

A mio padre Riccardo



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e Diritto del Lavoro

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN: Diritto Internazionale e Diritto Privato e del Lavoro

INDIRIZZO: Diritto del Lavoro

CICLO: XXI

CONTRATTI DI LAVORO E CERTIFICAZIONE

*Per un lettura finalisticamente orientata dell'istituto
della certificazione dei contratti di lavoro*

Direttore della Scuola : Ch.mo Prof. Paolo Zatti

Coordinatore d'indirizzo: Ch.ma Prof.ssa Adriana Topo

Supervisore: :Ch.mo Prof. Marco Tremolada

Dottorando: Claudio Fabris

INDICE

CAPITOLO I

Il lungo cammino della certificazione fra proposte dottrinali, iniziative legislative e istanze di riforma del diritto del lavoro

	<i>pag.</i>
1. <i>Il contesto storico - concettuale della certificazione: il dibattito dottrinale intorno alla crisi del diritto e del processo del lavoro.....</i>	1
2. <i>La qualificazione dei contratti di lavoro nella giurisprudenza.....</i>	10
3. <i>Il fermento progettuale degli anni '90 e la certificazione. Il Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei Lavori.....</i>	25
4. <i>Dal Libro Bianco del 2001 alla legge delega n. 30/2003.....</i>	40
5. <i>La certificazione nel d.lgs. n. 276/2003: profili generali.....</i>	56
6. <i>Le finalità vere o presunte della certificazione e il loro rilievo a fini interpretativi.....</i>	69
7. <i>Proposte e progetti di riforma della disciplina della certificazione.....</i>	76

CAPITOLO II

La certificazione fra accertamento, disposizione dei diritti e derogabilità assistita

1. <i>Introduzione.....</i>	87
2. <i>La certificazione con funzione qualificatoria.....</i>	89
2.1. <i>L'oggetto della certificazione.....</i>	89
2.2. <i>Natura e disciplina del procedimento di certificazione. L'istanza comune delle parti e il rapporto fra conclusione del contratto e certificazione.....</i>	95
2.3. <i>Segue. Il rilievo dell'attività di assistenza e consulenza alle parti. I codici di buone pratiche e i moduli e formulari.....</i>	110

	<i>pag.</i>
2.4. <i>Natura e contenuto dell'atto di certificazione. Rapporto tra atto amministrativo e contratto.....</i>	122
2.5. <i>Effetti della certificazione.....</i>	132
2.5.1. <i>Effetti della certificazione nei confronti delle parti e dei terzi privati....</i>	132
2.5.2. <i>Effetti della certificazione nei confronti degli enti pubblici.....</i>	138
3. <i>Certificazione e disposizione dei diritti.....</i>	143
4. <i>Certificazione e derogabilità assistita.....</i>	152

CAPITOLO III

I “rimedi” contro la certificazione

1. <i>I “rimedi” esperibili nei confronti della certificazione: profili introduttivi.....</i>	159
2. <i>Il ricorso per erronea qualificazione del contratto e per difformità esecutiva.....</i>	163
2.1. <i>Le ricostruzioni prospettate.....</i>	163
2.2. <i>Segue. Una lettura alternativa. L'efficacia della sentenza di accoglimento del ricorso.....</i>	169
3. <i>L'impugnazione per vizi del consenso.....</i>	181
4. <i>L'impugnazione dell'atto di certificazione davanti al T.A.R.....</i>	185
 <i>Bibliografia.....</i>	 191

CAPITOLO I

IL LUNGO CAMMINO DELLA CERTIFICAZIONE FRA PROPOSTE DOTTRINALI, INIZIATIVE LEGISLATIVE E ISTANZE DI RIFORMA DEL DIRITTO DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Il contesto storico - concettuale della certificazione: il dibattito dottrinale intorno alla crisi del diritto e del processo del lavoro. - 2. *Segue*. La qualificazione dei contratti di lavoro. - 3. Il fermento progettuale degli anni '90 e la certificazione. Il *Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei Lavori*. - 4. Dal Libro Bianco del 2001 alla legge delega n. 30/2003. - 5. La certificazione nel d.lgs. n. 276/2003: profili generali. - 6. Le finalità vere o presunte della certificazione e il loro rilievo a fini interpretativi. - 7. Proposte e progetti di riforma della disciplina della certificazione.

1. *Il contesto storico - concettuale della certificazione: il dibattito dottrinale intorno alla crisi del diritto e del processo del lavoro.*

Il d.lgs. n. 276/2003 rappresenta, allo stato, la prima parziale risposta¹ fornita dal legislatore al fervido dibattito progettuale che si è sviluppato intorno a quella che è stata definita una vera e propria crisi del diritto del lavoro e delle sue categorie fondanti, prima fra tutte la fattispecie di riferimento dell'art. 2094 c.c.²

Un lavoro che voglia cercare di fornire una lettura coerente e quanto più possibile sistematica dell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro, introdotto con il d.lgs. n. 276/2003, non può pertanto prescindere da una breve ricognizione delle ragioni della menzionata crisi del diritto del lavoro, nonché dei tentativi, dottrinali ed istituzionali, effettuati al fine di individuare le risposte più adeguate per farvi fronte, con particolare riferimento ai profili di incidenza sul tema oggetto della nostra indagine.

¹ Cfr. M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, p. 140.

² Cfr., fra gli altri, R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del «lavoro coordinato»*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, p. 41 ss.; M. BIAGI-M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno «Statuto dei lavori»?* , in *Lav. Dir.*, 1999, p. 571 ss.

Dunque, crisi del diritto del lavoro si è detto, e crisi, in particolare, della sua fattispecie centrale. Codificata nell'art. 2094 c.c., la fattispecie del lavoro subordinato nell'impresa - frutto di un lungo processo di elaborazione operato dalla dottrina a cavallo tra la fine dell'ottocento ed i primi del novecento³, e incentrata sulla figura social tipica dell'operaio, impiegato a tempo pieno e indeterminato nella fabbrica di tipo taylorista - fordista⁴ -, ha da sempre sollevato interrogativi sulla sua idoneità selettiva ai fini dell'imputazione del relativo apparato di tutele, nonché sulla congruenza fra fattispecie ed effetti⁵. Tuttavia, è a partire dagli anni ottanta, ma soprattutto dai primi anni novanta del secolo scorso, sotto la spinta dei sempre più rapidi mutamenti sociali e dei modi di produzione, collegati ai sempre più vasti fenomeni della globalizzazione dei mercati e dell'evoluzione dei processi di innovazione tecnologica, che si impone all'attenzione della dottrina la necessità di una rivisitazione critica dei paradigmi fondanti della materia, a partire proprio dalla nozione di lavoratore subordinato⁶.

Invero, la tendenziale unicità del concetto di subordinazione e del relativo modello social tipico di riferimento, come visto già fatto oggetto di critiche fin dal suo apparire, ha manifestato nel tempo, in maniera sempre più vistosa, i propri limiti quale criterio di accesso allo statuto protettivo del lavoro subordinato.

³ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, (prima ed.), Soc. editr. Libr., Milano, 1901; ID., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, (seconda ed.), Soc. editr. Libr., Milano, 1915 - 1917. Cfr. R. PESSI, *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, Cedam, Padova, 2007, p. 20.

⁴ R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro*, loc. cit.; R. PESSI, *I problemi del diritto del lavoro*, loc. cit.

⁵ Si v. L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico - critici*, Morano, Napoli, 1967, p. 142 e *passim*; ID., *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, V, t. 2, 1972, p.1025 ss. Sul punto v., altresì, M. MAGNANI, *Verso uno «Statuto dei lavori»?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1998, p. 311; nonché L. NOGLER, *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, p. 110 ss.

⁶ V., nell'ambito di una letteratura quanto mai vasta sul tema, M. BIAGI - M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato*, cit., p. 571 ss.; M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, p. 63; R. DE LUCA TAMAJO - R. FLAMMIA - M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in AA. VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, *Quaderni Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 21, 1998, p. 331 ss.; P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, 1996; M. MAGNANI, *Verso uno «Statuto dei lavori»?*, cit., p. 311 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro*, cit., p. 41 ss.; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. Dir.*, 1997, p. 173 ss.; A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. Lav.*, I, 1992, p. 479 ss.

Se in un primo momento il fenomeno è stato governato in via interpretativa dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza - che, come si vedrà⁷, fino ai primi anni ottanta ha manifestato tendenze espansive dell'area della subordinazione, salvo poi operare una netta inversione di tendenza in senso restrittivo⁸ -, successivamente, a fronte della crescente diversificazione dei modi di lavorare e del moltiplicarsi delle forme di lavoro *sui generis*, sempre più distanti dall'archetipo normativo, è stata sentita l'esigenza, sempre più pressante, di un intervento riformatore ad ampio respiro ad opera del legislatore⁹.

Non era, infatti, più possibile nascondersi come il dilagante fenomeno della c.d. fuga dal lavoro subordinato, emblematicamente rappresentato dall'esplosione delle co.co.co. dopo l'emanazione della legge n. 335/1995¹⁰, seppure certamente imputabile, almeno in parte, a comportamenti elusivi della disciplina del lavoro subordinato, esprimesse, al fondo, esigenze reali sia degli imprenditori che dei lavoratori, dovute alle trasformazioni intervenute negli ultimi anni nei rapporti sociali e di produzione¹¹.

⁷ V., *infra*, par. 2.

⁸ Per un'approfondita analisi della giurisprudenza in materia di subordinazione v. L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in AA. VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, cit., p. 143 ss.

⁹ V. gli Autori citati alla nt. 6 cui *adde* M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, cit., *passim*; M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, in AA. VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Pesaro - Urbino, 24 - 25 maggio 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 478 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in AA. VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, cit., 1998, p. 9 ss.; ID., *Classificazione dei rapporti di lavoro e prospettive di riforma*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, p. 957 ss.; T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, *passim* e spec. p. 173 ss.

¹⁰ Così, testualmente, M. MAGNANI, *Verso uno «Statuto dei lavori»?*, cit., p. 311 ss.; cfr., altresì, A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, cit., p. 176 ss.; P. ICHINO, *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1990, I, p. 77 ss.; R. SCIOTTI, *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 24/2004, p. 15. Sulla bassa percentuale italiana di inclusione nel lavoro subordinato e più in generale nel lavoro protetto v. L. NOGLER, *Statuto dei lavori e certificazione*, in *Dir. Lav., Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, 2004, p. 547 ss.

¹¹ V. M. BIAGI - M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato*, cit., p. 573 ss., ove gli Autori pongono l'accento, in particolare, sulla crescita esponenziale del lavoro nero e dell'economia sommersa, da ricondurre, in via prioritaria, alla generale crisi di legalità che caratterizzerebbe, in modo più o meno intenso, tutti i paesi europei. Sarebbero infatti "le regole di una concorrenza giocata ormai su scala sovranazionale a rendere eccentrico il ruolo della disciplina statale, contribuendo al progressivo deperimento della norma inderogabile di legge e, in definitiva, alla crisi del monopolio statale della produzione del diritto"; si dovrebbe "insomma riconoscere che molta parte dell'economia «informale» è spiegata dalla complessità (dei mercati del lavoro) più che dall'illegalità, anche se è poi vero che essa, nell'aggirare regole giuridiche inadeguate a rappresentare la realtà dei moderni modi di lavorare, si realizza mediante scappatoie e sotterfugi creatori di malessere e iniquità sociale".

Senza alcuna pretesa di esaustività, si può qui solo accennare, sul fronte delle imprese, al mutamento dei modelli organizzativi, sempre più lontani dall'organizzazione gerarchica/a piramide tipica del taylorismo - fordismo e orientati viceversa ad una struttura orizzontale e deverticalizzata, con ampia diffusione dei modelli di organizzazione reticolare della produzione¹², cui si aggiungono le necessità di competizione in un mercato globale con le relative esigenze di flessibilità e contenimento dei costi¹³. Ma anche sul fronte dei lavoratori, ad avviso di una parte della dottrina, l'opzione per il lavoro autonomo non sarebbe più sempre imposta, bensì, ormai, anche frutto di una scelta consapevole: "i lavoratori più «forti», più produttivi, più sicuri di sé", infatti, tenderebbero "a sfuggire al vincolo solidaristico ed egualitaristico insito nella disciplina inderogabile del lavoro subordinato (...) per valorizzare la propria offerta di lavoro in un rapporto più rischioso ma assai più redditizio: quello di lavoro autonomo, appunto"¹⁴.

I fenomeni appena accennati, come già detto, hanno indotto ad un ripensamento delle categorie fondamentali del diritto del lavoro e, prima ancora, del suo ambito di applicazione.

E' infatti proprio la rigorosa qualificazione binaria delle prestazioni di lavoro, stretta nell'alternativa fra autonomia e subordinazione, laddove l'opzione per l'una piuttosto che per l'altra forma di lavoro comporta l'attribuzione in blocco dell'apparato garantistico da una parte o l'assenza di qualsiasi forma di tutela dall'altra, a destare le maggiori perplessità, in un momento storico in cui le differenze specifiche fra autonomia e subordinazione, soprattutto nella c.d. zona grigia, si fanno più incerte e confuse.

Si ritiene quindi improcrastinabile una rimodulazione delle tutele previste dal diritto del lavoro lungo un *continuum* di tipologie negoziali, che dal lavoro subordinato arriva sino al lavoro autonomo, tutte accomunate da una situazione di

¹² Così R. PESSI, *Organizzazione del lavoro e qualificazione dei rapporti*, in *Dir. Lav., Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, 2004, p. 591 ss.; v., altresì, A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, cit., p. 176 ss.

¹³ V., per tutti, M. BIAGI - M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato*, cit., p. 574 s.; nonché M. MAGNANI, *Verso uno «Statuto dei lavori»?*, cit., p. 312.

¹⁴ P. ICHINO, *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale*, cit., p. 77 ss.; v., altresì, ID., *Autonomia privata individuale e qualificazione del rapporto di lavoro*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 17 ss.; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, cit., p. 177 ss., che riporta il fenomeno, in particolare, alle fasce giovanili e femminili del mercato del lavoro; R. SCIOTTI, *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 15 ss.; S. SIMITIS, *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, p. 87 ss.

dipendenza economica del prestatore, al fine di sdrammatizzare la drastica alternativa, in termini di tutele, fra lavoro autonomo e lavoro subordinato¹⁵.

Alla prefigurata modulazione delle tutele fra i vari “tipi” di lavoro, poi, dovrebbe anche corrispondere una articolazione e flessibilizzazione dello statuto protettivo caratteristico del lavoro subordinato in senso stretto cui dovrebbe fare da contrappunto una maggiore tutela del lavoratore sul mercato, secondo una linea di pensiero sposata anche a livello europeo e designata con l’ormai ben noto *slogan* della *flexicurity*¹⁶.

Può essere letta nell’ottica delle succitate istanze di flessibilizzazione la revisione ormai da tempo in corso sul ruolo tradizionalmente attribuito alla norma inderogabile nel diritto del lavoro.

La prospettiva tradizionale attribuisce carattere inderogabile alle norme di tutela del lavoro subordinato, norme finalizzate alla protezione di un interesse di carattere generale - che nel caso di specie si identifica con la tutela del singolo e la garanzia dei suoi interessi - volto al riequilibrio dell’asimmetria di potere tra le parti del rapporto, e quindi alla tutela del contraente debole, anche in ragione della “oggettiva rilevanza, nella graduazione dei valori ordinamentali, degli interessi e dei beni oggetto dello scambio”¹⁷. Da qui lo scarso rilievo attribuito nel diritto del

¹⁵ V., per tutti, A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, cit., p. 176 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro*, cit., p. 41 ss.; M. BIAGI - M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato*, cit., p. 571 ss.; M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, cit., p. 142 ss.; T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, cit., p. 176 ss.; L. GAETA, *La «nuova» subordinazione e il suo futuro*, in L. GAETA - P. TESAURO, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, I, *La subordinazione*, Utet, Torino, 1993, p. 205 ss. Sul tema, anche per una ricognizione sintetica dei diversi approcci al problema, ci si soffermerà *infra*, par. 3.

¹⁶ Non è possibile, in questa sede, dar conto, neppure brevemente, dell’amplissimo dibattito sviluppatosi in ordine ai temi accennati nel testo. Per quanto riguarda le istanze di flessibilizzazione della disciplina del lavoro subordinato, cui il legislatore, da tempo ormai, sta cercando di dare risposta, si vedano gli atti delle giornate di studio Aidlass di Pesaro - Urbino del 24 - 25 maggio 2002, raccolti in AA. VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffrè, Milano, 2003, e *ivi*, in particolare, le relazioni di A. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, e G. PROIA, *Flessibilità e tutela nel contratto di lavoro subordinato*. Per quanto attiene al necessario bilanciamento fra rimodulazione e flessibilizzazione delle tutele nel rapporto e corrispondente rafforzamento della posizione del lavoratore nel mercato, anche in un’ottica che favorisca la permeabilità e interscambiabilità fra i c.d. *insider* e *outsider* v., per tutti, P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., *passim* ma, spec., p. 33 ss. La posizione della Commissione Europea sui temi in esame è stata da ultimo espressa nel Libro Verde dal titolo “Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo”, Bruxelles, 22.11.2006, COM(2006) 708 definitivo. Sul punto vanno ricordati i rilievi critici espressi da un gruppo di giuslavoristi nel marzo 2007, reperibili in http://www.lex.unict.it/eurolabor/news/doc_libroverde.pdf; nonché da C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, p. 412.

¹⁷ Così, testualmente, M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, cit., pp. 20 e 21. Sul tema della norma inderogabile è d’obbligo il rinvio al classico lavoro di R. DE LUCA TAMAJO, *La*

lavoro all'autonomia individuale delle parti, le cui determinazioni in ordine al contenuto del regolamento negoziale, e prima ancora, nella scelta dello stesso tipo contrattuale, sono strette nella morsa della disciplina inderogabile di legge e di contratto collettivo.

A partire da una rivisitazione della *ratio* della norma inderogabile nel diritto del lavoro, sono sempre più frequenti gli inviti ad una riduzione dei suoi spazi di operatività, con una contestuale apertura di credito all'autonomia privata, di cui è espressione la tendenza, in particolare di un settore della dottrina, alla rivalutazione dell'autonomia individuale nell'operazione di qualificazione del relativo contratto¹⁸.

Sul punto, assume particolare rilievo, ai fini della presente trattazione, il pensiero di Antonio Vallebona, cui viene attribuita la paternità dell'idea originaria alla quale ha fatto seguito l'elaborazione della certificazione dei contratti di lavoro.

Anche l'Autore si muove nell'ottica di una valorizzazione dell'autonomia delle parti del contratto individuale di lavoro, concentrando tuttavia la propria attenzione sui possibili meccanismi atti a favorire il recupero della certezza del diritto. La certezza, infatti, è un diritto essenziale della persona, ormai da tempo minato dalla enorme congerie di norme che si sono stratificate nel tempo nella disciplina del diritto del lavoro ma, soprattutto, dall'uso della tecnica della norma inderogabile a precetto generico che, alla compressione dell'autonomia individuale, aggiunge una forte dose d'incertezza dovuta al fatto che la legittimità del patto o

norma inderogabile nel diritto del lavoro, Jovene, Napoli, 1976. Cfr. altresì la recentissima opera di M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009. Per ulteriori approfondimenti in ordine alla prospettiva classica relativa alla *ratio* della norma inderogabile v. C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 347 ss.

¹⁸ Sulla rivisitazione della *ratio* della norma inderogabile, di cui non è possibile, in questa sede, dare conto, v. M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, cit., p. 27 ss.; nonché P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., *passim* e, spec., p. 14 ss.; ID., *Il contratto di lavoro. I*, in A. CICU – S. MESSINEO (già diretto da), L. MENGONI (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVII, t. 2, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1 ss.; ID., *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 87 ss. Ancora, sul ruolo della norma inderogabile nell'attuale contesto del diritto del lavoro, v. C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 382 ss. Sul ruolo dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro alla luce dei più recenti sviluppi della materia v. gli atti delle giornate di studio Aidlass di Udine del 10 - 12 maggio 1991, raccolti in AA. VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1994, e ivi, in particolare, le relazioni di M. D'ANTONA, *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, e di O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*. Per quanto attiene alle richiamate necessità di un'apertura di spazi regolativi all'autonomia individuale delle parti v. gli scritti di P. ICHINO appena citati cui *adde*, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1989, e *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale*, cit., p. 77 ss.; nonché quelli di A. VALLEBONA citati alle note seguenti.

dell'atto così regolato è conoscibile solo *ex post*, sulla base della concreta valutazione del giudice¹⁹.

In un intervento nell'ambito delle giornate di studio Aidlass del 10 - 12 maggio 1991²⁰ l'Autore, dopo aver svolto i rilievi sopra riportati, sia in ordine alla necessità di valorizzare, almeno in certi contesti, l'autonomia individuale delle parti, sia in ordine alle disfunzioni, in termini di certezza del diritto, provocate dalle norme inderogabili a precetto generico, individua una soluzione ai menzionati problemi, che sia attenta, nel contempo, alla salvaguardia del perdurante bisogno di protezione degli interessi della parte debole del rapporto di lavoro.

A tal fine, propone di concedere maggiori spazi regolativi alle parti del rapporto, anche in deroga alle norme inderogabile di legge e del contratto collettivo, fatto salvo comunque un nucleo di tutele assolutamente inderogabili, con l'assistenza di un soggetto terzo, imparziale e qualificato. La proposta è quella di estendere il meccanismo previsto dall'art. 2113 c.c. dalla fase della disposizione dei diritti a quella della regolazione del rapporto, anche sulla scorta delle esperienze già maturate in altri settori dell'ordinamento, quali il diritto agrario e il diritto delle locazioni²¹. Si tratta del modello che ora viene comunemente indicato come il modello della "derogabilità assistita"²².

Il menzionato modello, ad avviso dell'Autore, avrebbe poi potuto essere utilizzato "non solo per la fissazione della disciplina del rapporto, ma anche per la

¹⁹ Il valore della certezza del diritto e la ricerca dei meccanismi atti ad operarne un recupero nel diritto del lavoro sono un vero e proprio cavallo di battaglia dell'Autore, che nel corso degli anni ha prodotto svariati scritti sul tema. V., fra gli altri, A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, cit., p. 479 ss; ID., *Alla ricerca della certezza perduta*, in *Giur. It.*, 2000, col. 1334 ss.; ID., *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, I, p. 3 ss.; ID., *Lavoro (certificazione dei contratti)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2003, p. 1 ss.; ID., *Volontà assistita e certificazione dei contratti di lavoro: due modelli diversi*, in AA. VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, I, Cedam, Padova, 2005, p. 825 ss.; ID., *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, p. 253 ss. Sul tema v. anche C. PISANI, *La norma inderogabile a precetto generico come fonte di incertezza*, in G. PERONE - A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 1 ss.

²⁰ A. VALLEBONA, *Intervento*, in AA. VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Udine 10 - 12 maggio 1991*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 130 ss., poi riprodotto nel 1992 con il titolo "Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita", lavoro più volte citato nelle note precedenti.

²¹ Sull'esperienza dei patti in deroga nel diritto agrario e delle locazioni v. l'esteso e approfondito lavoro di R. VOZA, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, p. 603 ss., cui *adde*, ora, ID., *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007.

²² In generale, sul modello della "derogabilità assistita", v. le osservazioni critiche di M. DELL'OLIO, *Ordinamento civile e diritto del lavoro: tecniche, fonti, figure*, in AA. VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, I, cit., p. 111 s.

preliminare scelta del tipo negoziale con particolare riferimento all'alternativa lavoro autonomo - lavoro subordinato". Quello che ora si è tradotto nell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro.

Di particolare interesse sono le successive precisazioni operate da Vallebona, che rileva come il soggetto terzo adito per la scelta preliminare del tipo negoziale "dovrebbe fornire *ex ante* una valutazione inoppugnabile (nostra sottolineatura) circa la rispondenza dell'accordo proposto dalle parti al tipo legale prescelto". In tal modo "residuerrebbe solo l'eventualità di controversie fondate sull'affermazione di uno scostamento di fatto nella fase esecutiva del regolamento concordato", ma "sarebbero escluse, invece, controversie fondate sulla mera denuncia di invalidità della volontà (nostra sottolineatura) originariamente manifestata nella scelta del tipo"²³.

In queste poche parole sono già contenuti *in nuce* molti dei problemi teorico - ricostruttivi dell'attuale istituto della certificazione dei contratti di lavoro, a partire da quello che verrà definito, da una parte della dottrina, "il vizio tecnico-dogmatico d'origine del modello «modenese»", favorito dalla mancata distinzione dei piani di operatività delle due diverse funzioni dell'istituto²⁴.

Sui temi qui solo accennati si ritornerà, ampiamente, nel corso della trattazione; in questa sede, a chiusura del paragrafo, è ora necessario richiamare l'attenzione, invece, sui problemi che affliggono il processo del lavoro, anch'essi di estremo interesse ai fini dell'analisi dell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro.

Come noto, il processo del lavoro, riformato nel 1973 all'insegna dei canoni dell'oralità, concentrazione e immediatezza, sconta, non da ieri, gravi problemi in termini di durata dei relativi giudizi, con conseguenti inevitabili ripercussioni sull'effettività dei diritti. La crisi, attribuita innanzitutto all'enorme carico di lavoro, è oggetto da tempo di attenzione da parte degli operatori, sfociata in numerosi

²³ A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, cit., p. 480 s. V. le caustiche osservazioni alla proposta di L. NOGLER, *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, I, p. 320.

²⁴ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, p. 208. V. altresì, per rilievi analoghi, A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI - P. A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 649.

progetti di riforma che, allo stato, non hanno tuttavia avuto riscontro sul piano del diritto positivo²⁵.

Elemento comune a tutti i menzionati progetti è la ricerca di soluzioni alternative al processo per la risoluzione delle controversie in materia di lavoro²⁶, con interventi in particolare sugli istituti della conciliazione e dell'arbitrato, in linea con l'attenzione prestata a livello europeo agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (*A.D.R. - Alternative Dispute Resolution*)²⁷.

Non sembra azzardato, sotto questo profilo, guardare alla certificazione dei contratti di lavoro come ad uno strumento *sui generis* di *A.D.R.*, volto a prevenire una lite futura anziché a porvi rimedio – in linea con la finalità deflattiva del contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro ad essa attribuita dall'art. 75 del d.lgs. n. 276/2003 -, senza considerare che le commissioni di certificazione fungono anche da organi di conciliazione con riferimento alle liti relative ai contratti da esse stesse certificati²⁸.

²⁵ Non è possibile in questa sede fornire un quadro esaustivo delle istanze riformatrici in materia di giustizia del lavoro. Ci si limita qui a menzionare gli ultimi quattro progetti di legge apparsi in ordine di tempo, vale a dire il d.d.l. S. n.1047 (Salvi, Treu e altri), presentato al Senato il 28 settembre 2006; il d.d.l. S. n. 1163 (Sacconi e altri), presentato al Senato il 14 novembre 2006; il testo deliberato l'8 maggio 2007 dalla c.d. Commissione Foglia *bis*, istituita con D.M. 28 novembre 2006 e, da ultimo, il d.d.l. C. n. 1441 *quater* - risultante dallo stralcio, deliberato il 5 agosto 2008, degli artt. 23, 24, da 37 a 39 e da 65 a 67 del d.d.l. C. n. 1441, presentato dal Governo alla Camera dei deputati il 2 luglio 2008 -, approvato dalla Camera il 28 ottobre 2008, passato quindi all'esame del Senato con il n. 1167, e ivi approvato, con modificazioni, il 26 novembre 2009, quindi tornato alla Camera, in seconda lettura, con il n. 1441 *quater* - B, su cui ci si soffermerà *infra*, par. 7. Per alcune notazioni in merito alla crisi del processo del lavoro v. L. DE ANGELIS, *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso?*, in R. DE LUCA TAMAJO - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 295 ss. V., sulle istanze di riforma, R. PESSI, *I problemi del diritto del lavoro*, cit., p. 70 ss.; A. VALLEBONA, *Processo del lavoro: un bilancio, un elogio e una proposta*, in ID., *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, Padova, 2006, p. 115 ss.; ID., *I disegni di riforma del processo del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2007, p. 358 ss.

²⁶ Cfr. A. VALLEBONA (*Processo del lavoro: un bilancio, un elogio e una proposta*, loc. cit.), ad avviso del quale "il grave problema della sempre più lunga durata del procedimento (...) dipende (...) esclusivamente dalla sproporzione tra il numero delle cause ed il numero dei magistrati. Sicché il rimedio (...) può consistere solo nell'aumento del numero dei giudici oppure nello spostamento di parte del contenzioso in altre sedi (...)".

²⁷ V. Libro Verde della Commissione Europea relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, Bruxelles, 19.04.2002, COM(2002) 196 definitivo.

²⁸ In tal senso G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006, p. 610 ss.; nonché, ci sembra, T. TREU, *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione et arbitrato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2003, p. 88 ss. Cfr., altresì, M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Questione Giustizia*, 2004, p. 733 s., che giustamente fa notare come il dibattito sugli strumenti di *A.D.R.* degli anni '90 fosse inizialmente concentrato sull'idea del "pluralismo di tutele" inteso come "possibilità di offrire ai cittadini *alternative* alla giustizia statale senza limitarsi a scoraggiare, puramente e semplicemente, la richiesta di tutela giurisdizionale statale", laddove, invece, i successivi interventi del legislatore "hanno imboccato una strada assai più semplice (...): la riduzione del contenzioso (...)

D'altronde, come si vedrà, il d.d.l. C. n. 1441 *quater* - B, attualmente all'esame della Camera, si muove proprio nella direzione di un rafforzamento del collegamento fra conciliazione, arbitrato e certificazione dei contratti di lavoro.

Si deve da ultimo segnalare come l'istituto della certificazione si inserisca in un più ampio contesto di interventi con finalità deflattive che vanno dall'introduzione della conciliazione obbligatoria, alla riforma dell'arbitrato in materia di lavoro, all'introduzione dell'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei CCNL, dapprima nel settore pubblico, quindi nel settore privato, all'attribuzione alla Suprema Corte della funzione nomofilattica anche in merito all'interpretazione e applicazione dei contratti collettivi, ancora una volta, in un primo momento nel settore pubblico, e successivamente estesa a quello privato, per finire con la riforma dei servizi ispettivi di cui al d.lgs. n. 124/2004.

2. Segue. *La qualificazione dei contratti di lavoro.*

Come già anticipato, l'articolo 75 del d.lgs. n. 276/2003, così come sostituito dall'art. 18 del d.lgs. n. 251/2004, indica espressamente quale finalità della certificazione la riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro.

All'esame del più generale contesto storico - concettuale in cui si inserisce l'istituto della certificazione, deve pertanto seguire un'analisi più specifica dei problemi attinenti al procedimento di qualificazione dei contratti di lavoro, con particolare attenzione alle relative operazioni giurisprudenziali.

Ai nostri fini, alla rapida ricognizione del procedimento di qualificazione del contratto di lavoro subordinato, con particolare riguardo ai criteri utilizzati dalla giurisprudenza per distinguere tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, dovrà fare riscontro una più attenta considerazione del ruolo attribuito alla volontà delle parti nel medesimo procedimento di qualificazione. A chiusura del paragrafo si dovrà quindi accennare al ben noto problema della c.d. indisponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro.

attraverso il tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di procedibilità dell'azione". L'Autore fa poi notare che, prima dell'introduzione della certificazione nell'ordinamento, "ancora non si era visto uno strumento deflattivo a monte e cioè all'atto dell'instaurazione del rapporto negoziale. Così come ancora non si era visto un istituto dalla efficacia *di fatto* potenzialmente enorme".

Nell'analisi delle peculiari caratteristiche del procedimento di qualificazione dal punto di vista delle relative operazioni giurisprudenziali, si deve preliminarmente operare, in linea di massima, una suddivisione delle stesse in due grandi periodi, - all'interno dei quali, seppure con le necessarie generalizzazioni, può riscontrarsi un'omogeneità di indirizzi interpretativi - il primo che arriva sino agli inizi degli anni ottanta del secolo scorso, il secondo che va dalla metà degli anni ottanta sino ad oggi²⁹.

Nel primo periodo, seppure in un contesto di pronunce estremamente contraddittorie, la giurisprudenza rivolge la propria attenzione quasi esclusivamente alla fase esecutiva del rapporto, relegando in una posizione secondaria³⁰ il ruolo da attribuire alle indicazioni provenienti dalle clausole contrattuali o dal *nomen juris* usato dalle parti, quando addirittura non ne disconosca del tutto il rilievo ai fini qualificatori³¹, orientamento, quest'ultimo, fatto proprio in particolare dai giudici di merito³².

Una simile impostazione sembra trovare riscontro in quell'atteggiamento della dottrina che, pur riconoscendo la natura contrattuale del rapporto di lavoro subordinato, ha tuttavia fortemente svalutato la rilevanza della volontà negoziale delle parti ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro. Secondo questo orientamento, infatti, sarebbe la stessa *ratio* del diritto del lavoro, la cui funzione è quella di tutelare il contraente debole impedendogli di accettare condizioni di lavoro inferiori ai minimi previsti dalla legge o dal contratto collettivo, ad imporre una limitazione dell'autonomia individuale del lavoratore già al momento della scelta fra autonomia e subordinazione, onde impedire che questi, con una siffatta scelta, rinunci in blocco al complesso delle tutele³³.

Ci sembrano particolarmente incisive, in proposito, nell'ambito di una raffinata rielaborazione del tema, le parole di Massimo D'Antona, ad avviso del quale “nel campo di applicazione del diritto del lavoro (...) la qualificazione è

²⁹ Così L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 143 ss.

³⁰ Cass. 12 ottobre 1983, n. 5946, in *Rep. Foro it.*, 1983, v. *Lavoro (rapporto)*, n. 391.

³¹ Cass. 3 novembre 1981, n. 5807, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1982, II, p. 290 s.

³² Pret. Torino 30 gennaio 1982, in *Foro it.*, 1982, I, col. 2669 ss. Sul punto vedi, oltre a L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 146 ss., P. TESAURO, *I criteri distintivi nella giurisprudenza*, in L. GAETA - P. TESAURO, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, cit., p. 99.

³³ Per un'analisi della richiamata posizione dottrinale v. P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., p. 13 ss, cui si rimanda per i relativi riferimenti; nonché, ID., *Autonomia privata individuale e qualificazione del rapporto di lavoro*, cit., p. 21 s.

vincolata alla *natura del rapporto*, ossia all'assetto di interessi che le parti hanno obiettivamente realizzato, in relazione al quale viene fissata la loro rispettiva *situazione*, qualunque sia la volontà comune ricavabile in via interpretativa dalla dichiarazione negoziale e dal regolamento contrattuale concordato. Ed il vincolo della qualificazione in base alla natura del rapporto è coerente con i referenti assiologici e con i fini della *volutas legis*, che qui domina sulla *lex voluntatis* grazie alla inderogabilità degli effetti (...)", di modo che "nel diritto del lavoro non è l'interpretazione del regolamento voluto dalle parti a stabilire la natura del contratto, ma è la qualificazione in base alla natura obiettiva del rapporto a modellare la volontà delle parti entro uno schema contrattuale tassativo, in funzione di un ordine che, pur essendo fondato sulla volontarietà di vincolo, rispecchia interessi (collettivi, pubblici) in larga misura superiori ai loro"³⁴.

La svalutazione dell'autonomia individuale e l'attenzione prevalente se non esclusiva al rapporto, si coniuga, nei procedimenti giudiziari di qualificazione, con un atteggiamento proclive ad un utilizzo elastico del concetto di subordinazione, cui consegue un ampliamento dell'area del lavoro subordinato.

Anche in questo caso, le ragioni sottese all'atteggiamento dei giudici vengono messe in luce e fors'anche giustificate dalla dottrina.

E' di rito il richiamo a Luciano Spagnuolo Vigorita che, in un'ormai celebre opera sul tema, arriva a concludere che "il problema da ritenere centrale per un idoneo accostamento al diritto del lavoro (...) è quello della individuazione del criterio per l'applicazione della normativa: ed è problema che in realtà si risolve immediatamente nella constatazione di una sfasatura tra la fattispecie e gli effetti"³⁵.

Ad avviso dell'Autore, in estrema sintesi, vi sarebbe una contraddizione tra la finalità protettiva del diritto del lavoro e lo strumento predisposto per realizzarla, di

³⁴ M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, cit., p. 75 ss. Nello stesso senso, ci sembra, L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. Dir.*, 1993, p. 29 ss.; nonché E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in ID., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 144 ss. Si vedano anche, sul punto, le osservazioni di O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 9 ss. In generale, sul rilievo del rapporto di lavoro v. G. SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Cedam, Padova, 1957; ID., *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, in G. MAZZONI (fondato da), G. SUPPIEJ (diretta da), *Enc. Giur. Lav.*, vol. 4, Cedam, Padova, 1982.

³⁵ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit., p. 139 ss.; ID., *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, cit., p. 1057 ss., ove, a p. 1069, l'Autore esplicitamente dichiara che "la prospettiva indicata non fa che sottrarre al dominio dell'inconscio il criterio consuetamente adoperato dalla giurisprudenza".

modo che, a mano a mano che ci si allontana dalla figura tipica del lavoro organizzato in fabbrica, il dato giuridico della subordinazione, consistente nella particolare modalità esecutiva della prestazione lavorativa, soggetta al potere direttivo del datore di lavoro, “entra in una tensione progressivamente più accentuata tra il rispetto formale dell’autonomia valutativa della norma e la fedeltà al particolare fine perseguito da questa”³⁶

Sarebbe pertanto impossibile pervenire ad una nozione unitaria di subordinazione sulla base del dato tecnico della eterodirezione, “poiché gli elementi della direzione e della dipendenza, congiuntamente richiamati dall’art. 2094 c.c., hanno un valore più descrittivo di situazioni giuridicamente già individuate e circoscritte, e dunque indicativo della funzione della normativa lavoristica, che non autonomamente qualificativo”³⁷.

Pertanto, al di fuori del caso di effettiva coincidenza della fattispecie concreta con quella assunta come tipica, la qualificazione del singolo contratto di lavoro dovrà essere operata con riguardo al singolo caso concreto, in base ad un giudizio che tenga conto del maggiore o minore accostamento del rapporto di lavoro concretamente svoltosi ai caratteri che contraddistinguono l’ipotesi più frequente di lavoro subordinato, e intesa come fattispecie tipica, rinunciando ad un giudizio, tipicamente sussuntivo, di identità fra fattispecie concreta e fattispecie astratta³⁸.

Dunque, nella succitata operazione di ampliamento dei confini della subordinazione - confortata, come appena visto, dalla dottrina -, la giurisprudenza ha proceduto, oltre che attraverso la già menzionata svalutazione della volontà delle parti, anche elasticizzando il concetto di subordinazione, e allo scopo ha proceduto sostanzialmente in due direzioni.

Innanzitutto, al tradizionale criterio della eterodirezione, intesa in senso tecnico-funzionale, come soggezione del prestatore di lavoro al potere direttivo del datore di lavoro, vengono affiancati ulteriori elementi sui quali basare l’operazione di qualificazione, senza peraltro richiederne la contestuale presenza ai fini del riconoscimento della subordinazione, essendo sufficiente, allo scopo, un mero giudizio di prevalenza.

³⁶ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, cit., p. 1065.

³⁷ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, cit., p. 1068.

³⁸ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, cit., p. 142.

In tale contesto, l'attenuazione o la stessa assenza dell'indice della eterodirezione può, di volta in volta, essere sopperito dalla presenza di uno o più degli altri indici ritenuti "essenziali", relativi, in particolare, all'oggetto della prestazione (obbligazione di mezzi - obbligazione di risultato) ed alla collaborazione (intesa come inserimento del prestatore di lavoro nella organizzazione aziendale), cui potrebbe, forse, aggiungersi quello della continuità³⁹.

In secondo luogo, ai criteri ritenuti essenziali la giurisprudenza ha affiancato, ai fini della distinzione fra lavoro autonomo e subordinato, ulteriori indici quali la presenza di un orario di lavoro rigido e predeterminato, le modalità della retribuzione, l'incidenza del rischio, la proprietà degli strumenti di lavoro. Si tratta di indici sussidiari, di per sé compatibili anche con la configurazione di un rapporto di lavoro autonomo, utilizzabili come meri indizi della sussistenza degli elementi fondamentali.

La progressiva espansione del campo di applicazione del diritto del lavoro, conseguente all'uso della pluralità di indici o elementi essenziali e sussidiari appena elencati, secondo combinazioni sempre variabili, si accompagnava, inevitabilmente, ad ampi margini di discrezionalità dei giudici.

Dal canto suo, la dottrina, nel medesimo periodo, mentre da un lato ha cercato di individuare con precisione le caratteristiche specifiche della fattispecie del lavoro

³⁹ V., seppur con impostazioni diverse l'uno dall'altro, L. MENGhini, *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 147 ss. e 150 ss.; M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, cit., p. 880 s.; F. LUNARDON, *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, p. 411 ss.; ID., *La subordinazione*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. CESTER, II ed., Utet, Torino, 2007, p. 7 ss. Ciascuno degli indici richiamati nel testo è stato oggetto di analisi, con notazioni prevalentemente critiche dell'atteggiamento della giurisprudenza, da parte della dottrina. In questa sede, per naturali ragioni di economia, non è possibile ripercorrere il menzionato dibattito, per il quale si rimanda al lavoro di L. MENGhini appena citato. A titolo esemplificativo, si può solo ricordare come il requisito dell'inserimento del prestatore nell'organizzazione del datore di lavoro sia stato oggetto di valutazioni opposte. Così, ad avviso di M. PERSIANI (*Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, cit., p. 880 s.) il richiamo a tale requisito svela un atteggiamento della giurisprudenza incline, al di là del contingente riferimento ai più svariati indici ulteriori, a dare rilievo essenziale all'assetto di interessi perseguito dalle parti, relativo allo svolgimento di un'attività che costituisca di per sé un risultato utile per il creditore, in quanto sia organizzata da quest'ultimo o contribuisca al funzionamento dell'organizzazione da lui presupposta, e ciò in conformità a quanto dallo stesso Autore teorizzato in *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966, *passim* e spec. p. 285 ss. Diversamente, proprio l'attenzione della giurisprudenza nei confronti del medesimo requisito, ad avviso di L. SPAGNUOLO VIGORITA, (*Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, cit., p. 1055 ss. e 1067 s.), sarebbe indice della difficoltà di pervenire ad una coerente nozione unitaria di subordinazione sulla base del riferimento ad una specifica prestazione lavorativa, inconfondibile per il modo in cui è resa, e dunque sempre uguale.

subordinato⁴⁰, senza peraltro approdare a soluzioni condivise, dall'altro ha in buona parte assecondato, come già accennato, le tendenze espansive della giurisprudenza.

A partire dalla fine degli anni settanta, tuttavia, le dimensioni sempre più vaste assunte dal fenomeno espansivo, congiuntamente all'estendersi della c.d. zona grigia fra autonomia e subordinazione, favoriscono lo svilupparsi di un ampio dibattito sul metodo, nel tentativo di razionalizzare e contenere le operazioni giurisprudenziali di qualificazione⁴¹.

Si allude alla nota contrapposizione tra i fattori del metodo sussuntivo e i fattori del metodo tipologico. Il tradizionale approccio sillogistico, proprio del metodo sussuntivo, basato sul riscontro della presenza nel caso concreto di tutti gli elementi propri della fattispecie astratta, viene infatti messo in discussione dai sostenitori del diverso approccio tipologico alla questione qualificatoria.

Partendo dal presupposto dell'impossibilità di pervenire ad una nozione unitaria di subordinazione, quest'ultimo metodo ritiene di dover abbandonare il giudizio di identità del caso concreto rispetto al tipo legale, cui dovrebbe sostituirsi un giudizio di maggior o minor vicinanza della fattispecie concreta rispetto al tipo normativo presupposto dalla norma definitoria (ovvero il modello sociale sottostante alla fattispecie astratta), sulla base del riscontro della presenza di indici che, in virtù di un giudizio sintetico, facciano propendere l'interprete per l'una (subordinazione) o per l'altra (autonomia) fattispecie⁴².

Tale metodo, oltre a rappresentare in maniera più confacente le operazioni giurisprudenziali di qualificazione, si adatterebbe meglio al dato normativo

⁴⁰ Per un'efficace sintesi delle posizioni dottrinali in materia di subordinazione v. L. GAETA, *Teorie e metodologie della subordinazione*, in L. GAETA - P. TESAURO, *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, cit., p. 45 ss.; nonché ID., *Subordinazione e autonomia nella dottrina*, ivi, p. 61 ss. Cfr., altresì, L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 179 ss.

⁴¹ F. LUNARDON, *La subordinazione*, cit., p. 5.

⁴² L'apertura al metodo tipologico, in Italia, viene generalmente ricondotta, nel campo del diritto civile, a G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974, sulla base delle elaborazioni dogmatiche concepite nell'ambito dell'ordinamento tedesco. Nel diritto del lavoro, tuttavia, l'antesignano di tale metodo è considerato già L. SPAGNUOLO VIGORITA (*Subordinazione e diritto del lavoro*, cit.), anche se, come accennato nel testo, il dibattito si svilupperà solo verso la fine degli anni settanta. Possono, fra gli altri, ricordarsi, nell'ambito del metodo tipologico, M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, cit., p. 79 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, p. 309 ss.; F. LUNARDON, *La subordinazione*, loc. cit. Fra i sostenitori del metodo sussuntivo, tuttora prevalente in dottrina, v. P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., p. 54 ss.; G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, p. 87 ss., ove questi svolge argomenti contenuti nel suo precedente lavoro monografico sul tema: *Rapporto di lavoro e tipo (considerazioni critiche)*, Giuffrè, Milano, 1997, cui si rimanda per ulteriori citazioni bibliografiche e per l'analisi del richiamato dibattito.

contenuto nell'art. 2094 c.c. Verrebbe inoltre favorito un miglior adattamento della fattispecie ai mutamenti della realtà sociale, permettendo, altresì, di operare una modulazione delle tutele già in via interpretativa. D'altronde, non sarebbe possibile imputare al metodo tipologico un ampliamento dei margini di discrezionalità dell'interprete, discrezionalità che, seppure mascherata da operazioni più o meno esplicite di manipolazione del dettato normativo, caratterizzerebbe anche il metodo sussuntivo; anzi, fra i due metodi, quello tipologico permetterebbe un miglior controllo del percorso argomentativo dei giudici e, in ultima istanza, dell'esercizio della loro discrezionalità.

Non è possibile in questa sede riportare compiutamente le obiezioni mosse ai fautori del metodo tipologico né, di conseguenza, l'intero dibattito in materia⁴³, si può qui solo ricordare come, nel tentativo di superare le critiche più radicali mosse a tale metodo - consistenti, come già in parte anticipato, nella eccessiva discrezionalità lasciata all'interprete senza tuttavia modificare sostanzialmente la logica del procedimento sussuntivo - sia stata proposta da una parte della dottrina una sua variante c.d. funzionale.

Il metodo tipologico funzionale permetterebbe di circoscrivere e nel contempo controllare l'esercizio della discrezionalità dell'interprete, poiché gli indici posti a base del giudizio di approssimazione, lungi dall'essere lasciati all'intuizione del giudice, dovrebbero essere visti nelle loro reciproche interrelazioni, al fine di saggiarne l'idoneità a svolgere, nelle mutevoli situazioni concrete, una medesima

⁴³ Agli Autori citati nella nota precedente adde L. MENGONI, *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, p. 5 ss; nonché E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, cit., p. 136 ss. e spec. p. 139, ove l'Autore invita a non sopravvalutare la controversia metodologica sulla qualificazione del rapporto, poiché, in fin di conti, fra i due metodi non vi sarebbe una vera e propria alternativa, quanto, se non si è capito male, una reciproca integrazione. Come si vedrà, la questione del metodo si è trasferita nel dibattito sulla certificazione, ove si possono trovare interpreti ad avviso dei quali l'istituto provvederebbe a codificare un procedimento di qualificazione sussuntivo e interpreti ad avviso dei quali, invece, la certificazione non potrebbe essere compresa se non nel contesto di un procedimento di qualificazione tipologico. Fra i primi v. R. SCIOTTI, *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 31; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, cit., p. 583, nt. 5; fra i secondi v. A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 667 ss. Ritiene che la certificazione procedimentalizzi il metodo di qualificazione e lo renda più certo e controllabile G. PERONE, *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione regolata dal d.lgs. n. 276 del 2003*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Grandi*, Cedam, Padova, 2005, p. 559 ss.; nonché ID., *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in G. PERONE - A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 415 ss.

funzione, da rapportare, sulla base di un giudizio di equivalenza, alla funzione tipizzata dal legislatore⁴⁴.

Accanto al dibattito sul metodo, nel corso degli anni ottanta, riprendono anche gli studi sulla fattispecie astratta della subordinazione, in ordine ai quali, ai nostri fini, è necessario ricordare il tentativo di operare una rivalutazione della volontà individuale delle parti nel procedimento di qualificazione del contratto di lavoro.

Secondo tale impostazione dottrinale, alla base delle difficoltà teoriche e operative incontrate nelle operazioni di qualificazione del contratto di lavoro vi sarebbe proprio la propensione a svalutare l'autonomia individuale del lavoratore nel momento genetico del rapporto, sulla presupposto che tale opzione sarebbe necessaria per proteggerlo dalle conseguenze della sua debolezza contrattuale.

La debolezza contrattuale, tuttavia, verrebbe erroneamente assunta come dato presupposto, prima di aver operato la qualificazione, e dunque, prima ancora di aver accertato se davvero, nel singolo caso, si è di fronte o meno ad un lavoratore subordinato.

L'analisi dello stesso dato positivo, invece, avallerebbe la necessità di tornare al contratto e alla piena valorizzazione del dato "formale" contenuto nella originaria manifestazione di volontà, senza che a ciò osti l'inderogabilità delle norme istitutive dell'apparato protettivo del lavoro subordinato.

Correttamente, tuttavia, si precisa che il recupero del ruolo della volontà individuale non significa valorizzazione del *nomen iuris*, vale a dire dell'autoqualificazione del contratto come autonomo o subordinato operata dalle parti, poiché la qualificazione, qui, come d'altronde in tutto il diritto privato, non è

⁴⁴ L. NOGLER, *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, I, p. 182 ss.; nonché, con ampia argomentazione, ID., *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, p. 109 ss. Può essere utile notare come, proprio nel pieno del dibattito sul metodo, prendendo atto delle difficoltà teoriche di pervenire ad una soddisfacente nozione unitaria di subordinazione, e della netta contrapposizione fra i fautori dei due metodi contrapposti, uno dei futuri artefici delle riforme poi sfociate nell'emanazione della c.d. legge Biagi, M. TIRABOSCHI (*Premesse per uno studio della giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 31 ss.), avesse prospettato la necessità di affrontare uno studio sistematico delle sentenze abbandonando la consuetudine inveterata dello studioso a fermare la propria attenzione solo sulle massime e a leggerle dal particolare punto di vista del proprio interesse a sostenere questa o quell'altra tesi, bensì cercando di ricostruire, nei limiti del possibile, tutto l'iter giudiziale che ha portato alla singola decisione, per ottenere un quadro quanto più possibile sincero e fedele della realtà giudiziale in ordine al discusso problema della subordinazione. Come si vedrà, tale proposta dovrà essere tenuta in debito conto in sede di analisi dei moduli e formulari di cui all'art. 78, co. 5, d.lgs. n. 276/2003.

nella disponibilità delle parti, ma è demandata all'ordinamento, e nella specie al giudice.

Piuttosto, si tratta di ricondurre la qualificazione alla volontà delle parti in merito ai singoli elementi essenziali del tipo, ovvero alla definizione negoziale della struttura del rapporto contrattuale.

Ciò non significa, ancora, attribuire valore essenziale e determinante alla mera manifestazione formale di volontà contenuta nella stipulazione originaria circa l'assetto dei reciproci interessi, quanto, piuttosto indagare l'intento effettivo delle parti, anche attraverso la verifica del loro successivo comportamento attuativo.

Non si nega quindi il ruolo essenziale del momento attuativo, quanto, piuttosto, si sottolinea l'esigenza di leggerlo alla luce del necessario rispetto della natura contrattuale del rapporto di lavoro, ai fini dell'indagine sull'assetto dei reciproci interessi voluto dai contraenti, anche in applicazione del principio fondamentale in materia di interpretazione dei contratti posto dall'art. 1362, co. 2, c.c.

Si tratterebbe, in conclusione, di dismettere la convinzione, o meglio l'atteggiamento teorico, incline ad operare la qualificazione sulla base della valutazione del comportamento delle parti naturalisticamente inteso, come se l'obbligazione di lavoro di cui all'art. 2094 c.c. avesse origine dalla legge, sulla base di un determinato atteggiarsi dei comportamenti reciproci delle parti, e non dal contratto. Solo in tal modo, fra l'altro, sarebbe possibile recuperare una nozione unitaria di subordinazione, basata su dati positivi⁴⁵.

⁴⁵ P. ICHINO, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., p. 14 ss. e 30 ss.; ID., *Autonomia privata individuale e qualificazione del rapporto di lavoro*, cit., p. 21 ss.; ID., *Il contratto di lavoro. I*, cit., p. 269 ss. In proposito, è utile ricordare come siffatta impostazione si coniughi con una rivisitazione complessiva della *ratio* del diritto del lavoro, alla luce del mutamento del quadro sociale e produttivo; in proposito v., *supra*, par. 1. Opera una rivalutazione dell'autonomia individuale, seppure nell'ambito di una diversa ricostruzione complessiva che valorizza la retribuzione come elemento qualificante della fattispecie lavoro subordinato, anche R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 169 ss. ove l'Autore osserva come la giurisprudenza, dando rilievo pressoché esclusivo alla situazione di fatto, abbia utilizzato "in maniera abnorme la previsione di cui al secondo comma dell'art. 1362 c.c.". *Contra*, nel quadro di una complessa ricostruzione della fattispecie di subordinazione che integra il momento collettivo a quello individuale, M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, cit., *passim* e spec. p. 52 ss. e 333 ss.; nonché L. NOGLER, *Metodo tipologico*, cit., p. 211 s. e 219 ss. Deve osservarsi, peraltro, come già nel 1972 M. PERSIANI (*Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, cit., p. 846 ss.) avesse operato una lettura "contrattualistica" del rilievo dato dai giudici alla situazione di fatto determinata dal comportamento delle parti, mettendo in luce come molte volte ci si imbatta in motivazioni incomplete che, a fronte di un richiamo per più versi incongruente al solo art. 1362, co. 2, c.c., considerano in realtà il comportamento delle parti alla stregua di un indice presuntivo del fatto che l'accordo iniziale fosse

La giurisprudenza non è rimasta insensibile al descritto dibattito dottrinale e, a partire indicativamente dalla seconda metà degli anni ottanta, ha mutato il proprio orientamento in tema di qualificazione almeno in tre direzioni fondamentali: ha specificato e ristretto la nozione di subordinazione, ha chiarito il ruolo e la rilevanza da attribuire agli elementi sussidiari e, infine, ha operato una rivalutazione dell'autonomia individuale delle parti⁴⁶.

Innanzitutto, ai fini della sussistenza di un contratto di lavoro subordinato, non è più richiesta la presenza di una pluralità di indici, posti tutti sullo stesso piano, ma si ritiene necessario e sufficiente che il lavoratore sia soggetto al potere direttivo del datore di lavoro. Per vero, non è infrequente nelle massime l'accostamento al requisito dell'eterodirezione di quello dell'inserimento della prestazione lavorativa nell'organizzazione di impresa, tuttavia tale ulteriore requisito, molto spesso, non è ritenuto sufficiente, in difetto dell'assoggettamento al potere direttivo, per qualificare il rapporto di lavoro come subordinato⁴⁷.

Del concetto di eterodirezione, poi, viene data una nozione ristretta, richiedendo che la prestazione lavorativa sia regolata nel suo svolgimento in modo che il potere direttivo si estrinsechi in ordini specifici relativi all'esecuzione della prestazione medesima, anche se non mancano sentenze che si accontentano di mere direttive dettate in via programmatica, anche solo all'inizio dell'avvio del rapporto di lavoro⁴⁸.

simulato. In tal modo, il disinteresse dei giudici per il momento contrattuale, solo apparente, potrebbe essere giustificato dal fatto che questi prescindono soltanto dal contratto simulato, senza peraltro dichiararne la nullità e senza chiedere la prova rigorosa della simulazione. V., sul punto, anche L. NOGLER, *Metodo tipologico*, cit., p. 218, nt. 137; nonché E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2004, I, p. 550, ove si sottolinea come nella netta maggioranza dei casi chi abbia concluso un contratto di lavoro autonomo non ricorra all'istituto della simulazione ma cerchi di "provare che il negozio debba essere qualificato come di lavoro subordinato, dall'inizio e nonostante le espresse e difformi dichiarazioni", di modo che, al fondo, "si situa una questione di interpretazione, impostata per lo più con il richiamo dell'art. 1362, secondo comma, Cod. Civ.". Sulla divergenza fra il programma negoziale ed il successivo comportamento delle parti, v., di recente e ampiamente, nell'ottica della valorizzazione dell'autonomia individuale, G. PELLACANI, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. La divergenza fra il programma contrattuale ed il concreto atteggiarsi del rapporto*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim* e spec. p. 205 ss.

⁴⁶ V. L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 145 e 163 ss.

⁴⁷ V. Cass., 9 marzo 2009, n. 5645, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009; Cass., 12 dicembre 2001, n. 15657, in *Dir. Prat. Lav.*, 2008, p. 707 ss.; Cass., 13 luglio 1988, n. 4150, in *Foro it.*, 1989, I, col. 2908. Cfr. L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 670 s.

⁴⁸ Per la nozione ristretta di subordinazione v. Cass., 22 agosto 2003, n. 12364, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, p. 1991; Cass., 3 aprile 1990, n. 2680, in *Riv. Giur. Lav.*, 1991, II, p. 196. Per il concetto più ampio v. Cass., 27 novembre 2002, n. 16805, in *Foro it.* 2003, I, col. 1148; Cass., 3 febbraio 1986, n. 648, in *Not. Giur. Lav.*, 1986, p. 295. Cfr. F. LUNARDON, *L'uso giurisprudenziale degli*

Gli indici in precedenza ritenuti essenziali, quindi, vengono fatti confluire nella categoria degli indici sussidiari, indici di cui la giurisprudenza continua ad avvalersi, seppur precisandone i criteri di utilizzo.

Si chiarisce, infatti, che vengono in rilievo solo qualora il carattere distintivo del rapporto non sia agevolmente apprezzabile⁴⁹, ovvero nei casi in cui nella fattispecie concreta non emergano elementi univoci a favore dell'autonomia o della subordinazione⁵⁰. Inoltre, non è sufficiente la presenza di un solo indice sussidiario, ma ve ne deve essere più d'uno e, valutati globalmente, devono formare indizi gravi precisi e concordanti della subordinazione⁵¹.

La giurisprudenza, poi, come anticipato, opera anche una rivalutazione dell'autonomia privata⁵².

indici di subordinazione, cit., p. 408 ss.; ID., *La subordinazione*, cit., p. 8 ss.; P. TESAURO, *I criteri distintivi nella giurisprudenza*, cit., p. 83 ss.; L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 172. V. E. GHERA (*Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, cit., p. 133 s.), ad avviso del quale, “accanto al modello tradizionale (di stampo taylorista - fordista) della subordinazione – eterodirezione, caratterizzato da una divisione gerarchica e parcellizzata del lavoro” si sarebbe avvertita “l'importanza di un modello organizzativo diverso, quello della subordinazione – coordinamento, che si può definire flessibile perché caratterizzato dalla sottoposizione del lavoratore al mero controllo sul risultato finale, quantitativo o qualitativo, della prestazione”. Anche ad avviso di G. RICCI (*La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità, limiti*, in R. DE LUCA TAMAJO - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 335), la giurisprudenza, a fronte della proliferazione dei nuovi lavori e del cambiamento degli assetti dell'organizzazione del lavoro, avrebbe dilatato la *vis expansiva* del diritto del lavoro, utilizzando la tecnica della c.d. subordinazione “attenuata”. Infatti, ad avviso della Cassazione, il vincolo della subordinazione verrebbe ugualmente a configurarsi, “nella misura in cui le direttive programmatiche di massima (e non puntuali e dettagliate) impartite dal datore di lavoro risultino tali da funzionalizzare l'attività del prestatore di lavoro ai fini economici e agli obiettivi dell'impresa”.

⁴⁹ Cass., 29 novembre 2007, n. 24903, in *Dir. Prat. Lav.*, 2008, p. 715.

⁵⁰ Cass., 3 giugno 1998, n. 5464, in *Dir. Prat. Lav.*, 2008, p. 709.

⁵¹ Cass., 27 febbraio 2007, n. 4500, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, p. 433 s.; Cass., 28 settembre 2002, n. 14071, in *Dir. Prat. Lav.*, p. 709; Cass. 10 febbraio 1992, n. 1502, in *Dir. Prat. Lav.*, 1992, p. 1152. Cfr. L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 175; nonché F. LUNARDON, *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, cit., p. 405 ss.; ID., *La subordinazione*, cit., p. 7 ss., ad avviso della quale, tuttavia, bisognerebbe distinguere fra indici essenziali esterni (inserimento nell'organizzazione dell'impresa, continuità, collaborazione), ovverosia l'insieme dei parametri che possono considerarsi esterni rispetto al contenuto dell'obbligazione, i quali tuttavia possono sostituire l'indice principale o compensare una sua attenuazione, e indici meramente sussidiari (orario di lavoro, oggetto della prestazione, rischio, modalità della retribuzione), che possono avere solo la funzione di rafforzare i precedenti ma non sostituirli; non dissimile la posizione di P. TESAURO, *I criteri distintivi nella giurisprudenza*, cit., p. 82.

⁵² Sono di estremo interesse, sul punto, le osservazioni di M. D'ANTONA (*Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, cit., p. 68 s. e 86 ss.), laddove l'Autore rileva la necessità di un aggiornamento teorico della nozione di subordinazione, reclamato dai due prepotenti fattori di innovazione intervenuti nel corso degli anni ottanta e novanta: da un lato l'emersione di figure di lavoratori la cui prestazione non corrisponde allo stampo oggettivo della subordinazione, dall'altro, “il revival del contratto individuale come strumento di programmazione personalizzata della prestazione, in apparente contraddizione con la tradizionale centralità del rapporto, «luogo» in cui le circostanze della prestazione normalmente si specificano a misura dell'organizzazione del datore di lavoro”. Dunque rivalutazione del contratto individuale come strumento indispensabile di

Il nuovo atteggiamento della giurisprudenza si manifesta, innanzitutto, in un più frequente richiamo, nell'opera di qualificazione, alla volontà comune dei contraenti, segno, ad avviso di una parte della dottrina, della maturata consapevolezza che l'opera di qualificazione del rapporto si risolve innanzitutto nell'interpretazione della volontà delle parti⁵³.

Ciò non significa che venga meno, o acquisti comunque minor rilievo, lo svolgimento del rapporto - che rimane comunque il punto di riferimento imprescindibile del procedimento di qualificazione⁵⁴ -; piuttosto, il comportamento delle parti viene letto, in chiave contrattualistica, come manifestazione della loro effettiva intenzione.

Ferma quindi la prevalenza del concreto svolgimento del rapporto di lavoro, si fa tuttavia sempre più frequente, in giurisprudenza, il riferimento al *nomen iuris* attribuito dalle parti al contratto, o al contenuto delle pattuizioni inserite nel relativo documento.

La volontà espressa al momento della stipulazione del contratto viene in considerazione, soprattutto, qualora nella fattispecie concreta non siano facilmente rinvenibili i caratteri differenziali fra autonomia e subordinazione⁵⁵, ovvero qualora il rapporto, nel suo concreto esplicarsi, presenti elementi tali da essere compatibile con l'una o con l'altra ipotesi⁵⁶, e ancora, quando una prestazione è idonea ad essere effettuata sia in regime di autonomia che di subordinazione⁵⁷.

Si precisa, inoltre, come le dichiarazioni assumano maggior valore qualora la volontà negoziale si sia espressa in modo libero nonché in forma articolata, sì da concretizzarsi in un documento ricco di clausole aventi ad oggetto le modalità dei rispettivi diritti ed obblighi⁵⁸, di modo che, in tal caso, il giudizio relativo agli indici

programmazione dei vincoli e dei costi della prestazione entro l'assetto organizzativo prescelto dal datore di lavoro da cui "trae alimento la tendenza giurisprudenziale ad assegnare rilievo al *nomen iuris* allo scopo di escludere la qualificazione del rapporto di lavoro subordinato".

⁵³ Così L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 163 ss. V. Cass. 11 maggio 1982, n. 2935, in *Rep. Foro It.*, 1982, voce Lavoro (rapporto), n. 270; Cass. 23 luglio 2004, n. 13884, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, p. 1787 s.

⁵⁴ Cass. 20 marzo 2007, n. 6622, in *Dir. Prat. Lav.*, 2008, p. 710. Cfr. R. SCIOTTI, *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 17, che rileva come il recupero dell'autonomia contrattuale miri, in questo senso, ad una valorizzazione della effettiva volontà delle parti, cioè della volontà non meramente dichiarata; nonché O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 11 s.

⁵⁵ Cass. 17 giugno 2009, n. 14045, in *D&G*, 2009

⁵⁶ Cass. 14 maggio 2009, n. 11207, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009

⁵⁷ Trib. Milano, 12 gennaio 2002, in *Dir. Prat. Lav.*, 2008, 711.

⁵⁸ Cass. 17 giugno 2009, n. 14045, loc. cit.

ricavati dallo svolgimento del rapporto deve essere particolarmente rigoroso per poter contraddire il contenuto del contratto.

Come rilevato in dottrina, non mancano ambiguità o vere e proprie confusioni concettuali nel nuovo orientamento della giurisprudenza, in particolare laddove, in alcune pronunce, si assimila la volontà delle parti agli indici sussidiari⁵⁹, mostrando così di ignorare che si tratta invece dell'oggetto essenziale dell'indagine, oppure ancora, e soprattutto, laddove si assimila il *nomen iuris* dato dai contraenti al contenuto delle pattuizioni, quando invece è evidente che solo quest'ultimo deve assumere rilievo, dal momento che, in base ai principi generali dell'ordinamento, ai privati non è attribuito il potere di autoqualificare il contratto stipulato⁶⁰.

Di fatto, il nuovo filone giurisprudenziale sembra assumere rilievo essenzialmente sul piano probatorio, orientando la decisione nel senso risultante dall'atto scritto ogni qual volta non sia possibile provare l'esistenza della subordinazione o dell'autonomia sulla base del riscontro dato dal comportamento successivo⁶¹. Sul punto, è stato rilevato che in tal modo si è invertito il precedente indirizzo che, nei casi dubbi, faceva operare una specie di presunzione di subordinazione⁶².

Una parte della dottrina, tuttavia, ha messo in evidenza come nel corso degli anni novanta si possa registrare un ulteriore passo avanti della giurisprudenza - a dire il vero di un indirizzo minoritario della stessa - nel recupero della volontà delle parti ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro. In particolare, alcune pronunce ritengono che si possa procedere senz'altro attraverso l'analisi della volontà cartolare qualora il lavoratore non sia nei confronti della controparte in

⁵⁹ Cass. 17 giugno 2009, n. 14045, loc. cit.

⁶⁰ G. PELLACANI, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, cit., p. 208; L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, cit., p. 30 s.; L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 169 e p. 186, che rileva come proprio questa confusione concettuale possa aver attirato le critiche della dottrina sul nuovo corso della giurisprudenza. Proprio quest'ultima osservazione può dar ragione dei rilievi fortemente critici di G. FERRARO, *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 30/2005, p. 9.

