

Antonio Riccio

I principali profili teorici e pratici della certificazione dei contratti di lavoro

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Dall'invito di Vallebona allo Statuto dei lavori. La finalità di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione tra "derogabilità assistita" e "volontà assistita". **3.** Dal Libro bianco sul mercato del lavoro al d.lgs. n. 276 del 2003. La ratio dell'istituto nel diritto positivo. **4.** L'endiadi certificazione e consulenza e l'ampliamento del fine deflattivo oltre la sola questione qualificatoria. **5.** La procedura, il provvedimento e gli effetti della certificazione. **6.** Le sedi di certificazione e la necessità di garantire la professionalità e imparzialità della procedura. **7.** Le altre funzioni affidate alle commissioni. **8.** Conclusioni.

1. Premessa

Non vi è dubbio che la certificazione dei contratti di lavoro rappresenti, nelle opinioni espresse in dottrina, uno degli istituti più controversi del diritto del lavoro italiano. Ciononostante, fatta eccezione per i molti scritti pubblicati a ridosso dei principali interventi normativi che l'hanno riguardato, l'istituto non ha riscosso una costante attenzione scientifica.

Ciò, verosimilmente, in ragione dell'affermarsi, in larga parte della dottrina, dell'idea della sostanziale scarsa utilità dello strumento nella realizzazione degli obiettivi che il legislatore intendeva perseguire con la sua introduzione. Idea, questa, che accomuna molti dei giudizi espressi sia da chi appare più aspramente critico sia da chi, invece, auspica un più ampio sviluppo dell'istituto.

Nelle pagine che seguono si tenterà di offrire una ricostruzione critica dell'argomento alla luce dei numerosi interventi legislativi che lo hanno riguardato e che si sono succeduti negli anni della sua ancor relativamente breve vita, proprio attraverso la lente della adeguatezza della disciplina ri-

spetto alla *ratio* ad essa sottesa. Questo consentirà, in conclusione, di offrire anche qualche breve considerazione *de iure condendo* sulle prospettive future della certificazione.

Proprio a tal fine si ritiene opportuno procedere secondo una linea investigativa che prenda avvio da una riflessione diacronica sulle funzioni e gli obiettivi che all'istituto erano affidati nelle elaborazioni teoriche che ne hanno preceduto la traduzione nel diritto positivo e ne hanno costituito le fondamenta. Per la medesima ragione, nella fase di analisi della disciplina, maggiormente ispirata alla prospettiva sincronica, si dovrà tener conto, per quanto possibile, dei maggiori snodi problematici emergenti dalla sua concreta applicazione. Ad avviso di chi scrive, infatti, soltanto adoperando come strumento d'indagine uno schema costituito dall'intrecciarsi di questi vari elementi – i) principi ispiratori e obiettivi; ii) disciplina legale; iii) concreta applicazione ed elementi rilevabili sul piano empirico – si potrà avere l'opportunità di esprimere una valutazione consapevole di pregi e difetti dell'istituto e della linea di politica del diritto che lo ispira.

2. *Dall'invito di Vallebona al Libro Bianco sul mercato del lavoro, passando per lo Statuto dei lavori. La finalità di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione tra “derogabilità assistita” e “volontà assistita”*

È trascorso ormai un ventennio dalla presentazione della *Ipotesi per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* di Marco Biagi e Michele Tiraboschi, elaborata su indicazione dell'allora Ministro del Lavoro Tiziano Treu¹ e dall'ingresso del termine certificazione nel lessico e nel dibattito giuslavoristico italiano².

A sua volta, nella Sezione che la riguardava, l'*Ipotesi* sviluppava, almeno in parte, la proposta avanzata da Antonio Vallebona, qualche anno prima, di

¹ V. BIAGI, *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, in *QDLRI*, 1998, pp. 346 ss. Per il dibattito scaturito intorno allo Statuto, senza pretesa di completezza, si vedano TREU, *Politiche del lavoro*, Il Mulino, 2002, p. 317 ss.; PEDRAZZOLI, *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in AA.Vv., *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli*, in *QDLRI*, 1998, p. 9 ss.; FERRARO, *Dal lavoro subordinato al lavoro autonomo*, in *DLRI*, 1998, p. 438 ss.; DEL PUNTA, *Statuto dei lavori e processo di riforma del diritto del lavoro*, in *DD*, p. 11 ss., 2004; NAPOLI, *Dallo Statuto dei lavoratori allo Statuto dei lavori*, in *DRI*, 1998, p. 297 ss.; MAGNANI, *Verso uno “Statuto dei lavori”?*, in *DRI*, 1998, p. 314 ss.

² Per una ricostruzione dell'iter di sviluppo storico dell'istituto si veda, AVONDOLA, *Legge, contratto e certificazione nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, Jovene, 2013, p. 93 ss.

valorizzazione della volontà individuale delle parti per rispondere alla diffusa esigenza, avvertita dall'Autore, di personalizzazione del programma negoziale e per far fronte ai costi, in termini di certezza del diritto, determinati dalla tecnica della norma inderogabile.

Valorizzazione che sarebbe stata perseguibile per mezzo dell'istituzione di una procedura di controllo preventivo delle pattuizioni individuali da svolgersi dinanzi a un soggetto terzo qualificato. Ciò avrebbe contribuito, inoltre, a sdrammatizzare “il problema della qualificazione del rapporto”³.

Un procedimento che avrebbe dovuto ricalcare il modello dell'art. 2113 c.c. in materia di rinunzie e transazioni, estendendosi “dalla fase di disposizione dei diritti alla fase della regolazione del rapporto, al fine di consentire, almeno per certi istituti, una disciplina individualizzata e certa, sottratta al controllo successivo del giudice circa il rispetto delle norme inderogabili proprio in quanto valutata ed approvata preventivamente dal soggetto garante indicato dalla legge”.

L'idea era, volendo sintetizzare, quella di mutuare gli schemi della “autonomia individuale assistita” dal diritto agrario e dal diritto delle locazioni, dove la disciplina eteronoma può essere derogata dalle parti con l'assistenza di determinati soggetti⁴.

Secondo Vallebona, quindi, il modello della derogabilità assistita sarebbe stato impiegabile “non solo per fissare la disciplina del rapporto di lavoro, ma anche per la preliminare scelta del tipo negoziale con particolare riferimento all'alternativa lavoro autonomo-lavoro subordinato ... regolata dalla norma inderogabile dell'art. 2094 c.c.”⁵, tanto che il soggetto terzo avrebbe dovuto “fornire *ex ante* una valutazione inoppugnabile circa la rispondenza dell'accordo proposto dalle parti al tipo negoziale prescelto, eventualmente avvalendosi di schemi predisposti in sede collettiva”⁶.

In tal modo, il ridimensionamento delle difficoltà legate all'incerta qualificazione del rapporto si sarebbe realizzato attraverso la sottoposizione della relazione negoziale alla “regolamentazione specifica e certa approvata in via preventiva”⁷.

³ VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: Prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, pp. 479 ss.

⁴ VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, 2007, p. 155 ss.

⁵ VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto*, cit., p. 480.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Ferma restando, naturalmente – ma è bene sottolinearlo –, “l'eventualità di controversie

Qualche anno più tardi, come già anticipato, con il termine “certificazione” l’idea viene per la prima volta raccolta e sviluppata da Biagi e Tiraboschi nel c.d. “Statuto dei lavori”. Dinanzi alle molteplici e spesso inconciliabili proposte di profonda rivisitazione del diritto del lavoro italiano che caratterizzavano il dibattito scientifico e sociale degli ultimi anni del secolo scorso⁸, i due Autori suggerivano l’obiettivo “meno ambizioso e, allo stesso tempo, più pragmatico” di realizzare uno “strumento diretto a garantire una maggiore certezza del diritto in materia di rapporti di lavoro” e “sostanzialmente preordinato alla riduzione del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro”⁹.

Questo obiettivo, che avrebbe avuto il merito sia di incontrare meno resistenze politiche sia di conciliare gli interessi, almeno sul piano potenziale, di tutti gli attori coinvolti¹⁰, si sarebbe dovuto realizzare procedendo “in due direzioni, solo apparentemente distinte, ma in realtà indissolubilmente legate l’una a l’altra”. Vale a dire attraverso la certificazione dei rapporti di lavoro, da un lato, e la rimodulazione delle tutele, dall’altro. Quest’ultima intesa come riduzione delle enormi differenze di trattamento normativo e contributivo che caratterizzavano i rapporti di lavoro autonomo e subordinato. In tali differenze erano individuate, infatti, le principali cause che contribuivano ad

fondare sull’affermazione di uno scostamento di fatto nella fase esecutiva del regolamento concordato”. *Ivi*, p. 481.

⁸ Si vedano, in particolare, GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Roma, Ediesse, 1996; DE LUCA TAMAJO, FLAMMIA, 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 *LI*, 1996, p. 75 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Per una revisione delle categorie qualificatorie del diritto del lavoro: l’emersione del “lavoro coordinato”*, in *ADL*, 1997, p. 41 ss.

⁹ V. BIAGI, *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori*, *cit.*, p. 349. In particolare, è interessante notare, alla luce dei tanti anni trascorsi e delle tante riforme lavoristiche succedutesi, quanto sostenuto nel 1998 dagli A. nel punto 4 della Ipotesi: “Non esistono prove, del resto, che una riforma del quadro legale (neppure una riforma nel segno della c.d. deregolazione) sia di per sé idonea, nel lungo periodo, a conseguire determinati obiettivi economici. Mentre l’idea di inseguire l’evoluzione del mercato del lavoro e/o del ciclo economico con una riforma complessiva della strumentazione giuridica potrebbe rivelarsi un’operazione inutile se non addirittura controproducente: si pensi, in proposito, alla recente esperienza spagnola che ha visto susseguirsi nell’arco degli ultimi anni, in rapida serie, ben tre riforme del mercato del lavoro che non hanno avuto altro risultato, al momento, se non quello di agevolare un eccessivo ricorso a tipologie di lavoro temporaneo e dunque un incontrollato *turn over* nella forza lavoro”.

¹⁰ *Ivi*.

alimentare la fuga dal lavoro subordinato e il ragguardevole contenzioso giudiziario in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro¹¹.

Anche nello Statuto, pertanto, il prefigurato meccanismo di validazione amministrativa dei rapporti di lavoro appariva, almeno in parte, strumentale all'individuazione di un'area di inderogabilità relativa gestibile dalle parti collettive, in sede di contrattazione collettiva, e/o dalle parti individuali, nella fase di costituzione del rapporto di lavoro. Gestione, quest'ultima, concessa solo dinanzi a un organo amministrativo o sindacale.

Non c'è dubbio, quindi, che nella fase gestazionale la certificazione rappresentasse, nell'idea dei suoi promotori, uno strumento volto – anche – alla rivisitazione del rapporto tra le fonti regolative del diritto del lavoro, con l'apertura di spazi di agibilità più o meno marcati all'autonomia individuale, purché assistita.

