 27 e 28 del decreto legislativo. Per quel che riguarda la somministrazione illecita, è bene innanzi tutto evidenziare che la versione definitiva del decreto, a differenza di quella provvisoria, ha negato a quest’ipotesi un autonomo spazio all’interno dell’articolo 18 (autonomia ora riconosciuta soltanto all’attività di intermediazione illecita), ricadendo adesso esclusivamente nelle previsioni generali che congiuntamente trattano di tutte le attività vietate, con una nota di minore severità sanzionatoria (e, in pratica, avvicinandosi grandemente alla somministrazione irregolare). In ogni caso, in relazione al reato previsto dall’articolo 18, rapportato agli schemi teorici del nostro diritto penale, va ribadito¹⁴⁸ come questo è connaturato in forma di reato contravvenzionale alla cui base è sufficiente l’elemento soggettivo

¹⁴⁸ Sul punto, P. RAUSEI, Somministrazione di lavoro, appalto di servizi e distacco, in DPL, Milano, 2003, 2199 ss.

colposo (ciò rilevante per la conseguente maggior facilità nella sua contestazione sul piano probatorio, e non certo per altro, essendo le ipotesi realmente colpose certo improbabili e marginali), che necessita di una condotta attiva (definibile perciò come reato di azione), a struttura unitaria (per cui si commette un solo reato anche se vi è somministrazione illecita di più lavoratori, con rilevanti ed ovvie conseguenze sull'indebolimento della forza cogente della sanzione), formale, ossia privo di evento materiale (indipendente dal risultato che può conseguire alla condotta), da cui la qualificazione come reato di pericolo (prescindendo perciò dal prodursi di un danno effettivo, in linea con la maggior parte di reati specificamente lavoristici), ed istantaneo con effetti permanenti (tralasciando, dunque, non solo lo sfruttamento ma anche l'effettivo utilizzo del lavoratore, formandosi al momento stesso della stipula del contratto di somministrazione vietato), infine plurisoggettivo proprio (richiedendo, per la sua stessa sussistenza, indefettibilmente, la partecipazione congiunta del somministratore e dell'utilizzatore).

Per quel che riguarda, poi, la somministrazione irregolare di cui all'articolo 27, ipotesi caratterizzata dal maggior grado di levità, in cui la somministrazione avviene al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, lettere *a)*, *b)*, *c)*, *d)* ed *e)*, si applicherà, sia per il somministratore che per l'utilizzatore, la pena stabilita dal già menzionato terzo comma dell'articolo 18 (e cioè la pena pecuniaria da 250 a 1.250 euro) nonché il lavoratore avrà la possibilità di agire, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 c.p.c., per il riconoscimento dell'instaurazione del

rapporto di lavoro con lo stesso utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione. Preliminarmente, bisogna osservare che l'articolo 86, nono comma, stabilisce che la trasformazione del rapporto di lavoro non trova applicazione nelle pubbliche amministrazioni cui la disciplina della somministrazione trova applicazione solo per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato. In secondo luogo, notiamo, rispetto a quanto disposto dall'articolo 21 sulla forma del contratto di somministrazione, che la mancanza di indicazione scritta delle mansioni di adibizione, del luogo, dell'orario e del trattamento economico normativo delle prestazioni non viene più ricompresa (a differenza da quanto era disposto dall'articolo 10, comma primo, dell'abrogata legge n.196 del 1997) tra le ipotesi di nullità del contratto, che danno luogo alla conversione del rapporto con conseguente considerazione dei lavoratori a tutti gli effetti come dipendenti dell'utilizzatore, invalidando, in tal modo, un importante rimedio avverso possibili abusi. Inoltre, il terzo comma dell'articolo 27 esclude la competenza del giudice dal sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore. Appare scontato che la preclusione al Tribunale nell'entrare nel merito di tali valutazioni e scelte, in linea con la tendenza generale delle attuali riforme all'emarginazione del controllo giudiziario, comporterà un grave pregiudizio all'effettiva tutela di quanto enunciato in via di principio. Difficoltà interpretative si presentano, poi, sul punto se per il ricorso giudiziale per l'assunzione sia necessaria l'iniziativa dell'interessato o se il procedimento possa essere promosso d'ufficio anche a seguito di un accertamento e contestazione da parte degli

organi di vigilanza. Va infine riscontrato come tale importante mezzo di tutela sia di diretta derivazione dalle previsioni della finzione giuridica di cui all'ultimo comma dell'articolo 1 della legge n.1369 del 1960, la quale, comunque, per la sua automaticità, non dava luogo a dubbi e timori quali quelli su accennati.

Rispetto alla somministrazione fraudolenta prevista dall'articolo 28, invece, questa rappresenta il caso più grave ed è definita come quella che è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o del contratto collettivo applicato al lavoratore, presupponendo in tal modo il requisito soggettivo specifico del dolo e sancendo, di conseguenza, un regime sanzionatorio più afflittivo, ulteriore (20 euro per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione) rispetto a quello dell'articolo 18 che viene comunque interamente richiamato. Riteniamo, anche in assenza di un'esplicita previsione legislativa, che anche in quest'ipotesi sia applicabile il ricorso giudiziale per l'assunzione di cui al primo comma dell'articolo 27; altrimenti, paradossalmente, la fattispecie più lieve sarebbe forse l'unica dotata di una qualche severità e in grado di fornire una reale protezione. Si manifesterebbe, in tal guisa, una contraddizione troppo grande e improbabile per essere tollerata.

Un ennesimo spunto problematico, che a questo punto sorge con forza, proviene poi dalla mancata diretta previsione nel decreto in esame, e conseguente mancanza di uno specifico divieto in merito, del ricorso all'intermediazione nell'assunzione di personale come pratica esclusivamente fittizia. Forza lavoro precedentemente selezionata (e magari già utilizzata

irregolarmente) potrebbe essere costretta al passaggio attraverso l'assunzione da parte di un soggetto intermediario (che in tal caso potrebbe essere pure un mero prestanome) per poter finalmente ottenere di essere utilizzata (o di continuare ad esserlo), con tutta la serie di vantaggi usufruibili dal datore nell'esclusione di un'assunzione diretta. L'assenza di precise sanzioni, di rimedi specifici e di concreti elementi per un suo pratico riscontro avverso tale uso certo non corretto, anzi opposto e capovolto, dell'intermediazione di manodopera, fa sì che manchi il principale, se non unico, in quanto realmente usufruibile, mezzo di tutela del soggetto vittima di tale simulazione. La sua debolezza è tanto più evidente se si considera che partecipa proprio all'accordo simulatorio che lo danneggia e da cui dovrebbe essere in modo inverso protetto. Quanto stabilito dagli articoli 27 e 28 del decreto legislativo, sulla somministrazione irregolare e la somministrazione fraudolenta, non ci sembra, difatti, del tutto idoneo riguardo alle specifiche esigenze della prospettata ipotesi, anche se riteniamo che non si possa non applicare (nei casi per cui concretamente sarà possibile) rispetto al regime sanzionatorio, quello più gravoso di cui all'articolo 28, chiaramente oltre alla possibilità del lavoratore di ottenere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto utilizzatore ai sensi del primo comma dell'articolo 27, qualora si riscontri pure una delle relative specifiche violazioni.

In relazione ai presentati elementi d'inadeguatezza sanzionatoria si osservi dunque che sanzione dotata di una credibilità maggiore (e anche più efficace del parziale *remedium* di cui all'art.2126 c.c., secondo cui, come disposto al secondo comma, nel caso il lavoro sia stato prestato con

violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha diritto alla retribuzione, o di un'eventuale azione risarcitoria promossa dal lavoratore stesso) risulta proprio una di stampo né propriamente penale né amministrativo e, per di più, operante per una certa somministrazione illegale e per nulla nei confronti di un'irregolare mediazione (il che pare confermare le nostre perplessità sulla reale scarsa importanza data a tale ultima attività e al suo impianto di disciplina). Ci riferiamo alla possibilità per il lavoratore, in taluni casi espressamente codificati di somministrazione irregolare (e fraudolenta) - più precisamente, secondo quanto disposto dal primo comma dell'art.27, dal quarto comma dell'art.21 (quest'ultimo così come modificato dall'art.5 del d.lgs. n.251/04¹⁴⁹) e dal comma *3bis* dell'art.29 (comma aggiunto dal medesimo d.lgs. n.251/04¹⁵⁰) del decreto in esame - di agire, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 c.p.c., notificato anche solamente al soggetto che ha usufruito della prestazione, per il riconoscimento dell'instaurazione del rapporto di lavoro con lo stesso utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione¹⁵¹⁻¹⁵². Nel caso di

¹⁴⁹ Modifiche che, eliminando l'indicazione di solo alcuni degli elementi necessari secondo il disposto regime di forma per la validità del contratto di somministrazione per l'applicazione della conseguenza della conversione del rapporto in caso di loro mancanza (cosicché si poteva supporre che l'assenza di altri elementi, non citati, ma egualmente importanti, non desse luogo al suddetto processo), in parte rispondono a critiche in precedenza anche da noi sollevate.

¹⁵⁰ La cui applicabilità è poi esclusa da alto comma aggiunto (*3ter*) allo stesso art.29 del d.lgs. n.276/03, dedicato all'appalto, qualora il committente sia persona fisica che non esercita attività d'impresa o professionale.

¹⁵¹ La previsione del ricorso giudiziale *ex* art.414 c.p.c. è altresì presente, in virtù di riforma di cui all'art.7 del d.lgs. n.251/04 (con conseguente inserimento al comma 30 del d.lgs. n.276/03 di un comma *4bis*), nel caso di violazione della disciplina sul distacco ai sensi del comma 1 del suddetto art.30. Per un'individuazione dei margini in cui intendere la fattispecie del distacco, inoltre (con una qualche precisazione sulla sua differenza rispetto alla somministrazione) si

somministrazione fraudolenta *ex art.28*, tuttavia, la costituzione di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore non è esplicitamente prevista, facendo sorgere dubbi in merito a tale opzione differenziatoria tra ipotesi che, indubbiamente, appaiono meritorie di medesime tutele. Ad ogni modo, anche in assenza di un'esplicita previsione legislativa, riteniamo che pure per le ipotesi rientranti nell'art.28 sia applicabile il ricorso giudiziale per l'assunzione di cui all'articolo 27, primo comma; altrimenti si avrebbe il paradosso per cui la fattispecie più lieve sarebbe sanzionata con maggior afflittività di quella assai più grave.