⁶¹ L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni*, cit., p. 186; R. SCIOTTI, *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 18. Sul punto v. anche L. NOGLER, *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative*, cit., p. 316; nonché O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 12, che rileva come la riscoperta giurisprudenziale di un'efficacia discreta del *nomen iuris* adoperato dalle parti del contratto di lavoro, per non apparire paradossale, deve potersi leggere come una, se pur minima, elasticizzazione del procedimento di qualificazione, in situazioni che presentano tratti di particolare ambiguità.

⁶² F. LUNARDON, *La subordinazione*, cit., p. 17, che rileva come in tal senso dovrebbe operare il meccanismo della certificazione dei contratti di lavoro.

posizione di inferiorità economico - sociale e di debolezza contrattuale, e così, ad esempio, in ipotesi di elevato livello della prestazione offerta, ovvero di operatore qualificato da particolari attitudini personali⁶³.

In ogni caso, e il punto è ormai pacifico, come si vedrà, in nessun caso il riferimento alla volontà può essere inteso quale abilitazione a disporre liberamente intorno al tipo negoziale “sino al punto di poter selezionare, con una semplice manifestazione di volontà, la legge regolatrice dell’assetto di interessi sostanziale (e non solo apparente), voluto”⁶⁴.

In materia, sono intervenute in successione, non tanto, o non solo, con riguardo ai poteri delle parti private quanto, piuttosto, in ordine alla discrezionalità dello stesso legislatore in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro, due sentenze della Corte Costituzionale, e precisamente la sentenza 25 - 29 marzo 1993, n. 121⁶⁵, e la sentenza 23 - 31 marzo 1994, n. 115⁶⁶.

Con le menzionate sentenze⁶⁷, la Corte Costituzionale, dopo aver statuito che "non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura, ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento per dare attuazione ai principi, alle garanzie e ai diritti dettati dalla Costituzione a tutela

⁶³ Così R. SCIOTTI, *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 20 ss., cui si rimanda per i relativi riferimenti giurisprudenziali.

⁶⁴ L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, cit., p. 31, ma il rilievo, come detto, è pacifico sia in dottrina che in giurisprudenza.

⁶⁵ Pubblicata in *Foro It.*, 1993, I, col. 2432.

⁶⁶ Pubblicata in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, p. 297 ss. V. anche C. Cost., 12 febbraio 1996, n. 30, in *Not. Giur. Lav.*, 1996, p. 105 ss. In argomento, M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, cit., p. 63 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I, p. 95 ss.; M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 26 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro*, cit., p. 61 ss.; A. CONTI, *Il problema dell'indisponibilità del tipo contrattuale*, in G. PERONE - A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 155 ss.; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, p. 299 ss. Cfr. altresì E. GHERA, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, cit., *passim* ma spec. p. 121 ss. e 144 ss.; L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, cit., p. 32 ss.; F. LUNARDON, *La subordinazione*, cit., p. 37 s.

⁶⁷ La prima di accoglimento e la seconda interpretativa di rigetto, relativamente a due leggi microsettoriali in materia di disciplina applicabile, rispettivamente, al personale a prestazioni saltuarie assunto presso la Presidenza del Consiglio dei ministri ed il Ministero del Turismo e dello Spettacolo (art. 11, l. 23 giugno 1961, n. 520), e ai contratti d'opera o per prestazioni professionali a carattere individuale presso le province, i comuni, le comunità montane e i loro consorzi, le Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza (IPAB), gli enti non commerciali senza scopo di lucro che svolgono attività socio-assistenziale e le istituzioni sanitarie operanti nel Servizio sanitario nazionale (art. 13, l. 23 dicembre 1992, n. 498, come sostituito dall'art. 6 *bis* del decreto-legge 18 gennaio 1993, n. 9, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 18 marzo 1993, n. 67).

del lavoro subordinato⁶⁸, ha poi precisato che “a maggior ragione non sarebbe consentito al legislatore di autorizzare le parti ad escludere direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato”. Infatti, “i principi, le garanzie e i diritti stabiliti dalla Costituzione in questa materia (...) sono e debbono essere sottratti alla disponibilità delle parti. Affinché sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, essi debbono trovare attuazione ogni qual volta vi sia, nei fatti, quel rapporto economico-sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti. Pertanto, allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento - eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni stipulate e con il *nomen iuris* enunciato - siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile⁶⁹”.

Nemmeno il legislatore potrebbe, pertanto, sia direttamente, sia indirettamente, autorizzando a ciò le parti o i terzi, separare la subordinazione dallo statuto protettivo che, anche in applicazione del disposto costituzionale, accede al contratto di lavoro subordinato, imponendo una diversa qualificazione a rapporti che, di fatto, abbiano comunque realizzato i presupposti tipici della subordinazione⁷⁰.

E' questa la lettura più piana, e ricorrente, delle sentenze della Corte Costituzionale⁷¹, anche se si deve ricordare come il riferimento della Corte al rapporto economico - sociale, cui sarebbero collegate le garanzie costituzionali, abbia indotto parte della dottrina a configurare un limite più stringente alla discrezionalità del legislatore. Questi, nel modellare le stesse fattispecie astratte, secondo la prospettata lettura, non potrebbe infatti disattendere la corrispondenza costituzionalmente necessitata fra il significato classificatorio del concetto di

⁶⁸ Sentenza n. 121 del 1993.

⁶⁹ Sentenza n. 115 del 1994.

⁷⁰ Orientamento costantemente, seguito anche dal Supremo Collegio; per tutte v. C. Cass., 25 maggio 1998, n. 5214, in *Dir. Prat. Lav.*, 2008, p. 708.

⁷¹ V. R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, cit., p. 118 ss.; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 648; R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro*, cit., p. 61; M. MAGNANI, *Verso uno «Statuto dei lavori»?*, cit., p. 313; M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 26 ss.

subordinazione (individuato dagli elementi che caratterizzano la fattispecie astratta) e il significato assiologico dello stesso (che fisserebbe la posizione dei soggetti del rapporto di lavoro nella rete delle relazioni economiche e giustificerebbe una protezione specifica del lavoratore)⁷².

Non è possibile, nell'economia del lavoro, andare oltre queste brevi notazioni in ordine ad un tema così complesso e delicato che, toccando i punti nevralgici del diritto del lavoro, richiederebbe ben altro approfondimento.

Preme però sottolineare come tutta l'elaborazione concettuale della certificazione, soprattutto nella sua variante qualificatoria, abbia dovuto scontare, fin dalle sue prime prospettazioni teoriche, le difficoltà insite nei limiti imposti proprio dal principio della indisponibilità del tipo contrattuale, al punto che, in dottrina, è stato rilevato come vi sia “un evidente rapporto inversamente proporzionale tra utilità del sistema certificatorio e legittimità costituzionale” poiché “ove si volesse attribuire piena forza legale al sistema delle certificazioni dei rapporti di lavoro (...) di fatto verrebbe vanificata la possibilità di ricorso al giudice naturale (...)” mentre, ove non si volesse invece “riconoscere efficacia vincolante alla certificazione, non potrebbe che concludersi per la manifesta inutilità dell'istituto in oggetto”⁷³.

Sul punto, peraltro, ci si soffermerà diffusamente nei paragrafi che seguono.

3. *Il fermento progettuale degli anni '90 e la certificazione. Il Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei Lavori.*

Si è già accennato all'esigenza, avvertita nel corso degli anni novanta del secolo scorso, di procedere ad un intervento riformatore di ampio respiro nel campo

⁷² Così M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, cit., p. 73 ss. Con la conseguenza che potrebbe, forse, essere messa in discussione la costituzionalità di leggi che configurino fattispecie astratte di rapporti di lavoro che, pur dotati dei caratteri che né imporrebbero sul piano assiologico la riconduzione nel novero della subordinazione, da questa vengano esplicitamente escluse (v., p. es., i lavori socialmente utili o gli *stages*). Sulla scia di D'Antona, seppur in posizione critica, anche V. SPEZIALE (*La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 302) ritiene che il giudice delle leggi abbia fatto propria una nozione effettuale di subordinazione, considerata come presupposta dal sistema dei diritti costituzionali del lavoratore. *Contra*, per tutti, v. L. MONTUSCHI, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, cit., p. 32; R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro*, loc. cit.

⁷³ A. AVONDOLA, *Certificazione e legittimità costituzionale*, in R. DE LUCA TAMAJO - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 309.

del diritto del lavoro, e si sono anche già brevemente delineati il percorso e le ragioni che hanno portato alla consapevolezza della necessità di un tale intervento⁷⁴.

Si tratta, ora, di tracciare a grandi linee il quadro delle più significative proposte di riforma elaborate nel periodo considerato, ponendo l'accento sui progetti concernenti la certificazione, con particolare riguardo al *Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei Lavori* del 1998.

Il panorama progettuale degli anni novanta è estremamente vasto e articolato, in questa sede si prenderanno in considerazione solo i progetti di carattere generale, senza tuttavia entrare nel merito delle singole proposte, bensì cercando di delineare le grandi direttrici di riforma, anche al fine di valutarne l'incidenza sul succitato *Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei Lavori* che pone al centro della immaginata riforma proprio la certificazione, e su cui, inevitabilmente, il discorso dovrà farsi più analitico.

Dovendo procedere ad una ricognizione delle proposte progettuali, si può inizialmente operare una distinzione di massima fra progetti di origine dottrinale e progetti di origine istituzionale (governativa o parlamentare); a loro volta, fra i menzionati progetti, alcuni si sono limitati ad un discorso di carattere scientifico, altri sono stati tradotti in articolati normativi più o meno compiuti, altri ancora sono sfociati in vere e proprie proposte e disegni di legge.

Fra le proposte di origine dottrinale verranno considerate quelle di P. Alleva⁷⁵, di M. D'Antona⁷⁶, di R. De Luca Tamajo - R. Flammia - M. Persiani⁷⁷ e di P. Ichino⁷⁸; fra quelle di origine governativa, il progetto di uno Statuto dei lavori del

⁷⁴ V., *supra*, par. 1.

⁷⁵ P. ALLEVA, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*, in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Ediesse, Roma, 1996, p. 187 ss.; proposta elaborata nell'ambito del Coordinamento Giuridico CGIL.

⁷⁶ M. D'ANTONA, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, cit., p. 195 ss.; proposta anch'essa elaborata nell'ambito del Coordinamento Giuridico CGIL. Per una illustrazione del pensiero alla base del progetto vedi M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, cit., *passim* ma spec. p. 86 ss.

⁷⁷ R. DE LUCA TAMAJO - R. FLAMMIA - M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici*, cit., p. 331 ss.; proposta presentata per la prima volta nel 1996 in un convegno di ambito confindustriale. Un'ulteriore illustrazione del progetto si trova in R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro*, cit., p. 41 ss.

⁷⁸ P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., *passim*; ma vedi già ID., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, cit., p. 231 ss.

1998, riconducibile a M. Biagi (e a M. Tiraboschi)⁷⁹, e il d.d.l. S. n. 3512/1998⁸⁰; mentre, fra quelle di ambito parlamentare, il d.d.l. C. n. 3423/1997⁸¹, il d.d.l. C. n. 3972/1997⁸² e il d.d.l. S. n. 2049/1997⁸³.

Tutti i progetti elencati, fatta eccezione per quello relativo al socio di cooperativa, che ha un oggetto più limitato, partono dal già descritto presupposto comune della perdita di centralità della figura social – tipica dell'operaio della grande e media industria e dalla conseguente frammentazione o, forse, sarebbe meglio dire, frantumazione dei modelli di riferimento, cui fa da contrappunto il sempre maggior bisogno di tutele da parte della vasta schiera di lavoratori situati al confine con il lavoro subordinato o, addirittura, difficilmente classificabili (la c.d. zona grigia). Situazione cui consegue la necessità di procedere ad una rimodulazione delle tutele, con l'apertura di spazi regolativi a favore della norma inderogabile anche nell'area del lavoro autonomo⁸⁴.

⁷⁹ Un'illustrazione del progetto, seppure a grandi linee, ma di estremo interesse, come si vedrà, ai nostri fini, si può rinvenire nell'*Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, di ambito governativo e pubblicata anonima - ma, come già detto, riconducibile a M. BIAGI (e a M. TIRABOSCHI) - in AA. VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, cit., p. 347 ss. La proposta di articolato normativo, contestualmente alla versione approvata dal Senato del d.d.l. S. n. 2049, è stata pubblicata, con il titolo *Il dibattito sui nuovi lavori: due disegni di legge a confronto per una difficile mediazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1999, 271 ss. Il testo dell'articolato è ora rinvenibile anche in appendice a T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, cit., p. 317 ss.; nel testo del volume appena menzionato (cap. IV, p. 173 ss.) è altresì contenuta una spiegazione chiara e approfondita dell'intero progetto. Vedi, inoltre, M. BIAGI, *Progettare per modernizzare*, in appendice a T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, cit., p. 269 ss.; M. BIAGI - M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato*, cit., p. 571 ss.; M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 478 ss.

⁸⁰ Revisione della legislazione in materia cooperativistica, con particolare riferimento alla posizione del socio lavoratore. Presentato, nel corso della XIII legislatura, al Senato della repubblica, il 16 settembre 1999, dall'allora Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale T. Treu. Il d.d.l. originario, contenente all'art. 6 una delega in materia di certificazione, è poi diventato, con modificazioni (fra cui l'espunzione della citata delega), la l. n. 142/2001. Sulla prima versione del d.d.l. v. M. Biagi, *La «flessibilità certificata» del socio di cooperativa*, in *G. Lav.*, 1998, n. 38, p. 12 ss.

⁸¹ *Norme per l'inquadramento giuridico e per la tutela della parasubordinazione e del lavoro autonomo non regolamentato*. Presentato, nel corso della XIII legislatura, alla Camera dei deputati, il 13 marzo 1997, primi firmatari i deputati Mussi, Innocenti e Veneto. Mai approvato.

⁸² *Disciplina del contratto di lavoro coordinato*. Presentato, nel corso della XIII legislatura, alla Camera dei deputati, il 9 luglio 1997, primi firmatari i deputati Lombardi e Salvati. Mai approvato.

⁸³ *Norme di tutela dei lavori «atipici»*. Presentato, nel corso della XIII legislatura, al Senato della Repubblica, il 27 gennaio 1997, primi firmatari i senatori Smuraglia e De Luca. Approvato, con modifiche, dal Senato, il 4 febbraio 1999, è poi passato all'esame della Camera dei deputati con il n. 5651, ove non è mai stato approvato definitivamente.

⁸⁴ Così M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, cit., p. 142 ss., ove è rinvenibile anche una breve analisi dei progetti. Per un'approfondita e illuminante disamina delle proposte dottrinali v. A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, cit., p. 183 ss. e M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 9 ss., ove anche un commento ai d.d.l. V., altresì, M. BIAGI - M.

Dato questo presupposto comune, tuttavia, i singoli progetti divergono l'uno dall'altro, anche in modo radicale, per quanto attiene sia agli obiettivi di fondo da raggiungere, sia, più in particolare, alle tecniche cui fare ricorso.

Da quest'ultimo punto di vista, è frequente, in dottrina, una classificazione basata sull'ottica prescelta per procedere ad una riforma del diritto del lavoro, a seconda che questa intervenga prevalentemente operando sul versante delle fattispecie oppure, all'opposto, su quello delle tutele, seppur con la consapevolezza dei limiti insiti in una tale suddivisione⁸⁵.

Accedendo a tale classificazione, va certamente annoverato fra i progetti che intervengono sul versante delle fattispecie quello di R. De Luca Tamajo - R. Flammia - M. Persiani.

Gli illustri Autori, infatti, per governare la complessità dei rapporti di lavoro dell'era post-fordista, propongono la creazione di un *tertium genus*, che si collochi fra il lavoro autonomo e quello subordinato e al tempo stesso si distingua dall'uno e dall'altro⁸⁶.

La novella fattispecie, che si candiderebbe, forse, a costituire il baricentro dell'intero sistema, sarebbe costituita dai rapporti, collocati prevalentemente nella c.d. zona grigia, che implicano un'elevata interdipendenza tra la prestazione lavorativa e un'attività imprenditoriale, e assorbirebbe fattispecie ora riconducibili sia al lavoro autonomo che a quello subordinato⁸⁷.

Il lavoro subordinato, invece, dovrebbe essere contenuto nei limiti della figura storica del prestatore di lavoro presupposta dall'attuale art. 2094 c.c., e in maniera non dissimile dovrebbe essere circoscritto l'ambito del lavoro autonomo (art. 2222

TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato*, cit., p. 576 ss.; M. MAGNANI, *Verso uno «Statuto dei lavori»?», cit.*, p. 311 ss.; L. NOGLER, *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative*, cit., p. 311 ss.; O. FANELLI, *Quale disciplina per i lavori atipici*, in *Foro It.*, 2000, V, col. 17 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro*, cit., p. 48 e 51 ss.; R. PESSI, *I problemi del diritto del lavoro*, cit., p. 21 ss.

⁸⁵ Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 13 s.

⁸⁶ Sul punto v. le interessanti osservazioni sull'inutilità se non, addirittura, inconfigurabilità logica di un *tertium genus*, di M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 14 ss.

⁸⁷ R. DE LUCA TAMAJO - R. FLAMMIA - M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici*, cit., p. 341 e 343.

c.c. e ss.). Alle due figure così delineate andrebbero mantenuti i rispettivi statuti protettivi⁸⁸.

Al lavoro coordinato, invece - che eroderebbe una buona fetta dell'attuale campo di applicazione del lavoro subordinato -, verrebbe riconosciuto uno zoccolo minimale di tutela, superiore a quello attualmente riconosciuto alle collaborazioni coordinate e continuative (all'epoca ancora non esisteva il lavoro a progetto, che, per inciso, non sembra oggi inverare il *tertium genus*, poiché saldamente ancorato nell'alveo del lavoro autonomo)⁸⁹.

Si muovono, invece, sul versante delle tutele, le proposte di P. Alleva e M. D'Antona, che prescindono dalla configurazione di una nuova fattispecie.

Le due proposte, al fine di pervenire ad una rimodulazione delle tutele, muovono da un raffinato presupposto comune, salvo poi divergere nettamente in ordine agli obiettivi politici perseguiti.

In entrambi i progetti si rileva come, al di là della dicotomia lavoro subordinato/lavoro autonomo, che comunque rimane ferma, sia possibile individuare “un'area di continenza fra lavoro autonomo e contratti di lavoro diversi ma limitrofi (...) una intera *famiglia* di rapporti di lavoro (...)” accomunata dal contenuto minimo dell'atto di autonomia negoziale, il contratto stipulato fra le parti, rappresentato “dall'interesse comune all'integrazione onerosa del lavoro personale per gli scopi unitari dell'attività economica altrui”⁹⁰.

A quest'area di continenza, definita lavoro *sans phrase* (lavoro senza aggettivi), che costituirebbe “il centro gravitazionale”⁹¹ dell'intero sistema, dovrebbe essere riconosciuto uno zoccolo minimo di tutele, salvo procedere “all'aggiunta” dell'ulteriore apparato protettivo, tipico del lavoro subordinato, nei confronti di quei lavoratori che integrano, oltre a quelli caratterizzanti l'intera area di continenza, anche i presupposti tipici del lavoro subordinato.

⁸⁸ R. DE LUCA TAMAJO - R. FLAMMIA - M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici*, loc. cit.

⁸⁹ R. DE LUCA TAMAJO - R. FLAMMIA - M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici*, cit., p. 343 ss. Sul punto v. A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, cit., p. 193 ss. ad avviso del quale la proposta “contiene la più ardita strumentazione concettuale volta ad assecondare e guidare la nuova produzione di senso nell'universo del lavoro post-fordista” cui consegue tuttavia una “netta «de-lavorizzazione»” da vagliare e discutere attentamente.

⁹⁰ M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, cit., p. 85.

⁹¹ M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, loc. cit.

Si parla di area di continenza poiché, in realtà, il lavoro senza aggettivi non costituirebbe una nuova fattispecie, bensì rappresenterebbe un contenitore, al cui interno andrebbe a confluire un'intera famiglia di contratti, riconducibili alle diverse fattispecie tipiche, tutti accomunati dalla continuità e dal coordinamento indispensabili all'integrazione dell'attività lavorativa per i fini unitari dell'organizzazione del datore di lavoro.

Nella propria elaborazione, poi, D'Antona, va oltre, e amplia il concetto di lavoro senza aggettivi - inteso, in quest'ottica, come istituto economico - sociale⁹² -, aprendolo alle diverse forme di integrazione contrattuale del lavoro nell'attività economica.

A quest'ultima categoria, la più ampia, verrebbero riconosciute le sole garanzie minime di istituto, laddove, invece, al concetto più ristretto di lavoro *sans phrase*, costituito, come già detto, dai contratti di lavoro che realizzano l'integrazione onerosa del lavoro nell'attività economica del datore di lavoro, apparterrebbero anche le protezioni che garantiscono una dinamica fra le parti effettiva ed equilibrata.

Ad un livello ancora più elevato verrebbero a porsi i veri e propri lavoratori subordinati, la cui individuazione, peraltro, e a differenza di quanto ora accade con l'art. 2094 c.c., non verrebbe operata con una precisa norma definitoria, bensì a mezzo di una presunzione relativa, basata sugli indici empirici elaborati dalla giurisprudenza in materia di subordinazione, da valutare globalmente, in base ad un giudizio sintetico, secondo il classico modo di operare del metodo tipologico⁹³. Ai lavoratori subordinati, come già detto, dovrebbero essere riconosciute le tutele più forti, così come oggi le conosciamo.

Di particolare interesse ai nostri fini, come si vedrà, è l'affermazione di D'Antona, ad avviso del quale, dopo essersi così attenuato il divario di tutele fra le varie fattispecie, al fine di qualificare "i rapporti di lavoro in cui la prestazione non fosse soggetta a vincoli temporali rigidi, a controlli puntuali e a direttive continue,

⁹² M. D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, cit., p. 86.

⁹³ M. D'ANTONA, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, cit., pp. 196 e 198. Per una critica serrata alla presunzione di subordinazione immaginata da D'Antona, v. L. NOGLER, *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative*, cit., p. 311 ss.

pur essendo coordinata e continuativa, si potrebbero abilitare le parti a scegliere il tipo contrattuale, nei casi e secondo le procedure previste dai contratti collettivi”⁹⁴.

Proprio quest’ultima affermazione porta direttamente a quello che è stato definito⁹⁵ il vizio tecnico-dogmatico dell’attuale istituto della certificazione, foriero delle maggiori difficoltà ricostruttive. Vizio fatto proprio dagli ideatori dello Statuto dei lavori e consistente nell’immaginare di attribuire alle parti un potere di qualificazione del contratto che invece, per i principi generali dell’ordinamento, spetta solo al giudice, laddove alle parti compete unicamente la determinazione del contenuto dell’accordo, ovverosia i reciproci obblighi e diritti.

Come detto, Alleva muove dal medesimo presupposto di fondo di D’Antona, ma la sua preoccupazione principale, a differenza di quest’ultimo, è esclusivamente quella di ampliare l’area del lavoro subordinato in senso stretto - attraverso la tipizzazione di una definizione molto ampia del contratto di lavoro (v. art. 1 del progetto) - e di estendere anche al lavoro coordinato e continuativo (la residua area di continenza del lavoro *sans phrase*) alcune tutele minime proprie del lavoro subordinato⁹⁶.

Nell’ambito delle proposte di origine dottrinale, da ultimo, va menzionata quella di P. Ichino, anch’essa annoverabile fra le proposte che si muovono dal lato delle tutele.

Questo autore, le cui idee sono state definite tanto articolate quanto dissacranti e provocatorie⁹⁷, parte dal presupposto che il lavoro subordinato debba essere messo in grado di competere con il lavoro autonomo e a tal fine, anche sulla scorta dei risultati dell’analisi economica del diritto, propugna un ridimensionamento delle tutele che ne costituiscono lo statuto protettivo, contestualmente ad una estensione selettiva delle tutele nell’ambito del lavoro autonomo⁹⁸.

Ampio spazio, in questa ricostruzione, verrebbe attribuito all’autonomia privata, alla quale, salva una rete di protezione, comune al lavoro autonomo e a

⁹⁴ M. D’ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, cit., p. 90.

⁹⁵ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 208. V. anche par. 1, testo e nt. 23.

⁹⁶ P. ALLEVA, *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*, cit., p. 187 ss e spec. p. 190.

⁹⁷ A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, cit., p. 191.

⁹⁸ In proposito, in dottrina, si è parlato di una sostanziale parificazione verso il basso degli *standards* protettivi nella proposta di Ichino. V. A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, cit., p. 191.

quello subordinato, presidiata da norme inderogabili, dovrebbe essere demandato il compito di definire l'assetto di interessi più appropriato.

In tale contesto, il ruolo della norma inderogabile verrebbe molto ridimensionato per far posto a contratti - tipo disciplinati da norme disponibili, a seconda dei casi, con l'assistenza di un rappresentante sindacale o in forma scritta⁹⁹.

Particolare attenzione poi viene prestata da Ichino al mercato, e ivi ai problemi di asimmetria informativa, come luogo verso cui "spostare" le tutele, per correggere lo squilibrio di potere tra lavoratore e imprenditore¹⁰⁰.

Il quadro così delineato riassume i progetti dottrinali, cui vanno ad aggiungersi i tre disegni di legge, di origine parlamentare, sopra elencati.

Di essi non ci occuperemo espressamente se non per ricordare che si muovono tutti nell'ambito della fattispecie, immaginando una terza tipologia di contratti di lavoro, variamente denominata, cui imputare alcune tutele proprie del lavoro subordinato. Del d.d.l. C. n. 3423, poi, può essere segnalato l'art. 11, in cui fa la sua prima comparsa una delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro.

Qualche parola in più dovrà invece spendersi, in sede di analisi dello Statuto dei lavori, per il d.d.l. S. n. 2049, che nel corso dell'*iter* parlamentare ha visto intrecciate le sue sorti proprio con quelle dello Statuto, di cui ora passiamo ad occuparci.

Come giustamente rilevato, il progetto di Statuto dei lavori, "commissionato" dall'allora Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale T. Treu, nell'estate del 1997, a M. Biagi, è tributario delle proposte avanzate da Ichino e D'Antona, oltre che dell'originaria idea di A. Vallebona, già illustrata in precedenza¹⁰¹.

Nell'*Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, invero, gli autori, sembrano voler partire in sordina, senza ambizioni riformatrici ad ampio respiro. Infatti, dopo aver passato in rassegna alcuni fra i principali percorsi di riforma del diritto del lavoro italiano apparsi in quegli anni, osservano come ognuno di essi presenti specifici obiettivi di politica del diritto e di politica legislativa, l'uno diverso dall'altro, tutti rappresentati all'interno dello schieramento di maggioranza

⁹⁹ P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., p. 54 ss. V., sull'intero disegno, i rilievi critici di A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, cit., p. 191 ss.

¹⁰⁰ P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., p. 31 ss. V., tuttavia, sul punto, gli attenti rilievi di M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 418 ss.

¹⁰¹ V. par. 1. In tal senso cfr. M. PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 26.

del tempo, per concludere quindi che, per attenuare le polemiche e le contrapposizioni ideologiche, l'obiettivo dichiarato avrebbe dovuto "apparire meno ambizioso e, allo stesso tempo, più pragmatico", di modo che l'ipotesi di uno Statuto dei lavori avrebbe potuto trovare maggiore consenso e praticabilità se fosse stato presentato "come uno strumento diretto a garantire una maggiore certezza del diritto in materia di rapporti di lavoro e fosse dunque sostanzialmente preordinato alla riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro"¹⁰².

Per perseguire l'obiettivo, gli Autori propongono di procedere in due direzioni, indissolubilmente legate l'una all'altra: da una parte, l'introduzione di un meccanismo di certificazione, in sede amministrativa, della qualificazione assegnata dalle parti al rapporto di lavoro, dall'altra, al fine di rendere effettivo il meccanismo di certificazione, l'attenuazione di una delle cause, se non la principale, dell'elevato contenzioso sulla qualificazione, ovverosia l'eccessivo differenziale di tutela fra lavoro autonomo e lavoro subordinato, attraverso la riduzione del menzionato differenziale¹⁰³.

In realtà, dietro alle dichiarazioni programmatiche, si cela un ambizioso progetto di riforma che ruota proprio attorno all'istituto della certificazione¹⁰⁴.

L'idea di partenza del progetto, come d'altronde di tutti gli altri passati in rassegna, è la rimodulazione delle tutele, ottenuta operando sul versante delle tutele stesse.

A tal fine, rinunciato a qualunque intervento sulle fattispecie¹⁰⁵, si propone di sostituire la dicotomia lavoro autonomo/lavoro subordinato con un *continuum* di tipi di attività posti lungo l'asse che dal lavoro autonomo porta al lavoro subordinato, per operare una redistribuzione delle tutele fra tutte le attività che compongono il *continuum*.

¹⁰² *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, cit., p. 347.

¹⁰³ *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, cit., p. 350.

¹⁰⁴ Come rilevato dallo stesso M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 487 ss.

¹⁰⁵ Poiché, lo rilevano M. BIAGI e M. TIRABOSCHI (*Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato*, cit., pp. 582 e 586), qualunque intento definitorio si rivelerebbe vano a fronte di "una realtà contrattuale in rapido e continuo mutamento".

In questo contesto, l'idea è quella di procedere ad una selezione delle tutele, raggruppate in base al bene protetto, secondo la ben nota immagine dei cerchi concentrici¹⁰⁶.

Al cerchio più ampio corrisponderebbero i diritti essenziali della persona (es. principio di non discriminazione, tutela della salute e della sicurezza) da imputare a qualsiasi forma di lavoro autonomo e subordinato; un secondo cerchio, più ristretto, raggrupperebbe la previdenza sociale e la regolazione del mercato del lavoro, da riferire anch'esso, tendenzialmente, ma con una latitudine inferiore, alla vasta platea del lavoro autonomo e subordinato; ancora, un terzo cerchio, di dimensioni più ridotte, dovrebbe ricomprendere alcune tutele essenziali ora proprie del solo lavoro subordinato, da estendere ad alcune ipotesi di lavoro autonomo, e così via fino a giungere al lavoro subordinato vero e proprio, cui corrisponde il cerchio più piccolo, coincidente con l'intero statuto protettivo del diritto del lavoro, secondo un criterio ordinatore dato dal grado di dipendenza economica del lavoratore¹⁰⁷.

Nell'ambito di questo disegno, potremmo dire a cerchi, andrebbe individuato un nucleo di diritti fondamentali, più ampio del primo cerchio sopra indicato - in linea di massima di specificazione del dettato costituzionale e di principi contenuti in fonti internazionali e comunitarie¹⁰⁸ -, "indisponibili" in sede negoziale, presidiato da norme inderogabili. Al di fuori di questo ambito, ampio spazio dovrebbe essere riconosciuto all'autonomia collettiva o anche all'autonomia individuale, opportunamente assistita in sede di certificazione, per la modulazione del programma negoziale¹⁰⁹.

Concretamente, il progetto viene articolato riunendo le tutele - che comprendono, come visto, anche quelle afferenti al mercato del lavoro, nonché

¹⁰⁶ Cfr. M. BIAGI - M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato*, cit., pp. 582 e 586, ove gli Autori propongono di predisporre, "una volta superata la tradizionale contrapposizione binaria tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, una serie di tutele per cerchi concentrici e geometrie variabili a seconda dell'istituto da applicare".

¹⁰⁷ T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, cit., p. 196 ss. V., tuttavia, V. PINTO - R. VOZA, *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, I, p. 480 s., ad avviso dei quali - relativamente al Libro Bianco, ma con valutazioni riferibili anche al progetto di Statuto dei lavori -, "piuttosto che a una rimodulazione e/o redistribuzione delle tutele in relazione alle varie tipologie di contratti di lavoro e alle esigenze di protezione caratteristiche di ciascuna, il governo pare intenzionato a realizzare una vera e propria riduzione degli *standard* attuali di tutela attualmente riconosciuti ai lavoratori subordinati. Non a caso, infatti, gli estensori del Libro bianco non indicano il criterio ordinatorio da porre a base della suddetta rimodulazione".

¹⁰⁸ M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 495.

¹⁰⁹ *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, cit., p. 370.

all'assistenza e previdenza¹¹⁰ - per gruppi di istituti omogenei, contenuti in autonomi titoli, per ognuno dei quali viene individuato l'apposito campo di applicazione, con le relative tipologie di lavoro che vi entrano a far parte. All'inizio di ogni titolo, poi, viene indicato se le relative norme siano derogabili o meno in sede di certificazione, ed eventualmente i casi e le condizioni della ammessa derogabilità.

Questo, semplificando e in sintesi, il contenuto del progetto, nel quale, come detto, la certificazione svolgeva un ruolo centrale, poiché in quella sede, fatti salvi i diritti presidiati da norme inderogabili, le parti, di volta in volta, e secondo limiti variabili, in funzione della tipologia negoziale o anche in dipendenza della rispettiva forza contrattuale, avrebbero potuto modulare il programma negoziale in base alle rispettive esigenze.

In tal modo, infatti, si sarebbe inciso “sul gioco delle convenienze nella scelta del tipo contrattuale da parte dei privati” con il duplice risultato di intervenire sulla principale causa del contenzioso qualificatorio e di “governare in modo pragmatico e flessibile il processo, da tempo indagato e peculiare al nostro ordinamento, di fuga dal lavoro dipendente”¹¹¹.

In questo contesto, la certificazione qualificatoria acquista forza e valore in collegamento con la funzione di “derogabilità assistita”, come ben espresso da uno degli Autori del progetto, laddove afferma che la certificazione dei rapporti di lavoro avrebbe potuto “avere qualche utilità pratica solo se indissolubilmente correlata a un più esteso progetto di rimodulazione degli assetti delle tutele, oggi troppo sbilanciate a favore del lavoro subordinato”¹¹².

Ma proprio la possibilità data alle parti di modulare il programma sembra accompagnarsi, secondo una logica non dissimile a quella di D'Antona, ad una limitata disponibilità del tipo in sede di qualificazione certificata.

Disponibilità che, in quel contesto, forse, avrebbe potuto avere un significato a fronte della, seppur limitata, libertà di determinazione del contenuto del contratto,

¹¹⁰ Secondo la già menzionata logica della *flexicurity*, patrocinata anche a livello europeo; v., *supra*, par. 1.

¹¹¹ M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 490.

¹¹² M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 492 ss.

soprattutto in quei rapporti che si collocano ai confini fra autonomia e subordinazione¹¹³.

Diversamente, nell'attuale contesto, ove, come si vedrà, la certificazione assume prevalentemente, se non esclusivamente, funzioni qualificatorie, la medesima disponibilità del tipo assume il significato di un vizio tecnico-dogmatico¹¹⁴, e tuttavia sembra assunta a presupposto inespresso della disciplina, che la rende farraginosa e di difficile sistematizzazione, alla luce dei principi generali dell'ordinamento¹¹⁵.

Quanto affermato trova conferma nel disposto di alcune norme del progetto di Statuto dei lavori poi trasfusa, con interpolazioni, nella disciplina della certificazione dei contratti di lavoro di cui agli artt. 75 ss. d.lgs. n. 276/2003.

Si tratta dell'art. 38, co. 1, lett. c), del progetto, secondo il quale “una volta certificato, il contratto non potrà essere impugnato se non per vizi del consenso”, norma che poi è stata trasposta, con una formulazione estremamente ambigua e imprecisa sul piano tecnico, foriera di notevoli difficoltà interpretative, nell'art. 80, co. 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 276/2003, a mente del quale “le parti del contratto

¹¹³ V. O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 10, ove l'Autore giustamente rileva come “l'abilitazione alla scelta del tipo presuppone una tendenziale libertà di determinazione del contenuto ovvero, ancor meglio, una sostanziale disponibilità degli effetti scaturenti da un dato assetto di interessi contenuti in un regolamento contrattuale”. V. anche M. TIRABOSCHI (*La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 483) che sottolinea come l'idea retrostante alla certificazione, nello Statuto, “non è certo una ingenua rappresentazione delle operazioni giurisprudenziali di qualificazione dei rapporti di lavoro (...) quanto piuttosto (si basa sul)la consapevolezza dell'estrema fragilità di ogni tentativo volto a governare la fuga (...) dal lavoro subordinato in chiave meramente repressivo – sanzionatoria, attraverso la sola prospettiva del processo e della qualificazione *ex post* di schemi contrattuali «atipici». E' evidente, per contro, il nesso tra la certificazione *ex ante* dei rapporti di lavoro e il massiccio ricorso a tipologie negoziali innovatrici del mercato del lavoro, di dubbia qualificazione rispetto ai modelli astratti tipizzati dal legislatore e che pure trovano una loro prima manifestazione proprio nell'ambito dell'economia informale e irregolare”. Non si condivide appieno, pertanto, il giudizio espresso da L. NOGLER (*Statuto dei lavori e certificazione*, cit., p. 551), ad avviso del quale nel pensiero di Biagi vi sarebbe un evidente salto logico quando questi ritiene di poter rafforzare la volontà delle parti in sede di certificazione qualificatoria attribuendo loro la gestione, in tale sede, di un'area di norme caratterizzate dall'inderogabilità solo relativa. Sulla scia di Nogler anche R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 195.

¹¹⁴ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 208.

¹¹⁵ Parliamo di presupposto inespresso perché gli stessi artefici della proposta di uno Statuto dei lavori, prima, e della c.d. legge Biagi, dopo, avevano ben chiaro che “unico organo competente, nel nostro ordinamento, in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro è (...) il giudice, là dove l'ente certificatorio potrebbe al più assistere le parti negoziali per fare chiarezza su quello che intendono stipulare” (così M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 500).

certificato potranno impugnare l'atto di certificazione anche per vizi del consenso"¹¹⁶.

Nel commentare la norma, infatti, gli Autori precisano che la sua funzione sarebbe stata quella di "evitare prassi fraudolente o ricattatori baratti tra l'accettazione di un determinato schema negoziale", dunque, sembra di poter capire, un vero e proprio tipo negoziale, "e l'attivazione del rapporto di lavoro"¹¹⁷.

Ugualmente, sempre l'art. 38 del progetto, laddove al co. 1, lett. g), si riferisce ad un'efficacia probatoria della certificazione "anche verso i terzi, solo in caso di corrispondenza fra quanto dichiarato e sottoscritto in sede amministrativa e quanto di fatto realizzato nello svolgimento della prestazione lavorativa", sembra alludere alla prova della volontà qualificatoria delle parti¹¹⁸.

Prova che non è in alcun modo configurabile nel nostro ordinamento, ove la qualificazione, come più volte detto, consiste in un'attività di giudizio appannaggio del giudice e non in un fatto, come invece sarebbe qualora il giudice dovesse veramente accertare una supposta volontà qualificatoria attribuita alle parti¹¹⁹. Eppure, come si vedrà, l'idea della funzione probatoria, ancora una volta, ha influenzato la stesura delle norme vigenti in materia di certificazione.

Questo intreccio fra funzione qualificatoria e funzione di "derogabilità assistita", la c.d. doppia anima della certificazione, d'altronde, permea tutta la formulazione delle norme in materia di certificazione contenute nel *Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, norme i cui contenuti sono poi stati in buona parte trasposti nelle disposizioni sulla certificazione contenute nel d.lgs. n. 276/2003, in un contesto ben diverso rispetto a quello immaginato nello Statuto, complicando notevolmente il compito dell'interprete.

¹¹⁶ V. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 208 s.

¹¹⁷ *Il dibattito sui nuovi lavori: due disegni di legge a confronto per una difficile mediazione*, cit., p. 284, nt. 43.

¹¹⁸ V. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 208 s.

¹¹⁹ Ancora una volta, tuttavia, deve darsi atto che gli estensori del progetto di Statuto avevano piena consapevolezza dei principi generali dell'ordinamento. V., infatti, M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 500 ss., ove si afferma che "l'efficacia probatoria della certificazione non potrebbe (...) eccedere i limiti dell'elemento di convincimento, eventualmente in funzione anche del comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione"; e ancora, più avanti: "una eventuale dichiarazione resa ufficialmente dalle parti non sposterebbe nulla sul piano dell'onere della prova (...). Pare pertanto impensabile un meccanismo burocratico attraverso cui «blindare», solo per la particolare sede in cui viene resa la dichiarazione negoziale, la qualificazione assegnata dalle parti al rapporto di lavoro".

Per esemplificare, si può ricordare l'art. 38, co. 1, lett. a) del progetto ove si attribuisce alle commissioni di certificazione una "funzione di consulenza ed assistenza con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti", dettato poi trasfuso nel testo dell'art. 81 d.lgs. n. 276/2003.

Il riferimento alla disponibilità dei diritti, nel contesto del progetto, seppure con formulazione atecnica¹²⁰, non poteva che alludere alla "derogabilità assistita" in sede di certificazione, anche nell'ottica di una lettura sistematica dell'intero articolato, al cui interno la maggioranza delle disposizioni di apertura dei singoli titoli (artt. 1, 13, 36), nello statuire sulla derogabilità delle relative disposizioni, si esprimeva in termini di rinunziabilità e transigibilità dei diritti, a volte con l'ulteriore precisazione "in deroga alle disposizioni di cui all'articolo 2113 Codice Civile" (art. 16).

Altrettanto non può dirsi, come vedremo, per quanto attiene all'analogo disposto contenuto nell'art. 81, inserito in altro contesto sistematico ove il riferimento alla disponibilità dei diritti va letto in maniera più cauta, cercando di rimanere il più possibile fedeli al dato letterale e al suo significato consolidato¹²¹.

¹²⁰ Come noto, infatti, è ormai consolidata, in dottrina e in giurisprudenza, la distinzione fra negozi dispositivi dei diritti, oggetto delle previsioni dell'art. 2113 c.c., e negozi in deroga. Con i primi, il lavoratore dismette uno o più diritti entrati a far parte del suo patrimonio poiché si sono già verificati, nel caso concreto, i presupposti previsti dalla norma inderogabile attributiva, in via generale, dei diritti stessi, e il relativo negozio, entro i limiti previsti dall'art. 2113 c.c., è sanzionato con l'annullabilità; i secondi, invece, attengono al momento genetico, di definizione del contenuto del contratto individuale, e prevedono una disciplina difforme rispetto a quella imposta dalla norma inderogabile, cui consegue la sanzione della nullità, in linea di massima con efficacia sostitutiva. Al negozio in deroga, poi, viene usualmente assimilato il negozio dispositivo di diritti futuri, non ancora maturati dal lavoratore. Per una ricostruzione della genesi e degli antecedenti dell'art. 2113 c.c., nonché del complesso dibattito in materia si rinvia a C. CESTER, *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 984 ss.; M. MAGNANI, *Disposizione dei diritti*, in *Dig. Disc. Priv., sez. Comm.*, vol. V, Utet, Torino, 1990, p. 51 ss.; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 36 ss.; D. PIZZONIA, *Rinunzie, transazioni e prescrizione: le origini del dibattito sul ruolo dell'autonomia individuale*, in G. PERONE - A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 99 ss. Di recente, per una revisione critica del tema, v. M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., *passim* ma spec. p. 246 ss.; ID., *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, p. 509 ss.; P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, p. 423 ss. Con specifico riguardo al tema della derogabilità assistita v. E. GRAGNOLI, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I, p. 90 ss.

¹²¹ Sul punto v. P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., p. 443 ss., ove l'Autrice rileva come le varie "ipotesi di volontà e/o derogabilità assistita cautamente (e un po' confusamente) introdotte nel d.lgs. n. 276/2003 (...) tentano un aggancio - anche terminologico - tra le dimensioni dell'inderogabilità e dell'indisponibilità, prospettando l'applicazione del congegno dell'art. 2113, ult. c., c.c. ai fini della modifica (*in pejus*) dell'assetto normativo del rapporto", così inducendo, peraltro, l'impressione "che si finisca per confondere il potere abdicativo con la valorizzazione dell'autonomia privata del lavoratore" per

Sempre in via esemplificativa, si possono richiamare i codici di buone pratiche e i moduli e formulari, che nel contesto del progetto (art. 38, co. 1, lett. b) avevano la funzione di predisporre degli schemi tipo cui le parti avrebbero potuto fare ricorso per definire il contenuto del contratto senza l'attività di consulenza della commissione, la quale avrebbe quindi dovuto procedere, previo deposito del contratto, alla mera validazione dello stesso.

Significato tutt'affatto diverso assume invece il richiamo agli stessi strumenti nel contesto del d.lgs. n. 276/2003 (art. 78, co. 4 e 5)¹²², che ha dato luogo a incertezze e difficoltà interpretative nel dibattito dottrinale.

Si può osservare, in conclusione, come sotto il profilo della tecnica normativa, rispetto al dettato dell'art. 5 della l. n. 30/2003 prima e degli artt. 75 ss. del d.lgs. n. 276/2003 poi, risultasse a nostro avviso molto più lineare il disposto dell'art. 17 della versione approvata dal Senato del d.d.l. S. n. 2049, contenente una delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro ivi disciplinati.

Esclusa ogni ipotesi di "derogabilità assistita", infatti, erano anche stati eliminati dal menzionato art. 17 tutti, o quasi¹²³, i riferimenti concettuali e terminologici, contenuti nell'art. 38 del progetto, a questa riferibili¹²⁴.

concludere che in tal modo non si incide "nell'area di competenza delle fonti imperative che resta inattuabile dal singolo".

¹²² Si vedrà tuttavia, nel prosieguo del lavoro, come dovranno essere tenute in attenta considerazione, ai fini dell'inquadramento, in particolare, dei moduli e formulari, le idee e le esemplificazioni contenute nell'*Ipotesi per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*. Si può qui solo anticipare come l'utilizzo di questi strumenti, a nostro avviso, segni un timido tentativo di introdurre nel nostro ordinamento forme di regolazione proprie dell'ordinamento comunitario quali la *soft law*. Più in generale, la tecnica normativa utilizzata nel progetto di Statuto dei lavori prima, e nel d.lgs. n. 276/2003 dopo, sembra subire l'influsso dell'analisi comparata e dell'esperienza di ordinamenti anche molto distanti dal nostro, come gli ordinamenti di *common law*, circostanza, questa, che dà ulteriormente ragione delle notevoli difficoltà cui va incontro l'interprete nell'affrontare la lettura e la sistemazione dei testi normativi. Per qualche esempio sul punto cfr. M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., pp. 498 e 502. V. altresì le critiche sull'uso della comparazione e sul richiamo all'ordinamento comunitario, formulate con riguardo al Libro Bianco, ma riferibili anche al progetto di Statuto dei lavori, di L. MARIUCCI, *La forza di un pensiero debole. Una critica del «Libro Bianco del lavoro»*, in AA. VV., *Lavoro, ritorno al passato. Critica del Libro bianco e della legge delega al governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, Ediesse, Roma, 2002, p. 55 ss.; nonché di V. PINTO - R. VOZA, *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, cit., p. 459 ss.

¹²³ V., infatti, il co. 1, lett. c), dell'art. 17, che induce L. NOGLER (*La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 208 s.) ad attribuire anche al d.d.l. S. n. 2049 la "medesima percezione distorsiva della certificazione come registrazione della volontà qualificatoria che esercita un effetto di «sbarramento probatorio»".

¹²⁴ Per un'analisi comparata del testo dell'art. 17, d.d.l. S. n. 2049 e di quello dell'art. 9, d.d.l. S. n. 848, che diventerà poi l'art. 5, l. n. 30/2003, v. E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2002, p. 527 ss. V., altresì, le osservazioni di M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 493. L'Autore rileva come "estrapolato dal contesto complessivo di riforma del diritto del lavoro delineato

E' bensì vero, come rilevato in dottrina¹²⁵, che l'art. 9 del d.d.l. S. n. 848/2001¹²⁶ riproduce in buona parte il disposto del succitato art. 17, ma è altrettanto vero che nel passaggio dalla formulazione iniziale del d.d.l. a quella della legge delega n. 30/2003 (art. 5) prima, nonché con la successiva attuazione della delega operata con il d.lgs. n. 276/2003 (artt. 75 ss.) poi, la normativa ha assunto contenuti decisamente nuovi, tributari, come più volte detto, dei contenuti delle norme immaginate per lo Statuto dei lavori¹²⁷.

Il progetto di Statuto dei lavori non è mai approdato in Parlamento, né si è mai tradotto in un documento formale, sebbene i suoi contenuti, come noto, siano stati ripresi, nella successiva legislatura, nel Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali¹²⁸, su cui ci si soffermerà nel prossimo paragrafo.

A chiusura del paragrafo, si può qui ricordare come la certificazione, nella sola variante qualificatoria, abbia fatto la sua comparsa anche nell'art. 6 del d.d.l. S. n. 3512, per poi essere espunta dal testo definitivo della l. n. 142/2001¹²⁹.

4. Dal Libro Bianco del 2001 alla legge delega n. 30/2003.

Nell'ottobre del 2001, a distanza di pochi mesi dall'apertura della XIV legislatura, il governo di centro destra in carica pubblica un corposo documento, il

nella bozza di «Statuto dei lavori» il meccanismo di certificazione dei rapporti di lavoro non può invece che suscitare forti perplessità, a maggior ragione se esso viene inserito in un impianto normativo, come quello del disegno di legge «Smuraglia», che, nell'estendere unidirezionalmente le tutele, è inevitabilmente destinato ad alimentare la crescita dell'atipico e la fuga nel sommerso». Giudizio riproposto, *mutatis mutandis*, con riguardo al d.d.l. S. n. 848 (ivi, p. 494 ss.) e poi esteso, da buona parte della dottrina, alla certificazione di cui agli artt. 75 ss., d.lgs. n. 276/2003.

¹²⁵ V. E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 529; M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 494; L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI - M. MISCIIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 96 ss.; ID., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in M. T. CARINCI (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003, p. 234 ss.

¹²⁶ Su cui v. *infra* par. 4.

¹²⁷ Cfr. P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, in G. AMOROSO - V. DI CERBO - A. MARESCA, *Il diritto del lavoro. I. Costituzione, Codice Civile e Leggi Speciali*, Giuffrè, Milano, seconda ed., 2007, p. 1133.

¹²⁸ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia. Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, 2001, reperibile sul sito internet del Centro Studi Marco Biagi, www.csmb.unimore.it, sotto la voce Riforma Biagi. V. *infra* par. 4.

¹²⁹ Per un breve riepilogo della vicenda v. M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 487. Critico nei confronti dello stralcio M. BIAGI, *Progettare per modernizzare*, cit., p. 276 s.; *contra*, L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 97.

*Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*¹³⁰, nel quale, sulla falsariga della prassi anglosassone ed europea¹³¹, riassume i contenuti delle proprie proposte sulle politiche del lavoro.

Si tratta di un documento ambizioso che tocca trasversalmente l'intera materia del diritto del lavoro: dall'assetto delle fonti, con particolare riguardo ai rapporti fra legge, contratto collettivo e contratto individuale, alle ben note esigenze di articolazione e modulazione delle tutele, dall'integrazione europea, al mercato globale, dal federalismo, al rapporto fra diritto e mercato del lavoro, e ancora agli interventi statali in materia di incentivi all'occupazione, formazione e ammortizzatori sociali, dalla concertazione, alla rappresentanza sindacale, dal conflitto sindacale, al sistema della contrattazione collettiva, fino al processo del lavoro, con particolare, se non esclusivo, riguardo alla materia dell'arbitrato.

L'importanza dei temi toccati e delle soluzioni prefigurate in ordine al riassetto complessivo del sistema del diritto del lavoro hanno inevitabilmente dato origine ad un complesso ed articolato dibattito culturale, prima ancora che tecnico-scientifico, di cui non è possibile, in questa sede, dar conto.

Si possono qui solo ricordare i timori espressi da un consistente settore della dottrina, ad avviso della quale, nell'ambito di un impianto di marca neo-liberista¹³², l'esecutivo avrebbe sostanzialmente assecondato le richieste provenienti dagli operatori economici, preannunciando riforme destinate ad affidare al libero gioco del mercato, e all'auspicato rilancio del sistema produttivo, la definizione dell'ordine

¹³⁰ MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*, cit., alla cui redazione, come noto, ha collaborato Marco Biagi.

¹³¹ V. L. MARIUCCI, *La forza di un pensiero debole. Una critica del «Libro Bianco del lavoro»*, cit., p. 55, che, dopo aver ricordato che era la prima volta che un governo appena insediato si impegnava nel pubblicare un documento complessivo sulle politiche del lavoro, non senza una vena di sarcasmo, critica poi "la cromatura" del documento, poiché il metodo anglosassone prevede "che prima si elabori un Libro «verde», in cui si indicano le linee di indirizzo attorno alle quali raccogliere pareri, e solo dopo un'ampia consultazione si licenzi un Libro «bianco»", a sottolineare la propensione del nuovo esecutivo, da più parti criticata, a limitare il confronto con le parti sociali interessate. Sul punto v., con accenti fortemente polemici, P. ALLEVA - A. ANDREONI - V. ANGIOLINI - F. COCCIA - G. NACCARI, *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti. La legge delega al Governo sul mercato del lavoro*, in AA. VV., *Lavoro, ritorno al passato*, cit., p. 69 s.

¹³² Così, relativamente al d.lgs. n. 276/2003, ma con un giudizio riferibile anche al Libro Bianco, R. DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, I, p. 539 ss.; nonché V. PINTO - R. VOZA, *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, cit., p. 455; V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, p. 21.

concreto dei rapporti di produzione, con un arretramento dell'intervento dello Stato e una rivisitazione del ruolo degli attori collettivi¹³³.

Una critica che si appunta, pertanto, sul mancato bilanciamento dei contrapposti interessi, con interventi protesi ad assecondare le mere logiche di mercato, in una visione potenzialmente destrutturante l'intero sistema del diritto del lavoro e le sue istanze di base¹³⁴.

Mutuando le parole di un'attenta dottrina, tuttavia, a nostro avviso, molte delle preoccupazioni espresse vanno, allo stato, ridimensionate, potendosi ravvisare, nei successivi interventi attuativi delle linee di indirizzo politico espresse nel Libro Bianco, "più elementi di continuità che elementi di rottura rispetto all'assetto normativo precedente e rispetto alla stessa elaborazione giurisprudenziale"¹³⁵.

E' altresì vero, peraltro, che, sparsi qua e là nel d.lgs. n. 276/2003, si possono "rinvenire i germi", dunque il tentativo, da tenere in attenta considerazione, di muovere i primi passi per "un nuovo assetto delle fonti, in particolare del rapporto tra autonomia collettiva, legge e soprattutto autonomia individuale"¹³⁶.

Tornando al Libro Bianco - nel cui contesto, come già visto¹³⁷, è stata ripresa l'idea dello Statuto dei lavori¹³⁸ -, per quanto più specificamente attiene al tema del presente lavoro, si deve ricordare come, seppur senza un particolare

¹³³ V., per tutti, V. PINTO - R. VOZA, *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, cit., p. 453 ss.; V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, cit., p. 19 ss.; L. MARIUCCI, *La forza di un pensiero debole. Una critica del «Libro Bianco del lavoro»*, cit., p. 55.

¹³⁴ Cfr. M. G. GAROFALO (*La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, 359), ad avviso del quale, con riferimento alla legge delega, "il modello di sviluppo perseguito è un modello che affida le capacità competitive del sistema produttivo italiano non alla continua capacità di innovazione del processo e del prodotto, non a investimenti *brain intensive*, ma alla compressione del costo del lavoro"; nonché V. SPEZIALE (*Commento agli artt. 75 - 84*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, IV, Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, a cura di P. BELLOCCHI - F. LUNARDON - V. SPEZIALE, Ipsoa, Milano, 2004, p. 148), che parla, relativamente al d.lgs. n. 276/2003, "di una riforma complessiva che, in un contesto di deregolazione dell'assetto normativo oggi esistente, tende a 'riportare al centro del sistema il contratto individuale' (...), a ridurre la funzione dell'autonomia collettiva ed a marginalizzare o mutare (...) il ruolo del sindacato".

¹³⁵ M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, cit., p. 141.

¹³⁶ M. MAGNANI, *op. loc. cit.* Sul punto v. gli interessanti rilievi di P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., p. 423 ss.

¹³⁷ V., *supra*, par. 3.

¹³⁸ Parte seconda: I.3.5., p. 38 ss.

approfondimento¹³⁹, fosse ivi considerata la certificazione nelle sue due diverse funzioni: qualificatoria e di “derogabilità assistita”¹⁴⁰.

Anche per quanto attiene ai succitati passaggi relativi alla certificazione, in particolare nella sua variante attinente alla “derogabilità assistita”, nel contesto delle critiche radicali sopra riportate, sono state espresse serie preoccupazioni da parte degli studiosi.

Si è vista nella “derogabilità assistita” in sede di certificazione, non senza ragione, una netta rottura rispetto al già collaudato modello della flessibilità contrattata.

Se, infatti, nell’ambito del garantismo flessibile, è pur sempre l’autonomia collettiva a dover valutare modi e limiti della rimozione di un vincolo inderogabile, in funzione di considerazioni pur sempre attinenti all’interesse collettivo¹⁴¹, con la “derogabilità assistita”, invece, il sindacato “si dovrebbe limitare ad assistere (nel senso di essere spettatore) al prorompere delle aspirazioni individuali”¹⁴². In altre parole, il sindacato si troverebbe a dover assistere il singolo nella definizione del contenuto del contratto individuale, in deroga alle norme inderogabili, in funzione del perseguimento dell’interesse individuale del lavoratore, dismettendo la propria vocazione naturale a stabilire e gestire una disciplina inderogabile del rapporto individuale di lavoro in grado di garantire un livello minimo di tutela, evitando pericolosi fenomeni di concorrenza al ribasso fra gli stessi lavoratori¹⁴³.

¹³⁹ V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, cit., p. 55.

¹⁴⁰ Parte seconda: I.3.2., p. 35 ss.; I.3.5., p. 40; II.3.6., p. 73.

¹⁴¹ V. PINTO - R. VOZA, *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, cit., p. 483 ss.; V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, cit., p. 55 ss.; R. VOZA, *L’autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 209 ss.

¹⁴² E. GRAGNOLI, *L’attività sindacale e la derogabilità assistita*, cit., p. 103, ove anche una puntuale e argomentata analisi delle ragioni a sostegno della perdurante necessità di mantenere nelle sue linee di fondo l’attuale sistema delle relazioni industriali, basato sull’inderogabilità del contratto collettivo, oltre che della norma di legge. Dello stesso Autore v. anche *l’Intervento*, in AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Abano Terme - Padova, 21 - 22 maggio 2004*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 237 ss. Sul punto cfr. altresì C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 387.

¹⁴³ Oltre agli autori citati alle note precedenti v., altresì, V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 276 ss.; ID., *Certificazione: introduzione*, cit., p. 145 ss.; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 582. V., tuttavia, la difesa di M. TIRABOSCHI (*La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., pp. 480 - 483) ad avviso del quale, “anche a prescindere dal rilievo, pure di non secondaria importanza, che il diritto del lavoro non pare semplicisticamente riconducibile, nel suo complesso, a una mera tecnica unilaterale di tutela del c.d. contraente debole, è pur sempre

D'altronde, come è stato correttamente rilevato, la tecnica della "derogabilità assistita", lungi dal porre rimedio alla asserita disparità di potere contrattuale fra le parti, utilizzando una tecnica meno invasiva dell'autonomia individuale rispetto alla norma inderogabile - senza considerare l'ulteriore profilo attinente al tipo di interessi, generali o individuali, tutelati con la norma inderogabile stessa¹⁴⁴ - si limita a preconstituire delle apposite forme procedurali, strumentali "all'attribuzione di certezza alla manifestazione di volontà, qualunque essa sia", della quale garantisce esclusivamente l'effettività, a prescindere "dai motivi che stanno alla base della decisione del lavoratore"¹⁴⁵. Tale tecnica, pertanto, "presuppone che il soggetto sia già in grado autonomamente di prendere decisioni in coerenza con i propri interessi, anche in contrasto con quelli imposti dalla norma imperativa, cioè sia già in grado di esprimere consapevolmente la propria volontà"¹⁴⁶.

immaginabile, in una prospettiva de *iure condendo* (...), che il modello certificatorio possa contribuire, per contro, a rafforzare la stessa gestione collettiva e sindacale degli interessi del lavoro. La riduzione del costo delle norme inderogabili (...) potrebbe infatti essere conseguita (...) anche autorizzando il sindacato ad assistere la volontà individuale del lavoratore (...) nella fase di costruzione *ex ante* di una disciplina specifica", di modo che, ad avviso dell'Autore, "la procedura di certificazione/validazione dei rapporti di lavoro, lungi dal costituire un intervento legislativo a tutela dei lavoratori *uti singuli*, potrebbe peraltro contribuire a circoscrivere il protagonismo giudiziale in merito alla qualificazione dei rapporti di lavoro, e con ciò a stemperare il divario (...) tra logiche giuridiche e logiche organizzativo - produttivistiche (...) circostanza questa che dovrebbe consentire di intercettare anche ampie fasce di lavoro irregolare e sommerso".

¹⁴⁴ Sul punto v. le osservazioni di P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., p. 450 ss.; nonché M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 581 s.

¹⁴⁵ M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 417. V., altresì, M. DELL'OLIO, *Ordinamento civile e diritto del lavoro: tecniche, fonti, figure*, cit., p. 111 ss., ove anche ulteriori e diverse argomentazioni; nonché R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 201 ss. e spec. 209 ss.;

¹⁴⁶ M. NOVELLA, *op. loc. cit.* L'Autore, nel medesimo lavoro, p. 429 ss. (sul punto, vedi già, dello stesso: *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 545 s.), valorizzando uno spunto presente nel Libro Bianco (parte seconda: I.3.2., p. 35), individua nella tecnica della c.d. "scelta multipla", il modello che meglio si presta a "coniugare l'obiettivo della riduzione dei costi della norma inderogabile e la garanzia della genuinità del consenso della parte debole del rapporto". La citata tecnica ha dato luogo, a ridosso dell'emanazione del d.lgs. n. 276/2003, a un vivace dibattito dottrinale, proprio con riferimento alla certificazione dei contratti di lavoro. Sul punto, peraltro, ci si soffermerà *infra*, cap. II, par. 4. In ordine al succitato dibattito v. gli atti delle giornate di studio Aidlass di Abano Terme - Padova, 21 - 22 maggio 2004, in AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit., e ivi la relazione di C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, p. 100 ss. e spec. 102 s., nonché gli interventi di M. MAGNANI (*Intervento*, p. 267 ss.), P. CAMPANELLA (*Intervento*, p. 315 ss.) e M. NOVELLA (*Intervento*, p. 329 ss.); v., altresì, C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 386 ss.; L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e contrattazione collettiva*, in M. RUSCIANO - C. ZOLI - L. ZOPPOLI, *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, p. 344; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 240; P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., p. 451 ss.

Non è passato molto tempo perché il riportato dibattito sulla “derogabilità assistita”, dal piano meramente progettuale, si trasferisse sul dato normativo.

A breve distanza di tempo dalla pubblicazione del Libro Bianco, infatti, il 15 novembre 2001, il Governo ha presentato al Senato della Repubblica il d.d.l. S. n. 848, che ne ha in parte recepito i contenuti¹⁴⁷.

Dopo un lungo e travagliato *iter* parlamentare, che ha visto, tra l'altro, lo stralcio degli artt. 2, 3, 10 e 12, confluiti nel d.d.l. S. n. 848-*bis*¹⁴⁸, il d.d.l. S. n. 848 è quindi diventato, in una versione sensibilmente diversa rispetto a quella inizialmente proposta, la legge delega 14 febbraio 2003, n. 30¹⁴⁹.

Su tali testi normativi, dunque, deve ora spostarsi l'analisi, in una trattazione congiunta che, inevitabilmente, privilegerà il dato contenuto nella legge delega n. 30/2003.

Punto di partenza dell'analisi, con riguardo, in particolare, alla certificazione, è il nuovo contesto sistematico in cui viene ad inserirsi l'istituto.

Con il d.d.l. prima, e la legge delega poi, infatti, il legislatore abbandona definitivamente la prospettiva originaria dello Statuto dei lavori, pur prefigurata, come abbiamo visto, nel Libro Bianco.

In particolare, si prescinde dal progetto di “rimodulazione delle tutele per via di una disaggregazione per materia della disciplina giuslavoristica”¹⁵⁰, con attribuzione, a ciascun gruppo di materie, di uno specifico campo di applicazione e correlativa individuazione di un'area di inderogabilità assoluta.

Diversamente, la menzionata esigenza viene, per così dire, perseguita, attraverso la moltiplicazione dei “tipi” e “sottotipi” contrattuali flessibili (lavoro a

¹⁴⁷ *Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro.*

¹⁴⁸ Di particolare importanza nel disegno complessivo poiché, oltre alle tanto contestate misure in materia di arbitrato e licenziamenti individuali (art. 18 St. Lav.), conteneva altresì le necessarie compensazioni sul mercato della progettata riduzione delle tutele nel rapporto, secondo la più volte citata logica della *flexicurity*. Come noto, il d.d.l. S. n. 848-*bis* non ha mai superato nemmeno il vaglio del Senato. Sulle menzionate misure v. i rilievi critici di V. PINTO – R. VOZA, *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, cit., p. 491 ss.

¹⁴⁹ *Delega al Governo per la revisione della disciplina dei servizi pubblici e privati per l'impiego, nonché in materia di intermediazione e interposizione privata nella somministrazione di lavoro*. Un breve *excursus* delle vicende che hanno portato all'approvazione della l. n. 30/2003 è rinvenibile in R. DE LUCA TAMAJO - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI, *Premessa*, in ID. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 7 ss.; nonché in L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, I, p. 238 s.

¹⁵⁰ M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 498, che rileva come l'originario progetto di uno Statuto dei lavori si avvicinasse alla logica dei sistemi di *common law* dove “non esiste una automatica correlazione tra lavoro subordinato e disciplina di tutela”.

chiamata, temporaneo, a prestazioni ripartite, contratto di inserimento), o la revisione dei “tipi” esistenti (lavoro a tempo parziale, apprendistato), nell’ambito del lavoro subordinato, e la razionalizzazione del lavoro autonomo coordinato con l’introduzione del lavoro a progetto e la disciplina del lavoro occasionale e accessorio (art. 8 d.d.l. S. n. 848 e art. 4 l. n. 30/2003)¹⁵¹.

In tale contesto, scompare, o sembra scomparire¹⁵², ogni tentativo di introdurre ipotesi di “derogabilità assistita” e alle commissioni di certificazione, nella sola versione che abbiamo definito qualificatoria, è assegnato il più modesto compito di conferire certezza alle qualificazioni convenzionali, eventualmente contribuendo ad assistere le parti nella configurazione negoziale del loro assetto di interessi.

La certificazione, quindi, viene introdotta esclusivamente come strumento deflattivo del contenzioso giudiziale, anche in vista di un potenziale incremento di quest’ultimo dovuto alla moltiplicazione dei tipi contrattuali, con le inevitabili ricadute in termini di aumento dell’incertezza¹⁵³.