Vale già la pena di sottolineare, però, come l'obiettivo del superamento della rigida regola dell'inderogabilità¹² assoluta della norma legale o contrattuale-collettiva da parte dell'autonomia individuale non si ponesse affatto come esclusivo.

Piuttosto, come emerge anche dalla rubrica stessa del Titolo VII della *Bozza di Statuto*, la funzione principale affidata al meccanismo certificatorio era quella deflattiva del “contenzioso in materia di qualificazione del contratto di lavoro”¹³. Certo, si potrà poi discutere dell'efficacia della certificazione in assenza dell'altra costola immaginata dallo stesso Statuto, ovvero l'enucleazione di quegli spazi di inderogabilità relativa, ma questo resta un problema diverso, sul quale si avrà comunque modo di ritornare più avanti.

Già alla luce del disegno degli ideatori, e prima di passare a riflessioni più approfondite sul punto, scaturenti dall'analisi dei mutamenti subiti dall'istituto nel percorso della sua adozione legislativa, appare utile soffermarsi su alcuni rilievi riguardanti i termini della possibile riconduzione della certificazione nell'alveo dei meccanismi dell'autonomia individuale assistita. Ciò, in particolare, al fine di evitare fraintendimenti linguistici che possono generare inutili equivoci nell'opera di inquadramento sistematico.

¹¹ *Ivi*.

¹² Per una ricostruzione sistematica del principio dell'inderogabilità e del relativo, intenso, dibattito dottrinario, si veda, per tutti, NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009.

¹³ La *Bozza* è pubblicata in, *Il dibattito sui nuovi lavori: due disegni di legge a confronto per una difficile mediazione*, in *DRI*, 1999, p. 275 ss.

È noto, infatti, come nella dottrina lavoristica l'espressione autonomia individuale assistita sia sempre stata utilizzata per indicare la comune matrice di due possibili tecniche regolatorie. Quelle della disponibilità assistita e della derogabilità assistita. La prima, rivolta a subordinare l'efficacia e/o la validità del negozio, compiuto dal lavoratore e avente ad oggetto un diritto generalmente indisponibile, all'ausilio di un soggetto terzo. La seconda, più auspicata che realizzata, destinata ad aprire varchi nel principio dell'inderogabilità, grazie al medesimo meccanismo di assistenza, attraverso la concessione di margini di agibilità all'autonomia decisionale del lavoratore nella definizione di parte del regolamento contrattuale¹⁴.

Questa secca bipartizione sembrerebbe mettere in dubbio, a ben vedere, la stessa astratta riconducibilità della certificazione nell'alveo dell'autonomia individuale assistita e, più precisamente, nella sub-specie della derogabilità. Se è vero, infatti, che la procedura di certificazione descritta nell'*Ipotesi* e nella *Bozza di Statuto* risulta sempre intrinsecamente destinata ad assicurare assistenza alle parti, al fine di garantire una maggiore tenuta della qualificazione contrattuale, è altrettanto vero che l'attivazione del procedimento non è mai intrinsecamente subordinata – soltanto – alla volontà di avvalersi della possibilità di derogare al dato normativo sovraordinato. Sebbene questa possibilità appaia, nel complesso del progetto, chiaramente auspicata.

Piuttosto, nello Statuto il rapporto di dipendenza tra certificazione e derogabilità è invertito. Laddove, cioè, si ipotizzano spazi di derogabilità li si subordina all'espletamento della procedura, autonoma e finalizzata a ridurre il contenzioso lavoristico, di certificazione.

Che le procedure di certificazione non fossero necessariamente legate da alcun cordone ombelicale ad ipotesi di derogabilità emerge in maniera ancora più chiara dalla lettura del ddl n. 2049 del 1999, attraverso il quale l'istituto fa formalmente ingresso nel dibattito parlamentare. Limitato alla regolamentazione della sfera dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, infatti, il ddl conteneva principi e criteri direttivi di delega ai fini dell'adozione di una procedura volta, ancora, a ridurre il contenzioso in materia di qualificazione in nessun modo connessa a ipotesi di deroghe individuali assistite¹⁵.

Ciò avvalorava l'idea che l'utilità della strutturazione di procedure di cer-

¹⁴ Per tutti, VOZA, *L'autonomia individuale assistita*, cit., p. 36 ss.

¹⁵ D.d.l. n. 2049/1999, art. 17. Per il testo, *Il dibattito sui nuovi lavori*, cit., p. 275.

tificazione a fini deflattivi del contenzioso prescindesse dal più vasto progetto di ampliamento del peso assegnato dall'ordinamento all'autonomia individuale del lavoratore.

Slegando la certificazione dal tema della derogabilità assistita, come pure si dovrà fare sulla scorta della traduzione legislativa dell'istituto, si corre un rischio, però, che a nostro avviso sarebbe opportuno evitare. Ovvero, quello di perdere di vista i forti legami, che permangono, tra la certificazione e il tema complessivo dell'autonomia individuale assistita. Lasciando, così, la questione relativa alla natura dell'istituto nelle sole mani, fredde e burocratizzanti, del procedimento amministrativo¹⁶.

Tuttavia, tale sorte può essere evitata attraverso la valorizzazione¹⁷ dell'espressione "volontà assistita" come ipotesi di terza e meno dirimpente¹⁸ via dell'autonomia individuale assistita, di cui proprio la certificazione può rappresentare, almeno per ora, l'esempio positivizzato. Con l'avvertenza, quindi, di evitare nel prosieguo della trattazione: il consueto e frequente riferimento in termini sinonimici alle espressioni "volontà" e "autonomia individuale".

3. *Dal Libro bianco sul mercato del lavoro al d.lgs. n. 276 del 2003. La ratio dell'istituto nel diritto positivo*

Nonostante il *Libro bianco sul mercato del lavoro* del 2001¹⁹ riprendesse, almeno in parte, il progetto complessivo di rimodulazione delle tutele e di apertura a spazi di contrattazione individuale, ancora una volta allacciandovi la strutturazione di un procedimento certificatorio²⁰, nella legge delega che

¹⁶ V. *infra*.

¹⁷ Come pure pare emergere in alcune ricostruzioni. In particolare si veda, 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 ss.; ID., *La procedura di certificazione e la «volontà assistita»*, in PELLACANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Prime esperienze applicative. Problemi, soluzioni e prospettive*, in *Speciali GL*, settembre 2005, p. 22 ss.

¹⁸ Di *soft power* parla NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DLRI*, 2004, p. 219.

¹⁹ Dattiloscritto, <http://www.bollettinoadapt.it/libro-bianco-sul-mercato-del-lavoro-in-italia/>.

²⁰ Libro bianco, p. 35 ss. In particolare si legge che: "Il Governo pertanto invita le parti sociali a valutare la possibile ridefinizione del rapporto fra momento collettivo ed individuale nella regolazione del rapporto di lavoro, rendendo possibile la definizione di assetti regolatori effettivamente conformi agli interessi del singolo lavoratore ed alle specifiche aspettative in lui riposte dal datore di lavoro, nel contesto d'un adeguato controllo sociale. In aggiunta si potrebbero studiare percorsi a garanzia della effettiva volontà del lavoratore (per realizzare una sorta di 'derogabilità

ne scaturirà²¹ e nel successivo decreto legislativo di attuazione approderà soltanto quest'ultimo.

Anche in questo caso sarebbe approssimativo ritenere che la certificazione immaginata nel *Libro bianco* fosse esclusivamente legata all'obiettivo di flessibilizzazione delle fonti del rapporto.

Infatti, in quel testo si fa riferimento all'istituto non solo nella sezione dedicata alle tecniche regolatorie e allo *Statuto dei lavori*, ma anche nella sezione riguardante la nuova figura del lavoro a progetto, nella quale si annuncia l'intenzione del Governo di "sperimentare una procedura di certificazione al fine di ridurre il contenzioso in materia di rapporti di lavoro, consentendo ... alle parti di procedere alla stipulazione di contratti a progetto diminuendo grandemente il rischio di contenzioso"²². Senza alcuna relazione, qui, a ipotesi di derogabilità controllata²³.

Se queste osservazioni sono corrette, quindi, si può ritenere che anche nella versione del *Libro bianco* le procedure di certificazione avessero una doppia e distinta funzione: a) fornire sostegno alle parti individuali nei casi auspicati di derogabilità, laddove si fossero concretizzati gli auspici; aa) dotare l'ordinamento, a prescindere dall'avverarsi della prima condizione, di un innovativo strumento di deflazione del contenzioso lavoristico²⁴.

Scorrendo la legge n. 30/2003²⁵ e il successivo decreto delegato n. 276/2003, appare chiaro che a trovare accoglimento sul piano legislativo sia la certificazione con funzione primaria²⁶ qualificatorio-deflattiva, priva di necessarie implicazioni derogatorie²⁷.

assistita', secondo meccanismi di certificazione e/o validazione della volontà individuale), ad opera di istituzioni pubbliche o anche delle stesse parti sociali, al fine di corrispondere alle attese di flessibilità delle imprese ma anche alle nuove soggettività dei prestatori di lavoro".

²¹ Legge n. 30/2003.

²² Libro bianco, p. 73.

²³ Come si ricorderà, però, paradossalmente l'unica ipotesi ricostruibile in termini di derogabilità assistita contenuta nel d.lgs. n. 276/2003, sarà l'art. 68 (nella sua originaria versione) in materia, proprio, di lavoro a progetto.

²⁴ Come si è visto, strumento limitato, nel Libro bianco, ai soli rapporti di lavoro a progetto.

²⁵ Sui principi direttivi in materia di certificazione contenuti nel disegno di legge delega si veda, DE ANGELIS, *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in CARINCI, MISCIONE, *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, 2002, p. 95 ss.

²⁶ Di funzione primaria, in relazione alla riduzione di incertezza, parla BRINO, *La certificazione dei contratti di lavoro tra qualificazione del rapporto e volontà assistita*, in LD, 2006, p. 386.

²⁷ Così, PERONE, *Certificazione e tecniche di qualificazione dei contratti di lavoro*, in PERONE-

Nella originaria versione dell'art. 75, d.lgs. n. 276/2003, si affermava, infatti, che le parti avrebbero potuto ottenere la certificazione del contratto “al fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei contatti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto ... , nonché dei contratti di associazione in partecipazione”.

Ma è la *Relazione di accompagnamento* al d.lgs. n. 276/2003 a contenere indicazioni utili alla ricostruzione della funzione dell'istituto. In essa si fa riferimento alla “messa a regime di una procedura di certificazione dei rapporti di lavoro (...) volta a ridurre il contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro garantendo maggiore certezza alle qualificazioni convenzionali, purché avvenute nell'ambito” di determinate sedi. Sottolineando, poi, come “la procedura (...), lungi dal costituire un intervento legislativo di mera assistenza ai singoli lavoratori nelle fasi preliminari alla stipulazione del contratto di lavoro, dovrebbe contribuire a circoscrivere l'incertezza delle controversie, (...), in merito alla qualificazione dei rapporti di lavoro, e con ciò a stemperare il divario – da sempre presente, ma oggi aggravato in ragione della varietà e complessità dei modi di lavorare – tra logiche giuridiche e logiche organizzativo-produttivistiche”²⁸.