Parimenti, va notato, per inciso, un possibile uso distorto, riguardo alle finalità, ma perfettamente legale, dei nuovi istituti introdotti, uso che è destinato ad incidere gravemente sui residui ambiti di tutela reale del lavoratore (con buona pace di ogni "elogio della stabilità"¹⁵³). Rispetto ad esso non si riscontrano nell'attività del legislatore la ricerca e la

rinvia poi alla circolare n.3 emessa dal Ministero del lavoro e delle politiche sociale il 15 gennaio 2004, pubblicata sulla *GU* n.17 del 22 gennaio 2004.

¹⁵² F. PANARIELLO, in *Riforma del mercato del lavoro, interposizione, sistema sanzionatorio*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 158, afferma che, alla stregua d'analoga critica avanzabile nei confronti della legge sul lavoro interinale (precisamente rispetto alla sanzione di cui all'art.10, comma 1, l. n.196/97) anche la previsione contenuta nell'art.27 del decreto non risolve i problemi sollevabili dinanzi ad un soggetto utilizzatore vittima di comportamenti illeciti del somministratore o, al più, colpevole di negligenza o imprudenza. Riteniamo, tuttavia, che in un contemperamento di interessi non andrebbe, almeno in questo caso, sacrificata la tutela del soggetto in assoluto più debole: il lavoratore. Il prospettare come soluzione soltanto un'assunzione di questi da parte del somministratore potrebbe scontrarsi con difficili problemi qualora ciò non sia in concreto realizzabile (un somministratore fraudolento potrebbe essere costretto alla cessazione dell'attività) o, lo stesso, quando ciò non sia la soluzione più favorevole per il prestatore di lavoro.

¹⁵³ M. NAPOLI, *Elogio della stabilità*, saggio di apertura del numero monografico dedicato ai licenziamenti della Rivista *QDLRI*, Torino, 2001.

predisposizione di adeguati rimedi – operazione ovviamente ardua – né, cosa forse più grave, si scorge alcuna preoccupazione. Un esempio per tutti è dato dal fatto che lo *staff leasing* consentirà con grande facilità all'azienda utilizzatrice di non superare la soglia del limite numerico di propri dipendenti, superata la quale scatterebbe l'applicabilità della tutela reintegratoria stabilita dall'art.18 dello Statuto dei lavoratori, tuttora in vigore.

19. Divieto di interposizione illecita di manodopera e depenalizzazione generalizzata formale

Le modifiche sanzionatorie del decreto attuativo presuppongono, ovviamente, così come l'intero apparato normativo delegato dalla legge n.30 del 14 febbraio 2003, il drastico mutamento consistente nell'abrogazione espressa di tutte le normative direttamente o indirettamente incompatibili con i decreti legislativi emanati ai sensi della predetta legge e il conseguente rifiuto dei principi che ne erano alla base, peraltro stabiliti con finalità di tutela del soggetto più debole del rapporto di lavoro e, soprattutto per quel che riguarda la normativa di garanzia della legge sul divieto di interposizione di manodopera, rappresentanti una delle naturali estrinsecazioni del dettato costituzionale, in specie degli articoli 35 e 41 della Costituzione. Va comunque ancora sottolineato che l'impianto sanzionatorio delle leggi in tema di interposizione illecita di manodopera e, più in generale, di

collocamento era già stato in passato oggetto di modifiche, le quali avevano pesantemente inciso sulla materia, dando luogo, congiuntamente alle riforme sull'illecito lavoristico in senso ampio, con la depenalizzazione di singoli illeciti, nonché attraverso la trasformazione di altri illeciti penali in amministrativi e con la previsione di inedite forme di estinzione del reato, ad una vasta opera di vera e propria generalizzata depenalizzazione di fatto. Se tale tendenza è dunque solo confermata dall'attuale riforma più che esserne una novità assoluta, l'elemento di originalità sta nella circostanza che tale depenalizzazione di fatto opera adesso anche di diritto (depenalizzazione *formale*).

La dichiarazione formulata, in linea di principio, all'articolo 1, secondo comma, lettera *l*), n.6 della legge delega (in cui si afferma la conferma del regime sanzionatorio civilistico e penalistico previsto per i casi di violazione della disciplina della mediazione privata nei rapporti di lavoro, con la previsione ulteriore di specifiche sanzioni penali per le ipotesi di esercizio abusivo di intermediazione privata nonché di un regime sanzionatorio più incisivo nel caso di sfruttamento del lavoro minorile), si palesa, perciò, di una pregnanza soltanto formale, senza un reale contenuto veramente sanzionatorio, in perfetta coerenza del resto con la tradizionale proclamazione di severità nelle sanzioni penali del lavoro, che si scopre, in pratica, essere soltanto rituale e apparente.

Difatti, se in qualcosa l'articolo 18 in esame si pone armonicamente con tutta la disciplina vigente in materia di tutela penale del lavoratore, è certo – come già da accenni, pure specifici – con riguardo alla sostanziale

inadeguatezza sanzionatoria. La previsione di tali reati come contravvenzionali e, conseguentemente, estinguibili (pressoché automaticamente) mediante lo speciale mezzo dell'oblazione, per lo più nella forma *ex* articolo 162 *bis* c.p., nonché la statuizione di pene pecuniarie non così tanto rilevanti da ottenere un efficace effetto né specialpreventivo né generalpreventivo né tantomeno repressivo, nemmeno a seguito del riconoscimento (in forma aggravante) della circostanza di cui all'articolo 133 *bis* c.p. (per non parlare dell'entità, di fatto irrisoria, dell'ammenda sancita dal richiamato articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n.300 – pur contenente al terzo comma una speciale indicazione di personalizzazione della pena in caso di presunzione di sua inefficacia – che ripropone il generale problema dell'adeguamento della pena pecuniaria al valore effettivo del denaro in un dato momento storico), sanzioni peraltro destinate ad essere viepiù fortemente ridotte a seguito della detta oblazione, ribadiscono l'incidenza minima delle statuizioni penali – così come formulate – nella disciplina del diritto del lavoro. Neanche la succitata ipotesi più grave, in cui è prevista la sanzione aggiuntiva dell'ammenda di venti euro per ciascun lavoratore coinvolto e ciascun giorno di somministrazione, stabilita dall'articolo 28 in caso di somministrazione fraudolenta e che consiste in una sorta di duplicazione della pena (ma su cui comunque è operante l'istituto dell'oblazione speciale), attutisce di molto il carattere di sostanziale innocuità nel contrasto legale dell'illecito in quest'ambito della materia del lavoro.

Un qualsivoglia confronto con altre tipologie di reati non lavoristici, ci dà la misura della disparità di trattamento sanzionatorio: la fattispecie del

contrabbando, ad esempio, il quale in definitiva anch'esso consiste nell'esercizio (certamente *contra legem*, come *contra legem* è l'intermediazione illecita di manodopera) di un'attività (imprenditoriale, commerciale o del singolo lavoratore) *senza autorizzazione*, è qualificata come reato delittuoso e prevede pene assai più severe, anche alla luce delle modifiche effettuate dalla legge n.92 del 19 marzo 2001¹⁵⁴.

Si pone qui il delicatissimo problema della legittimità costituzionale di una norma favorevole al reo e del conseguente conflitto tra norma e norma costituzionale.

20. *“Sicurezza sul mercato” e “(in)sicurezza nel rapporto”.*
Sostanzialità del possibile circuito virtuoso tra stabilità, legalità e sviluppo economico

Del resto, nella riforma in esame, in cui esplicitamente si giunge al passaggio “dal rapporto al mercato”, in cui si promette al lavoratore “sicurezza sul mercato” a discapito di “sicurezza nel rapporto”, come se tra i

¹⁵⁴ Più precisamente, a seguito della recente introduzione dei seguenti articoli nel testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, approvato con d.P.R. n.43 del 23 gennaio 1973, l'articolo 291 *bis*, disciplinante le ipotesi di minor gravità (salvo quanto disposto nel caso in cui il quantitativo di tabacco estero lavorato sia inferiore o pari a dieci chilogrammi convenzionali) con esclusione quindi delle circostanze aggravanti di cui all'art.291 *ter* e dell'ipotesi associativa di cui all'art.291 *quater*, stabilisce, per chiunque introduce, vende, trasporta, acquista o detiene nel territorio dello Stato una quantità di tabacco estero lavorato superiore ai dieci chilogrammi, oltre ad una multa per ogni grammo convenzionale di prodotto, la pena della reclusione fino a cinque anni.

due concetti vi fosse un rapporto di alternatività¹⁵⁵ piuttosto che d'interdipendenza, pare scorgersi una concezione del diritto precedentemente articolato soltanto come un insieme di limiti gravosi se non addirittura portatori di interessi parassitari, economicamente sbagliati¹⁵⁶, da eliminare se non capovolgere¹⁵⁷. Si è parlato in merito di un'epocale transazione dalla “colonizzazione dei mondi vitali” alla “riscoperta dell'individuo”¹⁵⁸, del passaggio dalla *voluntas legis* alla *lex voluntatis*¹⁵⁹. Così com'è stato notato¹⁶⁰ che al ricorso alla “flessibilità dei tipi” di rapporto di lavoro (ipotesi che già essa stessa, a nostro parere, non è priva di profili di problematicità) si preferisca piuttosto il ricorso alla “flessibilità delle norme”, incidendo in tal modo direttamente sull'inderogabilità delle regole, principio che costituisce elemento qualificativo nonché fondante della disciplina giuslavoristica. Probabilmente, al nostro riformatore, ormai contagiato (o che finga di

¹⁵⁵ Auspica, viceversa, una tutela del lavoratore nel mercato *oltre che* (e non *invece che*) nel rapporto di lavoro F. SCARPELLI, in *Il diritto del lavoro del Governo Berlusconi*, in *NI*, Milano, 2002, n.25.