¹⁵¹ V. M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 497, che parla, in proposito, di “un’operazione di destrutturazione del lavoro subordinato e di contro-strutturazione del lavoro autonomo”, forse necessaria (l’Autore parla di passaggio obbligato), “almeno sul piano della mediazione politico-sindacale, per aprire definitivamente la strada all’idea di «Statuto dei lavori»”. Il medesimo concetto verrà ripreso, più avanti, da C. ENRICO - M. TIRABOSCHI, *Certificazione e tipologie di lavoro flessibile nella riforma dei lavori: un primo passo verso lo Statuto dei lavori*, in ID. (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro. I nuovi contratti: lavoro pubblico e lavoro privato*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 2 ss., ove gli Autori rilevano come “ambizione della riforma Biagi del mercato del lavoro è quella di accorpate e incanalare verso schemi negoziali tipici e regolari (...) una articolata tipologie di forme di lavoro irregolare e *contra legem*” al fine di aggregare e far emergere, “attraverso le nuove tipologie contrattuali, quella miriade di prestazioni lavorative collocate nell’area del lavoro grigio e, sempre più spesso, del lavoro nero”. Tale operazione - finalizzata, nella visione degli Autori, “ad aggredire quell’immensa area del lavoro nero e irregolare, rispetto alla quale ogni singolo contratto di lavoro costituisce una forma *sui generis* di flessibilità contrattuale o tipologica” - costituirebbe la *pars destruens* cui dovrebbe far seguito la *pars costruens*, rappresentata, appunto, dallo Statuto dei lavori. In questo quadro, l’attuale istituto della certificazione giocherebbe il ruolo fondamentale di “mediazione tra gli schemi formali predisposti dal legislatore e la complessità di una realtà negoziale in continua evoluzione, in coerenza con i radicali mutamenti intervenuti nei modi di organizzare il lavoro”. In effetti, si vedrà più avanti (*infra*, par. 7) come il progetto di uno Statuto dei lavori non sia mai stato abbandonato del tutto in sede politica.

¹⁵² V., infatti, A. PIZZOFERRATO (*Giustizia privata del lavoro. Conciliazione e arbitrato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, vol. XXXII, Cedam, Padova, 2003, p. 203 ss. e spec. nt. 45), ad avviso del quale, seppure con giudizio critico, il d.d.l. S. n. 848 configurava la certificazione anche in funzione di derogabilità assistita. Dubitativo, sul punto, C. ROMEO, *Rilancio dell’autonomia privata nel diritto del lavoro e certificazione dei rapporti*, in *Lav. Giur.*, 2003, p. 111.

¹⁵³ M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 497. Viene quindi ad istituirsi un nesso fra “la certificazione (...) e l’introduzione di tipologie negoziali innovatrici del mercato del lavoro”. Così E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 527; v., anche, V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, cit., p. 54 s.; C. ROMEO, *Rilancio dell’autonomia privata nel diritto del lavoro e certificazione dei rapporti*, cit., p. 110.

Si assiste, come evidenziato in dottrina, ad una vera e propria metamorfosi¹⁵⁴ dell'istituto, che ne riduce considerevolmente i contenuti e rischia di svuotarlo di utilità pratica¹⁵⁵.

La sola qualificazione operata *ex ante*, in sede di certificazione, dalle relative commissioni, infatti, in sé considerata, non sembra in grado di poter assolvere efficacemente al compito assegnatole, anche in virtù dei vincoli imposti dall'ordinamento e in particolare dal principio dell'indisponibilità del tipo contrattuale¹⁵⁶.

Inoltre, così nel d.d.l. come nella legge delega, l'istituto viene appena abbozzato¹⁵⁷, con principi e criteri direttivi tanto limitati quanto generici, al limite dell'incostituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost.¹⁵⁸.

Non altrettanto parca, invece, è stata la dottrina nella propria opera esegetica degli scarni elementi testuali, prefigurando soluzioni interpretative e sollevando dubbi, anche di costituzionalità, sull'emanando decreto delegato che, come si vedrà, sembrano aver influenzato il legislatore nella redazione delle norme in materia di certificazione contenute nel d.lgs. n. 276/2003.

Il d.d.l. e la legge delega dedicano alla certificazione un articolo *ad hoc* (art. 9 d.d.l. e art. 5 l. n. 30/2003), cui si aggiungono alcuni generici riferimenti contenuti in altre disposizioni (utilizzo della certificazione ai fini della distinzione concreta tra interposizione illecita e appalto genuino, art. 1 d.d.l. e art. 1 l. n. 30/2003; previsione del ricorso ad adeguati meccanismi di certificazione della volontà delle parti contraenti per il lavoro a progetto nonché per le prestazioni di lavoro occasionale ed accessorio, art. 8 d.d.l. e art. 4 l. n. 30/2003).

¹⁵⁴ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, p. 110.

¹⁵⁵ V., infatti, M. TIRABOSCHI, (*La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 496), ad avviso del quale “un istituto come quello della certificazione, pensato principalmente per rimediare alle disfunzioni causate, in termini di disciplina applicabile, dall'impiego unidirezionale della tecnica della norma inderogabile, si risolve in un mero strumento, per forza di cose assai modesto (...) di ausilio alle operazioni di qualificazione dei rapporti di lavoro ad opera dell'autonomia negoziale privata nell'ambito della classica alternativa lavoro autonomo - lavoro subordinato”.

¹⁵⁶ V., *supra*, par. 2.

¹⁵⁷ Forse, come osservato in dottrina, anche in ragione “dell'incertezza che circonda l'inquadramento giuridico del nuovo istituto dovuta, *in primis*, alla penuria di studi autenticamente scientifici”. Così, L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 111.

¹⁵⁸ Sui dubbi di costituzionalità v., per tutti, V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 279; ID., *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 148 ss.

Si prevede l'introduzione di un meccanismo di certificazione, a carattere sperimentale¹⁵⁹, all'espresso fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro¹⁶⁰, senza ulteriori precisazioni in ordine all'oggetto, salva l'esclusione dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche¹⁶¹.

Scarni, per non dire inesistenti, sono i principi e i criteri direttivi relativi alla procedura. Se ne dispone solamente il carattere volontario e vengono individuati, senza alcuna specificazione, i soggetti presso cui incardinare le commissioni di certificazione¹⁶², demandando al legislatore delegato, in maniera del tutto generica, l'indicazione del contenuto e della procedura di certificazione nonché la definizione delle modalità di organizzazione delle sedi di certificazione e di tenuta della relativa documentazione.

Nulla viene detto, invece, in ordine alla natura del procedimento di certificazione e, soprattutto, all'esito dello stesso e ai suoi effetti, cosicché la dottrina, in primo luogo, si è interrogata sulla possibile configurazione della certificazione in termini di arbitraggio oppure di arbitrato, rituale o irrituale, oppure ancora, addirittura, di procedimento giudiziale, nonché, infine, di procedimento amministrativo¹⁶³.

¹⁵⁹ E' prevista la verifica dell'attuazione delle disposizioni, dopo ventiquattro mesi dalla loro entrata in vigore, da parte del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, sentite le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Sul punto v. L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 111. Sulla succitata natura sperimentale e la relativa verifica, sul piano concreto, dell'effettività ed efficacia della certificazione si tornerà, *infra*, par. 7.

¹⁶⁰ Sul punto L. NOGLER (*Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 110) aveva lamentato l'inesattezza del riferimento al rapporto anziché al contratto. Il legislatore delegato, come si vedrà, ha accolto l'osservazione.

¹⁶¹ Critica l'esclusione perché "contrasta con la già difficile assimilazione di una cultura egualitaria di tali rapporti" L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 99; ID., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 243.

¹⁶² Agli enti bilaterali costituiti ad iniziativa di associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, ovvero alle strutture pubbliche competenti in materia, la l. n. 30/2003 ha aggiunto anche le Università. Per un'analisi si rinvia a V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 280 s.; nonché L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 112 s. Si può qui solo ricordare l'ostilità, fin da subito manifestata dalla principale Confederazione sindacale (CGIL), all'attribuzione agli enti bilaterali di funzioni diverse da quelle loro tradizionalmente riconosciute, fra le quali anche le funzioni di certificazione. Sul punto v. P. ALLEVA - A. ANDREONI - V. ANGIOLINI - F. COCCIA - G. NACCARI, *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti. La legge delega al Governo sul mercato del lavoro*, cit., p. 87.

¹⁶³ Cfr. M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., p. 378; L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 120 s.; E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 533 s.

Scartate in maniera pressoché unanime le prime tre soluzioni, la certificazione è stata ricondotta ad un procedimento amministrativo al cui esito la commissione di certificazione emette un atto amministrativo.

Salvo poi dover capire se si tratti di un atto amministrativo in senso stretto o di un vero e proprio provvedimento, e ancora, quale contenuto abbia questo atto amministrativo.

Sul punto è stata prospettata sia la tesi che vedeva nella certificazione un atto amministrativo in senso stretto con un contenuto complesso, di accertamento e valutativo¹⁶⁴, sia la posizione che ne individuava la natura provvedimento con contenuto eminentemente valutativo, equiparabile all'operazione giudiziale di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta¹⁶⁵.

Ancora, e sempre in ordine all'atto di certificazione, in dottrina, correttamente, si è escluso che la commissione di certificazione sia dotata di discrezionalità amministrativa, ma le si è riconosciuta, a volte, discrezionalità tecnica¹⁶⁶.

Una volta individuata, o almeno tentato di individuare, la natura dell'atto di certificazione, restava comunque aperto il problema centrale dell'istituto, vale a dire quello attinente agli effetti dell'atto stesso e ai rapporti fra certificazione e tutela giudiziale dei diritti delle parti del rapporto, *in primis* del lavoratore, ed eventualmente dei terzi interessati.

Prima di affrontare questo tema, però, è necessario fare una breve digressione e tornare al procedimento di certificazione.

Ebbene, come già detto, nulla o quasi, sul punto, è stato detto dal legislatore delegante, eppure, forse con lo sguardo ancora rivolto alla certificazione prefigurata nel *Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, un significativo settore della dottrina ha ritenuto di poter individuare nella certificazione prevista dalla l. n.

¹⁶⁴ E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 533 ss. L'Autore, che svolge una dettagliata analisi in ordine alla natura e al contenuto dell'atto di certificazione, individua quest'ultimo in un accertamento in ordine alla dichiarazione delle parti di porre in essere un rapporto con determinate caratteristiche (con funzione probatoria), cui accedono il controllo e la valutazione della commissione sulla correttezza delle valutazioni dei privati. Dunque un atto amministrativo atipico. Come noto, con l'emanazione del d.lgs. n. 276/2003 l'illustre Autore cambierà parzialmente opinione: E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 282 ss. (v. *infra*, cap. II, par. 2.3.). Dichiara di aderire alla tesi di Ghera V. SPEZIALE (*La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 282, nt. 50) che però, a nostro avviso, erroneamente gli attribuisce l'opinione che l'atto di certificazione appartenga alla categoria degli atti di certazione, opinione che l'Autore abbraccerà solo in un secondo momento.

¹⁶⁵ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., 120 s.

¹⁶⁶ E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 533.

30/2003, anche una funzione di assistenza e consulenza, a volte con il preciso compito di coadiuvare le parti nella definizione del contenuto del programma individuale di lavoro.

Alcuni Autori hanno quasi dato per scontato tale ulteriore funzione¹⁶⁷, altri hanno ritenuto di poterla ricavare dal riferimento contenuto nella lett. e), co. 1, l. n. 30/2003, laddove si parla di “programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione”¹⁶⁸, altri ancora hanno richiamato la relazione di accompagnamento al d.d.l. e il riferimento, ivi contenuto, ai codici di comportamento o linee guida¹⁶⁹.

Come vedremo, il legislatore delegato accoglierà puntualmente queste indicazioni, riprendendo alcune disposizioni immaginate per la certificazione nel contesto dello Statuto dei lavori, così complicando tuttavia notevolmente la disciplina dell’istituto.

Ancora, sempre in tema di procedimento, il legislatore delegato ha raccolto un ulteriore invito della dottrina, in questo caso nel senso di estendere alla certificazione alcune regole fondamentali previste dalla l. n. 241/1990 (quali la necessaria motivazione dell’atto, l’indicazione dell’autorità cui è possibile ricorrere, la comunicazione dell’inizio del procedimento alle autorità pubbliche interessate), nel dubbio sulla applicabilità di quest’ultima al caso di specie¹⁷⁰.

Tornando al tema dell’efficacia dell’atto di certificazione, è ricorrente, nei commenti alla legge delega, il riferimento all’effetto di certezza pubblica da questo prodotto¹⁷¹, salvo poi, però, nulla dire in ordine a tale effetto, sul piano sostanziale, nei confronti delle parti. L’effetto sarebbe, invece, più facilmente individuabile nei confronti di eventuali soggetti terzi, ed in particolare degli enti pubblici (INPS, INAIL, Agenzia delle Entrate) - sempre che, si precisa, siano le parti stesse a chiedere la certificazione anche agli effetti previdenziali o eventualmente fiscali,

¹⁶⁷ V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 284 s.. Ad onore del vero l’Autore premette che la legge delega nulla dice in ordine all’assistenza dell’organo certificatore e suggerisce, pertanto, in sede di attuazione della delega, di specificare “il ruolo di assistenza attiva che enti bilaterali e strutture amministrative devono svolgere”, al fine di evitare un appiattimento della giurisprudenza sull’orientamento prevalente in materia di rinunzie e transazioni. Suggerimento, come si vedrà, puntualmente accolto dal legislatore delegato.

¹⁶⁸ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 111 e 118 s.

¹⁶⁹ E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 534.

¹⁷⁰ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 121.

¹⁷¹ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 116; E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 534; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 284.

poiché, “ognuno di questi settori dell’ordinamento opera secondo proprie specifiche categorie”¹⁷² - e consisterebbe nella opponibilità dell’atto di certificazione agli stessi enti pubblici¹⁷³. In altre parole, gli enti pubblici, a fronte di un contratto certificato, impregiudicati i poteri di accertamento, non potrebbero, qualora lo ritenessero opportuno, emettere atti amministrativi di autotutela (es. iscrizioni al ruolo, emissione di ordinanze-ingiunzioni o di avvisi di accertamento), ma dovrebbero necessariamente rivolgersi all’autorità giudiziaria¹⁷⁴.

Ma è proprio sul piano dei rapporti fra atto di certificazione e accertamento giudiziale che emergono i maggiori limiti della certificazione, in virtù del più volte ricordato principio dell’indisponibilità del tipo contrattuale, che impedisce allo stesso legislatore di sottrarre, in via diretta o indiretta, al potere giudiziario, la qualificazione dei contratti di lavoro. Di modo che a fronte di una possibile riquificazione giudiziale, sempre in agguato, la certificazione, così come concepita, sembra perdere tutto il suo potenziale deflattivo¹⁷⁵.

In un primo momento, al fine di rafforzare l’efficacia della certificazione sul piano del giudizio, il d.d.l. aveva stabilito che “in caso di controversia sulla esatta qualificazione del rapporto di lavoro posto in essere” fosse prevista la “valutazione da parte della autorità giudiziaria competente anche del comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione” (art. 9, lett. e).

Tuttavia, forse recependo i rilievi della dottrina, che aveva giustamente fatto notare come l’efficacia probatoria della certificazione non avrebbe potuto eccedere i limiti dell’elemento di convincimento¹⁷⁶, o forse solo per cercare di enfatizzare la

¹⁷² L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 117. Anche tale indicazione verrà recepita dal legislatore delegato.

¹⁷³ L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 241.

¹⁷⁴ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 116 s.; e, sulla sua scia, V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 284.

¹⁷⁵ V. M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 499. L’Autore rileva come “l’incapacità di incidere, in una prospettiva riformatrice di ampio respiro, sul gioco delle convenienze nella scelta di un determinato schema contrattuale tipico (*i.e.* di introdurre la derogabilità assistita) non può che spostare l’enfasi sul solo profilo della tenuta giudiziaria delle qualificazioni validate in via amministrativa e/o sindacale. Ed è qui che il modello certificatorio, privo di un adeguato sostegno a livello di rimodulazione e disponibilità parziale o relativa delle tutele, mostra tutta la sua debolezza e fragilità alimentando le perplessità della dottrina sulla efficacia e sulla utilità pratica di un siffatto meccanismo”.

¹⁷⁶ L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 97; M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 500.

tenuta della certificazione¹⁷⁷, il testo della legge delega, espunto il riferimento alla valutazione del comportamento delle parti ad opera dell'autorità giudiziaria¹⁷⁸, impone al legislatore di attribuire piena forza legale al contratto certificato (art. 5, lett. e). Specificando, peraltro, subito dopo, che è comunque sempre ammessa la "possibilità di ricorso in giudizio (...) in caso di erronea qualificazione del programma negoziale da parte dell'organo preposto alla certificazione e di difformità tra il programma negoziale effettivamente realizzato dalle parti e il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione" (art. 5, lett. e).

Il riferimento alla piena forza legale - congiunto al dettato della successiva lettera f), anch'esso inserito in un successivo momento nella legge delega, ove è statuito che il legislatore delegato deve prevedere che gli effetti dell'accertamento svolto in sede di certificazione permangano "fino al momento in cui venga provata¹⁷⁹ l'erronea qualificazione del programma negoziale o la difformità tra il programma concordato dalle parti in sede di certificazione e il programma attuato - aveva fatto ipotizzare ad una parte della dottrina che il legislatore volesse limitare gli effetti dell'eventuale riqualificazione operata in sede giudiziale al periodo successivo all'emanazione della sentenza, escludendo, pertanto, l'efficacia retroattiva di quest'ultima¹⁸⁰.

¹⁷⁷ V. P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1149, che valuta in chiave critica il passaggio dall'impostazione del d.d.l. a quella della legge delega (v. anche *infra* nt. 179).

¹⁷⁸ A dire il vero la legge delega impone comunque di prevedere l'obbligo in capo all'autorità giudiziaria competente di accertare (e non più valutare) le dichiarazioni e il comportamento tenuto dalle parti davanti all'organo preposto alla certificazione dei contratti di lavoro, inserendolo nella successiva lett. f. Sul punto, in dottrina, erano state prospettate due possibili interpretazioni: da una parte V. SPEZIALE (*La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 293) riteneva che fosse stato mantenuto valore probatorio ai comportamenti e alle dichiarazioni rese in sede di certificazione, seppure sotto forma di argomento di prova (art. 116 c.p.c.), o alla stregua del valore delle dichiarazioni rese in sede di interrogatorio libero *ex art.* 420 c.p.c., dall'altra L. DE ANGELIS (*La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 240) che collegava invece il suddetto obbligo di valutazione "a conseguenze di tipo diverso (ad es., alla statuizione sulle spese: v. l'art. 412, comma 4, c.p.c.)". Quest'ultima è stata la soluzione "accolta" dal legislatore delegato.

¹⁷⁹ Sul riferimento del legislatore alla prova v. i giusti rilievi critici di L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 115; M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., p. 379.

¹⁸⁰ Così, dubitativamente e con valutazioni critiche, V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 293; e, sulla sua scia, G. CANNELLA, *Delega al governo in materia di mercato del lavoro*, in AA. VV., *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del governo alle controproposte della Cgil*, Ediesse, Roma, 2003, p. 33 s.; nonché A. AVONDOLA, *Certificazione e legittimità costituzionale*, cit., p. 308. Interpretazione suggerita da un precedente lavoro di E. GHERA (*Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 534 s.), ove l'Autore, in sede di analisi del d.d.l., aveva ritenuto indispensabile, per far funzionare la certificazione, "introdurre nel d.d.l. disposizioni che (valessero) ad attenuare - ad esempio, delimitando nel tempo la decorrenza retroattiva degli effetti della

Giustamente, però, la maggior parte dei commentatori aveva rilevato l'incostituzionalità della menzionata soluzione interpretativa¹⁸¹ che, peraltro, non era in alcun modo obbligata dal dato letterale.

Il riferimento alla piena forza legale della certificazione, infatti, seppure enfaticamente, voleva semplicemente alludere alla necessità, per le parti ed i terzi, di conformarsi, sul piano sostanziale, a quanto in essa accertato fino all'emanazione dell'eventuale sentenza di accoglimento di uno dei ricorsi previsti dall'art. 5, che non avrebbe potuto non operare retroattivamente¹⁸². Salvo capire, poi, se a questi fini fosse necessario attendere il passaggio in giudicato della decisione o, invece, fosse sufficiente una sentenza anche non definitiva¹⁸³.

Approfondendo l'analisi si è poi ulteriormente precisato che la retroattività avrebbe avuto luogo fin dalla stipulazione del contratto in caso di erronea qualificazione e di difformità dovuta a simulazione, laddove invece avrebbe dovuto retroagire ad un momento successivo alla stipulazione in caso di novazione tacita del contratto¹⁸⁴. Precisazione che verrà raccolta dal legislatore delegato.

Ma se questa è l'interpretazione del dettato normativo da accogliere, ritorna allora prepotente il dubbio di fondo sulla effettiva idoneità deflattiva della certificazione, dubbio enfatizzato dal fatto che, ad avviso della dottrina maggioritaria, almeno prima dell'emanazione del decreto delegato¹⁸⁵, le parti

pronuncia di accertamento del rapporto – le conseguenze negative a carico del datore che, in buona fede, ed assistito dalla certificazione, abbia utilizzato un tipo negoziale non conforme alla effettiva natura del rapporto”. Sul riferimento della legge delega alla “piena forza legale” del contratto certificato v. i rilievi preoccupati di G. SCHIAVONE, *Le alternative alla giurisdizione: la certificazione ed il giudizio arbitrale di equità*, in *Diritto del Lavoro on Line* – www.unicz.it/lavoro/RICERCAMISCELLANEA.htm, p. 8. Cfr., altresì, P. BELLOCCHI (*Le procedure di certificazione*, cit., p. 1149) ad avviso della quale tale riferimento è stato dettato dall’“idea della particolare forza giuridica della certezza pubblica contenuta nella certificazione, quale giudizio incontrovertibile destinato ad essere rimesso in discussione solo in casi eccezionali o comunque specifici, unita al desiderio di replicare alle accuse di chi considerava questa procedura un istituto inutile”.

¹⁸¹ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 116; M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., p. 379; L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 241.

¹⁸² M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., p. 379 ss.

¹⁸³ V., sul punto, L. NOGLER, *op. loc. cit.*

¹⁸⁴ L. NOGLER, *op. loc. cit.*

¹⁸⁵ Come vedremo non sarà così dopo l'emanazione del d.lgs. n. 276/2003. V., *infra*, cap. II, par. 2.2.1. Vigente la sola legge delega, era dell'opinione che la certificazione potesse essere richiesta anche nel corso dell'esecuzione del contratto, L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 117 s.

avrebbero potuto chiedere la certificazione solo prima dell'inizio dell'esecuzione del contratto¹⁸⁶.

Le commissioni di certificazione, infatti, avrebbero potuto valutare la correttezza della qualificazione operata dalle parti sulla base del solo dato formale contenuto nella scheda contrattuale ed eventualmente delle dichiarazioni rese dalle parti stesse in sede di audizione, laddove, come ampiamente visto¹⁸⁷, il contenzioso giudiziale in materia di qualificazione s'incentra prevalentemente proprio sulla divergenza fra programma negoziale originario e successiva attuazione del rapporto. Circostanza che ha fatto dire, in dottrina, che "la limitata incisività dell'istituto sulla (notoriamente enorme) *litigation* in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro può essere considerata geneticamente iscritta nel suo dna"¹⁸⁸.

Per questa ragione, al fine di rafforzare l'istituto, nel passaggio dal d.d.l. alla legge delega, il legislatore ha introdotto alcune previsioni tese a scoraggiare i ricorsi in giudizio palesemente infondati o, comunque, a facilitare la conciliazione preventiva delle controversie¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Così, espressamente, M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., p. 378 e V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 291 s. Ma, ci sembra, anche L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 97; ID., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 234 ss.; nonché E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 534.

¹⁸⁷ *Supra*, par. 2.

¹⁸⁸ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 113, che pure invita a non sottovalutare le potenzialità dell'istituto (p. 114 s.). Non è possibile, in questa sede, ripercorrere le ragioni a favore o contro la certificazione così come configurata nella legge delega, prima, e nel decreto delegato, poi, ragioni che emergeranno via via nel corso della trattazione. Si può solo notare come, già dopo l'introduzione della legge delega, l'opinione prevalente era nel senso dell'inutilità o, addirittura, dannosità dell'istituto. Parla, con riguardo alla legge delega, di rischi di deflazione o giurisdizione cattiva L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 98; ID., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 242; e, sulla sua scia, V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 304 ss.; critici anche P. ALLEVA - A. ANDREONI - V. ANGIOLINI - F. COCCIA - G. NACCARI, *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti. La legge delega al Governo sul mercato del lavoro*, cit., p. 81 s.; G. CANNELLA, *Delega al governo in materia di mercato del lavoro*, cit., p. 31 s.; C. ROMEO, *Rilancio dell'autonomia privata nel diritto del lavoro e certificazione dei rapporti*, cit., p. 110 ss. Di sostanziale inutilità parlano M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., p. 381 s.; V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, cit., p. 96; M. RUSCIANO, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in R. DE LUCA TAMAJO - M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 343 ss. Sono disposti a concedere qualche credito alla certificazione, invece, E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 534; O. FANELLI, *Quale disciplina per i lavori atipici*, cit., col. 19; T. TREU, *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione e arbitrato*, p. 88 ss.; scettico, sembra, G. RICCI, *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità, limiti*, cit., p. 329 ss.

¹⁸⁹ Le menzionate previsioni sembrano ispirate all'esperienza dei tribunali industriali del Regno Unito. V., infatti, M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta*

In tale direzione vanno l'introduzione dell'obbligatorietà dell'espletamento del tentativo di conciliazione *ex art.* 410 c.p.c. avanti la stessa commissione che ha certificato il contratto¹⁹⁰, nonché dell'obbligo, da parte del giudice, di accertare il comportamento tenuto e le dichiarazioni rese dalle parti in sede di certificazione (art. 5, lett. f)¹⁹¹.

Tornando ai rapporti fra atto di certificazione e accertamento giudiziale, si deve ricordare come parte della dottrina, forse facendosi prendere un po' la mano, avesse denunciato possibili, incostituzionali compressioni della tutela giurisdizionale nella mancata previsione di alcune ipotesi di "impugnazione" dell'atto di certificazione.

In particolare, si era lamentata la mancata previsione della possibilità di denunciare vizi della volontà, diversi dall'errore, nella formazione del convincimento dell'organo competente¹⁹². Ma, vista la natura di atto amministrativo dell'atto di certificazione, davvero non si capisce come possano configurarsi vizi della volontà dell'organo amministrativo, che tutt'al più andranno a confluire nei classici vizi di legittimità degli atti amministrativi (eccesso di potere, incompetenza e violazione di legge).

E infatti, la menzionata dottrina lamenta anche la mancata previsione del ricorso al giudice amministrativo per far valere la lesione di interessi legittimi - di utilità, nell'ambito del riportato pensiero, soprattutto nel caso di rifiuto, da parte della commissione, di certificare il contratto - salvo poi recuperare la lamentata lacuna con un'interpretazione estensiva della prevista impugnazione della certificazione per erronea qualificazione¹⁹³.

Anche per quanto attiene all'impugnazione davanti al giudice amministrativo, tuttavia, a nostro avviso, non era necessaria alcuna previsione della legge delega che,

giudiziaria, cit., p. 502; M. BIAGI - M. TIRABOSCHI, *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato*, cit., p. 588. Sui tribunali industriali v. M. TIRABOSCHI, *Tribunali Industriali e tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori: il caso inglese*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1995, p. 161 ss.

¹⁹⁰ Per valutazioni critiche sul punto v. V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, cit., p. 98.

¹⁹¹ Sul punto v., *supra*, nt. 176 e ivi le opposte posizioni di Speziale e de Angelis, cui si aderisce.

¹⁹² V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 288 ss.; e, sulla scia di questi, A. AVONDOLA, *Certificazione e legittimità costituzionale*, cit., p. 307.

¹⁹³ V. SPEZIALE, *op. loc. cit.* Sul punto va rilevato come anche L. NOGLER (*Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 122) avesse ipotizzato l'introduzione del ricorso al giudice amministrativo, ricavandola tuttavia dal dettato della lett. d, art. 5.

occupandosi esclusivamente del ricorso davanti al giudice civile, lasciava impregiudicata, e risolvibile con il ricorso ai principi generali, la tutela dell'eventuale lesione degli interessi legittimi, qualora fosse stata configurabile nel caso concreto¹⁹⁴.

Purtroppo, invece, il legislatore delegato, come si vedrà, ha accolto i succitati rilievi, introducendo nel d.lgs. n. 276/2003 due disposizioni oscure e di difficile inquadramento sistematico (art. 80, commi 1, ultimo periodo e 5)¹⁹⁵.

Per concludere, si può ricordare come la versione finale della legge delega si sia arricchita di altre due previsioni rispetto alla versione iniziale del d.d.l.

Si tratta dell'attribuzione agli enti bilaterali della competenza a certificare “anche le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse” (lett. g), e dell'estensione della procedura di certificazione anche “all'atto di deposito del regolamento interno riguardante la tipologia dei rapporti attuati da una cooperativa ai sensi dell'art. 6 della legge 3 aprile 2001, n. 142, e successive modificazioni” (lett. h).

Tali previsioni verranno considerate nel prosieguo della trattazione, in questa sede invece preme ribadire come il legislatore delegato abbia ampiamente tenuto conto delle osservazioni operate dalla dottrina a margine della legge delega, e qui riportate, purtroppo, però, senza risolvere alcuno dei problemi prospettati - che tutt'ora costituiscono altrettanti punti nevralgici dell'analisi dell'istituto della certificazione dei contratti di lavoro - anzi, se possibile, complicandoli.

5. *La certificazione nel d.lgs. n. 276/2003: profili generali.*

Terminata la ricostruzione del percorso che ha portato all'introduzione della certificazione nel nostro ordinamento, possiamo ora dare uno sguardo d'insieme

¹⁹⁴ Come rilevato, peraltro, dalla stessa dottrina che qui si critica. V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 290 s.

¹⁹⁵ Pertanto, sarà anche vero, come dice F. CARINCI (*Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in ID. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, I, Organizzazione e disciplina del lavoro*, a cura di M. MISCIONE - M. RICCI, Ipsoa, Milano, 2004, p. LXXX), che la “perla costituita dalla chiamata in causa del giudice amministrativo” nel d.lgs. n. 276/2003 è “riconciliabile allo zelo di uno di quei consiglieri, “amministrativi” di spirito e di ruolo (...)”, ma è altrettanto vero che il consigliere in questione ha avuto buon gioco nelle opinioni della dottrina lavoristica.

all'istituto, così come modellato dagli artt. 75 ss. del d.lgs. n. 276/2003 e dai successivi interventi correttivi e integrativi del legislatore e del governo.

L'intento è quello di fornire una lettura complessiva delle norme che regolano la certificazione - attenta a farne emergere lo stretto legame con le disposizioni redatte per il *Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* e con l'elaborazione dottrinale formatasi sul testo della legge delega n. 30/2003 - per passare poi, nei capitoli successivi, alla vera e propria analisi sistematica della disciplina, secondo l'interpretazione che si ritiene più coerente ai presupposti metodologici che verranno enucleati nel prossimo paragrafo.

L'esposizione può prendere le mosse da un riferimento, per così dire, "topografico", che dà già conto, a nostro avviso, del valore simbolico attribuito dal legislatore all'istituto. Non può passare inosservata, infatti, la collocazione della certificazione alla fine del d.lgs. n. 276/2003, nel titolo VIII (dedicato alle procedure di certificazione), quasi a chiusura e razionalizzazione dell'intero impianto delineato dalla riforma Biagi.

Il titolo VIII, a sua volta, si compone di due capi. Nel prosieguo, la nostra attenzione sarà inevitabilmente dedicata in prevalenza al primo, intitolato alla certificazione dei contratti di lavoro (artt. 75 - 81), in virtù del maggior interesse che riveste dal punto di vista ricostruttivo, salvo operare in chiusura qualche accenno anche al secondo, di dimensioni più contenute, dedicato alle altre ipotesi di certificazione (artt. 82 - 84).

Il capo I si apre con l'indicazione espressa, all'art. 75, delle finalità del meccanismo certificatorio, individuate nella deflazione del contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro. Con un oggetto ampio, che abbraccia qualunque contratto di lavoro, sia esso autonomo o subordinato, esclusi i soli rapporti alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni¹⁹⁶.

¹⁹⁶ L'esclusione si spiegherebbe "in ragione delle (prevalenti) modalità di reclutamento del personale tramite concorso, che probabilmente rendono più esili e fragili le finalità perseguite con la certificazione", così P. TULLINI, *Commento agli artt. 75 - 81*, in E. GRAGNOLI - A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004, p. 827 s. Denuncia l'irragionevolezza dell'esclusione, L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 241 (v. già, con riferimento alla legge delega, *supra* nt. 159).

Tale la formulazione della norma dopo la novella apportata con l'art. 18 del d.lgs. n. 251/2004¹⁹⁷, che ha sostituito la disposizione originaria a mente della quale potevano essere certificati sono alcuni contratti tassativamente indicati.

Si trattava dei contratti di lavoro subordinato “flessibili” introdotti o riformati dallo stesso d.lgs. n. 276/2003 (contratto di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale), del contratto di lavoro a progetto e dell'associazione in partecipazione, secondo quella logica di collegamento fra moltiplicazione e flessibilizzazione dei tipi contrattuali e introduzione della certificazione, anche al fine di incentivare questi ultimi, di cui abbiamo già accennato nel paragrafo precedente¹⁹⁸.

La scelta di procedere alla certificazione del contratto, così come previsto nella delega, è rimessa alle parti (art. 75), cosicché in alcun modo questa potrebbe essere resa giuridicamente vincolante (ad es. da contratti collettivi o regolamenti aziendali)¹⁹⁹.

Le parti si devono rivolgere - presentando un'istanza scritta comune, sottoscritta da entrambe²⁰⁰ - a una delle commissioni istituite presso le sedi individuate all'art. 76, il cui elenco si è arricchito nel 2006²⁰¹.

Si tratta, in particolare, degli enti bilaterali costituiti nell'ambito territoriale di riferimento ovvero a livello nazionale, quando la commissione di certificazione sia

¹⁹⁷ D.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 (*Disposizioni correttive del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in materia di occupazione e mercato del lavoro*).

¹⁹⁸ Sul punto, per tutti, v. C. CESTER, *La procedura di certificazione*, in G. SUPPIEJ - M. DE CRISTOFARO - C. CESTER, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Cedam, Padova, terza ed., 2005, p. 467; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 582; P. TULLINI, *op. loc. cit.* Giudicavano irrazionale la prima formulazione dell'art. 75, fra gli altri, A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 619 ss.; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 222.

¹⁹⁹ Molto si è ironizzato sul carattere volontario della procedura, che di fatto sarà imposta dal datore di lavoro al lavoratore, come condizione dell'assunzione. Cfr. P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, p. 921 s.; V. ANGIOLINI - L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in G. GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al d.lgs. n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, p. 361; E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 547; nonché, U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma (Guida alla lettura del d.lgs. 276/2003, in materia di occupazione e mercato del lavoro)*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2003, p. 39, che vede invece nell'insistenza del legislatore sulla volontarietà il tentativo di tranquillizzare il settore più impaurito dalla certificazione, quello imprenditoriale. V. però le osservazioni di P. BELLOCCHI (*Le procedure di certificazione*, cit., p. 1141 s.) che rileva come si tratti di “un aspetto del problema che non può essere oggetto di valutazione giuridica e dal quale è impossibile premunirsi”, di modo che, “l'importante, al fine di garantire il carattere volontario della procedura, è che essa non venga resa giuridicamente obbligatoria”. Sul punto si tornerà più approfonditamente *infra*, cap. II e III.

²⁰⁰ Art. 78, co. 1 e art. 3, co. 1, D.M. 21 luglio 2004.

²⁰¹ Art. 1, co. 256, della legge finanziaria 2006 (l. n. 266/2005).

costituita nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale²⁰², delle Direzioni provinciali del lavoro e delle Provincie²⁰³, nonché delle Università, pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie²⁰⁴.

Queste ultime, per essere abilitate alla certificazione, devono registrarsi in un apposito albo istituito presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali²⁰⁵. A sua volta, la registrazione è condizionata all'invio, all'atto della registrazione e ogni sei mesi, di studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro con riferimento a tipologie di lavoro indicate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

²⁰² Come noto, la CGIL è sempre stata ostile all'attribuzione delle funzioni certificatorie agli enti bilaterali, tanto che, ad oggi, non consta siano ancora state istituite commissioni presso tali enti. Sul punto v. V. ANGIOLINI – L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., p. 358 ss. In generale, sul tema, v. L. MARIUCCI, *Certificazione ed enti bilaterali*, in R. BORTONE - C. DAMIANO - D. GOTTARDI, *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Editori Riuniti, Roma, 2004, p. 149 ss.; C. CESTER, *Il futuro degli enti bilaterali: collaborazione e antagonismo alla prova della riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2003, p. 211 ss.; L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e contrattazione collettiva*, cit., 341 ss.; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 629 ss.; F. M. CARINI, *L'istituto della certificazione nel d. lgs. 276/2003*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2004, p. 270 ss.

²⁰³ In base al dettato dell'art. 76 il Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali avrebbe dovuto adottare un decreto attuativo entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003. Il decreto è stato emanato il 21 luglio 2004 e ad esso ha fatto seguito la circolare esplicativa del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 15 dicembre 2004, n. 48 sull'istituzione e il funzionamento delle commissioni di certificazione presso le Direzioni provinciali del lavoro. V., sia in ordine alla competenza dei menzionati soggetti, sia con riguardo alla normativa attuativa e alla circolare esplicativa, L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 228 s.; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 164 ss.; M. TIRABOSCHI, *L'istituto della certificazione tra decretazione ministeriale e circolari interpretative*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005, p. 519 ss.; A. CORVINO, *I chiarimenti ministeriali e dell'Inps*, in G. PELLACANI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative. Problemi, soluzioni e prospettive*, *Speciali G. Lav.*, settembre 2005, p. 45 s.

²⁰⁴ Esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo ai sensi dell'art. 66 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382. Sulla competenza delle sedi universitarie v. gli interventi al convegno organizzato da ADAPT e Fondazione «Marco Biagi» su *Scuola, Università, lavoro dopo la Riforma Biagi*, tenutosi a Modena nei giorni 27 - 30 giugno 2005, di E. GHERA (*L'università e la certificazione dei contratti di lavoro*), M. MAGNANI (*La certificazione dei contratti di lavoro e le competenze delle sedi universitarie*) e S. MAGRINI (*La certificazione dei contratti di lavoro ed il ruolo delle università*) raccolti in P. REGGIANI GELMINI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *Scuola, Università e Mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi. Le politiche per la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 547 ss. V., altresì, R. SCIOTTI, *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 37 ss.; M. TIRABOSCHI, *Le sedi universitarie*, in C. ENRICO - M. TIRABOSCHI (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 107 ss.

²⁰⁵ V. Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 14 giugno 2004, che ha istituito l'Albo delle commissioni di certificazione universitarie.

Alle menzionate sedi, come anticipato, nel 2006 se ne sono aggiunte altre due, e precisamente, i consigli provinciali dei consulenti del lavoro²⁰⁶, e il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro²⁰⁷.

Come noto, per ciascuna delle indicate sedi sono state sollevate in dottrina serie obiezioni. Qui si può solo ricordare come, forse consapevole dei due rilievi più ricorrenti, concernenti il rischio di una concorrenza al ribasso fra commissioni (nell'ambito del c.d. modello concorrenziale) e la possibile impreparazione dei membri delle commissioni stesse, ora sotto il profilo tecnico (es. enti bilaterali e Province, nonché, a volte, anche Direzioni provinciali del lavoro), ora sotto il profilo della esperienza e sensibilità necessarie per valutare gli interessi concreti coinvolti nella situazione da certificare (Università e Fondazioni universitarie), il legislatore abbia previsto la possibilità per le commissioni di certificazione di costituire, mediante convenzione, delle commissioni unitarie (c.d. modello cooperativo) (art. 76, u.c.)²⁰⁸.

Inoltre, al fine di operare un limitato coordinamento dell'attività delle commissioni - oltreché per favorire l'omogeneità delle decisioni (per la quale, tuttavia, rivestono una particolare importanza, come vedremo, i moduli e formulari) -, l'art. 8, co. 4, del d.lgs. n. 124/2004²⁰⁹, ha anche previsto che "la direzione provinciale del lavoro, sentiti gli organismi preposti, sulla base di direttive del Ministro del lavoro e delle politiche sociali", fornisca "i criteri volti a uniformare

²⁰⁶ Di cui alla legge 11 gennaio 1979, n. 12, esclusivamente per i contratti di lavoro instaurati nell'ambito territoriale di riferimento e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. V., sul punto, la lettera circolare del Consiglio Nazionale dei consulenti del lavoro 6 luglio 2006, n. 927.

²⁰⁷ La lett. c *bis* dell'art. 76 prosegue quindi circoscrivendo la competenza del Ministero del Lavoro ad alcuni datori di lavoro soltanto, che rispettino i requisiti ivi indicati. Il successivo comma 1 *bis* precisa inoltre che in tal caso le commissioni istituite presso le Direzioni provinciali del lavoro e le Province limitano la loro funzione alla ratifica di quanto certificato dalla commissione di certificazione presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

²⁰⁸ In ordine ai menzionati rilievi nonché alle commissioni unitarie v., per tutti, V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 162 ss.; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 225 ss.; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 625 ss.; M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 744. Con particolare riferimento al rischio di una concorrenza al ribasso v. anche R. RAKIPI - F. PASQUINI, *La certificazione dei contratti di lavoro: un nuovo tassello nella responsabilità sociale d'impresa*, in *Bollettino ADAPT*, n. 38/2006, p. 3.

²⁰⁹ D.lgs. 23 aprile 2004, n. 124 (*Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'articolo 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30*).

l'azione dei vari soggetti abilitati alla certificazione dei rapporti di lavoro ai sensi degli articoli 75 e seguenti, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276²¹⁰.

Viene parzialmente regolato anche il profilo della competenza, prevedendo²¹¹ per le parti l'obbligo di rivolgersi alle commissioni presso le Direzioni provinciali e le Province in cui si trovi l'azienda o una sua dipendenza alla quale sarà addetto il lavoratore, ovvero, qualora intendessero avvalersi degli enti bilaterali, di rivolgersi alle commissioni costituite dalle rispettive associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro²¹². Nulla è detto per le Università e le Fondazioni universitarie, che godono di competenza su scala nazionale (art. 77).

Accogliendo le osservazioni della dottrina a margine della legge delega, poi, il legislatore ha dettato alcuni scarni principi fondamentali - in linea di massima ripresi dalla l. n. 241/1990 in materia di procedimento amministrativo²¹³ - in ordine al procedimento di certificazione, per poi rinviare alla ulteriore competenza regolativa delle singole commissioni, all'atto della loro costituzione, nel rispetto dei principi stabiliti dagli emanandi codici di buone pratiche (art. 78).

Così le parti, nell'istanza introduttiva del procedimento, dovranno indicare gli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali richiedono la certificazione, effetti che a loro volta dovranno essere menzionati nell'atto di certificazione (art. 78, lett. d e art. 3, co. 3, D.M. 21 luglio 2004).

L'inizio del procedimento dovrà quindi in ogni caso essere comunicato alla Direzione provinciale del lavoro, che provvederà a inoltrare la comunicazione alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a

²¹⁰ V., altresì, l'art. 10 del D.M. 21 luglio 2004, a mente del quale "al fine di garantire un uniforme comportamento da parte delle Commissioni di cui all'art. 1, co. 1 (i.e. commissioni istituite presso le Direzioni provinciali del lavoro e le Province) (...) il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e le Province provvedono ad organizzare, nei limiti delle risorse destinate alle predette finalità dalla legislazione vigente, attività di carattere formativo e informativo sugli argomenti oggetto delle procedure di certificazione".

²¹¹ Oltre a quanto già visto per le commissioni presso il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e i consigli provinciali dei consulenti del lavoro (art. 76, co. 1, lett. c *bis* e c *ter*).

²¹² Sul punto, per tutti, V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 167 ss.

²¹³ Come si vedrà è oggetto di discussione l'applicazione al caso di specie della l. n. 241/1990. A mero titolo esemplificativo, rinviando, per ulteriori riferimenti, alla trattazione specifica nel cap. II, v., per l'affermativa, F. VOLPE, *Relazione* al convegno su «*La certificazione dei contratti di lavoro in prospettiva interdisciplinare*» svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Padova - sede di Treviso, il 20 dicembre 2006 (dattiloscritto), p. 28 s. e 42 s.; nonché G. C. SALERNO, *Certificazione dei contratti di lavoro e profili di diritto amministrativo*, in G. PELLACANI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative. Problemi, soluzioni e prospettive*, cit., p. 35 ss.; per la negativa, L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 231 s.; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 642 s.

produrre effetti, le quali, a loro volta, potranno presentare osservazioni alle commissioni di certificazione (art. 78, lett. a; artt. 1 e 6, D.M. 21 luglio 2004).

Il procedimento medesimo si deve concludere entro il termine di trenta giorni dal ricevimento dell'istanza²¹⁴ e l'atto di certificazione deve essere motivato e contenere il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere (art. 78, lett. b e c; artt. 3 e 6, D.M. 21 luglio 2004).

Nell'art. 78, co. 3, quindi, sono contenute norme particolari in materia di conservazione e diritto di accesso agli atti del procedimento²¹⁵.

Infine, è previsto che il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali adotti con proprio decreto sia codici di buone pratiche che appositi moduli e formulari²¹⁶.

I primi - che avrebbero dovuto essere emanati entro sei mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003²¹⁷, recependo, ove esistenti, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale - devono individuare le clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi (78, co. 4).

I secondi, invece, sono espressamente funzionalizzati alla certificazione del contratto e del relativo programma negoziale, e allo scopo devono tener conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di

²¹⁴ Nel procedimento davanti alle Direzioni provinciali del lavoro e alle Provincie il D.M. 21 luglio 2004 prevede che il procedimento stesso si concluda entro 30 giorni dal ricevimento dell'istanza ovvero dal ricevimento della ulteriore documentazione che venga richiesta ad integrazione dalla Commissione (art. 3). E' altresì previsto che il Presidente della commissione di certificazione, ricevuta l'istanza, provveda a convocare le parti (artt. 2 e 5). E' prevalente, in dottrina, l'opinione che il termine di trenta giorni sia un termine ordinatorio; v., per tutti, L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 232. Cfr., tuttavia, G. C. SALERNO, *Certificazione dei contratti di lavoro e profili di diritto amministrativo*, cit., p. 41 e 43 s., ad avviso del quale, "in materia di procedura di certificazione dei contratti di lavoro la commissione è inadempiente trascorsi (...) trenta giorni dalla data di presentazione della richiesta di certificazione (...)" di modo che, decorso infruttuosamente tale termine "le parti (...) possono esperire i rimedi che l'ordinamento appresta di fronte al silenzio o all'inerzia totale o parziale della commissione".

²¹⁵ In particolare, si dispone che "i contratti di lavoro certificati, e la relativa pratica di documentazione, devono essere conservati presso le sedi di certificazione, per un periodo di almeno cinque anni a far data dalla loro scadenza. Copia del contratto certificato può essere richiesta dal servizio competente di cui all'art. 4 bis, comma 5, del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, oppure dalle altre autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti". V. anche l'art. 7 del D.M. 21 luglio 2004.

²¹⁶ Cfr., anche per la disciplina transitoria in attesa dell'emanazione dei decreti, l'art. 11 del D.M. 21 luglio 2004.

²¹⁷ Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali non ha ancora emanato i decreti in questione.

lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro (art. 78, co. 5).

Se, come abbiamo visto, la disciplina del procedimento è meramente abbozzata, ancor meno, o meglio, nulla è detto, nel d.lgs. n. 276/2003, sulla natura dell'atto di certificazione, il suo contenuto e i suoi effetti, che devono essere ricavati in via interpretativa dalla disciplina complessiva dell'istituto²¹⁸.

L'art. 79, che pure è intitolato alla "efficacia giuridica della certificazione", ne regola infatti esclusivamente l'efficacia nel tempo, disponendo che "gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione dei contratti di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari"²¹⁹.

Sul punto, pertanto, è necessario rivolgere l'attenzione all'elaborazione dottrinale che vede nell'atto di certificazione, in prevalenza, un provvedimento amministrativo²²⁰, riconducibile alla categoria delle certazioni²²¹, con un contenuto di natura valutativa consistente nell'attestazione della correttezza della qualificazione operata dalle parti²²² oppure, direttamente, nella qualificazione stessa del contratto di lavoro²²³.

L'effetto prodotto sarebbe un effetto di certezza pubblica²²⁴ consistente nell'obbligo per le parti²²⁵ e per i terzi²²⁶ - fra i quali, tuttavia, sono ricompresi con

²¹⁸ R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, in *Lav. Giur.*, 2006, p. 8.

²¹⁹ Di modo che gli effetti della certificazione permangono fino all'emanazione di una sentenza di segno contrario, non necessariamente passata in giudicato, fatta salva la possibilità di chiedere ed ottenere, nelle more del processo, dei provvedimenti cautelari. Sul punto è sufficiente, in questa sede, il richiamo a G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione*, cit., p. 605 ss.; nonché G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Dir. Lav., Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, 2004, p. 1079 ss., rinviando ai capitoli successivi per una trattazione approfondita.

²²⁰ Lo stesso D.M. 21 luglio 2004, fra l'altro, all'art. 6, stabilisce che "l'atto di certificazione ha natura di provvedimento amministrativo".

²²¹ Per tutti v. E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 282 ss.

²²² V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in *Lav. Giur.*, 2005, p. 314; R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 6; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 154.

²²³ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 209 ss.; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 640.

²²⁴ V., in chiave critica, P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1149 ss.

²²⁵ V., in particolare, M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, I, p. 311 ss. Va tuttavia evidenziato come la dottrina maggioritaria o si limita ad enunciare il supposto effetto di certezza pubblica nei confronti delle parti senza tuttavia specificarne il contenuto oppure, in maniera più

certezza solo gli enti pubblici - di ritenere sussistente fra le parti stesse un rapporto di lavoro così come qualificato nell'atto di certificazione fino all'eventuale sentenza di merito di segno contrario.

Per vero, ognuno dei menzionati profili - che saranno analizzati nel secondo capitolo - costituisce tuttora un nervo scoperto dell'istituto, oggetto di ampio dibattito dottrinale e privo di soluzioni assestate.

Similmente, anche il tema dei rapporti fra certificazione e giurisdizione, oggetto del terzo capitolo, pur centrale nell'economia dell'istituto, non ha ancora trovato una sistemazione teorica appagante e condivisa, in attesa delle prime risposte giurisprudenziali.

In materia, contrariamente a quanto visto in ordine al procedimento, il legislatore, nell'ansia di fugare ogni dubbio di costituzionalità, ha predisposto ben cinque "rimedi" contro l'atto di certificazione (art. 80).

Alle parti, e ai terzi nei cui confronti l'atto di certificazione produce effetti, è data innanzitutto la possibilità di ricorrere al giudice del lavoro per erronea qualificazione del contratto oppure per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

Nel primo caso, l'eventuale accertamento giurisdizionale dell'erroneità della qualificazione ha effetto fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale; nel secondo caso, l'eventuale accertamento giurisdizionale della difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato ha effetto a partire dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità stessa. La precisazione, apparentemente ovvia, ma molto importante, a nostro avviso, sul piano sistematico, accoglie, come già visto, un suggerimento offerto dalla dottrina in sede di analisi della legge delega.

radicale, arriva a negare, nei confronti delle parti stesse, qualunque effetto. In particolare, per quest'ultima posizione, v. P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1150 s.; R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 8.

²²⁶ Per gli effetti della certificazione nei confronti degli enti pubblici v., fra gli altri, L. NOGLER, *Rapporto contributivo e certificazione*, in *Dir. Sic. Soc.*, 2005, I, p. 385 ss.; A. GUADAGNINO, *Gli effetti della certificazione nei confronti degli enti previdenziali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2004, I, p. 575 ss.; A. VALLEBONA, *Volontà assistita e certificazione dei contratti di lavoro: due modelli diversi*, cit., p. 833 ss. Cfr. altresì circ. INPS 1 giugno 2005, n. 71. Per gli effetti nei cfr. dei terzi privati v. F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 28 s.

Sempre ad un rilievo dottrinale operato sulla legge delega - ma in questo caso, e al contrario di quanto detto sopra, senza che ve ne fosse bisogno, ed anzi complicando non poco la disciplina - sono dovuti gli ulteriori rimedi.

Si tratta della possibilità, riconosciuta alle sole parti, di impugnare davanti al giudice del lavoro l'atto di certificazione per vizi del consenso - con una disposizione che riprende in parte quanto immaginato nel Progetto per la predisposizione di uno Statuto dei lavori -, nonché della previsione, in questo caso per chiunque vi abbia interesse, del ricorso contro l'atto di certificazione davanti al T.A.R. nella cui giurisdizione ha sede la commissione che ha certificato il contratto, per violazione del procedimento o per eccesso di potere.

Con riguardo ai ricorsi davanti al giudice del lavoro, poi, al fine di rafforzare l'efficacia deflattiva della certificazione, il legislatore ha disposto che la commissione di certificazione che ha certificato il contratto sia anche sede per l'espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione *ex art. 410 c.p.c.* Inoltre, è data al giudice la possibilità di valutare il comportamento complessivo tenuto dalle parti in sede di certificazione e di tentativo obbligatorio di conciliazione ai fini della condanna alle spese o, eventualmente, per responsabilità aggravata (artt. 91, 92, 96 c.p.c.)²²⁷.

Esaurito il tema dei "rimedi", a chiusura del capo I del titolo dedicato alla certificazione, il legislatore ha infine inserito una disposizione, l'art. 81, di estremo interesse teorico e potenzialmente molto rilevante sul piano pratico, la cui formulazione, non priva di forzature sul piano dogmatico, purtroppo, ne rende difficile la lettura e la collocazione sistematica.

Si prevede, infatti, che le sedi di certificazione svolgano anche funzioni di consulenza e assistenza effettiva alle parti contrattuali, sia in relazione alla stipulazione del contratto di lavoro e del relativo programma negoziale, sia in relazione alle modifiche del programma medesimo concordate in sede di attuazione

²²⁷ Cfr., in generale, sui "rimedi" contro la certificazione, M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 324 ss.; P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, in G. AMOROSO - V. DI CERBO - A. MARESCA, *Diritto del lavoro. IV. Il processo*, Giuffrè, Milano, terza ed., 2009, p. 1115 ss.; V. ANGIOLINI - L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., p. 368 ss.; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, in G. PERONE - A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 363 ss.; F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 38 ss. V. tuttavia, ampiamente, *infra*, cap. III.

del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro.

Senza entrare nel merito delle singole questioni sollevate con riguardo alla riportata disposizione, in questa sede si devono ricordare alcuni degli interrogativi più significativi prospettati in dottrina.

Innanzitutto, qualche Autore ha ritenuto di potervi rinvenire l'introduzione del meccanismo di "derogabilità assistita", ora con riguardo sia alla legge che al contratto collettivo²²⁸ ora, invece, con riguardo solo alla prima²²⁹ o solo al secondo²³⁰.

Di diverso avviso la dottrina maggioritaria²³¹, che si è tuttavia interrogata sul contenuto e sul carattere, meramente accessorio o essenziale, dell'attività di assistenza e consulenza, ai fini del procedimento di certificazione²³².

Non è poi chiaro in cosa consista il requisito dell'effettività²³³, né se incida sulla validità o sullo stesso contenuto della certificazione e in che termini²³⁴.

Infine, il riferimento all'assistenza e consulenza in ordine alle modifiche del programma negoziale ha posto il problema - in verità la disposizione in esame è solo uno degli elementi, seppure di particolare rilievo, su cui si è fondato il relativo dibattito - del momento in cui può essere chiesta la certificazione: se questo coincida con quello della stipula del contratto di lavoro o, quantomeno, debba essere antecedente all'esecuzione del contratto stesso, come si riteneva prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, oppure possa rinvenirsi in qualunque momento della vita del rapporto²³⁵.

²²⁸ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 284 ss.

²²⁹ Così, vigente il testo originario dell'art. 75, V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, cit., p. 161 ss.

²³⁰ A. VALLEBONA, *Lavoro (certificazione dei contratti)*, cit., p. 2; ID., *Volontà assistita e certificazione dei contratti di lavoro: due modelli diversi*, cit., p. 835 s.

²³¹ V., per tutti, C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 386 ss.; M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, in *Lav. Dir.*, 2004, p. 127 ss.; A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 16/2004, p. 6 ss.

²³² Cfr. M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 312.

²³³ V., ad es., M. TREMOLADA, *op. cit.*, p. 316.

²³⁴ In generale, sull'attività di assistenza e consulenza, per tutti, v. C. FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2005, I, p. 75 ss.; e, più di recente, ID., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 118 ss. e 288 ss. V., altresì, P. TULLINI, *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 853 ss.

²³⁵ V., a favore della prima delle posizioni riportate, M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 310 ss.; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 587 ss.; L. NOGLER, *La certificazione dei*

Tornando al primo degli interrogativi sollevati, è necessario ricordare come anche un'altra disposizione del d.lgs. n. 276/2003, contenuta nel titolo VII relativo al lavoro a progetto e al lavoro occasionale, abbia fatto pensare ad un consistente settore della dottrina all'introduzione della "derogabilità assistita".

Si tratta dell'art. 68, nella formulazione antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 251/2004, a mente del quale "i diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo (*i.e.* capo I, titolo VII)" potevano "essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro" di cui al titolo VIII del d.lgs. n. 276/2003²³⁶.

Se il succitato d.lgs. n. 251/2004 sembra aver fugato ogni dubbio sulla volontà del legislatore delegato di espungere qualunque riferimento alla "derogabilità assistita", quantomeno nella disciplina del lavoro a progetto, nondimeno, ha consegnato agli interpreti un testo (il novellato art. 68 d.lgs. n. 276/2003) a dir poco inintelligibile e, soprattutto, difficilmente coordinabile con le previsioni dell'art. 82 del d.lgs. n. 276/2003.

A quanto è dato capire, infatti, il novellato art. 68 consente alle parti di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa in essere al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, di rivolgersi alle commissioni di certificazione per far certificare il contratto risultante dalla riconduzione della precedente co.co.co. ad un progetto, programma di lavoro o fase di esso (così come

contratti di lavoro, cit., p. 217 s.; R. FOGLIA, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Ipsoa, Milano, 2006, p. 379; ID., *Commento all'art. 78*, in R. DE LUCA TAMAJO - G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, Cedam, Padova, 2007, p. 915 s.; *contra* L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 243 ss.; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 203; M. TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in ID. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 240, nt. 10.

²³⁶ V., a favore della derogabilità assistita, prima del d.lgs. n. 251/2004, L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 207; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. ; 262 ss.; V. BRINO, *La derogabilità assistita nel lavoro a progetto: potenzialità e limiti*, in AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit., p. 289 ss.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *Lav. Dir.*, 2006, p. 401 ss., M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. Giur.*, 2003, 823; M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, cit., p. 131 ss.; A. TURSI, *La "volontà assistita" nel d.lgs. n. 276/2003*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, p. 255 ss.; *contra*, per tutti, E. GRAGNOLI, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, cit., p. 87 ss.; A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 11 ss.

disposto dall'art. 61) e al contempo operare rinunzie o transazioni inoppugnabili sui diritti in precedenza maturati dal collaboratore²³⁷.

Ma già l'art. 82 consente alle parti di qualunque contratto di lavoro di rivolgersi alle commissioni di certificazione - in tal caso, però, solo a quelle costituite presso gli enti bilaterali -, per porre in essere rinunzie o transazioni inoppugnabili²³⁸, di modo che il primo dei due articoli sembra già del tutto ricompreso nel secondo, se non fosse per la diversa individuazione, nei due casi, delle commissioni abilitate a certificare le rinunzie o transazioni²³⁹.

Su tutti questi temi, peraltro, si tornerà ampiamente nel corso del secondo capitolo; in questa sede, invece, a chiusura della ricognizione dell'impianto normativo, si devono ricordare gli artt. 83 e 84 del d.lgs. n. 276/2003, inseriti, come l'art. 82, nel capo II del titolo VIII, che individuano altrettante ulteriori ipotesi di certificazione.

In particolare, è possibile chiedere la certificazione anche dell'“atto di deposito del regolamento interno delle cooperative riguardante la tipologia dei rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare, in forma alternativa, con i soci lavoratori, ai sensi dell'articolo 6 della legge 3 aprile 2001, n. 142, e successive modificazioni” (art. 83). In tal caso le parti si devono rivolgere ad un'apposita commissione di certificazione istituita ai sensi del secondo comma del medesimo art. 83²⁴⁰.

Inoltre, le procedure di certificazione di cui al capo primo possono essere utilizzate “sia in sede di stipulazione di appalto di cui all'articolo 1655 del codice civile sia nelle fasi di attuazione del relativo programma negoziale, anche ai fini

²³⁷ E. GRAGNOLI, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, cit., p. 88 ss.

²³⁸ Questa è l'interpretazione dell'art. 82 più seguita in dottrina. V., per tutti, A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 606 ss.; nonché, sia pure in senso dubitativo, E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 -84*, in E. GRAGNOLI - A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, cit., p. 857 ss. Altra parte della dottrina, tuttavia, ritiene che il menzionato art. 82 si limiti a consentire la certificazione qualificatoria degli atti di rinuncia e transazione, impregiudicata la possibilità di una loro impugnazione ex art. 2113 c.c., al fine di risolvere il noto problema delle c.d. quietanze a saldo. Così, p. es., P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1165 ss.

²³⁹ V., estesamente, E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 -84*, cit., p. 862 ss. ove anche una ricognizione dei possibili caratteri distintivi delle due fattispecie. Cfr., altresì, A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 611 ss.; M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, cit., p. 145.

²⁴⁰ V., per tutti, L. FERLUGA, *La certificazione nel rapporto di lavoro dei soci di cooperativa*, in AA. VV., *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, I, Cedam, Padova, 2005, p. 695; E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 -84*, cit., p. 866 ss.; G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 1085 ss.

della distinzione concreta tra somministrazione di lavoro e appalto ai sensi delle disposizioni di cui al Titolo III^o del d.lgs. n. 276/2003 (art. 84)²⁴¹.

Questa, in estrema sintesi, la disciplina in materia di certificazione introdotta dal d.lgs. n. 276/2003, con le successive modificazioni e integrazioni. Si tratta senza dubbio di un notevole balzo in avanti, per non dire di un salto nel vuoto, rispetto alla legge delega, con il quale si iniziano a delineare i tratti del nuovo istituto. Permane tuttavia ancora l'impressione di trovarsi di fronte a un semilavorato, dai contorni e dalle caratteristiche, strutturali e funzionali, sfumate, difficilmente riconducibili ad unità sulla base del solo sforzo ricostruttivo teorico, senza ulteriori interventi normativi o l'ausilio della prassi, in materia, purtroppo, ancora troppo scarsa. Ed è quanto, a nostro avviso, inevitabilmente, emergerà anche dalla successiva trattazione.

6. *Le finalità vere o presunte della certificazione e il loro rilievo a fini interpretativi.*

Definita al suo apparire come l'istituto "forse (...) più complesso e (...) più tentante per l'interprete"²⁴², e oggetto in un primo momento di un considerevole sforzo ricostruttivo da parte della dottrina, la certificazione può allo stesso tempo vantare anche il primato di critiche e opinioni pessimistiche o svalutanti fra le novità introdotte dalla riforma Biagi, fino ad arrivare, col passare degli anni, ad un atteggiamento di sostanziale indifferenza da parte degli studiosi²⁴³.

Ha pesato, sul menzionato atteggiamento, la critica ricorrente fondata sulla sostanziale asimmetria registrabile "già in astratto, nel raffronto tra la finalità

²⁴¹ Cfr. M. EMANUELE, *La certificazione dell'appalto*, in C. ENRICO - M. TIRABOSCHI (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 59 ss.; L. NOGLER, *Commento agli artt. 82 - 84*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 920 ss.; E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 873 ss.; ID., *Certificazione e prime esperienze applicative*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 280, ad avviso del quale quest'ipotesi di certificazione "deve discriminare fra accordi legittimi o nulli e, pertanto, la procedura ha per oggetto la validità del negozio, non la sua qualificazione".

²⁴² F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, cit., p. LXXVIII.

²⁴³ Cfr. M. T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, p. 1269, ad avviso della quale l'iniziale attenzione degli interpreti era giustificata da "una questione cruciale per l'intero diritto del lavoro: se alle commissioni di certificazione il legislatore avesse attribuito la funzione di validare le clausole contrattuali derogatorie *in pejus* rispetto alla disciplina della legge e della contrattazione collettiva". Sicché, risolta la questione in senso negativo, non deve stupire se "dopo il 2004 (...) solo sporadicamente la dottrina si è soffermata sul tema".

assegnata all'istituto (ridurre il contenzioso) e le cause che sono effettivamente alla base del fenomeno che l'istituto normativo dovrebbe contribuire a modificare²⁴⁴.

Si tratta, in altre parole, della già constatata impossibilità della certificazione di incidere, in virtù del principio costituzionale dell'indisponibilità del tipo, sulla principale causa del contenzioso in materia di qualificazione, rappresentata dallo scostamento fra il programma negoziale inizialmente pattuito ed il successivo svolgimento del rapporto (sia esso poi qualificabile come simulazione o novazione tacita o, più semplicemente, ricomponibile alla stregua del canone interpretativo previsto dall'art. 1362, co. 2, c.c.).

La certificazione del contratto operata *ex ante*, infatti, potrebbe tutt'al più incidere su quel "residuo settore del contenzioso che è originato da pure incertezze interpretative"²⁴⁵, laddove, già nella fase di stipulazione del contratto si presenti incerta, appunto, in astratto, la qualificazione della fattispecie in esame, compito questo, peraltro, si è anche rilevato, già assolto dai professionisti, "che non sono meno attrezzati dei componenti che siedono nelle Commissioni di certificazione"²⁴⁶.

Sicché si è assistito al fiorire delle speculazioni più varie sui fini occulti, o indiretti, perseguiti dal legislatore sotto il manto del nobile fine dichiarato della deflazione del contenzioso.

Si è così parlato di deflazione cattiva, fondata sull'ambiguità e sullo scoraggiare il lavoratore, portato, a fronte di un atto formale di certificazione, a non far valere le proprie pretese in giudizio, oppure, ancora, di giurisdizione cattiva, laddove la certificazione funga da "stimolo per i giudici meno attenti e scrupolosi (...) ad appiattirsi sulle indicazioni della certificazione" stessa²⁴⁷.

²⁴⁴ R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 7.

²⁴⁵ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 114 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 217.

²⁴⁶ R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, loc. cit.

²⁴⁷ L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 98.; ID., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 242; ID., *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 269; e, sulla scia di questi, M. RUSCIANO, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 349; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 305 s.; ID., *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 221 ss.; M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., p. 546; M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., p. 382. V. anche P. ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, cit., p. 922 ss.; M. T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, cit., p. 1272; nonché E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p.

Si è altresì rilevato come il legislatore persegua le esigenze di stabilità e certezza giuridica con una serie di dettami e prescrizioni di carattere formale e procedurale, fra i quali vi è la certificazione, con la quale si vorrebbe “accentuare il valore della qualificazione originaria del rapporto di lavoro (quello che tradizionalmente si chiama *nomen iuris*) condizionandone lo svolgimento successivo e la stessa discrezionalità qualificatoria istituzionalmente riconosciuta all’autorità giudiziaria”²⁴⁸.