Per quanto quest'ultimo possa sembrare un obiettivo oltremodo ambizioso, esso va letto alla luce di un ulteriore passaggio della stessa Relazione in cui, semplificando, si afferma che la certificazione rappresenta “un meccanismo finalizzato a dare alle parti ausilio nella più precisa definizione del testo contrattuale, potendo contare sul supporto fornito” dal soggetto terzo “in una logica di assistenza”²⁹.

In queste espressioni, ferma restando la verifica circa la capacità dell'articolato normativo adottato di rispondere alle intenzioni dichiarate, è rintracciabile il *proprium*³⁰ della certificazione lavoristica. Non tanto per quel che riguarda la conferma del già chiaro fine deflattivo, quanto, piuttosto, per

VALLEBONA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, 2004, p. 403 ss.; NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, cit., p. 291–292. Per una diversa opinione, però, si veda GHERA, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003 n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276*, ES, 2004, p. 284–285.

²⁸ *Relazione di accompagnamento al decreto di attuazione della riforma Biagi*, in <http://bancadati.italialavoro.it>, p. 8.

²⁹ *Ivi*.

³⁰ Altri Autori rintracciano il *proprium* della certificazione, invece, negli effetti da questa prodotti verso i terzi. Si veda, per tutti, GHERA, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 290.

lo strumento impiegato per raggiungerlo, ossia il sostegno fornito alle parti contrattuali dalle Commissioni nella logica dell'autonomia individuale assistita.

4. *L'endiadi certificazione e consulenza e l'ampliamento del fine deflattivo oltre la sola questione qualificatoria*

Se è vero, dunque, che l'intenzione del legislatore sia stata senza dubbio quella di introdurre procedure di verifica e controllo preventivo della corrispondenza tra fattispecie astratta e regolamento contrattuale, è altrettanto vero che queste procedure non possono presentarsi con le caratteristiche dell'asettico esame formale di quella corrispondenza. Anzi, come si è visto, nella Relazione di accompagnamento il fine deflattivo è strettamente connesso alle funzioni di assistenza alle parti individuali affidate alle Commissioni.

Nella ricerca di un ordine sistematico, è proprio alla luce delle riflessioni sulle sue funzioni che deve essere letta la disciplina dell'istituto. Soprattutto perché, va sottolineato, quella disciplina non è immune da critiche riguardanti l'utilizzo di una non certo impeccabile tecnica legislativa.

È questo il caso, in primo luogo, proprio della traduzione normativa delle funzioni di supporto alle parti affidate alle Commissioni. L'art. 81, d.lgs. n. 276/2003, infatti, dispone che "le sedi di certificazione di cui all'articolo 75 svolgono *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 negoziale medesimo concordate in sede di attuazione del rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla disponibilità dei diritti e alla esatta qualificazione dei contratti di lavoro".

La disposizione pone una serie di distinte questioni interpretative, alcune delle quali possono essere forse risolte già alla luce delle argomentazioni finora esposte.

La prima, e più rilevante, deriva dall'utilizzo della congiunzione '*anche*' e riguarda il carattere essenziale o, al contrario, meramente eventuale dell'attività di assistenza affidata al certificatore. Già in ragione di quanto fin qui detto, la norma pare semplicemente confermare che nell'ambito della procedura le Commissioni non svolgono soltanto la funzione formal-burocratica

di attestazione della conformità del regolamento contrattuale al tipo astratto ma hanno anche il compito di offrire un supporto *effettivo*³¹ alle parti.

Se vi fossero dubbi, tuttavia, questa conclusione risulta poi avvalorata anche dal d.m. del 21 luglio 2004 che ha istituito e regolamentato le procedure di certificazione presso le direzioni provinciali del lavoro – oggi divenute Ispettorati Territoriali – e presso le province. Tale conferma deriva sia dal tenore letterale dell'art. 4, per cui “nel corso del procedimento ..., la commissione presta attività di consulenza e assistenza”, sia dall'ulteriore previsione che consente in maniera esplicita alle commissioni, ove si renda necessario, di proporre “eventuali modifiche e integrazioni”³².

D'altronde, anche l'introduzione, ad opera dello stesso d.m., della necessaria audizione personale delle parti risponde all'esigenza di assicurare termini minimi di effettività dell'assistenza³³. Come rammentato dallo stesso Ministero del lavoro, quest'ultima, infatti, non potrà mai “esplicarsi in un'attività meramente burocratica” ma dovrà essere effettiva e “finalizzata ad evidenziare sia l'esatta qualificazione del rapporto di lavoro che la disponibilità dei diritti eventualmente negoziabili”³⁴. L'individuazione di una occasione di diretto contatto con le parti offre l'opportunità al certificatore di approfondire gli obiettivi negoziali delle stesse. E tale indagine rappresenta il primo degli strumenti per assicurare un certo grado di effettività della consulenza, oltre a costituire uno dei mezzi attraverso i quali le commissioni dovranno poi svolgere il compito ultimo di certificare il contratto³⁵. Questa è la ragione per la quale, pur essendo imposta legalmente soltanto ad alcune delle sedi di

³¹ Di particolare interesse, a tal fine, sono le riflessioni proposte in dottrina e le pronunce della giurisprudenza in materia di effettività dell'assistenza prestata dalle sedi abilitate di conciliazione. Per un riepilogo e per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, si rinvia a, ALBI, *La dismissione dei diritti del lavoratore*. Art. 2113, in *Il codice civile. Commentario*, SCHLESINGER (fondato da) - BUSNELLI (diretto da), Giuffrè, 2016, p. 111 ss.

³² D.m. 21 luglio 2004, art. 3.

³³ Ministero del lavoro, Circ. n. 48/2004, in cui si sottolinea che “particolarmente rilevante risulta essere la fase dell'audizione delle parti in quanto, così come previsto dall'art. 4 del d.m. 21 luglio 2004 che riprende i contenuti dell'art. 81 del d.lgs. n. 276/2003, la Commissione svolge altresì i compiti di consulenza e assistenza per la stipula del contratto e del programma negoziale”.

³⁴ Ministero del lavoro, Circ. n. 48/2004; Inps, Circ. 71/2005.

³⁵ CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti di lavoro come mezzo di produzione di certezze nel mercato del lavoro*, in CIUCCIOVINO (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Questioni aperte e problemi*, Giappichelli, 2014, p. 4.

certificazione, l'audizione personale è stata comunque introiettata da tutti i regolamenti delle commissioni.

Ciononostante quelli appena riportati sono soltanto elementi a suffragio di una conclusione già desumibile dall'art. 81. Il quale non fa altro che confermare quell'anima di sostegno all'autonomia individuale dell'istituto, già chiaramente affiorante dalla ricostruzione dei progetti teorici che ne hanno costituito le fondamenta.

Cosicché, come condivisibilmente sostenuto da una parte della dottrina, la certificazione può essere intesa come un vero e proprio strumento di ausilio alle parti per giungere a “una corretta” e consapevole “costruzione e qualificazione della fattispecie contrattuale”³⁶.

Queste considerazioni inducono, in qualche modo, a ripensare il tema dei principali compiti delle commissioni.

La certificazione, intesa come procedimento volto ad accertare la corretta riconduzione della fattispecie negoziale concreta a quella legale, – sia essa riconducibile ad un atto amministrativo di certazione³⁷, o, piuttosto, ad una forma peculiare di *iuris-dictio*³⁸ – rappresenta sicuramente il “fine precipuo del procedimento” ma è un fine del tutto incerto, potendo giungersi a un provvedimento di rigetto e non avendo il certificatore alcun potere di attribuire una diversa qualificazione rispetto a quella proposta dalle parti³⁹.

Almeno da questo punto di vista, e se più che sull'atto conclusivo ci si concentra sul procedimento, emerge come siano proprio l'assistenza e la consulenza a rappresentare il nucleo essenziale dell'attività. Come il supporto alle parti non sia, cioè, mai eventuale. Senza queste attività, infatti, il procedimento finirebbe, in contrasto con ogni indicazione utile finora fornita, per

³⁶ DEL CONTE, *La procedura di certificazione dei contratti di lavoro e la c.d. “volontà assistita”*, cit., p. 3 ss.

³⁷ GHERA, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 282 ss.; NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 211 ss.; CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti*, cit, p. 3 ss.; ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT, 102/2010, p. 5, seppur in maniera dubitativa rispetto ad alcuni oggetti della certificazione.

³⁸ TURSI, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in MAGNANI, VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, 2004, p. 637 ss.; DE ANGELIS, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, p. 235 ss.

³⁹ TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in MISCIONE, GAROFALO D. (a cura di), *Il collegato lavoro 2010*, Ipsoa, 2011, p. 155.

ridursi a un mero riscontro formale della corrispondenza del negozio concreto al tipo legale e astratto.

La seconda questione interpretativa posta dall'art. 81 riguarda i soggetti destinatari dell'attività di consulenza svolta dal certificatore ed è intimamente connessa al tema dei contratti sottoponibili alla procedura di cui all'art. 75.

È noto che la disposizione sia stata oggetto di successivi interventi di modifica. In primo luogo la finalità della certificazione è stata ampliata a tutto il contenzioso in materia di lavoro, eliminando il riferimento esclusivo alla questione qualificatoria. Allo stesso tempo si è via via ampliato l'ambito dei contratti certificabili, fino a ricomprendere tutti i "contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro"⁴⁰. Come è evidente, questa formulazione molto ampia è tale da estendere la competenza della certificazione a tutte le clausole del negozio e a ogni tipologia di contratto, anche di natura diversa da quello di lavoro, in cui vengano indirettamente dedotte prestazioni di lavoro. Contratti, questi ultimi, in cui il lavoratore non riveste di certo il ruolo di parte negoziale⁴¹.

I principali dubbi interpretativi sorgono in ragione del fatto che l'art. 81, non essendo stato oggetto di modifiche successive al 2003, continua a far riferimento a un'attività di consulenza prestata "in relazione alla stipulazione del *contratto di lavoro* e ... alle modifiche del programma negoziale ... concordate in sede di attuazione del *rapporto di lavoro*". Ciò sembra escludere, almeno *prima facie*, la possibilità di traslare le riflessioni finora svolte in tema di consulenza a contratti che non siano di lavoro in senso proprio. Tesi che rischia di essere rafforzata dalla propensione, riscontrabile nella gran parte dei lavori sul tema, a concentrarsi sul lavoratore come destinatario principale, se non esclusivo, dell'attività di assistenza⁴².

A tal riguardo, vale subito la pena di evidenziare che, ad avviso di chi

⁴⁰ D.lgs. n. 276/2003, art. 75, come sostituito dall'art. 30, comma 4, l. 4 novembre 2010, n. 183. Sulle modifiche apportate all'istituto dal *Collegato lavoro* si vedano anche, MARAZZA, *Oggetto ed effetti della nuova certificazione dei contratti di lavoro*, in *ADL*, 2011, p. 61 ss.; CARINCI M.T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 114/2011.