¹⁵⁶ In ogni caso, L. MARIUCCI, in *Dieci tesi sul diritto del lavoro al bivio: riforma o restaurazione*, in www.unicz.it/lavoro/mariuccitesi.htm, precisando il ruolo proprio del diritto del lavoro, rivendica esplicitamente una sua funzione anche *contro* il mercato, nell'affermazione dei diritti della persona che lavora anche contro i vincoli dell'economia data.

¹⁵⁷ Sullo sfondo anche di una spiccata avversità alla giurisprudenza. In merito si veda la contestata introduzione del sistema di “certificazione dei rapporti di lavoro”, che comporterebbe un'inedita prevalenza del *nomen iuris* sulla *res*, della forma sulla sostanza in materia di lavoro (si è parlato, in merito, di rapporti di lavoro “con bollino di qualità” o “d.o.c.”) privando, conseguentemente, la giurisprudenza della propria funzione tipica. In proposito, M. Cinelli, C.A. NICOLINI, *La <<Legge Biagi>> per la riforma del mercato del lavoro; il Libro Bianco sul welfare; le tentazioni del pantributarismo*, in *RIDL*, Milano, 2003, 59 ss.

¹⁵⁸ Anche se, in altri ambiti, la tendenza è nettamente di segno opposto: si veda, per esempio, la recente produzione normativa in tema di fecondazione assistita.

¹⁵⁹ S. LEONARDI, *L'ambigua nozione di “lavoro a progetto”*, in *LG*, Milano, 2002, 115 ss.

¹⁶⁰ M. RUSCIANO, *A proposito del “Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia”*, 2002, in www.unicz.it/lavoro/lavoro.htm.

esserlo) dall'oppiacea fede nella "mano invisibile"¹⁶¹ dell'autoregolamentazione della "libera" economia, sfugge la consapevolezza che tali bistrattate norme hanno la capacità di creare, accanto ai proclamati circoli viziosi, anche circoli viceversa virtuosi, sia in termini di *miglior* lavoro, spesso frutto più dell'affezione che della precarietà¹⁶², sia in termini marcatamente economici, in linea con le teorie per cui la ricchezza produce se stessa, con un'ovvia maggior facilità rispetto alla povertà¹⁶³. Non a caso,

¹⁶¹ Per l'analisi della problematica del confronto, metodologicamente corretto, tra diritto ed economia, si veda il prezioso articolo di R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro* (in *DLRI*, Milano, 2001, 3 ss.).

¹⁶² L'indebolimento della "fidelizzazione" verso l'azienda (*quale?* forse sarebbe meglio dire: "*aziende*"?) è effetto logico e naturale di ciascun punto delle recenti riforme sul mercato del lavoro, e non è certo detto che la tensione cui è costretto il lavoratore d'essere sottoposto ad una prova continua possa compensare gli effetti negativi di tale indebolimento soprattutto in termini di qualità del lavoro o, piuttosto, in modo opposto, ne acceleri la dinamica.

¹⁶³ In ogni caso, uno strumento così duttile come quello dell'economia, in cui il risultato non cambia solo in relazione al metodo, alle premesse e alle reazioni stimulate, ma, non bisogna negare, varia notevolmente anche in base alle intenzioni cui si vuole giungere, dovrebbe essere al servizio della politica e dei suoi fini, a cui dovrebbe offrire metodo e ricerca, a differenza di ciò che invece oggi accade, in cui si registra come la politica sia (dichiaratamente) al servizio dell'economia. O, forse, precise volontà politiche sono nascoste dietro le affermazioni di pressanti esigenze economiche. Sul tentativo di giustificare sul piano economico quasi qualunque assunto, si vedano le dichiarazioni per cui la teorizzata esclusione dell'applicabilità dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori al solo Sud, tacciata di intenzioni discriminatorie, in realtà sarebbe giustificata dal diverso e più allarmante grado di disoccupazione presente nel Mezzogiorno e offrirebbe, attraverso l'indennità risarcitoria dell'ingiusto licenziamento, uno stimolo allo sviluppo di iniziative piccolo-imprenditoriali. Non si chiarisce tuttavia come tale "contributo" (per lo più modesto) possa aiutare il futuro imprenditore ad affrontare problemi quali la presenza massiccia e capillare di una realtà criminale con precise e stringenti richieste, la perenne mancanza di infrastrutture, il generalizzato calo di consumi frutto della perdita di potere reale del denaro nonché del senso di insicurezza dilagante, gli altissimi costi nelle principali città per l'acquisto e il fitto di immobili necessari per l'attività imprenditoriale, il mancato sfruttamento delle risorse del territorio (es. artistiche, in termini sia di turismo che di studio che di restauro), su cui solo un'azione politicamente orientata contemporaneamente nazionale e locale può relazionarsi con efficienza. Per un'ipotesi in tal senso delle modifiche prospettate all'art.18 dello Statuto dei lavoratori.: G. DONDI, *Libro bianco, disegno di legge delega sul mercato del lavoro e prospettive di modifica dell'art.18 Stat. Lav.*, in *LG*, Milano,

l'attuale organizzazione del lavoro a pezzi¹⁶⁴, la quale mette in crisi il legame sociale del mondo occupazionale, è stata paragonata ad una sorta di “McDonald’s” del lavoro che non risponde alle esigenze di qualità dei prodotti e dei servizi¹⁶⁵. Peraltro, non si può nascondere un certo scetticismo pure per la teorizzazione (abusata, e forse anche distorta rispetto alla sua formulazione originaria e nelle “nuove” affermazioni mai realmente, scientificamente, dimostrata) di una maggiore ricchezza e di più ampie opportunità spettanti agli *outsiders* dalla redistribuzione di queste a danno degli *insiders*. Tutt'al più ciò comporterebbe soltanto una più facile alternanza tra occupati e disoccupati, un più rapido *turnover*¹⁶⁶, conseguenza forse anche positivamente valutabile, ma elemento certo estraneo ad un piano strettamente economico ed appartenente a quello più propriamente dei valori – si è parlato, al riguardo, di un’“eguaglianza dell’insicurezza”¹⁶⁷ - per cui è imprescindibile il bisogno di un confronto affatto differente. Si ritiene, in

2002, 405 ss. Nello stesso articolo si afferma anche che l'eccesso di tutela dei diritti sul lavoro significa in realtà tutelare l'occupazione degli altri Paesi più flessibili, e che una soluzione per la deflazione del contenzioso del lavoro (e, in proposito, ricordiamo le critiche contenute nel Libro Bianco alla stessa qualità dell'operato della magistratura del lavoro) sarebbe quella di un maggior ricorso alla condanna alla spese del soccombente, anche quando a soccombere è il lavoratore, in luogo della compensazione generalmente accordata.

¹⁶⁴ Tendenza che si va sempre più consolidando, a discapito delle previsioni in altro senso espresse da E. REYNERI ne *La resistibile ascesa dell'occupazione temporanea*, in www.lavoce.info.it 23 settembre 2003

¹⁶⁵ E. FRANCO, *Il lavoro autonomo in cerca di certezze*, in www.acttrento.net/save/press/2003-07-24-ladige.htm

¹⁶⁶ Sul punto e su altre problematiche insite nella riforma del mercato del lavoro, anche alla luce di possibili contrasti tra talune ipotesi relative ai nuovi istituti e norme costituzionali, M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *RGL*, Roma, 2003, p.359 ss.

¹⁶⁷ U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio d'uguaglianza*, in *RTDPC*, Bologna, 1997, 533 ss.

proposito, infruttuosa una ricerca di soluzioni dei pur innegabili problemi del mondo del lavoro attraverso una mera contrapposizione di (supposte) categorie, così come appare illusorio (per non dire in mala fede) indicare l'”elasticità” del diritto¹⁶⁸ e la flessibilità del lavoratore (“feticcio simbolico e mediatico”¹⁶⁹) come delle panacee. Non si vuole negare, in ogni caso, l'importanza ed anzi l'urgenza di una ridefinizione dei concetti alla base della materia del lavoro, anche alla luce di una verifica col vero, e mai realizzato (probabilmente non solo nei fini ma anche riguardo alle modalità¹⁷⁰), dettato costituzionale, purché tuttavia il dibattito, di cui, in verità, vi è assoluta necessità, si muova nell'ottica corretta di tutela dei diritti, tutt'al più domandandosi: *quali e di chi*.

21. Sulla peculiare efficacia delle pene accessorie

Eccezione alla nostra affermazione di negazione dell'illecito in sé, ma ricerca solo delle forme di manifestazioni illecite di un fatto, contenuta nella

¹⁶⁸ Anche sul piano di una critica squisitamente economica “(...) l'antitesi necessaria fra diritti ed efficienza, finisce con l'apparire, con una chiarezza crescente, come un'idea tanto leggera quanto dogmaticamente elementare”. In R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 33.

¹⁶⁹ R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 12.

Talvolta “i feticci mediatici” possono rivoltarsi contro lo stesso mondo dei media: si veda, al riguardo, lo sciopero della redazione di Rainews24 del 14 gennaio 2004 contro la mancata regolarizzazione di alcuni dipendenti a tempo determinato della testata, protesta effettuata attraverso la trasmissione di un servizio speciale, in luogo della programmazione stabilita, sulla precarietà in specie nel sistema della comunicazione, frutto anche delle nuove tipologie lavorative.