Ancora, la certificazione è stata anche vista come uno “spregiudicato incoraggiamento a omissioni contributive concertate dalle imprese” a danno degli enti previdenziali (e degli stessi lavoratori), in ragione dell’effetto di sbarramento all’utilizzo dei poteri di autotutela degli stessi che, a fronte di un contratto certificato, sono costretti ad avviare una delle azioni previste dall’art. 80, con un prevedibile incremento del contenzioso giudiziale, contrariamente alle finalità dichiarate dell’istituto, e una notevole dilatazione dei tempi della riscossione, in contrasto, questa volta, con le finalità di accelerazione della stessa perseguite dal d.lgs. n. 46/1999²⁴⁹.

Né migliore accoglienza è stata riservata ad un’altra potenziale funzione della certificazione, la “derogabilità assistita” - per lo più vista negativamente, con potenzialità destrutturanti dell’intero sistema - che, a parte poche isolate posizioni, gli studiosi, soprattutto dopo la modifica dell’art. 68, si sono premurati di espungere dall’impianto normativo²⁵⁰.

547; ID., *Certificazione e prime esperienze applicative*, cit., p. 280, che parla di sostanza intimidatoria dell’istituto.

²⁴⁸ G. FERRARO, *La flessibilità in entrata alla luce del libro bianco sul mercato del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, 447. V. anche, M. D’ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2005, p. 278 s.; G. RICCI, *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità, limiti*, cit., p. 334; V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, loc. cit.; ID., *Commento agli artt. 75 - 84*, loc. cit.

²⁴⁹ E. GRAGNOLI, *L’interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 570 ss.; ID., *Certificazione e prime esperienze applicative*, cit., p. 284 s. V. anche M. RUSCIANO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra ipertrofia regolativa e incertezza applicativa*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, cit., p. 147; L. NOGLER, *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 396; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 220, che, con particolare riferimento all’ipotesi dell’impugnazione per difformità ex art. 80, prospetta possibili profili di incostituzionalità della disciplina. E’ necessario tuttavia rilevare come l’Autore non attribuisca, in via generale, valore esclusivamente negativo al limite imposto agli enti pubblici. Di incostituzionalità parla anche A. GUADAGNINO, *Gli effetti della certificazione nei confronti degli enti previdenziali*, cit., p. 580 ss., che tuttavia, con una posizione del tutto minoritaria, arriva a negare qualunque effetto vincolante della certificazione nei confronti degli enti previdenziali (p. 587 s.).

²⁵⁰ V. *supra* note 226 - 229 e testo.

Così come è stata giudicata negativamente anche l'ulteriore funzione di "disponibilità assistita" (artt. 68 e 82), concretizzantesi, ad avviso della dottrina maggioritaria, in una superflua o addirittura dannosa moltiplicazione delle sedi presso cui operare rinunzie e transazioni inoppugnabili²⁵¹.

Di modo che, per cercare di recuperare qualche valenza positiva all'intervento del legislatore, alcuni Autori si sono avventurati per gli incerti sentieri della *soft law*, o del *soft power*, oppure, ancora, hanno fatto leva sulla crescente attenzione dell'ordinamento alle tecniche di tutela preventive, a scapito del più classico intervento di tipo repressivo, giudicato entro certi limiti inefficace, o addirittura dannoso, e bisognoso di interventi complementari e integrativi di diversa natura.

Nella prima direzione si muove quella parte della dottrina che intravede nella certificazione "un importante segnale sistematico, attestante la, per ora timida e contrastata, penetrazione nell'ordinamento del valore della certezza"²⁵², oppure quella che punta sulla funzione di persuasione morale che la certificazione potrebbe esercitare, qualora le commissioni si dimostrassero all'altezza del compito proponendo soluzioni "idonee a promanare una forza positiva di persuasione", poiché "i buoni argomenti forzano ad una certa conclusione e cioè costringono a credere alla bontà della decisione qualificatoria"²⁵³.

Nella seconda direzione, che non esclude ed anzi talora si integra con la prima, si collocano coloro che spingono per una valorizzazione dell'attività di assistenza e consulenza delle commissioni di certificazione (art. 81), intesa come una funzione ulteriore, a volte essenziale, altre volte meramente accessoria, del procedimento di certificazione.

Si avvertono così le potenzialità dell'istituto se concepito come strumento inteso a favorire l'incontro di volontà delle parti nella predisposizione del

²⁵¹ Per tutti P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., p. 447 ss.; G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 1072.

²⁵² A. VALLEBONA, *Lavoro (certificazione dei contratti)*, cit., p. 1; ID., *Volontà assistita e certificazione dei contratti di lavoro: due modelli diversi*, cit., p. 832.

²⁵³ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 219 s. V., altresì, nell'ambito di un più complesso contesto argomentativo, che non è possibile sintetizzare in questa sede, R. SCIOTTI, *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 37 ss.; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 667 ss.; nonché G. PERONE, *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione regolata dal d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 559 ss.; ID., *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 415 ss., che tuttavia cerca di fornire un crisma di vincolatività alle soluzioni interpretative prospettate.

programma negoziale e, in definitiva, nella risoluzione del conflitto di interessi²⁵⁴. In altre parole, la procedura di certificazione potrebbe essere vista come percorso per “una corretta costruzione e qualificazione della fattispecie contrattuale” che favorisca l’espressione del voluto negoziale²⁵⁵ anche attraverso il riequilibrio delle ben note asimmetrie informative operato non tanto a mezzo di una pura e semplice attività informativa bensì, in maniera più incisiva, ma anche più impegnativa, contribuendo alla comprensione ad opera delle parti del dato normativo e contrattuale di riferimento, in un’ottica vicina alla vera e propria consulenza²⁵⁶.

In tal modo il fine deflattivo verrebbe perseguito indirettamente, con un’attività preventiva, al di fuori delle logiche repressive o coercitive, che potrebbe poi riverberarsi anche sul piano del giudizio. Vi si potrebbe rinvenire infatti un contributo all’indagine sull’espressione della volontà nel momento genetico, che favorisca anche il giudizio sull’eventuale scostamento nella fase esecutiva, secondo una lettura diametralmente opposta a quella di coloro che, come già visto, vedono nella certificazione il tentativo di irrigidire ed imbrigliare la discrezionalità del giudice²⁵⁷.

Non sono distanti da un’ottica di valorizzazione dell’attività di assistenza e consulenza nei termini su descritti nemmeno coloro che vedono nella certificazione

²⁵⁴ V., oltre agli autori citati alle note seguenti, R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 10 ss; C. ENRICO - M. TIRABOSCHI, *Certificazione e tipologie di lavoro flessibile nella riforma dei lavori: un primo passo verso lo Statuto dei lavori*, cit., p. 5; nonché M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 313 ss, in un’ottica peraltro parzialmente diversa rispetto a quella esposta nel testo, che attribuisce alle commissioni di certificazione “un ruolo in un certo senso *dirigistico* dell’autonomia, consistente nella promozione dell’adeguamento del contratto a requisiti ulteriori rispetto a quelli attinenti all’esercizio dell’autonomia che si svolge al di fuori del sistema della certificazione”.

²⁵⁵ M. DEL CONTE, *La procedura di certificazione dei contratti di lavoro e la c.d. “volontà assistita”: una lettura alternativa*, in Bollettino ADAPT, n. 36/2005, p. 3 s.; ID., *La procedura di certificazione e la «volontà assistita»*, in G. PELLACANI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative. Problemi, soluzioni e prospettive*, cit., p. 22 s.

²⁵⁶ C. FALERI, *Riflessioni sull’attività di consulenza e assistenza dell’organo certificatore*, cit., p. 80 ss.; ID., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., p. 127 ss. Vedi, tuttavia, sull’accostamento fra certificazione e consulenza, le critiche pungenti di E. GRAGNOLI, *Certificazione e prime esperienze applicative*, cit., p. 286. Valorizzano il dato attinente al riequilibrio delle asimmetrie informative, peraltro secondo prospettive fra loro differenziate, anche L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 239; F. LUNARDON, *Ai confini dell’impero: il lavoro autonomo regolato (lavoro a progetto e lavoro occasionale) e la certificazione*, in *Lav. Giur.*, 2004, p. 274; P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1145 ss.

²⁵⁷ M. DEL CONTE, *La procedura di certificazione dei contratti di lavoro e la c.d. “volontà assistita”: una lettura alternativa*, cit., p. 3 s.; ID., *La procedura di certificazione e la «volontà assistita»*, cit., p. 23.

uno strumento di raccordo fra tutela del lavoratore nel mercato e nel rapporto²⁵⁸, oppure coloro che, facendo tuttavia un passo, o forse più d'uno, oltre, ne vedono un istituto per l'emersione del c.d. lavoro grigio e di lotta al sommerso²⁵⁹, oppure, ancora, inquadrabile nell'ambito della responsabilità sociale d'impresa²⁶⁰.

Ma l'elenco delle finalità o sottofinalità o ancora delle potenzialità della certificazione - la cui individuazione costituisce pur sempre un punto di riferimento indispensabile per l'interprete - potrebbe continuare ulteriormente, inducendo una forte sensazione di disorientamento a fronte della quale, per non perdere la cognizione del senso di marcia, acquista preminente rilievo l'individuazione della bussola che permetta di orientarsi.

Sul punto, fondamentale rilievo non può non attribuirsi alla finalità deflattiva. La positivizzazione della stessa nel dato normativo, infatti, obbliga l'interprete a tenerne costantemente conto, favorendo, nel dubbio fra due o più possibili interpretazioni, quella che meglio ne permetta la realizzazione²⁶¹.

²⁵⁸ V., per tutti, C. FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, cit., p. 96.

²⁵⁹ E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 535; nonché i contributi di F. PASQUINI (*Lavoro nei call center tra emersione e certificazione*) e C. BIZZARRO (*Appalto e certificazione*) nel Bollettino ADAPT n. 16/2007, p. 3 ss. V., peraltro, R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 7, che parla in proposito, non a torto, di "un pio desiderio".

²⁶⁰ R. RAKIPI - F. PASQUINI, *La certificazione dei contratti di lavoro: un nuovo tassello nella responsabilità sociale d'impresa*, cit., p. 1 ss.; C. BIZZARRO - F. PASQUINI - M. TIRABOSCHI - D. VENTURI, *Certification of labour contracts: a legal instrument for labour market regulation in Italy*, in Bollettino ADAPT, n. 24/2009, p. 5 ss.

²⁶¹ M. TREMOLADA, *Relazione al convegno su «La certificazione dei contratti di lavoro in prospettiva interdisciplinare»* svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Padova - sede di Treviso, il 20 dicembre 2006; ma v., anche, ID., *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 312 s. Nello stesso senso S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, p. 486; nonché - seppure, ci sembra, al fine ultimo di esprimere un giudizio critico sull'istituto - L. DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 95; ID., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 236. V. altresì, con riferimento all'interpretazione dell'intera riforma Biagi, e quindi in relazione alle finalità contenute nell'art. 1 del d.lgs. n. 276/2003, M. NAPOLI, *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit., p. 13 s. Di recente, sul punto, v. C. Cost., 1 - 5 dicembre 2008, n. 399 (in *G. Dir.*, 2009, 1, con nota di M. TATARELLI, *L'eliminazione di un ingiustificato pregiudizio produrrà pochi vantaggi pratici per i titolari*, p. 56 ss.), che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 86, co. 1, d.lgs. n. 276/2003 poiché in irragionevole contraddittorietà con la sua ratio. In altri termini, ad avviso della Corte, il disposto del menzionato art. 86, co. 1, pur essendo finalizzato "ad aumentare (...) i tassi di occupazione e a promuovere la qualità e la stabilità del lavoro", determinava "l'effetto esattamente contrario (perdita del lavoro) a danno di soggetti che, per aver instaurato rapporti di lavoro autonomo prima della sua entrata in vigore nel pieno rispetto della disciplina all'epoca vigente, si trova(vano) penalizzati senza un motivo plausibile".

Siamo però altresì consapevoli che la deflazione del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro, più che la *ratio* dell'intero microsistema della certificazione, costituisce, se così si può dire, una sorta di dichiarazione d'intenti o, forse, sarebbe meglio dire, la finalità politica sottesa all'intervento normativo, perseguibile con strumenti tecnico-giuridici anche molto diversi fra loro²⁶².

Così, a mero titolo d'esempio, anche l'art. 38 del *Progetto per la predisposizione per uno statuto dei lavori* si apriva con l'espressa indicazione della finalità deflattiva, che veniva perseguita, però, in quel contesto, con l'intreccio fra attività qualificatoria e attività di "derogabilità assistita", intreccio che non sembra, almeno in linea generale, essere stato invece riproposto nel d.lgs. n. 276/2003.

Ancora, si potrebbe sostenere che per perseguire nel miglior modo possibile lo scopo deflattivo, in assenza di dati normativi certi, è preferibile ammettere la certificazione dei contratti di lavoro in corso di esecuzione, così attenuando la critica più frequente rivolta all'istituto²⁶³. Ma è altrettanto ragionevole argomentare in senso contrario, pur sempre facendo perno sulla finalità deflattiva, e ritenere che sono passibili di certificazione solo dei meri accordi preliminari e non contratti già stipulati, per favorire il più possibile l'esercizio dell'attività di assistenza e consulenza delle commissioni.

Si ritiene allora indispensabile mantenere il riferimento alla finalità deflattiva - cui si devono aggiungere le finalità dell'intera riforma Biagi indicate nell'art. 1 del d.lgs. n. 276/2003 -, pur se positivizzato, nell'ambito suo proprio, come criterio interpretativo di ultima istanza, che deve lasciar spazio, in un primo momento, alla ricerca della *ratio* delle singole disposizioni, ovvero alla individuazione delle modalità e degli strumenti con cui il legislatore ha inteso perseguire il menzionato fine ultimo.

Sarà importante, quindi, nel prosieguo dell'analisi, l'individuazione e l'enucleazione di queste ulteriori *rationes* - definibili, volendo, anche in termini di

²⁶² Cfr. L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e contrattazione collettiva*, cit., p. 338; M. DEL CONTE, *La procedura di certificazione dei contratti di lavoro e la c.d. "volontà assistita": una lettura alternativa*, cit., p. 1; ID., *La procedura di certificazione e la «volontà assistita»*, cit., p. 21.

²⁶³ Cfr. L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 114.

finalità - fra le quali, a nostro avviso, un ruolo non secondario, anche se forse non prevalente, deve essere attribuito alle già illustrate tecniche preventive²⁶⁴.

Ma prima di passare all'esame specifico della certificazione, e con esso all'individuazione delle richiamate finalità, a chiusura del primo capitolo, dobbiamo tuttavia ancora brevemente soffermarci, nel paragrafo che segue, sulle prospettive di riforma dell'istituto che, come si vedrà, fanno intravedere all'orizzonte, in un futuro molto prossimo, significativi interventi sulla sua stessa fisionomia.

7. *Proposte e progetti di riforma della disciplina della certificazione.*

Come già accennato, la certificazione è nata sotto l'insegna della sperimentazione. L'art. 86, co. 12, d.lgs. n. 276/2003, conformemente alle previsioni della delega, infatti, prevedeva che per alcune disposizioni introdotte dallo stesso, fra cui quelle relative alla certificazione, “decorsi diciotto mesi dalla data di entrata in vigore, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali” avrebbe dovuto procedere a una verifica con le organizzazioni sindacali dei relativi effetti “ai fini della valutazione della (...) ulteriore vigenza”.

La norma in esame, tuttavia, è una c.d. norma imperfetta, priva di sanzione o, comunque, di conseguenze per il mancato rispetto degli obblighi in essa previsti, cosicché il Governo ha potuto trascurare gli impegni assunti, facendo decorrere inutilmente il termine previsto senza che ne risultasse alcuna alterazione del quadro normativo. In particolare, per quanto ci riguarda, senza che la disciplina in materia di certificazione, per ciò solo, perdesse efficacia.

Se la fase di sperimentazione, pertanto, si è conclusa con la definitiva stabilizzazione dell'istituto, ma senza il riscontro di dati ufficiali in ordine all'impatto della certificazione nel nostro ordinamento, nondimeno, i segnali provenienti dalla prassi denunciano una scarsa, per non dire scarsissima, attenzione nei confronti dell'istituto, al punto che è oramai ricorrente la constatazione del suo insuccesso²⁶⁵.

²⁶⁴ V. M. MAGNANI, *Il diritto del lavoro e le sue categorie*, cit., p. 35, che individua proprio nelle tecniche normative di tutela la vera innovazione del d.lgs. n. 276/2003.

²⁶⁵ Per tutti M. T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, cit., p. 1269 ss.; A. PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro: bilancio e prospettive*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, cit., p. 197, per il quale è “probabilmente necessario interrogarsi sull'opportunità

Le richieste di certificazione hanno riguardato quasi esclusivamente il lavoro a progetto e, in qualche misura, l'appalto, com'era d'altronde ampiamente prevedibile²⁶⁶. Solo la commissione di certificazione presso il Centro Studi Marco Biagi dell'Università di Modena e Reggio Emilia - l'unica ad essere stata istituita nell'ambito delle Università - può vantare numeri di qualche rilievo²⁶⁷, mentre sono veramente scoraggianti i dati che provengono dalle Direzioni provinciali del lavoro e dalle poche Provincie che hanno costituito proprie commissioni²⁶⁸.

Con riguardo agli enti bilaterali, poi, l'opposizione sindacale (e in particolare, come già visto, della CGIL) ha decretato sul nascere il fallimento della sperimentazione impedendo il costituirsi delle commissioni stesse²⁶⁹. Non si dispone ancora di dati, invece, per quanto attiene alle nuove sedi istituite nel 2006, mentre, sul fronte giudiziale, si ha notizia di un'unica decisione di primo grado, concernente la certificazione di un contratto di appalto, di cui si terrà conto nel prosieguo della trattazione²⁷⁰.

Se questo è il dato della prassi, non può stupire l'attenzione prestata in questi anni alla certificazione in sede parlamentare, in funzione di una sua implementazione sul piano normativo.

di mantenere in vita un simile strumento (...), ovvero a riprogettarne finalità e natura, secondo prospettazioni presenti anche nel dibattito dottrinale e politico - sindacale”.

²⁶⁶ Cfr. C. BIZZARRO - F. PASQUINI - M. TIRABOSCHI - D. VENTURI, *Certification of labour contracts: a legal instrument for labour market regulation in Italy*, cit., p. 8 ss.; P. PENNESI, *La certificazione dei contratti di lavoro presso le dpl e le provincie*, in G. PELLACANI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative. Problemi, soluzioni e prospettive*, cit., p. 58 ss.; V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, cit., p. 417.

²⁶⁷ Cfr. C. BIZZARRO - F. PASQUINI - M. TIRABOSCHI - D. VENTURI, *op. loc. cit.*; F. PASQUINI, *Autonomia, subordinazione, parasubordinazione: guida pratica alla certificazione di un contratto di lavoro. La certificazione come strumento per la corretta qualificazione del rapporto di lavoro*, IPI Srl, Vicenza, 2008, p. 11 ss.; F. PASQUINI (a cura di), *Due anni di certificazione*, in Bollettino ADAPT, n. 29/2007, p. 1 ss.; M. TIRABOSCHI, *L'esperienza del Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi»*, in G. PELLACANI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative. Problemi, soluzioni e prospettive*, cit., p. 75 ss.

²⁶⁸ V., oltre agli Autori citati *supra*, nt. 264, A. MORO, *La certificazione dei contratti di lavoro in Lombardia. Le modifiche alla normativa in materia di certificazione dei contratti di lavoro nel disegno di legge n. 1167 all'esame del senato*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2009, p. 68.

²⁶⁹ Cfr., *supra*, par. 4 e 5, nt. 161 e 201. Va tuttavia evidenziato come, in linea di massima, CISL e UIL abbiano manifestato, quantomeno in linea teorica, un certo interesse per la certificazione. Sul punto, a titolo meramente esemplificativo, v. le considerazioni del Segretario Confederale Uil. C. F. CANAPA, *Il ruolo degli enti bilaterali*, in G. PELLACANI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative. Problemi, soluzioni e prospettive*, cit., p. 72 ss.

²⁷⁰ Trib. Milano, sez. lav., 22 giugno 2009, n. 2647, in *G. Lav.*, 2009, 39, p. 34 s., con nota di R. SCARAMELLA, *Certificazione dei contratti: uno strumento per ridurre il contenzioso previdenziale*.

Sul punto si possono in linea di massima individuare due piani di intervento alternativi.

Da un lato, come già anticipato, non è mai stata del tutto abbandonata l'idea di introdurre nel nostro ordinamento uno Statuto dei lavori, senza tuttavia sortire, allo stato, alcun risultato apprezzabile.

Si possono qui ricordare l'istituzione, con D.M. 4 marzo 2004, di una Commissione di studio di alto profilo scientifico per la definizione di uno Statuto dei lavori, presieduta dal prof. Michele Tiraboschi, la cui relazione conclusiva, del 19 marzo 2005, si è risolta in un nulla di fatto, nonché il d.d.l. S. n. 1356/2007²⁷¹, che non ha mai superato il vaglio del Senato.

Dall'altro lato, anche qui come già anticipato, nel corso della precedente legislatura si è registrato un intenso dibattito in ordine alla riforma del processo o, sarebbe meglio dire, della giustizia del lavoro²⁷², con la presentazione di ben tre proposte in materia.

Si tratta dei già visti d.d.l. Salvi - Treu (S. n. 1047/2006) e Sacconi (S. n. 1163/2006), nonché dei risultati della commissione Foglia *bis*²⁷³, tutti ispirati, al fondo, alla valorizzazione degli strumenti di *A.D.R.*, e in particolare della conciliazione e dell'arbitrato, seppure seguendo percorsi fra loro profondamente diversi (nello specifico la contrapposizione è fra il progetto Sacconi da un lato e i progetti Foglia e Salvi - Treu dall'altro).

Ai nostri fini interessa, in particolare, il progetto Sacconi che, nel più ampio quadro volto alla valorizzazione degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, si proponeva di implementare la certificazione, con modifiche sostanziali della relativa disciplina ed un più stretto collegamento della stessa con conciliazione e arbitrato²⁷⁴.

Caduto nella scorsa legislatura, il richiamato progetto è stato di recente ripreso, per vero un po' in sordina, all'interno di un disegno di legge *omnibus* che contiene anche ulteriori significativi interventi in materia di lavoro.

²⁷¹ D.d.l. n. 1356 (*Deleghe al Governo in materia di statuto dei lavori, ammortizzatori sociali, incentivi al reimpiego e al collegamento tra salari e produttività*), primo firmatario Sacconi, comunicato alla presidenza del Senato il 28 febbraio 2007.

²⁷² Cfr. P. ALLEVA, *La riforma della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, in *www.cgil.it*, 2008, p. 2.

²⁷³ V., *supra*, par. 1, testo e nt. 24.

²⁷⁴ V. la relazione illustrativa del d.d.l. ove i proponenti espressamente dichiarano l'intenzione di "promuovere ed incentivare l'istituto della certificazione dei contratti di lavoro".

Si tratta del d.d.l. C. n. 1441 *quater* - risultante dallo stralcio di alcuni articoli del d.d.l. C. n. 1441, di iniziativa governativa -, approvato in prima lettura dalla Camera dei deputati il 28 ottobre 2008, passato quindi all'esame del Senato con il n. 1167 e ivi approvato con modifiche il 26 novembre 2009, ed ora tornato alla Camera, in seconda lettura, con il numero 1441 *quater* - B.

In ragione della sua probabile, imminente, approvazione definitiva, a tale progetto dobbiamo dedicare in questa sede particolare attenzione, delineando un quadro generale degli interventi ivi prospettati in materia di certificazione, salvo rinviare, per gli opportuni approfondimenti, alla trattazione contenuta nei capitoli successivi.

Innanzitutto, l'art. 32, co. 4, del d.d.l. C. n. 1441 *quater* - B (art. 23, co. 4, d.d.l. S. n. 1167) novella l'art. 75 del d.lgs. n. 276/2003, sia in punto di finalità, genericamente estese alla deflazione del contenzioso in materia di lavoro, sia in ordine all'oggetto della procedura, che viene deputata alla "certificazione dei contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, un prestazione di lavoro".

La novella attinente all'oggetto, probabilmente, è dettata dai dubbi espressi da una parte della dottrina²⁷⁵, vigente l'attuale formulazione dell'art. 75, sulla certificabilità, in particolare, dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro, e permetterebbe, a nostro avviso, qualora dovesse effettivamente diventare legge, la certificazione di qualunque contratto associativo in cui sia dedotta una prestazione di lavoro²⁷⁶, nonché, forse, anche di tutte quelle fattispecie in cui "la prestazione di lavoro non è riconducibile ad uno schema contrattuale" (come, ad es., l'impresa familiare *ex* art. 230 *bis* c.c. oppure i tirocini formativi e di orientamento)²⁷⁷.

Per comprendere la novella concernente le finalità, invece, è necessario portare lo sguardo sulle altre disposizioni del d.d.l. in materia di certificazione. Si tratta, in particolare, dell'art. 32, commi 2, 3 e 5 (art. 23, commi 2, 3 e 5 del d.d.l. S. n. 1167)

²⁷⁵ Così, per tutti, M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 588; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 624. *Contra*, per tutti, P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1135.

²⁷⁶ Come, ad es., il rapporto del socio d'opera di una società di persone (artt. 2263, co. 2 e 2295, n. 7, c.c.) o quello del socio di una società di capitali con obbligo lavorativo accessorio (art. 2345 c.c.). *Contra*, vigente l'attuale formulazione dell'art. 75, A. TURSI, *op. loc. cit.*, che nega altresì la certificabilità del contratto di somministrazione su cui, forse, permarrrebbero i medesimi dubbi anche con la nuova formulazione.

²⁷⁷ Così P. BELLOCCHI, *op. loc. cit.*, che ne esclude, a legislazione invariata, la certificabilità.

nonché dell'art. 33, commi 2, da 9 a 13 e 15 (art. 24, commi 1, da 6 a 11 e 13, del d.d.l. S. n. 1167).

Nel quadro di un più ampio contesto teso a delimitare o forse, sarebbe meglio dire, comprimere i poteri del giudice nelle controversie di lavoro - di cui è emblematica la norma in materia di clausole generali²⁷⁸ -, si prevede che il giudice non possa discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione, sia per quanto attiene alla qualificazione del contratto di lavoro che nell'interpretazione delle relative clausole, fatto salvo, si precisa, il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione (art. 32, co. 2).

Si pone in linea di continuità con la riportata norma il successivo terzo comma del medesimo art. 32, ove si dispone che il giudice debba tenere conto, nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, oltre che delle fondamentali regole del vivere civile e dell'oggettivo interesse dell'impresa²⁷⁹, anche delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione.

Ancora una volta, sembra volersi proporre l'idea del vincolo giudiziale nella qualificazione dei contratti di lavoro, aggravato e rafforzato, in tal caso, dall'obbligo del giudice di attenersi alle "valutazioni delle parti" anche nell'interpretazione delle clausole contrattuali. Sembra, infatti, che il legislatore intenda rafforzare ulteriormente il valore della scheda contrattuale, espungendo implicitamente il

²⁷⁸ Si tratta dell'art. 33, co 1 (art. 23, co 1 del d.d.l. S. n. 1167) in base al quale "in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'art. 409 del codice di procedura civile (...) contengono clausole generali (...) il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente". V., sul punto, le opposte valutazioni di A. VALLEBONA, *I disegni di riforma del processo del lavoro*, cit., p. 358 s. e P. ALLEVA, *La riforma della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, cit., p. 2 ss. V. anche P. ICHINO, *Una norma su licenziamenti e trasferimenti nel collegato alla finanziaria (d.d.l. n. 1167) allarga incredibilmente la discrezionalità del controllo giudiziale sul giustificato motivo, facendo del giudice del lavoro l'interprete unico dell'"interesse oggettivo dell'impresa"*, 2009, in www.pietroichino.it

²⁷⁹ Su cui v. i preoccupati rilievi di P. ICHINO (*op. loc. cit.*), ad avviso del quale il riferimento all'oggettivo interesse dell'impresa ("questo piccolo mostro normativo prodotto da un legislatore poco avveduto") rischia di riportare indietro l'orologio della storia di quasi trent'anni riproponendo "l'idea dirigista della «funzionalizzazione» dell'impresa a fini di rilievo pubblico", ovvero sia "l'idea che accanto ed eventualmente in contrapposizione con l'interesse soggettivo dell'imprenditore ci sia un distinto «interesse oggettivo dell'impresa»".

criterio interpretativo dell'art. 1362, co. 2, c.c. e vincolando l'interprete non solo in sede di qualificazione ma anche per quanto attiene al contenuto del negozio, come, per es., in ordine alla "corrispondenza fra mansioni e qualifica che le parti abbiano formalmente approvato, o altri contenuti normativi ed economici del rapporto"²⁸⁰.

D'altronde, che questa sia l'intenzione, lo si capisce chiaramente dalle disposizioni in materia di licenziamenti, ove si consente l'introduzione nel contratto individuale certificato di norme "disciplinari in tema di recesso per giusta causa e giustificato motivo", probabilmente anche in deroga alle clausole del contratto collettivo, ma non, riteniamo, alle norme di legge²⁸¹.

I vincoli costituzionali sull'indisponibilità del tipo, tuttavia, come si vedrà nel corso della successiva trattazione, impongono una lettura riduttiva delle norme in esame - favorita dall'inciso, seppure ambiguo, contenuto alla fine dell'art. 32, co. 2, che fa comunque salvo "il caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità fra il programma negoziale certificato e la sua attuazione - che ne stempera la portata innovativa²⁸², circoscritta probabilmente al mero obbligo per il giudice di giustificare, in motivazione, l'eventuale scostamento dalle "valutazioni delle parti".

Non altrettanto può dirsi, invece, in ordine all'art. 33, co. 15 (art. 23, co. 13, d.d.l. S. n. 1167), a mente del quale, in caso di approvazione definitiva del d.d.l., l'art. 79 del d.lgs. n. 276/2003 assumerebbe il seguente contenuto: "gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro, nel caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dal momento di inizio del contratto, ove la commissione abbia appurato che l'attuazione del medesimo è stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede. In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto ove e nel momento in cui queste ultime provvedano a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione adita".

²⁸⁰ P. ALLEVA, *La riforma della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, cit., p. 7. Nello stesso senso v. anche le valutazioni preoccupate espresse al Senato da T. TREU nella seduta pomeridiana del 25 novembre 2009, in www.pietroichino.it.

²⁸¹ Cfr. P. ALLEVA, *op. loc. cit.* Sul punto v. anche il parere espresso dall'Associazione Nazionale Magistrati, il 26 novembre 2008, in www.associazionemagistrati.it.

²⁸² Cfr. P. ALLEVA, *op. loc. cit.*, nonché i rilievi espressi al Senato da P. ICHINO nella seduta pomeridiana del 25 novembre 2009, in www.pietroichino.it.

Verrebbero in tal modo risolti, infatti, con portata indubbiamente innovativa - seppure, a nostro avviso, nella direzione meno opportuna -, due questioni che affannano gli interpreti fin dalla comparsa della certificazione nel nostro ordinamento, ovverosia il problema della certificabilità o meno di un contratto già eseguito o in corso di esecuzione e, in caso di certificabilità, l'eventuale efficacia retroattiva dell'atto di certificazione²⁸³.

Avrebbe avuto altresì portata innovativa, prendendo posizione in ordine ad altro problema ugualmente dibattuto²⁸⁴, la disposizione dell'art. 24, co. 11, d.d.l. S. n. 1167, a mente del quale, nell'art. 2113, co. 4, c.c., avrebbe dovuto aggiungersi il riferimento alle commissioni di certificazione di cui all'art. 82 del d.lgs. n. 276/2003, a loro volta estese a tutte quelle previste dall'art. 76 (art. 24, co. 9, d.d.l. S. n. 1167). Nel passaggio dal Senato alla Camera, tuttavia, il menzionato undicesimo comma è stato eliminato e le commissioni presso cui è possibile certificare le rinunzie o le transazioni sono state circoscritte a quelle indicate dalle sole lettere da a) a c) dell'art. 76 (art. 33, co. 12). Viene precisato inoltre che, in quanto compatibili, si applicano all'art. 82 le disposizioni previste dal capo I del d.lgs. n. 276/2003²⁸⁵.

Altre novità, di minor rilievo, attengono poi all'abrogazione dell'art. 83, co. 2, d.lgs. n. 276/2003, che dispone l'istituzione di un'apposita commissione per la certificazione del regolamento interno delle cooperative (art. 33, co. 13)²⁸⁶, nonché alla ulteriore delimitazione dei requisiti richiesti per la costituzione di commissioni di certificazione presso i consigli provinciali dei consulenti del lavoro (art. 32, co. 5)²⁸⁷.

²⁸³ Nel rinviare al secondo capitolo per un trattazione compiuta delle questioni accennate nel testo v., *supra*, par. 5, testo e nt. 233, cui *adde*, per il tema della retroattività degli effetti, per tutti, M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 332 ss.

²⁸⁴ V., *supra*, par. 5, testo e nt. 236.

²⁸⁵ *Contra*, vigente l'attuale formulazione dell'art. 82, A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 606.

²⁸⁶ E' favorevole alla previsione di una commissione *ad hoc* per la certificazione del regolamento interno delle cooperative L. FERLUGA, *La certificazione nel rapporto di lavoro dei soci di cooperativa*, cit., p. 703; *contra*, G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 1086 s.; critico anche L. NOGLER, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 919 s.

²⁸⁷ Il co. 5 dell'art. 32 così recita: "all'articolo 76, comma 1, lettera *c-ter*), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «e comunque unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali e il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro, con l'attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi»".

Grande importanza, invece, assume il collegamento operato dal d.d.l. fra la certificazione e gli istituti della conciliazione e dell'arbitrato, così come dallo stesso riformati. Si tratta del cuore del d.d.l. Sacconi del 2006, ora riproposto con alcune significative innovazioni concernenti proprio la certificazione.

In estrema sintesi, si mantiene l'obbligatorietà del previo tentativo di conciliazione solo per i contratti certificati (80, co. 4)²⁸⁸ mentre nei restanti casi si prevede per le parti la possibilità di accedere a ben tre tipi di conciliazione facoltativa e ad altrettanti tipi di arbitrato irrituale²⁸⁹, mediante la riformulazione degli attuali artt. 410 - 412 *quater* c.p.c. e l'abrogazione degli artt. 410 *bis* e 412 *bis* c.p.c.

Viene innanzitutto ridisciplinato, sulla falsariga di un procedimento contenzioso, il tentativo di conciliazione presso le Direzioni provinciali del lavoro, cui può accedere, sia durante che alla fine dello stesso, un arbitrato irrituale, anche di equità - con lodo non impugnabile per violazione di legge e di contratto collettivo - se così indicato dalle parti (artt. 410 - 412 c.p.c., come novellati).

In ogni caso, è data alle parti la facoltà di ricorrere alle procedure di conciliazione e arbitrato previste e disciplinate dai contratti collettivi di lavoro sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative (art. 412 *ter* c.p.c., come novellato).

Infine, ed è questa l'ipotesi che desta, a nostro avviso, le maggiori perplessità e preoccupazioni, nel novellato art. 412 *quater* c.p.c. viene regolata un'ulteriore procedura di conciliazione e arbitrato (espressamente qualificato irrituale), anch'esso definibile con un lodo di equità non impugnabile per violazione di legge e contratto collettivo, se così hanno voluto le parti.

Ciò che preoccupa, e non poco, sono le modifiche apportate dal Senato al d.d.l. S. n. 1167, laddove è stata espunta dal testo dell'art. 412 *quater* la precisazione che "è nulla ogni clausola del contratto individuale di lavoro o comunque pattuita che obblighi una parte o entrambe a proporre le controversie indicate nel periodo precedente al collegio di conciliazione e arbitrato o che ponga limitazioni a tale

²⁸⁸ Cfr. P. ALLEVA, *La riforma della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, cit., p. 7, che rileva come il tentativo di previa conciliazione resta obbligatorio non più solo per le vertenze qualificatorie bensì "per tutti i possibili contenuti ed oggetti vertenziali".

²⁸⁹ Sul punto v. i rilievi critici espressi al Senato da T. TREU nella seduta pomeridiana del 25 novembre 2009, in www.pietroichino.it.

facoltà". Nel contempo, all'art. 33, co. 9, del d.d.l. C. n. 1441 *quater* - B, si ammette la possibilità, per le parti individuali, di pattuire clausole compromissorie di cui all'art. 808 c.p.c. che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli artt. 412 e 412 *quater* c.p.c., purché la stipulazione avvenga in sede di certificazione (presso una delle sedi indicate alle lettere da a) a c) dell'art. 76), e ciò sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro stipulati dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

In tal modo si introduce la possibilità di pattuire *ex ante* clausole compromissorie vincolanti, con il solo presidio, francamente del tutto insufficiente, dell'assistenza delle commissioni di certificazione e dell'autorizzazione, anch'essa preventiva, della contrattazione collettiva. Ma non è tutto, poiché potrebbe non essere necessaria nemmeno la menzionata autorizzazione, dal momento che il medesimo comma 9 prevede che le sue disposizioni, in assenza degli accordi interconfederali o dei contratti collettivi, diventino pienamente operative decorsi diciotto mesi dall'entrata in vigore²⁹⁰.

Mutuando le parole di Autorevole dottrina, è forse possibile, seppure con qualche riserva²⁹¹, ammettere un arbitrato di equità in materia di lavoro poiché, in fondo, "si tratta della disposizione di diritti maturati, appunto oggetto di una controversia giuridica e non di un patto in deroga per la disciplina del futuro svolgimento del rapporto, che sarebbe radicalmente nullo" - come d'altronde già avviene in base all'art. 2113, co. 4, c.p.c. -, ciò che non si può in alcun modo accettare è l'intollerabile compressione della volontà delle parti, e in particolare del lavoratore, che dovrebbero essere sempre libere di scegliere, volta per volta, la soluzione arbitrale, per ciascuna singola controversia²⁹².

²⁹⁰ Dopo le modifiche apportate dal Senato al d.d.l. non è più possibile ritenere, pertanto, che la clausola compromissoria non abbia efficacia impeditiva del ricorso al giudice ordinario. Così P. ALLEVA, *La riforma della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, cit., p. 8, sul testo del d.d.l. S. n. 1167.

²⁹¹ V. infatti i condivisibili rilievi (almeno in parte) di M. NOVELLA (*L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 409 s.) sull'inopportunità del ricorso all'arbitrato di equità a fini di deflazione del contenzioso, con particolare riguardo ai rischi connessi all'utilizzo dell'istituto.

²⁹² A. VALLEBONA, *I disegni di riforma del processo del lavoro*, cit., p. 360. V. anche P. ALLEVA, *La riforma della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, cit., p. 8. Così, ci sembra, sostanzialmente anche C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 393 s. V. altresì l'intervento al Senato di P. ICHINO nella seduta pomeridiana del 25 novembre 2009, in www.pietroichino.it.

A conclusione dell'esposizione dei contenuti del d.d.l. C. n. 1441 *quater* - B si può ricordare come si preveda altresì che le commissioni di certificazione di cui alle lettere da a) a c) dell'art. 76 possano sia essere sedi del tentativo di conciliazione facoltativo di cui all'art. 410 c.p.c., sia costituire camere arbitrali per la definizione, ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c., delle controversie di cui all'art. 409 c.p.c.²⁹³

In questa sede non è possibile andare oltre le poche brevi notazioni appena formulate in merito alla riforma prossima ventura che, come probabilmente emerso nel corso dell'esposizione, a nostro avviso cambia poco e male, lasciando intatte le questioni di maggior rilievo in materia di certificazione, che ne rendono estremamente difficoltoso l'inquadramento teorico nonché, ed è ciò che più conta, ne impediscono il radicamento nella prassi²⁹⁴.

²⁹³ Le commissioni possono altresì concludere convenzioni con le quali prevedano la costituzione di camere arbitrali unitarie.

²⁹⁴ *Contra*, A. MORO, *La certificazione dei contratti di lavoro in Lombardia. Le modifiche alla normativa in materia di certificazione dei contratti di lavoro nel disegno di legge n. 1167 all'esame del senato*, cit., p. 70 ss. Ritiene, seppure nell'ambito di un complessivo giudizio negativo in ordine al d.d.l., che la nuova disciplina della certificazione dei contratti individuali sia fortemente incentivante per i datori di lavoro ed abbia quindi sicura possibilità di attecchire, P. ALLEVA, *La riforma della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, cit., p. 8, le cui valutazioni potrebbero, al limite, essere condivise solo con riguardo alla già criticata possibilità di inserire nel contratto di lavoro certificato una clausola compromissoria vincolante. Ulteriori spunti critici in merito al d.d.l. S. n. 1167 in M. T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, cit., p. 1269 ss.

CAPITOLO II

LA CERTIFICAZIONE FRA ACCERTAMENTO, DISPOSIZIONE DEI DIRITTI E DEROGABILITA' ASSISTITA

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La certificazione con funzione qualificatoria. - 2.1. L'oggetto della certificazione. - 2.2. Natura e disciplina del procedimento di certificazione. L'istanza comune delle parti e il rapporto fra conclusione del contratto e certificazione. - 2.3. *Segue*. Il rilievo dell'attività di assistenza e consulenza. I codici di buone pratiche e i moduli e formulari. - 2.4. Natura e contenuto dell'atto di certificazione. Rapporto tra atto amministrativo e contratto. - 2.5. Effetti della certificazione. - 2.5.1. Effetti della certificazione nei confronti delle parti e dei terzi privati. - 2.5.2. Effetti della certificazione nei confronti degli enti pubblici. - 3. Certificazione e disposizione dei diritti. - 4. Certificazione e derogabilità assistita.

1. *Introduzione.*

L'analisi della disciplina positiva della certificazione dei contratti di lavoro che ci accingiamo ad affrontare verrà idealmente suddivisa, per comodità di esposizione, in due distinti momenti, cui corrispondono altrettanti capitoli; il primo attinente alla regolamentazione dell'istituto sul piano sostanziale, il secondo dedicato invece al rapporto fra certificazione e giurisdizione.

Si tratta peraltro, è bene avvisare fin da subito, di una suddivisione solo tendenziale che - se pur non estemporanea, e rispondente a ben precise esigenze espositive -, non può tuttavia disconoscere come, in virtù dell'intimo legame sussistente fra i diversi piani di intervento della certificazione, la comprensione degli aspetti legati all'uno implichi inevitabilmente il frequente rinvio ai profili connessi all'altro, secondo un intreccio che costringerà, a volte, ad anticipare argomenti approfonditi in un momento successivo, altre volte, invece, a richiamare temi già sviluppati.

Svolta questa premessa e iniziando dunque a portare l'attenzione sul piano dei rapporti sostanziali, riteniamo utile, sempre in via introduttiva, esplicitare lo schema espositivo che si è inteso seguire, per la comprensione del quale è necessario riprendere una notazione metodologica già operata in precedenza.

Si tratta, in particolare, della evidenziata¹ necessità di enucleare e trattare separatamente le singole *rationes* dell'istituto, o meglio, gli strumenti tecnico-giuridici con i quali il legislatore ha inteso perseguire - nel contesto delle più ampie finalità dell'intera riforma Biagi indicate nell'art. 1 - il fine della deflazione del contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 276/2003.

A tale scopo, si è ritenuto di poter esaminare separatamente le tre principali funzioni della certificazione², così come emerse nell'ambito del dibattito dottrinale, cui corrispondono altrettante diverse modalità di intervento - e relativi strumenti tecnico-giuridici - finalizzate alla deflazione del contenzioso³.

Si tratta della funzione "qualificatoria", della funzione di "disponibilità assistita", nonché della funzione di "derogabilità assistita", delle quali si verificherà, in primo luogo, l'effettiva sussistenza, quindi la portata e le modalità operative.

Particolare attenzione e, inevitabilmente, maggiore spazio, verranno tuttavia dedicati alla finalità qualificatoria, unanimemente riconosciuta come la finalità che caratterizza l'istituto - nella sua attuale configurazione positiva - e ne modella la struttura di base⁴.

L'esame di questa ci permetterà quindi di prendere in considerazione, di volta in volta, anche alcune ulteriori funzioni attribuite alla certificazione, fra le quali peculiare rilievo assume l'attività di assistenza e consulenza prestata dalle commissioni di certificazione alle parti che, come si vedrà, a nostro avviso non può ritenersi disgiunta dall'attività qualificatoria, ma ne costituisce, al contrario, parte integrante ed essenziale.

Quasi a chiusura del cerchio aperto con la menzionata nota metodologica, l'analisi condotta lungo le tre direttrici indicate avrà, in fine, come punto di riferimento imprescindibile il costante riscontro dell'effettiva idoneità dell'istituto al perseguimento - e prima ancora della compatibilità con - la finalità deflattiva, ma

¹ *Supra*, cap. I, par. 6.

² Cfr. A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 605 ss.

³ Può essere utile ricordare, come già evidenziato (*supra*, cap. I, par. 1), che la confusione di piani fra le diverse funzioni della certificazione e la relativa mancata diversificazione delle strutture normative deputate a svolgere ciascuna di queste, è stata oggetto di vivace critica in dottrina. Cfr. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 208; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 869 ss. e spec. 910 s.; ID., *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 387 s.; ID., *Statuto dei lavori e certificazione*, cit., p. 553 s.

⁴ Tale finalità è addirittura individuata, da alcuni Autori, come l'unica ed esclusiva. Così P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1133 s.

anche l'esigenza di aumentare i tassi di occupazione e promuovere la qualità e la stabilità del lavoro (art. 1, d. lgs. n. 276/2003)⁵.

Un'ultima notazione. Come forse già emerso nel corso di questa introduzione, con l'esposizione che segue si cercherà di delineare le caratteristiche principali della certificazione, affrontando, a tal fine, alcuni fra i temi maggiormente dibattuti in dottrina. L'ordine logico che si è deciso di seguire, pertanto, messa da parte l'illustrazione completa e dettagliata della disciplina, si snoderà per problemi, dando per presupposto il più ampio quadro di riferimento, già delineato, allo scopo, in precedenza⁶.

2. La certificazione con funzione qualificatoria.

2.1. L'oggetto della certificazione.

Iniziando ad affrontare la certificazione nella sua "variante" qualificatoria - di cui non tanto è dubbia la configurabilità, quanto, piuttosto, i contenuti e le modalità operative - possiamo assumere come punto di partenza dell'analisi l'esame del relativo oggetto che, pur apparentemente semplice e lineare, obbliga invece l'interprete a penetranti riflessioni sulla struttura e sulle funzioni del procedimento e dell'atto di certificazione, così introducendo ad alcuni profili essenziali che ricorreranno lungo tutto lo sviluppo della trattazione.

La norma di riferimento, in proposito, è contenuta nell'art. 75 in base al quale, al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contratti di lavoro, le parti - fatta eccezione per i rapporti di lavoro presso le pubbliche amministrazioni (art. 1, co. 2, d.lgs. n. 276/2003) - possono ottenere la certificazione del contratto, secondo la procedura volontaria regolata dagli articoli successivi.

Oggetto del procedimento di certificazione, quindi, nella formulazione successiva alla novella introdotta con il d.lgs. n. 251/2004 è qualunque contratto di lavoro e non più, come già visto, i soli contratti introdotti o riformati con lo stesso d.lgs. n. 276/2003⁷.

⁵ *Supra*, cap. I, par. 6, e ivi, in particolare, il riferimento contenuto nella nt. 259 a C. Cost., 1 - 5 dicembre 2008, n. 399.

⁶ *Supra*, cap. I, par. 5.

⁷ *Supra*, cap. I, par. 5.

Nessun dubbio ormai può esservi, quindi, sulla certificabilità di qualunque contratto di lavoro subordinato, a partire dal modello di riferimento di cui all'art. 2094 c.c., così come nessun dubbio può esservi anche in ordine ai contratti di lavoro autonomo, con particolare riguardo al lavoro a progetto e alle residue ipotesi ammesse di collaborazioni coordinate e continuative, nonché al lavoro occasionale.

Ma con altrettanta sicurezza, all'opposto, dovrebbe potersi sostenere l'estraneità dal campo di applicazione della certificazione degli atti interni di gestione del rapporto posti in essere dal datore di lavoro e dal lavoratore⁸, dal momento che il riferimento normativo è alla deflazione del contenzioso in ordine alla qualificazione del solo contratto e non anche del rapporto di lavoro, come invece recitava il testo dell'art. 5, l. n. 30/2003⁹ e, argomento forse decisivo, per quanto attiene agli atti di gestione si pone non tanto un problema qualificatorio, quanto piuttosto una verifica della loro legittimità, verifica esclusa, come vedremo, dal campo di applicazione della certificazione.

Non è pertanto condivisibile la prassi, instaurata da alcune commissioni di certificazione e avallata da una parte della dottrina, di ammettere la certificazione, per es., degli atti di distacco del lavoratore disposti dal datore¹⁰, atti che altro non sono che semplici momenti, seppur del tutto peculiari, del concreto svolgimento del rapporto e non autonomi contratti di lavoro.

Più problematica, stante l'attuale formulazione della norma, è invece la possibilità di certificare il contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro, così come, più in generale, qualunque altro contratto associativo in cui sia dedotta una prestazione di lavoro (ad es., il rapporto del socio d'opera di una società di persone o quello del socio di una società di capitali con obbligo lavorativo accessorio).

Se da un lato sono comprensibili le ragioni che spingono una parte della dottrina¹¹ ad ammettere la certificabilità anche di queste fattispecie - che, assieme al

⁸ Per tutti P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1135 s.

⁹ Sulle critiche in ordine al riferimento, contenuto nel menzionato art. 5, al rapporto anziché al contratto v. già *supra*, cap. I, par. 4, nt. 159, cui *adde* M. BUZANO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in www.csdn.it, p. 3.

¹⁰ F. PASQUINI, *La certificazione dei contratti quale strumento deflattivo del contenzioso*, in Bollettino ADAPT, n. 11/2007, p. 19, che riferisce anche la prassi in tal senso della commissione di certificazione presso l'Università di Modena e Reggio Emilia.

¹¹ Cfr. G. PELLACANI, *Riflessioni critiche sulla certificazione dei contratti di lavoro*, in G. PELLACANI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative. Problemi, soluzioni e prospettive*, cit., p. 16; P. BELLOCCHI, *op. loc. cit.*

lavoro a progetto, sono quelle maggiormente, per non dire esclusivamente, investite dai problemi qualificatori e dalle relative controversie, e di cui il legislatore aveva espressamente tenuto conto nella prima versione dell'art. 75, quantomeno in ordine all'associazione in partecipazione - dall'altro, il dato letterale, per quanto inteso estensivamente, non permette, a nostro avviso, di ricomprendere ipotesi come quelle in esame che non possono essere ricondotte ad un contratto di lavoro¹².

I dubbi verrebbero meno, come già anticipato¹³, con la novella dell'art. 75 prevista nel d.d.l. C. n. 1441 *quater* - B, che permetterebbe di aprire le porte della certificazione - pur permanendo qualche perplessità, in virtù del perdurante riferimento al contratto, che andrebbe letto, forse in questo caso con più facilità, in modo estensivo - anche a tutte quelle fattispecie in cui "la prestazione di lavoro non è riconducibile ad uno schema contrattuale" (come, ad es., l'impresa familiare *ex art. 230 bis c.c.* oppure i tirocini formativi e di orientamento)¹⁴.

Ulteriori ipotesi di certificazione in funzione qualificatoria - questa volta non con riguardo a contratti di lavoro - sono quindi espressamente previste per il regolamento interno delle cooperative (art. 83), nonché, forse, con riguardo al contratto di appalto (art. 84), per il quale ultimo, tuttavia, sembra maggiormente fondato ritenere che si tratti non tanto di un'ipotesi di certificazione della qualificazione, quanto piuttosto dell'accertamento in ordine alla validità o meno del relativo contratto¹⁵.

Ma proprio quest'ultima questione, ovverosia la possibilità di far certificare o meno la sussistenza degli eventuali requisiti richiesti per poter stipulare validamente un determinato contratto, pone delicati interrogativi se affrontata con riguardo alla fattispecie generale prevista dall'art. 75.

In proposito, parte della dottrina ha ritenuto di dover negare in radice l'indicata prospettiva, poiché l'atto di certificazione atterrebbe unicamente a questioni qualificatorie - ovverosia la riconduzione di una concreta fattispecie

¹² Cfr., per i riferimenti bibliografici, cap. I, par. 7, nt. 273; cui *adde* V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 313.

¹³ *Supra*, cap. I, par. 7.

¹⁴ Così P. BELLOCCHI, *op. loc. cit.*, che ne esclude, a legislazione invariata, la certificabilità.

¹⁵ E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 873 ss.; ID., *Certificazione e prime esperienze applicative*, cit., p. 280; nonché, sostanzialmente, ci sembra R. DE LUCA TAMAJO - F. PATERNO, *Commento all'art. 84*, in R. DE LUCA TAMAJO - G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, cit., p. 942.

negoziale, e in particolare la rispondenza di quanto voluto dalle parti, alla fattispecie astratta - e tali questioni riguardano “unicamente una alternativa di ipotesi normative tra le quali si tratta di scegliere” nulla avendo a che vedere “con le situazioni in cui la previsione normativa da applicare sia una sola, pur potendo essere intesa in accezioni di maggiore o minore ampiezza”¹⁶.

Di modo che, per es., la valutazione in ordine alla sussistenza delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che legittimano l'apposizione di un termine al contratto di lavoro (art. 1, d.lgs. n. 368/2001) o, ancora, in ordine alla consistenza del progetto individuale nel contratto di inserimento (art. 55, d.lgs. n. 276/2003), attenendo ad una questione di validità o meno del contratto o della singola clausola, ed eventualmente di applicazione della relativa sanzione, esulerebbero dal campo di applicazione della certificazione¹⁷.

Così concepita, tuttavia, la certificazione sembra perdere gran parte della propria attrattiva, o addirittura rivelarsi inutile, quantomeno nell'ambito del lavoro subordinato, per concentrarsi solo sul crinale fra autonomia e subordinazione. Ed anche in tale ambito, non senza più o meno legittime forzature interpretative, dovendosi intendere ad es. il progetto, ed in particolare la sua idoneità, nell'ambito del lavoro a progetto, come elemento di fattispecie e non, appunto, quale requisito di legittimità.

Sono quindi facilmente comprensibili il contrario atteggiamento della prassi e quelle posizioni dottrinali che, volendo favorire la più ampia estensione possibile dell'istituto, in aderenza con il suo fine ultimo, ritengono “preferibile la lettura più elastica”¹⁸, facendo notare come, in fin dei conti, “ridondano in questioni qualificatorie” anche “tutte quelle che attengono alla sussistenza dei presupposti o requisiti del contratto”¹⁹.

Senonché, per quanto comprensibili, le menzionate posizioni, più che leggere la certificazione alla stregua di un accertamento qualificato, in funzione della certezza dei rapporti giuridici - tesi che, come vedremo, seppur con i dovuti distinguo, riteniamo di dover accogliere - ne vedono in tal modo quasi uno

¹⁶ P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1136 s.; nonché R. FOGLIA, *Commento agli artt. 79 - 80*, in R. DE LUCA TAMAJO - G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, cit., p. 920 s.

¹⁷ P. BELLOCCHI, *op. loc. cit.*; R. FOGLIA, *op. loc. cit.*

¹⁸ G. PELLACANI, *Riflessioni critiche sulla certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 18.

¹⁹ A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 620 s.

strumento di integrazione e specificazione del precetto generico nel caso concreto, come d'altronde era nelle intenzioni dell'Autore che favorì il nascere del dibattito sulla certificazione²⁰.

Non sembra però questa la traduzione normativa della certificazione voluta dal legislatore, come emerge con chiarezza, a nostro avviso, dall'analisi dei rimedi previsti dall'art. 80, che sono strutturati con riferimento ad un questione qualificatoria in senso stretto.

Si ritiene pertanto maggiormente rispondente all'intero impianto normativo la tesi più restrittiva, senza tuttavia, solo per questo, negare in radice qualunque potenzialità deflattiva all'istituto con riguardo alle questioni di legittimità.

Siamo qui di fronte ad uno dei momenti di emersione della più volte evidenziata ambiguità di fondo della certificazione, rappresentata dall'intreccio originariamente immaginato fra attività qualificatoria e attività di assistenza nella definizione del contenuto del contratto, anche in deroga alle norme inderogabili²¹.

Perduta, come vedremo, in linea generale, questa seconda caratterizzazione - ovverosia la possibilità di deroga a norme inderogabili -, la certificazione continua infatti a fungere da strumento, per così dire, di consulenza nella definizione del programma negoziale, nel rispetto della normativa inderogabile²².

Ed è proprio attraverso l'attività di assistenza e consulenza, a nostro avviso necessaria a fronte di qualunque istanza di certificazione, che si opera il menzionato

²⁰ V., fra i molti scritti dell'Autore, da ultimo A. VALLEBONA, *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, cit., p. 253 ss. Può forse essere interessante notare come autorevole dottrina processualcivilistica (C. CONSOLO, «Pareri» del comitato per l'applicazione della normativa antielusiva e la loro sfuggente efficacia (Inversione dell'onere della prova, tax ruling o concretizzazione di precetti «aperti» in sede pre-processuale secondo il metodo delle Authotitie), in AA. VV., *Scritti in onore di Mario Vellani*, I, Giuffrè, Milano, 1998, p. 385 ss.) abbia patrocinato una tesi molto simile a quella indicata nel testo con riguardo ad un istituto del diritto tributario - settore dell'ordinamento caratterizzato, come noto, dalla presenza della norma inderogabile, alla stessa stregua del diritto del lavoro - che presenta singolari analogie con la certificazione. Si tratta dei "pareri" che possono essere resi da un apposito comitato per l'applicazione delle norme antielusive, su richiesta dei contribuenti, in ordine all'applicabilità o meno, all'operazione concreta che questi intendano porre in essere, delle norme antielusive elencate dall'art. 21 della l. n. 413/1991. Ad avviso della menzionata dottrina, infatti, i pareri del comitato, che secondo il disposto dell'art. 21 avrebbero come unico effetto quello di porre l'onere della prova a carico della parte che non si è uniformata al parere stesso, dovrebbero piuttosto essere letti alla stregua di atti amministrativi di specificazione dello schema normativo di riferimento, vincolanti anche per il giudice tributario, fatta salva la possibilità di una loro impugnazione, per vizi di legittimità, davanti al T.A.R.

²¹ V., *supra*, cap. I, par. 1.

²² Cfr. V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 314 s.

recupero della finalità deflattiva, pur senza che il contenuto del contratto sia coperto dagli effetti prodotti dall'atto di certificazione²³.

La nuova versione dell'art. 75 contenuta nel d.d.l. C. n. 1441 *quater* - B, nonché il secondo e il terzo comma dell'art. 32 del medesimo d.d.l., sembrerebbero in qualche modo mutare i termini del ragionamento, estendendo l'accertamento operato con l'atto di certificazione anche ai contenuti del contratto.

Anzi, il riferimento operato nel menzionato secondo comma dell'art. 32 alla perdurante possibilità di ricorrere avverso la certificazione solo in caso di erronea qualificazione del contratto, di vizi del consenso o di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, farebbe addirittura pensare ad un vincolo ancor più stringente, di natura assoluta²⁴.

Ma la palese incostituzionalità della prospettata soluzione - esclusa, come si vedrà, l'introduzione di qualunque ipotesi di "derogabilità assistita" - ci porta a pensare, all'opposto, che la certificazione del contenuto del contratto operata in base alle disposizioni in esame - qualora queste dovessero effettivamente essere approvate nella versione attuale - avrebbe un'efficacia più limitata rispetto a quella relativa alla qualificazione, operante esclusivamente sul piano processuale e limitata ad un obbligo del giudice di giustificare, in motivazione, lo scostamento dalle valutazioni delle parti operate in sede di certificazione.

Per completezza di esposizione va qui accennato come, sempre in ordine all'oggetto, inteso in senso lato, si pone anche il problema del momento temporale della certificazione²⁵, ovverosia, se oggetto di questa possa essere solo un contratto non ancora stipulato, oppure stipulato ma non ancora eseguito, oppure ancora già in corso di esecuzione.

²³ Cfr. F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 26, nt. 42, che, dopo aver affermato che "all'organismo certificatore (...) non è affidato il compito di verificare la validità del contratto di lavoro retrostante, ma solo di «qualificarlo». Operazione, quest'ultima, che non comporta alcuna indagine sulla validità del negozio", precisa tuttavia che "la qualificazione del contratto può comportare, in alcuni casi, un accertamento, se non sulla validità *stricto iure* intesa, quantomeno sull'esistenza del contratto, giacché non è possibile qualificare alcunché che non si assuma come esistente. E questo sindacato sull'esistenza del contratto può probabilmente estendersi sino a verificare la nullità del medesimo per contrarietà alle norme imperative". Si tratta del sindacato prodromico all'accertamento che, a nostro avviso, va ad integrare uno dei contenuti dell'attività di assistenza e consulenza, senza tuttavia confluire nel contenuto vincolante dell'atto di certificazione.

²⁴ Cfr. P. ALLEVA, *La riforma della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, cit., p. 7.

²⁵ Cfr. M. T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, cit., p. 1271.

Una trattazione compiuta del tema, tuttavia, impone la disamina congiunta anche delle questioni attinenti alla natura e alla disciplina del procedimento di certificazione, solo nel corso della quale sarà possibile sciogliere l'interrogativo appena posto.

2.2. Natura e disciplina del procedimento di certificazione. L'istanza comune delle parti e il rapporto fra conclusione del contratto e certificazione.

Con l'esame del procedimento di certificazione si entra nel vivo della disciplina della certificazione. La sua analisi, infatti, permetterà di riprendere e approfondire le questioni accennate in precedenza e allo stesso tempo di porre le basi per la comprensione del contenuto e degli effetti dell'atto di certificazione.

Dobbiamo tuttavia preliminarmente ricordare che non seguiremo un'esposizione ordinata e di dettaglio della materia²⁶, bensì affronteremo quelli che, a nostro avviso, rappresentano i nodi problematici di maggior rilievo ai fini dell'inquadramento dell'istituto, di modo che l'esposizione, inevitabilmente, si avvarrà di rinvii, richiami e anticipazioni che solo alla fine della trattazione consentiranno di abbracciare una visione d'insieme.

Ci sembra di poter affermare, innanzitutto, senza dover procedere a particolari argomentazioni sul punto, che il procedimento delineato dall'art. 78 del d.lgs. n. 276/2003 costituisca a tutti gli effetti un procedimento amministrativo, funzionale all'emanazione di un vero e proprio atto amministrativo²⁷.

Questo non significa che in dottrina non siano stati individuati accostamenti fra la certificazione e i più vari istituti del diritto privato e del diritto amministrativo - quali, ad es., per limitarci all'ambito del diritto privato, l'arbitrato, rituale o irrituale; l'arbitraggio; il negozio di accertamento o, addirittura, l'attività giurisdizionale ed il suo "prodotto", la sentenza - né che, nel corso dell'argomentazione, non dovremmo anche noi fare a volte richiamo ai menzionati istituti, ma si tratterà di un richiamo funzionale ad individuare le caratteristiche

²⁶ Per un disamina dettagliata del procedimento di certificazione cfr. D. GAROFALO, *Competenze e procedure della certificazione*, in Working paper ADAPT, n. 13/2005, p. 1 ss.

²⁷ V. tuttavia per un tentativo, a quanto consta isolato, di ricostruire la certificazione in chiave negoziale e, in particolare, "appartenente al più ampio genere accertativo negozialmente inteso", F. PALADINO, *Certificazione dei contratti di lavoro e teoria del negozio giuridico*, in G. PELLACANI - M. TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative. Problemi, soluzioni e prospettive*, cit., p. 24 ss. e spec. p. 34.

specifiche dell'istituto di cui nessuno, o quasi, mette in discussione la natura, così come sopra individuata, seppure, magari, all'esito di articolate e raffinate analisi, cui nulla potremmo aggiungere e a cui possiamo, quindi, utilmente fare rinvio²⁸.

La confortante unità di vedute in ordine alla natura della certificazione, peraltro, si tramuta immediatamente in dubbio o contrasto aperto non appena ci si avventuri alla ricerca della disciplina applicabile all'istituto o del significato da attribuire allo stesso.

Così, in primo luogo, è controversa la possibilità di integrare il dettato dell'art. 78 con le disposizioni della l. n. 241/1990; ancora, si discute se l'istanza comune delle parti vada configurata come un mero atto giuridico, introduttivo del procedimento, o non, piuttosto, un vero e proprio negozio giuridico, visto alla stregua di un elemento dell'atto complesso costituito dal negozio stesso e dall'atto di certificazione.

In ordine al primo interrogativo riteniamo di poter aderire all'orientamento che sostiene l'applicabilità al caso di specie, seppur selettivamente, della l. n. 241/1990²⁹.

Non ci sembrano del tutto risolutivi, infatti, gli argomenti addotti a sostegno della contraria opinione.

Non lo è l'affermazione per cui, riproducendo nell'art. 78 alcuni principi contenuti nella legge in materia di procedimento amministrativo e diritto di accesso, il legislatore avrebbe dimostrato di volerne escludere il restante contenuto³⁰, poiché è ben possibile pensare, al contrario, che in tal modo si sia voluto semplicemente

²⁸ V., in particolare, F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 1 ss.; cui *adde*, L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 211 ss.; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 878 ss.; ID., *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 120 s.; M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., p. 377 ss.; F. M. CARINI, *L'istituto della certificazione nel d. lgs. 276/2003*, cit., p. 266 ss.; A. GENTILI, *L'autonomia assistita del diritto privato*, in G. PERONE - A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 391 s.; v. tuttavia, per una lettura della certificazione ad opera dello stesso Autore che ci sembra improntata esclusivamente, o quasi, a canoni privatistici, ID., *La certificazione dei rapporti di lavoro: tra verità e accordo*, in AA. VV., *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, I, cit., p. 803 ss.

²⁹ In tal senso E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 283; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 94; F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 28, nt. 46 e p. 42 s.; G. C. SALERNO, *Certificazione dei contratti di lavoro e profili di diritto amministrativo*, cit., p. 35 ss.; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 594; S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, cit., p. 498; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 176 s.

³⁰ Così P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1141; nonché, ci sembra, L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 211 ss.; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 903.

regolare lo specifico procedimento di certificazione, adattando allo stesso anche alcune previsioni della l. n. 241/1990, senza tuttavia escluderne l'applicazione delle restanti disposizioni sulla base di un giudizio di compatibilità affidato all'interprete, come d'altronde sovente avviene nel diritto amministrativo³¹.

Ma non convince nemmeno l'argomento che si fonda sulla presunta applicabilità della l. n. 241/1990 ai soli provvedimenti amministrativi e non ai meri atti, come appunto andrebbe qualificata la certificazione³².

Va infatti rilevato, innanzitutto, che in ordine alla natura della certificazione l'opinione prevalente propende per la qualificazione in termini provvedimentali³³, in secondo luogo, anche dovendo accedere alla tesi opposta, come chi scrive, lo si vedrà, ritiene di dover fare, non corrisponde al vero che il campo di applicazione della menzionata legge sia circoscritto ai provvedimenti amministrativi, dovendosi invece estendere a qualunque ipotesi di esercizio di attività amministrativa, nei limiti della compatibilità³⁴.

Più fondata, invece, è l'osservazione che fra le commissioni di certificazione vi sono anche soggetti privati (gli enti bilaterali) che, formalmente, non pongono in essere attività amministrativa, né emettono atti amministrativi³⁵.

Da questo punto di vista può tuttavia farsi notare, seppure, indubbiamente, con qualche riserva, che gli artt. 75 ss. regolano allo stesso modo l'attività di tutte le commissioni, sottoponendo allo stesso regime gli atti da queste emesse, ivi compresa la possibilità di impugnare la certificazione, da chiunque emessa, davanti al T.A.R.³⁶, cosicché sembra plausibile estendere anche agli enti bilaterali, nel caso

³¹ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. A. ROVERSI MONACO - F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Monduzzi, Bologna, 2001, p. 1266. In tal senso, forse, anche E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, loc. cit.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, loc. cit.