⁴¹ La modifica apportata all'art. 75 dal *Collegato lavoro* deriva, in particolare, dalla questione della certificabilità o meno del contratto commerciale di somministrazione di lavoro che era stata oggetto anche d'interpello (Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali, interpello n. 81 del 22 dicembre 2009).

⁴² Così, ci sembra di poter dire, anche, FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza e assistenza dell'organo certificatore*, in *DLM*, 2005, p. 77 ss.

scrive, l'attività di supporto alle parti, essendo coesistente alla procedura di certificazione, non possa che riguardare tutti i negozi sottoponibili al vaglio delle commissioni. Con questo, naturalmente, non si intende smentire il rilievo per cui una delle funzioni maggiormente apprezzabili dell'istituto sia rappresentata proprio dalla possibilità offerta al lavoratore di avvalersi di una consulenza qualificata e imparziale, che agisca, riequilibrandolo, sul cuneo delle asimmetrie informative che caratterizza i rapporti di lavoro⁴³.

Piuttosto sembra opportuno sottolineare, qui, che tale funzione non è l'unica o esclusiva e che sarebbe quantomeno illogico, in un paese caratterizzato da imprese in gran parte di modeste capacità economiche e dimensioni, limitare la possibilità di avvalersi di una consulenza difficilmente ottenibile in altro modo⁴⁴. Non si ravvisa il motivo, cioè, per cui dovrebbe essere esclusa la possibilità per le parti di un contratto di somministrazione, di appalto o, ancora, di subfornitura, di avvalersi dell'assistenza della commissione per affinare il relativo regolamento negoziale nei suoi risvolti prettamente lavoristici.

Se si affronta il tema privi di preconcetti ideologici, l'incongruenza di una tale esclusione appare ancor più evidente considerando che, di fatto, la stessa possibilità per il certificatore d'incidere sul testo del contratto di lavoro è legata, nella grande maggioranza dei casi, ai consigli e suggerimenti indirizzati al datore/committente e alla capacità d'influenzare la volontà di quest'ultimo.

Anzi, per concludere la riflessione sulla collocazione sistematica e sugli obiettivi dell'attività di assistenza e consulenza affidata alle commissioni, è opportuno interrogarsi proprio sul ruolo che riveste la volontà del lavoratore nel procedimento e sul rilievo assunto, a fini certificatori, dal relativo accertamento.

Sebbene sia piuttosto difficile rispondere in maniera approfondita a que-

⁴³ FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza*, cit., p. 78; NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., pp. 222-225.

⁴⁴ Anche chi aveva espresso le critiche più forti all'istituto all'indomani della emanazione del d.lgs. n. 276/2003, non mancava di sottolineare questa opportunità. "Una certificazione avente una valenza meramente morale, derivante dall'autorevolezza dei soggetti abilitati a rilasciarla (direzioni provinciali del lavoro, università pubbliche e private e, con molte cautele, enti bilaterali), risponderebbe all'esigenza di assicurare una consulenza "alta", o qualificata anche ai più modesti degli attori che si muovono sulla scena del mercato del lavoro: al piccolo imprenditore, che potrebbe commettere degli errori inconsapevolmente", ALLEVA, *La ricerca e la analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in www.cgil.it/giuridico, 2003, p. 22.

sti interrogativi, essendo essi legati a una serie di mutevoli condizioni di fatto, sembra naturale, ma forse non superfluo, sottolineare che, in termini generali, la possibilità che il regolamento negoziale possa essere influenzato dalla volontà del lavoratore sia quantomeno ardua. Tranne, forse, nei rari casi in cui il prestatore di lavoro possieda una elevata professionalità utilmente spendibile sul mercato. Colgono certamente nel segno, su questo aspetto, gli autori che sottolineano la scarsa possibilità d'incidere sul contratto di chi si trova in una condizione di forte debolezza, soprattutto nella fase d'ingresso in un mercato del lavoro asfittico⁴⁵.

Conseguentemente, non può che essere riconosciuto scarso valore anche all'indagine circa la reale o effettiva volontà del lavoratore – una sorta di *quaestio diabolica* – al fine dell'ottenimento dell'atto di certificazione. D'altronde il legislatore, con opportuna dose di realismo, non fa mai riferimento alla volontà concreta del lavoratore e all'indagine circa la sua effettività se non, ma le implicazioni sono diverse, laddove decide di estendere alle sedi di certificazione anche le attività dell'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. in tema di disponibilità assistita.

Per il prestatore di lavoro il valore aggiunto assicurato dall'assistenza del certificatore⁴⁶ risiede, ad avviso di chi scrive, nella possibilità offertagli di conseguire un grado maggiore di consapevolezza⁴⁷ sulle conseguenze, in termini di diritti e obblighi, derivanti dalla sottoscrizione di un determinato regolamento contrattuale. Nel fornirgli, quindi, un adeguato strumento di lettura del rapporto concreto che ne scaturirà e che gli potrà consentire di valutare con più cognizione di causa anche gli eventuali scostamenti tra il pattuito e il realizzato.

Come si avrà modo di mettere in rilievo più avanti, ciò non deve indurre a sottostimare il valore complessivo dell'atto di certificazione e della precedente e interconnessa attività di consulenza. Tuttavia, solo il loro corretto inquadramento può, da un lato, rappresentare il faro dell'azione delle sedi di certificazione e, dall'altro, contribuire a svenenire il clima che ancora aleggia intorno all'istituto, aprendo la via ad una più equilibrata riflessione sui suoi effetti giuridici e pratici.

⁴⁵ GAROFALO M.G., *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 421 ss.

⁴⁶ Sugli effetti giuridici e pratici della certificazione, anche per il datore/committente, si avrà modo di ritornare, v. *infra*.

⁴⁷ Sul tema delle asimmetrie informative si veda, FALERI, *Asimmetrie informative e tutela del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007.

Piuttosto, va qui sottolineato che le considerazioni circa l'ampia funzione primaria della certificazione e l'essenzialità del sostegno alle parti nel disegno complessivo dell'istituto consigliano di riferirsi alla certificazione come alla *procedura di assistenza e consulenza delle parti nella costruzione o modifica del programma negoziale (o di parte del programma) con possibile attestazione conclusiva della corretta riconduzione alla fattispecie legale e/o del rispetto della normativa legale applicabile*⁴⁸.

Alla luce della ricostruzione proposta, quindi, acquistano un rilievo determinante le qualità etiche e professionali dei certificatori e la loro capacità di porsi come soggetti terzi e imparziali. Tanto più che, come vedremo tra poco in tema di effetti giuridici, anche le stesse potenzialità deflattive del contenzioso, almeno per quanto riguarda le parti del contratto, finiscono per essere affidate, in gran parte, alla qualità dell'attività svolta dalle commissioni.

5. *La procedura, il provvedimento e gli effetti della certificazione*

Coerentemente con tutte le proposte avanzate in sede teorica, l'art. 78, d.lgs. n. 276/2003, dispone che quella di certificazione è una procedura "volontaria e consegue obbligatoriamente a una istanza congiunta delle parti".

Il fatto che l'iniziativa di servirsi dell'istituto sia rimessa interamente alle parti⁴⁹ determina una naturale, in quanto congenita, conseguenza sulla questione riguardante la sua diffusione più o meno ampia. E non c'è dubbio che questa iniziativa, non potendo trascurare un evidente e scontato dato empirico, sia rimessa sostanzialmente nelle mani del datore/committente. Elemento, questo, che non sembra ignorare neanche il legislatore, nelle disposizioni dedicate agli effetti della certificazione.

Benché consapevole che l'impulso materiale sia generalmente affidato al datore/committente, il legislatore impone, come condizione indefettibile, la sottoscrizione dell'istanza – impulso giuridico – di entrambe le parti, semplicemente perché questo rappresenta il modo più diretto per garantire il pieno coinvolgimento, giuridicamente rilevante, del lavoratore nella procedura di assistenza e consulenza descritta nel par. precedente⁵⁰.

⁴⁸ Corsivo di chi scrive.

⁴⁹ Fatta eccezione per le ipotesi di certificazione obbligatoria. V. *infra*.

⁵⁰ Sottolineano il ruolo decisivo dell'impresa nell'attivazione della procedura in termini

Ma cosa chiedono le parti nell'istanza? Dalla risposta a questa domanda discendono rilevanti conseguenze circa la delimitazione della natura dell'attività delle commissioni. Restando alla funzione primaria della certificazione, le parti generalmente⁵¹ chiedono l'accertamento della corretta riconduzione del regolamento negoziale alla fattispecie legale⁵². Anche ove queste sottoponessero un regolamento negoziale innominato, lasciando alla commissione l'individuazione del tipo legale⁵³, si potrebbe parlare soltanto in termini ampi e generici di funzione qualificatoria della certificazione. La qualificazione, come sappiamo, è compiuta dall'ordinamento e il suo accertamento, riguardante il rapporto più che il contratto⁵⁴, è affidato in ultima analisi agli organi giurisdizionali⁵⁵. Per questo anche gli stessi poteri in materia degli organi ispettivi possono essere intesi solo latamente come qualificatori⁵⁶.

negativi, parlando di rischio di assenso forzato del lavoratore, o di mera formalità, GRAGNOLI, *L'interpretazione e la certificazione fra autonomia e subordinazione*, in RGL, 2004, p. 547; SPEZIALE, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in RGL p. 278, MARIUCCI, *I molti dubbi sulla c.d. riforma del mercato del lavoro*, in LD, p. 14; BRINO, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 387.

⁵¹ Seppur, come abbiamo visto, la funzione primaria della certificazione non sia più limitata alla sola questione qualificatoria, non c'è dubbio che questo rimanga, di fatto, l'interesse principale delle parti.

⁵² Se è vero, infatti, che la qualificazione del contratto non spetta alle parti (v. NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 209 ss.), è altrettanto vero che queste ultime sono chiamate a compiere, ad esempio in occasione della comunicazione obbligatoria d'instaurazione del rapporto di lavoro, "una scelta inevitabilmente (anche se a-tecnicamente) qualificatoria" (v. ALES, *Del lavoro sommerso o, meglio, "non dichiarato": una tipizzazione giuridica fondata sul concetto di "attività remunerata"*, in DLM, 2014, p. 15, con riferimento alla registrazione e/o dichiarazione dell'attività remunerata come d'impresa o di lavoro.).

⁵³ Possibilità che non può escludersi ma, a quanto consta, puramente di scuola.

⁵⁴ Piuttosto che di modalità di svolgimento del rapporto sarebbe più corretto parlare, ai fini della qualificazione, di comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto. La questione è ricostruita in termini chiari da TURSÌ, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 643 ss, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici. Per una diversa prospettiva, forse troppo poco valorizzata, si veda, però, SCOGNAMIGLIO, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in RIDL, 2007, p. 379 ss.