¹⁷⁰ Si veda, in merito, il chiaro articolo, denso di spunti d'interesse, di G. BRONZINI, *Costituzione & Lavoro*, in *Derive Approdi*, Roma, 1996, n.9-10, 9 ss.

nuova normativa, è data da quanto stabilito dal quinto comma dell'articolo 18, che stabilisce le sanzioni (nelle forme dell'arresto da quindici giorni ad un anno e/o dell'ammenda da 154 a 1.549 euro, da aumentarsi fino al quintuplo qualora il giudice ritenga che per le condizioni economiche del reo un'inferiore entità può presumersi inefficace, e, nei casi più gravi, oltre all'applicazione congiunta delle pene, anche nella forma della pubblicazione della sentenza penale di condanna *ex* articolo 36 c.p. – tutto ciò secondo quanto previsto dall'articolo 38 della legge n.300 del 1970 - nonché nella previsione della sospensione o revoca dell'autorizzazione di cui all'articolo 4 del decreto) in caso di violazione del divieto di indagine sulle opinioni dei lavoratori e di trattamenti discriminatori nei loro confronti, sancito dall'articolo 10 dello stesso decreto legislativo. Non appare un caso che tale eccezione si richiami esplicitamente ad una norma della legge n.300 del 1970, frutto di altra sensibilità (rilevata peraltro anche dal suddetto – e non imitato - sforzo di rendere effettiva l'ammenda). Restano ferme, tuttavia, le perplessità sulla designazione e, principalmente, sull'aggiornamento costante dell'entità della pena stabilita. Inoltre, punto ancor più rilevante, vanno evidenziati i gravi problemi connessi alla presenza della deroga prevista all'applicabilità del divieto sancito dall'articolo 10, allorché l'indagine sul lavoratore e il trattamento, la diffusione, della risultanza della stessa, riguardino “caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa o che costituiscano requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa”. E' agevole notare come l'ampiezza e genericità di tale formula in effetti limiti grandemente, se non

del tutto, la portata della tutela del diritto del lavoratore alla riservatezza. D'altro canto, gran parte dell'elenco di dati per cui si esprime il divieto di indagine (dati rivestiti anche di un'assoluta e innegabile delicatezza) possono, senza difficoltà alcuna, direttamente o indirettamente, fornire informazioni utili in tal senso, vale a dire per l'espletamento dell'attività lavorativa. In tal modo, conformemente alla tradizione in materia, si legalizza di fatto ciò che si sanziona in astratto.

L'analisi delle pene accessorie specificamente previste (soprattutto la cancellazione *dall'albo* e la sospensione e revoca dell'autorizzazione di cui all'articolo 4, sancite rispettivamente al quarto comma e al quinto comma dell'articolo 18) ci svela, poi, come queste possono essere anche di maggiore efficacia e gravosità (insomma maggiormente afflittive) rispetto alle pene definite principali, perpetuando il paradossale ed annoso problema del loro rapporto e coordinamento sistematico – e, non ultimo, logico - sia con le pene principali in materia, sia con le pene accessorie comuni. Indicativo in proposito è l'esempio offertoci dal predetto quarto comma, in cui, a fronte della gravità della fattispecie prevista, propriamente qualificabile come estorsione speciale nell'ambito della somministrazione di lavoro, consistente nell'esigere o comunque percepire compensi da parte del lavoratore per avviarlo a prestazioni di lavoro oggetto di somministrazione (salve le ipotesi di cui all'articolo 11, secondo comma, riguardanti lavoratori altamente specializzati o per specifici servizi offerti dai soggetti autorizzati o accreditati), soltanto la pena aggiuntiva della cancellazione *dall'albo* attutisce la certo evidente inadeguatezza della sanzione penale formalmente ritenuta

principale (pena alternativa¹⁷¹ dell'arresto non superiore ad un anno o dell'ammenda da 2.500 euro a 6.000 euro).

22. Sulla disciplina delle sanzioni amministrative. Cenni al problema del concorso tra sanzioni

Per quel che riguarda le sanzioni amministrative di cui all'articolo 19 del presente decreto sembra, innanzi tutto, che il loro rapporto con le sanzioni penali sia astrattamente di una qualche complementarità, salvo riconoscere, in sede di applicazione, la possibilità, che anzi si atteggia come notevole probabilità, di riscontrare in esse un maggior rigore e gravità. Il rapporto di cumulo e non d'alternatività o reciproca esclusione tra i due generi di sanzione era, in ogni modo, esplicitamente menzionato nella prima versione dell'articolato legislativo, dall'ultimo capoverso del terzo comma dell'articolo 18, il quale stabiliva che, in caso di violazioni dell'utilizzatore, accanto alle previsioni penali, restava ferma l'applicabilità delle sanzioni amministrative proprie del caso. Riteniamo che, al di là dell'eliminazione di tale esplicita previsione, la sostanza non cambi: il soggetto che si avvarrà illecitamente della somministrazione di prestatori di lavoro sarà, dunque, chiaramente ove ne ricorreranno i requisiti, sottoposto sia a sanzioni di tipo penale che di tipo amministrativo.

¹⁷¹ Il rapporto alternativo tra le due pene è chiarito (rispetto al testo del d.lgs. così come pubblicato per la prima volta) dall'avviso di rettifica pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n.251 del 28 Ottobre 2003.

Le sanzioni previste dall'articolo 19, inoltre, si pongono del tutto in linea con la *ratio* sanzionatoria propria del precedente articolo. Tutte le sanzioni amministrative sancite, difatti, riguardano l'irregolare esercizio o l'invalidità delle forme di un'attività - *di per sé* - non illecita. In tal modo, al primo comma è stabilito che vengano puniti con la sanzione pecuniaria da 4.000 a 12.000 euro gli editori, i direttori responsabili e i gestori di siti sui quali siano effettuate irregolarmente comunicazioni relative ad attività di ricerca e selezione del personale, ricollocamento professionale, intermediazione o somministrazione in violazione di quanto disposto dall'articolo 9, ossia in forma anonima e comunque provenienti da soggetti, pubblici e privati, *non autorizzati o accreditati* all'incontro tra domanda e offerta di lavoro (o sprovviste degli estremi del provvedimento di autorizzazione o di accreditamento, dei dati, cioè, che possano consentire la corretta e completa identificazione del soggetto). Nei commi successivi sono sanzionate le violazioni commesse dai datori di lavoro correlate alle modalità di assunzione del lavoratore e agli adempimenti successivi all'assunzione stessa (obblighi disposti dall'articolo 4 *bis* del d.lgs. n.181 del 2000, così come modificato dall'articolo 6, primo comma del d.lgs. n.297 del 2002), nonché agli adempimenti relativi alla cessazione del rapporto di lavoro (di cui all'articolo 21, primo comma, della l. n.264 del 1949, così come sostituito dall'articolo 6, secondo comma, del d.lgs. n.297 del 2002). Più precisamente, al secondo comma dell'articolo 19 viene sanzionata la mancata consegna da parte del datore al lavoratore, al momento dell'assunzione, di una dichiarazione sottoscritta contenente i dati di registrazione effettuata nel libro

matricola, nonché la comunicazione di cui al d.lgs. n.152 del 1997, che sancisce, in attuazione della direttiva 91/533/CEE, l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro. Le sanzioni di cui al terzo comma riguardano le violazioni delle comunicazioni obbligatorie in talune ipotesi di variazioni del rapporto di lavoro: proroga del termine inizialmente fissato; trasformazione del rapporto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato o da tempo parziale a tempo pieno; trasformazione da contratto di apprendistato a contratto a tempo indeterminato e da contratto di formazione e lavoro a contratto a tempo indeterminato¹⁷². Nello stesso comma, che è il più denso dell'articolo 19, sono poi sanzionate le difformità da quanto stabilito relativamente ai moduli per le comunicazioni obbligatorie dei datori di lavoro e delle imprese fornitrici di lavoro temporaneo e alle modalità di trasferimento dei dati alle Direzioni regionali e provinciali del lavoro, all'INPS e all'INAIL da parte dei servizi preposti, le cui forme, al fine di assicurare l'unitarietà e l'omogeneità del sistema informativo lavoro, sono precisamente definite con decreto dai Ministeri competenti (Ministero del lavoro e della politica sociale, di concerto con il Ministero per l'innovazione e le tecnologie) d'intesa con la Conferenza Unificata. E' inoltre sanzionata la violazione dell'obbligo a carico del datore di lavoro, in caso di instaurazione

¹⁷² Si tenga anche presente che la circolare n.37 del 24 novembre 2003 del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, emanata per chiarire la disciplina del sistema sanzionatorio nel periodo transitorio in materia di assunzioni, precisa, che in attesa dell'emanazione del decreto di cui all'art.4 *bis*, al comma 7, del d.lgs. n.181 del 2000, l'obbligo di comunicazione di assunzione di lavoratori di cui all'art.9 *bis*, comma 2, del d.l. n.510 del 1996, convertito in legge n.608 del 1996, debba prevedere l'applicazione della sanzione amministrativa *ex art.*19, comma 3, del d.lgs. n.276 del 2003.

di rapporto di lavoro subordinato e di lavoro autonomo in forma coordinata e continuativa, anche di socio di cooperativa¹⁷³ (e anche nel caso di tirocinio di formazione e orientamento ed ogni altro tipo di esperienza lavorativa ad esse assimilata) della comunicazione contestuale al servizio competente nel cui ambito è ubicata la sede di lavoro dei dati anagrafici del lavoratore, della data di assunzione, della data di cessazione qualora il rapporto non sia a tempo indeterminato, della tipologia contrattuale, della qualifica professionale e del trattamento economico e normativo. Infine, sempre al terzo comma, è sanzionata anche la mancata comunicazione, spettante al datore di lavoro, della cessazione dei rapporti di lavoro, da effettuare entro i cinque giorni successivi, quando si tratta di rapporti a tempo indeterminato ovvero nei casi in cui la cessazione sia avvenuta in data diversa da quella comunicata all'atto dell'assunzione. Anche il comma quarto dell'articolo 19 punisce una mancata comunicazione, ma in questo caso si tratta di un obbligo posto in capo alle imprese fornitrici di lavoro temporaneo, le quali sono tenute a comunicare, entro il giorno venti del mese successivo alla data di assunzione, al servizio competente nel cui ambito territoriale è ubicata la loro sede operativa, l'assunzione, la proroga e la cessazione dei lavoratori temporanei assunti nel corso del mese precedente¹⁷⁴.