³² A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 642 s.

³³ Come già visto (*supra*, cap. I, par. 5, nt. 219), negli stessi termini si esprime anche l'art. 6, co. 1 del D.M. 21 luglio 2004.

³⁴ V., per tutti, G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 1269 s.

³⁵ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 121, che ipotizza, inammissibilmente, a nostro avviso, un'eventuale applicazione della l. n. 241/1990 a tutte e sole le commissioni di certificazione di natura pubblica.

³⁶ Cfr. L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e contrattazione collettiva*, cit., p. 341, ad avviso del quale "pare indiscutibile che la natura giuridica della certificazione ad opera degli enti bilaterali non possa che essere la stessa di quella della certificazione effettuata dagli altri soggetti certificatori: non mutando al riguardo oggetto, procedura ed efficacia dell'attività svolta, si tratta pur sempre di un'attività di carattere amministrativo, che dà luogo, in linea di massima, ad un atto amministrativo certatorio".

specifico, l'applicazione della l. n. 241/1990³⁷. Né si tratterebbe di circostanza del tutto eccezionale nel panorama attuale del diritto amministrativo che vede sempre più spesso la devoluzione di funzioni pubbliche ai privati, con contestuale estensione all'attività di questi, in tutto o in parte, del regime proprio dell'attività amministrativa³⁸.

Tale conclusione, come si vedrà, acquista rilievo in ordine a due aspetti controversi in materia di certificazione, attinenti all'efficacia della stessa nei confronti dei terzi privati nonché ai motivi di impugnazione davanti al T.A.R.

Passando al secondo degli interrogativi sopra prospettati, non è a nostro avviso accoglibile, seppur molto ben argomentata, la tesi che vede nell'istanza comune delle parti un vero e proprio negozio giuridico³⁹.

La menzionata tesi si fonda, prevalentemente, sul dettato dell'art. 80, co. 1, ultima parte, dove si prevede che "le parti del contratto certificato potranno impugnare l'atto di certificazione anche per vizi del consenso".

Non potendo i vizi della volontà riguardare, infatti, in base a questa impostazione, i vizi attinenti al contratto - su cui la certificazione non incide - l'unica alternativa sarebbe quella di riferirli all'istanza.

Siccome poi in base all'art. 80 il vizio dell'istanza è tale da ridondare, attraverso l'effetto di annullamento, sulla certificazione nel suo complesso, ne discenderebbe che "certificazione e istanza partecipino tutte, e con pari dignità, a formare un atto complesso, le cui componenti hanno pari dignità costitutiva"⁴⁰.

Dal che vengono poi argomentate due ulteriori conseguenze, la prima è che la serie procedimentale successiva all'istanza costituisce in realtà un subprocedimento strumentale all'emanazione dell'atto di certificazione, mentre il procedimento principale si esaurisce tutto nell'istanza e nell'atto di certificazione, entrambi momenti costitutivi di un atto complesso, la seconda, appunto, è che l'istanza, siccome partecipa della fase costitutiva, è un vero e proprio negozio giuridico.

Si tratterebbe di un negozio giuridico produttivo di effetti nei confronti dei terzi, e in particolare della commissione di certificazione che, a séguito del suo

³⁷ Nello stesso senso, in modo alquanto più deciso del nostro e con ulteriori argomentazioni, G. C. SALERNO, *Certificazione dei contratti di lavoro e profili di diritto amministrativo*, cit., p. 35 ss.; nonché S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, cit., p. 498; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 176 s.

³⁸ V. ancora G. MORBIDELLI, *op. loc. cit.*

³⁹ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 33 ss. e spec. p. 37.

⁴⁰ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 35.

inoltre, sarà tenuta a prenderla in considerazione e a dare una risposta nel merito. Tuttavia, sebbene poi gli effetti dell'atto di certificazione, e in particolare la soggezione a questa dei suoi destinatari sia effetto necessario indicato dalla legge, non si potrebbe porre in dubbio che sia proprio tutto questo a costituire la causa del negozio.

Come detto, si tratta di tesi molto ben argomentata e di indiscusso interesse, cui però si ritiene di non poter aderire, dovendosi accedere ad altra lettura della norma - indubbiamente ambigua e mal formulata - contenuta nell'art. 80, co. 1, sulla quale tuttavia ci si soffermerà più avanti, in sede di analisi dei rimedi contro l'atto di certificazione⁴¹.

D'altronde, se pure, come si vedrà, la possibilità per le parti di selezionare i soggetti nei cui confronti l'atto di certificazione è destinato a dispiegare i propri effetti può far pensare all'istanza come ad un negozio, sono prevalenti gli elementi che fanno propendere invece per la natura di mero atto giuridico della stessa, a partire dal dettato dell'art. 78, co. 1⁴² ("la procedura di certificazione è volontaria e consegue obbligatoriamente a una istanza scritta comune delle parti del contratto di lavoro"), dal quale sembra evincersi che l'obbligo di provvedere in capo alle commissioni di certificazione discende direttamente dalla legge, cui segue lo svolgimento di un procedimento interamente regolato sulla base di norme eteronome rispetto all'autonomia individuale, per finire con il regime degli effetti dell'atto, anch'essi interamente predeterminati per legge⁴³.

Si può concludere quindi per la necessaria volontarietà solo della presentazione dell'istanza, a nulla rilevando, per il resto - se non, come si è detto, in ordine alla indicazione dei destinatari -, il fine, o meglio gli effetti, perseguiti con la stessa dalle parti.

Di modo che l'istanza costituisce unicamente l'atto di iniziativa privata introduttivo del procedimento funzionalizzato all'emanazione dell'atto di certificazione, l'unico che ne integra la fase costitutiva.

⁴¹ *Infra*, cap. III, par. 3.

⁴² Norma definita curiosa da P. TULLINI, *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 837, laddove, invece, è proprio tale disposizione ad indirizzare, a nostro avviso, verso la natura non negoziale dell'istanza comune.

⁴³ Si potrebbe forse aggiungere che il D.M. 21 luglio 2004, all'art. 3, richiede per l'istanza requisiti come il bollo o l'utilizzo di moduli predeterminati che, notoriamente, sono frutto dell'elaborazione giurisprudenziale amministrativistica in ordine ai requisiti di ordine generale degli atti di iniziativa privati. Cfr. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 1282.

Ma la qualificazione dell'istanza in termini di mero atto ancora non ci dice quale ne sia il contenuto, né come debba articolarsi il procedimento cui questa dà avvio.

Si tratta di un profilo particolarmente delicato, che a sua volta si articola in più momenti, ognuno dei quali ha dato adito ad accessi dibattiti dottrinali.

Per parte nostra, prima di affrontarne l'analisi, riteniamo proficuo anticipare alcune conclusioni cui intendiamo pervenire, al fine di facilitare la comprensione del successivo svolgimento dell'argomentazione che si svilupperà parte in questa sede e parte nel successivo paragrafo.

Allo scopo, si può tornare sul più volte richiamato intreccio fra attività qualificatoria e attività di definizione del contenuto del contratto, eventualmente in deroga alle norme inderogabili, immaginato in sede di definizione del *Progetto per la predisposizione di uno statuto dei lavori*, che, anche qui come già anticipato, non sembra essere stato trasposto nella disciplina positiva della certificazione.

Ma proprio con riguardo a tale ultima affermazione, è arrivato il momento di operare alcune precisazioni.

Infatti, se pur è vero che l'immaginata funzione di "derogabilità assistita" può dirsi, allo stato, del tutto residuale, se non inesistente, non altrettanto, invece, a nostro avviso, può sostenersi con riguardo all'attività di definizione del contenuto contrattuale, nei limiti concessi, evidentemente, dall'attuale sistema del diritto del lavoro, permeato dalla presenza della norma inderogabile di legge e di contratto collettivo.

Di modo che, come si vedrà, la struttura del procedimento di certificazione - in buona parte ripresa dalle norme immaginate in funzione del menzionato *Progetto* -, seppure unitaria, comprende in sé, a nostro avviso, due momenti ben distinti, il primo dei quali, seppure funzionale, in qualche misura, al secondo, assume altresì una propria autonomia, slegata dalla funzione qualificatoria, cui accede l'atto di certificazione conclusivo del procedimento⁴⁴.

Ciò premesso, possiamo senz'altro passare a delineare i contenuti dell'istanza e la struttura del procedimento di certificazione, dando momentaneamente per

⁴⁴ Cfr. V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 313.

acquisiti i risultati cui riteniamo di dover pervenire, salvo dar conto, nel corso dell'esposizione, dell'ampio dibattito in materia e delle nostre ragioni.

Non v'è dubbio, a nostro avviso, che con la procedura di certificazione, piaccia o no, il legislatore si proponga certo di porre rimedio all'attuale situazione di incertezza, con le relative conseguenze negative sul piano dei rapporti economici e sociali⁴⁵, sia dal lato dei datori di lavoro che da quello dei lavoratori, dando maggior stabilità alla qualificazione del contratto stipulato fra le parti, ma ciò anche a mezzo del rafforzamento del valore della scheda contrattuale⁴⁶, senza, sol per questo, negare l'ormai secolare elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sul ruolo da attribuire, nel diritto del lavoro, alle concrete modalità di svolgimento del rapporto.

A tal fine, per non ridurre la certificazione ad un mero passaggio burocratico⁴⁷ - con il rischio concreto che si trasformi in uno strumento di prevaricazione della parte più forte (il datore) su quella più debole (il lavoratore) -, privo di significatività e, in definitiva, di valenza, anche sul piano giuridico, in virtù della scarsa tenuta - conseguenza del principio di indisponibilità del tipo -, sul piano giudiziale, il legislatore a nostro avviso ha ritenuto di dover costruire l'istituto alla stregua di un momento di ausilio per le parti nella definizione del contenuto del contratto individuale, adattandolo alle concrete esigenze delle stesse⁴⁸, cui consegue, solo in un secondo momento, l'accertamento, in funzione di certezza pubblica, in ordine alla qualificazione da attribuire all'accordo.

Si ritiene pertanto che le parti, nell'istanza introduttiva, debbano inserire - o allegare alla stessa -, non un contratto già stipulato o addirittura eseguito, bensì una

⁴⁵ Sul tema della certezza giuridica e della grande importanza negli ordinamenti moderni, sul piano economico e sociale, degli strumenti giuridici deputati a garantirla v., oltre agli scritti di Vallebona (*supra*, cap. I, par. 1, nt. 19), M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 471 ss.; ID., *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 769 ss.), Autore che, come noto, più di tutti ha studiato il tema nel diritto amministrativo e la cui sistematizzazione della materia, nella sostanza, costituisce tuttora punto di riferimento indiscusso.

⁴⁶ Cfr., per un giudizio sostanzialmente positivo, M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 307 s.; in chiave fortemente critica invece E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 543. Sul punto v., altresì, E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in ID., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 109.

⁴⁷ Sulla necessità che la certificazione non si riduca, come detto nel testo, ad un mero passaggio burocratico, concordano, nella sostanza, tutti i commentatori. Cfr., a titolo esemplificativo, M. TIRABOSCHI, *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, cit., p. 240; G. PELLACANI - M. TIRABOSCHI, *Certificazione: è tempo di primi bilanci*, in ID. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative. Problemi, soluzioni e prospettive*, cit., p. 5.

⁴⁸ M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, cit., p. 130; C. FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, cit., p. 85; ID., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., p. 136 s.

mera proposta di accordo, con l'indicazione della qualificazione, o meglio, della natura dello stesso, il cui contenuto sarà poi definito nel corso della procedura, solo all'esito della quale la commissione emetterà l'atto di certificazione⁴⁹.

Non è questo, tuttavia, l'orientamento seguito nella prassi dalle commissioni di certificazione né, in sede teorica, da un consistente settore della dottrina, che ammettono viceversa la certificabilità anche di un contratto già eseguito o in corso di esecuzione⁵⁰.

Gli argomenti addotti a favore della suesposta tesi, tuttavia, non sono a nostro avviso decisivi, per le ragioni che ci accingiamo ad esporre, non prima, però, di aver operato due opportune precisazioni.

Innanzitutto, quanto si sostiene in questa sede ha valore solo in base allo stato della legislazione attuale. Qualora dovesse essere approvato il d.d.l. C. n. 1441

⁴⁹ Così M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 311 ss. spec. 315; R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 11; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 587; R. FOGLIA, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 379; ID., *Commento all'art. 78*, cit., p. 915 s.; V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 314 s. e 316 s.; M. DEL CONTE, *La procedura di certificazione dei contratti di lavoro e la c.d. "volontà assistita": una lettura alternativa*, cit., p. 3 s.; ID., *La procedura di certificazione e la «volontà assistita»*, cit., p. 22 s. Ritene che sia possibile certificare solo un contratto di lavoro non ancora eseguito - con l'eccezione dell'ipotesi prevista per l'appalto dall'art. 84 -, senza però precisare se sia sufficiente, a tal fine, anche un contratto già stipulato ma non ancora eseguito. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 217 ss.; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 886; così, ci sembra, anche C. CESTER, *La procedura di certificazione*, cit., p. 469; M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 739 s.; nonché M. RUSCIANO, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 344; ma dello stesso v., successivamente, ID., *La certificazione dei contratti di lavoro tra ipertrofia regolativa e incertezza applicativa*, cit., p. 146, ove si dice che la certificazione è "destinata a operare principalmente (corsivo nostro) nel momento della stipulazione del contratto". Esprimono dubbi sull'utilità o sull'opportunità di una certificazione *ex post* P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1137 ss.; G. PELLACANI, *Riflessioni critiche sulla certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 18. V. anche, sulla tesi abbracciata nel testo, la critica di P. TULLINI (*Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., p. 451) ad avviso della quale "non serve rafforzare, quasi corazzare, il consenso delle parti, incanalandolo in una procedura pubblica o parapubblica nell'evidente sforzo di sottrarre la manifestazione di volontà alla dimensione tipicamente soggettiva: non si spostano i limiti entro i quali l'autonomia privata può concorrere a determinare l'assetto del rapporto di lavoro".

⁵⁰ Così L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 243 s.; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 202 ss.; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 104 s.; G. PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 406; F. PASQUINI, *Autonomia, subordinazione, parasubordinazione: guida pratica alla certificazione di un contratto di lavoro. La certificazione come strumento per la corretta qualificazione del rapporto di lavoro*, cit., p. 7; V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, cit., p. 388 s.; M. BUZANO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 3 s.; S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, cit., p. 492 s.; nonché G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 1077 ss., seppure avanzando perplessità sull'opportunità di procedere ad una certificazione *ex post*.

quater - B, infatti, la nuova formulazione dell'art. 79 ammetterebbe espressamente la possibilità di certificare un contratto in corso di esecuzione. Ciò, crediamo, non toglierebbe valore all'impostazione che abbiamo abbracciato, che continuerebbe comunque, se così si può dire, a vivere, seppure affiancata da questa seconda possibilità che, come si vedrà, non ha a nostro avviso grande utilità e si rivela forse inopportuna, nonché fonte di gravi inconvenienti sul piano pratico non considerati dal legislatore della riforma.

In secondo luogo - ma si tratta forse più di una necessaria presa di posizione che non di una vera e propria precisazione -, dobbiamo chiarire quali siano, a nostro avviso, i poteri delle commissioni di certificazione in ordine alla qualificazione del contratto sottoposto alla loro attenzione. In proposito, infatti, si contrappongono due diverse impostazioni, e la scelta fra l'una o l'altra incide profondamente sull'intera interpretazione della disciplina in esame.

Sul punto, ad avviso di una parte minoritaria, seppure autorevole, della dottrina, una volta presentata l'istanza con l'indicazione della qualificazione di cui vorrebbero ottenere la certificazione, le parti sarebbero poi costrette a subire un'eventuale qualificazione di segno contrario rispetto a quella indicata, a meno che non ritirino l'istanza prima della conclusione del procedimento. In tal modo, quanto meno nella fase decisoria, la commissione si comporterebbe in tutto e per tutto alla stregua di un giudice, seppure l'atto di certificazione, come vedremo, non gode della particolare forza del giudicato propria delle sentenze⁵¹.

Viceversa, l'impostazione ormai consolidata nella prassi e nelle opinioni della dottrina maggioritaria, dalla quale non riteniamo di doverci discostare - e che sarà decisiva nell'individuazione dei contenuti dell'atto di certificazione e nell'interpretazione del sistema dei rimedi -, individua un'ulteriore differenza fra la certificazione e l'attività giurisdizionale, data dal fatto che le commissioni di certificazione, qualora non ritenessero di dover condividere l'opinione delle parti, avrebbero quale unica alternativa il rigetto dell'istanza, preclusa ogni diversa qualificazione⁵².

⁵¹ M. DELL'OLIO, *Ordinamento civile e diritto del lavoro: tecniche, fonti, figure*, cit., p. 113; nonché, seppure implicitamente, ci sembra, F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 1 ss.

⁵² Per tutti v. P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1147; V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 315; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., 385; F. M. CARINI, *L'istituto della certificazione nel d. lgs. 276/2003*, cit., p. 287 s.

Tale ultima interpretazione, seppure effettivamente non confortata da un dato legislativo chiaro ed inequivocabile, acquista oggi particolare forza in base al disposto dell'art. 12, co. 2 del regolamento adottato con D.M. 21 luglio 2004, che fa espresso riferimento al provvedimento di diniego per disciplinare i requisiti di ammissibilità del rinnovo dell'istanza.

Operate le necessarie precisazioni, possiamo ora prendere in esame le obiezioni di volta in volta avanzate alla proposta ricostruttiva da noi accolta - e precisamente, occorre ribadirlo, la possibilità di certificare solo una mera proposta di accordo - cercando di evidenziare per contro le ragioni del nostro dissenso.

Innanzitutto, non ci sembrano particolarmente pregnanti i rilievi basati sulle circostanze che le norme nulla dicono in ordine al momento in cui può essere chiesta la certificazione⁵³ e che, d'altronde, una certificazione operata *ex post* sarebbe in ogni caso maggiormente aderente alla dichiarata finalità deflattiva⁵⁴.

Per quanto riguarda il primo rilievo, il fatto che il legislatore nulla dica in proposito ancora non è sufficiente a far preferire l'una opzione rispetto all'altra, opzioni che andranno pertanto vagliate alla luce dei dati di sistema.

Quanto al secondo, come già avvertito⁵⁵, la finalità deflattiva corrisponde ad un indirizzo politico, che va riempito di contenuti individuando gli strumenti tecnico-giuridici - e il loro concreto modo di funzionamento - cui il legislatore ha ritenuto di far ricorso. Senza considerare i seri inconvenienti cui va incontro la tesi in esame sul piano pratico, a cui fanno riscontro la maggior linearità e, a nostro avviso, anche la maggior potenzialità deflattiva della soluzione proposta.

Si consideri infatti l'ipotesi di una certificazione chiesta a rapporto in corso a fronte di un parere negativo della commissione⁵⁶. Le prospettive possibili sono tre, nessuna delle quali del tutto tranquillizzante.

Si potrebbe infatti pervenire ad un rigetto dell'istanza oppure, a fronte di un'anticipazione del giudizio della commissione, le parti, o una sola di queste, con buona probabilità il datore di lavoro, potrebbero decidere di lasciar cadere il

⁵³ V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 203; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 104; G. PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 406; M. BUZANO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 3 s.

⁵⁴ G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 1078.

⁵⁵ *Supra*, cap. I, par. 6.

⁵⁶ Sul punto v. G. PELLACANI, *Riflessioni critiche sulla certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 18.

procedimento. In entrambi i casi il rischio è quello di un incremento del contenzioso poiché il lavoratore, forte del parere della commissione, sarebbe incentivato a far valere le proprie ragioni in giudizio.

Nella migliore delle ipotesi si può immaginare che la commissione, per procedere alla certificazione, proponga delle modifiche all'accordo, circostanza questa che richiederebbe sia un accordo novativo per il futuro, sia, contestualmente, una transazione inoppugnabile per risolvere le eventuali pendenze relative al pregresso svolgimento del rapporto, rapporto che comunque non sarà oggetto di certificazione, a meno di non immaginare una doppia certificazione, la seconda delle quali - con tutti i dubbi in ordine alla sua configurabilità⁵⁷ - destinata a valere solo per il passato.

Come si vede, si tratta in ogni caso di prospettive complesse e contrastanti con le finalità dell'istituto, cui fa riscontro, come già detto, la maggiore linearità della soluzione fondata sulla certificabilità del solo contratto stipulato nel corso della procedura di certificazione, all'esito dell'espletamento dell'attività di assistenza e consulenza.

Sul piano sistematico poi, una certificazione in corso di rapporto non può non suscitare dubbi nell'interprete⁵⁸. La certificazione, infatti, dovrebbe fungere da

⁵⁷ Cfr. M. RUSCIANO, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 344; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro tra ipertrofia regolativa e incertezza applicativa*, cit., p. 154. L'Autore, dopo aver rilevato che la certificazione riguarda il momento della stipulazione del contratto, con riguardo alla certificazione *ex post*, in particolare alla fine del rapporto e destinata ad accertarne l'effettivo andamento, parla esplicitamente di un istituto (da questi denominato *verificazione*) che avrebbe natura diversa rispetto alla certificazione, immaginato in una prospettiva *de iure condendo*, al quale potrebbe accompagnarsi una clausola penale "con la quale si contempra che il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore una certa somma, qualora, in tale verifica finale, venga fuori che il primo si è discostato dal programma negoziale concordato". Sul punto v. anche L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e contrattazione collettiva*, cit., p. 337, ad avviso del quale "l'idea è di sicuro interesse: ma delinea qualcosa di molto diverso dalla certificazione (...). La «verificazione» andrebbe poi inevitabilmente ad incrociare i meccanismi sanzionatori già previsti nell'ordinamento per il caso in cui dall'esecuzione del contratto risultasse l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato: e per essere innovativa dovrebbe comportare una reazione più blanda rispetto a quella attuale, che normalmente conduce al riconoscimento giudiziale del contratto di lavoro subordinato". In effetti - seppure l'ipotesi trattata nel testo sia indubbiamente diversa da quella presa in considerazione dall'Autore, poiché presuppone proprio che non vi sia stato uno scostamento fra quanto previsto nella scheda contrattuale ed il successivo svolgimento del rapporto -, anche a nostro avviso, una certificazione *ex post*, in particolare, ma non solo, alla fine del rapporto, rappresenterebbe un istituto di natura diversa, da disciplinare in maniera specifica, che andrebbe ad incunarsi fra gli strumenti di *A.D.R.* oggi esistenti, ovvero sia la conciliazione e l'arbitrato, non senza problemi di compatibilità con la funzione giurisdizionale di accertamento.

⁵⁸ Cfr. tuttavia L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 118; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 213; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 886, ad avviso del quale "non sussistono validi motivi per escludere che la certificazione possa adattarsi anche alla soluzione dei conflitti qualificatori incentrati sulle modalità di svolgimento del

strumento preventivo delle controversie, basato sull'accordo delle parti, differenziandosi profondamente, in quanto a struttura, rispetto all'arbitrato, vero e proprio strumento alternativo di risoluzione di una controversia in atto, che vede le parti stesse in disaccordo, su posizioni contrapposte⁵⁹.

Date queste premesse, una richiesta concorde di certificazione in corso di rapporto desta il sospetto, il sospetto che nella realtà dei fatti il datore di lavoro abbia imposto la propria volontà al lavoratore, pena la cessazione del rapporto, per "blindare" situazioni dubbie. Se questo rischio sussiste comunque in ogni ipotesi di certificazione - e giustifica le attenzioni degli interpreti orientate a garantire il più possibile, nel concreto, la genuinità del consenso del lavoratore - non è possibile negare che aumenti esponenzialmente a fronte di una certificazione a rapporto in corso.

Passando all'analisi del dato positivo, si deve convenire con quella parte della dottrina ad avviso della quale se il legislatore avesse voluto ammettere una certificazione *ex post* avrebbe dovuto provvedere ad approntare "una serie di accorgimenti regolativi ed organizzativi *ad hoc*"⁶⁰.

Nello specifico, avrebbe dovuto, p. es., "chiarire che si può certificare *postea* solo allorché il rapporto di lavoro non sia già stato oggetto (...) di un'ispezione o di un'altra procedura amministrativa gestita dall'Inps o da una diversa autorità pubblica"⁶¹.

Ancora, avrebbe dovuto prevedere in capo ai certificatori una serie di poteri istruttori per consentire l'accertamento del reale svolgimento del rapporto⁶². Né, come vedremo in sede di analisi dei contenuti dell'atto di certificazione, è possibile scindere fittiziamente contratto e rapporto sostenendo che la commissione di

rapporto di lavoro", seppure poi, come già visto, sul piano del diritto positivo, l'Autore neghi che il legislatore delegato - pur potendo farlo sulla base della legge delega -, abbia poi optato per questa soluzione nel d.lgs. n. 276/2003. Non vi ravvisa ragioni logiche contrarie anche L. DE ANGELIS (*Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 243 s), che proprio sulla base di questa affermazione, ma non solo, ammette invece la certificazione *ex post*.

⁵⁹ Cfr. M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., p. 378.

⁶⁰ Così L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 218; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 887, prendendo a riferimento il modello tedesco dello *Statusfestellungsverfahren*.

⁶¹ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, loc. cit.; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, loc. cit.

⁶² M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 587.

certificazione certifica sempre e solo il contratto e mai il rapporto, pure se questo si è già svolto, anche solo in parte⁶³.

Né miglior sorte ha il riscontro delle singole previsioni del d.lgs. n. 276/2003 ove sono rinvenibili spunti letterali a favore dell'una piuttosto che dell'altra tesi, spunti che devono essere ricomposti in una visione d'insieme sul piano sistematico.

Così, il disposto dell'art. 77, in tema di competenza, ove fa riferimento "alla commissione nella cui circoscrizione si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale sarà addetto il lavoratore"⁶⁴, nonché il dettato dell'art. 80, co. 2, relativo ai rimedi, nella parte relativa alla "differenza tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato"⁶⁵, potrebbero avvalorare l'ipotesi ricostruttiva da noi patrocinata.

Ma, a parte i giusti rilievi volti a circoscrivere, se non a svuotare di pregio argomentativo, il riferimento alle suddette norme⁶⁶, è stato messo in luce come l'art. 84, in materia di appalto, espressamente preveda un'ipotesi di certificazione in corso di rapporto⁶⁷, così come, allo stesso modo, anche l'art. 81 ammette lo svolgimento dell'attività di assistenza e consulenza nella fase esecutiva⁶⁸.

Come vedremo, tuttavia, le fattispecie appena richiamate prevedono sì la possibilità di operare una certificazione, e la connessa attività di assistenza e consulenza, durante lo svolgimento del rapporto, ma ciò solo ed esclusivamente con riguardo ad un accordo già in precedenza certificato, laddove le parti intendano procedere ad una novazione⁶⁹ o, financo, a disvelare un accordo simulato.

⁶³ Così, invece, M. BUZANO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 3 s.

⁶⁴ V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 202 s., seppure poi l'Autore, come già visto, abbracci l'opposta opinione.

⁶⁵ V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 291; v., però, la diversa opinione espressa dall'Autore con riguardo al testo del d.lgs. n. 276/2003 in V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, loc. cit.

⁶⁶ Per quanto attiene all'art. 77 v. L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 243 s.; in ordine all'art. 80, L. NOGLER, *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 286 s.

⁶⁷ V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, cit., p. 389; nonché L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 218; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 887, seppure al fine di escludere la certificabilità *ex post* nelle altre ipotesi.

⁶⁸ Per tutti cfr. V. BRINO, *op. loc. cit.*; G. DONDI, *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 1078; G. PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 406; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 104 s.

⁶⁹ Così M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 311, nt. 9 e p. 323 s.

Il riferimento all'attività di assistenza e consulenza, peraltro, ci porta dritti al cuore dell'ipotesi ricostruttiva da noi avanzata, di modo che alla stessa sarà dedicata una trattazione apposita, nel corso della quale si chiuderà il cerchio del discorso aperto in questa sede.

A chiusura del paragrafo, invece, sono necessarie alcune notazioni in ordine alla più generale disciplina del procedimento, attinenti al termine di 30 giorni previsto per la sua conclusione⁷⁰, nonché alla determinazione dei soggetti nei cui confronti l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti.

Per quanto riguarda il termine, si può convenire con la *communis opinio* ad avviso della quale si tratta di un termine ordinatorio⁷¹, e non perentorio, nel senso che il suo superamento non determina, per ciò stesso, la conclusione del procedimento o, detto in altri termini, la decadenza della commissione dal potere di provvedere⁷².

Ciò non significa, tuttavia, che non ne discenda conseguenza alcuna. Si potrebbe infatti ipotizzare, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, che trascorsi inutilmente trenta giorni dalla presentazione dell'istanza di certificazione, la commissione sia inadempiente⁷³.

In ordine ai destinatari degli effetti dell'atto di certificazione, invece, può forse destare qualche perplessità la disposizione dell'art. 78, co. 2, lett. d), a mente del quale "l'atto di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione".

La norma in esame, infatti, sembra attribuire alle parti, e così è stata interpretata dalla dottrina dominante⁷⁴, un vero e proprio potere di individuazione

⁷⁰ Decorrente, in base all'art. 3 del D.M. 21 luglio 2004, dalla presentazione dell'istanza o dal ricevimento della ulteriore comunicazione che venga richiesta ad integrazione dalla commissione.

⁷¹ Per tutti v. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 232; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 903.

⁷² Cfr. V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 176 s.

⁷³ G. C. SALERNO, *Certificazione dei contratti di lavoro e profili di diritto amministrativo*, cit., p. 41, cui si rinvia per la trattazione delle possibili conseguenze dell'inadempimento, in ordine alle quali, più in generale, nel diritto amministrativo v. anche A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Giuffrè, Milano, 2003, seconda edizione, p. 1180 ss.

⁷⁴ Per tutti v. P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1118 ss.; F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 27 ss.; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in ID., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 95.

dei soggetti, in particolare dei terzi, nei cui confronti l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti.

Seppure la menzionata lettura sia compatibile con il dato letterale e ormai suffragata, come detto, dall'opinione dominante e dalla stessa prassi delle commissioni, nondimeno, non si può far a meno di notare come in tal modo si attribuisca all'atto di certificazione una caratteristica del tutto peculiare, per non dire anomala, rispetto agli atti di certezza pubblica fin qui conosciuti dall'ordinamento, la cui efficacia si esplica sempre e comunque *erga omnes*, senza possibilità di selezionare di volta in volta i destinatari⁷⁵.

Per tale ragione ci era sembrata plausibile l'interpretazione avanzata da una parte della dottrina che, prima dell'emanazione del decreto delegato, dunque sulla base della sola l. n. 30/2003, aveva proposto di attribuire alle parti non tanto il potere di selezionare i destinatari dell'atto, quanto di definire l'oggetto dell'accertamento.

In altre parole, dato che ogni settore dell'ordinamento (civile, previdenziale, fiscale, amministrativo) opera secondo specifiche categorie - di modo che, ad es. la nozione di collaborazioni coordinate e continuative rilevante in sede civile è più ampia di quella fiscale e previdenziale -, sarebbe spettato alle parti indicare all'organo quali effetti far certificare⁷⁶, intendendo tuttavia in tal modo attribuire a queste non il potere di selezionare i destinatari dell'atto, bensì la maggiore o minore ampiezza dell'accertamento sul piano oggettivo.

L'interpretazione, abbiamo detto, ci era sembrata convincente, ma in questa sede riteniamo di non poterci discostare dall'opinione ormai dominante, suffragata, d'altronde, dalla prassi nonché, forse, dal D.M. 21 luglio 2004, laddove, all'art. 3, richiede, fra i contenuti dell'istanza, "l'indicazione espressa degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali in relazione ai quali le parti chiedono la certificazione".

⁷⁵ Cfr. sul punto M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 534 ss.; ID., *Certezza pubblica*, cit., p. 772 s.

⁷⁶ L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 117. In tal senso, con riguardo al d.lgs. n. 276/2003, ci sembra, R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 11 s.; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 384.

2.3. *Segue. Il rilievo dell'attività di assistenza e consulenza alle parti. I codici di buone pratiche e i moduli e formulari.*

Con l'analisi dell'attività di assistenza e consulenza, cui non può andare disgiunta la considerazione dei codici di buone pratiche e dei moduli e formulari, come già anticipato, si chiude il cerchio dell'argomentazione condotta nelle pagine precedenti e al contempo, questo almeno è il nostro auspicio, si delineano con maggior chiarezza i profili della proposta ricostruttiva avanzata.

La norma di riferimento, l'art. 81, rappresenta infatti un vero e proprio crocevia, collocato al centro del sistema della certificazione, dalla cui lettura dipendono le sorti di alcuni fra i nodi interpretativi di maggior rilievo relativi all'istituto in esame.

Volendo delineare un programma dell'esposizione, cercheremo in primo luogo di dimostrare la centralità, e dunque l'essenzialità, dell'attività in oggetto, nell'ambito del procedimento di certificazione, cui non può andare disgiunta un'analisi dei suoi contenuti, contestualmente a quelli dei codici di buone pratiche e dei moduli e formulari, per passare, in un secondo momento, alla ricognizione dei mezzi approntati dal d.lgs. n. 276/2003, o rinvenibili nell'ordinamento, per garantirne l'effettività.

Il primo momento dell'esposizione, come appena anticipato, si incentra sul ruolo da attribuire all'attività di assistenza e consulenza nell'ambito del microsistema della certificazione.

Sul punto si sono affacciate in dottrina due principali proposte ricostruttive - a loro volta diversamente articolate al loro interno -, che vedono, da una parte, l'attività di assistenza e consulenza come un'attività disgiunta da quella qualificatoria, disponibile su richiesta delle parti⁷⁷, nonché, secondo la prospettiva più radicali, fruibile anche disgiuntamente dalla certificazione del contratto di lavoro⁷⁸, dall'altra invece - riteniamo opportuno ribadirlo, si tratta della lettura cui aderiamo -, come un'attività essenziale, parte integrante del procedimento di certificazione, non disponibile dalle parti del rapporto e accessibile solo in sede di

⁷⁷ S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, cit., p. 488; nonché, ci sembra, G. PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 406.

⁷⁸ Così, ci sembra, V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 203; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 244 e, spec., p. 248.

qualificazione del negozio anzi, sarebbe meglio dire, proprio in funzione dell'attività qualificatoria⁷⁹.

In questo contesto, poi, vi sono autori che, pur ritenendola necessaria, e funzionale, entro certi limiti, alla successiva qualificazione, ammettono che l'attività di assistenza e consulenza possa svolgersi anche con riguardo ad un contratto già stipulato⁸⁰, oppure già in fase di esecuzione⁸¹. Soluzione, quest'ultima, cui indubbiamente si dovrà accedere in caso di approvazione definitiva del d.d.l. C. n. 1441 *quater* - B.

Dovendo procedere ad esporre la nostra posizione, possiamo innanzitutto rilevare come un primo indizio in ordine al ruolo rivestito dall'attività di assistenza e consulenza sia dato dalla posizione "topografica" dell'art. 81, alla fine del capo I, dopo la disciplina dei rimedi.

Questo dato indica, a nostro avviso, che non si tratta di attività destinata a confluire nel contenuto vincolante dell'atto di certificazione⁸², ma ancora non ci dice in che termini e quando debba svolgersi l'attività in esame⁸³.

Sul punto risultano invece determinanti una serie di elementi che, letti nella loro globalità, portano alla conclusione più volte anticipata.

L'art. 81 prevede che le commissioni di certificazione svolgano anche una funzione di consulenza e assistenza effettiva in relazione alla stipulazione del contratto e del relativo programma, nonché con riguardo alle modifiche del

⁷⁹ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 311 s.; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 587 s.; M. DEL CONTE, *La procedura di certificazione dei contratti di lavoro e la c.d. "volontà assistita": una lettura alternativa*, cit., p. 3 s.; ID., *La procedura di certificazione e la «volontà assistita»*, cit., p. 22 s.; R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 11; nonché, ci sembra, R. FOGLIA, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 379; ID., *Commento all'art. 78*, cit., p. 915 s. Un posizione del tutto peculiare, sul punto, è assunta, come vedremo (*infra* par. 2.5) da E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 285 ss.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 97 ss.

⁸⁰ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 239; ma vedi ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 910 ss., ove l'Autore sembra assumere una posizione più sfumata.

⁸¹ V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, cit., p. 399, che parla di attività "accessoria e di supporto alla certificazione"; nonché, seppure esprimendo seri dubbi sull'utilità di una certificazione *ex post*, P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1145, che espressamente parla dell'assistenza e consulenza come "un momento interno del (...) procedimento, e non una funzione distinta".

⁸² Opinione sostanzialmente pacifica in dottrina, per tutti cfr. V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 226.

⁸³ Ritene invece che già la collocazione della norma dimostri che "l'attività di assistenza alle parti sia esclusivamente funzionale alla certificazione del contratto", P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1145.

medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro.

Alla norma appena riportata devono poi essere collegate le previsioni dell'art. 78, co. 4 e 5, ove sono definiti i contenuti dei codici di buone pratiche nonché dei moduli e formulari.

Presi singolarmente, come anticipato, i singoli contenuti delle disposizioni in esame possono avallare tanto l'una quanto l'altra delle succitate letture, tuttavia, nel loro complesso, indicano all'interprete una direzione ben precisa.

Così, è pur vero che la congiunzione 'anche' può far pensare ad un'attività ulteriore e distinta rispetto a quella qualificatoria⁸⁴; né il riferimento all'effettività, di per sé solo considerato, può ritenersi decisivo⁸⁵, poiché potrebbe sempre obiettarsi che ciò significa solo che, laddove svolta, l'assistenza e consulenza non può ridursi ad un dato meramente formale⁸⁶, ma ancora non orienta in modo in equivoco nel senso che debba comunque svolgersi in ogni caso, né che debba attenere alla definizione del contenuto del contratto⁸⁷, in funzione, anche, della successiva qualificazione.

Tuttavia, già il riferimento ad un'opera di assistenza e consulenza orienta l'interprete nella direzione indicata⁸⁸, ed infatti la norma prosegue precisando che tale opera attiene alla definizione del regolamento contrattuale, ovvero sia al contenuto programmatico del negozio, in ordine ai rispettivi diritti e obblighi delle parti⁸⁹.

Non basta, l'ausilio nella definizione del contenuto del contratto viene riferito, in particolare, alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione del contratto,

⁸⁴ Così S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, cit., p. 492; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 153.

⁸⁵ Così invece, ci sembra, M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 312; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 587.

⁸⁶ Così, implicitamente, a nostro avviso M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 740.

⁸⁷ Cfr. V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, cit., p. 398 s., che infatti le attribuisce un contenuto anche solo informativo sulle conseguenze giuridiche del contratto. Così, sembra, anche P. TULLINI, *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 853.

⁸⁸ Cfr. M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, cit., p. 130, che però preferisce considerare il termine assistenza come sinonimo di consulenza, argomentando in senso contrario alla tesi di E. Ghera che, come si vedrà, appoggiandosi, fra l'altro, anche all'uso del termine assistenza, vede nell'art. 81 la norma che introduce, in via generale, la "derogabilità assistita" nel nostro ordinamento.

⁸⁹ V. ancora M. NOVELLA, *op. loc. cit.*

con l'utilizzo della congiunzione 'e', a significare, a nostro avviso, che l'ausilio è funzionalizzato anche e non in alternativa, o a scelta delle parti, alla successiva attività di accertamento.

Indubbiamente, il dettato della norma è molto ambiguo ed impreciso sul piano terminologico e concettuale, tuttavia, a nostro avviso, è possibile darne una lettura coerente nei seguenti termini.

La commissione di certificazione, a fronte della proposta di contratto presentatale, e della relativa qualificazione convenzionale, ha innanzitutto il dovere di valutare se le obbligazioni essenziali, così come formulate, corrispondano alla fattispecie contrattuale di riferimento ed eventualmente, qualora così non fosse, dovrebbe proporre le opportune modifiche.

In ciò consiste l'ausilio nella definizione del contenuto contrattuale in funzione della successiva qualificazione, cui può aggiungersi, come già anticipato⁹⁰, l'ulteriore controllo in ordine alla sussistenza dei requisiti di legittimità che, pur non entrando a far parte del contenuto vincolante dell'atto di certificazione, ne costituisce tuttavia un presupposto essenziale, poiché non si può, con tutta evidenza, procedere alla qualificazione di un accordo nullo o comunque invalido.

Ma la norma si riferisce anche alla disponibilità dei diritti e colloca temporalmente l'attività di consulenza sia al momento della stipula del contratto che con riguardo alle modifiche del programma negoziale concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro.

Sul punto, in questa sede, possiamo solo esporre la sistemazione concettuale ritenuta preferibile, in parte già anticipata⁹¹, per una dimostrazione esauriente della quale dobbiamo rinviare al prosieguo della trattazione⁹².

In prima approssimazione, riteniamo di poter concordare con quella parte della dottrina che ammette l'attività di consulenza e assistenza in corso di esecuzione del rapporto solo contestualmente ad una richiesta di certificazione, richiesta che a sua volta potrà essere avanzata unicamente in ordine ad un contratto già in precedenza certificato⁹³.

⁹⁰ *Supra*, par. 2.1, nt. 23, cui *adde* M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 599.

⁹¹ *Supra*, par. 2.2.

⁹² *Infra*, par. 2.4 ss.

⁹³ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 324.

Si tratta dell'ipotesi della certificazione dell'accordo novativo nonché, forse, della emersione di un negozio dissimulato a fronte della precedente certificazione del contratto simulato (seppure, in quest'ultimo caso, non si possa parlare di modificazione del programma concordato).

In tale sede le parti, giusta il disposto dell'art. 82, potranno procedere, con l'assistenza delle commissioni di certificazione⁹⁴, alla eventuale disposizione dei diritti, con rinunzie e transazioni inoppugnabili ai sensi dell'art. 2113, u.c., c.c.⁹⁵

In ciò si concretizza, a nostro avviso, il riferimento all'assistenza e consulenza nella fase esecutiva con riguardo sia alle modifiche del programma negoziale che alla disponibilità dei diritti.

Ma il riferimento contenuto nell'art. 81 alla disponibilità dei diritti riveste una pluralità di significati ed attiene anche, seppure in un'accezione atecnica, alla fase genetica del rapporto di lavoro.

Sul punto vengono in rilievo i codici di buone pratiche, nonché i moduli e formulari, ed il rapporto fra l'art. 81 e l'art. 78, che danno ulteriore conferma della tesi qui sostenuta.

Spostando l'attenzione sulla disciplina del procedimento di certificazione, infatti, si può innanzitutto evidenziare come l'assistenza e consulenza possano essere rese solo a seguito della presentazione di un'istanza di certificazione, a riprova del collegamento, e della necessaria dipendenza, delle due attività⁹⁶; né poteva essere diversamente, dal momento che non è stato disciplinato altro procedimento *ad hoc*.

D'altronde, in questo senso si esprime ormai anche il D.M. 21 luglio 2004, laddove, all'art. 4, richiede che nel corso del procedimento di certificazione la commissione presti attività di assistenza e consulenza, senza eccezione alcuna, alla stregua di un dovere procedimentale dei certificatori⁹⁷.

Se la menzionata disposizione conferma l'obbligatorietà dell'assistenza e consulenza, il successivo art. 5 dello stesso D.M., laddove disciplina l'audizione delle parti come momento essenziale ai fini della certificazione, rafforza la tesi che sia certificabile solo un accordo non ancora concluso.

⁹⁴ Tuttavia solo quelle istituite presso gli enti bilaterali che, lo si ricorda, allo stato sono rimaste sulla carta.

⁹⁵ Cfr. C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 105.

⁹⁶ M. TREMOLADA, *op. loc. cit.*; P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1145 s.

⁹⁷ Cfr. V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, cit., p. 399.

Perderebbe gran parte del suo significato, infatti, l'audizione se l'attività di certificazione si limitasse ad apporre "un timbro su una qualificazione già operata altrove"⁹⁸, tanto più dal momento che, come noto, ai sensi degli art. 1362 ss. c.c. ciò che rileva non è la volontà psichica dei contraenti, bensì il loro intento comune, così come trasfuso nella scheda contrattuale o risultante dal successivo comportamento delle parti⁹⁹.

Ma sul punto vengono in rilievo soprattutto i codici di buone pratiche nonché i moduli e formulari.

Per quanto riguarda i primi, messe da parte, per il momento¹⁰⁰, le questioni attinenti alla "derogabilità assistita" - nell'ambito delle quali, come vedremo, si discute sulla possibile attribuzione ai decreti ministeriali contenenti i codici di buone pratiche di una funzione innovativa dell'ordinamento vigente -, possiamo qui dare per presupposta, in linea di massima, la nostra adesione alla tesi che viceversa riconduce ai decreti un'attività meramente ricognitiva.

In quest'ottica, i codici di buone pratiche hanno la funzione precipua di operare, appunto, una ricognizione della normativa vigente, di fonte legale e contrattuale, attinente alla disciplina dei singoli contratti di lavoro, con particolare riguardo alle norme inderogabili, dettando linee guida alle commissioni nello svolgimento della funzione di assistenza e consulenza, intesa come ausilio alle parti nella definizione del contenuto contrattuale secondo le specifiche esigenze del caso concreto, con particolare riguardo a tutte quelle ipotesi in cui l'ordinamento, a partire dallo stesso d.lgs. n. 276/2003, concede spazi di determinazione all'autonomia privata¹⁰¹.

⁹⁸ R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 11. Lo stesso Autore rileva peraltro come potrebbe ricavarsi un argomento in senso contrario laddove il D.M., all'art. 3, prevede che all'istanza debba essere allegato l'originale del contratto sottoscritto dalle parti, ma conclude poi, sulla base della complessiva lettura del regolamento (ove si prevede, fra l'altro, che la commissione proponga eventuali modifiche e integrazioni del contratto scelto dalle parti), per una lettura "correttiva" del dato letterale ritenendo che per contratto sottoscritto debba intendersi "solo un progetto, una bozza di contratto, aperta alle integrazioni e modifiche della Commissione". Analogamente M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 588.

⁹⁹ Cfr. E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 554.

¹⁰⁰ V., *infra*, par. 2.5.

¹⁰¹ M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, cit., p. 140; A. TURSI, *La "volontà assistita" nel decreto legislativo n. 276/2003*, cit., p. 262 ss.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 616 ss.; C. FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, cit., p. 89; ID., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., p. 142; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 596; A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 10.

Il collegamento così operato fra l'art. 81 e l'art. 78, co. 4, richiede indubbiamente una forzatura del dato letterale - laddove il riferimento alla disponibilità dei diritti, probabilmente un refuso, come già visto, del testo immaginato in funzione dello Statuto dei lavori, viene letto siccome concernente la derogabilità delle norme - ma si tratta, come vedremo¹⁰², di un'impostazione molto meno impegnativa rispetto a quella di quanti vi intravedono uno strumento in funzione della "derogabilità assistita".

Né si può dire che, in tal modo, i codici di buone pratiche perderebbero qualunque significato¹⁰³, nella misura in cui si rivelino capaci di recepire le indicazioni provenienti dalla prassi e dalla contrattazione collettiva dettando linee guida effettivamente funzionali alla delicata opera di adattamento degli schemi contrattuali alle esigenze specifiche delle parti¹⁰⁴.

Seguendo una linea di pensiero non molto dissimile, ma spingendosi oltre nell'immaginare i possibili contenuti dei codici di buone pratiche, parte della dottrina vede poi loro attribuito anche un ruolo promozionale, integrativo della disciplina legale, di fissazione "di trattamenti riconosciuti nelle prassi contrattuali e non vincolanti l'autonomia delle parti, la cui presenza nel contratto costituisce tuttavia un onere per le parti stesse al fine del conseguimento dei benefici derivanti dalla certificazione"¹⁰⁵.

Si tratta sicuramente di un'ipotesi suggestiva che peraltro, in assenza di sicuri elementi letterali di sostegno, non può essere accolta, nella misura in cui legge il

¹⁰² *Infra*, par. 2.5.

¹⁰³ Così, ci sembra, invece, G. PERONE, *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione regolata dal d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 560 s.; ID., *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 417.

¹⁰⁴ V. tuttavia E. GRAGNOLI, *Certificazione e prime esperienze applicative*, cit., p. 288, ad avviso del quale "l'intera disciplina della certificazione (...) non può avere alcun impatto significativo sulla consulenza. Tra le molte occasioni di approfondimento delle quali dispongono le imprese, a vari livelli di impegno culturale, sarebbe singolare se fossero prescelti strumenti così poco riservati, in carenza del minimo vincolo fiduciario, invece essenziale. Simili ingenuità spiegano la scarsa risposta collettiva alle opportunità degli artt. 75 ss."

¹⁰⁵ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 314; nonché, ci sembra, seppure esprimendo alcune perplessità, M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, cit., p. 141; cui *adde*, limitatamente al lavoro a progetto e all'associazione in partecipazione E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit.; p. 288 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 104 s. Sul punto cfr. altresì i rilievi critici di A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 9.

riferimento alle clausole indisponibili siccome ad un vero e proprio onere di integrazione del contenuto del contratto al fine di ottenere la certificazione.

A nostro modesto avviso, in proposito, è preferibile ritenere le parti libere di decidere se, ed in che limiti, recepire i contenuti dei codici, così come tradottisi nell'attività di consulenza delle commissioni, nei limiti, ovviamente, degli ambiti lasciati all'autonomia privata dalle norme inderogabili.

Per l'imposizione di un vero e proprio onere, infatti, sarebbe stata necessaria una più esplicita presa di posizione del legislatore - così come, d'altronde, si è effettivamente verificato laddove questi ha voluto introdurre norme promozionali della contrattazione collettiva (come potrebbe avverarsi anche in questo caso nella misura in cui i codici recepissero le indicazioni degli accordi interconfederali) in fattispecie non dissimili (v., per esempio, l'art. 36 della l. n. 300/1970) -, e non un ambiguo riferimento alle clausole indisponibili.

Parimenti, non riteniamo di poter accogliere nemmeno un'altra lettura dell'art. 78, co. 4, affacciatasi in dottrina, in base alla quale le clausole indisponibili integrerebbero gli elementi essenziali ai fini della qualificazione delle singole fattispecie contrattuali¹⁰⁶.

Tale contenuto, infatti, va più correttamente attribuito ai moduli e formulari, per la comprensione dei quali, come già da altri rilevato¹⁰⁷, può essere rinvenuto un importante ausilio interpretativo nell'illustrazione del *Progetto per la predisposizione di uno statuto dei lavori* fatta dai suoi estensori¹⁰⁸.

In tale sede, infatti - e il discorso può essere riferito, *mutatis mutandis*, anche all'art. 78, co. 5 -, era stata immaginata, a supporto dell'attività di certificazione, la predisposizione di vere e proprie griglie di indici e criteri sussidiari, ricavate dai precedenti giudiziari della Cassazione, afferenti di volta in volta alle singole specifiche attività di lavoro (per esempio, attività del propagandista scientifico o del consulente scientifico), da tradursi poi in veri e propri formulari.

¹⁰⁶ M. NOVELLA, *op. loc. cit.*; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 389; nonché, nell'ambito di un'impostazione che non distingue chiaramente, come riteniamo di dover fare nel testo, fra codici di buone pratiche e moduli e formulari, G. PERONE, *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione regolata dal d.lgs. n. 276 del 2003*, cit., p. 559 ss.; ID., *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 415 ss.

¹⁰⁷ M. MAGNANI, *La certificazione dei contratti di lavoro e le competenze delle sedi universitarie*, cit., p. 564; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 233; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 904

¹⁰⁸ *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, cit., p. 354 ss.

I moduli e formulari, secondo questa chiave di lettura, avrebbero quindi lo scopo di predisporre contratti tipo per le singole attività lavorative, cui le commissioni devono fare riferimento nell'opera di qualificazione, ma prima ancora di consulenza e assistenza nella definizione degli elementi essenziali della fattispecie¹⁰⁹.

Se questi, come crediamo, sono i contenuti da attribuire ai codici di buone pratiche e ai moduli e formulari, si stemperano notevolmente i termini dell'ulteriore questione riguardante la loro vincolatività o meno per i certificatori¹¹⁰.

Non v'è dubbio infatti che tali strumenti svolgano un'importante funzione di orientamento per le commissioni di certificazione, cui accede l'ulteriore rilevante funzione di "assicurare una maggiore uniformità delle certificazioni realizzate sul territorio nazionale"¹¹¹, ed in questi termini dovranno sicuramente essere tenuti in considerazione, ma è altrettanto vero che, con riguardo ai formulari - il problema non si pone nemmeno per i codici, una volta esclusa la tesi che ne vede uno strumento integrativo del contenuto contrattuale al fine di poter ottenere la certificazione - "non si può escludere un aggiustamento (...) da parte della commissione di certificazione in relazione alle particolarità del caso esaminato (...) né, tanto meno, che in giurisprudenza si affermino convincimenti diversi da quelli codificati"¹¹².

Con l'analisi appena conclusa dei codici di buone pratiche e dei moduli e formulari abbiamo quindi delineato compiutamente i contenuti dell'attività di assistenza e consulenza ed il suo rapporto con il procedimento di certificazione,

¹⁰⁹ Sul punto v. la particolare importanza attribuita ai moduli e formulari da R. SCIOTTI (*Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 37 ss.), in connessione con l'onere delle Università accreditate (ex art. 76, co. 2) di inviare al Ministero, ogni sei mesi, studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro. Cfr. anche G. PERONE, *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione regolata dal d.lgs. n. 276 del 2003*, loc. cit.; ID., *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, loc. cit.; nonché A. PIOVESANA, *I vizi della volontà nel rapporto di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005, p. 224.

¹¹⁰ Per la vincolatività, talora riferita ad entrambi, altre volte all'uno piuttosto che all'altro v., ad es., M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 313; G. PERONE, *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione regolata dal d.lgs. n. 276 del 2003*, loc. cit.; ID., *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, loc. cit.; A. PIOVESANA, *I vizi della volontà nel rapporto di lavoro*, cit., p. 225 ss.; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit.; p. 287; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 102 s.. *Contra*, per tutti, C. CESTER, *La procedura di certificazione*, cit., p. 468; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 181.

¹¹¹ V. SPEZIALE, *op. loc. cit.*; P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1145.

¹¹² P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1144.

secondo una lettura, potremmo dire, forte, del riferimento all'effettività contenuto nell'art. 81.

Va ribadito infatti che, come correttamente rilevato, l'attività di assistenza e consulenza cui sono chiamate le commissioni di certificazione - che può essere letta anche in chiave di riequilibrio delle asimmetrie informative¹¹³ -, non può limitarsi alla mera somministrazione di informazioni alle parti ma deve "risultare funzionale al processo di formazione della volontà contrattuale", ed a tal fine è "necessaria una partecipazione attiva dell'organo amministrativo nella predisposizione dell'accordo contrattuale attraverso informazioni mirate, correlate cioè alle esigenze conoscitive delle parti direttamente coinvolte"¹¹⁴.

D'altronde, solo in tal modo, sostenendo il processo valutativo del lavoratore¹¹⁵, è forse possibile evitare, o quanto meno attenuare, il rischio che il maggior peso attribuito al momento genetico del rapporto con la certificazione diventi uno strumento di prevaricazione del datore di lavoro sul lavoratore, in coerenza con le finalità di promozione della qualità e stabilità del lavoro poste dall'art 1 del d.lgs. n. 276/2003.

Ancora, solo così intesa la certificazione può rappresentare un ausilio significativo anche nel momento del giudizio, riempiendo di contenuti l'indirizzo giurisprudenziale, già analizzato¹¹⁶, volto ad attribuire valore decisivo al testo

¹¹³ Cfr. C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 389; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 239; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 909; nonché, già sulla base del testo della legge delega n. 30/2003, ID., *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 118.

¹¹⁴ C. FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, cit., p. 83 e 85; ID., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., p. 134 e 136 s.; ove anche ulteriori argomenti. Si tratta di quello che altri (M. DEL CONTE, *La procedura di certificazione dei contratti di lavoro e la c.d. «volontà assistita»: una lettura alternativa*, cit., p. 4; ID., *La procedura di certificazione e la «volontà assistita»*, cit., p. 23) definisce "un peculiare modello di «volontà assistita», dotato di un significato del tutto diverso da quello già indicato in dottrina". Cfr. altresì M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 744; nonché C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 87 s., la cui preoccupazione principale, peraltro, è che "l'assistenza prestata alle parti nella scelta del tipo contrattuale risulti effettiva e non si riduca ad un ruolo meramente notarile", richiamando in proposito la giurisprudenza sulle conciliazioni sindacali ai sensi dell'art. 2113, u.c.

¹¹⁵ Cfr. C. FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, cit., p. 79; ID., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., p. 130; V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 313.

¹¹⁶ *Supra*, cap. I, par. 2.

dell'accordo, nel giudizio di qualificazione, nei casi in cui la natura del rapporto si riveli di difficile e non sicuro apprezzamento¹¹⁷.

Delineati dunque i compiti attribuiti alle commissioni di certificazione con riguardo all'attività di assistenza e consulenza, nel contesto del relativo procedimento, dobbiamo adesso verificare quali siano, e prima ancora se vi siano, nel contesto del d.lgs. n. 276/2003, e più in generale nell'ambito dell'ordinamento, strumenti atti a garantire le parti a fronte di un "inadempimento" dei certificatori.

Innanzitutto, la collocazione sistematica che abbiamo ritenuto di dover attribuire all'attività di assistenza e consulenza nell'ambito del procedimento di certificazione - parte integrante di questo, ma con un ruolo ed una funzione distinti, seppure connessi, rispetto all'attività di certificazione in senso stretto - porta a concludere per l'inammissibilità di un'impugnazione davanti al T.A.R., per vizio del procedimento *ex art. 80, co. 5*, a fronte del mancato esercizio dell'attività di consulenza nella definizione del contenuto del contratto¹¹⁸.

Più complesso, invece, il tema degli strumenti di natura privatistica.

Sul punto sono stati prospettati, in dottrina, due possibili percorsi a tutela delle parti. Da un lato, è stata immaginata la possibilità di impugnare il contratto certificato per vizi del consenso - in particolare per errore essenziale indotto dalla commissione, salvo poi verificare dove incida l'errore stesso -, dall'altro è stata prospettata la configurabilità di una responsabilità risarcitoria in capo alle commissioni.

Il primo profilo sarà oggetto di specifica trattazione quando verrà affrontato il tema dell'impugnazione della certificazione per vizi del consenso¹¹⁹, cui si rinvia; viceversa, in questa sede è necessario passare brevemente in rassegna le opinioni emerse nel dibattito dottrinale in ordine al secondo.

¹¹⁷ Sul rilievo della certificazione con riguardo alle ipotesi menzionate nel teso v. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 217; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 885 s.; ID., *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 114 s.; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 87; V. D'ORONZO, *op. loc. cit.*; P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1126.

¹¹⁸ Cfr. C. FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, cit., p. 92; ID., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., p. 291; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 227. *Contra*, V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 317.

¹¹⁹ *Infra*, cap. III, par. 3, dove si terrà altresì conto dell'eventuale parallelismo fra la disposizione dell'art. 81 e la giurisprudenza relativa alle conciliazioni in sede sindacale sottoscritte ai sensi dell'art. 2113, u.c., c.c. Sul punto v. P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1146 s.

Premesso che non sembrano esservi molti dubbi sull'astratta configurabilità di una responsabilità delle commissioni, i problemi riguardano l'individuazione della sua natura, nonché dei presupposti richiesti per integrarne la fattispecie sul piano dei rapporti concreti.

La dottrina maggioritaria propende per una responsabilità di natura extracontrattuale delle commissioni - probabilmente in virtù del fatto che "l'attività di assistenza e consulenza non sorge da un contratto di prestazione d'opera intellettuale"¹²⁰-, cui consegue l'applicazione dei criteri stabiliti dall'art. 2043 ss. c.c.

Altra parte della dottrina, invece, preferisce fondare la responsabilità "per un esercizio della funzione di supporto non conforme al requisito di effettività richiesto dal legislatore delegato", sulla norma dell'art. 1337 c.c., dunque in termini di responsabilità precontrattuale¹²¹.

Da ultimo, ed è forse la soluzione da preferire, vi è chi non esita a parlare di una responsabilità "professionale" della commissione, di natura contrattuale, in virtù dell'obbligo di assistenza e consulenza, di fonte legale, che sorge in capo alla stessa a seguito della presentazione dell'istanza¹²².

¹²⁰ P. BELLOCCHI, *op. loc. cit.*; cui *adde* V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 227; R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, in AA. VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 432; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 635 s., che specifica come a tale conclusione si debba pervenire in virtù della pacifica natura amministrativa della certificazione e del relativo procedimento, distinguendo poi fra responsabilità dell'ente nel cui ambito la commissione di certificazione è costituita e responsabilità dei certificatori.

¹²¹ C. FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, cit., p. 93; ID., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., p. 292 ss., cui si rinvia anche per una disamina dei possibili danni causati alle parti da un'omessa o insufficiente attività di assistenza e consulenza.

¹²² Così M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., p. 594 s.; in questi termini, forse, anche E. GHERA (*Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 534), che tuttavia non qualifica il tipo di responsabilità ma si esprime in termini generici per una sua configurabilità, quantomeno nei casi di dolo e colpa grave. V. anche G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione*, cit., p. 614 s. e 619, che richiama la giurisprudenza in punto di responsabilità delle società di revisione nella certificazione dei bilanci societari ed arriva anche a configurare una responsabilità extracontrattuale della commissione nei confronti dei terzi. Di particolare interesse, poi, il parere del 6 maggio 2007 della fondazione studi consulenti del lavoro che, richiamandosi alla giurisprudenza amministrativa, con particolare riferimento all'eventuale errore di qualificazione delle commissioni di certificazione istituite presso i consigli provinciali dei consulenti del lavoro, configura una responsabilità contrattuale da "contatto amministrativo qualificato", circoscritta nei limiti del dolo o della colpa grave, in base alle regole dettate in materia di prestazione d'opera intellettuale.

2.4. *Natura e contenuto dell'atto di certificazione. Rapporto tra atto amministrativo e contratto.*

Come abbiamo cercato di dimostrare nel corso dell'esposizione che precede, all'interno del procedimento di certificazione convivono, e in qualche modo si intrecciano fra loro, due distinti momenti, l'uno funzionale alla definizione del contenuto del contratto, l'altro, destinato a sfociare nell'atto di certificazione, volto a conferire certezza pubblica in ordine alla natura del rapporto instaurato fra le parti.

Si è anche precisato come, seppure non sia possibile separare nettamente i due momenti, l'attività di definizione del programma negoziale - per usare la terminologia del d.lgs. n. 276/2003 - non entri a far parte del contenuto vincolante dell'atto di certificazione in senso stretto, di modo che, si è anche notato, non integra la serie procedimentale - soggetta al sindacato di legittimità del T.A.R. - di atti ed operazioni strumentali all'emanazione di quest'ultimo.

Si può quindi convenire con la dottrina pressoché unanime ad avviso della quale contratto certificato ed atto di certificazione operano su due piani separati, producendo quest'ultimo effetti ulteriori e distinti rispetto a quelli del contratto di lavoro. Il che significa, detto in altri termini, che “la certificazione (...) si colloca all'esterno della fattispecie contrattuale: non può essere considerata elemento di tale fattispecie (...); né l'atto di certificazione potrebbe essere considerato elemento (o requisito) della efficacia del contratto”¹²³, sebbene, come vedremo¹²⁴, una volta emanato, seppure indirettamente, incida sulle successive manifestazioni dell'autonomia privata delle parti¹²⁵.

Come ampiamente rilevato in dottrina, tale conclusione è avvalorata, fra l'altro, dal sistema dei rimedi delineato dall'art. 80, incentrato sull'atto di

¹²³ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 284; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 97; cui *adde*, per tutti, M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 317; F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 23 s. e 34. V. tuttavia G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 380, nt. 42, ad avviso dei quali il contratto di lavoro, una volta certificato, può essere “ricostruito come un'ipotesi di atto complesso (un negozio giuridico privato cui accede un provvedimento amministrativo)”.

¹²⁴ *Infra*, par. 2.5.1.

¹²⁵ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 318 ss.

certificazione¹²⁶, dal quale si evince l'autonoma impugnabilità per vizi del consenso del contratto certificato¹²⁷.

Sempre con la dottrina dominante, una volta appurata l'estraneità dell'atto di certificazione alla fattispecie negoziale, si può affermare, in via di prima approssimazione, che il contenuto di tale atto attiene alla qualificazione del contratto di lavoro, con effetti di fissazione di questa, nei confronti delle parti e dei terzi - se e nella misura in cui indicati dalle parti -, fino a sentenza di merito di segno contrario, salvi eventuali provvedimenti cautelari.

Si tratta, tuttavia, di una definizione generica, sia per quanto attiene al contenuto sia in ordine agli effetti, che richiede approfondimenti e precisazioni in entrambe le direzioni.

Ma proprio il passaggio dal piano delle definizioni di massima all'analisi più dettagliata della struttura e del contenuto dell'atto di certificazione, cui seguirà quella degli effetti, ci porta a prendere le distanze dall'opinione, fin qui seguita, della maggioranza degli interpreti.

Forse eccessivamente preoccupata di porre un argine a possibili letture "eversive" della certificazione, potenzialmente destabilizzanti l'intero sistema del diritto del lavoro, infatti, la dottrina maggioritaria, pur partendo da inappuntabili rilievi di ordine sistematico, perviene poi a conclusioni non necessariamente consequenziali ai menzionati rilievi e, ciò che più conta, non condivisibili.

Così non v'è dubbio, come giustamente evidenziato, che "alla luce della moderna concezione statalista del diritto, se alle parti spetta instaurare (...) *hic et nunc*, nella sua esistenza unica ed irripetibile, il rapporto contrattuale, la qualificazione giuridica del loro operato è formalmente affidata all'ordinamento"¹²⁸; allo stesso modo, non può essere revocato in dubbio che la certificazione opera un accertamento della qualificazione da attribuire al contratto di lavoro sottoposto alla sua attenzione e non di uno stato di fatto¹²⁹, ed in questi termini si può convenire che consista in un'attività di tipo valutativo¹³⁰.

¹²⁶ Per tutti v. M. TREMOLADA, *op. loc. cit.*

¹²⁷ Cfr. A. VALLEBONA, *Lavoro (certificazione dei contratti)*, cit., p. 2; P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1160; F. VOLPE, *op. loc. cit.*

¹²⁸ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 209; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 876 s.

¹²⁹ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 210; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 877.

¹³⁰ A. VALLEBONA, *Lavoro (certificazione dei contratti)*, cit., p. 1.

Riteniamo tuttavia che non sia possibile far discendere da queste premesse l'ulteriore conseguenza che la qualificazione debba essere attribuita alla commissione di certificazione¹³¹; né miglior sorte deve essere riconosciuta all'opinione che annovera l'atto di certificazione fra i provvedimenti, ed in particolare fra i provvedimenti di certazione¹³².

A prescindere dalla considerazione, di carattere eminentemente logico, per cui se la qualificazione discende dalla norma, questa non può essere attribuita alle parti, ma nemmeno alla commissione di certificazione¹³³ nonché, secondo le più recenti teorizzazioni in tema di giudicato, neanche al giudice stesso¹³⁴, bisogna porre attenzione, sul punto, a quanto in precedenza illustrato in ordine ai poteri delle commissioni di certificazione.