⁵⁵ Sulla indisponibilità del tipo legale, si vedano le note sentenze, C. Cost. 31 marzo 1994 n. 115, in ADL, 1995, p. 297 ss. e C. Cost. 12 febbraio 1996 n. 30, in NGL, 1996, p. 105 ss. In dottrina, D'ANTONA, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale*, cit., p. 63 ss.; SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in RIDL, 2001, p. 95 ss. Più di recente, AVONDOLA, *Legge, contratto e certificazione*, cit., p. 14 ss.

⁵⁶ L'assenza di questi poteri in capo alle commissioni rende evidente che anche la certificazione in corso di rapporto abbia a oggetto esclusivamente il regolamento contrattuale e non

Escluse le indicazioni riguardanti l'istanza – e quelle, contenute nel comma 3 dell'art. 78, riguardanti gli obblighi di conservazione della documentazione, sulle quali si può qui sorvolare⁵⁷ – l'articolazione della procedura è rimessa agli atti costitutivi e ai regolamenti delle varie commissioni nel rispetto di alcuni principi⁵⁸: a) comunicazione dell'inizio del procedimento all'ITL competente affinché questo provveda a informare tutte le autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto è destinato a produrre effetti; b) termine di trenta giorni dal ricevimento della istanza entro il quale concludere il procedimento; c) necessaria motivazione dell'atto, che deve contenere l'esplicita menzione dei termini e delle autorità cui è possibile presentare ricorso avverso il provvedimento; d) indicazione per cui "l'atto di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti, civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione".

Quest'ultima disposizione – pur riguardando, insieme a quella sub c), il contenuto necessario dell'atto di certificazione più che il procedimento –, finisce per incidere anche sul contenuto dell'istanza, imponendo indirettamente alle parti l'onere di indicare al suo interno gli effetti in relazione ai quali intendono richiedere la certificazione.

Le ragioni per le quali il legislatore prevede tale obbligo paiono quantomeno oscure⁵⁹ e offrono, tuttavia, l'occasione per riflettere sugli effetti giuridici legati alla certificazione.

la sua attuazione (CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti*, cit, pp. 13-14). Per questa ragione sarebbe stato forse preferibile che il legislatore non ne estendesse gli effetti fin "dal momento di inizio del contratto". Le commissioni non hanno strumenti idonei, infatti, per 'appurare' quale sia stata l'attuazione del medesimo (si veda il comma 2, art. 29, d.lgs. n. 276/2003, a cui sono riferibili i vuolettati).

⁵⁷ "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'articolo 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". Comma 3, art. 78, d.lgs. n. 276/2003.

⁵⁸ Nonché al rispetto dei codici di buone pratiche di cui al comma 4 dello stesso art. 78, che il Ministero del lavoro avrebbe dovuto adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003 e di cui, però, non c'è ancora traccia.

⁵⁹ In primo luogo, come è evidente, la disposizione fa riferimento agli effetti dell'atto di certificazione e non a quelli tipici del negozio. Quindi, il legislatore immagina, probabilmente, la possibilità che le parti richiedano la certificazione soltanto ad alcuni fini e non ad altri. O,

Come è noto, il provvedimento di certificazione produce conseguenze giuridiche sia tra le parti del contratto, sia verso i terzi, ossia le autorità pubbliche e i loro organi ispettivi. L'art. 79, d.lgs. n. 276/2003, stabilisce che gli effetti legati all'accertamento – come, ad esempio, quelli derivanti dalla qualificazione⁶⁰ – “permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili”.

Nei confronti delle parti, invece, e in particolare del lavoratore, la conseguenza principale è rappresentata dall'obbligo di esperire un tentativo di conciliazione dinanzi all'organo certificante prima di proporre un eventuale giudizio che implichi la messa in discussione dell'accertamento effettuato⁶¹. A parte il previo assolvimento di quest'onere, e oltre alla possibilità di attivare il contenzioso amministrativo per violazione del procedimento e per eccesso di potere, il lavoratore avrà la facoltà – e non potrebbe essere il contrario, in ossequio ai consolidati e condivisibili orientamenti della giurisprudenza costituzionale⁶² – di proporre ricorso per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. Così come avrà il diritto d'invocare uno dei vizi del consenso, ipotesi che dovrebbe essere del tutto residuale, laddove le commissioni abbiano effettivamente svolto il loro ruolo di assistenza.

meglio, per opporla soltanto ad alcune autorità terze e non ad altre. Ora, questo potrebbe forse avere un qualche senso soltanto se l'attività del certificatore potesse mutare al mutare dei fini richiesti dalle parti (*rectius* dal datore/committente). Ma non è affatto così. L'attività della commissione, infatti, è sempre la stessa ed è relativa all'accertamento della riconducibilità dello schema negoziale concreto a quello legale astratto (a cui il legislatore lega effetti tipici), a prescindere dagli effetti richiesti dalle parti. Dato che, poi, come vedremo tra breve, gli effetti a vantaggio del datore sono rappresentati soprattutto dall'opponibilità ai terzi del contratto certificato, non si comprende la ragione per la quale la parte dovrebbe auto-privarsi, almeno parzialmente, di tali effetti, senza che questo sposti di una sola virgola il procedimento certificatorio. Tanto è vero che la disposizione in commento si è concretizzata in una stereotipa indicazione a spunta nei modelli di istanza che le parti, in fase di sottoscrizione, si limitano a barrare integralmente.

⁶⁰ Dipende dall'oggetto della certificazione e, conseguentemente, dal contenuto dell'accertamento.

⁶¹ Seppur scontato, vale la pena di sottolineare che il tentativo obbligatorio (a cui anche l'azione giudiziaria dei terzi interessati è sottoposta) non riguarda, quindi, ogni giudizio derivante dal contratto e dal relativo rapporto, ma esclusivamente quelli che la cui risoluzione dipende, direttamente o indirettamente, dal contenuto della certificazione.

⁶² V. *supra*, nota 50. Principi già richiamati come fondamentali, d'altronde, anche nella *Ipotesi di Statuto*.

Il legislatore, inoltre, ha previsto che il lavoratore possa, perfino, invocare in giudizio l'erronea qualificazione del rapporto da parte del certificatore, stimolando – poco opportunamente – l'interprete a speculare sul reale credito riposto nei soggetti ai quali pure decide di affidare un vaglio preventivo della qualificazione.

Dunque, pur senza sottovalutare il potenziale apporto in tal senso del tentativo obbligatorio, è ovvio che le possibilità di contribuire a stemperare il contenzioso giudiziario tra i contraenti siano quasi totalmente affidate al complessivo buon funzionamento della *procedura di assistenza e consulenza delle parti nella costruzione o modifica del programma negoziale*⁶³, piuttosto che agli effetti legali connessi all'atto conclusivo del procedimento. La certificazione, pertanto, potrà rappresentare davvero un filtro deflattivo soltanto laddove abbia garantito la conclusione consapevole del negozio attraverso un percorso trasparente⁶⁴ e realmente assistito.

Se così intesa, a ben vedere, la certificazione potrebbe in qualche modo incidere in maniera positiva – in via indiretta – anche in materia di difformità tra programma negoziale e successiva attuazione⁶⁵ – causa principale di contenzioso –, sconsigliando il datore/committente dal tenere comportamenti contrari a quanto pattuito, dinanzi a un soggetto terzo e imparziale, con un lavoratore informato anche sugli eventuali diritti che ne scaturirebbero e a cui il provvedimento offre l'indicazione diretta dei termini e dell'autorità a cui potrà rivolgersi⁶⁶.

Decisamente più dirompente è l'estensione *erga omnes* dei medesimi effetti, comprese le autorità pubbliche. Come è stato evidenziato da tutta la dottrina che si è occupata del tema, ciò determina – fermi restando i poteri di accertamento e vigilanza – la preclusione ad “adottare legittimamente atti amministrativi sul presupposto che il singolo rapporto contrattuale preso a riferimento debba essere qualificato in modo differente”⁶⁷ fino alla sentenza di merito pronunciata in uno dei giudizi attivabili.

⁶³ Corsivo di chi scrive.

⁶⁴ DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2016, p. 396.

⁶⁵ In termini simili, FALERI, *Riflessioni sull'attività di consulenza*, cit., p. 79.

⁶⁶ Per quanto riguarda gli effetti tra parti, a dire il vero, sembra che non siamo affatto lontani dalla procedura “avente una valenza meramente morale, derivante dall'autorevolezza dei soggetti abilitati a rilasciarla” di cui parla, ALLEVA, *La ricerca e la analisi*, cit., p. 32.

⁶⁷ NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., pp. 218-219, il quale elenca una serie di esempi, come le ordinanze-ingiunzioni, i provvedimenti di diniego all'iscrizione alla gestione separata ecc.

Non c'è dubbio che siano le conseguenze in termini di tenuta del negozio certificato dinanzi ai poteri delle amministrazioni interessate a rappresentare la ragione principale dell'attivazione della procedura da parte dei datori/committenti. Conseguenze queste che, condivisibili o meno, non sembrano irrilevanti, dato che determinano il rovesciamento degli oneri giudiziari tra amministrazione e soggetti privati⁶⁸.

Del tutto inadeguate a rappresentare un incentivo appaiono, invece, le disposizioni volte a rafforzare la tenuta giudiziaria della certificazione contenute nel comma 2, art. 30, l. n. 183/2010. Dopo aver affermato che “nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro”, il legislatore infatti, fa poi salvo ogni ipotizzabile caso di esclusione della regola (erronea qualificazione del contratto, vizi del consenso, difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione). Piuttosto, queste regole sembrano un maldestro e poco proficuo tentativo di valorizzare l'autonomia individuale nella qualificazione del contratto. La tenuta giudiziaria della certificazione è legata, e ad avviso di chi scrive è opportuno che resti legata, alla credibilità dell'organo certificatore e alla qualità della motivazione giuridica del provvedimento. Nonché alla capacità dei giudici di cogliere l'invito – rivolto loro proprio dall'introduzione dell'istituto – ad abbandonare il troppo frequente atteggiamento di solipsismo categoriale nell'attività di qualificazione giudiziale⁶⁹.

Posto che al lavoratore non può di certo essere preclusa la tutela giudiziaria dei propri diritti, il legislatore individua, dunque, proprio nella tenuta *medio tempore* dell'accordo certificato nei confronti dell'autorità pubblica il vero incentivo a quell'impulso materiale all'avvio del procedimento che, come abbiamo visto, è rimesso principalmente al datore/committente.

Questi effetti, che si aggiungono a quelli descritti in tema di assistenza, derivano dall'adozione da parte delle commissioni del provvedimento di certificazione che ha, senza dubbio, la natura di atto amministrativo⁷⁰. In tal senso depongono sia la possibilità di proporre ricorso al TAR per violazione

⁶⁸ Rovesciamento che non sembra del tutto illogico, visto che l'atto di certificazione proviene pur sempre da un'altra autorità riconosciuta e che a tutti i terzi è comunicato l'avvio del procedimento affinché possano contribuire alla sua stessa definizione.