¹⁷³ Sulle modifiche apportate dalla Riforma Biagi alla disciplina riguardante il socio-lavoratore di cooperativa e sulle conseguenze dell'abolizione della legge n.1369 del 1960 sul trattamento economico di tale soggetto, N. VENANZI, *Prime brevi osservazioni sulla portata della "controriforma" sul socio-lavoratore di cooperativa nell'art.9 della l.30/2003 di modifica della l.142/2001*, in www.lomb.cgil.it/giuridico/venanzi_dlg30.htm.

¹⁷⁴ Per un'analisi generale sul sistema sanzionatorio, di tipo amministrativo, posto a tutela degli adempimenti datoriali in materia di collocamento della manodopera, si veda: P. RAUSEI, *Illeciti amministrativi nel collocamento ordinario*, in *DPL*, Milano, 2003, inserto del n.31. Interessanti

L'entità delle sanzioni stabilita dai precedenti commi, che viene individuata in forma pecuniaria da 250 a 1.500 euro e da 100 a 500 euro per ogni lavoratore interessato per le violazioni rispettivamente di cui al comma secondo e terzo, mentre per il comma quarto la sanzione amministrativa pecuniaria è stabilita nella misura da 50 a 250 euro per ogni lavoratore interessato (assai ridimensionata rispetto alla prima stesura del decreto che prevedeva una sanzione pari a quella per le violazioni di cui al primo comma), pare dare conferma alla nostra affermazione (e alle nostre perplessità) di un'efficacia e rilievo di tali sanzioni maggiore rispetto a quelle penali, a fronte di violazioni che, pur gravi, di certo lo sono meno se rapportate alle fattispecie penali di cui all'articolo 18. Le sanzioni penali del lavoro ritrovano, in tal modo, un'ulteriore conferma indiretta della propria sostanziale inefficacia.

In ogni caso, comunque, il quinto comma dell'articolo 19, per chiare ragioni di economia processuale, le quali tuttavia hanno spesso portato ad un "mercanteggiamento", se non addirittura ad una svalutazione (in forma di irriguardosa - rispetto ai principi - "svendita") delle pene¹⁷⁵, afferma che nel caso di omessa comunicazione contestuale, omessa comunicazione di cessazione e omessa comunicazione di trasformazione, i datori di lavoro,

chiarimenti, soprattutto in forma di indicazioni riguardo al regime transitorio, sugli adempimenti connessi all'assunzione di lavoratori e alla cessazione dei rapporti di lavoro, nonché in relazione agli aspetti sanzionatori, provengono dalla Circolare n.34 del 24 novembre 2003, emanata dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (può leggersi in www.welfare.gov.it).

¹⁷⁵ Ciò, tralasciando tanto le nuove concezioni sulla finalità della pena, col suo valore rieducativo, del singolo o dell'intera società, tanto quella tradizionale della pena come *extrema ratio* rispetto all'esigenza della *vendetta sociale*.

comprese le pubbliche amministrazioni, sono ammesse al pagamento della sanzione minima ridotta della metà, qualora l'adempimento della comunicazione venga effettuato spontaneamente entro il termine di dieci giorni decorrente dalla data di inizio dell'omissione.

In ogni modo, a fronte della rilevata, netta inconsistenza dell'entità (e dunque gravità) delle pene previste dall'art.18, si nota come soltanto le sanzioni amministrative di cui all'art.19 – e solamente su di un piano puramente monetario, essendo queste sanzioni esclusivamente pecuniarie - rivelano avere un potere deterrente e repressivo leggermente maggiore. Del resto, in ambito lavorativo costante paradosso è proprio che sanzioni, in astratto rientranti in una sfera caratterizzata da minor rigore, si rivelano in definitiva le uniche dotate di una certa "solidità". Tuttavia, che tale potere sia comparativamente maggiore, non comporta certo che abbia necessariamente una granché rilevanza su un piano assoluto, distinguendosi viceversa per essere sempre assai scarso; certamente scarso ed inadeguato in relazione al grado di tutela che la delicatezza della materia richiederebbe. Inoltre, pure per le disposizioni di cui all'art.19 vanno fatti alcuni ulteriori brevi appunti. Un primo motivo di critica riguarda la carenza nelle disposizioni di un'indicazione specifica rispetto a quale autorità competa l'accertamento degli illeciti e la (eventuale) irrogazione delle conseguenti sanzioni, tenuto anche conto che tale problema attiene pure al riporto di competenze tra Stato e Regioni in materia di lavoro¹⁷⁶. Inoltre, con attinenza specifica alla

¹⁷⁶ L. IERO, Sanzioni amministrative nel mercato del lavoro, in F. CARINCI (a cura di), ult. op. cit., 368 ss.

violazione di cui al comma terzo dell'art.19, che rinvia a quanto disposto dall'art.9 *bis*, comma 2, del decreto legge 1° ottobre 1996 n.510, così come sostituito dall'art.6, comma 2, del d.lgs. n.297/2002 (in tema di violazione dell'obbligo di comunicazione dell'instaurazione del rapporto contestuale allo stesso, ovvero invio di comunicazione inesatta o incompleta), l'entità dell'attuale sanzione appare di molto ridimensionata se confrontata con quanto era stabilito dalla precedente formulazione dell'art.9 *bis*, comma 2, del d.l. n.510/96: si è passati esattamente dalla possibile inflizione d'una sanzione pecuniaria determinata in un minimo di 258 euro fino ad un massimo di euro 1.549 all'odierna fissata nei limiti da 100 a 500 euro.

23. Estensibilità del regime sanzionatorio ex articolo 19 alle pubbliche amministrazioni

Va poi evidenziata l'esplicita previsione contemplata nel quinto comma dell'articolo 19 (ancor più chiaramente espressa nella formulazione dell'ultimo capoverso del nono comma dell'articolo 86) dell'applicabilità del regime sanzionatorio di tipo amministrativo pure nei confronti delle pubbliche amministrazioni, anche se, in ogni modo, ciò non si pone come un elemento di novità assoluta ed è, del resto, nella direzione, riscontrata già da alcuni anni, della graduale assimilazione di tali soggetti al settore privato per quel che riguarda la disciplina contrattuale dei rapporti di lavoro. Difatti, già nella normativa passata sulle comunicazioni di assunzione e di cessazione

d'impiego era sancita la sottoposizione delle pubbliche amministrazioni ai relativi obblighi e sanzioni. Sul punto, la circolare n.12 del 7 aprile 2003 del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, ad esempio, ricordava che per talune materie le pubbliche amministrazioni, intese in senso lato, avevano gli stessi oneri dei datori di lavoro privati e degli enti pubblici economici, chiarendone anche taluni profili pratici. Una delle questioni che la circolare non precisava, però, e che è assolutamente fondamentale affrontare, è quella del problema dell'individuazione del soggetto responsabile concretamente sottoposto al regime sanzionatorio. Pare condivisibile la posizione di chi ritiene¹⁷⁷ che a tal fine sarà necessario, in particolar modo per quel che riguarda gli enti non statali, far riferimento ai regolamenti e agli statuti organizzativi, mentre, in relazione alle amministrazioni centrali e ai loro uffici periferici, la responsabilità graverà sul dirigente che abbia sottoscritto il contratto (o che, in ogni caso, lo gestisca) ovvero, ove ciò non sia materialmente applicabile, sul responsabile del procedimento preventivamente individuato così come previsto dalla legge n.241 del 1990. Pur con la consapevolezza che sul tema gli elementi formali finiranno nella prassi col prevalere, dobbiamo ugualmente sottolineare che ipotizzare la responsabilità del dirigente che su un piano pratico gestisce il contratto comporta che anche per tale materia vengano messi in moto quei meccanismi d'individuazione del soggetto nell'effettivo concreto responsabile, affinati

¹⁷⁷ E. MASSI, *Modalità di assunzione e profili sanzionatori*, in DPL, Milano, 2003, 1171 ss.

(specie per il riconoscimento del ruolo datoriale ai fini previdenziali¹⁷⁸) dal continuo lavoro della giurisprudenza.

Un accenno solo alla sanzione prevista dall'articolo 12, ottavo comma, la quale, anche se caratterizzata dall'essere aggiuntiva, riteniamo che non si discosti di molto dai meccanismi assolutamente non lineari nel sistema sanzionatorio in materia. Difatti, l'omesso versamento da parte delle Agenzie di somministrazione del 4% della retribuzione corrisposta ai lavoratori assunti a tempo determinato e a quelli assunti a tempo indeterminato presso un fondo bilaterale (per la formazione e integrazione del reddito, secondo interventi stabiliti dalla contrattazione collettiva o anche dal Ministero del lavoro) costituito da parte dei soggetti stipulanti il contratto collettivo nazionale delle imprese di somministrazione di lavoro, è sanzionato in via amministrativa, fermo l'obbligo di corrispondere il contributo omesso e le relative sanzioni, anche con una sanzione pecuniaria di importo pari al contributo omesso, sanzione che confluisce nel detto fondo, ma, di per sé,

¹⁷⁸ Ricordiamo che dalla giurisprudenza è desumibile la norma generale secondo cui nelle pubbliche amministrazioni l'individuazione di un datore di lavoro ai fini previdenziali porta a colui che si caratterizza, rispetto al datore di lavoro privato, non per la titolarità di poteri decisionali o di spesa, quanto piuttosto per i concreti poteri di gestione in ordine all'attività e all'ufficio centrale o periferico cui è preposto, al quale si aggiunge il requisito della qualifica dirigenziale ovvero dello svolgimento di mansioni direttive funzionalmente equivalenti; e non ha, per quanto attiene all'adempimento degli obblighi di sicurezza e di salute nei luoghi di lavoro, vincoli di subordinazione gerarchica e funzionale, né deve sottostare alle decisioni di soggetti preposti agli organi di governo e di vertice degli enti pubblici (titolari di funzioni di definizione dell'indirizzo politico-programmatico e di legale rappresentanza), pur restando fermo il potere di controllo sul suo operato da parte degli organi di vertice di ciascuna amministrazione, che discende più in generale dal rapporto di servizio che li lega all'ente (Cass. pen., 29 maggio 2000, n.6176, in *DPL*, Milano, 2000, n.37, 2625 ss.).

memori pure della prassi d'inefficienza nei controlli e nella vigilanza, realmente manca di un qualsiasi effettivo potere deterrente.