Le commissioni, infatti, come già evidenziato¹³⁵, non hanno il potere di qualificare autonomamente l'accordo, alla stregua di un giudice. Qualora dovessero dissentire dalla qualificazione proposta dalle parti potrebbero loro proporre le opportune modifiche al contenuto del contratto oppure, al limite, rigettare l'istanza, ma giammai procedere ad una qualificazione di segno diverso.

Il compito delle commissioni di certificazione, dunque, è quello di accertare la correttezza di una qualificazione convenzionale¹³⁶, non già quello di individuare, nell'ambito dell'ordinamento, la norma astratta nella quale sussumere il caso concreto.

¹³¹ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, loc. cit.; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, loc. cit.; B. GRANDI, *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, p. 345 s.

¹³² Per primo, seguendo la sistematica di M. S. Giannini, E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 283; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 95 e s. Sulla sua scia la dottrina dominante, per tutti v. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 212; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 879; B. GRANDI, *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto*, cit., p. 343 s.; L. PERINA, *La certificazione nell'impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in C. ENRICO - M. TIRABOSCHI (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro. I nuovi contratti: lavoro pubblico e lavoro privato*, cit., p. 12.

¹³³ Lo rileva, d'altronde, lo stesso L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 210; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 877. Cfr., altresì, E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in ID., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 109.

¹³⁴ M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim*.

¹³⁵ *Supra*, par. 2.2.

¹³⁶ Cfr. V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 154; M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 737; V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 314 s., le opinioni dei quali, tuttavia, non possono essere seguite laddove attribuiscono la qualificazione alle parti anziché alla commissione di certificazione.

L'opinione appena considerata - consistente, lo ripetiamo, nell'attribuire la qualificazione alla commissione di certificazione -, può forse essere alla base, poi, della riconduzione dell'atto di certificazione ai provvedimenti di certazione, intesi, peraltro, in un'accezione diversa, ci sembra, rispetto a quella proposta dalla dottrina amministrativistica che ne ha operato la sistemazione concettuale tuttora dominante¹³⁷.

L'Autore che per primo ha accostato gli atti di certificazione dei contratti di lavoro alle certazioni, infatti, afferma che le commissioni di certificazione, nel qualificare il rapporto, determinano le conseguenze giuridiche del comportamento contrattuale¹³⁸.

Se non abbiamo compreso male, con la succitata affermazione non si è inteso tanto attribuire alla certificazione il potere di condizionare la produzione degli effetti di natura privatistica, da ricondurre correttamente al solo contratto di lavoro, quanto piuttosto quello di attestare la qualificazione da attribuire al contratto con efficacia vincolante anche nei confronti dei terzi, così estendendo l'“effetto qualificatorio *ultra partes*”¹³⁹.

Non è questo, tuttavia, il *proprium* degli atti di certazione nella sistematica di M. S. Giannini. Nella menzionata sistematica, infatti, le certazioni sono una *species* del *genus* degli atti amministrativi produttivi di certezza legale, consistente nell'obbligo, operante *erga omnes*, di assumere come certezza l'enunciato dell'atto¹⁴⁰.

All'interno degli atti produttivi di certezza legale - fra i quali sono ricompresi anche, p. es., gli atti che si trascrivono in pubblici registri o le notificazioni - le certazioni hanno poi la caratteristica peculiare di riferirsi ad un fatto giuridico che una norma considera costitutivo, di modo che “il venir in essere dell'atto di certezza

¹³⁷ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 482 ss., e spec. 536 s.; v. anche A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 1285 ss., e spec. p. 1288.

¹³⁸ Così E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 283 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 96, richiamando a sua volta L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 209; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 876 s.

¹³⁹ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 290; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 110.

¹⁴⁰ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 537 e 539.

permette al fatto di spiegare il suo effetto costitutivo, ma solo secondo come esso è individuato dall'atto di certezza"¹⁴¹.

Così, con riferimento alla certazione atto di nascita, p. es., "il complesso di situazioni soggettive attive e passive nelle quali consiste lo *status* di figlio non è prodotto dall'atto di nascita, ma dal fatto giuridico che è la nascita; la certazione atto di nascita fa sì che quella persona fisica possa, di fronte a tutti, assumere di avere lo *status* che gli è definito dall'atto di nascita"¹⁴².

Non ci sembra di dover spendere molte parole per dimostrare che la certificazione dei contratti di lavoro non è in alcun modo riconducibile alle certazioni, per il semplice motivo che non condiziona la produzione degli effetti giuridici tipici del contratto cui accede¹⁴³.

Piuttosto, a nostro avviso, si tratta di verificare se, ed in che termini, la certificazione sia riconducibile al più ampio genere degli atti costitutivi di certezza legale.

Da questo punto di vista, come vedremo, la certificazione per un verso partecipa di alcune caratteristiche proprie degli atti costitutivi di certezza legale, per altro verso, tuttavia, se ne differenzia, di modo che si può dire che costituisca un atto amministrativo di nuovo tipo, prima sconosciuto all'ordinamento¹⁴⁴.

Finora abbiamo sempre parlato di atto e non di provvedimento perché, come già anticipato¹⁴⁵, riteniamo innanzitutto che la prima caratteristica degli atti costitutivi di certezza pubblica di cui partecipa la certificazione sia proprio quella di non essere un provvedimento¹⁴⁶.

Così, seguendo l'impostazione di M. S. Giannini, ci sembra di poter affermare che la certificazione rappresenti l'atto costitutivo di un procedimento dichiarativo, in particolare di un procedimento di scienza¹⁴⁷.

¹⁴¹ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 537.

¹⁴² M. S. GIANNINI, *op. loc. cit.*

¹⁴³ Così, ampiamente, A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 637 ss.; F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 13 ss.

¹⁴⁴ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 21.

¹⁴⁵ *Supra*, par. 2.2.

¹⁴⁶ M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 736; F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 21.

¹⁴⁷ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 476. A meno che non si voglia aderire all'impostazione di una recente dottrina processualcivilistica ad avviso della quale gli atti di accertamento, sotto il profilo della teoria generale del diritto - dunque in ogni ambito dell'ordinamento - consisterebbero sempre e comunque in una dichiarazione di volontà, ed in particolare in una dichiarazione di volontà accertativa, che rappresenterebbe un vero e proprio *tertium*

La qualificazione in termini di provvedimento, piuttosto che di atto, peraltro - tuttora estremamente labile e incerta anche nell'ambito della dottrina amministrativistica -, non sembra avere conseguenze particolari, poiché comunque la disciplina degli artt. 75 ss. del d.lgs. n. 276/2003 applica alla certificazione il regime tipico del provvedimento amministrativo¹⁴⁸.

Di maggior rilievo, forse, è la qualificazione in termini di dichiarazione di scienza, che individua nella certificazione, in tutto e per tutto, un atto dovuto¹⁴⁹. Sotto questo profilo, ci sembra di dover aderire all'orientamento di quella parte della dottrina che qualifica l'attività delle commissioni di certificazione siccome un'attività di accertamento tecnico, priva di discrezionalità non solo amministrativa, bensì anche tecnica, "perché la qualificazione di un rapporto giuridico non dovrebbe essere il risultato di elementi indicati in modo non preciso, non quantitativamente determinato dalla legge"¹⁵⁰.

Arrivati a questo punto, però, bisogna trarre le dovute conseguenze dall'argomentazione finora sviluppata, conseguenze, lo si anticipa fin d'ora, a nostro avviso forti e, lo riconosciamo, non pienamente soddisfacenti, ma riteniamo, auspicando di poterlo dimostrare, che si tratti del risultato inevitabile cui conduce qualunque studio relativo ad un istituto, come la certificazione, difficilmente inquadrabile nelle categorie dogmatiche fin qui note.

Se infatti si ritiene che la certificazione costituisca un accertamento con una struttura logica non dissimile da quella propria del giudizio, ovverosia un'operazione di sussunzione della fattispecie concreta in una fattispecie astratta¹⁵¹,

genus fra le dichiarazioni di scienza e le dichiarazioni di volontà innovative. Così M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 161.

¹⁴⁸ M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 736. Sul punto v. B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Giuffrè, Milano, 2003, seconda edizione, p. 797 ss., spec. p. 851 s.

¹⁴⁹ Cfr. M. MAFFUCCINI, *op. loc. cit.*

¹⁵⁰ Questa infatti è la caratteristica propria della discrezionalità tecnica. Così F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 31 s. *Contra* la dottrina maggioritaria, che parla invece di discrezionalità tecnica. Per tutti v. E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 284; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 96. Ritengono invece che le commissioni di certificazione godano di vera e propria discrezionalità amministrativa nell'an, V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 314; S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, cit., p. 500; F. M. CARINI, *L'istituto della certificazione nel d. lgs. 276/2003*, cit., p. 288.

¹⁵¹ Così la dottrina dominante, per tutti v. M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., p. 584; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in ID., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 95 e 117; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 365 s.

non si può non convenire sul fatto che l'accertamento medesimo in ordine alla correttezza della qualificazione convenzionale implichi, per ciò solo, anche un accertamento in ordine ai fatti da sussumere¹⁵².

Diversamente, ritenere che la certificazione attenga esclusivamente alla qualificazione e non riguardi in alcun modo l'accertamento dei fatti¹⁵³, porta a ritenere che si tratti non tanto di un accertamento, quanto, piuttosto, di un parere, secondo una struttura logica ipotetica del tipo, se i fatti fossero questi, allora la qualificazione sarebbe corretta¹⁵⁴.

Ma non sembra quest'ultima la struttura dell'istituto delineata dal legislatore poiché, all'art. 79, espressamente parla di effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione e al successivo art. 80 comprende fra i rimedi contro la certificazione anche il ricorso per difformità tra il programma negoziale e quello accertato.

Qualificare la certificazione alla stregua di un parere significherebbe, a nostro avviso, svuotare di significato le menzionate disposizioni e, forse, ancor di più, svuotare di significato l'intero istituto, poiché bisognerebbe considerare il parere non vincolante, in virtù del principio dell'indisponibilità del tipo contrattuale¹⁵⁵.

¹⁵² Così M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 315 s., che argomenta anche dal disposto dell'art. 82 d.lgs. n. 276/2003.

¹⁵³ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 210; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 876 s., L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 253.

¹⁵⁴ Accenna infatti ad un parere A. VALLEBONA, *Lavoro (certificazione dei contratti)*, cit., p. 1 s. Una costruzione più articolata è rinvenibile in A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 640, ad avviso del quale l'atto di certificazione è, "quanto agli effetti, un atto attributivo di certezza (...); e quanto al contenuto, un giudizio valutativo in ordine alla riconduzione della fattispecie negoziale a un determinato tipo legale", in altre parole, si tratterebbe "di un atto amministrativo complesso, comprensivo di una «dichiarazione di scienza delle parti di porre in essere un rapporto di lavoro con determinate caratteristiche» e di una «manifestazione di giudizio» circa la qualificazione giuridica del rapporto; atto cui la legge conferisce un effetto preclusivo".

¹⁵⁵ Queste sono infatti, in definitiva, le conclusioni cui perviene E. M. BARBIERI, *Aspetti processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, p. 620. V., sul punto, anche *supra*, par. 2.1., nt. 20, e ivi la tesi di C. CONSOLO («Pareri» del comitato per l'applicazione della normativa antielusiva e la loro sfuggente efficacia (*Inversione dell'onere della prova, tax ruling o concretizzazione di precetti «aperti» in sede pre - processuale secondo il metodo delle Authotitie*), cit., p. 399), che proprio per non svuotare di significato la previsione relativa ad un istituto del diritto tributario simile alla certificazione ha ritenuto di doverlo configurare alla stregua di un «parere» dotato del potere di specificare con efficacia vincolante lo schema normativo di riferimento, fatta salva la possibilità di una loro impugnazione per vizi di legittimità davanti al T.A.R. Non sembra però di poter ritenere che la certificazione sia stata costruita dal legislatore alla stregua di un atto amministrativo vincolante, integrativo dei precetti generici relativi alle varie fattispecie dei contratti di lavoro certificabili.

Si deve ritenere, allora, come anticipato, che la certificazione copra, con i suoi effetti, inevitabilmente, anche l'accertamento dei fatti da sussumere, che tuttavia, nell'impostazione da noi preferita, in base alla quale davanti alle commissioni di certificazione le parti portano solo una proposta di accordo, si traduce nell'accertamento della genuinità delle dichiarazioni di queste e del loro consenso¹⁵⁶.

Un'importante sostegno a quest'affermazione, a nostro avviso, è rinvenibile nel disposto dell'art. 5 del D.M. 21 luglio 2004 che prevede come momento essenziale del procedimento di certificazione l'audizione delle parti. Come già visto, infatti, l'audizione non avrebbe significato se i certificatori non svolgessero funzioni di assistenza e consulenza nella definizione del contenuto contrattuale e, si può aggiungere ora, non avessero anche il compito di accertare la genuinità del consenso espresso.

Piuttosto, visto che, ai sensi del menzionato art. 5, delle dichiarazioni rese dalle parti deve redigersi verbale nel provvedimento finale di certificazione, si potrebbe pensare che in *parte qua* il provvedimento costituisca atto pubblico. Tuttavia, per arrivare a questa conclusione bisognerebbe qualificare i membri delle commissioni di certificazione alla stregua di pubblici ufficiali, qualifica che non ci sentiamo, allo stato, di poter avallare¹⁵⁷.

Altra conseguenza inevitabile dell'impostazione adottata, suffragata, di recente, dalla prima sentenza pubblicata, a quanto ci consti, in materia di

¹⁵⁶ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 315 s. V. anche R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, cit., p. 434; nonché E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 287; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 102, ad avviso del quale l'organo di certificazione è tenuto, "in qualche misura, ad indagare l'intento effettivo delle parti". In tal modo, lo riconosciamo, si attribuisce alla certificazione un effetto del tutto peculiare, di attestazione non solo della storicità della dichiarazione delle parti, bensì anche della sua genuinità, ma la conseguenza discende dall'accostamento effettuato dal legislatore fra attività di certificazione e attività giurisdizionale. Il vero problema, sul punto, sarà quello di verificare il tipo di effetti che la certificazione produce nei confronti del giudice, vale a dire, detto in altre parole, se ed in che termini, la certificazione vincoli il giudizio di qualificazione. *Contra* G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 365 e 369, nt. 20.

¹⁵⁷ Cfr. tuttavia E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit.; p. 285; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 98, che non esita a riconoscere alla certificazione "efficacia probatoria del contratto secondo le regole generali (si è in presenza di un atto pubblico dotato di efficacia testimoniatrice ai sensi e nei limiti dell'art. 2700 c.c.)". V., altresì, R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, cit., p. 434; nonché P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1128, ad avviso della quale "i contraenti saranno vincolati da quanto esposto in sede di audizione", senza peraltro precisare la natura del vincolo.

certificazione¹⁵⁸, è che l'accertamento ha, e non potrebbe non avere, efficacia retroattiva¹⁵⁹, problema peraltro di scarso rilievo nell'ambito della nostra concezione.

Non si ritiene di poter condividere, sotto questo profilo, quanto affermato da una parte della dottrina, ad avviso della quale “se, come precisa la cir. min. n. 48/2004, «gli effetti della certificazione, ai sensi dell'art. 79 del d.lgs. n. 276/2003, decorrono a far data dalla sottoscrizione del provvedimento di certificazione da parte dei membri di diritto della Commissione», la conclusione è la seguente: solo dalla data della certificazione, l'azione (...) degli interessati si converte in motivo di impugnazione del provvedimento di certificazione secondo le regole dell'art. 80”¹⁶⁰.

Dire che gli effetti decorrono a far data dalla sottoscrizione, infatti, ancora non significa prendere posizione in ordine alla direzione degli effetti medesimi, solo per il futuro, o anche per il passato, ma significa semplicemente chiarire che prima della sottoscrizione ancora non esiste un atto di certificazione produttivo di effetti.

D'altronde, laddove il legislatore ha inteso consentire la certificazione in corso di rapporto, così come ha fatto nel d.d.l. C. n. 1441 *quater* - B, ha poi anche precisato che la stessa produce effetti retroattivi (art. 33, co. 13, che novella l'art. 79 del d.lgs. n. 276/2003).

Se quelle finora esposte sono conseguenze forti con riguardo alla elaborazione fin qui operata dalla dottrina in ordine alla certificazione, ma coerenti con la natura di atto amministrativo costitutivo di un procedimento dichiarativo in funzione di certezza pubblica¹⁶¹, quanto andremo ad esporre mette invece in luce la singolarità del nostro oggetto di studio proprio con riguardo ai menzionati procedimenti.

¹⁵⁸ Trib. Milano, sez. lav., 22 giugno 2009, n. 2647 - relativa ad un contratto di appalto -, pubblicata in G. Lav., n. 39/2009, p. 34 ss., con nota di R. SCARAMELLA, *Certificazione dei contratti: uno strumento per ridurre il contenzioso previdenziale*.

¹⁵⁹ Così L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 121.

¹⁶⁰ P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1399. Nello stesso senso, ci sembra, C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, p. 105; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 367, nt. 14.

¹⁶¹ Sul rilievo pubblicistico dell'accertamento operato con la certificazione v. M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 320, che ne fa discendere, correttamente, l'indisponibilità ad opera delle parti della “certezza della qualificazione risultante dal provvedimento”; nonché L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 121 ad avviso del quale “la procedura di certificazione persegue anche l'interesse pubblico, proprio della stessa P. A., alla realizzazione delle condizioni (di trasparenza e di certezza) necessarie per la realizzazione di un effettivo mercato del lavoro”. V., tuttavia, P. BELLOCCHI (*Le procedure di certificazione*, cit., p. 1149) che parla, in chiave critica, di “mistica della certezza pubblica”.

Così, in primo luogo, a quanto consta, nel novero dei procedimenti dichiarativi sono sempre e solo stati ricompresi atti di accertamento di fatti¹⁶², seppure, eventualmente, in funzione della costituzione di rapporti giuridici, laddove, invece, la certificazione costituisce anche e, si potrebbe dire, prevalentemente, un accertamento in ordine ad un dato di natura squisitamente giuridica, la qualificazione di un contratto.

Ma gli aspetti che maggiormente allontanano la certificazione dai procedimenti dichiarativi, e ne fanno un istituto decisamente anomalo, attengono al novero dei destinatari e all'estensione dei suoi effetti.

Gli atti produttivi di certezza legale, infatti, hanno efficacia *erga omnes* senza distinzione alcuna in ordine ai destinatari¹⁶³ laddove, come abbiamo visto, nell'ambito del procedimento di certificazione le parti sembra abbiano la possibilità di selezionare i destinatari dell'atto escludendo, al limite, qualunque terzo¹⁶⁴.

Per quanto attiene al secondo aspetto, invece, la preoccupazione di non svuotare di contenuti l'istituto ed attribuirgli quindi un effetto di certezza pubblica, potremmo dire, forte, congiuntamente alla più volte ricordata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale che appunta la propria attenzione sul momento del rapporto nelle operazioni di qualificazione, avvalendosi del canone interpretativo posto dall'art. 1362 c.c., ha portato il legislatore ad estendere gli effetti della certificazione anche per il futuro¹⁶⁵, con riguardo a fatti, quali il comportamento successivo delle parti o un accordo novativo¹⁶⁶, che non potevano, per definizione, essere accertati in sede di certificazione.

¹⁶² M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 532 s. *Contra* E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 284; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 95 ad avviso del quale "l'effetto di certazione - qualificazione si inserisce in un paradigma ben conosciuto dall'ordinamento".

¹⁶³ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 539.

¹⁶⁴ *Supra*, par. 2.2, testo e nt. 74 ss.

¹⁶⁵ Cfr. F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, cit., p. LXXIX; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 242; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 220 ss.; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 889 ss., che prospetta, sul punto, anche una questione di costituzionalità, con riguardo alla "posizione di *stand - by* nei confronti dei poteri pubblici della p.a." relativamente a "fatti che non furono, né potevano, «fenomenologicamente» esserlo, oggetto della certificazione". *Contra*, ci sembra, nel senso che gli effetti della certificazione non coprirebbero i fatti successivi, A. VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in ID., *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, cit., p. 110. In ordine alla prospettata questione di costituzionalità v. anche i condivisibili rilievi di C. CESTER, *La procedura di certificazione*, cit., p. 470.

¹⁶⁶ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 323 s.

Per quanto singolare, si tratta, riteniamo, di una conclusione necessitata dal combinato disposto degli artt. 79 e 80, co. 1, laddove si prevede che gli effetti della certificazione permangano fino a sentenza di merito di segno contrario e si annovera, fra i rimedi contro la certificazione, anche il ricorso per difformità.

Il tema appena affrontato conclude la trattazione della struttura e del contenuto dell'atto di certificazione e ci porta a dover affrontare, *ex professo*, il problema dei suoi effetti, oggetto del prossimo paragrafo.

2.5. Effetti della certificazione.

2.5.1. Effetti della certificazione nei confronti delle parti e dei terzi privati.

Il tema degli effetti rappresenta forse il nodo interpretativo centrale per ogni istituto giuridico, se non altro perché senza la produzione di effetti, ed in particolare di effetti più o meno vincolanti, qualunque istituto perderebbe rilievo sul piano giuridico¹⁶⁷.

In materia di certificazione, peraltro, il profilo degli effetti acquista un rilievo del tutto peculiare perché proprio la loro asserita mancanza, o estrema esiguità - in virtù del più volte richiamato principio dell'indisponibilità del tipo contrattuale -, ha attirato le critiche prima, e lo scarso interesse, dopo, da parte della dottrina¹⁶⁸.

Sul punto sono frequenti due affermazioni - in qualche misura legate fra loro - apparentemente persuasive, che tuttavia, ad un'analisi più attenta, devono a nostro avviso essere respinte.

Così, in primo luogo, sulla scorta delle elaborazioni di M. S. Giannini¹⁶⁹ e, prima ancora, di A. Falzea¹⁷⁰, la dottrina dominante attribuisce alla certificazione un effetto preclusivo, ovverosia, quel peculiare tipo di effetto, costituente un *tertium genus* rispetto all'effetto costitutivo e all'effetto dichiarativo, caratterizzato dall'operare sia in caso di conformità, sia in caso di difformità rispetto alla situazione giuridica preesistente. Sarebbe questo, secondo la teorica in esame,

¹⁶⁷ M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 82.

¹⁶⁸ Per tutti v. M. T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, cit., p. 1269 ss.

¹⁶⁹ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 537.

¹⁷⁰ A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in Enc. Dir., I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 205 ss. Per un'accurata analisi critica della sistematica di A. Falzea v. M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 252 ss.

l'effetto caratteristico di ogni accertamento, che comporterebbe “la preclusione di ogni indagine sulla situazione giuridica antecedente al fatto di accertamento e pertanto l'irrelevanza di ogni contestazione relativa al contenuto della situazione giuridica accertata sulla base della sua validità storico - giuridica”¹⁷¹.

Individuato in questi termini l'effetto caratteristico della certificazione, alcuni Autori arrivano poi a sostenere che nei confronti delle parti la certificazione non produce alcun effetto, poiché “anche del contratto di lavoro non certificato si può dire che il *nomen juris* scelto dalle parti vale finché non sia smentito da un diverso svolgimento reale del rapporto di lavoro; anche del contratto di lavoro non certificato si può dire che fornisce certezze fino alla diversa qualificazione giudiziale, e che contiene una presunzione relativa di qualificazione, di corrispondenza tra l'oggetto della certificazione e la realtà ivi attestata fino alla diversa statuizione giudiziale”¹⁷².

Contrariamente a quanto sostenuto dalla riportata dottrina, vi sono invece a nostro avviso alcuni elementi che inducono a ritenere che la certificazione non può non avere effetti anche, e in primo luogo, nei confronti delle parti¹⁷³.

Così, innanzitutto - seppure, come giustamente evidenziato, riferendosi alla «forza» della certificazione, intesa come capacità di modificazione degli effetti¹⁷⁴ - l'art. 79 sembra presupporre l'efficacia della certificazione, indistintamente, nei confronti delle parti e dei terzi.

D'altronde, se per assurdo le parti decidessero di non estendere gli effetti della certificazione ai terzi, paradossalmente, questa non avrebbe effetto alcuno.

Ciò posto, è necessario individuare il tipo di effetti che si spiegano nei confronti delle parti ed il loro oggetto.

¹⁷¹ A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., p. 212. Per quanto attiene alla dottrina giuslavoristica relativa alla certificazione v., per tutti, M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 319; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 640; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 283; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 95.

¹⁷² P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1151; cui *adde*, per tutti, E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 290; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 110; M. T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, cit., p. 1270; R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 8.

¹⁷³ Per tutti v. M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 319 s. e 323 s.

¹⁷⁴ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 2, nt. 2.

Sul punto, seppure non senza riserve, riteniamo di dover aderire alle elaborazioni di una recente dottrina processualcivilistica che prende le mosse dalla critica dell'effetto preclusivo di A. Falzea¹⁷⁵.

Non è questa la sede per ripercorrere, nemmeno a grandi linee, l'*iter* argomentativo sviluppato dalla menzionata dottrina, del quale ci limitiamo solo a riportare, in estrema sintesi, i risultati ultimi, nei limiti in cui risultino funzionali all'esposizione.

Premessa la necessità che qualunque atto giuridico, in quanto tale, produca effetti vincolanti, la tesi in esame, all'esito di un'articolata analisi, perviene alla conclusione che l'unico tipo di effetto conosciuto dall'ordinamento è di tipo costitutivo.

In particolare, non sarebbero configurabili, quali autonome figure giuridiche, sia l'effetto dichiarativo che quello preclusivo¹⁷⁶.

Negata quindi la possibilità di ricondurre agli atti di accertamento effetti costitutivi sul piano sostanziale¹⁷⁷, il *proprium* di questi viene individuato nel diverso piano di operatività degli effetti prodotti¹⁷⁸.

Gli atti di accertamento, infatti, si caratterizzerebbero per la circostanza di esplicitare i loro effetti diretti sul piano processuale - con ricadute quindi solo indirette sul piano sostanziale -, vincolando il giudice "a non discostarsi, nella valutazione della realtà accertata, dalla configurazione fornita nell'accertamento"¹⁷⁹.

Si tratterebbe, tuttavia, di un vincolo ad intensità variabile, da un minimo, che obbliga il giudice a non scostarsi dalla fissazione della realtà contenuta nell'accertamento fino a prova contraria, ad un massimo che consiste, intuitivamente, nella "fissazione definitiva e non più contestabile, con alcun mezzo e in alcuna sede, della realtà accertata"¹⁸⁰.

¹⁷⁵ M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 252 ss.

¹⁷⁶ M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 246 ss. e 252 ss.

¹⁷⁷ M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 241 ss.

¹⁷⁸ M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 267 ss.

¹⁷⁹ M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 271.

¹⁸⁰ M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., p. 226 s. L'Autore, in particolare, individua poi altri due tipi di vincolo intermedio, e precisamente, "la fissazione della realtà accertata fino a che non si dia prova del contrario mediante uno o più specifici

Anche gli effetti prodotti dalla certificazione - in quanto *species* del *genus* degli atti di accertamento - possono a nostro avviso, come detto, essere spiegati in questi termini, come creazione di un vincolo in capo al giudice¹⁸¹.

Ed è proprio in virtù di tale vincolo - nei termini peraltro molto labili, ma comunque presenti, che saranno considerati in sede di analisi dei rimedi contro la certificazione - che non può non riconoscersi una differenza sostanziale, anche con riguardo alle parti, fra contratto certificato e contratto non certificato.

Ancora, la descritta modalità di operare degli effetti della certificazione ci permette anche di rendere conto, con maggior cognizione di causa, di quanto anticipato nelle pagine precedenti¹⁸² in ordine all'oggetto degli effetti stessi.

Trattando del contenuto dell'atto di certificazione, infatti, si era detto, innanzitutto, che questo, in quanto accertamento, attiene non solo alla qualificazione come operazione logica di riconduzione della fattispecie concreta alla fattispecie astratta, bensì anche, nella ricostruzione da noi accolta - nella quale, lo ripetiamo, è possibile portare all'attenzione delle commissioni di certificazione solo una proposta di accordo - alla genuinità della dichiarazione delle parti.

Per questa ragione si può convenire con quella parte della dottrina che ritiene coperta dagli effetti della certificazione l'ipotesi della simulazione¹⁸³.

Si era però anche detto che la certificazione non si attegga in tutto e per tutto alla stregua di un accertamento poiché i suoi effetti vincolanti si estendono anche con riguardo ai successivi svolgimenti del rapporto, che non potevano "fenomenologicamente" essere oggetto di accertamento, quali la novazione (espressa o tacita) o la "riqualificazione" ai sensi dell'art. 1362, co. 2, c.c.

Anticipando alcuni contenuti che saranno oggetto di approfondimento in sede di analisi dei rimedi contro la certificazione si può ora giustificare anche quest'ultima presa di posizione.

mezzi di prova", nonché, ad un livello di maggior intensità, "la fissazione della realtà accertata fino a che l'accertamento non venga rimosso mediante un particolare strumento di impugnazione, o comunque mediante l'utilizzo di un determinato mezzo giuridico, all'uopo predisposto".

¹⁸¹ Così F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 22 ss.; B. GRANDI, *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto*, cit., p. 352 s. *Contra*, ci sembra, G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione*, cit., p. 617.

¹⁸² *Supra*, par. 2.4.

¹⁸³ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 323; F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 6 e 8, nt. 11.

A nostro avviso, infatti, il combinato disposto degli artt. 79 e 80 del d.lgs. n. 276/2003 delinea un apposito meccanismo finalizzato alla contestazione della certificazione, di modo che il giudice, fino a quando non viene investito direttamente, con tale strumento, delle questioni attinenti alla correttezza dell'accertamento, inteso in senso lato, oggetto della certificazione stessa, è tenuto a rispettarne i contenuti. Per tale ragione, quindi, si può ritenere che un'eventuale questione in ordine all'esatta qualificazione di un contratto certificato non può mai essere oggetto di accertamento incidentale¹⁸⁴.

Se quanto appena sostenuto è corretto, come riteniamo, la latitudine degli effetti della certificazione va dunque saggiata con riguardo all'estensione dei rimedi contro la certificazione.

Ebbene, dal disposto del primo comma dell'art. 80 si desume che le parti hanno l'onere di contestare la certificazione anche a fronte di un'ipotesi di difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione; ma non solo, il secondo comma del medesimo art. 80 prosegue precisando che l'accertamento della difformità ha effetto a partire dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità stessa, e l'unica ipotesi in cui si può verificare una simile circostanza - ovvero sia una qualificazione difforme rispetto a quella appurata in sede di certificazione che faccia data a partire da un momento successivo a quello della costituzione del rapporto - è proprio quella della novazione¹⁸⁵.

Per tale ragione, come abbiamo già anticipato¹⁸⁶, il legislatore, all'art. 81, si è anche premurato di ammettere la possibilità di una nuova certificazione, in corso di rapporto, "in relazione alle modifiche del programma negoziale (...) concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro", ma solo, anche qui come già detto, a fronte di un contratto già in precedenza certificato¹⁸⁷.

Pertanto, volendo esemplificare, a nostro avviso - se la certificazione, come sostenuto dalla dottrina dominante, vincola all'accertamento in essa contenuto gli

¹⁸⁴ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 324. Cfr., altresì, seppure sulla base di un'impostazione profondamente diversa rispetto a quella da noi sostenuta, v. sul punto P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1150 ss.

¹⁸⁵ M. TREMOLADA, *op. loc. cit.*

¹⁸⁶ *Supra*, par. 2.3.

¹⁸⁷ Così, ancora, M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 323 s.

enti pubblici cui è diretta¹⁸⁸, e se, ancora, in virtù del rilievo pubblico dell'accertamento medesimo questo non è nella disponibilità delle parti¹⁸⁹ -, a fronte di un'eventuale novazione non certificata con la quale un contratto di lavoro a progetto viene "convertito" in contratto di lavoro subordinato, il datore di lavoro non potrebbe pretendere l'iscrizione presso gli enti previdenziali del rapporto risultante dalla novazione né, di conseguenza, pagare i contributi corrispondenti.

Si tratta, è vero, di un esempio che prende le mosse dagli effetti della certificazione nei confronti degli enti pubblici ma che può dar conto anche del rilievo della certificazione nei confronti delle parti, con riguardo, nello specifico, all'ipotesi della novazione.

Più difficile, probabilmente, la trasposizione automatica ai terzi privati di quanto fin qui sostenuto nei confronti delle parti.

Pervero, il tema dell'efficacia della certificazione nei confronti dei terzi privati non è stato molto esplorato dalla dottrina, tuttavia, quantomeno implicitamente, ci sembra di poter desumere una certa difficoltà degli studiosi ad ammettere la soggezione alla certificazione dei privati estranei al rapporto di lavoro (quali ad. es. il coniuge o altri lavoratori dell'azienda)¹⁹⁰.

Tale difficoltà può forse essere giustificata in virtù del fatto che il legislatore, nel disciplinare il procedimento di certificazione, ha previsto il dovere di comunicare l'avvio del procedimento solo "alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti" (art. 78, co. 1, lett. a), di modo che solo le predette autorità sembrano da annoverare fra i terzi interessati.

Tuttavia, il successivo art. 79, nel disciplinare l'efficacia nel tempo della certificazione e, in definitiva, come già detto, la sua «forza», si riferisce

¹⁸⁸ Per tutti v. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 218 s.; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 887 ss.; ID., *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 390 ss.; A. VALLEBONA, *Lavoro (certificazione dei contratti)*, cit., p. 1.

¹⁸⁹ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 320. *Contra* G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione*, cit., p. 618; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 665.

¹⁹⁰ Così, ci sembra, ad es., E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 290; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 110; P. TULLINI, *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 842; P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1118 ss.; M. T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, cit., p. 1270. Ammettono invece esplicitamente l'estensione degli effetti della certificazione anche ai terzi privati M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 594; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 218, nt. 66; F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 27 ss.; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 382.

genericamente ai terzi, senza operare distinzione alcuna fra privati ed enti pubblici¹⁹¹.

Si potrebbe allora convenire - per superare l'obiezione sopra formulata - con quanto affermato da una parte della dottrina, ad avviso della quale, in applicazione degli artt. 7 ss. della l. n. 241/1990, la comunicazione d'avvio del procedimento sarebbe dovuta anche ai terzi privati, cui verrebbero quindi estesi gli effetti della certificazione¹⁹².

Permangono comunque alcune perplessità, legate al fatto che non è sempre facile individuare, nel singolo caso concreto, tutti i terzi privati interessati e, soprattutto, alla circostanza che tali soggetti possono anche sopravvivere a certificazione avvenuta, di modo che, almeno per questi ultimi, la certificazione stessa non dovrebbe spiegare effetto alcuno.

Resta il fatto che, almeno per alcune fattispecie, quali l'appalto - per il quale, tuttavia, bisognerebbe aprire un capitolo a parte -, risulta di tutta evidenza l'utilità dell'estensione della certificazione anche ai terzi, quali i dipendenti dell'appaltante e dell'appaltatore¹⁹³.

Terminata l'analisi degli effetti della certificazione nei confronti delle parti e dei terzi privati non ci resta che trattare del medesimo tema nei confronti degli enti pubblici, cui viene dedicato il prossimo paragrafo.

2.5.2. Effetti della certificazione nei confronti degli enti pubblici.

Seppure il tema degli effetti della certificazione nei confronti degli enti pubblici abbia acquistato, nel tempo, un'attenzione crescente in dottrina, in misura inversamente proporzionale all'attenzione riservata al medesimo tema nei confronti delle parti e dei terzi privati - in virtù del fatto, si è anche detto, che sembra quasi emergere quale unico vero obiettivo della certificazione quello di "proteggere il datore di lavoro da un contrario inquadramento del rapporto da parte degli uffici

¹⁹¹ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 28.

¹⁹² F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 28, nt. 46.

¹⁹³ Cfr., infatti, M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 597, che, seppure implicitamente, presuppone l'efficacia della certificazione nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore.

ispettivi”¹⁹⁴ - in questa sede ci limiteremo ad alcuni rilievi di carattere generale, sia perché si tratta di profili della materia eccedenti rispetto all’oggetto dell’indagine, sia perché riteniamo che la questione, in definitiva, debba essere rimessa agli amministrativisti.

La trattazione può senz’altro prendere le mosse dall’esposizione di alcuni aspetti che si possono ormai ritenere acquisiti nel dibattito dottrinale.

Innanzitutto, seppure non manchino voci contrarie¹⁹⁵, sembra assodato che la certificazione produca effetti nei confronti degli enti pubblici all’uopo indicati nell’istanza - quali, ad es., l’INPS, l’INAIL, la Direzione provinciale del lavoro o l’Agenzia delle Entrate -, anzi, come già visto, non è infrequente l’affermazione che la certificazione produca effetti solo nei confronti dei menzionati enti¹⁹⁶.

Non sembra poi revocabile in dubbio che il vincolo della certificazione non si estenda fino ad impedire agli enti pubblici il normale esercizio dell’attività ispettiva e di accertamento¹⁹⁷.

Si tratta, infatti, di attività essenziale al corretto svolgimento dei compiti affidati agli enti pubblici, che non implica ancora alcuna contestazione dell’accertamento contenuto nell’atto di certificazione.

Le opinioni invece divergono, prendendo direzioni anche molto distanti fra loro, allorché si tratta di spiegare l’atteggiarsi degli effetti della certificazione nei confronti dell’eventuale esercizio del potere sanzionatorio e di riscossione coattiva, a fronte di un accertamento amministrativo che opera la qualificazione di un contratto di lavoro in maniera difforme rispetto all’eventuale atto di certificazione.

Sul punto, possiamo solo indicare, a grandi linee, l’oggetto del dibattito, accennando alla soluzione che, in linea di massima, riteniamo preferibile.

¹⁹⁴ P. CAPURSO, *Le opposizioni ai verbali ispettivi dopo i decreti legislativi n. 276/2003 e 124/2004*, in www.csdn.it, p. 9 s.

¹⁹⁵ Cfr., ad es., A. GUADAGNINO, *Gli effetti della certificazione nei confronti degli enti previdenziali*, cit., p. 587; L. FOGLIA, *I servizi ispettivi nel sistema riformato e deflazione del contenzioso*, in *Lav. Giur.*, 2006, p. 432 s. Si tratta della conclusione ultima cui ritengono di dover pervenire anche M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 600 s., nonché, ci sembra, G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione*, cit., p. 618; A. IANNELLO, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2003, p. 899, che parla di “divieto senza necessaria sanzione per la sua violazione”.

¹⁹⁶ Così, ad es., E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 290; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 110; M. T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, cit., p. 1270.

¹⁹⁷ Per tutti v. P. CAPURSO, *Le opposizioni ai verbali ispettivi dopo i decreti legislativi n. 276/2003 e 124/2004*, cit., p. 10; P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1152 s.

Le posizioni che si fronteggiano sul tema sembrano essere due, a loro volta poi variamente articolate.

Una prima linea di pensiero, pur ritenendo che la certificazione produca effetti preclusivi nei confronti dell'attività sanzionatoria e di riscossione coattiva degli enti pubblici, precisa che il vincolo in questione non rilevarebbe tanto "sul piano sostanziale, privando l'autorità del potere di autotutela fino alla pronuncia giudiziaria di merito che rimuova la certificazione", quanto piuttosto "sul piano dell'attuazione effettiva del diritto, inibendo non già il potere amministrativo, ma solo la sua esecutorietà"¹⁹⁸.

Così, ad es., l'INPS potrebbe comunque iscrivere a ruolo il credito accertato fatta salva, in caso di opposizione giudiziale della cartella, l'impossibilità di procedere ad esecuzione coattiva in via amministrativa, in ciò risolvendosi il disposto dell'art. 79 d.lgs. n. 276/2003¹⁹⁹. Analogamente dovrebbe poi argomentarsi con riferimento alle sanzioni eventualmente irrogate dalla Direzione provinciale del lavoro a mezzo di ordinanza - ingiunzione oggetto di opposizione.

Diversamente, ad avviso della dottrina dominante - e ci sembra questa l'opinione da seguire - l'effetto vincolante della certificazione opererebbe già sul piano sostanziale, rendendo illegittima, ad es., un'eventuale iscrizione a ruolo o l'emissione di un'ordinanza - ingiunzione²⁰⁰.

Di modo che, a fronte di un accertamento di segno contrario ad un atto di certificazione, l'ente pubblico, per poter procedere alla riscossione o all'irrogazione della sanzione, avrebbe l'onere di esperire previamente un ricorso ai sensi dell'art. 80²⁰¹.

¹⁹⁸ A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 664 s.; cui adde P. CAPURSO, *Le opposizioni ai verbali ispettivi dopo i decreti legislativi n. 276/2003 e 124/2004*, cit., p. 12 ss., ove anche una sintetica trattazione in ordine al dibattito relativo al ruolo svolto dalla cartella di pagamento INPS con riguardo alla funzione di accertamento.

¹⁹⁹ A. TURSI, *op. loc. cit.*; P. CAPURSO, *op. loc. cit.*

²⁰⁰ Fra gli altri v. M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 321 ss.; F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 29 ss.; A. VALLEBONA, *Lavoro (certificazione dei contratti)*, cit., p. 1; P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1118 ss.; M. T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, cit., p. 1270; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 219; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 888; ID., *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 392 s., ad avviso del quale, giustamente, sarebbe anche inibita all'INPS l'emissione di un "provvedimento di diniego all'iscrizione alla gestione separata (...) per i collaboratori coordinati e continuativi di cui sia stato certificato il contratto a progetto".

²⁰¹ Può forse essere utile rilevare come, in tal senso, si sia espressa anche la circolare 1 giugno 2005, n. 71 dell'INPS.

A sostegno della tesi appena esposta, appare convincente l'argomento avanzato da una parte della dottrina ad avviso della quale la certificazione "finisce per sostituirsi alla fase valutativa che, ordinariamente, sarebbe demandata all'Amministrazione e, in un certo senso, finisce per partecipare allo stesso esercizio della funzione che quest'Amministrazione è chiamata a svolgere"²⁰².

In tal modo, bisogna riconoscerlo, la certificazione produce anche effetti diretti sul piano sostanziale, quantomeno nei confronti degli enti pubblici. Si tratta indubbiamente, nella ricostruzione proposta in ordine agli effetti degli atti di accertamento, di un'altra anomalia o, se vogliamo, di un profilo di atipicità della certificazione²⁰³.

Appurata l'illegittimità di un'eventuale atto di riscossione o di irrogazione di sanzioni contrastante con l'accertamento contenuto in un atto di certificazione, si pone l'ulteriore e diverso problema della natura di tale illegittimità, ovverosia se si tratti di un'ipotesi di nullità²⁰⁴ oppure di annullabilità²⁰⁵.

Sul punto, ci sembra di poter condividere l'opinione di quanti ritengono trattarsi di un'ipotesi di nullità. Se la certificazione sostituisce il momento dell'accertamento ad opera dell'ente pubblico, infatti, finché l'ente non ne fa venir meno gli effetti con l'apposito ricorso, si configura nei suoi confronti un'ipotesi di carenza di potere in concreto con riguardo al contratto certificato e al relativo rapporto²⁰⁶.

Da ultimo, con specifico riguardo all'INPS, e più in generale agli enti previdenziali, è stato prospettato in dottrina un problema di coordinamento fra la disciplina degli artt. 75 ss. del d.lgs. n. 276/2003 e le norme in materia di riscossione coattiva a mezzo ruoli dei crediti previdenziali di cui al d.lgs. n. 46/1999²⁰⁷.

²⁰² F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 29 ss.; nonché M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 321 ss. Così, forse, anche M. T. CARINCI, *Le funzioni della certificazione*, cit., p. 1270.

²⁰³ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 27.

²⁰⁴ A. VALLEBONA, *Lavoro (certificazione dei contratti)*, cit., p. 1; M. TREMOLADA, *op. loc. cit.*; P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1124.

²⁰⁵ Così, ci sembra, F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 30, che - sulla scorta della nota distinzione fra norme di azione e norme di relazione risalente a Guicciardi - qualifica il comportamento dell'ente pubblico come violazione di una norma di azione.

²⁰⁶ In tal senso, ci sembra, M. TREMOLADA, *op. loc. cit. Contra*, per tutti, v. M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 600 s.

²⁰⁷ Cfr., fra gli altri, P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1120 ss.; P. CAPURSO, *Le opposizioni ai verbali ispettivi dopo i decreti legislativi n. 276/2003 e 124/2004*, cit., p. 12; L. FOGLIA, *I servizi ispettivi nel sistema riformato e deflazione del contenzioso*, in cit., p. 434.

In particolare, l'onere di proporre ricorso avverso la certificazione per poter procedere alla riscossione rischierebbe di far decorrere inutilmente i termini previsti dall'art. 25 del menzionato decreto legislativo a mente del quale l'iscrizione a ruolo deve avvenire entro il 31 dicembre dell'anno successivo alla data di notifica del provvedimento di accertamento.

Sul punto, secondo alcuni, il problema non avrebbe nemmeno ragione di porsi dal momento che la certificazione inibirebbe la stessa redazione del verbale di contestazione²⁰⁸.

Secondo altri, invece, al fine di evitare la decadenza - sul presupposto, evidentemente, della possibilità di redigere e notificare il verbale di contestazione - sarebbe possibile considerare "l'accertamento dell'istituto previdenziale non perfezionato, fino a che non intervenga una sentenza ad esso favorevole nel giudizio di impugnazione della certificazione"²⁰⁹.

Non riteniamo di dover andare oltre queste brevi notazioni in ordine agli effetti della certificazione nei confronti degli enti pubblici, con le quali si è cercato solo di rendere conto, almeno parzialmente, della complessità e dell'estensione dei problemi implicati, che richiederebbero probabilmente un'apposita trattazione.

Terminato quindi, con l'analisi degli effetti, lo studio della certificazione qualificatoria, possiamo passare ad affrontare il tema del rapporto fra certificazione e disposizione dei diritti.

²⁰⁸ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 219; ID., *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 393. Tesi peraltro, seppur probabilmente da condividere, ritenuta minoritaria, se non addirittura isolata, così P. CAPURSO, *Le opposizioni ai verbali ispettivi dopo i decreti legislativi n. 276/2003 e 124/2004*, cit., p. 13. Cfr. altresì R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 10, ad avviso del quale "l'Inps, l'Inail, la DPL, ecc. dovranno, prima di formulare le loro pretese con atti unilaterali, rivolgersi al giudice ed impugnare la certificazione; notificheranno però prima in via cautelativa un verbale di accertamento (corsivo nostro) con le ragioni dell'istituto e la determinazione del *quantum*; quindi lo stop alle ispezioni non ci sarà mai". Ci sembra tuttavia che l'INPS si sia mosso invece proprio nella direzione indicata da Nogler laddove, con la circolare n. 71/2005, ha prescritto ai propri ispettori, "per i casi in cui, nel corso della normale attività di vigilanza si accerti, per un rapporto di lavoro certificato, una discordanza fra il programma negoziale certificato e quello concretamente rilevato in sede di visita ispettiva (...), qualora dalla discordanza accertata discendano addebiti contributivi (...), fermi restando gli altri aspetti della verifica che formeranno oggetto del verbale conclusivo, (di procedere) alla notifica di un *distinto verbale ispettivo contenente unicamente gli elementi a sostegno delle ragioni dell'Istituto e la quantificazione, ai soli fini cautelari, delle somme ritenute dovute* (corsivo nostro). Successivamente gli Uffici procederanno ad esperire il tentativo di conciliazione presso le Commissioni di certificazione, all'esito del quale gli stessi Uffici assumeranno i conseguenti provvedimenti, quali la ridefinizione o l'annullamento dell'addebito, ovvero la trasmissione degli atti all'Avvocatura di Sede per attivare il giudizio dinanzi al Giudice del Lavoro".

²⁰⁹ R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, cit., p. 431. Cfr. altresì P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1120 ss.

3. *Certificazione e disposizione dei diritti.*

Seguendo il programma che abbiamo delineato nell'introduzione al presente capitolo è necessario ora passare all'esame delle ulteriori funzioni attribuite alla certificazione, ed in particolare, in questa sede, al rapporto fra certificazione e disposizione dei diritti del lavoratore.

Com'è stato più volte anticipato, infatti, nel contesto della disciplina posta dagli artt. 75 ss. d.lgs. n. 276/2003 è possibile rinvenire alcune norme che attribuiscono alle commissioni di certificazione, oltre al potere di qualificare il contratto di lavoro sottoposto alla loro attenzione, anche quello di assistere il lavoratore nella disposizione dei diritti da questi maturati nel corso del rapporto, con effetti analoghi a quelli previsti dall'art. 2113, co. 4, c.c. per le conciliazioni intervenute ai sensi degli artt. 185, 410 e 411 c.p.c.

Quanto appena affermato deve peraltro essere sottoposto ad attenta verifica, dal momento che, tuttora, è oggetto di dibattito la stessa possibilità di rinvenire, fra le pieghe del d.lgs. n. 276/2003, vere e proprie ipotesi di "disponibilità assistita"²¹⁰.

Sul punto viene in considerazione, innanzitutto, l'art. 82, situato in apertura del capo II - dedicato alle altre ipotesi di certificazione - che, riproducendo testualmente il disposto dell'art. 5, lett. g), della l. n. 30/2003, attribuisce alle commissioni di certificazione costituite presso gli enti bilaterali la competenza a "certificare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse".

Il testo della norma, indubbiamente ambiguo e polisenso, non ha certo aiutato l'interprete, favorendo così l'emergere di due letture antitetiche del medesimo dato letterale.

Ancora una volta, ci troviamo di fronte ad una disposizione dal significato oscuro, difficilmente accessibile sulla base di una mera interpretazione letterale, che richiede, in definitiva, di essere armonizzata, per quanto possibile, all'interno del microsistema della certificazione.

²¹⁰ Cfr. tuttavia R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 93, ad avviso del quale "la dottrina è oggi concorde nel sostenere che la certificazione contemplata dall'art. 82, D.lgs. 276/2003 comporti anche gli effetti prescritti dall'art. 2113, ultimo comma".

Così, il riferimento alla certificazione²¹¹ potrebbe far pensare che ci si trovi di fronte ad un'ulteriore ipotesi di certificazione qualificatoria, collocata in un capo a parte poiché attinente a negozi diversi rispetto ai contratti di lavoro²¹².

Il legislatore, quindi, in coerenza con la dichiarata finalità deflattiva, avrebbe inteso attribuire ai soli enti bilaterali la competenza a certificare, ovverosia a conferire certezza, alla qualificazione dell'atto come rinuncia o transazione - da qui anche il riferimento alla conferma della volontà abdicativa o transattiva - con un occhio attento alla ben nota questione delle quietanze a saldo²¹³.

La certificazione delle rinunzie o delle transazioni, in altre parole, interverrebbe con funzione chiarificatrice nell'ormai decennale dibattito intorno alla natura di quegli atti con i quali "il lavoratore dà atto di aver ricevuto una determinata somma e dichiara genericamente di non aver più nulla a pretendere dal datore di lavoro in connessione all'intercorso rapporto"²¹⁴, atti che, come noto, spesso vengono qualificati dalla giurisprudenza alla stregua di mere dichiarazioni di scienza, con il corollario che non vi sarebbe la necessità, per il lavoratore, di impugnarli entro sei mesi.

Secondo questa lettura, quindi, una volta ottenuta la certificazione, il datore di lavoro godrebbe di una certezza relativa in ordine alla natura del negozio posto in essere, ma il lavoratore avrebbe comunque la possibilità di impugnare l'atto entro il termine decadenziale all'uopo previsto. E di ciò vi sarebbe una conferma nel richiamo integrale, non limitato al solo ultimo comma, dell'art. 2113 c.c.²¹⁵

Senonché, come è stato giustamente rilevato, la riportata interpretazione, pur compatibile con il dato letterale, ed anzi, forse la più coerente con questo, finirebbe per lasciare la declamata finalità deflattiva sulla carta, poiché difficilmente il datore di lavoro farebbe certificare la rinuncia o la transazione sapendo che comunque l'atto è impugnabile dal lavoratore.

²¹¹ Cfr. E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 857.

²¹² Cfr. P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1164.

²¹³ Così P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1165 s.; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 234; V. ANGIOLINI - L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., p. 376; R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, cit., p. 439; nonché, con riferimento alla sola legge delega n. 30 del 2003, L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 123.

²¹⁴ L. NOGLER, *op. loc. cit.*

²¹⁵ V. ANGIOLINI - L. FASSINA, *op. loc. cit.*

In definitiva, se questa fosse l'interpretazione della norma da accogliere, la previsione resterebbe lettera morta, dal momento che il datore di lavoro sarebbe in ogni caso costretto a rivolgersi alle sedi indicate dall'art. 2113, u.c., c.c., per rendere inattaccabile l'atto, circostanza che renderebbe "remota la necessità di un ulteriore atto amministrativo sulla qualificazione, poiché il carattere formale del procedimento di conciliazione induce a dichiarazioni più chiare e dall'impostazione più compiuta"²¹⁶.

Pertanto, è stata avanzata una diversa proposta ricostruttiva, che condividiamo, in base alla quale l'art. 82 avrebbe previsto una sede ulteriore, rispetto a quelle indicate dall'art. 2113, u.c., c.c., ove il lavoratore può effettuare rinunzie o transazioni inoppugnabili²¹⁷.

Si tratta indubbiamente di un'interpretazione che forza il dato letterale - anche tenendo conto del fatto che lo stesso art. 82 fa riferimento alla conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti, senza distinzione alcuna fra datore di lavoro e lavoratore, laddove ciò che conta, nella disciplina posta dall'art. 2113, u.c., c.c., è la sola volontà del lavoratore, non certo quella del datore di lavoro - ma non fino al punto da stravolgerne il senso²¹⁸.

Così, è stato sostenuto che, in fondo, lo stesso riferimento alla conferma della volontà abdicativa o transattiva suona come un invito alle commissioni di certificazione "ad attestare la genuina e consapevole volontà del lavoratore di stipulare la transazione e non pone in primo piano la qualificazione, ma il controllo

²¹⁶ E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 859; v. anche, fra gli altri, A. TURSI, *La "volontà assistita" nel decreto legislativo n. 276/2003*, cit., p. 254 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 607 s.

²¹⁷ Oltre agli Autori citati *supra*, nt. 215, v. C. CESTER, *Problemi applicativi dell'art. 2113 c.c.*, in G. SUPPIEJ - M. DE CRISTOFARO - C. CESTER, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, cit., p. 452; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 260; ID., *Contratti di lavoro a progetto: rilievi in tema di certificazione dopo il decreto n. 251 del 2004*, in *Foro It.*, V, 2005, col. 52; M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, cit., p. 144; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 93 ss.; A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 8; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 584; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 105 s.; M. MARAZZA, *Commento all'art. 82*, in R. DE LUCA TAMAJO - G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, cit., p. 930 ss.; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 286 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 98 s.; nonché, dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, lo stesso L. NOGLER, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 916 s.

²¹⁸ *Contra* P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1165, ad avviso della quale "letteralmente il testo è davvero insuperabile".

sulla piena coerenza della dichiarazione con il libero intento del prestatore di opere”²¹⁹.

Ed anche il riferimento all’art. 2113 c.c. ancora nulla dice in un senso o nell’altro, se è vero che è stato utilizzato come argomento a proprio favore anche da Autori propensi a leggere nell’art. 82 un’ipotesi di “disponibilità assistita”²²⁰.

Ma ciò che più conta, con la lettura qui patrocinata si evita sostanzialmente un’interpretazione *abrogans* del disposto normativo, valorizzando dati testuali comunque, come già detto, polisensibili, non senza più ampie connessioni di carattere sistematico.

Infatti l’art. 81, come già evidenziato, laddove riferisce l’attività di consulenza e assistenza alla disponibilità dei diritti, sembra avere riguardo, fra l’altro, anche alla possibilità di operare rinunzie e transazioni inoppugnabili, ai sensi del successivo art. 82 - così consentendo di sanare eventuali pendenze pregresse - in sede di certificazione di un accordo novativo²²¹.

Non può nemmeno trascurarsi, inoltre, che l’art. 82 è l’unica disposizione del capo II a non richiamare “le procedure di certificazione del capo I” segno, forse, della volontà del legislatore di “sganciare del tutto l’istituto (ivi) disciplinato (...) dalla disciplina della certificazione contenuta nel capo I del titolo VIII del decreto legislativo n. 276/2003”²²².

Va però rilevato come parte della dottrina, forse allo scopo di mediare fra le due letture considerate, pur ritenendo inoppugnabili le rinunzie o le transazioni effettuate davanti agli enti bilaterali, ha altresì sostenuto che alle stesse acceda un vero e proprio atto di certificazione qualificatoria - in tal modo valorizzando il riferimento alla certificazione contenuto nell’art. 82 -, adottato nell’ambito della procedura delineata dall’art. 78²²³.

Interpretazione, quest’ultima, che sembrerebbe avallata dal d.d.l. C. n. 1441 *quater* - B, laddove, all’art. 33, co. 9, lett. b), prevede l’estensione anche all’art. 82

²¹⁹ E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 859.

²²⁰ Cfr., infatti, L. NOGLER, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 917; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all’interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 260.

²²¹ Cfr. E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 862; A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 8.

²²² A. TURSI, *La “volontà assistita” nel decreto legislativo n. 276/2003*, cit., p. 253; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 606.

²²³ E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 860 ss., che tuttavia mette poi in luce, condivisibilmente, le criticità sottese a tale soluzione.

d.lgs. n. 276/2003, delle procedure previste al capo I, in quanto compatibili (co. 1 - bis dell'art. 82, come novellato)²²⁴.

Il medesimo art. 33 (co. 9, lett. a) si fa poi carico anche delle critiche, provenienti da ampi settori della dottrina, in ordine all'attribuzione ai soli enti bilaterali della competenza a certificare le rinunzie o le transazioni, estendendola anche alle Università, nonché alle Direzioni provinciali del lavoro e alle Provincie.

In effetti - considerando altresì il silenzio sul punto della legge delega n. 30/2003 -, sembra difficile individuare una giustificazione razionale della menzionata limitazione²²⁵, anche alla luce della generale competenza in materia di disposizione dei diritti dei lavoratori prevista, dagli artt. 68²²⁶ e 80, co. 4, a favore di tutte le commissioni elencate nell'art. 76²²⁷.

Di modo che, non sembra del tutto infondata, sul punto, la censura di legittimità costituzionale avanzata in dottrina per irragionevolezza, ai sensi dell'art. 3 Cost.²²⁸, o anche per violazione della libertà sindacale sancita dall'art. 39 Cost.²²⁹,

²²⁴ *Contra*, ci sembra, M. MARAZZA, *Commento all'art. 82*, cit., p. 933, che ritiene applicabile il procedimento di certificazione (*ex art. 78*) anche alla fattispecie regolata dall'art. 82 pur se inteso come norma meramente introduttiva di una nuova sede ove è possibile operare rinunzie o transazioni inoppugnabili.

²²⁵ *Contra* A. TURSI, *La "volontà assistita" nel decreto legislativo n. 276/2003*, cit., p. 255; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 608 s., ad avviso del quale l'interpretazione sostenuta nel testo offrirebbe una ragionevole spiegazione della limitazione di competenza in capo ai soli enti bilaterali, poiché questi "si inseriscono armonicamente nella logica e nel sistema delle conciliazioni stragiudiziali, in perfetta linea di continuità con le commissioni di conciliazioni istituite «in sede sindacale», di cui all'art. 411, comma 3, c.p.c.". Nello stesso senso anche L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 261 s. A prescindere da ogni altra considerazione, rimane comunque inspiegabile, a nostro avviso, anche alla luce delle riportate osservazioni, l'esclusione delle Direzioni provinciali del lavoro. *Contra* M. MARAZZA, *op. loc. cit.*, che ritiene l'esclusione delle DPL del tutto logica visto che queste sono già investite delle funzioni conciliative *ex art. 410 c.p.c.* Ma come vedremo nel testo, e lo stesso Autore rileva, la fattispecie prevista dall'art. 82 d.lgs. 276/2003 e quella regolata dall'art. 410 c.p.c. attengono invero a funzioni parzialmente distinte, cosicché l'attribuzione dell'una non implica necessariamente l'esclusione dell'altra.

²²⁶ *Contra* R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 96 s., che sembra limitare ai soli enti bilaterali anche la competenza in ordine alle rinunzie o transazioni effettuate ai sensi dell'art. 68.

²²⁷ Cfr. E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 856 s.; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 234 s.; V. ANGIOLINI - L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., p. 376.

²²⁸ V. ANGIOLINI - L. FASSINA, *op. loc. cit.*; E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 857; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 95, che peraltro limita il profilo di irragionevolezza, e in definitiva la vera e propria competenza esclusiva, alla sola ipotesi in cui le parti intendano certificare il contratto di lavoro e contestualmente venga richiesta l'assistenza del lavoratore nella stipula di un atto abdicativo o transattivo.

²²⁹ E. GRAGNOLI, *op. loc. cit.*

senza considerare l'ulteriore profilo, forse meno pertinente, attinente alla violazione della libertà di concorrenza²³⁰.

Come poco sopra accennato, l'art. 82 - nell'interpretazione accolta - non è peraltro l'unica disposizione concernente le rinunzie o le transazioni in sede di certificazione, poiché ad essa si affiancano, richiedendo un'opera di coordinamento, i menzionati artt. 80, co. 4 e 67.

In virtù dell'art. 80, co. 4, infatti, tutte le commissioni di certificazione sono anche sedi del tentativo obbligatorio di conciliazione ai sensi dell'art. 410 c.p.c., qualora le parti, o i terzi legittimati, intendano proporre ricorso ai sensi dell'art. 80, co. 1²³¹.

E' stato giustamente rilevato che la disposizione in esame riguarda non solo i casi in cui il ricorso attenga esclusivamente alla contestazione giudiziale della certificazione, bensì anche quelli - e saranno presumibilmente la maggioranza²³² - in cui con il medesimo ricorso vengano avanzate altresì le pretese conseguenti alla diversa qualificazione postulata²³³.

Per questa via ci sembra plausibile ritenere che tutte le commissioni di certificazione previste dall'art. 76 - anche in virtù del richiamo all'art. 410 c.p.c. operato dall'art. 80, co. 4 - abbiano il potere di assistere il lavoratore in sede di rinuncia o transazione, con gli effetti previsti dall'art. 2113, u.c., c.c.²³⁴

Se, come si crede, quanto appena affermato è corretto, diventa quindi necessario, come anticipato, tracciare i confini fra quest'ultima disposizione e l'art. 82.

²³⁰ E. GRAGNOLI, *op. loc. cit.* Sul punto v. i rilievi di R. VOZA, *op. loc. cit.*

²³¹ Cfr. G. MAMMONE, *Commento all'art. 410 c.p.c.*, in G. AMOROSO - V. DI CERBO - A. MARESCA, *Diritto del lavoro. IV. Il processo*, cit., p. 93 s., che giustamente rileva come "esclusa la possibilità di ricorso alle procedure di conciliazione previste da contratti e accordi collettivi, il tentativo di conciliazione ha solo carattere amministrativo e, sottratto alle apposite commissioni istituite presso la direzione provinciale del lavoro, è, invece, rimesso alla commissione che ha adottato l'atto di certificazione". V., altresì, P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1122 s.

²³² Cfr. R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 10, ad avviso del quale "l'azione giudiziaria, da chiunque promossa, è preferibile si presenti sempre con un contenuto articolato e complesso; diretta non solo a superare l'atto di certificazione e far accertare la diversa qualificazione del contratto; ma anche a risolvere tutta la controversia nel merito".

²³³ L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 258; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 374.

²³⁴ C. CESTER, *La procedura di certificazione*, cit., p. 471; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 95; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 584; S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, cit., p. 502, nt. 118; P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1123.

La prima differenza attiene al campo di applicazione soggettivo poiché, mentre l'art. 80, co. 4 concerne solo ed esclusivamente contratti già in precedenza certificati - per i quali venga messa in discussione la correttezza della qualificazione -, il disposto dell'art. 82 sembra invece aprirsi - non senza qualche perplessità²³⁵ - a qualsiasi ipotesi di rinuncia o transazione, a prescindere dal fatto che il contratto di lavoro presupposto sia stato previamente certificato²³⁶.

Ma è forse possibile rinvenire anche un'altra differenza, da non sottovalutare sotto il profilo sistematico.

Infatti, mentre l'art. 80, co. 4, mantiene pur sempre la competenza delle commissioni di conciliazione nel solco dell'art. 410 c.p.c., e per esso, dell'art. 2113, u.c., c.c., dunque con riguardo ad un conflitto in atto²³⁷, destinato a sfociare in una controversia giudiziaria, l'art. 82 - e di ciò può trovarsi conferma nel già ricordato collegamento con l'art. 81 - sembra prescindere²³⁸.

Può essere questa la ragione - ma l'argomento, lo riconosciamo, è controvertibile - che ha spinto il legislatore, nel passaggio dal Senato alla Camera, ad espungere dal testo dell'art. 33 del d.d.l. C. n. 1441 *quater* - B la previsione contenuta nell'art. 24, co. 11 del d.d.l. S. n. 1167, in base alla quale nell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. avrebbe dovuto aggiungersi il riferimento anche all'art. 82 del d.lgs. n. 276/2003.

Poiché è già rinvenibile nel sistema, con la previsione dell'art. 80, co. 4, un momento di collegamento fra certificazione e disposizione dei diritti in sede di conciliazione - cui si aggiungerebbe, ai sensi dell'art. 33, co. 11, del d.d.l. C. n. 1441 *quater* - B, anche l'ulteriore possibilità, per le parti di un contratto di lavoro non certificato, di esperire il tentativo facoltativo di conciliazione davanti alle commissioni di certificazione - si sarebbe infatti ritenuto, condivisibilmente, di dover mantenere l'autonomia della disposizione contenuta nell'art. 82.

²³⁵ Dovuta al fatto che in ogni caso le rinunzie o le transazioni devono riguardare diritti sorti in virtù di uno dei contratti elencati dall'art. 409 c.p.c.

²³⁶ Cfr. E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 861.

²³⁷ Sull'accostamento operato dall'art. 2113 c.c. fra rinunzie e transazioni sotto il profilo dell'idoneità a fungere da strumenti giuridici di composizione delle liti v. M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, cit., p. 134.

²³⁸ Così anche M. MARAZZA, *Commento all'art. 82*, cit., p. 934 ss., ad avviso del quale, peraltro, si tratta di una differenza "più formale che sostanziale". Cfr. altresì E. GRAGNOLI, *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 862, che rileva come "la commissione di certificazione non si vede assegnati in via espressa poteri di conciliazione", salvo poi rinvenirli in via interpretativa.

Più difficile, e allo stesso tempo forse più facile, tracciare i confini fra l'art. 82 e l'art. 68, concernente le rinunzie e le transazioni del lavoratore a progetto.

Come noto, la disposizione in esame, al suo apparire, ha suscitato un vivace dibattito fra gli interpreti poiché si riteneva, da una parte della dottrina, che fosse stata ivi prevista un'ipotesi di "derogabilità assistita", argomentando, fra l'altro - ma non si trattava certo del rilievo più pregnante - dalla sostanziale inutilità dell'art. 68 se letto esclusivamente come ipotesi di "disponibilità assistita", in quanto meramente riproduttivo, nel più ristretto ambito del lavoro a progetto, di quanto altrove (appunto nell'art. 82) già previsto in via generale.

E' altrettanto noto che il legislatore, con la novella introdotta dall'art. 15 del d.lgs. n. 251/2004, ha espunto qualunque possibile richiamo alla "derogabilità assistita" dal testo dell'art. 68²³⁹, così ponendo fine al richiamato dibattito²⁴⁰.