⁶⁹ PERONE, *Certificazione e tecniche*, cit., p. 415 ss.

⁷⁰ Da ultimo, ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti*, cit., p. 5.

del procedimento o per eccesso di potere, sia il riconoscimento espresso di tale natura operato dal d.m. 21 luglio 2004, il quale dispone “lapidariamente”⁷¹ che “l’atto di certificazione ha natura di provvedimento amministrativo”⁷².

A parte gli elementi essenziali indicati dal legislatore⁷³, apparentemente più problematica potrebbe essere la ricostruzione del contenuto dell’atto che è strettamente connessa agli oggetti della certificazione⁷⁴. Non tanto per quel che riguarda la certificazione del contratto di lavoro, di cui si è già detto, quanto per profili certificabili dei contratti di natura diversa in cui siano dedotte direttamente o indirettamente prestazioni di lavoro. È evidente che l’intento del legislatore del *Collegato lavoro* sia stato quello di estendere la possibilità di adoperare la procedura di certificazione anche ai fini della distinzione tra somministrazione e appalto di cui all’art. 84, a tutti i contratti in cui emergano i profili lavoristici legati al tema dell’interposizione illecita. Cosicché, per ragioni di competenza, saranno solo questi i profili certificabili e il contenuto del provvedimento – *rectius* della motivazione – riguarderà l’indagine sugli indici utili ai fini della distinzione tra interposizione illecita e appalto genuino.

È il caso di mettere in evidenza che la certificazione di questi profili dei contratti di appalto e di tutti i contratti in cui vengano indirettamente dedotte prestazioni di lavoro produrrà effetti anche nei confronti dei lavoratori in qualità di terzi interessati. Sarebbe utile, dunque, che essi avessero contezza a monte – ove la forza lavoro coinvolta fosse stata già individuata dalle parti –, dell’avvio della procedura o, a valle – ove ancora non individuati –, dell’avvenuta certificazione. Appare quantomeno inopportuna l’attuale mancanza di un principio direttivo in tal senso, da affiancare alla comunicazione dell’Itl alle autorità pubbliche prevista dall’art. 78, comma 2, lett. a), tra quelli da rispettare nella strutturazione delle procedure di certificazione.

Prima di passare all’esame delle diverse sedi di certificazione, è il caso di fare qualche riflessione, alla luce della ricostruzione qui proposta, sul possibile rilievo dell’attività di assistenza e consulenza anche in relazione al contenuto dell’atto e, nello specifico, alla sua motivazione.

Non ci sono elementi decisivi per ritenere che la motivazione cui fa

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² D.m. 21 luglio 2004, art. 6, comma 1.

⁷³ V. *supra*, art. 78, comma 2, lett. c) e d).

⁷⁴ V. *infra*.

riferimento il legislatore possa essere altro da quella costituita dal ragionamento tecnico-giuridico intorno agli elementi utili che giustificano l'adozione del provvedimento o il rigetto dell'istanza. Sarebbe, dunque, arduo argomentare circa l'essenzialità del rilievo giuridico della consulenza all'interno dell'atto. Se è vero, però, che la tenuta complessiva della certificazione risulta affidata anche alla effettività dell'assistenza prestata, allora sarebbe almeno opportuno che, nella prassi, le commissioni si adoperassero per farla emergere in qualche modo nel contenuto del provvedimento.

6. *Le sedi di certificazione e la necessità di garantire la professionalità e imparzialità della procedura*

La ricostruzione della certificazione come *procedura di assistenza e consulenza delle parti nella costruzione o modifica del programma negoziale* pone come ineludibile la riflessione sulle reali possibilità degli organi di certificazione di garantire una consulenza di elevata qualità professionale e di porsi come soggetti terzi e imparziali nel rapporto con le parti.

Come è ormai noto, il novero delle possibili sedi di certificazione previsto dall'art. 76 è molto ampio ed eterogeneo. Oltre alle Dtl – oggi Itl – e agli enti bilaterali, originariamente immaginate dai teorici della certificazione, possono istituire le commissioni anche le province, le università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie, i consigli provinciali dei consulenti del lavoro e lo stesso Ministero del lavoro.

Pochi dubbi sorgono sulla capacità degli organi periferici del Ministero di svolgere il ruolo fin qui descritto. Anche alla luce della composizione delineata nel d.m. del 21 luglio 2004 che, oltre al dirigente che la presiede e a due funzionari addetti al servizio politiche del lavoro, impone la presenza di un rappresentante dell'Inps e di uno dell'Inail. Condivisibili perplessità relative, in particolare, allo sdoppiamento degli organismi pubblici abilitati alla certificazione nello stesso ambito di competenza territoriale⁷⁵, aveva destato l'inclusione, accanto alle Dtl⁷⁶, anche delle province. Sul punto ci si può, tuttavia, limitare alla constatazione della sostanziale inutilizzazione, da parte delle province, della possibilità offerta dal legislatore.

⁷⁵ NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 229.

⁷⁶ Art. 76, comma 1, lett. b).

Altrettanto fondate sembrano anche le pragmatiche critiche rivolte alla possibilità di costituire commissioni di certificazione presso gli enti bilaterali. Come è stato sottolineato, infatti, “quando si certifica la qualificazione dei contratti di lavoro si svolge ... un’attività squisitamente giuridica” e “il soggetto che adotta la decisione qualificatoria deve essere selezionato in base all’obiettivo di garantire la massima tenuta giuridica ragionevolmente possibile”, cosicché “la semplice previsione di istituire” commissioni “presso gli enti bilaterali non appare sufficiente a garantire un proficuo esercizio della funzione” da esse “esercitata”⁷⁷. Anche gli enti bilaterali, comunque, sembrano rimasti sostanzialmente inattivi in materia, probabilmente a causa della opposizione della Cgil.

Problema diverso, invece, è quello riguardante le commissioni istituite presso i consigli provinciali dei consulenti del lavoro. Qui, non sono le qualità e le capacità professionali della categoria a destare perplessità, quanto la sua stessa, congenita, impossibilità di porsi come autorità necessariamente imparziale. La scelta di affidare la certificazione anche “ad organismi di auto-governo di una categoria professionale che non danno alcuna garanzia di valutazioni imparziali o comprensive di interessi diversi e contrapposti”⁷⁸ rischia di deteriorare il credito di un istituto che fonda la propria complessiva efficacia proprio sulla riconoscibile terzietà del certificatore e sulla forza persuasiva delle sue decisioni.

Comunque, del fatto che la reale utilità della certificazione sia strettamente legata alle caratteristiche e alla composizione dell’organo certificatore sembrano consapevoli anche le stesse parti. Nonostante il clima indubbiamente più favorevole all’istante principale, infatti, le commissioni istituite

⁷⁷ NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 227. Il quale, però, ritiene consona alle caratteristiche dell’ente bilaterale l’attività di assistenza e consulenza dell’art. 81, d.lgs. n. 276/2003. Questa tesi sarebbe condivisibile se il supporto alle parti fosse finalizzato alla mediazione in un conflitto tra opposti interessi. In questa ottica emergerebbero chiare le capacità dell’ente bilaterale – senza dimenticare, ovviamente, i possibili problemi riguardanti la composizione del singolo ente – di porsi come sede ideale di contemperamento dei diversi e contrapposti interessi coinvolti. Ma, come argomentato sinora, l’attività di consulenza della procedura di certificazione rappresenta essa stessa un’attività strettamente giuridica, finalizzata a consentire alle parti una migliore e più consapevole strutturazione tecnica del regolamento negoziale.

⁷⁸ ZOPPOLI, *Certificazione dei contratti*, cit., pp. 20-21, nota 59. Ma vedi anche, in tal senso, NOGLER, *La certificazione dei contratti*, cit., p. 229, che parla di “situazione di evidente conflitto d’interessi”; TIRABOSCHI, *Riforma del mercato del lavoro: approvato il decreto di attuazione della legge 30/2003*, in *GL*, 2003, p. 34.

presso i consigli provinciali dei consulenti del lavoro non rappresentano, almeno finora, la sede preferita di certificazione. Né ricoprono questo ruolo, probabilmente anche a causa del tradizionale rapporto inquisitorio-investigativo più che collaborativo-consulenziale con l'impresa, le commissioni istituite presso gli Itl.

A dispetto di alcuni scetticismi iniziali sulla stessa possibilità materiale di gestire la complessa attività certificatoria⁷⁹, le commissioni che in questi anni hanno raccolto di gran lunga – seppur all'interno di numeri complessivi di procedimenti ancora limitati⁸⁰ – il maggior numero di istanze di certificazione sono quelle istituite presso le università “esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo ai sensi dell'articolo 66 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382”⁸¹.

Osservando il novero degli organi abilitati alla certificazione, soprattutto alla luce della lettura qui proposta, sembra indiscutibile che quelle universitarie, per le caratteristiche specifiche dei propri componenti, rappresentino le sedi più adeguate a svolgere le attività individuate dal legislatore⁸². Sia per la garanzia di tenuta e affidabilità della decisione adottata, in ragione della qualità della competenza giuridica. Sia per la garanzia di capacità e professionalità nell'attività di assistenza e consulenza, in virtù della generale attitudine a illustrare e rendere comprensibile il sistema normativo.

In dottrina si è sostenuto, però, che “molti docenti svolgono già un'attività professionale e perciò questo certamente potrebbe porre in essere un consistente conflitto d'interessi” cosicché “sarebbe, ..., quantomeno inopportuno che il contratto redatto da un professore professionista per un cliente possa poi essere certificato dallo stesso soggetto o da un suo collega”⁸³.

⁷⁹ MARIUCCI, *Certificazione ed enti bilaterali*, in BORTONE, DAMIANO, GOTTARDI, *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Editori Riuniti, 2004, p. 152; ANGIOLINI, FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, in GHEZZI (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Ediesse, 2004, p. 363.

⁸⁰ Per i dati da cui sono tratte le considerazioni nel testo si veda *infra*, par. 8.

⁸¹ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Interpello n. 5 del 24/02/2012.

⁸² 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. 37 ss.

⁸³ TOFFOLETTO, *La certificazione blinda i contratti*, in *Il sole 24 ore*, 6 settembre 2003, p. 18. La critica sulla possibile parzialità delle Commissioni universitarie è stata poi sostenuta anche da altri autori. Si vedano, per esempio, ANGIOLINI, FASSINA, *Sulle procedure di certificazione*, cit., p. 363.

Questo rischio, in realtà, pare ampiamente ridimensionato alla luce delle serrate regole sulle incompatibilità contenute in tutti i regolamenti delle commissioni universitarie⁸⁴. Così come, nella stessa direzione, può essere letta l'indicazione del Ministero del lavoro nella risposta all'interpello n. 5 del 24/02/2012 in cui, pur riconoscendo la possibilità per i professori a tempo definito di far parte delle commissioni, si afferma che “appare indispensabile la presenza di almeno un docente di ruolo a tempo pieno che, ..., possa assumere le funzioni di Presidente”⁸⁵.

In ogni caso, per rafforzare l'esigenza di essere distinte e percepite come organi imparziali, le commissioni universitarie non dovrebbero sottovalutare l'opportunità, ad avviso di chi scrive, di adottare codici di condotta contenenti criteri di gestione delle ipotesi in cui possano emergere anche soltanto sospetti di conflitto d'interessi.

Fuori dal percorso ricostruttivo dell'istituto sembra porsi, almeno in parte, la disposizione contenuta nel comma *1bis*, art 76, d.lgs. n. 276/2003, in cui si afferma che nel “caso di cui al comma 1, lettera *c-bis*), le commissioni di certificazione istituite presso le direzioni provinciali del lavoro e le province limitano la loro funzione alla ratifica di quanto certificato dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali”. Il comma 1, lettera *c-bis*) riguarda le due ipotesi in cui è possibile inoltrare l'istanza alla commissione del Ministero, ossia quando: a) il datore di lavoro abbia le proprie sedi di lavoro in almeno due province anche di regioni diverse; b) i datori di lavoro, pur avendo un'unica sede, siano “associati ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale schemi di convenzioni certificati dalla commissione di certificazione”.

Se, nel primo caso, limitare l'attività di certificazione degli organi territoriali alla sola ratifica si reputa una scelta del tutto comprensibile – trattandosi di contratti specifici ed essendosi già svolta la procedura di assistenza e consulenza delle parti dinanzi alla commissione nazionale – nel secondo tale scelta risulta del tutto inopportuna, dato che sembra farsi riferimento alla certificazione non di contratti concreti ma di astratti schemi contrattuali concordati con le associazioni datoriali. Cosicché gli effetti della certifica-

⁸⁴ Tutti i Regolamenti delle Commissioni universitarie risultano facilmente consultabili sul *web*.

⁸⁵ Ministero del lavoro e delle politiche sociali, Interpello n. 5 del 24/02/2012.

zione farebbero seguito al semplice utilizzo, da parte del datore/committente associato, del generico modello, trascurando del tutto il ‘cuore’ della procedura⁸⁶.

7. *Le altre funzioni affidate alle commissioni*

Oltre alla funzione primaria e indipendente di certificazione di tutti i contratti in cui siano dedotte direttamente o indirettamente prestazioni di lavoro, nei termini di cui si è detto, il legislatore affida alle commissioni anche ulteriori e distinte funzioni.

Cominciando da quelle politicamente meno controverse, in materia di collaborazioni etero-organizzate, l’art. 2, comma 3, d.lgs. 81/2015, prevede che le parti possano chiedere alle commissioni “la certificazione dell’assenza” degli elementi che determinerebbero l’applicazione della disciplina del lavoro subordinato a norma del comma 1 del medesimo articolo. Il quale fa riferimento, a questo proposito, a “prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”.

Intanto va chiarito che, pur facendosi riferimento alle “modalità di esecuzione”, l’indagine delle commissioni – per le ragioni già esposte – non potrà che riguardare le modalità di svolgimento della prestazione dedotte nel regolamento contrattuale. Dovrà, cioè, essere valutato il margine di autonomia organizzativa che il negozio riconosce al collaboratore soprattutto con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro⁸⁷. In realtà, è alquanto dubbio che la norma rappresenti una nuova e diversa funzione per il certificatore. Sembra piuttosto che il legislatore intenda stimolare le parti, da un lato, a sottoporre il contratto alla procedura di assistenza e consulenza e le commissioni, dall’altro, a prestare particolare attenzione, nel caso di una ordinaria istanza riguardante una collaborazione autonoma, alle novità introdotte dall’art. 2, d.lgs. n. 81/2015, e a farne espressa menzione nel provvedimento.

Alla stessa funzione primaria dell’istituto sono riconducibili anche le disposizioni del d.P.R. n. 177/2011 che prevedono, tuttavia, come obbligatoria

⁸⁶ Di diverso avviso, CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti*, cit. pp. 9-10.

⁸⁷ Per intuibili ragioni di spazio, non si ha qui l’opportunità, naturalmente, neanche di accennare all’ampio dibattito sul tema.

la certificazione in due ipotesi concernenti prestazioni di lavoro da svolgersi in ambienti sospetti d'inquinamento o confinati e comportanti, quindi, consistenti rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori. La prima, relativa alla certificazione dei contratti di lavoro non standard da computare nella soglia minima del 30% di personale con esperienza specifica almeno triennale⁸⁸ necessaria per svolgere attività in tali ambienti. La seconda, riguardante la certificazione dell'eventuale contratto di subappalto avente ad oggetto lavori da svolgersi negli ambienti confinati e che costituisce il requisito – congiuntamente all'espreso consenso del committente dell'appalto – per superarne il generale divieto⁸⁹.

Nell'alveo della medesima funzione risulta collocabile anche il disposto del comma 3, art. 30, l. n. 183/2010, secondo il quale “nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti ... nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione”, oltretché di quelle presenti nei contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi. Rammentando che le tipizzazioni dei motivi di licenziamento contenute nei contratti collettivi non sono vincolanti per il giudice⁹⁰, la norma si limita a recepire, estendendone l'efficacia anche alle pattuizioni individuali in materia contenute nel contratto certificato, il tradizionale indirizzo giurisprudenziale per cui tali tipizzazioni possono essere disattese dal giudice solo fornendo un'adeguata motivazione⁹¹. La disposizione in commento non consente neanche di ritenere che le parti siano abilitate, dinanzi alle commissioni, a derogare *in pejus* alle previsioni della contrattazione collettiva⁹², cosicché l'accertamento del certificatore consisterà nella verifica della legittimità della clausola del regolamento negoziale alla luce sia delle nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo sia delle relative disposizioni del contratto collettivo.

⁸⁸ D.P.R. n. 177/2011, art. 2, comma 1, lett. c).

⁸⁹ D.P.R. n. 177/2011, art. 2, comma 2.

⁹⁰ Fatta eccezione, naturalmente, per le ipotesi in cui esse prevedano una disciplina di miglior favore per il lavoratore.

⁹¹ DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, cit., p. 633; PELLACANI, *Il cosiddetto “collegato lavoro” e la disciplina dei licenziamenti*, in RIDL, 2010, p. 244. Di diverso avviso, TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010*, cit., p. 173 ss.

⁹² TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010*, cit., p. 173 ss. *Contra*, GHERA, VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in MGL, 2010, p. 867.

Fuori dalla funzione primaria, perché relativo a un atto di natura non contrattuale, si colloca l'art. 83, nel quale si prevede la possibilità di certificare il regolamento interno delle cooperative “riguardante la tipologia di rapporti di lavoro attuati o che si intendono attuare ... con i soci lavoratori”, depositato presso gli Irl. Questo riferimento alle tipologie non deve indurre a ritenere che l'attività delle commissioni sia limitata alla sola verifica del novero dei contratti utilizzabili ‘attiene’, più opportunamente, ‘al contenuto del regolamento’. L'obiettivo del legislatore è quello di concedere l'opportunità alle cooperative di attribuire gli effetti della certificazione al regolamento sottoponendolo al vaglio preventivo e alla procedura di assistenza delle commissioni⁹³. L'esame di queste ultime non potrà che riguardare, in particolare, il rispetto delle regole che limitano – e pertanto, però, consentono – la possibilità di prevedere “disposizioni derogatorie *in pejus* rispetto ai trattamenti retributivi ed alle condizioni di lavoro previsti dai contratti collettivi”⁹⁴ all'interno del regolamento.

Alle commissioni sono, poi, affidate anche funzioni legate a ipotesi di disponibilità e derogabilità assistita.

Quanto alle prime, l'art. 82, comma 1, prevede che le commissioni possano certificare le rinunzie e transazioni di cui all'art. 2113 c.c. “a conferma della volontà abdicativa delle parti”. La disposizione fa esplicitamente riferimento alla possibilità di attribuire gli effetti tipici della certificazione a un negozio transattivo. A causa di un non certo chiaro dettato normativo, però, si è discusso in dottrina – con ragioni valide su entrambi i fronti – sulla necessità o meno che l'atto sia stato già validamente concluso in una delle altre sedi di cui all'ultimo comma dell'art. 2113.

La *querelle* è stata opportunamente risolta, ad avviso di chi scrive, dal legislatore del Collegato lavoro che ha espressamente incluso le commissioni tra le sedi in cui può essere esperito il tentativo di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c.⁹⁵ individuandole, conseguentemente, quali soggetti abilitati a ricevere *ex art. 2113 c.c.*, gli atti di rinuncia e transazione che dal tentativo di

⁹³ L'art. 83 impone, infatti, che il provvedimento riguardi il regolamento già adottato e depositato. Nulla vieta, e non ve ne sarebbero ragioni, che la procedura possa aprirsi nella fase di adozione del regolamento per poi chiudersi successivamente al deposito. O, ancora, è altrettanto ipotizzabile che la commissione suggerisca di apportare modifiche al regolamento depositato, condizionando la fase provvedimentale all'adozione e deposito del nuovo regolamento.

⁹⁴ Art. 6, comma 2, l. n. 142/2001.

⁹⁵ Art. 31, comma 13, l. n. 183/2010.

conciliazione possano scaturire. Le parti potranno chiedere alle commissioni, dunque, o soltanto di concludere eventuali atti abdicativi con gli effetti, limitati alle stesse parti, dell'art. 2113 c.c. (attivando esclusivamente la procedura *ex art. 410 c.p.c.*), o aggiungere a questi effetti anche quelli tipici, verso i terzi, della certificazione (attivando anche la procedura *ex art. 82*)⁹⁶.

Infine, alle commissioni sono affidate anche funzioni legate a ipotesi di derogabilità individuale assistita.

Sono tali quelle che assegnano a queste sedi:

a) la certificazione, a pena di nullità, delle clausole compromissorie pattuite dalle parti e comunque previste da accordi interconfederali o contratti collettivi. In questo caso, l'accertamento dovrà riguardare l'effettiva volontà delle parti di devolvere ad arbitri le eventuali controversie derivanti dal rapporto⁹⁷;

b) la possibilità, attraverso la certificazione del contratto, di fungere da valida chiave di accesso, alternativa a quella contrattuale collettiva, per l'introduzione di clausole elastiche nel contratto di lavoro a tempo parziale⁹⁸;

c) la veste di luogo, insieme alle altre sedi cui all'art. 2113 c.c., ove concludere validamente l'accordo di demansionamento di cui al comma 6, art. 2103 c.c.

È evidente che l'individuazione delle sedi di certificazione come idonee a veicolare nell'ordinamento la valorizzazione, sebbene ancora limitata, dell'autonomia individuale del lavoratore ponga una serie di rilevanti e complesse questioni problematiche. A ben vedere, tuttavia, queste ultime riguardano quasi esclusivamente la scelta stessa compiuta dal legislatore di concedere maggior peso all'autonomia individuale nella disciplina del rapporto di lavoro, piuttosto che il riconoscimento delle commissioni come sedi deputate a realizzarla. Pur con i limiti di cui si è dato atto, la procedura di certificazione può, infatti, rappresentare un adeguato percorso di assistenza, idoneo a garantire una volontà realmente informata del lavoratore. Sarebbe forse necessario, tuttavia, che il legislatore valutasse l'opportunità di limitare

⁹⁶ *Contra*, CIUCCIOVINO, *La certificazione dei contratti*, cit, p. 13, La quale ritiene di "escludere che la stessa Commissione possa certificare accordi conciliativi effettuati presso di sé *ex art. 410 c.p.c.* poiché sussisterebbe un evidente carenza di terzietà rispetto all'atto da certificare". In realtà, la procedura dell'art. 82 è volta all'accertamento della "reale volontà abdicativa delle parti", rispetto alle quali la Commissione agisce sempre come soggetto terzo e imparziale.

⁹⁷ Art. 31, comma 10, l. n. 183/2010.

⁹⁸ Art. 6, comma 6, d.lgs. n. 81/2015.

le ipotesi di derogabilità assistita a casi in cui la volontà espressa dal lavoratore avesse, almeno, la possibilità, per il tipo di attività e le caratteristiche professionali possedute dai lavoratori, di essere anche effettiva oltre che informata.

8. Conclusioni

Avviandoci a concludere, possiamo affermare che – a partire dalle ultime riflessioni del par. precedente – se letta alla luce della ricostruzione qui proposta, la disciplina della certificazione prevista dagli artt. 75 ss. d.lgs. n. 276/2003 sembra avere caratteristiche idonee a garantire la realizzazione di un più che opportuno percorso di volontà informata del lavoratore. Allo stesso tempo, però, sarebbe ingenerosa la pretesa che essa possa incidere sulla volontà effettiva del prestatore. Tale effettività è, infatti, strettamente connessa al grado di potere contrattuale delle parti. Potere che, a sua volta, nel caso dei rapporti di lavoro è condizionato da disparità di natura sostanziale che nessun organo e nessuna procedura possono miracolosamente riequilibrare.

Resta da chiedersi, in conclusione, se l'articolato normativo si sia dimostrato, finora, concretamente adeguato al perseguimento della finalità deflattiva affidatagli e quanto l'istituto abbia trovato effettiva diffusione nel mercato del lavoro italiano, trattandosi di procedura comunque volontaria.

A partire da questa ultima questione, si può notare che i dati annuali relativi alle attività di tutte le commissioni attive conservati presso il Ministero del lavoro⁹⁹, mostrano valori annui ancora abbastanza contenuti ma in costante e progressiva crescita. Dalle circa 14.000 istanze del periodo 2003-2007, si è passati alle circa 38.000 del periodo 2010-2015, di cui 12.878 nel solo 2015. Nel complesso, il numero nettamente maggiore di istanze ha riguardato materie attinenti la funzione primaria dell'istituto e, in particolare, i contratti di collaborazione autonoma. Il resto delle istanze hanno avuto a oggetto quasi totalmente le funzioni di disponibilità assistita e soltanto un numero limitatissimo le funzioni di derogabilità assistita.

Per quel che riguarda il primo interrogativo, invece, si può osservare che, a quanto consta scorrendo le sezioni dedicate ai casi giurisprudenziali

⁹⁹ Si ringrazia la Direzione Generale dei Rapporti di Lavoro e delle Relazioni Industriali, Divisione V - Disciplina del rapporto di lavoro e pari opportunità, per la cortesia e disponibilità nel fornirci i dati.

nelle riviste del settore e le più rilevanti banche dati, sulle circa 52.000 istanze complessive, si è formata, nel corso dei quindici anni di vita dell'istituto, una giurisprudenza, almeno nota, limitatissima¹⁰⁰. Questo, nonostante il provvedimento di certificazione, come è stato sottolineato, non comporti alcun effetto preclusivo sulla possibilità del lavoratore di ricorrere alla tutela giudiziaria dei propri diritti.

Non c'è dubbio che la scarsa diffusione delle procedure di certificazione incida in maniera sensibilmente negativa sul generale obiettivo di stemperare i livelli complessivi del contenzioso giudiziale che caratterizzano il nostro mercato del lavoro. Allo stesso tempo, però, è opportuno considerare separatamente questi dati da quelli relativi alla efficacia delle certificazioni effettuate. Le poche sentenze reperibili in materia lasciano legittimamente presumere, infatti, che la stipulazione di un accordo negoziale informato e consapevole grazie alla procedura descritta abbia una reale capacità di fungere da disincentivo alla litigiosità delle parti e da incentivo a tenere un comportamento coerente, durante lo svolgimento del rapporto, alle regole concordate.

Se questo è vero, allora sarebbe utile concentrare le riflessioni, *de iure condendo*, sulle prospettive di diffusione della certificazione e della sua funzione primaria.

Ad avviso di chi scrive, i potenziali interventi per ampliare il grado di attrattività dell'istituto dovrebbero comunque tenere esente il tema degli effetti tra le parti. Lo scarso contenzioso in materia dimostra, infatti, le potenzialità della certificazione anche nell'attuale e condivisibile configurazione *soft*. Piuttosto, si potrebbe immaginare una qualche forma di incentivo economico – che, in ogni caso, non incida negativamente sulla tendenza dell'ordinamento a favorire occupazione stabile – da legare ai contratti non standard conclusi con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione. O, ancora, si potrebbero prevedere ipotesi di obbligatorietà della procedura per la conclusione di contratti di collaborazione autonoma con determinate caratteristiche. Pensiamo, in particolare, ai contratti implicanti

¹⁰⁰ Tribunale di Milano, 26 gennaio 2012; Corte d'Appello di Brescia 24 maggio 2011, n. 70, in *RIDL*, 2011, p. 1159 ss., con nota di ROTA, La quale sostiene l'inefficacia deflattiva della certificazione omettendo di sottolineare che quella annotata rappresenta un esempio rarissimo di *querelle* giudiziaria riguardante l'istituto. Per un'analisi della sentenza in materia si veda, anche, AVONDOLA, *Legge, contratto e certificazione*, cit., p. 170 ss.

lo svolgimento dell'attività, principalmente se non esclusivamente, all'interno della struttura produttiva del committente.

Infine, non è il caso di sottovalutare e, anzi, andrebbe promosso, il ruolo di sostegno alle parti – e in special modo del lavoratore – che la procedura di certificazione potrebbe svolgere nella definizione dell'accordo individuale di lavoro agile¹⁰¹. Si fa riferimento, in particolare, alle disposizioni della l. n. 81/2017 che demandano ai contraenti l'adozione di “misure tecniche e organizzative necessarie per assicurare la disconnessione del lavoratore”¹⁰², la disciplina dell'esercizio “del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300”¹⁰³, e, infine, l'individuazione “delle condotte, connesse all'esecuzione della prestazione lavorativa all'esterno dei locali aziendali, che danno luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari”¹⁰⁴.

Interventi di tale natura non escluderebbero, comunque, l'opportunità di una rivisitazione dei tratti maggiormente critici dell'attuale disciplina e della effettiva attuazione di altre sue parti. Si pensi, per esempio, nel primo caso, alla razionalizzazione – secondo criteri di professionalità e imparzialità – dei soggetti abilitati a istituire le commissioni e alla necessità di garantire una adeguata informazione dei lavoratori come terzi interessati nei casi di procedura relativa a contratti in cui siano indirettamente dedotte prestazioni di lavoro. Nel secondo caso, invece, all'adozione da parte del Ministero del lavoro degli strumenti di ausilio alle commissioni, come i codici di buone pratiche¹⁰⁵ e i moduli e formulari che tengano conto dei prevalenti orientamenti giurisprudenziali in materia di qualificazione del rapporto¹⁰⁶.

¹⁰¹ Sul lavoro agile si v., da ultimo, TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, n. 335/2017.

¹⁰² L. n. 81/2017, art. 19, comma 1.

¹⁰³ L. n. 81/2017, art. 21, comma 1.

¹⁰⁴ L. n. 81/2017, art. 21, comma 2. V. G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”- IT, n. 327/2017, p. 15.

¹⁰⁵ D.lgs. n. 276/2003, art. 78, comma 4.

¹⁰⁶ D.lgs. n. 276/2003, art. 78, comma 5.

Abstract

Il saggio, partendo da una accurata disamina delle prime elaborazioni dottrinali e dei primi progetti legislativi in materia di certificazione dei contratti di lavoro, offre una lettura peculiare dei principali profili teorici e pratici dell'istituto. In questa prospettiva, l'Autore, attraverso un'analisi puntuale ispirata alla ricostruzione sistematica delle fonti in materia, muovendo dall'individuazione degli obiettivi perseguiti dal legislatore e degli effetti legati al provvedimento di certificazione, propone una definizione dell'istituto come procedura di assistenza e consulenza delle parti nella costruzione o modifica del programma negoziale (o di parte del programma) con possibile attestazione conclusiva della corretta riconduzione alla fattispecie legale e/o del rispetto della normativa legale applicabile. Il saggio si sofferma, in particolare, sulla centralità delle funzioni di assistenza e consulenza affidate alle commissioni al fine di realizzare l'obiettivo primario rappresentato dalla deflazione del contenzioso giudiziario lavoristico e, quindi, sul rilievo che assumono le qualità degli organi di certificazione in relazione alla possibilità, da un lato, di garantire una consulenza di elevata qualità professionale e, dall'altro, di porsi come soggetti terzi e imparziali nel rapporto con le parti. In conclusione, dopo aver dato atto delle funzioni ulteriori della certificazione, l'Autore indica una serie di suggestioni *de iure condendo* al fine di promuovere la diffusione dell'istituto.

The essay, starting from a thorough examination of the first elaborations of doctrine and legislative drafts on the subject of the certification of the employment contracts, gives a peculiar interpretation of the main theoretical and practical aspects of this legal instrument. In such a view, the Author, through a comprehensive analysis inspired to a systematic reconstruction of the legal sources on this topic, moving from the identification of the main objectives pursued by the legislator and of the legal effects produced by the certification measure, proposes to define this legal instrument as a procedure of assistance and advice of the parties in constructing or modifying the negotiating programme (or of a part of the programme) with a possible final attestation of the correct subsumption into the legal case and/or of respect of the applicable statutory provisions. The essay focuses, in particular, on the centrality of the assistance and advisory functions entrusted to the Commission of Certification in order to achieve the primary objective of reducing the amount of the legal disputes and, therefore, on the importance of the qualities of the components of the Commissions that should be able to provide highly professional advice and to act as third and impartial subjects. In conclusion, after describing the other functions of the certification procedure, the Author proposes several suggestions *de iure condendo* with a view to promote the spread of this legal instrument.

Key words

Certificazione, contratti di lavoro, assistenza e consulenza, asimmetrie informative, sedi di certificazione, autonomia e subordinazione

Certification, employment contracts, assistance and advice, information asymmetries, self-employment and subordination.