24. Tendenziale liberalizzazione dell'illecito nel mercato del lavoro e possibile incidenza sull'igiene e sicurezza del lavoro. Sulla prevedibile marginalizzazione del ruolo di supplenza del sindacato

Il decreto in esame pare quindi confermare, anche e soprattutto attraverso i suoi radicali elementi di novità, la tendenza alla (sostanziale) liberalizzazione dell'illecito nel diritto del lavoro, un illecito comunque già di per sé, e tanto più in sede applicativa, storicamente caratterizzato da forte inadeguatezza. Così tanto da non far sembrare inopportuna la definizione dello stesso diritto penale del lavoro come “diritto debole”, il cui carattere di “imperfezione” sarebbe la vera nota dominante, frutto anche della metodica erosione (o elusione) per via interpretativa della certezza della sanzione¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Sullo sfondo delle recenti riforme si può, inoltre, intravedere la tendenza secondo cui, piuttosto che agire sull'inefficienza della tutela penale in materia di lavoro, quantomeno per attutirne l'inefficienza, si stia percorrendo la strada del trasferimento di tale inadeguatezza, in chiave d'inoffensibilità, all'intero settore della giustizia del lavoro. Un esempio per tutti è dato dall'ipotizzato ricorso generalizzato (attraverso l'eliminazione del divieto di compromettere ad arbitri controversie aventi ad oggetto diritti dei lavoratori derivanti da disposizioni inderogabili di legge o di contratti collettivi) e preventivo (mediante apposite clausole scritte, contenute nei contratti di assunzione o sottoscritte nel corso del rapporto) allo strumento dell'arbitrato come strumento principe di risoluzione e di deflazione del contenzioso del lavoro, con l'attribuzione agli arbitri di poteri negati persino al giudice togato, e con l'emanazione di un lodo impugnabile in unico grado davanti alla Corte di Appello solo per vizi del procedimento. A tal riguardo, non sono mancate le opinioni di chi ha ritenuto si fosse davanti ad una vera e propria “privatizzazione della giustizia”.

Inoltre, il perseguito fine della flessibilità¹⁸⁰ come elemento fondante delle nuove tipologie dei rapporti di lavoro non può non influire su un ambito, quale quello della sicurezza ed igiene sul lavoro¹⁸¹, già connaturato

¹⁸⁰ Affermava (in tempi “non sospetti”), a proposito della flessibilità dell’operatore umano, che questa è per molti versi più apparente che reale, e cioè è più il risultato del misconoscimento di certi processi (di cui la cosiddetta “fatica mentale” è un importante indicatore) di deterioramento delle facoltà e della stessa personalità del lavoratore che il risultato di una effettiva capacità di adattamento dell’operatore a ritmi e condizioni di lavoro anomali o inadeguati, G. MANTOVANI, in *La vittima nel lavoro organizzato: infortunio e stress nei sistemi produttivi*, in *Dalla parte della vittima* (a cura di G. GULOTTA e M. VAGAGGINI), Milano, 1980, 221 ss.

¹⁸¹ M. LAI, La sicurezza del lavoro nelle nuove tipologie contrattuali, in DPL, Milano, 2003, 2427 ss.

Dello stesso Autore, *Il libro bianco sul mercato del lavoro in Italia: verso il testo unico* (in *ISL*, Milano, 2002, 10 ss.), sulle ripercussioni del cosiddetto Libro Bianco sul tema dell’igiene e della sicurezza sul lavoro e sulle perplessità della dichiarata rimodulazione del rapporto tra sanzioni penali e amministrativa (a cui, semmai, sarebbero da aggiungere “sanzioni sociali”). In particolare, poi, si sottolinea come, con la nuova formulazione dell’art.117 della Costituzione, che attribuisce alla legislazione concorrente delle regioni, pur nel rispetto dei principi fondamentali della Costituzione e dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario ed internazionale, anche la materia della “tutela e sicurezza del lavoro”, si apra “la prospettiva di un <<diritto del lavoro regionalizzato>>”, relegando ai margini la visione, finora sperimentata, del diritto del lavoro come diritto di fonte statale”. Inoltre, rilevando che il Libro Bianco parla di “eccesso di regolazione legislativa”, spesso “complicata e burocratizzata”, si esprime il timore che con la semplificazione delle disposizioni che in base all’esperienza si sono dimostrate di difficile applicazione, nonché di natura eccessivamente burocratica e formale, s’intenda, in realtà, una loro eliminazione, per cui il raggiungimento solo parziale degli obiettivi sia “un pretesto per la riduzione di un sistema di tutela introdotto a seguito di un faticoso confronto con le parti sociali, in conformità a parametri stabiliti a livello comunitario”. Le possibili gravi conseguenze dei due punti evidenziati sul piano dell’effettività e dell’omogeneità (o disparità) della tutela in questa delicata materia appaiono scontate.

Per un breve riepilogo del quadro concernente i nuovi rapporti di lavoro diversi dal rapporto di dipendenza a tempo pieno e gli obblighi relativi in tema di sicurezza sul lavoro si veda, inoltre: G. FRIGERI, R. PAVANELLO, *La sicurezza sul lavoro e “Legge Biagi”*, (da *Associazione Ambiente Lavoro*), in www.sicurezzaonline.it. Cfr. anche F. BACCHINI, *Salute e sicurezza nella riforma del lavoro: il <<Decreto Biagi>>*, in *ISL*, Milano, 2003, 662 ss.

In ogni caso, è bene ribadire come il problema dei rapporti tra flessibilità e sicurezza sul lavoro sia antecedente alla riforma Biagi, anche se con tale riforma si pone in termini ben più ampi, forieri di profonde conseguenze. Sul punto, ad esempio, P. SCIORTINO, *Flessibilità del lavoro e sicurezza sul lavoro: coesistenza o inconciliabilità?*, in *LG*, Milano, 2002, 732 ss. Inoltre, la

tradizionalmente e tragicamente da debolezza nella tutela ed inefficacia sanzionatoria¹⁸² (nonostante qualche correttivo, soprattutto in tema di evoluzione del concetto dell'obbligo di sicurezza, frutto di lenta elaborazione giurisprudenziale).¹⁸³

Emblematicamente si pone in merito una grave esclusione dal divieto di somministrazione di lavoro sancito dall'articolo 20, quinto comma, del decreto legislativo: non viene contemplato, infatti, tra i casi vietati previsti, un'importante ipotesi viceversa in precedenza ricompresa in quanto disposto dall'articolo 1°, comma quarto, della legge n.196 del 1997, ora abrogata, sul divieto di fornitura di lavoro temporaneo. Ci riferiamo a quant'era stabilito alla lettera *f*) di tale ultimo articolo, e cioè alle lavorazioni che richiedono sorveglianza medica speciale e ai lavori particolarmente pericolosi.

consapevolezza dei maggiori rischi insiti nella flessibilizzazione del lavoro a cui sono esposti i lavoratori sul piano degli infortuni e delle malattie professionali è dato già da anni acquisito anche dalle istituzioni della Comunità europea, e perciò fulcro di specifici provvedimenti comunitari. In merito si veda: F. SANTONI, *La tutela della salute nel lavoro atipico*, in L. MONTUSCHI (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza, Commentario al d.lgs. n.626/1994*; Torino, 1997, 225 ss.

¹⁸² La tutela della sicurezza e salute del lavoratore è materia su cui del resto grava l'incognita della "balcanizzazione" nella regolazione giuridica del lavoro. Sul tema: L. MARIUCCI, *Federalismo e diritti del lavoro*; B. CARUSO, *Federalismo e struttura della contrattazione collettiva: appunti di metodo*; M.G. GAROFALO, *Federalismo, devolution e politiche dell'occupazione*; M. RUSCIANO, *Il diritto del lavoro italiano nel federalismo*; M. ROCCELLA, *Il lavoro e le sue regole nella prospettiva federalista*. Possono leggersi tutti in *LD*, Bologna, 2001, rispettivamente pagine: 413 ss., 442 ss., 463 ss., 496 ss., 505 ss.

Per un'affermazione di sostanziale residualità della sfera regionale a favore di un processo di ri-accentramento da parte dello Stato e, più in generale, di uno sviluppo dell'attività dei soggetti privati a scapito di quelli pubblici (specie le Regioni) la cui immagine concretamente si traduce, sul piano economico, come "porta d'ingresso degli utenti", si veda: P. TULLINI, *Verso una nuova riforma del mercato del lavoro*, in *RGL*, Roma, 2003, 419 ss.

¹⁸³ Sul punto si può vedere, per esempio, M. LANOTTE, *Profili evolutivi dell'obbligo di sicurezza nell'elaborazione giurisprudenziale*, in *DRI*, Milano, 2002, 125 ss.