Se possiamo quindi dare per assodato che l'art. 68 non autorizzi le parti a derogare, con l'assistenza delle commissioni di certificazione, alle disposizioni del titolo VII, capo I, del d.lgs. n.276/2003 - in virtù del chiaro riferimento ai soli "diritti derivanti da un rapporto di lavoro già in essere" -, permane tuttora un problema di coordinamento della disposizione in esame con l'art. 82, accentuato, entro certi limiti, dalla complessità, per non dire oscurità, del dettato letterale.

Senza entrare nel merito dell'esegesi puntuale di un disposto a nostro avviso difficilmente riconducibile ad un significato chiaro ed univoco, riporteremo qui senz'altro la soluzione interpretativa che riteniamo di dover accogliere, dalla quale trarremo poi spunto per alcune considerazioni di ordine generale.

²³⁹ V., per tutti, L. DE ANGELIS, *Contratti di lavoro a progetto: rilievi in tema di certificazione dopo il decreto n. 251 del 2004*, cit., col. 49 s.

²⁴⁰ Non è possibile, e forse nemmeno utile, richiamare in questa sede i termini del dibattito sorto intorno alla prima versione dell'art. 68. Cfr., a favore della derogabilità assistita, fra gli altri, M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, cit., p. 131 ss. e spec. 137; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 262 ss.; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 207; ID., *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 874; M. MISCIONE, *Il collaboratore a progetto*, cit., p. 823; A. TURSÌ, *La "volontà assistita" nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 255 ss.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 609 ss.; V. BRINO, *La derogabilità assistita nel lavoro a progetto: potenzialità e limiti*, cit., p. 289 ss. *Contra*, per tutti, E. GRAGNOLI, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, cit., p. 87 ss.; A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 11 ss.; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 586; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 229 ss.; C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 104 s.; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 198; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 288; F. M. CARINI, *L'istituto della certificazione nel d. lgs. 276/2003*, cit., p. 279 ss.

Come già accennato²⁴¹, a nostro avviso, l'attuale art. 68 può giustificarsi solo alla stregua di una norma transitoria, destinata ad accompagnare "la trasformazione in contratto a progetto di un precedente contratto di collaborazione"²⁴².

In altre parole, il legislatore, con la disposizione in esame, avrebbe consentito alle parti di far certificare l'accordo inteso a rendere compatibile con la nuova disciplina del lavoro a progetto (*ex art. 61*) una precedente collaborazione coordinata e continuativa, consentendo loro, contestualmente, di sanare eventuali pendenze attinenti al pregresso svolgimento del rapporto con negozi di rinuncia o transazione inoppugnabili²⁴³.

Ma se questa è l'interpretazione da accogliere, la norma in commento costituisce la miglior riprova della lettura della certificazione con funzione qualificatoria argomentata nel corso del lavoro.

Si vuol dire che, a fronte della generalizzata impossibilità di certificare un contratto già in essere, laddove il legislatore ha ritenuto di dover ammettere questa eventualità - nel caso di specie la novazione di un contratto non precedentemente certificato perché posto in essere prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003 - lo ha dovuto fare, perseguendo una *ratio* ben precisa, con una disposizione *ad hoc*²⁴⁴.

Conclusa la disamina delle ipotesi di "disponibilità assistita" previste dal d.lgs. n. 276/2003, dobbiamo ora portare l'attenzione sulla terza delle possibili, indicate, funzioni della certificazione, ovverosia la funzione di "derogabilità assistita".

²⁴¹ *Supra*, cap. I, par. 5.

²⁴² M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., 586. Sul punto, tuttavia, v. la dichiarazione di incostituzionalità - ad opera della già richiamata C. Cost., 1 - 5 dicembre 2008, n. 399 (v. *supra*, cap. I, nt. 260) - dell'art. 86, co. 1, che imponeva di ricondurre a un progetto o fase di esso le collaborazioni coordinate e continuative in essere, entro un anno dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003.

²⁴³ Così E. GRAGNOLI, *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, cit., p. 88 ss., che tuttavia lascia aperta la questione dell'impugnabilità o meno delle rinunzie o transazioni operate in sede di certificazione ai sensi dell'art. 68. Per più ampi svolgimenti v. ID., *Commento agli artt. 82 - 84*, cit., p. 862 ss. Cfr. altresì P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1166. E' stato giustamente rilevato (R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 97) che sulla scorta della menzionata lettura non ha più senso chiedersi - come confermato dal venir meno dell'inciso che riferiva le rinunzie o le transazioni ai "diritti derivanti dalle disposizioni del presente capo" - se le rinunzie o transazioni di cui all'art. 68 attengano ai soli diritti introdotti dal d.lgs. n. 276/2003, oppure anche a quelli già prima facenti capo ai collaboratori coordinati e continuativi.

²⁴⁴ *Contra* L. DE ANGELIS, *Contratti di lavoro a progetto: rilievi in tema di certificazione dopo il decreto n. 251 del 2004*, cit., col. 52, che vi vede, all'opposto, una conferma sul piano sistematico della generale certificabilità *ex post* di qualunque contratto di lavoro, sulla base, peraltro, di una lettura dell'attuale versione dell'art. 68 parzialmente diversa rispetto a quella proposta nel testo.

4. *Certificazione e derogabilità assistita.*

Si è più volte accennato, nel corso del lavoro, alla difficoltà, per non dire impossibilità, di rinvenire ipotesi di “derogabilità assistita” nell’ambito della disciplina della certificazione e abbiamo anche già sottoposto a verifica questa affermazione, seppure sinteticamente, con riguardo all’art. 68, in materia di lavoro a progetto.

E’ necessario ora affrontare *ex professo* la questione, rendendo conto di quanto finora postulato, in ordine al più generale contesto delle previsioni normative contenute negli artt. 75 ss. d. lgs. n. 276/2003.

Come noto, infatti, non sono mancate tesi che hanno intravisto nella certificazione uno strumento funzionale non solo alla qualificazione del contratto, bensì anche alla definizione del suo contenuto, eventualmente in deroga alle norme inderogabili (ma a questo punto sarebbe meglio dire semi-imperative²⁴⁵ o relativamente inderogabili²⁴⁶) di legge o di contratto collettivo²⁴⁷.

Tale impostazione prende le mosse da presupposti analoghi a quelli accolti in questo lavoro, in particolare per quanto attiene al compito delle commissioni di certificazione di ausilio alle parti nella definizione del contenuto del contratto²⁴⁸.

Non diversamente da quanto abbiamo sostenuto in precedenza, poi, anche secondo questa tesi il riferimento alla disponibilità dei diritti, contenuto nell’art. 81, assume un duplice significato, l’uno, strettamente tecnico, connesso alla previsione dell’art. 82, l’altro, invece, atecnico, legato al disposto dell’art. 78, co. 4.

Diverge invece sensibilmente quando si tratta di individuare i contenuti da attribuire ai codici di buone pratiche e i poteri assegnati alle commissioni di certificazione nell’esercizio dell’attività di assistenza e consulenza.

²⁴⁵ C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 387.

²⁴⁶ A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, cit., p. 480; M. NOVELLA, *L’inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 414.

²⁴⁷ Si tratta della ben nota tesi di E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 284 ss.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 97 ss. Sembra aderire a questa interpretazione M. MARAZZA, *Commento all’art. 82*, cit., p. 932.

²⁴⁸ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 285 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 99.

In particolare, si sostiene che le commissioni di certificazione avrebbero il compito di assistere le parti, nello specifico il lavoratore, nella definizione del contenuto del contratto, eventualmente anche attraverso la “disposizione” (intesa, come detto, in senso atecnico) dei diritti previsti da norme inderogabili²⁴⁹.

Che questa sia l'intenzione del legislatore lo si potrebbe capire prestando attenzione all'art. 78, co. 4, e al contenuto, ivi previsto, dei codici di buone pratiche, che devono individuare le “clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi”²⁵⁰.

Siccome poi la norma prosegue precisando che il decreto contenente i codici di buone pratiche deve “recepire, ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”, sarebbe stata altresì concessa, sul punto, “ampia apertura di credito alla contrattazione collettiva” seppure “entro limiti sia soggettivi sia di competenza negoziale”²⁵¹.

In altre parole, ai codici di buone pratiche competerebbe - in tal modo innovando l'ordinamento vigente - la selezione dei “diritti indisponibili e la individuazione delle norme inderogabili cui i diritti sono geneticamente collegati” secondo un meccanismo basato sulla “inserzione delle ‘clausole indisponibili’ di volta in volta nel contratto certificato”²⁵².

L'auspicio è che gli attori sociali raccolgano l'invito del legislatore - i codici di buone pratiche potrebbero tuttavia essere emessi comunque, anche in assenza della contrattazione collettiva - predisponendo clausole normative tipo per i diversi rapporti, tipici e atipici - da travasare nei codici -, selezionando “i trattamenti da affidare alla autonomia individuale assistita dalle commissioni di certificazione, così determinando quali disposizioni siano da considerare inderogabili in assoluto e

²⁴⁹ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 287 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, loc. cit.

²⁵⁰ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, loc. cit.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 102 ss.

²⁵¹ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 288; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 103.

²⁵² E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 287; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, loc. cit.

quali, invece, solo relativamente” in tal modo pervenendo ad “adattare i diversi modelli legali di contratto alla specificità dei lavori concreti”²⁵³.

Si tratta indubbiamente di un ricostruzione suggestiva - operata d'altronde nel solco del programma politico delineato nel Libro Bianco²⁵⁴ -, tuttavia siamo dell'avviso, come più volte anticipato, che gli argomenti addotti in senso contrario dalla dottrina dominante siano davvero insuperabili e inducano ad una lettura meno “eversiva” delle disposizioni in esame, già ampiamente delineata in precedenza.

In particolare - senza considerare i dubbi d'incostituzionalità espressi da più parti con riguardo all'impostazione in esame, sia per eccesso di delega che per interferenza con la competenza regionale²⁵⁵ - sarebbe effettivamente una forzatura eccessiva del dato letterale “intendere il richiamo, contenuto nella norma, alla disponibilità dei diritti (...) come un richiamo alla disponibilità di diritti futuri, che equivale ad una deroga della disciplina normativa”²⁵⁶.

In altri termini, è davvero difficile immaginare che sia stata operata una innovazione così importante del sistema delle fonti, ed in definitiva dello stesso diritto del lavoro, in maniera surrettizia, con ambigui riferimenti alla disponibilità dei diritti e ai codici di buone pratiche²⁵⁷.

Allo scopo sarebbe stata necessaria una presa di posizione più netta ed esplicita del legislatore²⁵⁸, com'era peraltro avvenuto in sede di redazione del *Progetto per la predisposizione di uno statuto dei lavori*, dove le ipotesi e i limiti alla derogabilità assistita dei diritti dei lavoratori - raggruppati per categorie omogenee, in distinti titoli della bozza di progetto - erano indicati espressamente

²⁵³ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in ID., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 103 s.

²⁵⁴ Cui infatti l'Autore si richiama. Cfr. E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in ID., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 99.

²⁵⁵ Per tutti v. C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 388; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 586; A. TURSI, *La “volontà assistita” nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 263. V. tuttavia, con riguardo all'eccesso di delega, l'invito alla prudenza di M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, cit., p. 146 ss.

²⁵⁶ C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 389.

²⁵⁷ M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 586; R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, cit., p. 196 s.; A. TURSI, *La “volontà assistita” nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 263; P. TULLINI, *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, cit., p. 449 s.

²⁵⁸ Cfr. C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 101; A. BELLAVISTA, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 8, ad avviso del quale il legislatore “avrebbe dovuto usare una formula diversa, come: per esempio, deroga alla disciplina legale e contrattuale, modifiche della regolamentazione normativa e così via”.

dallo stesso legislatore e non, sulla base di un'ambigua ed atecnica previsione normativa, da un decreto ministeriale.

D'altronde, è stato anche giustamente rilevato che un decreto ministeriale - quand'anche si trattasse di un regolamento - non potrebbe certo derogare ad una disposizione di legge, né, nel caso di specie, sono ravvisabili gli estremi dei c.d. regolamenti delegati previsti dall'art. 17, co. 2, l. n. 400/1988²⁵⁹.

Per le medesime ragioni, deve essere respinta anche l'ipotesi ricostruttiva, avanzata da altra parte della dottrina, ad avviso della quale le disposizioni in esame avrebbero pur sempre introdotto un meccanismo di "derogabilità assistita", ma solo con riferimento alle norme di legge²⁶⁰.

Coglie invece nel segno, a nostro avviso, questa dottrina, laddove esclude che sia stata introdotta, per mezzo dei codici di buone pratiche, la possibilità di derogare in sede di certificazione alle clausole del contratto collettivo, argomentando dal contrasto con il principio di libertà sindacale di cui all'art. 39, co. 1, Cost.²⁶¹.

Di modo che si ritiene di non poter accogliere nemmeno la tesi di coloro che, muovendosi sul versante diametralmente opposto rispetto a quello appena preso in considerazione, ritengono di poter intravedere nei codici di buone pratiche, in virtù del riferimento alle 'clausole' contenuto nell'art. 78, co. 4, proprio lo strumento che consente alle parti di derogare alle clausole del contratto collettivo²⁶².

Sul punto, infatti, riteniamo di poter condividere la posizione di quella parte della dottrina ad avviso della quale se pure non è possibile fondare l'inderogabilità in *peius* del contratto collettivo sull'art. 39, co. 1, Cost., resta il fatto che "in base a questa disposizione costituzionale, il legislatore ha l'obbligo di prevedere (e

²⁵⁹ M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 586; M. NOVELLA, *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, cit., p. 139 ss., ove anche più ampi svolgimenti.

²⁶⁰ V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, cit., p. 161 ss.

²⁶¹ V. PINTO, *op. loc. cit.*

²⁶² A. VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 113; ID., *Lavoro (certificazione dei contratti)*, cit., p. 2, ad avviso del quale il legislatore ben potrebbe "modificare il principio di inderogabilità del contratto collettivo da parte dell'autonomia individuale". In tal senso, ci sembra, anche L. PERINA, *La certificazione nell'impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 22; nonché, forse, R. PESSI, *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, cit., p. 29. Anche ad avviso di P. TOSI (*Intervento*, in AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit., p. 263) non "ci sarebbero ostacoli di ordine costituzionale alla eventuale scelta legislativa di consentire in sedi qualificate, come quella della certificazione, le deroghe individuali alla disciplina collettiva".

mantenere) l'inderogabilità in *peius* stessa quale garanzia funzionale della libertà sindacale”²⁶³.

Pertanto, se uno spazio residua per la derogabilità assistita, questo rimane circoscritto alla funzione meramente ricognitiva dei codici di buone pratiche, vale a dire nei limiti in cui la contrattazione collettiva vorrà cogliere l'opportunità concessa dal legislatore, predisponendo clausole collettive derogabili in sede di certificazione - eventualmente anche facendo ricorso alla tecnica della c.d. scelta multipla - da recepire nei codici stessi²⁶⁴.

In proposito, desta però perplessità il richiamo agli accordi interconfederali operato dall'art. 78, co. 4, laddove sarebbe stato più congruo invece il riferimento alla contrattazione di categoria, nazionale o territoriale, cui comunque, si ritiene, potranno fare utilmente rinvio gli accordi interconfederali stessi²⁶⁵.

Di recente, il tema della derogabilità assistita sembra evocato nelle modifiche alla disciplina della certificazione contenute nel d.d.l. C. n. 1441 *quater* - B.

Ci riferiamo al disposto dell'art. 32, co. 3, del d.d.l. laddove si statuisce che “nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento il giudice tiene conto, oltre che delle fondamentali regole del vivere civile e dell'oggettivo interesse dell'organizzazione, delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con

²⁶³ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 240, nt. 173; nonché, *amplius*, ID., *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova, 1997, p. 145 ss. Sul punto v. anche P. CAMPANELLA, (*Intervento*, cit., p. 316 s.) ad avviso della quale “pur a voler escludere l'attribuzione di poteri normativi alle organizzazioni sindacali per il tramite dell'art. 39, comma 1, bisognerà comunque riconoscere (...) che *la norma costituzionale impedisce interferenze eteronome nello spazio di libertà e di azione garantito alla contrattazione collettiva*”. Sostanzialmente conforme, seppure in posizione più sfumata, ci sembra anche M. MAGNANI (*Intervento*, cit., p. 270) per la quale “al limite, si potrebbe anche sostenere che il legislatore ordinario non debba necessariamente far assistere il contratto collettivo dalla caratteristica dell'inderogabilità. Però il legislatore non può ora dotare di nderogabilità, ora privare di nderogabilità alcune disposizioni a sua discrezione, senza appunto con questo invadere il campo della libertà sindacale”. Cfr. altresì C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 102 s.

²⁶⁴ Così C. CESTER, *La norma nderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, cit., p. 389 s.; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, loc. cit.; ID., *Statuto dei lavori e certificazione*, cit., p. 555 s.; C. ZOLI, *op. loc. cit.*; P. CAMPANELLA, *op. loc. cit.* Sulla tecnica della c.d. scelta multipla, anche sganciata dal meccanismo della certificazione, ampiamente M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 429 ss.

²⁶⁵ C. ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, cit., p. 103.

l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni”.

Il chiaro riferimento al fatto che il giudice debba esclusivamente *tener conto* delle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo contenute nei contratti collettivi o in quelli individuali, lascia intendere che nessuna deroga è possibile alle norme di legge; tutt'al più potrebbe sorgere in capo al giudice l'obbligo di giustificare, in motivazione, l'eventuale scostamento dalle suddette tipizzazioni²⁶⁶.

Permane comunque il dubbio in ordine alla possibilità, per il contratto individuale certificato, di derogare alle clausole del contratto collettivo concernenti, appunto, le tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo²⁶⁷.

²⁶⁶ In tal senso il parere espresso sul d.d.l. S. n. 1167, il 26 novembre 2008, dall'Associazione Nazionale Magistrati, ove si sottolinea, in tal senso, come il testo della disposizione sia il frutto delle modifiche apportate in Commissione alla formulazione originaria, fra le quali vi è la sostituzione dell'espressione 'fa riferimento' - dal significato più pregnante e, in definitiva, limitativo della libertà del giudice - con la più blanda 'tiene conto'.

²⁶⁷ P. ALLEVA, *La riforma della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, cit., p. 7.

CAPITOLO III

I “RIMEDI” CONTRO LA CERTIFICAZIONE

SOMMARIO: 1. I “rimedi” esperibili nei confronti della certificazione: profili introduttivi. - 2. Il ricorso per erronea qualificazione del contratto e per difformità esecutiva. - 2.1. Le ricostruzioni prospettate. - 2.2. *Segue*. Una lettura alternativa. L’efficacia della sentenza di accoglimento del ricorso. - 3. L’impugnazione per vizi del consenso. - 4. L’impugnazione dell’atto di certificazione davanti al T.A.R.

1. *I “rimedi” esperibili nei confronti della certificazione: profili introduttivi.*

L’analisi del sistema dei “rimedi” esperibili nei confronti della certificazione, come già anticipato¹, rappresenta il naturale complemento dell’indagine fin qui condotta. Il suo svolgimento, pertanto, essenziale in primo luogo al fine di delineare compiutamente le caratteristiche dell’istituto, permetterà altresì di sviluppare ulteriormente le argomentazioni già prospettate, rendendo ragione di alcuni profili della materia che sono stati oggetto di necessarie anticipazioni nelle pagine precedenti.

Non v’è dubbio che si tratti di un tema centrale per lo studio della materia. Anzi, sul punto vi è chi si spinge ad affermare, e il rilievo non è infrequente, che la fisionomia impressa dal legislatore alla certificazione - in chiave di mero accertamento della natura del contratto di lavoro sottoposto all’attenzione delle commissioni - ne proietterebbe inevitabilmente la portata solo sul piano dei rapporti con il giudizio².

¹ *Supra*, cap. II, par. 1.

² Per tutti v. P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1150 s.; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 597; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 644.

Proprio questo dato, però, ne avrebbe segnato fin dall'inizio le sorti, decretando il fallimento dell'istituto prima ancora della sua sperimentazione nella pratica dei rapporti³.

Il principio dell'indisponibilità del tipo, congiuntamente alla particolare, se non esclusiva, attenzione prestata alla fase esecutiva del rapporto nell'attività di qualificazione dei contratti di lavoro, darebbero infatti conto della scarsa o nulla capacità deflattiva dell'atto amministrativo di certificazione, strutturato sulla falsariga di un accertamento giudiziale, ma destinato ad intervenire nella fase genetica del rapporto stesso⁴.

Se, come già detto, possiamo convenire sulla centralità dei rapporti fra certificazione e giurisdizione⁵ - sia in ragione della preponderante rilevanza della funzione qualificatoria nella struttura dell'istituto, sia in virtù del fatto che, a nostro avviso, il vincolo della certificazione opera in prevalenza direttamente nei confronti del giudice -, non riteniamo tuttavia, per ciò solo, di poter convenire col succitato pessimistico giudizio.

Infatti, in primo luogo, seppure, come vedremo, si deve effettivamente riconoscere una scarsa tenuta della certificazione sul piano del giudizio, ciò non significa tuttavia che un vincolo non vi sia e che la stessa non possa, di conseguenza, spiegare alcun effetto.

In secondo luogo - e speriamo di averlo dimostrato -, la certificazione produce effetti non trascurabili anche sul piano sostanziale⁶, sia di carattere vincolante, sia, con particolare riguardo ad alcuni profili dell'attività di consulenza e assistenza, di natura non vincolante, riconducibili al piano della *soft law*.

Di modo che, intesa alla stregua di uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie di carattere preventivo e, in qualche misura, non vincolante, si

³ Sul punto è spesso citata l'affermazione di L. NOGLER (*Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 113) ad avviso del quale «la limitata incisività dell'istituto sulla (notoriamente enorme) *litigation* in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro può essere considerata «geneticamente» iscritta nel suo dna», seppure poi l'Autore sia forse fra i meno critici nei confronti della certificazione, rinvenendone comunque profili di utilità.

⁴ Fra i molti v. G. RICCI, *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità, limiti*, cit., p. 330 s.; M. RUSCIANO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra ipertrofia regolativa e incertezza applicativa*, cit., p. 145 s.; R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 7; L. ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e contrattazione collettiva*, cit., p. 339.

⁵ Cfr. E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in ID., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 108.

⁶ Cfr. M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 310 ss.

potrebbe dire che il maggior successo della certificazione sarebbe proprio quello di non doversi mai, o quasi mai, confrontare proprio con il giudizio.

Solo in quest’ottica si può convenire con la frequente osservazione per cui l’eventuale successo dell’istituto costituisce anche una variabile dipendente dall’autorevolezza e affidabilità dei suoi interpreti⁷.

Ciò non significa negare i problemi sollevati dalla menzionata dottrina, che rappresentano effettivamente altrettanti importanti e necessari limiti con i quali la certificazione deve confrontarsi, e con i quali si è confrontato, in primo luogo, il legislatore delegato.

Ma proprio la ricerca, da parte di questi, di soluzioni in grado, da un lato, di far fronte alle critiche di inattività, sul punto, della riforma *in itinere*, dall’altro di tener conto delle pregiudiziali di costituzionalità⁸, ha condotto ad una disciplina dei “rimedi” contro la certificazione estremamente complessa e sovrabbondante, difficilmente riconducibile a sistema.

Alla perentoria statuizione dell’art. 5 della legge n. 30/2003, a mente del quale si sarebbe dovuta attribuire “piena forza legale al contratto certificato”⁹, il successivo art. 79 del decreto delegato ha fatto seguire la più “discreta” - o forse si dovrebbe dire ermetica - previsione dell’art. 79, che dispone la permanenza degli effetti della certificazione (senza specificarne tipo e natura) “fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell’art. 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari”.

Laddove il novero dei ricorsi, nel passaggio dalla delega al d.lgs. n. 276/2003, è stato a sua volta notevolmente incrementato. Alle originarie ipotesi di ricorso davanti al giudice del lavoro per erronea certificazione o per difformità, si sono

⁷ Per tutti v. M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 597; A. VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 111; G. PELLACANI, *Riflessioni critiche sulla certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 8 s.; R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 11

⁸ P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1149.

⁹ Oggetto, al suo apparire, di alcune valutazioni fortemente preoccupate (cfr., in particolare, V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 292 ss.), ma per lo più, fin da subito, fortemente ridimensionata nella sua portata precettiva, v. L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 113 ss.; M. G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, cit., p. 382; L. DE ANGELIS, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 238 ss.; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L’impugnazione della certificazione*, cit., p. 370; M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 741 s.

infatti affiancati, come già visto¹⁰, il ricorso per vizi del consenso nonché la possibilità di impugnare l'atto di certificazione davanti al T.A.R. per vizi del procedimento o per eccesso di potere.

Non stupisce quindi la notevole varietà, e allo stesso tempo la profonda diversità, di letture delle medesime disposizioni affacciate nel panorama dottrinale.

Alle difficoltà intrinseche dell'istituto, che richiede una costante attenzione ai molteplici profili di interdisciplinarietà della materia¹¹, si è infatti aggiunto un dato normativo farraginoso e, con buona probabilità, volutamente reticente¹² - di cui l'esempio più lampante è forse il passaggio dalla dizione della legge delega, che faceva riferimento a vere e proprie ipotesi di impugnazione dell'atto di certificazione, all'anodino intitolato dell'art. 80 dove si parla di non meglio definiti "rimedi" esperibili nei confronti della certificazione - passibile delle più svariate interpretazioni, che impone una difficile mediazione con il sistema dei principi generali in cui pur sempre si inserisce¹³.

Per parte nostra, con l'esposizione che segue cercheremo innanzitutto di fornire un quadro, per quanto possibile ordinato, delle ipotesi ricostruttive avanzate in dottrina con riguardo ai ricorsi per errore e per difformità, che rappresentano il fulcro del sistema dei "rimedi".

Solo in un secondo momento prenderemo quindi esplicitamente posizione in argomento, cercando di individuare, nei limiti delle nostre capacità, quella che riteniamo essere la sistemazione preferibile della materia, o quantomeno di mettere in luce, sempre a nostro avviso, alcuni rilevanti profili di criticità.

Nel contesto così delineato, non mancheremo poi di prendere posizione in ordine alla *vexata quaestio* dell'efficacia probatoria della certificazione, per lo più

¹⁰ *Supra*, cap. I, par. 5.

¹¹ Cfr. A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 596, che parla di "un istituto caratterizzato da una spinta interdisciplinarietà".

¹² E. GHERA (*La certificazione dei contratti di lavoro*, in ID., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 108) parla, in proposito, di "deliberata volontà di tecnicismo".

¹³ Giustamente osserva infatti M. RUSCIANO (*La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, cit., p. 343) che "sarebbe (...) un errore di metodo leggere la delega, e la legislazione delegata, attraverso i principi della delega stessa, senza inserire invece la riforma nel contesto vigente: di norme, di accordi sindacali e di orientamenti giurisprudenziali. Insomma, è la nuova legge che va inserita nel sistema, modificandone alcuni tratti; non può essere il sistema ad adeguarsi supinamente alla nuova legge". Sul punto, tuttavia, v. anche E. GHERA (*La certificazione dei contratti di lavoro*, in ID., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 112) che attribuisce all'art. 80 "valore più ricognitivo che innovativo".

negata¹⁴ - correttamente sotto il profilo tecnico-giuridico - oppure, al limite, ricondotta entro gli stretti confini del mero argomento di prova¹⁵.

Infine, nel solco tracciato dall'art. 80, concluderemo l'esposizione con la disamina del ricorso per vizi del consenso e delle impugnazioni davanti al T.A.R. - “rimedi”, per usare la terminologia del legislatore, apparentemente un po' eccentrici ma - non privi di spunti ricostruttivi interessanti.

2. *Il ricorso per erronea qualificazione del contratto e per difformità esecutiva.*

2.1. *Le ricostruzioni prospettate.*

Volendo attendere in modo rigoroso al compito che ci siamo dati di mettere ordine nel vasto panorama dottrinale relativo ai ricorsi per erroneità e difformità esecutiva, faremmo forse opera meritoria ma eccessiva ai fini del presente lavoro.

Ogni singola opzione interpretativa, infatti, presenta al proprio interno aspetti controversi, non privi di contraddizioni - come non può non essere, a nostro avviso, data la materia - mentre, viste nel loro insieme, le varie linee di pensiero tendono continuamente ad intrecciarsi, per poi divergere, e tornare quindi ad intrecciarsi fra loro; né abbiamo la presunzione di pensare che quanto andremo ad esporre, causa la complessità del tema, vada esente da quanto appena rilevato.

Riteniamo tuttavia necessario delineare, per sommi capi, gli orientamenti di massima emersi nel dibattito dottrinale, che hanno portato alla luce, con grande chiarezza, gli snodi interpretativi cruciali ai fini della comprensione dei “rimedi” in esame.

Si tratta, in particolare, dell'esatta individuazione dell'oggetto del processo e del suo rapporto - in termini di autonomia o meno - rispetto ad eventuali controversie attinenti ai diritti consequenziali all'eventuale “riqualificazione” giudiziale, cui si collega l'ulteriore questione concernente la possibilità, per il giudice, di decidere *incidenter tantum* sulla qualificazione da attribuire al contratto di lavoro certificato.

¹⁴ Per tutti v. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 210; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 375 ss.

¹⁵ Così, ad es., R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, cit., p. 434.

Ancora, sono oggetto di acceso dibattito i rapporti fra giurisdizione ordinaria e processo amministrativo, in particolare per quanto attiene al potere di disapplicazione dell'atto di certificazione ad opera del giudice del lavoro (problema, come si vedrà, strettamente collegato a quello, già visto, dell'autonomia del ricorso per erroneità o difformità).

Naturalmente, aleggia sempre, sotteso a tutti i problemi elencati, il tema degli eventuali limiti al giudizio determinati dall'atto di certificazione, questione a sua volta diversamente declinata, in alcune trattazioni, a seconda della fattispecie invocata dal ricorrente per ottenere la "riqualificazione" del contratto, ovvero sia a seconda che si tratti di novazione (espressa o tacita), simulazione oppure, più semplicemente, utilizzo del canone interpretativo di cui all'art. 1362, co. 2, c.c.

Da ultimo, in modo più o meno esplicito, emerge costantemente anche il profilo dell'efficacia probatoria della certificazione, quantomeno per negarla recisamente.

Abbiamo detto dunque, innanzitutto, che non vi è accordo nemmeno sull'oggetto del ricorso - e del successivo giudizio - per erroneità o per difformità esecutiva, eppure si tratta forse dell'aspetto di maggior rilievo, che dovrebbe condizionare la ricostruzione dell'intero sistema.

Sul punto, si può prospettare una prima grande bipartizione che vede, da una lato, coloro che parlano di vere e proprie azioni costitutive, volte a demolire l'atto di certificazione - così recuperando, in base al combinato disposto degli artt. 79 e 80, il dettato dell'art. 5 l. n. 30/2003 -, dall'altro, invece, chi ritiene che il giudizio sia pur sempre un mero giudizio di accertamento della natura giuridica del contratto sottostante.

Si tratta peraltro di una bipartizione di massima, che non rende conto della complessità del tema di indagine.

Già nell'ambito del primo gruppo di Autori, infatti, mentre sembra esservi unità di vedute per quanto attiene al ricorso per erroneità, qualificato come ricorso contro l'atto volto a farne valere i vizi di legittimità¹⁶ - alle volte ricondotti all'errore

¹⁶ A. VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 109; R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, cit., p. 431; F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 40 s.; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 371 ss.; nonché, forse, A. PIOVESANA, *I vizi della volontà nel rapporto di lavoro*, cit., p. 216 ss., che però poi precisa che il ricorso per errore sarà tuttavia limitato nel concreto al solo "caso di errore palese e macroscopico del certificatore", del tutto residuale. Assume un posizione peculiare in questo contesto, si potrebbe dire

di diritto, altre volte all'errore di fatto, altre ancora, più spesso, ad entrambi¹⁷ - le posizioni divergono invece di fronte al ricorso per difformità che ad avviso di alcuni non introdurrebbe un giudizio di impugnazione, bensì un mero processo su fatti, dato che con lo stesso si fanno valere circostanze che non erano state accertate dalla commissione, dunque non ci si duole di un suo errore¹⁸.

Le difficoltà, tuttavia, non finiscono qui, poiché, sempre nell'ambito del primo filone ricostruttivo, non vi è unità di vedute nemmeno per quanto attiene alla riconduzione all'uno o all'altro ricorso - o, al limite, a nessuno dei due -, delle singole ipotesi di simulazione, novazione o interpretazione *ex art. 1362, co. 2, c.c.*

Così, a fronte di coloro che ritengono di dover far confluire i casi di novazione e interpretazione *ex art. 1362, co. 2, c.c.* nel ricorso per difformità, escludendo in prevalenza la simulazione dal campo visuale della certificazione¹⁹, vi sono Autori che riservano invece espressamente al menzionato ricorso proprio le fattispecie di simulazione nonché di novazione²⁰, oppure solo quelle di novazione²¹.

Né miglior sorte viene riservata, dai fautori del giudizio di impugnazione, al potere di disapplicazione dell'atto amministrativo di certificazione, da alcuni

intermedia, P. BELLOCCHI (*L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1117) che, pur parlando espressamente, con riguardo agli artt. 79 e 80, di un sistema esclusivo di impugnazioni, afferma poi anche che si tratta di una costruzione formale poiché il ricorso "in realtà ha ad oggetto l'accertamento giudiziale della esatta qualificazione del contratto di lavoro certificato". Così, ci sembra, anche L. NOGLER, *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 397 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 233 s.; V. ANGIOLINI - L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., p. 369 ss.

¹⁷ Per tutti, A. PIOVESANA, *op. loc. cit.*

¹⁸ Così, espressamente, A. VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 110; v. anche R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, cit., p. 432; F. VOLPE, *op. loc. cit.* Rilevano l'incongruenza in tal caso dell'impostazione fondata sulla natura demolitoria del ricorso, pur mantenendola ferma, anche P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1158; L. NOGLER, *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 395.

¹⁹ Cfr., a titolo esemplificativo, G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 365 ss.; A. PIOVESANA, *op. loc. cit.*; P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1127 ss. V. altresì, seppure nell'ambito dell'impostazione che vede invece i menzionati ricorsi alla stregua di giudizi sul rapporto, E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 564 ss. Ricomprende espressamente nel ricorso per difformità anche la simulazione M. BUZANO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 19 s.

²⁰ Così, ci sembra, L. NOGLER, *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 399 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 233 ss.;

²¹ Seppure nell'ambito di una ricostruzione a sé stante che vede i ricorsi in esame diretti contro l'atto ma non, ci sembra, nell'ambito di un giudizio demolitorio, M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 329 ss., che fa confluire sia la simulazione che l'interpretazione *ex art. 1362, co. 2, c.c.*, nel ricorso per erroneità. Cfr. anche M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 598, ove l'Autore - che qualifica peraltro il giudizio in esame come giudizio sul rapporto -, precisa tuttavia che la simulazione non è coperta dall'atto di certificazione.

espressamente negato in capo al giudice del lavoro²², da altri, invece, riconosciuto²³ - evidentemente nell'ambito dei processi cumulativi -, a volte però solo a fronte dei vizi espressamente riservati al giudice amministrativo²⁴.

Maggiore unità di vedute, invece, è possibile rinvenire in ordine alla questione cruciale attinente all'autonomia o meno dei ricorsi in esame.

Si tratta, semplificando all'estremo, della possibilità o meno, per il giudice, di decidere in ordine alla qualificazione da attribuire al contratto di lavoro certificato senza il previo esperimento del ricorso *ex art. 80, co. 1* - eventualmente anche solo in via incidentale, ovvero senza la forza di giudicato - nell'ambito di un processo attinente ai diritti consequenziali.

Gli Autori che si sono espressi a favore di un giudizio di impugnazione, nei termini peraltro piuttosto controversi appena illustrati, quando hanno affrontato il tema hanno negato recisamente questa eventualità, richiedendo sempre una domanda espressa ai sensi del menzionato art. 80, co. 1 - eventualmente nell'ambito di un processo cumulativo - previo esperimento dell'apposito tentativo preventivo di conciliazione²⁵.

Ed è probabilmente questa la chiave di volta per comprendere il diverso atteggiamento degli interpreti che vedono invece nel giudizio *ex art. 80, co. 1*, un normale giudizio di accertamento²⁶.

²² Così P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1117 s.; nonché, seppure, lo si ripete, nell'ambito di una tesi a sé stante, M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 328 s.

²³ A. VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 111; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 387 s.

²⁴ L. NOGLER, *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 398 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 234.

²⁵ Cfr. G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 374; V. ANGIOLINI - L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., p. 372; P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1118; L. NOGLER, *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 397 ss.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 234; M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 325 s. e 328 s. Pur non trattando *ex professo* l'argomento, si esprime in tal senso, si potrebbe dire, incidentalmente, anche G. MAMMONE, *Commento all'art. 410 c.p.c.*, cit., p. 93 s.

²⁶ A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 652 ss.; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 255 ss.; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 597 s.; G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione*, cit., p. 617 ss.; F. M. CARINI, *L'istituto della certificazione nel d. lgs. 276/2003*, cit., p. 288 s. Un posizione particolare, in questo contesto, va riconosciuta a E. GHERA (*La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 291; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 112 ss.) che sembra configurare il giudizio in esame alla stregua di una *querela nullitatis*, facendo espressa menzione dell'eventuale nullità dell'atto di certificazione. Cfr. anche, sulla scia di questi, P. TULLINI, *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 846.

Negata qualunque autonomia al succitato giudizio, e riconosciuto, perlopiù, il potere di disapplicazione, questo gruppo di Autori, in ultima analisi - senza preoccuparsi più di tanto di operare distinzione alcuna fra simulazione, novazione o interpretazione *ex art. 1362, co. 2, c.c.*²⁷ - giunge a svuotare del tutto di contenuto l'atto di certificazione, relegandolo al ruolo, eventuale, di mero elemento di giudizio, in funzione ausiliaria.

Infatti, secondo questa lettura, qualora anche fosse intentato un normale giudizio del lavoro per far valere i diritti consequenziali, a fronte dell'eventuale eccezione di certificazione²⁸, il ricorrente potrebbe sempre chiedere l'accertamento, anche in via incidentale, dell'esatta qualificazione del contratto, previa, eventualmente, la sospensione del processo per permettere lo svolgimento del tentativo di conciliazione ai sensi dell'art. 80, co. 4, che a questo punto altro non sarebbe che una faticosa duplicazione del tentativo di conciliazione già espletato ai sensi dell'art. 410 ss. c.p.c.²⁹.

Dunque, salva l'ultima precisazione, né più né meno di quanto accade a fronte di un contratto non certificato, così riducendo "il sistema dei rimedi dell'art. 80 a un fenomeno inspiegabile"³⁰.

Di modo che l'opinione in oggetto è poi costretta a ripiegare, per cercare di dare un senso alla normativa, sull'efficacia deflattiva del menzionato tentativo di conciliazione³¹.

Oppure, ancora, a recuperare il tema dell'efficacia probatoria della certificazione - pur correttamente riconoscendo che la certificazione, in quanto qualificazione del rapporto non è, e non potrebbe mai essere, una prova, poiché non attiene ai fatti³² - nei termini, piuttosto limitati, del mero "elemento sul quale si

²⁷ Cfr., tuttavia, E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 292 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 114 ss.; nonché gli Autori citati *supra*, note 19 e 21.

²⁸ Che rimarrebbe pur sempre nella disponibilità del convenuto resistente. Così G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione*, cit., p. 619.

²⁹ Cfr., ad es., A. TURSI, *op. loc. cit.*; M. G. GAROFALO, *op. loc. cit.*; G. COSTANTINO, *op. loc. cit.*

³⁰ P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1151.

³¹ A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 654, che qualifica il tentativo di conciliazione davanti alle commissioni di certificazione una "complicazione procedurale" e si chiede se la *ratio* deflattiva non corrisponda piuttosto ad un intento formalisticamente dilatorio.

³² Cfr. L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 253 ss.; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 583, che anzi punta molto sull'errore tecnico degli ideatori dell'istituto, i quali avrebbero appunto trattato la certificazione alla

fonda il libero convincimento del giudice³³, o di una presunzione di qualificazione, peraltro scarsamente rilevante poiché assimilabile a quanto accade già per i contratti non certificati³⁴.

Sulla presunzione di qualificazione, collegata all'utilizzabilità della certificazione quale argomento di prova, poi, si fonda a volte anche una lettura dell'istituto quale inversione dell'onere della prova³⁵, specialmente nei giudizi di opposizione all'accertamento operato dagli enti pubblici³⁶.

Questi, in estrema sintesi, gli spunti ricostruttivi emersi nell'ambito del dibattito dottrinale, cui dovrà fare seguito, come anticipato, l'esposizione della nostra opinione, non prima, però, di aver operato alcune notazioni conclusive.

In primo luogo, merita un cenno la posizione del tutto peculiare di un Autore ad avviso del quale l'impugnazione per erroneità comporterebbe una valutazione sulla base dei criteri dettati dall'art. 1428 ss. c.c., cui farebbe seguito, in caso di accoglimento, la caducazione dello stesso contratto di lavoro, poiché, se non si è capito male, "la cognizione è riferita (in tal caso) all'atto privatistico e non a quello amministrativo"³⁷.

stregua di un vero e proprio mezzo di prova di un'improbabile, o meglio, inconfigurabile, volontà qualificatoria delle parti.

³³ M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 597; E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 294; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 118. In tal senso v. anche, nell'ambito dell'opposto orientamento, R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, cit., p. 434, che parla poi anche, salva un'eventuale discrasia fra contratto e comportamento successivo, "di piena prova della volontà delle parti, quale indicatore privilegiato, come afferma la giurisprudenza, della natura del contratto". *Contra* L. DE ANGELIS, *op. loc. cit.*

³⁴ A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 640; V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, cit., p. 98 e 159 ss.

³⁵ Così P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1126. Parla di "presunzione semplice, determinata dall'avvenuta qualificazione in sede amministrativa", E. BRIDA, *Onere della prova e certificazione*, in G. PERONE - A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 361. *Contra* E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 568.

³⁶ Cfr. A. VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 112, ad avviso del quale la certificazione "determina una utile coincidenza della posizione formale e sostanziale di ciascuna parte del processo, poiché l'aggressore in senso sostanziale (ente previdenziale; direzione provinciale del lavoro) è costretto ad assumere anche la posizione di attore in senso formale per rimuovere la certificazione, mentre in assenza di questa sarebbe l'aggredito datore di lavoro, nell'azione di opposizione o di accertamento negativo, a ricoprire la posizione di attore in senso formale, pur essendo convenuto in senso sostanziale".

³⁷ V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 199 e 196. Sul punto v. i rilievi di L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 235; nonché A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 652, che giustamente, a nostro avviso, addebita a tale opinione la "confusione tra volontà negoziale e qualificazione, mai del tutto espunta dal dibattito dottrinale".

In secondo luogo è necessario ricordare la contrapposizione, che non sarà oggetto di approfondimento, fra coloro che ritengono di dover individuare nei ricorsi in esame altrettante ipotesi di litisconsorzio necessario fra tutti i destinatari degli effetti della certificazione³⁸, e quanti, invece, riconoscono la necessità dell'integrazione del contraddittorio, esclusivamente nei confronti delle parti del contratto, solo a fronte di un ricorso proposto dai terzi, negando in radice la configurabilità del litisconsorzio necessario³⁹.

Verrà invece espressamente considerato nelle pagine seguenti il problema dell'eventuale legittimazione passiva della commissione di certificazione, riconosciuta da una parte della dottrina nel giudizio per erroneità⁴⁰.

2.2. Segue. *Una lettura alternativa. L'efficacia della sentenza di accoglimento del ricorso.*

Come si era già anticipato, il dibattito dottrinale appena sintetizzato ha messo in luce i nodi interpretativi suscitati dalle disposizioni oggetto di indagine, e con essi anche le contraddittorietà e le difficoltà sistematiche cui va incontro l'interprete che si accinge ad affrontarne l'esame.

Nell'ambito del percorso ricostruttivo che intendiamo proporre, pertanto, potremo utilmente avvalerci degli spunti ricostruttivi già messi a disposizione dal succitato dibattito, nel tentativo di armonizzare e temperare fra loro le opposte soluzioni offerte nell'ambito della bipartizione che abbiamo cercato di delineare nel paragrafo precedente, ciascuna delle quali, a nostro avviso, contiene in sé un fondo di verità.

L'analisi può utilmente prendere le mosse da quanto messo in luce con riguardo alla questione della natura autonoma o meno del giudizio *ex art. 80, co. 1*.

Abbiamo infatti già rilevato la necessità di configurare in termini di autonomia i ricorsi per errore e per difformità esecutiva poiché, in caso contrario, il sistema dei “rimedi” previsti dall'art. 80 si ridurrebbe “a un fenomeno inspiegabile”⁴¹.

³⁸ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 326; F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 52.

³⁹ P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1124 s.; R. BARCHI, *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, cit., p. 431.

⁴⁰ P. BELLOCCHI, *op. loc. cit.*

⁴¹ P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1151.

Possiamo ora approfondire l'indagine prendendo in considerazione alcuni dati normativi che riteniamo orientino in maniera univoca nella indicata direzione.

Viene in rilievo, in primo luogo, il tentativo di conciliazione previsto dal quarto comma dell'art. 80, da taluno definito un orpello inutile e dilatorio⁴².

Proprio il menzionato tentativo di conciliazione rappresenta, invece, a nostro avviso un importante indice sistematico nel senso dell'autonomia del giudizio⁴³.

Contrariamente a quanto affermato dalla riportata dottrina, infatti, riteniamo che la devoluzione del tentativo di conciliazione alla commissione che ha certificato il contratto costituisca l'inevitabile corollario della struttura attribuita dal legislatore alla certificazione.

Solo tale commissione, infatti, ha il potere - oltre, ovviamente, al giudice - di far eventualmente venir meno gli effetti dell'atto amministrativo a seguito di una intervenuta transazione, che potrebbe contenere, come noto, anche un negozio novativo.

D'altronde, è stato più volte giustamente messo in luce che le stesse commissioni sono anche i soggetti più idonei a condurre fattivamente, e con maggior cognizione di causa, il tentativo preventivo di conciliazione, da una parte informando e responsabilizzando gli interessati circa "il fondamento, i margini e la tenuta dell'eventuale ricorso in giudizio", dall'altra parte potendo intervenire a "rafforzare e precisare" la propria posizione⁴⁴; un po' alla stregua di un "«giudice» di prima istanza" immaginato probabilmente guardando al modello dei Tribunali Industriali Inglesi richiamati nell'*Ipotesi per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*⁴⁵

Ciò posto, riteniamo altresì che il tentativo preventivo di conciliazione debba essere esperito davanti alla commissione che ha certificato il contratto sia nel caso di

⁴² V. *supra* nt. 31.

⁴³ Così M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p.325 s.; nonché, sulla scia di questi, G. MAMMONE, *Commento all'art. 410 c.p.c.*, cit., p. 93 s.

⁴⁴ P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1122. V. anche A. VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 113; V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, cit., p. 413. *Contra* V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, cit., p. 98, ad avviso del quale è "paradossale" l'attribuzione alle commissioni del tentativo di conciliazione, poiché queste sarebbero parti in causa. Sul punto torneremo *infra* nel testo.

⁴⁵ M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, cit., p. 502. V. *supra*, cap. I, par. 4, nt. 189. Cfr. altresì L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 236.

processo rivolto esclusivamente a far cadere l'atto di certificazione, sia nel caso di processo cumulativo⁴⁶, con attrazione delle questioni attinenti ai diritti consequenziali nell'orbita di competenza della commissione medesima.

Diversamente bisognerebbe infatti immaginare, a fronte di un processo cumulativo, un'inutile e dispendiosa duplicazione del tentativo di conciliazione⁴⁷, contraria alla più elementare logica deflattiva, nonché alla già vista possibilità di operare rinunzie e transazioni proprio davanti alla commissione di certificazione in sede di conciliazione⁴⁸.

Si è detto, quindi, sia cause cumulative, sia cause attinenti esclusivamente alla contestazione della certificazione e, in definitiva, della qualificazione ivi attestata. Non sembra infatti esservi dubbio, nemmeno in dottrina, sul fatto che l'art. 80 abbia almeno la funzione di ammettere quest'ultimo tipo di controversie⁴⁹.

Proprio tale circostanza, a nostro avviso, dovrebbe però seriamente far dubitare che al giudice del lavoro sia attribuito il potere di disapplicare l'atto di certificazione.

Come noto, infatti, il giudice ordinario, ai sensi dell'art. 5 dell'allegato E della l. n. 2248/1865, ha il potere di disapplicare un atto amministrativo solo nell'ipotesi che si presenta quando, in sede di giudizio "occorra, per pervenire alla decisione, valutare in via incidentale la (sua) legittimità"⁵⁰.

Nel caso che ci riguarda, invece, la questione di qualificazione non è oggetto di accertamento incidentale ma, direttamente o indirettamente - fra poco lo vedremo - l'oggetto stesso del giudizio, dunque, almeno in questa ipotesi, la disapplicazione non è configurabile.

Sarebbe allora contraddittorio negare la disapplicazione per il processo sulla sola qualificazione del contratto, per poi restituirla al giudice in caso di processo

⁴⁶ Cfr. R. RIVERSO, *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, cit., p. 10; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 258.

⁴⁷ Prospetta, in forma ipotetica, l'eventuale duplicazione del tentativo di conciliazione nelle cause cumulative M. BUZANO, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 18.

⁴⁸ V. *supra*, cap. II, par. 3, testo e nt. 234.

⁴⁹ Per tutti cfr. L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 255.

⁵⁰ L. MAZZAROLLI, *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. A. ROVERSI MONACO - F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, cit., p. 1786.

cumulativo, consentendo in tal modo di superare per via traversa l'obbligo di ricorrere direttamente contro la qualificazione certificata.

E' stato anche detto che il giudice avrebbe il potere di disapplicare l'atto di certificazione quantomeno laddove riscontri un vizio di legittimità attribuito alla competenza del T.A.R.⁵¹

Al contrario, siamo dell'avviso che anche in tali ipotesi vada escluso il potere di disapplicazione del giudice del lavoro⁵².

Anticipando quanto sarà oggetto di approfondimento nel prosieguo della trattazione, riteniamo infatti che il legislatore abbia inteso delineare un sistema compiuto di "rimedi" contro l'atto di certificazione - con l'attribuzione di competenze esclusive a ciascun plesso giurisdizionale - che sfoci sempre, a seguito di una sentenza di accoglimento, nella caducazione degli effetti della certificazione.

In definitiva, l'atto di certificazione non potrebbe coesistere con una sentenza di segno contrario ma sarebbe sempre destinato a perdere efficacia *erga omnes*.

Nel rinviare ad un successivo momento la trattazione compiuta delle impugnazioni davanti al giudice amministrativo⁵³, è necessario in questa sede focalizzare l'attenzione sulla giurisdizione del giudice del lavoro.

Riteniamo, in proposito, che l'art. 80, co. 1, abbia demandato al giudice del lavoro tutte le questioni concernenti la corretta qualificazione del contratto certificato.

Pertanto devono essere escluse dal vizio di eccesso di potere di cui all'art. 80, co. 5, tutte le questioni che implicino una valutazione della qualificazione medesima, contrariamente a quanto, talvolta, sostenuto in dottrina⁵⁴.

Così, ad es., non sarebbe possibile impugnare l'atto di certificazione per difetto o contraddittorietà della motivazione⁵⁵, poiché il giudizio ridonderebbe, in ultima istanza, in una valutazione relativa alla qualificazione⁵⁶.

⁵¹ L. NOGLER, *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 398 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 234.

⁵² Così M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 329.

⁵³ *Infra*, par. 4.

⁵⁴ Cfr. A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 658 ss.; V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 317 s.; F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 50; M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 737 s.

⁵⁵ *Contra* A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 659, che pure, correttamente, a nostro avviso, ritiene che il legislatore abbia inteso distinguere "nettamente l'impugnazione della certificazione del contratto per eccesso di potere, da quella avanti il giudice

Diversamente, infatti, si correrebbe il rischio concreto, come si illustrerà nell'apposita sede, di un vero e proprio contrasto di giudicati, cui si potrebbe aggiungere la questione di costituzionalità, sollevata da una parte della dottrina, per violazione del principio del giudice naturale precostituito per legge di cui all'art. 24 Cost.⁵⁷

Senza considerare l'ulteriore problema che si verrebbe a porre nel caso in cui le parti facessero decorrere il termine di impugnazione davanti al T.A.R. salvo poi rivolgersi al giudice del lavoro chiedendo, eventualmente, la disapplicazione dell'atto amministrativo⁵⁸.

Ciò non significa, peraltro, riconoscere necessariamente in capo al giudice del lavoro la competenza a giudicare in materia di interessi legittimi, nell'ambito di un giudizio costitutivo di annullamento.

Riteniamo infatti che i ricorsi per erroneità e per difformità, pur mirando a privare di efficacia l'atto di certificazione, abbiano ad oggetto il diritto soggettivo sottostante, ovvero, sarebbe meglio dire, la natura del contratto certificato.

Si tratta, infatti, come sono costretti ad ammettere più o meno tutti i commentatori⁵⁹, di ricorsi che portano all'attenzione del giudice ordinario la questione di qualificazione, e non presunti vizi di legittimità dell'atto amministrativo, cui farebbe riscontro un interesse legittimo del ricorrente, difficilmente configurabile nelle ipotesi in esame⁶⁰.

In definitiva, a fronte delle difficoltà sul piano dell'interpretazione letterale e sistematica nonché delle contraddizioni cui va incontro, non sembra accoglibile la

civile per erroneità (o difformità) della qualificazione (distinguendo in tal modo) i vizi propri dell'accertamento amministrativo, considerato nei suoi profili formativi e procedurali, da quelli propriamente riferibili alla correttezza sostanziale dell'operazione qualificatoria, attratti dalla ordinaria competenza del giudice civile". Cfr., altresì, gli altri Autori citati alla nota precedente cui adde A. PIOVESANA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, III, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. MISCIONE, II ed., Utet, Torino, 2007, p. 827.

⁵⁶ Così, con argomentazione chiara e convincente, F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 48 ss.

⁵⁷ Sono queste le conclusioni ultime cui perviene F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 45 ss.

⁵⁸ V. infatti L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 256, che prospetta questa eventualità e perviene alla conclusione che l'atto di certificazione ormai definitivo non possa essere disapplicato dal giudice del lavoro.

⁵⁹ Cfr., a titolo di esempio, P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1117, L. NOGLER, *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 397 s.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 233 s.; V. ANGIOLINI - L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., p. 369 ss.

⁶⁰ Così, recisamente, E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 561.

tesi che vede nei ricorsi per erroneità e difformità esecutiva altrettante ipotesi di impugnazione dell'atto di certificazione⁶¹.

In particolare, come è stato già rilevato, sembra difficile configurare un'ipotesi di impugnazione dell'atto di certificazione nel ricorso per difformità esecutiva poiché effettivamente vengono in considerazione comportamenti che non erano stati oggetto di cognizione da parte della commissione; cosicché, un po' contraddittoriamente, si è poi costretti, nel caso di specie, ad immaginare un'impugnazione che si traduce nei fatti in un giudizio di accertamento⁶².

Ma non si tratta del solo problema, infatti, se si accede all'idea dell'impugnazione, si è poi costretti ad incasellare le varie fattispecie di novazione, simulazione o interpretazione *ex art. 1362, co. 2, c.c.*, nell'uno piuttosto che nell'altro ricorso, pervenendo a soluzioni che lasciano, in definitiva, sempre insoddisfatti⁶³.

Così, il comportamento esecutivo difforme cui viene ricondotta in via interpretativa, *ex art. 1362, co. 2, c.c.*, la reale intenzione dei contraenti, sembrerebbe logicamente da ricondurre all'errore di qualificazione⁶⁴, ma altrettanto logicamente si potrebbe replicare che si tratta di situazione non appurata dalla commissione, dunque, non un vizio dell'atto amministrativo, bensì una situazione di fatto da ricondurre all'ipotesi di difformità esecutiva⁶⁵.

Vi è poi il dato letterale dell'art. 80, intitolato a non meglio precisati "rimedi" - diversamente l'art. 5 della l. n. 30/2003 riferiva alle fattispecie in esame altrettante ipotesi di impugnazione - il cui esito finale, ai sensi dello stesso art. 80 e dell'art. 79, è costituito da una sentenza di accertamento⁶⁶ laddove, invece, i vizi del consenso sono espressamente fatti oggetto di un'impugnazione.

Ancora, ci sembra che l'art. 80, co. 1, laddove menziona un possibile errore di qualificazione, implicitamente confermi la tesi che abbiamo già sostenuto⁶⁷, ovvero che l'atto di certificazione è un atto vincolato.

⁶¹ V. *supra* par. 2.1.

⁶² V., per tutti, P. BELLOCCHI, *Le procedure di certificazione*, cit., p. 1158.

⁶³ *Supra*, par. 2.1.

⁶⁴ In tal senso v. M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 328 s.

⁶⁵ Fra gli altri E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 564 ss.

⁶⁶ P. TULLINI, *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 845 s.; M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 742.

⁶⁷ *Supra*, cap. II, par. 2.4.

A fronte di un atto discrezionale, anche qualora si trattasse solo di discrezionalità tecnica - in ordine alla quale, nell'ambito della stessa dottrina amministrativistica, si discute tuttora se rientri fra le valutazioni riservate alla pubblica amministrazione o non debba invece, all'opposto, ritenersi sindacabile dall'autorità giudiziaria⁶⁸ - sarebbe infatti scorretto, a nostro avviso, parlare di un vero e proprio errore.

Da ultimo, quantomeno nel ricorso per erroneità, qualora fossimo di fronte ad un giudizio di impugnazione sarebbe difficile spiegare l'attribuzione della legittimazione ad agire alle parti - espressamente riconosciuta dall'art. 80, co. 1 - poiché sono state le stesse parti a chiedere, ed ottenere, un atto di certificazione con quegli specifici contenuti.

Non stupisce poi che la dottrina si sia anche interrogata, sempre con riguardo al ricorso per errore, sulla legittimazione passiva della commissione di certificazione, considerata alla stregua di una parte in causa⁶⁹.

Tuttavia, data la natura di mero accertamento dell'atto di certificazione, sembra preferibile negare la legittimazione passiva della commissione, riconoscendo al limite al convenuto la possibilità di chiamare in causa i certificatori nei cui confronti voglia agire per il risarcimento del danno.

D'altronde, come già visto, la commissione ha la possibilità di ribadire le proprie ragioni in sede di tentativo di conciliazione, dopodiché, se la controversia approda in giudizio, sarà compito del giudice operare la corretta qualificazione, nell'interesse delle parti ma anche in funzione dell'interesse pubblico, la cui tutela è demandata solo in prima istanza alla commissione di certificazione.

Gli argomenti fin qui esposti ci inducono quindi a confermare l'opinione che i ricorsi delineati dall'art. 80 introducano un giudizio di accertamento attinente alla natura del contratto certificato.

Su questa base ci sembra poi di poter anche affermare che il dato letterale autorizzi a ritenere che il riferimento ai ricorsi "per erronea qualificazione del

⁶⁸ A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 1129, che però rileva come la giurisprudenza abbia mantenuto "sino a qualche lustro fa, un atteggiamento restrittivo, facendo largo uso della c.d. discrezionalità tecnico-amministrativa al fine di limitare il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche", per poi mostrare "significativi segni di mutamento, in particolare in virtù della riforma del processo amministrativo, che ha reso assai più penetrante, a seguito dell'ampliamento dei mezzi istruttori, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni tecniche delle pubbliche amministrazioni".

⁶⁹ Così, infatti, V. PINTO, *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, cit., p. 98; P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1124 s.

contratto oppure difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione” debba in realtà essere letto come un’endiadi che ricomprende in sé tutte le possibili fattispecie che portano alla “riqualificazione” del contratto certificato⁷⁰.

In altre parole, si tratta di un’espressione riassuntiva, funzionalmente collegata al dettato del secondo comma del medesimo art. 80 e alla disciplina, ivi contenuta, della decorrenza degli effetti della sentenza di accoglimento.

In precedenza, analizzando la certificazione sul piano sostanziale, abbiamo anche sostenuto, però, sulla base del combinato disposto degli artt. 79 e 80, che la certificazione produce effetti vincolanti, diretti e indiretti - estesi addirittura a circostanze che non erano state oggetto di accertamento, quali la novazione o il comportamento esecutivo difforme rispetto al contenuto della scheda contrattuale - e che il vincolo, in primo luogo, si dirige nei confronti del giudice⁷¹.

Di conseguenza, in questa sede, abbiamo anche affermato che il sistema delineato dai succitati articoli è esclusivo ed ha la funzione di far venir meno gli effetti dell’atto di certificazione; sembrerebbe quindi necessaria all’uopo una sentenza costitutiva di carattere demolitorio, contrariamente a quanto fin qui argomentato.

Sul punto, potrebbe venirci in soccorso una risalente elaborazione operata con riguardo alla natura e all’oggetto del processo tributario, la c.d. teoria dichiarativa, ormai superata, sembra, in dottrina, ma mai del tutto dismessa dalla giurisprudenza della Cassazione⁷².

Tale teoria prendeva le mosse dalla configurazione dell’atto di accertamento emesso dall’amministrazione finanziaria nei confronti del contribuente (avviso di accertamento) alla stregua di un atto amministrativo vincolato, di natura non provvedimentale, meramente ricognitivo del rapporto d’imposta - a sua volta, di natura esclusivamente privatistica -, così come già costituitosi al di là e prima dell’emanazione dello stesso.

In altri termini, mutuando le parole di autorevole dottrina, “l’accertamento amministrativo era concepito come l’atto con cui l’interesse pubblico nella determinazione del *quantum* del dovuto tributario veniva inserito - come fase di

⁷⁰ *Contra* E. GRAGNOLI, *L’interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 564.

⁷¹ *Supra*, cap. II, par. 2.5.1.

⁷² Sul punto v., ampiamente, C. CONSOLO, *Processo e accertamento fra responsabilità contributiva e debito tributario*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2000, p. 1037.

mero trascorrere dall’illiquido al liquido - in uno schema basilarmente privatistico quale quello dell’obbligazione pecuniaria di pagare”⁷³.

Il corollario di questa ricostruzione, sul piano processuale, era che il giudizio davanti alla Commissione Tributaria avrebbe avuto come oggetto non l’annullamento di un atto amministrativo, bensì l’“accertamento mero (negativo) dell’effetto scaturente dal fatto e la rilevanza dell’atto amministrativo di accertamento andava confinata sul piano o di una intimazione ad adempiere del creditore *ex lege* o di una *provocatio ad opponendum* e comunque soltanto quale fattore di attualizzazione dell’interesse ad agire in un giudizio di mero accertamento negativo del credito tributario”⁷⁴.

Come anticipato, questa teoria è stata poi superata, quantomeno in dottrina, dalla teoria “costitutiva”, in base alla quale il giudizio tributario è un vero e proprio giudizio oggettivo, di natura demolitoria.

Tuttavia, per giungere a questo risultato gli interpreti hanno dovuto riconoscere che l’avviso di accertamento non ha un contenuto meramente ricognitivo di un vincolo privatistico, nato prima e a prescindere dalla sua emanazione, bensì determina esso stesso - eventualmente in alternativa alla dichiarazione dei redditi - l’obbligazione tributaria, di modo che il contribuente, nei suoi confronti, è in una posizione di mera soggezione⁷⁵.

Si deve poi ricordare che l’impugnazione dell’avviso di accertamento è sottoposta ad un termine di decadenza e che lo stesso viene emanato da un soggetto terzo (l’amministrazione finanziaria) contro la volontà del contribuente.

Ciò posto, se la teoria “dichiarativa” non è in grado di spiegare adeguatamente il fenomeno del processo tributario, e prima ancora, sul piano sostanziale, dell’obbligazione tributaria, potrebbe invece risultare preziosa, *mutatis mutandis*, ai fini della nostra indagine.

Infatti, l’atto di certificazione, come si è visto a suo tempo, è un mero atto amministrativo, di carattere vincolato e non integra un elemento costitutivo della fattispecie del contratto di lavoro, bensì ne opera dall’esterno la qualificazione.

⁷³ C. CONSOLO, *op. loc. cit.*

⁷⁴ C. CONSOLO, *Processo e accertamento fra responsabilità contributiva e debito tributario*, cit., p. 1039.

⁷⁵ C. CONSOLO, *Processo e accertamento fra responsabilità contributiva e debito tributario*, cit., p. 1037.

Si tratta del medesimo genere di caratteri che la menzionata teoria “dichiarativa” attribuiva all’avviso di accertamento, tenendo altresì conto che per la certificazione non sussistono le pregiudiziali, se così le vogliamo chiamare, date dal termine di decadenza per l’impugnazione⁷⁶ e dall’estraneità dell’atto rispetto alla volontà del destinatario.

E’ quindi possibile immaginare che il legislatore, nel delineare il sistema dei “rimedi” contro la certificazione, abbia approntato uno strumento *ad hoc* diretto a farne venir meno gli effetti, dunque con l’obiettivo ultimo di verificarne l’attualità o la correttezza, sebbene il processo attenga in primo luogo al rapporto sottostante e non a presunti vizi dell’atto.

In altre parole, in virtù della sua funzione - di dare certezza in ordine alla qualificazione dei contratti di lavoro, a beneficio delle parti ma, verosimilmente, in primo luogo del datore di lavoro - sembra che l’atto di certificazione goda di una particolare forza, consistente nell’obbligo per il giudice di attenervisi fino a quando non venga direttamente investito, con l’apposito ricorso, della questione attinente alla sua correttezza.

Così inteso il sistema dei rimedi, gli effetti dell’atto di certificazione verrebbero meno non tanto perché demoliti da una sentenza costitutiva, quanto, piuttosto, perché superati dal prevalente accertamento del giudice - anche solo di primo grado⁷⁷, ma pur sempre suscettibile di passare in giudicato -, al quale, con il ricorso esperito ai sensi dell’art. 80, co. 1 verrebbe restituito il potere di decidere in ordine alla corretta qualificazione da attribuire al contratto certificato.

Possiamo poi convenire con quanto affermato da una parte della dottrina ad avviso della quale un’eventuale sentenza di accoglimento farebbe cadere una volta per tutte, e nei confronti di chiunque, anche dei terzi, gli effetti dell’atto di certificazione⁷⁸.

⁷⁶ Cfr., sul punto, P. BELLOCCHI (*L’impugnazione della certificazione*, cit., p. 1117, L. NOGLER, *Rapporto contributivo e certificazione*, cit., p. 1125 s.), che giustamente rileva come l’impugnazione debba “essere proposta entro i termini di prescrizione dei diritti fatti valere (...) *com’è del resto nella logica dell’azione (di per sé imprescrittibile) di accertamento della natura del rapporto di lavoro* (corsivo nostro)”.

⁷⁷ Opinione ormai pressoché pacifica in dottrina sulla base del riferimento, contenuto nell’art. 79, alla “sentenza di merito”. Per tutti v. L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all’interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 256 ss.; A. VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 109.

⁷⁸ P. BELLOCCHI, *L’impugnazione della certificazione*, cit., p. 1125.

Quanto fin qui sostenuto porta quindi a negare la possibilità di ottenere un accertamento in via incidentale della natura di un contratto certificato⁷⁹.

Qualora dovesse essere esperito un ricorso per far valere diritti fondati su una qualificazione del contratto di lavoro diversa rispetto a quella contenuta nell'atto di certificazione senza ricorrere agli apposti rimedi approntati dall'art. 80, co. 1, dunque, a fronte di un'eccezione in tal senso sollevata dal convenuto, o anche solo d'ufficio dal giudice⁸⁰, bisognerebbe eventualmente immaginare la possibilità di proporre, in via riconvenzionale⁸¹, una domanda di accertamento ai sensi del menzionato art. 80, co. 1.

Sarebbe stata tuttavia opportuna, sul punto, una disciplina specifica. A parte la necessità di esperire l'apposito tentativo di conciliazione, infatti, in tal caso bisognerebbe forse anche sospendere il processo principale in attesa del giudizio sulla certificazione, quantomeno laddove i due giudizi seguano riti differenti, previdenziale (es. opposizione a cartella di pagamento) o civile (es. opposizione alle ordinanze - ingiunzione) l'uno, del lavoro l'altro.

Il giudice del lavoro è poi anche obbligato a non concedere decreti ingiuntivi basati su una qualificazione del contratto di lavoro difforme rispetto a quella contenuta nell'atto di certificazione⁸².

Non riteniamo che in tal modo sia pregiudicato il diritto delle parti di far valere in giudizio le proprie ragioni a tal punto da configurare una violazione del canone costituzionale di cui all'art. 24 Cost.⁸³, anche in virtù del disposto dell'art.

⁷⁹ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 327 s. *Contra*, per tutti, L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 255 s.; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 654.

⁸⁰ Così M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 320. *Contra* G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione*, cit., p. 618 s.

⁸¹ Cfr. A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 654, ad avviso del quale "deve convenirsi (...) quanto meno sulla ammissibilità e sufficienza di una domanda riconvenzionale".

⁸² *Contra* L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 256 s.; nonché G. COSTANTINO, *Profili processuali della certificazione*, cit., p. 617 s., il quale, dopo aver giustamente rilevato che il lavoratore "non potrà far valere crediti derivanti da rapporti diversi da quelli certificati nelle forme del procedimento per ingiunzione" prosegue poi rilevando che, qualora questi lo facesse "nell'ambito dei successivi giudizi a cognizione piena, potrà chiedere che l'accertamento della invalidità o della inefficacia della certificazione sia compiuto in quella sede".

⁸³ Cfr. M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 597, per il quale il giudice aveva solo due possibilità: o la qualificazione vincolava il giudice nella qualificazione, ma allora la norma sarebbe stata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 102 e/o dell'art. 24 Cost.,

79, che ammette comunque la possibilità di chiedere provvedimenti cautelari, idonei a superare gli effetti della certificazione, nelle more del giudizio, a tutela delle situazioni di necessità e urgenza⁸⁴.

Siamo consapevoli del fatto che la lettura del dettato degli artt. 79 e 80 qui proposta si muove in direzione opposta rispetto alla prassi nonché, probabilmente, all'opinione maggioritaria, tuttavia solo in tal modo, a nostro parere, è possibile restituire un po' di coerenza ed effettività, valorizzando la finalità deflattiva posta a base dell'istituto, ad una disciplina che, altrimenti, rischierebbe di svuotarsi di contenuto e di efficacia giuridica.

Delineata la struttura dei ricorsi previsti dall'art. 80, co. 1, a chiusura dell'analisi dei "rimedi" per erronea qualificazione e per difformità, riteniamo necessario operare qualche breve considerazione in ordine al tema dell'efficacia probatoria della certificazione, sebbene si tratti di argomento che richiederebbe ben altro approfondimento.

Sul punto, abbiamo già evidenziato la nostra adesione all'opinione che, in linea di massima, nega efficacia probatoria all'atto di certificazione, poiché attiene ad un giudizio qualificatorio e non all'accertamento di fatti⁸⁵.

D'altronde, com'è stato correttamente rilevato, si potrebbe anche aggiungere che, seppure indirettamente, l'atto di certificazione è oggetto di verifica giudiziale, di modo che non può, allo stesso tempo, fungere da prova⁸⁶.

Abbiamo però anche visto che nel corso del procedimento di certificazione le parti rendono dichiarazioni e pongono in essere comportamenti che vengono verbalizzati⁸⁷.

Si tratta di elementi di fatto che probabilmente dovrebbero valere in giudizio, quantomeno alla stregua di argomenti di prova⁸⁸. Tuttavia l'economia di questo studio non consente un adeguato approfondimento dell'efficacia probatoria dei menzionati verbali - dei quali abbiamo escluso, seppur dubitativamente, quantomeno

ovvero - ed è questa la strada praticata, la certificazione poteva costituire solo uno degli elementi sui quali si fonda il libero convincimento del giudice".

⁸⁴ Cfr. P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1121 s. che ritiene tale circostanza "un elemento decisivo a favore della esclusività dei ricorsi giurisdizionali indicati dall'art. 80"; così anche G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 371 s.

⁸⁵ Per tutti v. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 210.

⁸⁶ G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 375 ss.

⁸⁷ *Supra*, cap. II, par. 2.4.

⁸⁸ *Supra*, par. 2.1., testo e nt. 33.

la natura di atto pubblico - con riguardo alla veridicità delle affermazioni effettuate e dei comportamenti attuati in presenza dei certificatori⁸⁹.

3. *L'impugnazione per vizi del consenso.*

Come già evidenziato, l'impugnazione dell'atto di certificazione per vizi del consenso è stata introdotta in sede di stesura del d.lgs. n. 276/2003 - nel silenzio della l. n. 30/2003 - probabilmente in risposta ai dubbi di costituzionalità prospettati da parte della dottrina in sede di commento alla legge delega⁹⁰.

La risposta, tuttavia, non sembra aver corrisposto alle attese, suscitando una vera e propria ondata di critiche, dubbi e perplessità.

Infatti, è subito apparsa difficilmente sostenibile, agli occhi della dottrina maggioritaria, qualunque interpretazione che volesse rimanere fedele al dettato letterale dell'art. 80, co. 1, ultima parte.

In particolare, poiché l'atto di certificazione non presuppone nessun consenso⁹¹ e gli eventuali vizi della volontà dei membri delle commissioni potrebbero tutt'al più essere fatti valere di fronte al T.A.R. - se e nella misura in cui si traducano in una fattispecie di eccesso di potere - si deve escludere che i vizi del consenso di cui al menzionato art. 80 possano essere riferiti direttamente all'atto di certificazione⁹².

D'altronde, quest'ultimo non attiene al contenuto del contratto per cui non potrebbe nemmeno ritenersi che i vizi della volontà delle parti si traducano in altrettante ipotesi di impugnazione dell'atto di certificazione⁹³.

Così opinando, fra l'altro, si rischierebbe di perpetuare l'originaria confusione di piani fra contratto certificato e atto di certificazione - quello che è stato definito il "vizio tecnico-dogmatico d'origine del modello modenese"⁹⁴ - immaginando che

⁸⁹ V. *supra*, cap. II, par. 2.4, testo e nt. 157.

⁹⁰ *Supra*, cap. I, paragrafi 4 e 5.

⁹¹ E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 563.

⁹² Cfr. A. PIOVESANA, *I vizi della volontà nel rapporto di lavoro*, cit., p. 231.

⁹³ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 331; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 368

⁹⁴ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 208.

quest'ultimo possa in qualche modo validare una inesistente volontà qualificatoria dei contraenti⁹⁵.

Si è ritenuto pertanto che il legislatore, con una dizione letterale impropria⁹⁶, abbia in realtà semplicemente inteso ribadire, per l'appunto, che l'atto di certificazione non incide sulla possibilità di chiedere direttamente l'annullamento del contratto in base alle regole comuni dettate dal codice civile, cui farebbe seguito, naturalmente, la caducazione della certificazione stessa⁹⁷.

Sono state però avanzate in dottrina anche ulteriori e diverse proposte ricostruttive, propense invece a valorizzare, in chiave sistematica, il collegamento fra vizi del consenso e atto di certificazione.

Così, è stato sostenuto che la norma in esame sarebbe stata posta a presidio della natura volontaria del procedimento di certificazione, più volte ribadita dal legislatore, consentendo alle parti di impugnare la certificazione perché frutto di un procedimento introdotto con un'istanza viziata.

Sarebbe pertanto necessario “tenere distinti i vizi del volere relativi alla stipulazione del contratto dai vizi della volontà dalla quale dipende l'assoggettamento delle parti al potere di accertamento dell'organo di certificazione”⁹⁸.

Seppure questa teoria ha l'indubbio pregio di restituire un significato precettivo al disposto dell'art. 80, co. 1, ultima parte, diversamente confinato ad un valore meramente ricognitivo di principi ricavabili *aliunde*, riteniamo tuttavia di non potervi accedere.

A prescindere dal rilievo - da vagliare alla luce di quanto diremo nel prossimo paragrafo - che i vizi dell'istanza comune dovrebbero essere fatti valere davanti al giudice amministrativo quali vizi del procedimento ai sensi dell'art. 80, co. 5⁹⁹, a

⁹⁵ Cfr. L. NOGLER (*op. loc. cit.*) il quale perviene alla conclusione che il ricorso per vizi del consenso, essendo prospettabile “nei soli confronti del contenuto dell'accordo contrattuale”, non potrebbe venire in considerazione nei confronti della certificazione-qualificazione.

⁹⁶ A. VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 110.

⁹⁷ Fra i tanti v. A. VALLEBONA, *op. loc. cit.*; L. DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, cit., p. 253; M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 599; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 368; V. ANGIOLINI - L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., p. 370; V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 196.

⁹⁸ M. TREMOLADA, *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, cit., p. 331 s.

⁹⁹ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 35; P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1130.

nostro avviso si frappone all'accoglimento della riportata teoria un ostacolo di carattere squisitamente processuale.

In particolare, riteniamo non sia possibile rinvenire in alcun caso un interesse ad agire che giustifichi un'autonoma impugnazione dell'istanza, qualora anche fosse frutto di un consenso viziato.

Infatti, nel caso in cui all'istanza viziata facesse seguito un atto di certificazione a sua volta errato, le parti dovrebbero ricorrere al giudice del lavoro per erronea qualificazione o difformità esecutiva.

Qualora invece la certificazione fosse corretta, non riusciamo a intravedere un beneficio per le parti, dunque un interesse ad agire, nella caducazione dell'atto di certificazione, poiché il contratto che le lega rimarrebbe comunque in piedi, né, per ciò solo, ne muterebbe la qualificazione.

E' stato poi anche sostenuto che la possibilità di impugnare la certificazione per vizi del consenso induca a ritenere che questa non sia strutturata alla stregua di un mero atto amministrativo, bensì quale atto complesso comprensivo dell'atto di certificazione in senso stretto e dell'istanza comune, la quale, a sua volta, andrebbe letta come un vero e proprio negozio giuridico, oggetto dell'impugnazione in esame¹⁰⁰.

Riportandoci a quanto già esposto in precedenza, sia per un rapido approfondimento della riportata teoria, sia per quanto attiene alle ragioni che non permettono, a nostro avviso, di vedere nell'istanza comune un negozio giuridico¹⁰¹, ci sembra in ogni caso che questa lettura vada incontro alla stessa obiezione poco sopra formulata relativa alla carenza di interesse ad agire in capo alle parti.

Non resta quindi che aderire all'opinione maggioritaria, non senza però aggiungere qualche precisazione.

Si può infatti pensare, come prospettato da una parte della dottrina, che l'impugnazione per vizi del consenso debba essere collegata all'attività di assistenza e consulenza¹⁰², con la quale le commissioni potrebbero aver indotto in errore le parti; si tratterebbe in ogni caso, a nostro avviso, di ipotesi residuali.

¹⁰⁰ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 33 ss.

¹⁰¹ *Supra*, cap. II, par. 2.2.

¹⁰² C. FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, cit., p. 90 ss.; ID., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, cit., p. 288 ss.; P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1130; nonché, forse, C. CESTER, *La procedura di certificazione*, cit., p. 471.

Contrariamente a quanto da più parti sostenuto¹⁰³, infatti, ci sembra difficile configurare un errore di diritto indotto dall'erronea qualificazione operata dalla commissione¹⁰⁴, quantomeno se si aderisce all'opinione in base alla quale l'errore che rileva ai sensi dell'art. 1429, n. 4, c.c. "va riguardato come fatto giuridico (...) ogniqualevolta il soggetto si è indotto a contrarre ignorando una data situazione *esterna* (corsivo nostro) configurata da una norma" cosicché "l'errore sulla denominazione e quindi sulla qualificazione giuridica del contratto è irrilevante"¹⁰⁵.

In altre parole, l'errore deve attenere "alla natura del contratto o al profilo oggettivo e soggettivo" e non potrebbe riguardare nemmeno l'"assetto disciplinare frutto di sostituzione ex art. 1339"¹⁰⁶.

Potrebbe quindi essere posto alla base di un'azione di annullamento l'errore che cada sulla definizione del contenuto delle obbligazioni essenziali, a nulla rilevando, in caso contrario, che la commissione, ad es., qualifichi, errando, un contratto di lavoro subordinato come contratto di lavoro a progetto.

Gli stessi argomenti, poi, devono essere applicati, a nostro avviso, all'errore di fatto sulla natura del contratto.

E' stata anche prospettata l'eventualità del ricorso all'istituto della presupposizione qualora la correttezza della qualificazione contenuta nell'atto di certificazione "potesse ritenersi tenuta presente dai contraenti (...) nella formazione del loro consenso come presupposto avente valore determinante ai fini dell'esistenza e del permanere del vincolo contrattuale"¹⁰⁷.

Tuttavia, è stato già obiettato in dottrina, riteniamo fondatamente, che la presupposizione rileva in presenza di una situazione esterna al negozio -laddove, nel caso di specie, la certificazione viene meno ad opera di una delle parti - di modo che "la riqualificazione del contratto può essere considerata tale nelle rarissime ipotesi in

¹⁰³ A. PIOVESANA, *I vizi della volontà nel rapporto di lavoro*, cit., p. 232 ss.; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 834 ss.; A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 657; E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 535.

¹⁰⁴ Conf. L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 235.

¹⁰⁵ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XII ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 964 s.

¹⁰⁶ F. GAZZONI, *op. loc. cit.*

¹⁰⁷ E. GHERA, *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 535.

cui essa è dovuta al sopraggiungere di una novità normativa la quale dovrebbe, per di più, essere dotata di efficacia retroattiva¹⁰⁸.

4. *L'impugnazione dell'atto di certificazione davanti al T.A.R.*

Anche la competenza del T.A.R. in ordine all'impugnazione dell'atto di certificazione per violazione del procedimento o per eccesso di potere, alla stregua di quanto già visto per i vizi del consenso, è stata introdotta dal legislatore delegato a seguito dei dubbi di costituzionalità avanzati in dottrina a margine della legge delega n. 30 del 2003¹⁰⁹.

Né si può dire che alla competenza del giudice amministrativo sia stata riservata da parte dei commentatori migliore accoglienza rispetto a quanto già visto in ordine ai vizi del consenso.

Ha suscitato perplessità, in particolare, la possibilità di impugnare la certificazione per eccesso di potere, non essendo riscontrabile alcuna manifestazione di discrezionalità amministrativa nell'attività dei certificatori; pertanto si è detto che "la sua previsione sembra essere un eccesso di cautela del legislatore (...) o, più verosimilmente, un suo errore tecnico"¹¹⁰.

Parimenti, è stata subito rilevata l'anomalia della disposizione in esame che, in luogo dei classici tre vizi dell'atto amministrativo (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere), si limita ad elencare, accanto all'eccesso di potere, la violazione del procedimento¹¹¹.

¹⁰⁸ L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 235 s.; cui adde V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 298 s.

¹⁰⁹ Cfr. V. SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, cit., p. 290 s.; nonché L. NOGLER, *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, cit., p. 122.

¹¹⁰ E. GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., 291; ID., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in E. GHERA, *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 113. V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 211 s. Non dissimile l'opinione di L. NOGLER (*La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 234) ad avviso del quale la competenza del T.A.R. avrebbe potuto assumere un significato solo qualora con la certificazione fosse stata introdotta la "derogabilità assistita". Cfr. altresì E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 561 s.; V. ANGIOLINI - L. FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., p. 373.

¹¹¹ V. SPEZIALE, *Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 212. F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 39, che prospetta sul punto un profilo di incostituzionalità del decreto delegato per violazione dell'art. 113 Cost. Cfr. altresì P. TULLINI, *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 850, ad avviso della quale la disposizione in esame, in base ai principi generali, non potrebbe "impedire o limitare il ricorso delle parti al giudice amministrativo", salvo precisare che "l'apparente difetto di tutela risulterà almeno parzialmente rimediato tenuto conto che le diverse ipotesi considerate possono comunque essere

Peraltro, stemperati con il passare del tempo i toni più critici¹¹², sono state prospettate in dottrina anche letture tese a valorizzare il dettato dell'art. 80, co. 5, in particolare con riguardo all'eccesso di potere.

Qualche Autore quindi ha ipotizzato che il legislatore, con "intento empirico e non teorico (abbia inteso) riferire all'accertamento valutativo di cui all'art. 75, d.lgs. n. 276/2003 quei difetti dell'atto amministrativo che, sia pur normalmente catalogati come «forme sintomatiche dell'eccesso di potere», possono tuttavia riscontrarsi in atti non discrezionali»¹¹³.

Si è poi anche sostenuto che potrebbero ben prospettarsi ipotesi di eccesso di potere anche in ordine ad attività caratterizzate dalla sola presenza di discrezionalità tecnica, come quella dei certificatori¹¹⁴.

Gli esempi portati attengono al travisamento dei fatti, al difetto o alla contraddittorietà della motivazione, nonché al contrasto con i precedenti e alla disparità di trattamento.

Né sono mancati tentativi di attribuire alle commissioni di certificazione l'esercizio di vera e propria discrezionalità amministrativa, in particolare nell'*an*, ovvero sia nella decisione se emanare o meno l'atto¹¹⁵.

Per parte nostra, al fine di pervenire all'identificazione delle fattispecie da ricondurre alla figura dell'eccesso di potere richiamata dall'art. 80, co. 5, riteniamo utile riportare, seppure sinteticamente, le penetranti osservazioni operate sul punto da un'attenta dottrina amministrativistica¹¹⁶.

denunciate sotto il profilo del vizio procedurale"; nonché V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 317, che ritiene l'ipotesi della violazione di legge "assorbita nelle altre due categorie"

¹¹² Cfr. A. PIOVESANA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 827.

¹¹³ A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 659, nonché V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 317 ss. Sul punto v., tuttavia, L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 234, nt. 142, che, a nostro avviso condivisibilmente, fa notare come alle forme sintomatiche possano "essere riferite le medesime osservazioni critiche espresse nei confronti dell'eccesso di potere stesso".

¹¹⁴ V. BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, cit., p. 414 s.; A. PIOVESANA, *I vizi della volontà nel rapporto di lavoro*, cit., p. 827; F. M. CARINI, *L'istituto della certificazione nel d. lgs. 276/2003*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, cit., p. 287 s.; M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 737 s. P. TULLINI, *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 849.

¹¹⁵ Così V. D'ORONZO, *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, cit., p. 315; S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, cit., p. 500.

¹¹⁶ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 39 ss.

La ricostruzione operata dalla dottrina in esame prende le mosse dal presupposto, da noi condiviso, che l’atto di certificazione è un atto vincolato e prosegue individuando nei ricorsi previsti dall’art. 80, co. 1, segnatamente quello per erronea qualificazione, un rimedio di carattere impugnatorio¹¹⁷.

Passando all’esame del ricorso al T.A.R., l’Autore mette in luce come anche nei confronti degli atti vincolati sia possibile configurare ipotesi di eccesso di potere, che verrebbero ad identificarsi con la violazione di legge.

Si rileva infatti che l’eccesso di potere, in quanto vizio della funzione dell’atto, si può ben riscontrare negli atti vincolati tutte le volte in cui questi vengano adottati in difetto dei presupposti di legittimità i quali “esprimono, sotto il profilo funzionale, i «bisogni» a cui l’atto tende a sopperire e, in tal senso, le finalità che esso persegue”¹¹⁸.

A fronte di un atto vincolato non sarebbe invece possibile ricorrere ai c.d. vizi sintomatici poiché in tal caso “lo sviamento dell’atto dalla propria funzione istituzionale è solo dubbio, ma il giudice, non potendo risolvere il dilemma a pena di entrare nel merito amministrativo, si acquieta sull’esistenza del mero dubbio e, quindi, annulla. L’operazione, tuttavia, comporta che merito amministrativo vi sia e che l’atto sia caratterizzato da discrezionalità”¹¹⁹.

Tuttavia, ad ulteriore precisazione, si aggiunge che anche gli atti vincolati, a mente della l. n. 241/1990, devono essere motivati, “infatti, anche quando l’atto sia privo di discrezionalità, ugualmente l’Amministrazione deve dare conto dell’esistenza dei presupposti che giustificano la sua emanazione”¹²⁰.

Sarebbe quindi possibile riscontrare anche per questo tipo di atti il vizio di motivazione e con esso tutti i vizi sintomatici che vi sono riconducibili.

In tal caso, però, “il giudice non potrà basarsi sul solo sintomo, per annullare. Non sussistendo alcun merito da invadere (...) il giudice dovrà accertare se il presupposto sul quale l’Amministrazione ha insufficientemente motivato sia realmente esistente oppure no”.

Riportate queste considerazioni alla certificazione, la conclusione sarebbe che questa può essere censurata per eccesso di potere sia quando “sia stata assunta

¹¹⁷ Diversamente, il ricorso per difformità atterrebbe invece ad un giudizio di carattere dichiarativo. F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 40 s.

¹¹⁸ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 47.

¹¹⁹ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 48.

¹²⁰ F. VOLPE, *Relazione*, op. loc. cit.

mancandone i presupposti di legge, sia quando - sotto il profilo dei vizi sintomatici - (...) si dimostri essere insufficientemente motivata in merito ai presupposti medesimi, ovvero quando se ne contesti la falsa rappresentazione”¹²¹.

In tal modo, però, poiché “il presupposto di una data certificazione è carente nel caso in cui il rapporto di lavoro qualificato sia diverso da come esso è stato concretamente descritto nella certificazione stessa (...)”, si deve concludere che l’impugnazione per eccesso di potere è diretta a contestare proprio la corretta qualificazione del rapporto di lavoro, su cui, in definitiva, cadrà il giudicato del giudice amministrativo¹²².

A questo punto, non è difficile immaginare quali siano le conclusioni cui perviene la dottrina in esame.

Vi sarebbe, infatti, piena identità fra l’oggetto del giudizio civile (per erronea qualificazione) e quello del giudizio amministrativo (per eccesso di potere) - in violazione del canone costituzionale sul giudice naturale precostituito per legge - con il conseguente rischio concreto di un vero e proprio conflitto di giudicati¹²³.

Ora, a noi è sembrato che tutto ciò non fosse inevitabile.

In particolare, abbiamo già cercato di dimostrare nelle pagine precedenti che oggetto del giudizio ordinario non è l’atto amministrativo di certificazione e i suoi presunti vizi di legittimità, bensì il contratto di lavoro sottostante, nell’ambito di un giudizio dichiarativo che, in caso di accoglimento del ricorso, porta alla caducazione della certificazione stessa non in seguito ad annullamento, bensì perché superata dal prevalente accertamento giudiziale¹²⁴.

Se quanto abbiamo sostenuto è corretto, ci sembra di poter anche pervenire alla conclusione che in ordine alla questione concernente la corretta qualificazione del contratto di lavoro non vi sia spazio per un sindacato di legittimità del giudice amministrativo.

In altre parole, a nostro avviso il legislatore non ha inteso configurare la posizione delle parti in termini di soggezione alla potestà amministrativa della commissione, cui conseguirebbe l’attribuzione alle stesse di meri interessi legittimi,

¹²¹ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 49.

¹²² F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 49 s.

¹²³ F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 50 ss. L’Autore prosegue poi cercando di individuare il criterio cui dovrebbe attenersi il secondo giudice (quello ordinario o quello amministrativo) investito della medesima questione portata all’attenzione del primo.

¹²⁴ *Supra*, par. 2.2.

bensì ha riconosciuto loro veri e propri diritti soggettivi¹²⁵, oggetto di accertamento ad opera del giudice ordinario.

Riteniamo pertanto che al sindacato del giudice amministrativo vengano demandate solo le ipotesi di eccesso di potere che non implicino una valutazione in merito alla qualificazione del contratto di lavoro¹²⁶.

A parte il caso del diniego di certificazione, da più parti richiamato in dottrina¹²⁷, si tratterà probabilmente di fattispecie del tutto residuali.

Si può forse pensare, a tal proposito, ad alcuni casi di carenza di potere in concreto quali ad es. la determinazione dei destinatari della certificazione in contrasto con la richiesta delle parti¹²⁸.

E' più difficile da inquadrare, invece, l'ipotesi in cui la commissione certifichi un contratto con una qualificazione diversa rispetto a quella indicata dalle parti, per ipotesi in cui si dovrebbe forse pensare alla competenza del giudice del lavoro¹²⁹.

Si tratta indubbiamente di una ricostruzione che forza il dato letterale dell'art. 80, co. 5, tenendo tuttavia conto, ci sembra, di più ampie ragioni di carattere sistematico - concernenti, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti¹³⁰, l'interpretazione del regime dei rimedi esperibili avanti il giudice ordinario - nonché dei seri rischi, appena illustrati, cui andrebbe incontro una diversa lettura.

D'altronde, lo stesso *iter* legislativo che ha portato all'introduzione della disposizione in esame nel testo del decreto delegato sembra testimoniare la volontà del legislatore di evitare possibili *deficit* di tutela passibili di censure di incostituzionalità.

¹²⁵ Cfr. E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 561.

¹²⁶ Cfr. P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1131 s.; nonché, seppure adducendo esempi non condivisibili, A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 659 s. V. anche E. GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, cit., p. 560.

¹²⁷ V., per tutti, M. G. GAROFALO, *Contratti di lavoro e certificazione*, cit., p. 601; P. TULLINI, *Commento agli artt. 75 - 81*, cit., p. 850; S. GANDI, *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, cit., p. 505; P. BELLOCCHI, *op. loc. cit.* Un posizione particolare, sul punto, è assunta da V. SPEZIALE (*Commento agli artt. 75 - 84*, cit., p. 212), ad avviso del quale il giudice amministrativo potrebbe conoscere solo il diniego non motivato della commissione; laddove invece fosse presente una motivazione lacunosa o contraddittoria si dovrebbe parlare piuttosto di un vizio di violazione di legge, sottratto alla competenza del T.A.R.

¹²⁸ P. BELLOCCHI, *op. loc. cit.*; M. MAFFUCCINI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 738.

¹²⁹ Contra G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 384; M. MAFFUCCINI, *op. loc. cit.*

¹³⁰ *Supra*, par. 2.2.

Anche da questo punto di vista, sembra quindi preferibile favorire un'interpretazione che circoscriva, nei limiti in cui il dato normativo lo consenta, le possibili ricadute sistematiche dell'attribuzione di competenze in materia di certificazione al giudice amministrativo.

Meno problematica, da questo punto di vista, si presenta la competenza del T.A.R. in ordine ai vizi del procedimento, che riguarda, per la dottrina unanime, la violazione delle disposizioni contenute negli artt. 77 e 78, quali, ad es. la mancata comunicazione dell'istanza agli enti pubblici interessati da parte della D.P.L. o "il rilascio della certificazione malgrado la pendenza di altri procedimenti"¹³¹.

Come è stato giustamente rilevato¹³², si dovrà tuttavia tenere conto del disposto dell'art. 21 *octies* della l. n. 241/1990, in base al quale "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Né il provvedimento amministrativo è annullabile, in virtù del secondo comma del medesimo art. 21 *octies*, "per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Sulla base delle richiamate disposizioni, pertanto, il giudice amministrativo non potrà annullare un atto di certificazione, pur viziato, qualora contenga una qualificazione corretta¹³³.

¹³¹ P. BELLOCCHI, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 1131 s.; cui *adde*, per tutti, A. TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 660; G. FRANZA - P. POZZAGLIA, *L'impugnazione della certificazione*, cit., p. 384.

¹³² F. VOLPE, *Relazione*, cit., p. 41 ss.; P. BELLOCCHI, *op. loc. cit.*

¹³³ Sul punto v. ancora F. VOLPE, *Relazione*, *op. loc. cit.*, il quale giustamente mette in luce che il giudice amministrativo, per stabilire se annullare o meno la certificazione, dovrà comunque valutare, anche in tal caso, la correttezza della qualificazione ivi contenuta. Tale valutazione, però, rimane estranea alla cosa giudicata, di modo che sarebbe scongiurato il pericolo, prospettato nel testo, che si verifichi un contrasto di giudicati fra statuizione del giudice amministrativo e statuizione del giudice ordinario.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Jovene, Napoli, V, t. 2°, 1972.
- AA. VV., *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, Giuffré, Milano, 1993.
- AA. VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Udine 10 - 12 maggio 1991*, Giuffré, Milano, 1994.
- AA. VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, *Quaderni Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 21, 1998.
- AA. VV., *Scritti in onore di Mario Vellani, I*, Giuffré, Milano, 1998.
- AA. VV., *Lavoro, ritorno al passato. Critica del Libro bianco e della legge delega al governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, Ediesse, Roma, 2002.
- AA. VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Pesaro - Urbino, 24 - 25 maggio 2002*, Giuffré, Milano, 2003.
- AA. VV., *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del governo alle controproposte della Cgil*, Ediesse, Roma, 2003.
- AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Abano Terme - Padova, 21 - 22 maggio 2004*, Giuffré, Milano, 2004.
- AA. VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani, I*, Cedam, Padova, 2005.
- AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi, I*, Cedam, Padova, 2005.
- AA. VV., *Studi in onore di Mario Grandi*, Cedam, Padova, 2005
- ALLEVA P., *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, p. 887ss.
- ALLEVA P., *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Prima proposta di legge*, in Ghezzi G. (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, cit., p. 187 ss.

- ALLEVA P., *Le riforme della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, in *www.cgil.it*, 2008, p. 1 ss.
- ALLEVA P. - ANDREONI A. - ANGIOLINI V. - COCCIA F. - NACCARI G., *Un disegno autoritario nel metodo, eversivo nei contenuti. La legge delega al Governo sul mercato del lavoro*, in AA. VV., *Lavoro, ritorno al passato. Critica del Libro bianco e della legge delega al governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, cit., p. 69 ss.
- AMOROSO G. - DI CERBO V. - MARESCA A., *Il diritto del lavoro. I. Costituzione, Codice Civile e Leggi Speciali*, Giuffrè, Milano, seconda ed., 2007.
- AMOROSO G. - DI CERBO V. - MARESCA A., *Diritto del lavoro. IV. Il processo*, Giuffrè, Milano, terza ed., 2009.
- ANGIOLINI V. - FASSINA L., *Sulle procedure di certificazione*, in GHEZZI G. (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al d.lgs. n. 276/2003*, cit., p. 357 ss.
- AVONDOLA A., *Certificazione e legittimità costituzionale*, in DE LUCA TAMAJO R. - RUSCIANO M. - ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 305 ss.
- BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, (prima ed.), Soc. editr. Libr., Milano, 1901.
- BARASSI L. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, (seconda ed.), Soc. editr. Libr., Milano, 1915 - 1917.
- BARBIERI E. M., *Aspetti processuali della certificazione dei contratti di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, p. 618 ss.
- BARCHI R., *La certificazione dei rapporti di lavoro: profili processuali*, in AA. VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 427 ss..
- BELLAVISTA A., *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 16/2004, p. 1 ss.
- BELLOCCHI P., *Le procedure di certificazione*, in AMOROSO G. - DI CERBO V. - MARESCA A., *Il diritto del lavoro. I. Costituzione, Codice Civile e Leggi Speciali*, cit., p. 1131 ss.
- BELLOCCHI P., *L'impugnazione della certificazione*, in AMOROSO G. - DI CERBO V. - MARESCA A., *Diritto del lavoro. IV. Il processo*, cit., p. 1110 ss.
- BIAGI M., *La «flessibilità certificata» del socio di cooperativa*, in *G. Lav.*, 1998, n. 38, p. 12 ss.

- BIAGI M., *Progettare per modernizzare*, in appendice a. Treu T, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 269 ss.
- BIAGI M. - TIRABOSCHI M., *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno «Statuto dei lavori»?», in Lav. Dir., 1999, p. 571 ss.*
- BIZZARRO C., *Appalto e certificazione*, nel Bollettino ADAPT n. 16/2007, p. 3 ss
- BIZZARRO C. - PASQUINI F. - TIRABOSCHI M. - VENTURI D., *Certification of labour contracts: a legal instrument for labour market regulation in Italy*, in Bollettino ADAPT n. 24/2009, p. 1 ss.
- BORTONE R. - DAMIANO C. - GOTTARDI D., *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Editori Riuniti, Roma, 2004.
- BRIDA E., *Onere della prova e certificazione*, in G. PERONE - A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p 357 ss.
- BRINO V., *La derogabilità assistita nel lavoro a progetto: potenzialità e limiti*, in Aa. Vv., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit., p. 289 ss.
- BRINO V., *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in *Lav. Dir.*, 2006, p. 383 ss.
- BUZANO M., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in www.csdn.it, p. 1 ss.
- CAMPANELLA P., *Intervento*, in Aa. Vv., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit., p. 314 ss.
- CANAPA C. F., *Il ruolo degli enti bilaterali*, in PELLACANI G. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, *Speciali G. Lav.*, *Speciali G. Lav.*, cit., p. 72 ss.
- CANNELLA G., *Delega al governo in materia di mercato del lavoro*, in Aa. Vv., *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del governo alle controproposte della Cgil*, cit., p. 15 ss.
- CAPURSO P., *Le opposizioni ai verbali ispettivi dopo i decreti legislativi n. 276/2003 e 124/2004*, in www.csdn.it, p. 1 ss.
- CARINCI F., *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in Id. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, I, Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di MISCIONE M. - RICCI M., cit., p. I ss.

- CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, I, Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, a cura di MISCIONE M. - RICCI M., Ipsoa, Milano, 2004.
- CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, IV, Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, a cura di BELLOCCHI P. - LUNARDON F. - SPEZIALE V., Ipsoa, Milano, 2004.
- CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario, II, Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER C., II ed., Utet, Torino, 2007.
- CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario, III, Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di MISCIONE M., II ed., Utet, Torino, 2007, p. 834 ss.
- CARINCI F. - MISCIONE M. (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, 2002.
- CARINCI M. T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2003.
- CARINCI M. T., *Le funzioni della certificazione*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, p. 1269 ss.
- CARINI F. M., *L'istituto della certificazione nel d. lgs. 276/2003*, cit., p. 263 ss.
- CESTER C., *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, in *Enc. Dir.*, vol. XL, Giuffrè, Milano, 1989, p. 984 ss.
- CESTER C., *Il futuro degli enti bilaterali: collaborazione e antagonismo alla prova della riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. Dir.*, 2003, p. 211 ss.
- CESTER C., *La procedura di certificazione*, in SUPPIEJ G. - DE CRISTOFARO M. - CESTER C., *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Cedam, Padova, terza ed., 2005, p. 467 ss.
- CESTER C., *Problemi applicativi dell'art. 2113 c.c.*, in SUPPIEJ G. - DE CRISTOFARO M. - CESTER C., *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, cit., p. 449 ss.
- CESTER C., *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, p. 341 ss.
- CONSOLO C., *«Pareri» del comitato per l'applicazione della normativa antielusiva e la loro sfuggente efficacia (Inversione dell'onere della prova, tax ruling o concretizzazione di precetti «aperti» in sede pre-processuale secondo il metodo delle Authotitie)*, in AA. VV., *Scritti in onore di Mario Vellani*, cit., p. 385 ss.

- CONSOLO C., *Processo e accertamento fra responsabilità contributiva e debito tributario*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2000, p. 1035 ss.
- CONTI A., *Il problema dell'indisponibilità del tipo contrattuale*, in PERONE G. - VALLEBONA A. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 149 ss.
- CORVINO A., *I chiarimenti ministeriali e dell'Inps*, in PELLACANI G. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, *Speciali G. Lav.*, cit., p. 45 ss.
- COSTANTINO G., *Profili processuali della certificazione*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, cit., p. 605 ss.
- CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006.
- D'ANTONA M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, in AA. VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, cit., p. 455 ss.
- D'ANTONA M., *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, p. 63 ss.
- D'ANTONA M., *Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Seconda proposta di legge*, in Ghezzi G. (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, cit., p. 195 ss.
- DE ANGELIS L., *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI F. - MISCIONE M. (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, cit., p. 95 ss.
- DE ANGELIS L., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI M. T. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, cit., p. 234 ss.
- DE ANGELIS L., *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, I, p. 235 ss.
- DE ANGELIS L., *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso?*, in DE LUCA TAMAJO R - RUSCIANO M. - ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 295 ss.
- DE ANGELIS L., *Contratti di lavoro a progetto: rilievi in tema di certificazione dopo il decreto n. 251 del 2004*, in *Foro It.*, V, 2005, col. 49 ss.
- DE LUCA TAMAJO R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976.

- DE LUCA TAMAJO R., *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l'emersione del «lavoro coordinato»*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1997, p. 41 ss.
- DE LUCA TAMAJO R., *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2003 (e del decreto correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, I, p. 521 ss.
- DE LUCA TAMAJO R. - FLAMMIA R. - PERSIANI M., *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in *Quaderni Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 21, *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, 1998, p. 331 ss.
- DE LUCA TAMAJO R. - PATERNÒ F., *Commento all'art. 84*, in DE LUCA TAMAJO R. - SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, cit., p. 942.
- DE LUCA TAMAJO R. - RUSCIANO M. - ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004.
- DE LUCA TAMAJO R. - SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, Cedam, Padova, 2007.
- DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Cedam, Padova, 1974.
- DEL CONTE M., *La procedura di certificazione dei contratti di lavoro e la c.d. «volontà assistita»: una lettura alternativa*, in *Bollettino ADAPT*, n. 36/2005, p. 1 ss.
- DEL CONTE M., *La procedura di certificazione e la «volontà assistita»*, in PELLACANI G. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, *Speciali G. Lav.*, cit., p. 21 ss.
- DELL'OLIO M., *Ordinamento civile e diritto del lavoro: tecniche, fonti, figure*, in AA. VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, I, cit., p. 101 ss.
- DONDI G., *Sull'istituto della certificazione nel d.lgs. n. 276 del 2003*, in *Dir. Lav.*, *Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, 2004, p. 1067 ss.
- D'ONGHIA M., *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2005.
- D'ORONZO V., *La certificazione nella riforma del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in *Lav. Giur.*, 2005, p. 312 ss.

- EMANUELE M., *La certificazione dell'appalto*, in ENRICO C. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro I nuovi contratti: lavoro pubblico e lavoro privato*, cit., p. 59 ss.
- ENRICO C. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro. I nuovi contratti: lavoro pubblico e lavoro privato*, Giuffrè, Milano, 2005.
- ENRICO C. - TIRABOSCHI M., *Certificazione e tipologie di lavoro flessibile nella riforma dei lavori: un primo passo verso lo Statuto dei lavori*, in Id. (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro. I nuovi contratti: lavoro pubblico e lavoro privato*, cit., p. 1 ss.
- FALERI C., *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2005, I, p. 75 ss.
- FALERI C., *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2007.
- FALZEA A., *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 205 ss.
- FANELLI O., *Quale disciplina per i lavori atipici*, in *Foro It.*, 2000, V, col. 17 ss.
- FERLUGA L., *La certificazione nel rapporto di lavoro dei soci di cooperativa*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, cit., p. 695 ss.
- FERRARO G., *La flessibilità in entrata alla luce del libro bianco sul mercato del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, 423 ss.
- FERRARO G., *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 30/2005, p. 1 ss.
- FOGLIA L., *I servizi ispettivi nel sistema riformato e deflazione del contenzioso*, in *Lav. Giur.*, 2006, p. 426 ss.
- FOGLIA R., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, cit., p. 367 ss.
- FOGLIA R., *Commento agli artt. 78 - 80*, in DE LUCA TAMAJO R. - SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, cit., p. 898 ss.
- FORNACIARI M., *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2002.

- FRANZA G. - POZZAGLIA P., *L'impugnazione della certificazione*, in PERONE G - VALLEBONA A. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 363 ss.
- GAETA L., *Teorie e metodologie della subordinazione*, in GAETA L. - TESAURO P., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, cit., p. 45 ss.
- GAETA L., *Subordinazione e autonomia nella dottrina*, in GAETA L. - TESAURO P., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, cit., p. 59 ss.
- GAETA L., *La «nuova» subordinazione e il suo futuro*, in GAETA L. - TESAURO P., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, cit., p. 205 ss.
- GAETA L. - TESAURO P., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, I, *La subordinazione*, Utet, Torino, 1993.
- GANDI S., *La certificazione dei contratti di lavoro tra utilità ed ambiguità*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 7, 2004, p. 485 ss.
- GAROFALO D., *Competenze e procedure della certificazione*, in Working paper ADAPT, n. 13/2005, p. 1 ss.
- GAROFALO M. G., *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, 359 ss.
- GAROFALO M. G., *Contratti di lavoro e certificazione*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, cit., p. 581 ss.
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XII ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006.
- GENTILI A., *L'autonomia assistita del diritto privato*, in PERONE G. - VALLEBONA A. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 387 s.
- GENTILI A., *La certificazione dei rapporti di lavoro: tra verità e accordo*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, cit., p. 803 ss.
- GHERA E., *Nuove tipologie contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2002, p. 527 ss.
- GHERA E., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R. - RUSCIANO M. - ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 277 ss.
- GHERA E., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 2006.
- GHERA E., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in GHERA E., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 85 ss.

- GHERA E, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in Id., *Il nuovo diritto del lavoro. Subordinazione e lavoro flessibile*, cit., p. 121 ss.
- GHERA E, *L'università e la certificazione dei contratti di lavoro*, in REGGIANI GELMINI P. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *Scuola, Università e Mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi. Le politiche per la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro*, cit., p. 547 ss.
- GHEZZI G. (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo unico*, Ediesse, Roma, 1996.
- GHEZZI G. (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al d.lgs. n. 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004.
- GIANNINI M. S, *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, p. 769 ss.
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1993.
- GRAGNOLI E., *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2004, I, p. 543 ss.
- GRAGNOLI E., *Intervento*, in AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Abano Terme - Padova, 21-22 maggio 2004*, cit., p. 237 ss.
- GRAGNOLI E., *Commento agli artt. 82 - 84*, in GRAGNOLI E. - PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, cit., p. 856 ss.
- GRAGNOLI E., *L'attività sindacale e la derogabilità assistita*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, I, p. 83 ss.
- GRAGNOLI E., *Certificazione e prime esperienze applicative*, in MARIUCCI L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, cit., p. 279 ss.
- GRAGNOLI E. - PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova, 2004.
- GRANDI B., *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2008, p. 339 ss.
- GUADAGNINO A., *Gli effetti della certificazione nei confronti degli enti previdenziali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2004, I, p. 575 ss.
- IANNELLO A., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2003, p. 895 ss.

- ICHINO P., *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Giuffré, Milano, 1989.
- ICHINO P., *Autonomia privata individuale e qualificazione del rapporto di lavoro*, in AA. VV., *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, cit., p. 17 ss.
- ICHINO P., *Norma inderogabile e valorizzazione dell'autonomia individuale nel diritto del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1990, I, p. 77 ss.
- ICHINO P., *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano, 1996.
- ICHINO P., *Il contratto di lavoro. I*, in CICU A. – MESSINEO S. (già diretto da), MENGONI L (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVII, t. 2°, Giuffré, Milano, 2000.
- ICHINO P., *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Giuffré, Milano, 2004.
- ICHINO P., *Una norma su licenziamenti e trasferimenti nel collegato alla finanziaria (d.d.l. n. 1167) allarga incredibilmente la discrezionalità del controllo giudiziale sul giustificato motivo, facendo del giudice del lavoro l'interprete unico dell'“interesse oggettivo dell'impresa”*, 2009, in www.pietroichino.it.
- LUNARDON F., *L'uso giurisprudenziale degli indici di subordinazione*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, p. 403 ss.
- LUNARDON F., *Ai confini dell'impero: il lavoro autonomo regolato (lavoro a progetto e lavoro occasionale) e la certificazione*, in *Lav. Giur.*, 2004, p. 265 ss.
- LUNARDON F., *La subordinazione*, in CARINCI F. (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER C., cit., p. 3 ss.
- MAFFUCCINI M., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Questione Giustizia*, 2004, 733 ss.
- MAGNANI M., *Disposizione dei diritti*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. *Comm.*, vol. V, Utet, Torino, 1990, p. 51 ss.
- MAGNANI M., *Verso uno «Statuto dei lavori»?* , in *Dir. Rel. Ind.*, 1998, p. 311 ss.
- MAGNANI M., *Intervento*, in AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit., p. 267 ss.
- MAGNANI M., *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2006.

- MAGNANI M., *La certificazione dei contratti di lavoro e le competenze delle sedi universitarie*, in REGGIANI GELMINI P. – TIRABOSCHI M. (a cura di), *Scuola, Università e Mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi. Le politiche per la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro*, cit., p. 559 ss.
- MAGNANI M. - VARESI P. A. (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino, 2005.
- MAGRINI S., *La certificazione dei contratti di lavoro ed il ruolo delle università*, in REGGIANI GELMINI P. – TIRABOSCHI M. (a cura di), *Scuola, Università e Mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi. Le politiche per la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro*, cit., p. 569 ss.
- MAMMONE G., *Commento all'art. 410 c.p.c.*, in G. AMOROSO - V. DI CERBO - A. MARESCA, *Diritto del lavoro. IV. Il processo*, cit., p. 69 ss.
- MARAZZA M., *Commento all'art. 82*, in DE LUCA TAMAJO R - SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, cit., p. 930 ss.
- MARIUCCI L., *La forza di un pensiero debole. Una critica del «Libro Bianco del lavoro»*, in AA. VV., *Lavoro, ritorno al passato. Critica del Libro bianco e della legge delega al governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, cit., p. 55 ss.
- MARIUCCI L., *Certificazione ed enti bilaterali*, in BORTONE R - DAMIANO C. - GOTTARDI D., *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, cit., p. 149 ss.
- MARIUCCI L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- MATTARELLA B. G., *Il provvedimento*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Giuffrè, Milano, 2003, seconda edizione, p. 797 ss.
- MAZZAROLLI L., *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in MAZZAROLLI L. - PERICU G. - ROMANO A. - ROVERSI MONACO F. A. - SCOCA F. G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Monduzzi, Bologna, 2001, p. 1786.
- MAZZOTTA O., *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, in AA. VV., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, cit., p. 9 ss.
- MENGHINI L., *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in AA. VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, cit., p. 143 ss.

- MENGONI L., *La questione della subordinazione in due trattazioni recenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1986, I, p. 5 ss.
- MISCIONE M., *Il collaboratore a progetto*, in *Lav. Giur.*, 2003, 812 ss.
- MONTUSCHI L., *Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. Dir.*, 1993, p. 21 ss.
- MORBIDELLI G., *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. A. ROVERSI MONACO - F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Monduzzi, Bologna, 2001, p. 1266.
- MORO A., *La certificazione dei contratti di lavoro in Lombardia. Le modifiche alla normativa in materia di certificazione dei contratti di lavoro nel disegno di legge n. 1167 all'esame del senato*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2009, p. 67 ss.
- NAPOLI M., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, in AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit. 9 ss.
- NOGLER L., *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, I, p. 182 ss.
- NOGLER L., *Saggio sull'efficacia regolativa del contratto collettivo*, Cedam, Padova, 1997.
- NOGLER L., *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1997, I, p. 311 ss.
- NOGLER L., *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, p. 109 ss.
- NOGLER L., *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, p. 110 ss.
- NOGLER L., *Commento agli artt. 75 - 81*, in PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., p. 869 ss.
- NOGLER L., *Commento agli artt. 82 - 84*, in PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, cit., p. 915 ss.
- NOGLER L., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2004, p. 203 ss.
- NOGLER L., *Statuto dei lavori e certificazione*, in *Dir. Lav., Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, 2004, p. 547 ss.

- NOGLER L., *Rapporto contributivo e certificazione*, in *Dir. Sic. Soc.*, 2005, I, p. 385 ss.
- NOVELLA M., *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, p. 509 ss.
- NOVELLA M., *Intervento*, in AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit., p. 329 ss.
- NOVELLA M., *Note sulle tecniche limitative dell'autonomia individuale nel lavoro a progetto*, in *Lav. Dir.*, 2004, p. 117 ss.,
- NOVELLA M., *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffré, Milano, 2009.
- PALADINO F., *Certificazione dei contratti di lavoro e teoria del negozio giuridico*, in PELLACANI G. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, *Speciali G. Lav.*, cit., p. 24 ss.
- PASQUINI F., *La certificazione dei contratti quale strumento deflattivo del contenzioso*, in *Bollettino ADAPT*, n. 11/2007, p. 19 ss.
- PASQUINI F., *Lavoro nei call center tra emersione e certificazione*, nel *Bollettino ADAPT* n. 16/2007, p. 5 ss
- PASQUINI F. (a cura di), *Due anni di certificazione*, in *Bollettino ADAPT*, n. 29/2007, p. 1 ss.
- PASQUINI F., *Autonomia, subordinazione, parasubordinazione: guida pratica alla certificazione di un contratto di lavoro. La certificazione come strumento per la corretta qualificazione del rapporto di lavoro*, IPI Srl, Vicenza, 2008.
- PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione. Poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Giuffré, Milano, 1985.
- PEDRAZZOLI M., *Classificazione dei rapporti di lavoro e prospettive di riforma*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1997, p. 957 ss.
- PEDRAZZOLI M., *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in AA. VV., *Autonomia e subordinazione: vecchi e nuovi modelli*, cit., p. 9 ss.
- PEDRAZZOLI M. (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro. D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna, 2004.

PELLACANI G., *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. La divergenza fra il programma contrattuale ed il concreto atteggiarsi del rapporto*, Giappichelli, Torino, 2002.

PELLACANI G., *Riflessioni critiche sulla certificazione dei contratti di lavoro*, in PELLACANI G. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, *Speciali G. Lav.*, cit., p. 8 ss.

PELLACANI G. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, *Speciali G. Lav.*, settembre 2005.

PELLACANI G. - TIRABOSCHI M., *Certificazione: è tempo di primi bilanci*, in ID., *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, *Speciali G. Lav.*, cit., p. 5.

PENNESI P. *La certificazione dei contratti di lavoro presso le dpl e le provincie*, in PELLACANI G. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive*, *Speciali G. Lav.*, cit., p. 58 ss.

PERINA L., *La certificazione nell'impianto della riforma Biagi del mercato del lavoro: finalità, natura ed effetti*, in ENRICO C. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro. I nuovi contratti: lavoro pubblico e lavoro privato*, cit., p. 3 ss.

PERONE G., *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in PERONE G. - VALLEBONA A. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 403 ss.

PERONE G., *Osservazioni sul valore giuridico della certificazione regolata dal d.lgs. n. 276 del 2003*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Grandi*, cit., p. 545 ss.

PERONE G. - VALLEBONA A. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004.

PERSIANI M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, Padova, 1966.

PERSIANI M., *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie del lavoro subordinato*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, cit., p. 843 ss.

- PERULLI A., *Il diritto del lavoro tra crisi della subordinazione e rinascita del lavoro autonomo*, in *Lav. Dir.*, 1997, p. 173 ss.
- PERULLI A., *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in AA. VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., p.
- PERULLI A., *La riforma del mercato del lavoro: bilancio e prospettive*, in MARIUCCI L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, cit., p. 189 ss.
- PESSI R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, Milano, 1989.
- PESSI R., *Organizzazione del lavoro e qualificazione dei rapporti*, in *Dir. Lav., Scritti in memoria di Salvatore Hernandez*, 2004, p. 591 ss.
- PESSI R., *I problemi del diritto del lavoro: proposte per un inventario*, Cedam, Padova, 2007.
- PINTO V., *Lavoro e nuove regole. Dal Libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004.
- PINTO V. - VOZA R., *Il governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro Bianco al disegno di legge delega*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2002, I, p. 453 ss.
- PIOVESANA A., *I vizi della volontà nel rapporto di lavoro*, Ipsoa, Milano, 2005.
- PIOVESANA A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario, III, Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di MISCIONE M., cit., p. 819 ss.
- PISANI C., *La norma inderogabile a precetto generico come fonte di incertezza*, in PERONE G. - VALLEBONA A. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 1 ss.
- PIZZOFERRATO A., *Giustizia privata del lavoro. Conciliazione e arbitrato*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXXII, Cedam, Padova, 2003.
- PIZZONIA D., *Rinunzie, transazioni e prescrizione: le origini del dibattito sul ruolo dell'autonomia individuale*, in PERONE G. - VALLEBONA A. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 99 ss.
- PROIA G., *Flessibilità e tutela nel contratto di lavoro subordinato*, in AA. VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, cit., p.
- PROIA G., *Rapporto di lavoro e tipo (considerazioni critiche)*, Giuffrè, Milano, 1997.

- PROIA G., *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, p. 87 ss.
- RAKIPI R. - PASQUINI F., *La certificazione dei contratti di lavoro: un nuovo tassello nella responsabilità sociale d'impresa*, in *Bollettino ADAPT*, n. 38/2006, p. 1 ss.
- REGGIANI GELMINI P. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *Scuola, Università e Mercato del lavoro dopo la Riforma Biagi. Le politiche per la transizione dai percorsi educativi e formativi al mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2006.
- RICCI G., *La certificazione del contratto di lavoro: obiettivi, potenzialità, limiti*, in DE LUCA TAMAJO R. - RUSCIANO M. - ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 329 ss.
- RIVERSO R., *La certificazione dopo la sperimentazione. Un istituto ancora da decodificare*, in *Lav. Giur.*, 2006, p. 5 ss.
- ROMAGNOLI U., *Radiografia di una riforma (Guida alla lettura del d.lgs. 276/2003, in materia di occupazione e mercato del lavoro)*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2003.
- ROMEO C., *Rilancio dell'autonomia privata nel diritto del lavoro e certificazione dei rapporti*, in *Lav. Giur.*, 2003, p. 108 ss.
- RUSCIANO M., *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in DE LUCA TAMAJO R. - RUSCIANO M. - ZOPPOLI L. (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, cit., p. 343 ss.
- RUSCIANO M., *La certificazione dei contratti di lavoro tra ipertrofia regolativa e incertezza applicativa*, in MARIUCCI L. (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, cit., p. 141 ss.
- RUSCIANO M. - ZOLI C. - ZOPPOLI L., *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.
- SALERNO G. C., *Certificazione dei contratti di lavoro e profili di diritto amministrativo*, in PELLACANI G. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive, Speciali G. Lav.*, cit., p. 35 ss.
- SANDULLI A., *Il procedimento*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Giuffrè, Milano, 2003, seconda edizione, p. 1180 ss.

- SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Ipsoa, Milano, 2006.
- SCARAMELLA R., *Certificazione dei contratti: uno strumento per ridurre il contenzioso previdenziale*, nota a Trib. Milano, sez. lav., 22 giugno 2009, n. 2647, in *G. Lav.*, 2009, 39, p. 34 s.
- SCHIAVONE G., *Le alternative alla giurisdizione: la certificazione ed il giudizio arbitrale di equità*, in *Diritto del Lavoro on Line* - www.unicz.it/lavoro/RICERCAMISCELLANEA.htm, p. 1 ss.
- SCIOTTI R., *Considerazioni sulla rilevanza qualificatoria della certificazione dei contratti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 24/2004, p. 1 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I, p. 95 ss.
- SIMITIS S., *Il diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1990, p. 87 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico – critici*, Morano, Napoli, 1967.
- SPAGNUOLO VIGORITA L., *Riflessioni in tema di continuità, impresa, rapporto di lavoro*, in Aa. Vv., *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, cit., p.1025 ss.
- SPEZIALE V., *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, p. 271 ss.
- SPEZIALE V., *Commento agli artt. 75 - 84*, in CARINCI F. (coordinato da), *Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, IV, Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 140 ss.
- SUPPIEJ G., *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Cedam, Padova, 1957.
- SUPPIEJ G., *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, in MAZZONI G. (fondata da), SUPPIEJ G. (diretta da), *Enc. Giur. Lav.*, vol. 4, Cedam, Padova, 1982.
- SUPPIEJ G. - DE CRISTOFARO M. - CESTER C., *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Cedam, Padova, terza ed., 2005.
- TATARELLI M., *L'eliminazione di un ingiustificato pregiudizio produrrà pochi vantaggi pratici per i titolari*, nota a C. Cost., 1 - 5 dicembre 2008, n. 399, in *G. Dir.*, 2009, 1, p. 60 ss.
- TESAURO P., *I criteri distintivi nella giurisprudenza*, in GAETA L. - TESAURO P., *Il rapporto di lavoro: subordinazione e costituzione*, cit., p. 81ss.

TIRABOSCHI M., *Premesse per uno studio della giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in AA. VV. *Autonomia negoziale e prestazioni di lavoro*, cit., p. 31 ss.

TIRABOSCHI M., *Tribunali Industriali e tecniche di tutela dei diritti dei lavoratori: il caso inglese*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1995, p. 161 ss.

TIRABOSCHI M., *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, in AA. VV., *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Pesaro–Urbino, 24–25 maggio 2002*, cit., p. 478 ss.

TIRABOSCHI M., *Nuove tutele sul mercato: le procedure di certificazione*, in ID. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, cit., p. 237 ss.

TIRABOSCHI M. (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004.

TIRABOSCHI M., *Le sedi universitarie*, in ENRICO C. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *Compendio critico per la certificazione dei contratti di lavoro*, cit., p. 107 ss.

TIRABOSCHI M., *L'istituto della certificazione tra decretazione ministeriale e circolari interpretative*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2005, p. 519 ss.

TIRABOSCHI M., *L'esperienza del Centro Studi Internazionali e Comparati «Marco Biagi»*, in PELLACANI G. - TIRABOSCHI M. (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative, problemi, soluzioni, prospettive, Speciali G. Lav.*, cit., p. 75 ss.

TOSI P., *Intervento*, in AA. VV., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit., p. 261 ss.

TREMOLADA M., *La certificazione dei contratti di lavoro tra autonomia privata, attività amministrativa e giurisdizione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, I, p. 307 ss.

TREMOLADA M., *Relazione al Convegno su «La certificazione dei contratti di lavoro in prospettiva interdisciplinare»* svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Padova - sede di Treviso, il 20 dicembre 2006.

TREU T., *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001.

TREU T., *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione et arbitrato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2003, p. 78 ss.

- TULLINI P., *Commento agli artt. 75 - 81*, in GRAGNOLI E – PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, cit., p. 819 ss.
- TULLINI P., *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, p. 423 ss.
- TURSI A., *La “volontà assistita” nel d.lgs. n. 276/2003*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, p. 247 ss.
- TURSI A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in MAGNANI M. – VARESI P. A. (a cura di) *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, cit., p. 595 ss..
- VALLEBONA A., *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *Dir. Lav.*, I, 1992, p. 479 ss.
- VALLEBONA A., *Alla ricerca della certezza perduta*, in *Giur. It.*, 2000, col. 1334 ss.
- VALLEBONA A., *Lavoro (certificazione dei contratti)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2003, p. 1 ss.
- VALLEBONA A., *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2004, I, p. 3 ss.
- VALLEBONA A., *Volontà assistita e certificazione dei contratti di lavoro: due modelli diversi*, in AA. VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. Studi in onore di Mattia Persiani*, I, cit., p. 825 ss.
- VALLEBONA A., *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, p. 253 ss.
- VALLEBONA A., *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Cedam, Padova, 2006.
- VALLEBONA A., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in ID., *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, cit., p. 107 ss.
- VALLEBONA A., *Processo del lavoro: un bilancio, un elogio e una proposta*, in ID., *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, cit., p. 115 ss.
- VALLEBONA A., *I disegni di riforma del processo del lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2007, p. 358 ss
- VOLPE F., *Relazione al Convegno su «La certificazione dei contratti di lavoro in prospettiva interdisciplinare»* svoltosi presso la Facoltà di Giurisprudenza di Padova - sede di Treviso, il 20 dicembre 2006 (dattiloscritto).

VOZA R., *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1998, p. 603 ss.

VOZA R., *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007.

ZOLI C., *Contratto e rapporto tra potere e autonomia nelle recenti riforme del diritto del lavoro*, in Aa. Vv., *Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*, cit. p. 73 ss.

ZOPPOLI L., *Certificazione dei contratti di lavoro e contrattazione collettiva*, in RUSCIANO M. - ZOLI C. - ZOPPOLI L., *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, cit., p. 335 ss.

Abstract

Il lavoro di tesi è dedicato all'analisi della disciplina della certificazione dei contratti di lavoro introdotta dagli artt. 75 ss. del d.lgs. n. 276/2003.

Filo conduttore dello studio, con il quale si affronta l'analisi dell'istituto sotto il profilo tecnico-dogmatico, è la costante attenzione alla finalità deflattiva del contenzioso giudiziale, assunta quale essenziale strumento fornito all'interprete dal legislatore con il quale indagare la razionalità interna della normativa.

In quest'ottica, sono stati trattati separatamente i due diversi piani di rilevanza della certificazione, cioè, quello dei rapporti sostanziali e quello delle relazioni con la giurisdizione.

Il primo livello d'indagine, a sua volta, considera la certificazione distintamente nelle sue tre diverse funzioni prospettate dalla dottrina, a seconda che attenga alla qualificazione del contratto, alla disposizione dei diritti, o alla c.d. derogabilità assistita.

Negata sostanzialmente questa terza funzione, sulla scia della dottrina dominante, si è riconosciuto un ruolo preponderante all'attività qualificatoria, senza disconoscere, tuttavia, i profili di disponibilità dei diritti che possono innestarsi nell'ambito del procedimento di certificazione, ma anche fuori da questo.

La centralità del profilo qualificatorio non comporta tuttavia che il procedimento di certificazione sia del tutto estraneo alla definizione del contenuto del contratto.

Sotto questo profilo, si ritiene che le parti possano sottoporre all'attenzione delle commissioni di certificazione esclusivamente una proposta di contratto che dovrà poi essere compiutamente definita con l'ausilio dei certificatori, nell'ambito dell'attività di assistenza e consulenza, solo all'esito della quale verrà emanato l'atto di certificazione.

Nell'ambito del procedimento di certificazione possono quindi riconoscersi due diverse attività, fra loro intrecciate, ma comunque distinte, l'una di assistenza nella definizione del contenuto dell'accordo, l'altra qualificatoria.

Solo quest'ultima, poi, entrerà a far parte della fase costitutiva del procedimento che sfocia nell'emanazione di un atto amministrativo vincolato, di natura non provvedimentoale, che accerta la natura del contratto.

Non si tratta quindi di mero parere né di un atto di certazione, bensì di un atto amministrativo di nuovo tipo, che partecipa della natura degli atti di accertamento - seppure non attenga a fatti ma si avvicini all'attività giudiziale di qualificazione - cui accedono caratteristiche del tutto peculiari.

Infatti, l'accertamento ivi contenuto riguarda non solo le dichiarazioni effettuate nel corso del procedimento, bensì anche la loro genuinità - e in tal modo anche eventuali accordi simulatori - ed i suoi effetti prevalgono sui comportamenti difformi attuati nel corso del rapporto, quindi anche con riguardo ad novazioni.

In particolare, si produce nei confronti del giudice e dei terzi direttamente, ma anche delle parti, indirettamente, l'obbligo di attenersi alla qualificazione attestata nell'atto di certificazione fino a che questa non venga superata dalla diversa qualificazione giudiziale di cui all'art. 80.

Si rivela pertanto centrale, per la ricostruzione del sistema, l'indagine sui "rimedi" contro la certificazione predisposti dal legislatore, con particolare riguardo ai ricorsi per erroneità e difformità esecutiva.

Sul punto, si perviene ad un'autonoma lettura del dettato normativo rispetto alle opzioni ricostruttive offerte dalla dottrina.

In particolare, viene dimostrata l'esclusività e l'autonomia dei ricorsi per erroneità e per difformità esecutiva senza tuttavia, sol per questo, vederne delle azioni costitutive di annullamento.

Infatti, anche prendendo spunto a tal fine dalle più risalenti elaborazioni sulla natura del processo tributario, si sostiene che i menzionati ricorsi introducano pur sempre un giudizio dichiarativo sulla natura del contratto certificato, giudizio che è diretto a far cadere gli effetti della certificazione in virtù della prevalenza dell'accertamento giudiziario su quello amministrativo.

Lo studio si conclude sostenendo che la competenza del giudice amministrativo - con particolare riguardo all'impugnazione per eccesso di potere - attiene esclusivamente alle fattispecie che non implicino un'autonoma statuizione da parte di tale giudice, anche solo indiretta, sulla natura del contratto di lavoro.

Abstract

This dissertation deals with the analysis of the discipline of certification of employment relationships as introduced by articles 75 ff. of d.lgs. n. 276/2003.

The theme running throughout this work, which analyses this institution from a technical/dogmatic point of view, is the constant attention paid to its aim of reducing the load of litigation, namely, the essential instrument that the legislator offers for investigating the rationality of the provision.

With this aim, the two fields of interest of the certification, that is to say, the field of substantial relations and that of the relations with the jurisdiction, were treated separately.

The first level of this investigation approaches the certification through its three distinct functions, according to whether it concerns the legal nature of a labour contract, the dismissal of rights or the so-called *derogabilità assistita* (assisted derogation).

After substantially denying the applicability of assisted derogation, on the basis of the prevailing doctrine, the assessment of the legal nature has been recognised a primary role in the interpretation, even though it has been also recognised that the aspect of the dismissal of rights has a part, whether within the context of the assessment or outside of it.

The central role of the qualification of labour contracts, however, does not imply that the certification process is totally alien to the definition of the contents of an agreement.

In this respect, it is believed that the parties can submit to the certification committees only a draft agreement, which shall be finalised with the help of the certifying authorities, in their role as consultants and supporters; only at the end of this process can the act of certification be actually issued.

Within the context of the certification process, therefore, two distinct but interconnected activities can be recognised, one aimed at helping to define the contents of the agreement, the other aimed at making the assessment.

Only the latter shall then become a part of the constitutive aspect of the process that ends with the issuing of a captive administrative instrument that identify the nature of an agreement.

It is not, therefore, a simple opinion or a legal qualification deed, rather, it is a new type of administrative act with a nature akin to that of assessments - even though it does not concern facts, being rather more like a judicial qualification activity - and with its own peculiar characteristics.

Indeed, the assessment contained therein concerns not only the statements made during the proceedings, but also their truthfulness - and thus, also, any agreements to lie - and its effects prevail over any non-compliant behaviours adopted during the relationship, and therefore also with regard to novations.

In particular, the judge and third parties directly, and the involved parties indirectly, are bound to observe the qualification described in the certification, until this is superseded by a different judicial qualification pursuant to art. 80.

Thus, it is essential, to reconstruct the system, to investigate the “remedies” against the certification made available by the law, with particular regard to claims of erroneous qualification and execution non conformity.

In this regard, this work presents an autonomous interpretation of the law, different from the options offered by the doctrine.

In particular, the exclusivity and autonomy of claims of erroneous qualification and execution non conformity is proven herein, without, however, this being considered sufficient reason for constitutive annulment actions.

Indeed, also on the basis of the more relevant elaborations on the nature of fiscal proceedings, it is stated herein that the mentioned claims introduce a declaratory judgment on the nature of the certified relationship, a judgment that aims at voiding the effects of certification on the basis of the prevalence of the judicial assessment over the administrative one.

This work ends claiming that the competence of the administrative judge - with particular regard to the contestation on the basis of manifest excess of powers - is limited exclusively to the cases that do not imply an autonomous ruling, not even an indirect one, by that judge, on the nature of the employment relationship.