Stante, dunque, la debole tutela offerta al lavoratore dalle sanzioni, specie penali, in materia, la salvaguardia dei suoi interessi in passato spesso è stata maggiormente ottenuta attraverso tutela sindacale (magari anche in un ruolo di indiretta, ma effettiva, supplenza rispetto alle carenze del sistema). Tuttavia, con l'attuale riforma, è chiaro che anche il rilievo di tale forma di garanzia è destinato a scemare¹⁸⁴, a fronte di un'importanza solo marginale¹⁸⁵ che può rivestire il sindacato rispetto ai nuovi modelli di rapporti di lavoro. Una reale protezione sindacale nell'innovativo panorama delineato e, più in generale, nel nuovo totalizzante “sistema impresa”, unico modello oramai di riferimento per ogni azione riformatrice, è ineludibilmente ostacolata sia dalla precarizzazione del rapporto di lavoro¹⁸⁶ (con tutti i limiti dell'assenza

¹⁸⁴ Una caratterizzazione del sindacato quale una sorta di *tutor* del lavoratore, che offre (fumosamente) servizi “legati alla costruzione di percorsi coerenti con le finalità di vita individuali o connessi alla gestione delle informazioni, alla loro accessibilità e, soprattutto, alla loro fruizione” e che deve certo abbandonare la difesa dei “privilegi di poche categorie che non hanno futuro”, evitando una critica eccessiva e mantenendo “la fisiologica dose di conflitto entro logiche di compatibilità socio-economica ambientale” e una definizione parallela del lavoratore come “operatore che arrivi ad identificarsi con l'azienda da cui sarà chiamato piuttosto che coi relativi gruppi occupazionali di riferimento” è ipotizzata (ed auspicata) in A. RADEMOLI, *Operatori e formazione: scenari di evoluzione*, in *DPL*, Milano, 2003, 2495 ss. Nello stesso articolo, sullo sfondo di una non meglio dimostrata voglia di nuovi e flessibili rapporti di lavoro da parte del lavoratore, “stante la moltiplicazione delle forme di accesso al lavoro”, il rapporto di lavoro si caratterizza come occasione per la ricerca di lavoro futuro, “capitalizzando le esperienze lavorative temporanee” e sfruttando la capacità di contrattazione individuale, che già adesso “da posizioni paritetiche con l'imprenditore” appartiene a “molte persone con specializzazioni elevate o particolari”.

Una rapida esposizione del travagliato percorso del sindacato negli ultimi decenni è in B. CARUSO, *Le nuove frontiere della rappresentanza sindacale*, in www.lex.unict.it.

¹⁸⁵ Preannuncia in modo assolutamente significativo tale marginalità perseguita l'ammissibilità, di cui all'art.3 della legge delega n.30 del 2003, di accordi contrattuali individuali in talune ipotesi di rapporti flessibili “anche sulla base del (*solo*) consenso del lavoratore interessato in carenza dei contratti collettivi”.

¹⁸⁶ Si veda, ad esempio, G. CANNELLA, *Tutele per i collaboratori autonomi: la nuova frontiera del diritto del lavoro*, in *QG*, Milano, 2002, 982 ss.

di una prospettiva a lungo termine) sia, e soprattutto, dall'interruzione di un rapporto diretto tra datore e lavoratore (la cosiddetta mercificazione¹⁸⁷) con tutte le conseguenze facilmente prevedibili. Tanto più che lo stesso sindacato, così com'è sembrato abdicare alla difesa del ruolo suo proprio¹⁸⁸, non ha potuto o voluto tutelare appieno il lavoratore¹⁸⁹ dagli attacchi mossi ai suoi interessi¹⁹⁰ che provenivano già palesi¹⁹¹ (quantomeno)¹⁹² dall'intero

¹⁸⁷ Ricorda, nel corso di un'interessante analisi, dal tono chiaro e pungente, sulla politica del lavoro dell'attuale maggioranza (e sulle ambiguità in merito dell'opposizione), come nell'atto costitutivo dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro vi sia l'assunto per cui "il lavoro non è una merce" M. ROCCELLA, in *Una Repubblica contro il lavoro*, in *la rivista del manifesto*, n.24, 2002, 20 ss.

¹⁸⁸ L'apparente esaltazione dell'autonomia collettiva contenuta nelle pagine del Libro Bianco cela, viceversa, un suo netto ridimensionamento, sullo sfondo di una concezione meramente privatistica del sistema sindacale e di una parallela valorizzazione del ruolo dell'Esecutivo, sia nella fase d'individuazione preliminare degli specifici temi di discussione, sia in quella d'eventuale riappropriazione degli stessi in caso di esito infruttuoso della fase sindacale. Il confronto tra sindacato e pubblici poteri assume, quindi, solo una funzione circoscritta, auspicabilmente duttile, ed eventuale, certo non indispensabile. In merito si veda: P. CAMPANELLA, *Il libro bianco e il disegno di legge delega in tema di mercato del lavoro*, in *LG*, Milano, 2002, 5 ss.

Emblematica si pone in tale contesto la vicenda della trattativa sul contratto a termine, definita nel Libro Bianco come il miglior prodotto del dialogo sociale, ma in realtà condotta senza la presenza di uno dei sindacati nazionale dei lavoratori maggiormente rappresentativo, frutto cioè di una profonda spaccatura nel mondo sindacale e dunque di un accordo separato, in definitiva privo del consenso della maggioranza. Si veda, al riguardo, anche la genesi del cosiddetto Patto per l'Italia del 5 luglio 2002. Una critica su di esso può essere letta in A. BELLAVISTA, *Il Patto per l'Italia e la riforma della disciplina dei licenziamenti*, in www.cgil.it/giuridico/attualità.htm, nonché in L. MONTUSCHI, *Tecniche sperimentali derogative del mercato del lavoro: un'ipotesi contrastata*, in *DRI*, Milano, 2003, 50 ss.

¹⁸⁹ Un certo rilievo avranno avuto in proposito (almeno per una parte del panorama sindacale) anche le nuove opportunità offerte di partecipazioni a funzioni paraistituzionali?

¹⁹⁰ Il riferimento contenuto nel Libro Bianco all'attribuzione di poteri di regolazione del mercato del lavoro ai sindacati *comparativamente rappresentativi* in luogo della dizione *comparativamente più rappresentativi*, con le ovvie e drastiche conseguenze, tentativo di riforma poi rientrato con l'adozione già nella legge delega della formula tradizionale, si pone in chiave significativa per la comprensione dell'orientamento politico rispetto alla figura e al rilievo del sindacato.

contenuto del cosiddetto Libro Bianco¹⁹³ (con le sue affermazioni di transizione da una “logica di garanzia” ad “un’altra di funzionalità”, come se tra i due principi non ci potesse essere altro che un rapporto di necessaria reciproca esclusione)¹⁹⁴, ove si ritrovavano in embrione, ma nella loro

¹⁹¹ Riscontra che il Libro Bianco ha perlomeno il pregio di definire con chiarezza quale sia l’approccio con il quale l’attuale maggioranza si pone sul tema del mercato del lavoro e delle politiche sociali: R. VOZA, *Il libro bianco sul mercato del lavoro* (in *LG*, Milano, 2002, 18 ss.), in cui avanza in merito puntuali critiche effettuate attraverso una meticolosa rilettura letterale del testo, evidenziandone ipocrite ambiguità e apparenti contraddizioni, che facilmente contribuiscono a svelarne i fini ultimi.

¹⁹² Sulla rilevanza del nuovo assetto maggioritario e sulle responsabilità (pur con le dovute differenze di stile) dell’odierna opposizione, ieri maggioranza, nell’opera di destrutturazione sistematica del diritto del lavoro (tra i tanti possibili esempi basti ricordare il già citato *Pacchetto Treu*), si veda: F. CARINCI, *Dal Libro Bianco alla Legge delega*, in *DPL*, Milano, 2002, 727 ss.

Di contro, G. SANTORO PASSARELLI, in *Delega al Governo in materia di mercato del lavoro* (in *DPL*, Milano, 2002, 733 ss.) afferma che la visione alla base delle innovazioni introdotte dal legislatore della “Riforma Biagi”, esternata nel Libro Bianco, non è né dirompente né destrutturante del nostro sistema di regole imperniato sul rapporto di lavoro subordinato, ma piuttosto è il frutto della consapevolezza dell’essere la realtà socioeconomica del nostro paese parte di un gioco economico ben più generale,

¹⁹³ Sul punto, G. CANNELLA, *Verso lo smantellamento delle tutele del lavoro* (in *QG*, Milano, 2002, 16 ss.), articolo che rielabora la relazione introduttiva al dibattito organizzato a Roma il 14 dicembre 2001 dal *Forum Diritti-Giustizia*; nonché, F. NISTICÒ, *Giustizia del lavoro: saldi di fine stagione*, in *QG*, Milano, 2002, 30 ss.

Un’ampia disamina sul contenuto del Libro Bianco è in P.G. ALLEVA, A. ANDREONI, V. ANGILINI, F. COCCIA, G. NACCARI, *Dignità e alienazione del lavoro nel Libro Bianco del Governo*, in www.cgil.it.

Si veda, anche, T. TREU, *Il Libro Bianco sul lavoro e la delega al Governo* (in *DRI*, Milano, 2002, 115 ss.), in cui si ha conferma “diretta” ed esplicita di come (almeno talune) spinte riformatrici nella medesima direzione fossero ben antecedenti al Libro Bianco e all’attuale maggioranza.

¹⁹⁴ In proposito, si nota (R. VOZA, *op. cit.*) come nel Libro Bianco vi sia un’incrollabile convinzione, ossia che la rigidità nella regolamentazione dei rapporti di lavoro abbia finito col collocare il lavoratore *contro* il mercato, piuttosto che *nel* mercato. Solo l’introduzione di “norme leggere”, contrapposte alla nefasta “inderogabilità” della norma di legge, e la conseguente ridefinizione del diritto del lavoro come “diritto leggero” è la soluzione indicata in merito.¹⁹⁵ Cfr. A. VISCOMI, *Organizzazione e cultura organizzativa nei servizi per l’impiego*, in R. DE LUCA TAMAJO, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *op. cit.*, 449 ss. L’Autore afferma che, di fronte ad un momento che qualifica come di massima sofferenza per i soggetti pubblici

interezza programmatica, i caratteri di questa e di altre riforme, anche future, preferendo muovere non una contestazione globale e reale, ma una essenzialmente parziale e simbolica (certo necessaria ma non assorbente). Comunque, decisamente non adeguata, insomma debole, come debole rimane l'intero sistema sanzionatorio del diritto penale del lavoro.

25. Sull'effettivo coordinamento dei paralleli sistemi.

Per l'auspicato funzionamento del nuovo regime riformato in materia d'incontro tra offerta di lavoro e domanda di esso non si può che considerare condizione, pur se non sufficiente, assolutamente necessaria, una collaborazione e un coordinamento, preventivi e costanti, sia dei paralleli sistemi, centrale e periferico, che tra soggetti pubblici e privati. Ciò, tra l'altro, connesso pure all'esigenza di una "rifondazione culturale" nell'ambito delle pubbliche amministrazioni¹⁹⁵. Tuttavia, tale auspicata sinergia pare oggi assumere, nel migliore dei casi, i contorni d'un'utopia. Già riguardo al primo aspetto, infatti, riferendoci solamente ad un piano pubblico, le eccezioni di costituzionalità sollevate da alcune Regioni (incentrate sul

nelle relazioni (identitarie) con i soggetti privati, necessaria è una seria e non sterilmente aprioristica riflessione sul rapporto tra questi, l'abbandono di una commissione di funzioni in sede ispettiva, la riqualificazione, anche giuridica, dei funzionari, nonché l'adozione di un "contatto sociale" tra servizi e disoccupati, in modo che questi siano considerati nella loro "concretezza" ed "individualità" e non soltanto come fenomeno statistico.

testo riformato del Titolo V della Costituzione, in particolare rispetto all'art.117 Cost.) nei confronti e della legge delega e del decreto legislativo (ispirati, a detta di molti, più ad un modello neocentrista che federalista) ci danno ben la misura del substrato problematico ove la riforma si inserisce, al di là delle concrete risultanze a cui è addivenuta la Consulta con la sentenza n.50 del 13 gennaio 2005¹⁹⁶. Questo, tanto più alla luce di una genesi apertamente conflittuale: si pensi che il ritiro dei ricorsi pendenti dinanzi alla Corte costituzionale avverso la l. n.30/03, in cambio del riconoscimento alle Regioni delle competenze autorizzatorie, previsto da un accordo politico tra Governo e rappresentanti regionali, è stato disatteso, quasi irriso, dalla successiva presentazione da parte di alcune Regioni, tra cui Emilia Romagna, Marche, Toscana, così come pure dalla Provincia Autonoma di Trento, di ricorso d'illegittimità costituzionale nei confronti del d.lgs. n.276/03, reputato lesivo delle proprie competenze in materia di regolamentazione e governo del mercato del lavoro¹⁹⁷. Pur confinando la portata della legislazione regionale (e provinciale, laddove previsto) ad un carattere amministrativo e non

¹⁹⁶ La Corte costituzionale, difatti, con la citata sentenza, ha accolto solo parzialmente i ricorsi mossi nei confronti dei provvedimenti impugnati, sancendo l'illegittimità costituzionale del comma sesto dell'art.22 del d.lgs. n.276/03, relativo al non computo dei lavoratori somministrati ai fini dell'obbligo di assunzione di una percentuale di disabili sul totale dei dipendenti, in quanto nessuna disposizione della l. n.30/03 aveva previsto delega su tal punto, nonché dell'art.60 del d.lgs. n.276/03, in tema di tirocini estivi di orientamento, poiché la disciplina degli stessi, dettata senza alcun collegamento con rapporti di lavoro e non preordinata in via immediata ad eventuali assunzioni, è materia che attiene alla formazione professionale di competenza esclusiva delle Regioni.

¹⁹⁷ Altri, tuttavia, reputa che il conflitto sia attinente a problemi che potremmo definire più di metodo-merito che di sostanza (S. SCAGLIARINI, *La disciplina del mercato del lavoro e la questione della ripartizione di competenze Stato-Regioni*, in M. Tiraboschi (a cura di) *op. cit.*, 522 ss.

strettamente privatistico, ugualmente il principio di sussidiarietà orizzontale¹⁹⁸ parrebbe insomma messo in discussione. Del resto, anche precedenti interventi legislativi (leggasi: d.lgs. 297/02, ad esempio¹⁹⁹) non erano passati indenni ad una critica di ri-accentramento statale, avallata sfruttando l'esercizio delle competenze statali esclusive di carattere trasversale, così travalicando, principalmente sul piano funzionale e procedurale nonché organizzativo, il limite del porre principi generali o regole di coordinamento²⁰⁰. Critica, questa - a detta di alcuni²⁰¹ - estensibile, allora e ora, finanche all'operato della stessa Corte costituzionale, coartefice, per non dir complice, nella sua sempre discussa, e intravista talora come 'abusiva', seppur radicata, opera di creazione²⁰² maggiormente che d'interpretazione, in un processo di controriforma reale a fronte di una (virtuale) innovazione di legge suprema, concretizzatosi così nuovamente uno "iato tra quadro normativo costituzionale e quadro dell'effettività ordinamentale". Anche se, tuttavia, è da dire che qualcuno preferisce leggere

¹⁹⁸ Cfr. ancora M. NAPOLI, *op. cit.*, 89 ss.

¹⁹⁹ Contestato dalla Regione Emilia Romagna con ricorso del 24 Aprile 2004 nei punti di cui all'art.1, comma 2, lettere *b*) ad *l*) e all'art.2, comma 1, lettere *b*) e *h*) per supposta violazione degli artt.117 e 118 Cost.

²⁰⁰ P. TULLINI, Verso una nuova riforma del mercato del lavoro, in RGLPS, 2003, 420 ss.

²⁰¹ A. DI STASI, Quale potestà legislativa regionale in materia di lavoro, in DI, Scritti in memoria di Salvatore Hernandez, 2003, 188 ss.

²⁰² In ordine alle sentenze 'manipolative', dagli effetti innovativi, mediante le quali <<la Corte non si limita a eliminare la disposizione legislativa sottoposta al suo vaglio, ma la trasforma, la adegua, la integra>> è stato scritto, persino a livello di corso istituzionale, che <<questo tipo di sentenze ha suscitato perplessità fra gli studiosi e, soprattutto, ha talora causato difficoltà sia nei rapporti tra Corte e magistratura (in ordine all'interpretazione della legge) sia nei rapporti tra Corte e Parlamento (perché la Corte è parsa proporsi quale supplente del legislatore)>> (A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, 2004. Entrambe le citazioni sono nella stessa pagina 378).

l'accaduto solo come una marginale distorsione di un perfetto meccanismo di collaborazione tra Governo, Regioni e Province²⁰³. Per quel che poi riguarda il rapporto tra soggetti pubblici e privati e tra soggetti privati tra loro, la pressoché sterminata (e 'caoticamente frammentata',²⁰⁴) platea dei soggetti potenzialmente idonei nonché l'ammissione di uno scopo di lucro - e il conseguente regime di concorrenza e scontata dura competizione - mal si adattano con la dichiarata leale ed armonica cooperazione²⁰⁵. Tanto meno, con i fini sociali e la natura di servizio di pubblica utilità o necessità ineluttabilmente insiti nella materia stessa. Più in generale, peraltro, la gran varietà - leggibile come assoluta "frastagliatura" - nel quadro dei soggetti potenzialmente autorizzati, è destinata ad essere previsione ben altro che tranquillizzante, anche nei casi in cui tale scopo è escluso. Infatti, fermo restando che detta esclusione non fa venir meno la consapevolezza che l'interposizione di lavoro può in sé recare il germe del pericolo di abusi (pur economicamente stimolati e rilevanti), anche un semplice cattivo funzionamento del sistema, per l'eccessiva moltiplicazione, pesantezza e ripetizione delle figure idonee e delle fasi previste, pare ipotesi tutto fuorché remota. Inoltre, l'ingresso dei privati in un rapporto di (inter)mediazione non è, *di per sé* solo, sempre suscettibile di valutazione positive

²⁰³ M. TIRABOSCHI, *Regolazione del mercato del lavoro e modello organizzativo*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, 481.

²⁰⁴ Cfr., B. MAIANI, *Le agenzie per il lavoro. I requisiti soggetti, i regimi di autorizzazione e gli accreditamenti*, in L. GALATINO, *La riforma del mercato del lavoro*, 2004, 22.

²⁰⁵ Legge invece nel nuovo sistema "collaborazione", "complementarietà" e "cooperazione" S. SPATTINI, *La disciplina del mercato del lavoro: regime autorizzatorio e accreditamenti*, in M. TIRABOSCHI, *op. cit.*, 493.

Inoltre, seppur l'art.3 del decreto, attinente alle finalità del titolo del decreto dedicato all'organizzazione e disciplina del mercato del lavoro, afferma che scopo delle disposizioni ivi contenute sia quello di realizzare un sistema efficace e coerente di strumenti intesi a garantire trasparenza ed efficienza del mercato del lavoro e migliorare le capacità di inserimento professionale dei disoccupati e di quanti sono in cerca di una prima occupazione, con particolare riferimento alle fasce deboli di questo particolare mercato, tale previsione risulta di difficile conciliazione con un'altra, contenuta nel comma quinto dell'art.7 della legge delega, per cui dall'attuazione delle deleghe non devono derivare oneri aggiunti a carico del bilancio dello Stato: benché, ovviamente, non vada configurato *tout court* come aiuto agli operatori privati, l'impegno economico dello Stato in materia non pare elemento di cui facilmente si possa fare a meno²⁰⁶.

Il quadro complessivo delle incertezze, diverse e reciprocamente condizionate o esaltate da sicuri nessi economici, consente agevolmente di comprendere la responsabilità delle nostre preoccupazioni per una materia già lacerata e difficile qual è quella che disciplina l'effettivo accesso (e la relativa protezione) al primario diritto e dovere del lavoro.

²⁰⁶ Cfr. P. CURZIO, *op. cit.*, 22 ss. L'Autore rileva nella menzionata norma della legge delega la causa della sfuggevolezza della previsione relativa alla copertura finanziaria di cui all'ultimo comma del decreto, anche in relazione al disposto dell'art.81 della Costituzione secondo cui ogni legge che importi nuove e maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte.