

## La certificazione dei contratti di lavoro\*

Luca Nogler

«Soltanto il sapere che esita conta»

(E. Canetti, *Un regno di matite. Appunti 1992-1993*, Adelphi, 1992)

1. La storia di un istituto con una sola struttura e due funzioni.	25
2. La natura giuridica della certificazione della qualificazione del contratto.	29
3. <i>Segue</i> . La qualificazione del contratto non spetta alle parti.	31
4. <i>Segue</i> . Atto amministrativo e sentenza?	32
5. Le critiche all'utilità ed all'efficacia della certificazione della qualificazione del contratto.	34
6. Ridimensionamento delle critiche. I profili di rilevanza dell'istituto.	36
7. Dubbi di costituzionalità.	40
8. I contratti suscettibili di essere certificati: A) le collaborazioni a progetto.	41
9. <i>Segue</i> . B) il contratto di associazione in partecipazione.	43
10. <i>Segue</i> . C) i contratti di lavoro intermittente o ripartito.	45
11. <i>Segue</i> . D) il contratto di lavoro a tempo parziale.	46
12. <i>Segue</i> . Due lacune: co.co.co. senza obbligo di progetto e prestazioni accessorie.	47
13. Le commissioni di certificazione.	47
14. Le procedure di certificazione.	52
15. I rimedi esperibili nei confronti della certificazione.	54
16. Conciliazione obbligatoria e valutazione giudiziale del comportamento delle parti in sede di certificazione.	56
17. La comparazione con altre esperienze di certificazione: A) la certificazione della natura artigiana dell'impresa.	57

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 8/2003

18. <i>Segue</i> . B) lo <i>Statusfestellungsverfahren</i> dell'ordinamento tedesco.	59
19. La certificazione quale assistenza alla volontà derogatoria del collaboratore a progetto.	61
20. La certificazione quale consulenza nella predisposizione del contratto di lavoro.	65
21. La complessa implementazione della certificazione: un'occasione per razionalizzare l'istituto?	66
22. Riferimenti bibliografici.	69

## 1. La storia di un istituto con una sola struttura e due funzioni.

La storia della certificazione è stata, dunque, coronata da successo. Nel giro di undici anni e di una manciata di progetti di legge, morto e risorto almeno un paio di volte, il nuovo istituto della certificazione - che il Governo, rettificando il linguaggio parlamentare, riferisce, anzitutto, ai «contratti di lavoro» - è approdato al diritto positivo.

Il resoconto di questa storia deve, anzitutto, chiamare a deporre Antonio Vallebona e l'affiatato duo modenese Marco Biagi e Michele Tiraboschi. L'idea della certificazione è, infatti, salpata in tre scarne ma dense paginette del primo, il quale nel 1992 scrisse:

Invero la maggior parte dei lavoratori permane in una posizione di relativa debolezza quanto meno nel momento dell'accesso all'occupazione, sicché non si può prescindere da un sistema di tutela esterno alla volontà delle parti. Si può, invece, discutere se l'indispensabile protezione degli interessi della parte debole debba continuare ad essere affidata esclusivamente al controllo successivo da parte del giudice circa il rispetto delle norme inderogabili legali e collettive, con i conseguenti costi in termini di certezza, oppure se sia prospettabile l'introduzione di una qualche forma di controllo preventivo sulle pattuizioni individuali, con eliminazione *ab origine* di ogni dubbio sulla validità delle stesse (...). Il modello della volontà assistita potrebbe essere utilizzato non solo per la fissazione della disciplina del rapporto, ma anche per la preliminare scelta del tipo negoziale con particolare riferimento all'alternativa lavoro autonomo – lavoro subordinato ora regolata dalla norma inderogabile dell'art. 2094 cod. civ. fonte di gravi ed inevitabili incertezze applicative. In questa ipotesi il soggetto terzo dovrebbe fornire *ex ante* una valutazione inoppugnabile circa la rispondenza dell'accordo proposto al tipo legale prescelto, eventualmente avvalendosi di schemi di riferimento predisposti all'uopo in sede collettiva con il corredo di garanzie essenziali. (...) Residuerebbe solo l'eventualità di controversie fondate sull'affermazione di uno scostamento di fatto nella fase esecutiva dal regolamento concordato<sup>1</sup>.

Fin dalla sue scaturigini, la certificazione fu, dunque, contrassegnata da una doppia funzione<sup>2</sup>.

Da un lato, essa avrebbe dovuto prefigurare un meccanismo finalizzato alla soluzione dei conflitti d'interessi che emergono in sede di stipulazione del contratto di lavoro individuale. Una funzione che è stata successivamente rafforzata da Biagi secondo il quale a tal fine si sarebbe dovuto accrescere lo spazio regolativo del contratto individuale facendo ricorso alla tecnica dell'inderogabilità solo relativa<sup>3</sup>. In tal senso, la certificazione avrebbe dovuto essere strumentale all'obiettivo (che richiede, comunque, ben altri interventi) di riequilibrare la distorsione che caratterizza il diritto del lavoro italiano il quale – specie nelle unità produttive con più di quindici dipendenti – registra indubbiamente un eccesso di tutela nel rapporto a fronte di un difetto di protezione sul

---

<sup>1</sup> Vallebona 1992, 479. Fin da questo primo scritto, e poi anche in Vallebona 1992, 21-22, quest'autore richiama l'art. 2113 c.c. quale mero esempio della funzione assistenziale offerta al lavoratore e non quale disposizione che dovrebbe regolare – non la disposizione di diritti – ma la disposizione degli interessi del lavoratore affidati alla volontà individuale delle parti da un sistema che sostituisce almeno in parte la tecnica della inderogabilità assoluta con quella relativa.

<sup>2</sup> I due profili vengono nettamente distinti in relazione al modo in cui ne parla il Libro bianco, nell'acuta analisi di Garofalo 2003, 376.

<sup>3</sup> Su questa tecnica prescrittiva cfr. da ultimo Novella 2003, 544-546 il quale osserva che «l'adozione di questa tecnica non deve essere giudicata aprioristicamente regressiva».

mercato<sup>4</sup>. Conta, infine, sottolineare che, così intesa, l'attività di certificazione è giuridicamente imputabile alle parti stesse cosicché all'atto finale del procedimento può essere al più attribuito un effetto meramente probatorio del «contenuto» dell'accordo contrattuale<sup>5</sup>.

Dall'altro lato, la certificazione intendeva fin dalla sua origine rappresentare un rimedio, per così dire, preventivo al conflitto sulla qualificazione del rapporto come autonomo o subordinato che è giuridico per eccellenza. In questa ulteriore prospettiva, la commissione di certificazione avrebbe dovuto cristallizzare la scelta del tipo contrattuale operata dalle parti in sede di stipulazione dell'accordo contrattuale certificandone la qualificazione giuridica. Più precisamente, questa seconda funzione sfociava in un autonomo atto il quale certificava siffatta qualificazione<sup>6</sup>; atto il quale, a differenza di ciò che avviene in relazione alla prima funzione, è senz'altro imputabile al soggetto certificante ed incide, non sul contenuto dell'accordo, ma sulle sue conseguenze giuridiche (v. comunque *infra* § 3).

Quando nel 1997 Biagi concretizzò lo spunto di Vallebona, pur preservando le due funzioni, configurò la struttura dell'istituto interamente a misura della prima e cioè dell'assistenza e della consulenza fornita dalla commissione di certificazione nella predisposizione del contenuto contrattuale<sup>7</sup>. Diamo la parola all'*Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* del 1997:

L'idea (...) è che l'organo amministrativo davanti al quale vengono "certificati" i rapporti di lavoro possa svolgere anche un ruolo di "giudice" di prima istanza nel caso dell'insorgere di una controversia sulla qualificazione *ex post* del rapporto stesso, con relativo potere di "parziale" sbarramento (probatorio, ma non certo sostanziale, né procedurale) alla prosecuzione della controversia davanti al Pretore del lavoro. L'organo amministrativo competente a "certificare" la qualificazione del rapporto di lavoro proposta dalle parti potrebbe essere qualcosa di simile all'attuale "commissione di conciliazione" istituita ex art. 410, comma 3, c.p.c. (...). L'organo amministrativo svolgerà in via preventiva un'attività di consulenza circa la determinazione del contenuto del contratto (...). L'atto che ha ottenuto tale "validazione" in sede amministrativa non potrà essere impugnato dalle parti firmatarie se non in presenza di determinati vizi del consenso: - le parti che sottoscrivono il contratto in questa sede si impegnano, in caso di controversia, ad esperire davanti

<sup>4</sup> Mengoni 2000, 184; è inoltre d'obbligo il rinvio ad Ichino 1996.

<sup>5</sup> Sulla distinzione tra «contenuto» ed «effetti» dell'accordo contrattuale cfr. Sacco 1982a, 247 il quale sottolinea che l'argomentazione più ricorrente incentra la distinzione sul fatto che il contenuto dell'accordo attiene al mondo del fatto mentre gli effetti costituiscono una realtà giuridica. In particolare, nell'ipotesi della certificazione la nozione di contenuto dell'accordo contrattuale può essere ulteriormente specificata quale «testo contrattuale» e cioè insieme dei segni semantici che intervengono nella dichiarazione comune delle parti. Se consideriamo, come sostiene sempre Sacco, il «duplice valore della parola contratto, che può significare tanto l'accordo, come realtà del mondo del fatto, quanto il regolamento che ne deriva» (Sacco 1982, 460) emerge immediatamente l'ambiguità dell'espressione «contenuto del contratto» sulla quale circolano effettivamente una pluralità di nozioni che spaziano dal considerare il contenuto un semplice fatto oppure, all'opposto, quale regolamento giuridico del contratto (Rodotà 1969). Comunque sia, una volta chiarita la portata operativa della distinzione discussa nel testo non ci sembra il caso di attardarci nella diatriba terminologica salvo segnalare che optiamo per la scelta di designare con il termine «accordo contrattuale» il contratto inteso come fatto (così Roppo 2001, 19). Quando, invece, sarà privilegiata l'espressione contratto significa che intendiamo porre l'accento sul regolamento contrattuale che il giudice ricava dall'accordo delle parti e che attinente già al criterio di giudizio della controversia.

<sup>6</sup> La qualificazione riconduce il caso alla fattispecie normativa e quindi fa scattare le relative conseguenze giuridiche. Si sofferma su questi due, peraltro a nostro parere, indissolubili (cfr. Fazzalari 1989, 1262) momenti, Pedrazzoli 1990, 379 ss.

<sup>7</sup> Cfr. in successione Biagi 1998, 38, 12 ss.; Biagi, Tiraboschi 1999, 571 ss.; Tiraboschi 2003a, 101 ss.

alla stessa commissione una procedura obbligatoria di conciliazione, come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria (...); - davanti alla commissione di conciliazione la controversia dovrà essere istruita come se si fosse in presenza di una sorta di Tribunale industriale, con distribuzione del carico probatorio ex art. 2697 c.c. e con poteri informali di assunzione delle prove da parte della commissione stessa (...). A questo punto si possono verificare tre ipotesi: a) il tentativo di conciliazione ha esito positivo, e pertanto il problema viene risolto; b) ove il tentativo di conciliazione fallisca, ciascuna delle parti può, entro un determinato termine, promuovere il deferimento della controversia al collegio arbitrale (...); c) fallisce il tentativo di conciliazione e non si attiva l'arbitrato: in questo caso la parte attrice può iniziare il giudizio davanti al pretore del lavoro. Tuttavia, e qui sta l'elemento "dissuasivo", il comportamento complessivo tenuto dalle parti nella fase di costituzione del rapporto di lavoro e nella successiva fase di conciliazione verrà valutato dal giudice ai sensi degli art. 9, 92 e 96 c.p.c.<sup>8</sup>.

Indicate le linee direttive, si è assistito ad una *escalation* progettuale. Anzitutto, a *Il progetto per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* dello stesso Biagi del 1998, il cui art. 38 tradusse fedelmente in disposizioni normative l'*Ipotesi di lavoro* dell'anno precedente, estendendo, al contempo, il meccanismo alla certificazione dei rapporti di lavoro delle cooperative di produzione e lavoro<sup>9</sup>. La Commissione di certificazione era ancora concepita come unica ed avrebbe dovuto essere incardinata presso la Direzione provinciale per l'impiego ma alla noticina 42 già spuntava il riferimento al possibile ruolo certificativo delle parti sociali in seno agli enti bilaterali. Nel *Progetto* del 1998 la certificazione venne, inoltre, consapevolmente configurata sia quale strumento di assistenza alle parti nella predisposizione del testo contrattuale e nella gestione degli spazi di derogabilità relativa [art. 38, 1° comma, lett. a)], sia quale meccanismo di «registrazione» della volontà qualificatoria delle parti [art. 38, 1° comma, lett. d)].

La certificazione entrò, quindi, in Parlamento su un doppio binario.

In primo luogo, attraverso il disegno di legge governativo S n. 3512, redatto sulla base degli esiti dei lavori della Commissione Zamagni, il cui art. 6 contemplava l'istituto della certificazione del regolamento interno quale meccanismo di prevenzione del contenzioso sulla natura autonoma o subordinata del rapporto di lavoro del socio-lavoratore<sup>10</sup>. In questo primo versante, tuttavia, va rilevato che, durante il successivo *iter* parlamentare, fu soppressa la disposizione relativa alla certificazione del regolamento.

In secondo luogo, per il tramite della proposta di legge C. n. 5651, che suole essere evocata con il cognome del primo firmatario l'on. Carlo Smuraglia, approvata dal Senato il 4 febbraio 1999 (S n. 2049), il cui art. 17 delegava il Governo ad emanare disposizioni in materia di certificazione volontaria del contratto di lavoro stipulato tra le parti sebbene al solo fine di ridurre il contenzioso in materia di qualificazione del rapporto di lavoro. Alla luce di quanto più interessa ai fini del chiarimento e dell'implementazione della disciplina ora adottata dal d. lg. 10 settembre 2003, n.

<sup>8</sup> Cfr. *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno Statuto dei lavori* si può leggere in QDLRI, 1998, 21, 347 ss.

<sup>9</sup> DRI, 1999, 275 ss. e, per esteso, in Treu 2001, 317 ss. Il progetto del 1998 non fu tradotto in un disegno formale di legge. Maggiori dettagli in Tiraboschi 2003a, 197 ss.

<sup>10</sup> Cfr. Biagi 2001, 276; in appendice a questo volume si può leggere anche il progetto di legge evocato nel testo sul quale cfr. comunque anche Biagi 1998, 12 ss.

276, si deve notare che in ordine al soggetto certificante troviamo confermata la scelta del *Progetto* del 1998, ossia di un organo unico; tuttavia, risulta invertito l'ordine di preferenza che vede, ora, al primo posto l'«organismo bilaterale di settore istituito dai contratti e accordi collettivi nazionali stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» e solo al secondo, ove manchino gli organismi bilaterali, la Direzione provinciale del lavoro pur con la presenza paritetica delle predette organizzazioni sindacali. A questa inversione non corrisponde un altrettanto chiara indicazione della/e funzione/i dell'istituto sebbene s'intuisca la preferenza per un ruolo delle commissioni di certificazione incardinate presso gli enti bilaterali di «mera» consulenza ed assistenza. Comunque sia, questo progetto, come ampiamente noto, non fu poi approvato in via definitiva dalla Camera.

Con l'attuale legislatura, la certificazione «cambia» schieramento politico<sup>11</sup> e comincia a marciare con il vento in poppa. Lo preannuncia, nell'ottobre del 2001, il cd. *Libro Bianco sul mercato del lavoro italiano* sottotitolato come «*Proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*»<sup>12</sup>. La certificazione vi recupera appieno la doppia anima già impressale da Vallebona: essa viene, infatti, prefigurata sia quale meccanismo di assistenza alla volontà individuale espressa al momento della conclusione dell'accordo contrattuale che, contemporaneamente, quale meccanismo «utile a prevenire controversie giudiziali sul piano qualificatorio».

Successivamente, in Parlamento, sembrò prevalere definitivamente l'anima orientata alla fissazione della qualificazione del contratto di lavoro<sup>13</sup> anche se lo striminzito contenuto della l. n. 30 del 2003 aveva lasciato gli interpreti in trepidante attesa riguardo alla concreta configurazione tecnica della certificazione. Invero, dall'art. 5, della l. n. 30 del 2003 si possono ricavare principi e criteri direttivi fondamentalmente in relazione a tre soli elementi della procedura di certificazione: a) il carattere volontario della stessa; b) l'organo prepostovi; c) il contenuto e l'efficacia. Sulle modalità di organizzazione, così come sulla procedura di certificazione, inclusa la fondamentale questione della violazione della medesima<sup>14</sup>, non vengono sostanzialmente forniti i principi per orientare l'operato del legislatore delegato. La stessa dottrina più autorevole non esita a parlare di delega in bianco<sup>15</sup>.

Commentando a caldo il disposto normativo, osservammo che «la parsimonia del legislatore più che per calcolo politico si spiega con l'incertezza che circonda l'inquadramento giuridico del

<sup>11</sup> Invero, nella proposta di legge sulla *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori* (proposta di legge C 3133 in [www.camera.it](http://www.camera.it)) non si fa riferimento alla certificazione che era, tuttavia, presente in una bozza precedente intitolata *Il lavoro e i lavori* la quale riprendeva sostanzialmente il *Progetto* del 1998. Cfr. infatti *I diritti del lavoro. Principi e indirizzi sui nuovi diritti e le nuove tutele*, in *Italia-nieuropei*, 2002/2, 43; si tratta del documento che raccoglie le riflessioni del gruppo di lavoro coordinato da Giuliano Amato e Tiziano Treu ai fini delle proposte dell'Ulivo sui nuovi diritti del lavoro. La certificazione compare, infine, anche nel ddl S 869 di Montagnino ed altri (Norme di tutela dei lavori «atipici»).

<sup>12</sup> Il *Libro Bianco* sul mercato del lavoro in Italia è reperibile nel sito [www.palazzochigi.it](http://www.palazzochigi.it)

<sup>13</sup> Ne era convinto anche Tiraboschi 2003b, 123.

<sup>14</sup> De Angelis 2002, 96.

<sup>15</sup> Così Ghera 2002, 531; al quale si sono accodati molti altri autori, v. Nogler 2003, 111; Speciale 2003, I, 279; Nausei 2003, XIX.

nuovo istituto dovuta, *in primis*, alla penuria di studi autenticamente scientifici relativi a quest'inedita procedura di garanzia della trasparenza giuridica dell'operato delle parti»<sup>16</sup>. E questo approfondimento risultava tanto più urgente dal momento che dominava la sensazione che fosse comunque arduo indossare alla certificazione costruzioni già fatte. Non a caso, i suggerimenti emersi dal dibattito dottrinale che si è sviluppato dopo l'approvazione della legge delega, anche grazie all'atteggiamento non pre-concetto di taluno degli interlocutori, hanno trovato immediato accoglimento nella trama normativa finale. Se il d. lg. n. 276 del 2003 non fosse stato elaborato solo «nel chiuso degli uffici ministeriali»<sup>17</sup> si sarebbe forse potuto affinare ulteriormente l'istituto che, dal punto di vista tecnico-giuridico, risente, indubbiamente, di un insufficiente approfondimento delle relative e delicate questioni di diritto amministrativo, sia sostanziale che processuale.

Comunque sia, l'affollato gruppo dei critici dell'idea della volontà assistita<sup>18</sup> ha gioito troppo presto perché la disciplina finale si è assestata ben al di là di quanto prefigurato dallo scarno art. 5 della l. n. 30 del 1993. Con grande meraviglia, gli audaci estensori del d. lg. n. 276 del 2003 hanno inserito – relativamente al solo, benché assai rilevante, ambito del lavoro a progetto – una forma di volontà derogatoria assistita in sede di certificazione. Il riferimento è all'art. 68 ai sensi del quale (la formulazione prescelta somiglia ad una sorta di travestimento verbale: v. *infra* § 19) i diritti derivanti dal capo II del titolo VII del d. lg. n. 276 del 2003 «possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di cui al titolo V° del presente decreto legislativo».

## 2. La natura giuridica della certificazione della qualificazione del contratto.

Il *fil rouge* della presente analisi consisterà nel distinguere nettamente tra loro le due principali funzioni così assegnate dal d. lg. n. 276 del 2003 al medesimo meccanismo unitariamente denominato quale «certificazione»<sup>19</sup>: l'una orientata alla soluzione di un conflitto d'interessi e l'altra al conflitto giuridico.

Consideriamo – anzitutto – la seconda funzione, e cioè quella qualificatoria rimandando l'analisi dell'altra ai §§ 19 e 20. Il faro di qualsiasi commento alla disciplina contenuta nel titolo VIII del d. lg. n. 276 del 2003 non può che essere rappresentato dal modo in cui è stata risolta la complessa questione della natura giuridica dell'istituto.

In ordine a ciò occorre preliminarmente superare quello che si potrebbe chiamare il vizio tecnico-dogmatico d'origine del modello «modenese» il quale prendeva le mosse dall'erroneo presupposto che la certificazione si limita – anche nella parte in cui la stessa fissa la qualificazione del contratto (e, quindi, non solo in quella che documenta le scelte assistite delle parti in ordine alla disciplina derogabile) – ad esercitare un effetto probatorio poiché «registra» la qualificazione prescelta dalle parti in ordine al loro contratto di lavoro. Una premessa dalla quale derivano coerentemente le conseguenze sistematiche che alla certificazione dovrebbe essere attribuita l'idoneità giuridica di influenzare la formazione della presunta prova della stessa volontà qualificatoria

<sup>16</sup> Nogler 2003, p. 111.

<sup>17</sup> «Nel chiuso degli uffici ministeriali si riscrive gran parte del diritto del lavoro» denuncia Tiziano Treu nella seduta del 17 luglio 2003 della Commissione lavoro e previdenza sociale del Senato.

<sup>18</sup> Garofalo 2003, 376.

<sup>19</sup> Non condividiamo, quindi, la scelta di Romeo 2003, 108 ss. di confondere i due piani in un discorso unitario.

delle parti e che la rimozione della certificazione presuppone un «vizio» di quella medesima volontà registrata dalla commissione certificante. Più in generale, si deve osservare che alle due richiamate funzioni ha sempre corrisposto fin dall'origine un'unica struttura inizialmente modellata sulla certificazione quale assistenza alla volontà derogatoria dei contraenti e, quindi, connotata da elementi che si confanno all'una o all'altra funzione senza soddisfare appieno né una né l'altra delle due anime dell'istituto.

Comunque sia, il vizio originario emerge con chiarezza dall'*Ipotesi di lavoro* del 1997 ed è riprodotto *per tabulas* nel *Progetto* del 1998, il cui art. 38, 1° comma, lett. (g) afferma che la certificazione ha valore sul piano probatorio e si dipana intorno all'impugnabilità del contratto certificato solo per vizi del consenso [art. 35, 2° comma, lett. c)].

Le pur scarse disposizioni sulla certificazione contenute nel testo del progetto Smuraglia approvato dal Senato nella scorsa legislatura, ereditarono poi la distorsione percettiva della certificazione come registrazione della volontà qualificatoria che esercita un effetto di «sbarramento probatorio»<sup>20</sup>. Infatti, nel progetto si legge che il contenuto della certificazione si riferisce, tra le altre, alle «dichiarazioni dei contraenti (...) in relazione alle tipologie contrattuali» [art. 17, 1° comma, lett. c)] e che in caso di successiva controversia sulla qualificazione del contratto l'autorità giudiziaria competente dovrà tener conto anche del comportamento delle parti in sede di certificazione [art. 17, 1° comma, lett. d)].

La storia si rinnova nella successiva ed attuale legislatura, con l'ancor più telegrafico art. 9 del d.d.l. n. 848 che – in barba alle sempre più numerose critiche sull'inutilità del meccanismo – si limitava, per quanto qui importa, a prescrivere che «in caso di controversia sulla esatta qualificazione del rapporto di lavoro posto in essere» dovrà essere prevista la «valutazione da parte della autorità giudiziaria competente anche del comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione» [art. 9, 1° comma, lett. e)]. Basta poi una fugace consultazione del *Libro bianco* dell'ottobre del 1991 per ritrovare immediatamente il riferimento alla certificazione come «validazione anticipata della volontà delle parti». Infine, nella *Relazione di accompagnamento* al d.d.l. si legge testualmente convenzionali».

Il messaggio subliminale trasmesso da questa (nel frattempo) imponente documentazione, alla quale vanno ovviamente aggiunti gli scritti dei padri dell'istituto<sup>21</sup>, ha, infine, tratto in inganno, non solo buona parte degli stessi oppositori del meccanismo certificatorio<sup>22</sup>, ma anche l'estensore dell'«emendamento Di Teodoro» che ha veicolato nella l. n. 30 del 2003 la lett. f) del 1° comma dell'art. 5 ai sensi della quale «gli effetti dell'accertamento svolto dall'organo preposto alla certificazione permangano fino al momento in cui sia provata» (!?) «l'erronea qualificazione del programma negoziale o la difformità tra il programma negoziale concordato dalle parti in sede di certificazione ed il programma attuato».

<sup>20</sup> Biagi, Tiraboschi 1999, 588.

<sup>21</sup> Cfr. da ultimo, in chiave riassuntiva, Tiraboschi 2003b, 118.

<sup>22</sup> Cfr. tra i molti Romeo 2003, 110 ma soprattutto Alleva, Andreoni, Angiolini, Coccia, Naccari 2002, 87 che si scagliano contro la disposizione che obbliga l'autorità giudiziaria a valutare il «comportamento tenuto dalle parti in sede di certificazione» perché assegnerebbe al giudice il ruolo di «notaio della certificazione».

### 3. Segue. La qualificazione del contratto non spetta alle parti.

Ora, non dovrebbero esservi molta difficoltà a riconoscere che, alla luce della moderna concezione statalista del diritto, se alle parti spetta instaurare, per così dire, *hic e nunc*, nella sua esistenza unica ed irripetibile, il rapporto contrattuale, la qualificazione giuridica del loro operato è formalmente affidata all'ordinamento, un principio che suole essere evocato con l'adagio latino *iura novit curia*.

Se - come afferma ora testualmente l'art. 78, 2° comma, lett. d) del d. lg. n. 276 del 2003 - l'atto di certificazione mira a fissare gli effetti giuridici «in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione», la costruzione dogmatica dell'istituto dovrebbe prendere le mosse dal postulato che la qualificazione dell'accordo contrattuale non è imputabile alle parti.

Da ciò derivano una decisiva serie di corollari.

La prima conseguenza sistematica è che l'atto di certificazione non accerta uno stato di fatto ma qualifica il rapporto determinando così le conseguenze giuridiche del comportamento contrattuale delle parti. Stando così le cose, non ha senso prospettare la questione dell'efficacia probatoria della certificazione né quella correlata del relativo onere probatorio<sup>23</sup>.

In secondo luogo, - e lo si ricava con sufficiente chiarezza dalla stessa lett. e) dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 - la qualificazione del programma negoziale è interamente ascrivibile alla commissione di certificazione<sup>24</sup>. Improprio sarebbe quindi richiamarsi alle figure dell'arbitraggio o dell'arbitrato libero.

In terzo luogo, il soggetto terzo, quando opera la certificazione, non adotta un atto discrezionale ma, come afferma l'art. 79 del d. lg. n. 276 del 2003, realizza un «accertamento» e ciò nel senso «che la certificata rilevanza giuridica del programma negoziale prescelto dalle parti prescinde dall'apprezzamento svolto dall'organo di certificazione. Almeno formalmente, la rilevanza stessa non è, insomma, stabilita dall'organo ma discende direttamente dalle disposizioni normative che devono essere poste alla base della qualificazione del programma stesso sebbene essa presupponga sempre un giudizio che consiste nel leggere quest'ultimo *sub specie iuris*»<sup>25</sup>.

La lettura fin qui privilegiata è confermata dagli art. 75 ss. d. lg. n. 276 del 2003 che in più punti

<sup>23</sup> Cfr., invece, Biagi, Tiraboschi 1999, 587; Tiraboschi 2003b, 118 ss.

<sup>24</sup> «Di conseguenza, la qualificazione certificata non può essere considerata una parte integrante del negozio privato che instaura il rapporto di lavoro e non si risolve in un meccanismo che tende semplicemente ad assistere le parti nel formulare, con maggior cognizione di causa, il *nomen iuris* del loro accordo contrattuale. Per questa ragione, è pure da escludersi la qualificazione della certificazione, non solo quale arbitraggio, ma anche come arbitrato libero che l'orientamento largamente maggioritario ricostruisce notoriamente quale negozio per *relationem*» (Nogler 2003, 120). A quest'ultimo proposito, va osservato come la figura del negozio per *relationem* - quale criterio strutturale su cui far riposare, in linea generale, la distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato libero - sembra permanere, nella nostra giurisprudenza, anche dopo la "svolta" della S.C. sulla natura dell'arbitrato rituale al quale, a partire dalla celebre sentenza Cass. s.u. 3 agosto 2000, n. 527 (RDP, 2001, 259), la Cassazione ascrive sempre e soltanto una natura negoziale (v. *amplius* Consolo, Marinelli 2003). Infatti il criterio della *relatio* - quale momento ricostruttivo qualificante il fenomeno arbitrale irri- tuale o libero rispetto a quello rituale e codicistico - è espressamente riproposto da Cass. s.u. 22 luglio 2002, n. 10723 (ord.), CG, 2003, 630 s., la quale pur propende per la natura negoziale (anche) del lodo rituale e, così, per la perfetta «unitarietà» del fenomeno arbitrale nell'ordinamento italiano.

<sup>25</sup> Il passo è nuovamente ripreso da Nogler 2003, 120. Sulla relazione tra forma e motivazione della decisione qualificatoria cfr. Nogler 2002.

attribuiscono alla commissione certificante il potere qualificatorio benché occorra riconoscere che nel testo dello stesso d. lg. sopravvivono una serie di refusi dettati dall'impostazione criticata ai quali è, peraltro, possibile assegnare un diverso significato, coerente con la doppia anima che contraddistingue la certificazione (v. *infra*, in particolare, § 15). Se si perseverasse nell'impostazione criticata si rischierebbe veramente di incorrere, come ha commentato Gianni Garofalo, in un «marchiano errore di tecnica giuridica»<sup>26</sup>. Né potrebbe sostenersi che lo spostamento del potere qualificatorio in capo alle parti del contratto sia, non solo erroneamente presupposto dai costruttori dell'impianto certificatorio, ma *de iure* perseguito dal legislatore. L'evidente incostituzionalità di una scelta legislativa siffatta che spoglierebbe la magistratura della funzione qualificatoria assegnata di contro alle parti, obbliga l'interprete a scartare la soluzione (giusnaturalistica) proposta.

#### 4. *Segue. Atto amministrativo e sentenza?*

Rettificato l'angolo di visuale dogmatica dell'istituto si può ora finalmente sviscerare la questione della natura giuridica dell'atto certificante il quale contiene la fissazione degli effetti giuridici dell'operato delle parti.

In primo luogo, anche quando la certificazione viene operata da un organismo pubblico, si deve escludere che essa individui un accertamento giurisdizionale (o, comunque, un giudizio suscettibile di assumere la particolare forza giuridica di quest'ultimo)<sup>27</sup>. Anche tralasciando i criteri formali<sup>28</sup>, dalla formulazione degli art. 79 e 80, 2° comma, del d. lg. n. 276 del 2003 emerge chiaramente che l'atto di certificazione non è suscettibile di produrre una situazione d'incontrovertibilità (cosa giudicata materiale). Il legislatore contempla, infatti, esplicitamente l'eventualità di una successiva «controversia sull'esatta qualificazione del rapporto posto in essere» nonché il fatto che l'accertamento giurisdizionale ha effetto fin dalla conclusione dell'accordo.

Vi è da chiedersi se l'eventuale prospettabilità dinnanzi al *certifier* di istanze volte a certificare *postea* la qualificazione giuridica dell'effettiva volontà delle parti quale emerge in relazione al modo in cui si è svolto il rapporto, obblighi a mutare i termini del ragionamento. In realtà, anche in quest'ipotesi – che sarà oggetto di analisi *infra* § 6 - rimarrebbe, comunque, fermo che l'atto di certificazione è privo dell'attitudine a divenire incontrovertibile. Si potrebbe, piuttosto, essere indotti a prendere in considerazione una qualificazione dell'attività di certificazione come di natura arbitrale<sup>29</sup> anche perché il carattere volontario della stessa sarebbe coerente con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale il quale, come noto, esclude la possibilità dell'arbitrato obbligatorio<sup>30</sup>. Tuttavia, è agevole rilevare che il nostro ordinamento regola in modo dettagliato

<sup>26</sup> Così Garofalo 2003, 379.

<sup>27</sup> Sull'inesausto dibattito che, nella dottrina processualcivilistica, caratterizza il tema dell'accertamento (giurisdizionale e privato), v., da ultimo, la densa indagine monografica di Fornaciari 2002, *passim*, spec. 308 s., ove ampi riferimenti anche alla dottrina tedesca.

<sup>28</sup> All'art. 102 Cost. si richiama anche Garofalo 2003, 378.

<sup>29</sup> Così anche Garofalo 2003, 378 che però esclude la prospettabilità dei casi ipotizzati da ultimo nel testo.

<sup>30</sup> Cfr. Corte cost. 4 marzo 1992, n. 82, MGL, 1992, 4 nonché da ultimo, Cass. s. u. 14 novembre 2002, n. 16044, NGL, 2003, 133 la quale specifica che non rileva «il fatto che la facoltatività non sia prevista, atteso che, avuto riguardo al precetto di cui all'art. 24 Cost.,

l'istituto dell'arbitrato irrituale contemplando un'apposita competenza regolativa da parte dei contratti o accordi nazionali del lavoro (art. 412 *ter* c.p.c.). Una deroga a questa disciplina-base avrebbe richiesto una previsione derogatoria espressa e pertanto, l'atto certificante non è comunque qualificabile quale lodo arbitrale<sup>31</sup>.

Quanto alla natura giuridica, non resta, in conclusione, che considerare la certificazione (sempre quale atto amministrativo<sup>32</sup>. In particolare, l'attività della commissione di certificazione deve essere, anzitutto, inquadrata quale *certazione* poiché la stessa crea una certezza che viene poi esternata nel certificato<sup>33</sup>. Si tratta, più precisamente, di un'ipotesi in cui l'attività di certazione non viene svolta in un momento autonomo e antecedente rispetto alla certificazione, bensì è strettamente legata a quest'ultima, analogamente a quanto avviene ad esempio per i certificati medici. A tal proposito la dottrina parla di certificazione impropria poiché non siamo in presenza dell'esternazione di dati già rappresentati in albi o elenchi etc. La conseguenza è che potranno essere create copie del certificato relativo alla qualificazione del contratto, ma non essere rilasciati nuovi certificati.

Comunque sia, alla stessa stregua di qualsiasi altra certificazione amministrativa, anche nell'ipotesi qui considerata l'atto finale del procedimento possiede la forza giuridica della certezza pubblica e deve, quindi, essere assunto da tutti come conforme all'ordinamento. In tal modo, preclude la possibilità - per chiunque vi abbia interesse e, in special modo, per gli enti previdenziali - di rimettere giuridicamente in discussione, salvo che con «ricorso in giudizio», la qualificazione dell'accordo contrattuale<sup>34</sup>. A ciò, si aggiunge la particolarità che neppure i fatti nuovi che emergono dallo svolgimento del rapporto sono in grado di intaccare la forza giuridica della certificazione a meno che essi non siano fatti valere in via giurisdizionale<sup>35</sup>.

Questo effetto permane, ai sensi dell'art. 79 del d. lg. n. 276 del 2003, fino al momento in cui siano stati accertati con «sentenza di merito» o l'erronea qualificazione (certificazione) del programma negoziale o la difformità tra quest'ultimo e quello successivamente attuato dalle parti. Si è, quindi, correttamente optato per la soluzione secondo cui la certificazione possiede piena forza legale fino al diverso accertamento *giudiziale* anche se non ci si è spinti, come pure sarebbe stato legittimo fare<sup>36</sup>, fino al punto di richiedere una sentenza passata in giudicato<sup>37</sup>.

L'art. 79 del d. lg. n. 276 del 2003 fa «salvi i provvedimenti cautelari». Con eccessiva severità si è

---

alla (...) normativa sul processo del lavoro e all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848), essa facoltativamente deve intendersi automaticamente inserita nelle clausole compromissorie relative alle controversie di lavoro».

<sup>31</sup> Così anche Speciale 2003, 284.

<sup>32</sup> Una soluzione sostenuta per primo da Ghera 2002, 533; quindi, Nogler 2003, 121; Speciale 2003, 282; Rausei 2003, XVIII.

<sup>33</sup> Sull'attività di certazione cfr. Arena 2001, 45 ss.

<sup>34</sup> Sul punto cfr. Giacchetti 1988, 2.

<sup>35</sup> Sui dubbi di costituzionalità che solleva questa particolarità cfr. *infra* § 7.

<sup>36</sup> Nogler 2003, 116.

<sup>37</sup> Qualche interrogativo di conformità al rammentato principio indicato dalla legge delega insorge semmai per il fatto che l'art. 79 del d. lg. n. 276 del 2003 fa venir meno la descritta efficacia della certificazione in corrispondenza all'accoglimento di uno qualsiasi dei ricorsi «esperibili ai sensi dell'art. 80» e, quindi non solo a quelli per erronea qualificazione del contratto o difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione, ma anche al ricorso per vizi del consenso. Sul particolare potere che viene in tal modo riconosciuto al giudice civile, v. *infra* § 15.

osservato che in tal modo si pone «nel nulla uno dei pochi vantaggi che sembravano poter derivare dal procedimento in esame»<sup>38</sup> non considerando che la certificazione è finalizzata a prevenire, soprattutto, il contenzioso previdenziale raramente caratterizzato da richieste di provvedimenti cautelari.

### 5. Le critiche all'utilità ed all'efficacia della certificazione della qualificazione del contratto.

È indubbio che fin dall'origine c'è stato un gusto innegabilmente smaccato a sottolineare i presunti punti deboli del nuovo istituto di cui sono state a più riprese sottolineate le scarse potenzialità deflative dovute alla sua estrema fragilità (non solo giuridica).

In primo luogo, l'idea della certificazione sconterebbe un errore di valutazione circa le ragioni dell'imponente contenzioso qualificatorio. In tempi non sospetti, in cui la proposta di Vallebona non aveva ancora suscitato significative attenzioni, chi scrive commentò senza mezzi termini che il ragionamento proposto – come è evidente proprio nel passo riportato all'inizio del nostro saggio – si prestava ad essere criticato con l'adagio latino *in cauda venenum*<sup>39</sup>. Infatti, la grandissima maggioranza delle controversie qualificatorie sono costituite proprio da quelle *ex post*, non coperte dal meccanismo certificante così come configurato da Vallebona stesso, incentrate sull'«affermazione di uno scostamento di fatto nella fase esecutiva dal regolamento concordato».

Coerentemente, nel commentare l'art. 5 della l. n. 30 del 2003, abbiamo immediatamente ribadito che «la limitata incisività dell'istituto sulla (notoriamente enorme) *litigation* in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro, può essere considerata «geneticamente» iscritta nel suo dna, giacché la certificazione consente, in ogni modo, «solo» una valutazione *ex ante* rispetto al decisivo momento della realizzazione del rapporto di lavoro, mentre la ragion d'essere della maggior parte delle controversie «qualificatorie» risiede nella discrasia tra il contenuto contrattuale e la successiva fase d'attuazione del rapporto»<sup>40</sup>. In effetti, la lett. e) del 1° comma dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 pur affermando, da un lato, la «piena forza legale del contratto certificato», dall'altro nega la possibilità di ricorso in giudizio se non in caso d'erronea qualificazione del programma negoziale da parte dell'organo preposto alla certificazione e di difformità tra il programma negoziale effettivamente realizzato dalle parti e quello negoziale. E nonostante l'artificio linguistico («se non in caso di»)<sup>41</sup> balza subito agli occhi che se l'effetto «certezza» fosse circoscritto a quanto previsto dalla lett. e), la certificazione non potrebbe offrire un contributo decisivo al raggiungimento del nobile obiettivo della riduzione del contenzioso (in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro)<sup>42</sup>. Infatti, è opinione comune che l'*imprimatur* che il contratto di lavoro riceve dal *certifier* non deve indurre a rivedere il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, se sulla base della valutazione delle prove prodotte dalle parti oppure degli esiti dell'istruttoria

<sup>38</sup> Toffoletto 2003b, 15.

<sup>39</sup> Cfr. Nogler 1997, 320. Questo rilievo è stato poi ribadito in decine di altri pezzi (da ultimo, con forza da Speciale 2003, 299; in precedenza v. Pera 1998, 379; Magnani 1998, 315; Pelaggi 1999, 140) benché fosse «ampiamente noto anche agli estensori delle proposte» regolative (come rivendicano, giustamente, Biagi, Tiraboschi 1999, 587).

<sup>40</sup> Nogler 2003, 113.

<sup>41</sup> «Roboante affermazione» ironizzano, Castelvetti, Scarpelli 2003, 96.

<sup>42</sup> Così in Nogler 2003, 113; di norma «svuotata» di ogni conseguenza preclusiva parla anche Garofalo 2003, 379.

condotta dal giudice, emerge un contrasto tra come il rapporto di lavoro si è concretamente svolto e quanto, invece, era stato «progettato» (anche, se con l'assistenza ed il «timbro» dell'organo di certificazione) nel testo contrattuale, allora, in virtù del principio dell'effettività, prevale la qualificazione incentrata sul rapporto<sup>43</sup>. Come noto, la stessa Corte costituzionale afferma che «allorquando il contenuto concreto del rapporto e le sue effettive modalità di svolgimento - eventualmente anche in contrasto con le pattuizioni concordate dalle parti e con il *nomen iuris* da loro prescelto - siano quelli propri del rapporto di lavoro subordinato, solo quest'ultima può essere la qualificazione da dare al rapporto, agli effetti della disciplina ad esso applicabile» e che, pertanto, un'eventuale norma legislativa che impedisse la riqualificazione giudiziale del contratto sarebbe costituzionalmente illegittima<sup>44</sup>. E per coerenza il medesimo esito interpretativo è, a maggior ragione, imposto se l'effetto impeditivo fosse ricollegato ad un atto amministrativo<sup>45</sup>.

In secondo luogo, dal punto di vista tecnico-giuridico, non rappresentando (come abbiamo visto *retro* § 4) una forma di giurisdizione, la certificazione non può «produrre» una decisione incontrovertibile. Pertanto, se l'inizio degli effetti della riqualificazione giudiziale del contratto fosse stato posticipato ad un momento successivo – taluno suggeriva la data del deposito della sentenza che contiene l'accertamento della rammentata difformità – si sarebbe incorsi in un'evidente ipotesi d'incostituzionalità poiché l'atto di certificazione sarebbe stato in grado di disporre di tipo contrattuale. Addirittura, sarebbe stato prospettabile un contrasto con l'art. 102 Cost. secondo cui la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario<sup>46</sup>.

In aderenza a queste premesse, l'art. 80 del d. lg. n. 276 del 2003, ponendo fine a critiche spesso tecnicamente mal poste<sup>47</sup>, esclude che – anche «solo» per il lasso di tempo intercorrente tra la certificazione e la successiva riqualificazione giudiziale<sup>48</sup> - l'accertamento certificato sia idoneo a divenire incontrovertibile. Infatti, «l'accertamento giurisdizionale dell'erroneità della qualificazione ha effetti fin dal momento della conclusione dell'accordo contrattuale»<sup>49</sup> e ciò vale anche per l'obbligo di corrispondere i contributi previdenziali ed i premi assicurativi. Di contro, appare

<sup>43</sup> Cass. 22 aprile 2002, n. 5840, FI, 2003, I, 2463; Cass. 26 marzo 2002, n. 4338, RGL, II, 2002, 718; Cass. 8 gennaio 2001, n. 151, IP, 2001, 335; Cass. 15 gennaio 2001, n. 477, IP, 2001, 558 che si dilunga nell'argomentare la regola.

<sup>44</sup> Corte cost. 31 marzo 1994, n. 115, RIDL, 1995, II, 234-235.

<sup>45</sup> Considerato il forte radicamento di questi orientamenti e la dinamica reale del contenzioso, risulta sostanzialmente infondato il timore che la certificazione rappresenti un «disincentivo psicologico e materiale all'azione in giudizio» (Castelvetri, Scarpelli, 96; Cannella 2003, 33) della cui possibilità la maggior parte dei lavoratori verrà a conoscenza proprio in sede di certificazione. Queste opinioni, pur provenendo per lo più da autorevoli protagonisti del contenzioso, rischiano di sottovalutare le reali dinamiche della *litigation*. Fermo restando che il contenzioso relativo alle maestranze più precarie è quasi interamente frutto dell'iniziativa dell'Inps oppure delle organizzazioni sindacali, e cioè di soggetti che non subiscono certo i timori ora evocati, anche nelle restanti ipotesi l'atteggiamento del lavoratore è comunque filtrato dal suggerimento del professionista che lo assiste il quale non dovrebbe avere difficoltà a riconoscere la limitata efficacia giuridica della certificazione.

<sup>46</sup> Nogler 2003, 116; così anche Garofalo 2003, 380 e De Angelis 2003, 320.

<sup>47</sup> Cfr. Garofalo 2003, 380 il quale chiarisce l'improprietà in cui è incorso chi (v. ad esempio, tra i molti Cannella 2003, 34) si è interrogato sull'efficacia *ex tunc* o *ex nunc* della qualificazione certificata.

<sup>48</sup> Soluzione prospettata da vari autori richiamati criticamente da De Angelis, 2003, 319 nota 17.

<sup>49</sup> Nogler 2003, 116; concorda, con più ampia argomentazione, Garofalo 2003, 380 che però non accenna all'ulteriore distinguo accolto dal legislatore.

ragionevole ritenere che, in base al principio dell'affidamento<sup>50</sup> e limitatamente all'ipotesi dell'erronea qualificazione da parte dell'ente certificante, siano da escludersi le sanzioni penali e amministrative connesse all'evasione contributiva oppure al mancato o ritardato versamento dei contributi sociali o delle imposte<sup>51</sup>. Peraltro, l'attuale sistema sanzionatorio è incentrato su una serie di sanzioni civili che garantiscono somme aggiuntive a titolo di risarcimento del danno. In relazione a queste somme, si deve ritenere il principio dell'affidamento soccombe dinanzi a quello della tutela del lavoratore fatta salva la necessità di accertare la sussistenza dei presupposti di legge (ad esempio, il dolo specifico in relazione all'evasione contributiva) e la possibilità di chiedere la riduzione del risarcimento (ad esempio, in caso di grave incertezza giurisprudenziale).

Il principio viene ribadito in ordine all'accertamento giurisdizionale della difformità tra il programma negoziale e quello effettivamente realizzato, pur accogliendosi sul punto la precisazione dottrinale<sup>52</sup> che gli effetti della riqualificazione giudiziale possano operare anche successivamente alla conclusione del contratto «a partire dal momento in cui la sentenza accerta che ha avuto inizio la difformità». Questa eventualità si riferisce all'ipotesi della novazione per la cui sussistenza la giurisprudenza richiede, oltre alla volontà univoca delle parti di mutare il regime giuridico del rapporto, anche la presenza di un effettivo mutamento delle modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative<sup>53</sup>.

A ben vedere, questo *low profile* giuridico dell'istituto svuota di rilevanza l'interrogativo se l'intento dei fautori della certificazione fosse quello, oltre che di deflazionare il contenzioso, anche di limitare il potere qualificatorio istituzionalmente riconosciuto all'autorità giudiziaria<sup>54</sup>. C'è del vero in questa tesi. Basti pensare ai *desiderata* della *lobby* - in rapida ascesa nel corso della presente legislatura - dei consulenti del lavoro<sup>55</sup>. Lo stesso ragionamento di Vallebona sembra orientarsi in tale direzione e pertanto è da attendersi che l'autore non tarderà a manifestare la sua irritazione nei confronti della configurazione finale dell'istituto. Ma è diventato perfino noioso leggere rapide bocciature dell'elaborazione biagiana che fin dall'*ipotesi* del 1997 richiamava il fondamentale orientamento della Corte costituzionale.

## 6. Ridimensionamento delle critiche. I profili di rilevanza dell'istituto.

Via via che è stata affinata e sedimentata l'esatta struttura tecnica dell'istituto, anche grazie all'atteggiamento più costruttivo di una parte della dottrina, la certificazione ha suscitato una crescente attenzione. La sensazione è che da mero oggetto di diletto dottrinale, la certificazione sia ora almeno assunta alla dignità propria di un istituto meritevole d'analisi scientifica.

<sup>50</sup> Merusi 1970.

<sup>51</sup> Resta, salva, invece, la possibilità, peraltro remota, di agire nei confronti dei certificatori per illecito extracontrattuale (cfr. Ghera, 534 purtroppo non si è seguito il consiglio di questo autore di prevedere una forma di vigilanza da parte della p.a. dei soggetti che certificano). Sul punto v. anche *infra* § 21.

<sup>52</sup> Nogler 2003, 116.

<sup>53</sup> Cfr. da ultimo, Cass. 20 maggio 2002, n. 7310, FI, 2003, I, 1148.

<sup>54</sup> V. tra i più autorevoli, Ferraro 2002, 447.

<sup>55</sup> Emblematico al riguardo il modo di ragionare che emerge dallo scritto di Travers 2002, 32 ss. in cui l'opportunità di introdurre la certificazione viene giustificata con il rilievo che la subordinazione rappresenta «uno stato d'animo, un modo di essere psicologico che può solo derivare dalla volontà delle parti».

Ben inteso, non si registrano molti consensi – ed anzi il diffuso scetticismo è vigorosamente alimentato dalle molte criticità che emergono dall'assetto finale prescelto dal legislatore – ma intanto i fautori del nuovo meccanismo hanno già incassato il riconoscimento, operato dal *leader* dell'opposizione sui temi del lavoro, che «le procedure di certificazione possono rilevarsi utili»<sup>56</sup>. Ed, invero, la portata di entrambe le debolezze della certificazione segnalate nel precedente paragrafo deve essere, almeno parzialmente, ridimensionata.

In relazione alla prima debolezza della certificazione, che è legata al fatto che interviene *ex ante* rispetto al decisivo momento dell'attuazione del rapporto, occorre, anzitutto, rilevare che la qualificazione incentrata sul testo dell'accordo contrattuale assume, comunque, secondo la giurisprudenza costante della Cassazione, rilevanza decisiva qualora «la qualificazione del rapporto si rilevi di difficile e non sicuro apprezzamento»<sup>57</sup>. La cosiddetta «rivalutazione della volontà delle parti», infatti, significa, dal punto di vista operativo, che, in assenza di un quadro istruttorio sufficientemente sicuro su come il rapporto sia stato effettivamente svolto<sup>58</sup>, il giudice può decidere in base al solo testo dell'accordo contrattuale firmato dalle parti al momento della costituzione del loro rapporto di lavoro<sup>59</sup>. Ciò che rileva non è l'auto-qualificazione che le parti hanno attribuito al contratto (cosiddetto *nomen juris*), ma la qualificazione che emerge dal contenuto di quest'ultimo, dall'insieme delle clausole che lo compongono, e cioè esattamente l'oggetto della certificazione. E da questo punto di vista, l'istituto in questione potrebbe rilevarsi utile in relazione alle incertezze interpretative relative al dato giuridico di riferimento<sup>60</sup>.

In secondo luogo, occorre osservare che non sussistono validi motivi per escludere che la certificazione possa adattarsi anche alla soluzione dei conflitti qualificatori incentrati sulle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro e ciò pure nell'ipotesi in cui le parti abbiano fatto precedentemente certificare l'accordo contrattuale inizialmente sottoscritto, ma evidentemente «meramente» simulato<sup>61</sup>.

Lo stesso d. lg. n. 276 avrebbe potuto, a ben vedere, perseguire questo obiettivo. Infatti, nell'ipotesi considerata le parti richiedono, come afferma il testo dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003, di «qualificare il contratto di lavoro» con l'unica precisazione che non si tratta del documento contrattuale sottoscritto dalle parti, ma del contratto effettivamente instaurato tra le stesse (...). Né nell'ipotesi della certificazione, per così dire, «successiva» si potrebbe fondatamente argomentare che al lavoratore sarebbe successivamente preclusa la possibilità di richiedere la riqualificazione giudiziale del rapporto già realizzato per il fatto che la lett. e) dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 richiama il ricorso in giudizio per la sola difformità tra il contratto certificato ed il compor-

<sup>56</sup> Così Tiziano Treu secondo quanto risulta dal resoconto della seduta del 17 luglio 2003 della Commissione lavoro, previdenza sociale del Senato. Cfr. sul punto Treu, 2003, § 6. In generale sugli abusi dello strumento del d. lg. cfr. Di Siervo 2001.

<sup>57</sup> Cass. 29 aprile 2003, n. 6673, MGL, 2003, 695 che ribadisce un principio ormai pacifico più o meno da quindici anni.

<sup>58</sup> Situazione di «ambiguità fattuale», così Cass. 29 maggio 1996, n. 4948, NGL, 1996, 458.

<sup>59</sup> Così esplicitamente Cass. 23 aprile 1998, n. 4207, LG, 1998, 946 relativa a prestazioni di consulenza tecnico sportiva rese a favore di una società calcistica professionistica; v. anche Cass. 11 agosto 1994, n. 7374, RIDL, 1995, II, 480.

<sup>60</sup> Esempificazioni nei successivi §§ 8-11.

<sup>61</sup> È ovviamente fuori discussione la possibilità di far certificare un eventuale negozio novativo inteso a sostituire *pro futuro* un rapporto di lavoro subordinato con uno, ad esempio, di lavoro a progetto.

tamento successivo alla certificazione stessa. Infatti, il caso considerato ben può rientrare nell'altra ipotesi del ricorso per erronea qualificazione del programma negoziale»<sup>62</sup>.

Nel contesto di una brillante analisi del modo in cui la legge delega disciplina il nuovo istituto, quest'ultima soluzione viene, invero, scartata sulla base di un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, si osserva che «in questo caso l'organo competente non ha effettuato una erronea valutazione della volontà delle parti ma ha semplicemente «preso atto» della concreta dinamica del rapporto contrattuale». In secondo luogo, il ricorso per erronea qualificazione non sarebbe prospettabile dal momento che, nell'ipotesi qui considerata, la certificazione non avrebbe avuto ad oggetto il programma negoziale bensì la concreta dinamica del rapporto già svolto<sup>63</sup>.

Ma queste contro-argomentazioni non convincono. Il primo rilievo sconta il già segnalato errore dogmatico di ritenere che il giudice registri la («prenda atto» della) qualificazione adottata dalle parti, quando in realtà, per il principio *iura novit curia*, spetta proprio al magistrato inquadrare giuridicamente il comportamento delle parti. Quanto, in secondo luogo, al debole dato letterale del programma negoziale, basti specificare che – nella concezione integralmente contrattuale del rapporto di lavoro attualmente accolta dalla grande maggioranza della dottrina giuslavoristica<sup>64</sup> (e probabilmente dallo stesso Speciale) – l'analisi del comportamento attuativo delle parti è sempre strumentale alla ricostruzione dell'effettivo programma negoziale delle parti. Con l'unica particolarità che quest'ultimo si manifesta tacitamente attraverso il comportamento concludente (ma pur sempre contrattuale) delle parti e non in virtù di un testo scritto.

Purtroppo però il d. lg. n. 276 del 2003 ha congegnato la certificazione in modo tale da renderla decisamente inadeguata ad accogliere anche i ricorsi incentrati sulle modalità di svolgimento del rapporto di lavoro. Quest'ultima eventualità avrebbe, invero, richiesto, sulla scorta del modello tedesco in cui la certificazione *ex post* rappresenta la regola (v. *infra* § 18), la predisposizione di una serie di accorgimenti regolativi ed organizzativi. Ad esempio, si sarebbe dovuto chiarire che si può certificare *postea* solo allorché il rapporto di lavoro non sia già stato oggetto, non solo di un accertamento giurisdizionale, ma neppure di un'ispezione o di un'altra procedura amministrativa gestita dall'Inps o da una diversa autorità pubblica (ad esempio, la Direzione provinciale del lavoro).

In relazione al secondo profilo di debolezza della certificazione cui si è accennato nel paragrafo precedente, legato al fatto che la certificazione non può incidere sul diritto alla tutela giurisdizionale, non è opportuno trascurare completamente che l'efficacia giuridica dell'istituto analizzato opera su altri fronti.

Se è vero che non è concepibile che la certificazione impedisca l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale, è anche vero che essa è comunque idonea a vincolare *medio tempore*, oltre che le parti del contratto, i soggetti terzi diversi dall'autorità giudiziaria. Se nel contesto dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003, questo effetto veniva sistematicamente argomentato dalla dottrina sulla base della considerazione che senza siffatta opponibilità ai terzi la «forza legale» della certificazione non sarebbe «piena»<sup>65</sup>, l'art. 79 d. lg. n. 276 del 2003 chiarisce ora esplicitamente che gli

<sup>62</sup> Nogler 2003, 118; aderiscono Tiraboschi 2003b, 124 nt. 10; Toffoletto 2003a, 18.

<sup>63</sup> Così Speciale 2003, 292.

<sup>64</sup> Sia consentito il rinvio a Nogler 2002, *passim*.

<sup>65</sup> Nogler 2003, 116 ss.; Speciale 2003, 284; Garofalo 2003, 381.

effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione si estendono anche ai terzi.

L'art. 79 del d. lg. n. 276 del 2003 parla semplicemente di «terzi», ma è scontato che l'espressione include le autorità pubbliche, come si ricava, indirettamente, dal dato normativo secondo cui «l'atto di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti», non solo civili, ma anche «amministrativi, previdenziali o fiscali» [art. 78, 2° comma, lett. d)] ed esplicitamente dall'art. 78, 2° comma, lett. a), che parla di «autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto di certificazione è destinato a produrre effetti». In particolare, è precluso alle autorità pubbliche di «adottare legittimamente atti amministrativi (ad esempio, ordinanze-ingiunzioni oppure provvedimenti di diniego all'iscrizione alla gestione separata Inps per i collaboratori coordinati e continuativi oppure ancora semplici intimazioni a normalizzare la situazione lavorativa), sul presupposto che il singolo rapporto contrattuale preso a riferimento debba essere qualificato in modo differente da quanto stabilito in sede di certificazione» e ciò pur rimanendo fermi «i poteri di accertamento e di vigilanza dell'ente» pubblico<sup>66</sup>.

Volendo completare il discorso dedicato ai possibili profili di rilevanza della certificazione, resta da osservare che non dovrebbe essere frettolosamente sottovalutata l'importanza della forza persuasiva che essa è in grado di esercitare. Siamo, in realtà, in presenza di una sorta di *soft power*. Le soluzioni e motivazioni proposte dalle commissioni di certificazione – se l'istituto sarà adeguatamente implementato (v. *infra* § 21) con l'opportuno coinvolgimento delle autorità pubbliche interessate alla qualificazione del contratto e con l'attribuzione alle Università del compito di preconstituire le decisioni-tipo – potrebbero essere idonee a promanare una notevole forza di persuasione che provocherà senz'altro un significativo effetto dissuasivo<sup>67</sup>. I buoni argomenti *forzano* ad una certa conclusione e cioè costringono a credere alla bontà della decisione qualificatoria. Da questo punto di vista appare contraddittorio insistere sull'evidenziata debolezza giuridica dell'istituto e segnalare, al contempo, il pericolo che la certificazione possa rappresentare una sorta di precedente semi-vincolante<sup>68</sup> o di presunzione «difficilmente vincibile»<sup>69</sup>.

Che dire, infine, del preannunciato effetto soporifero della certificazione che incentiverebbe la «pigrizia dei giudici»<sup>70</sup>? Basta forse osservare che siffatte inclinazioni non hanno bisogno di essere ulteriormente stimulate poiché sono già sufficientemente protette dall'*auctoritas* che viene riconosciuta a chi è istituzionalmente competente ad adottare decisioni giurisdizionali<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Nogler 2003, 117; aderisce Speciale 2003, 284 pur equivocando sulla nostra posizione che non mette in discussione la possibilità per le autorità pubbliche di agire in giudizio anche nell'ipotesi di difformità tra certificazione e comportamento attuativo (ipotesi nella quale, peraltro, appare difficilmente giustificabile, sul piano costituzionale, l'impossibilità per le autorità pubbliche di emettere provvedimenti incentrati sulla diversa qualificazione che emerge dalla dinamica del rapporto; v. *infra* § 7); Tiraboschi 2003b, 127 nt. 27; Garofalo 2003, 381 preclude, invece, gli stessi «poteri amministrativi di accertamento unilaterale della natura giuridica di un determinato rapporto». Incidentalmente, si può infine osservare che rispetto all'atto di certificazione sono da includere tra i terzi vincolati all'atto anche le altre commissioni di certificazione diverse da quella che ha operato la certazione.

<sup>67</sup> Valutazioni equilibrate, come sempre, in Ghera 2002, 530.

<sup>68</sup> Così Speciale 2003, 301 animato da un irrefrenabile pessimismo nei confronti del fondamento persuasivo del diritto sul quale sia consentito, proprio in relazione alle controversie qualificatorie, il rinvio a Nogler 2002, 109 ss. spec. 151-152.

<sup>69</sup> Alleva, Andreoni, Angiolini, Coccia, Naccari 2002, 81.

<sup>70</sup> Così Garofalo 2003, 382 sulla scorta di De Angelis 2002, 98; si associa anche Speciale 2003, 305.

<sup>71</sup> Sul ruolo dell'*auctoritas* e della *veritas* riguardo al fondamento della decisione, sia consentito il rinvio a Nogler 2002, 141 ss.

## 7. Dubbi di costituzionalità.

Non possono, naturalmente, essere sottaciuti i dubbi di costituzionalità che sono stati espressi in ordine a questo effetto di *stand-by* nei confronti dei poteri pubblici della p.a.

Anzitutto, nell'ipotesi della difformità tra il significato giuridico dell'accordo stesso ed il successivo comportamento attuativo appare effettivamente ingiustificato, dal punto di vista del buon andamento della p.a., impedire all'Inps (o all'autorità finanziaria o alle altre autorità pubbliche interessate alla qualificazione del contratto di lavoro) di far uso dei suoi poteri amministrativi giacché quest'ultima fa valere fatti che non furono, né potevano, «fenomenologicamente» esserlo, oggetto della certificazione.

V'è, comunque, chi si spinge oltre nel sospetto di incostituzionalità osservando che occorrerà operare un attento scrutinio di legittimità costituzionale del gruppo di certificatori scelto dal legislatore (v. *infra* § 13) alla luce del principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.<sup>72</sup>. In particolare, non s'intravede la ragione giustificativa del fatto che «una qualificazione data dalle parti, solo perché certificata da un terzo che può essere un soggetto privato (l'ente bilaterale) o un soggetto pubblico sì, ma a ciò autorizzato solo perché portatore di competenze (l'Università)» possa incidere così profondamente sulle posizioni giuridiche della p.a.<sup>73</sup>. Il dubbio sulla tenuta costituzionale della «prevaricazione» dei confronti delle autorità pubbliche interessate alla qualificazione del contratto appare tutt'altro che infondato. Non a caso, le altre esperienze in cui opera l'*escamotage* della certificazione vincolante nei confronti dell'ente previdenziale, sono sempre incentrate su decisioni prese da commissioni in cui l'ente dispone almeno di una rappresentanza diretta. È il caso delle commissioni provinciali per l'artigianato (v. *infra* § 17) la cui composizione è sì stabilita dalle leggi regionali, ma con il vincolo (art. 10 della l. n. 443 del 1985) di garantire la rappresentanza dell'Inps, oltre che dell'ufficio provinciale del lavoro. In Germania, si prevede, infine, addirittura che la certificazione sia operata dallo stesso ente previdenziale (v. *infra* § 18).

Il quadro delle «criticità costituzionali» non può dirsi completato se si omette di segnalare il ricorso della Regione Basilicata sulla legittimità costituzionale, tra gli altri, proprio dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003<sup>74</sup>. Si sostiene la tesi secondo cui la certificazione, rappresentando una tipica funzione amministrativa che concerne una materia di competenza regionale, non dovrebbe essere «oggetto di norme statali»<sup>75</sup>. Sennonché, la premessa del ragionamento rappresenta, a ben vedere, una mera *petitio principii* se si considera che la certificazione della qualificazione del contratto interviene quando le parti hanno già concluso l'accordo contrattuale e se si analizzano gli effetti, rispettivamente, di diritto privato e pubblico che la certificazione esercita. Mentre i primi

<sup>72</sup> Sulla ragionevolezza quale limite alla discrezionalità del legislatore nella scelta della composizione del collegio cfr. Corte cost. 31-5-2001, n. 172 (ord.), Fl, 2001, I, 2409. Sul termine di confronto rappresentato dalle commissioni provinciali per l'artigianato v. *infra* § 17.

<sup>73</sup> Garofalo 2003, 381.

<sup>74</sup> V. *Gazzetta ufficiale*, I<sup>a</sup> serie speciale, del 16 luglio 2003, n. 28, 42. L'art. 5 non è, invece, richiamato nel ricorso (per l'illegittimità di svariate altre disposizioni della l. n. 30 del 2003) presentato dalla Regione Emilia-Romagna, v. *Gazzetta ufficiale*, I<sup>a</sup> serie speciale, del 16 luglio 2003, n. 28, 40.

<sup>75</sup> Nel ricorso in oggetto si prospettano, altri due motivi di illegittimità costituzionale: la presunta compressione della possibilità di agire in giudizio operata dalla lett. e) del 1° comma dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003, peraltro negata dalla dottrina (v. Nogler 2003, 122; ed, in fondo, anche Speciale 2003, 287) e ora dall'art. 80 d. lg. n. 276 del 2003; in secondo luogo, si prospetta l'illegittimità della lett. f), sempre per contrasto con l'art. 24 Cost., ma anche su questo punto occorre segnalare che l'interpretazione presupposta dal ricorso è smentita, come si vedrà più avanti, dalla dottrina nonché dall'art. 80, 2° comma, d. lg. n. 276 del 2003.

sono senz'altro riconducibili alla materia (di competenza esclusiva dello Stato) dell'ordinamento civile [art. 117, 2° comma, lett. l), Cost.], gli effetti di diritto pubblico sono relativi ad altre materie di altrettanto sicura competenza legislativa esclusiva dello Stato (giurisdizione e norme processuali; giustizia amministrativa; sistema tributario e previdenza sociale). Il problema di costituzionalità potrebbe essere piuttosto riproposto in relazione all'altra funzione della certificazione – quella di assistenza-consulenza alle parti – la quale appare senz'altro riconducibile alla fattispecie della «tutela e sicurezza del lavoro».

Ha così fine l'indagine introduttiva dedicata, rispettivamente, all'inquadramento della natura giuridica della certificazione della qualificazione del contratto di lavoro nonché ai possibili profili d'utilità dell'istituto. È ora di passare a considerare i principali caratteri analitici dell'istituto: l'oggetto, i soggetti, la procedura ed i rimedi.

#### 8. I contratti suscettibili di essere certificati: A) le collaborazioni a progetto.

L'oggetto della certificazione viene individuato dall'art. 75, nella qualificazione «dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto (...) nonché dei contratti di associazione in partecipazione di cui agli art. 2549-2554 del c.c.». L'art. 5 della l. n. 30 del 2003 omette, invero, di circoscrivere analiticamente l'oggetto da certificare indicando solo il principio secondo cui la certificazione interviene «in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro». La formulazione finale, paracadutando la certificazione sulle collaborazioni coordinate, continuative e prevalentemente personali di cui all'art. 409 c.p.c. – che devono ora essere ricondotte al lavoro a progetto o programma – incide effettivamente sul *core* del contenzioso, legato alla classica distinzione tra natura subordinata o autonoma dei rapporti di lavoro. Questa conclusione si giustifica anche per la considerazione che l'oggetto della certificazione è potenzialmente costituito da un numero di rapporti di lavoro molto più ampio di quello corrispondente alla nozione più restrittiva dei collaboratori coordinati e continuativi tenuti ad iscriversi alla gestione speciale dell'Inps<sup>76</sup> che non include i numerosi lavoratori che fanno uso di mezzi organizzati. Le collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 c.p.c., non essendo caratterizzate da quest'ultima limitazione, includono, invece, e per limitarci solo all'esempio più rilevante, anche i contratti d'opera (continuativi) conclusi dagli artigiani senza dipendenti (e magari, coadiuvati da una o più persone).

Se dal piano delle opportunità passiamo a quello dello *ius conditum*, si rinvencono una serie di opinioni restrittive secondo cui l'espressione contenuta nell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 rappresenterebbe, alternativamente, o «un implicito rinvio alle ipotesi previste nelle altre norme»<sup>77</sup> oppure, invece, una formula la quale esclude dal novero dei contratti che possono essere fatti oggetto della certificazione quelli in cui non è in discussione la natura subordinata (ad esempio, i contratti di lavoro a tempo parziale)<sup>78</sup>.

Contro queste interpretazioni restrittive<sup>79</sup>, va osservato che risulta improprio circoscrivere

<sup>76</sup> Costoro sono notoriamente sovrastimati perché vengono presi a riferimento gli iscritti e non i contribuenti effettivi.

<sup>77</sup> Soluzione ipotizzata, peraltro senza eccessiva convinzione, da Garofalo 2003, 376.

<sup>78</sup> Cfr. Rausei 2003, XVI.

<sup>79</sup> Per un'interpretazione non restrittiva si esprime Speziale 2003, 273.

l'espressione, utilizzata nella legge delega, «qualificazione dei rapporti di lavoro» alle sole ipotesi in cui viene in gioco la distinzione tra autonomia e subordinazione poiché essa include senz'altro anche i casi in cui si tratta di delimitare tra loro due fattispecie di lavoro subordinato (ad esempio, il *part time* dal lavoro a tempo pieno).

Si noti, inoltre, che la certificazione è, discutibilmente<sup>80</sup>, limitata – fin dall'art. 5 della l. n. 30 del 1993 - al settore privato, benché in quello pubblico si sia assistito, in questi ultimi anni, ad un utilizzo sempre più sproporzionato delle collaborazioni coordinate e continuative. E l'esclusione è ancora più sorprendente se si considera che il ricorso, da parte della pubblica amministrazione, ai contratti di lavoro che rientrano nella figura giuridica delle co.co.co è stato esplicitamente confermato dal 13° comma dell'art. 34 della legge finanziaria 2003 che, a fronte del blocco delle assunzioni di personale a tempo indeterminato (che sarà confermato nella finanziaria per il 2004), ha consentito, per l'appunto, la stipulazione, oltre che di contratti a termine o con convenzione, di contratti di collaborazione coordinata e continuativa nel limite del 90 per cento della spesa media annua sostenuta per le stesse finalità nel triennio 1999-2001.

Svolte le considerazioni di carattere generale, è ora necessario spostare l'attenzione sui singoli contratti suscettibili di essere certificati per indagare se fin dalla fase della loro stipulazione sia o no prospettabile un'utilità pratica della certificazione stessa a prescindere dal semplice interesse del committente di cautelarsi rispetto al pericolo di vedersi accollati gli obblighi aggiuntivi che scattano nel momento in cui il suo comportamento attuativo non corrisponde più al programma negoziale prefigurato nel documento certificato. L'utilità più immediata della certificazione consiste, indubbiamente, nel contributo tecnico che il *certifier* offre riguardo ai numerosi dubbi giuridici che emergono in sede d'interpretazione dei dati normativi di riferimento.

Di dubbi giuridici è, anzitutto, costellata l'ambiziosa operazione di riconduzione delle collaborazioni coordinate e continuative «a uno o più progetti o programmi di lavoro o fasi di esso» una formula che, alla luce delle ulteriori caratteristiche dei progetti o programmi che vengono elencate dal legislatore, già alimenta interpretazioni estremamente restrittive<sup>81</sup>.

Tuttavia, nell'ipotesi del lavoro a progetto la certificazione del contratto è pressoché imposta dallo stesso d. lg. n. 276 del 2003 allorché, utilizzando la sperimentata (v. ult. comma dell'art. 1 della l. n. 1369 del 1960) formula precettiva «si considera», prevede la presunzione assoluta di cui al 1° comma dell'art. 69<sup>82</sup>. Il beneficio di neutralizzare in radice le gravose conseguenze (*alias* l'instaurazione *de iure* di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato) connesse a questa tecnica di *hard law* supera di gran lunga il costo amministrativo della certificazione. D'altronde, basti riflettere sul fatto che questo 1° comma dell'art. 69 del d. lg. n. 276 del 2003 impone *ex lege* una qualificazione giuridica che non deve necessariamente corrispondere alla effettiva volontà negoziale delle parti.

<sup>80</sup> Le prime critiche risalgono a De Angelis 2002, 98; cfr. anche più in dettaglio, Miscione 2003, 817 il quale ipotizza addirittura la possibilità di prevedere una eccezione al principio del concorso previsto dall'art. 97 Cost.

<sup>81</sup> Cfr. ad esempio Miscione 2003, 818.

<sup>82</sup> Si consideri, inoltre, che nella rubrica dell'art. 69 si richiama il «divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici». Sorprende la tesi (nonché la giustificazione) di Tiraboschi 2003d, 1 secondo il quale si tratterebbe di una presunzione legale solo relativa perché «neppure al legislatore è concesso di etichettare come nero ciò che in natura è bianco»!

Invero, l'obiettivo di traghettare una parte delle collaborazioni coordinate e continuative entro il perimetro del diritto del lavoro dipendente non è stato perseguito modificando i tradizionali criteri di distinzione tra rapporti di lavoro subordinato ed autonomo. Questi ultimi vengono, al contrario, rafforzati dal d. lg. n. 276 del 2003 laddove si precisa [alla lett. d) dell'art. 62 del d. lg. n. 276 del 2003] che è *il lavoratore che si coordina al committente*; un'opportuna puntualizzazione che libera il dibattito della claudicante teoria secondo la quale il lavoro autonomo coordinato sarebbe caratterizzato da un «potere» di coordinamento che si distingue dal potere di etero-organizzare la prestazione lavorativa solo da un punto di vista quantitativo<sup>83</sup>. Comunque sia, qui importa sottolineare che con la richiamata presunzione assoluta si rischia l'inclusione nel campo della subordinazione per il sol fatto che al momento dell'instaurazione del rapporto di lavoro non è stato chiaramente individuato uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso e non perché l'accordo contrattuale individui gli elementi dell'art. 2094 c.c.

Se si considera ulteriormente che il diaframma tra il rispettare o no il requisito del progetto o programma può risultare anche molto tenue, non appare esagerato concludere che la certificazione costituirà l'*habitat* pressoché obbligato del contratto a progetto. E ciò accadrà indipendentemente dal fatto che si dia o meno seguito alla preannunciata intenzione di orientare, nelle prescrizioni normative che daranno attuazione all'art. 8 della l. n. 30 del 2003, gli accertamenti ispettivi al controllo delle collaborazioni a progetto non certificate<sup>84</sup>.

### 9. Segue. B) il contratto di associazione in partecipazione.

Benché l'art. 75 del d. lg. n. 276 del 2003 richiami espressamente il contratto di associazione in partecipazione così come disciplinato nel codice civile (art. 2549-2554), dall'interpretazione complessiva della disposizione, la quale esordisce affermando che la finalità della certificazione consiste nel ridurre il contenzioso in materia di *qualificazione dei contratti* (che anche in base all'art. 5 della l. n. 30 del 2003 non possono che essere) *di lavoro*, non dovrebbero esservi dubbi sul fatto che sono certificabili solo quei contratti di associazione in partecipazione in cui l'apporto dell'associato consiste in una prestazione di lavoro. Quindi, l'associato può essere anche un'impresa, ma deve essere di dimensioni talmente contenute che la prestazione di lavoro conferita rimanga prevalentemente personale.

In quest'ultimo ambito, il giudizio qualificatorio si concentra tradizionalmente sul modo in cui le parti congegnano il generico potere dell'associante d'impartire direttive e istruzioni al cointeressato. Per restare nell'ambito dell'associazione in partecipazione risulta, infatti, decisivo che esso non si configuri quale più penetrante potere organizzativo (art. 2094 c.c.). Sul punto abbondano i dubbi anche perché tutti quelli che vengono generalmente presentati come indici di subordinazione possono in realtà coesistere con la qualificazione del contratto come autonomo o di associazione in partecipazione. Ad esempio, l'obbligo d'orario<sup>85</sup> - e cioè l'indice che viene più frequentemente utilizzato dalla giurisprudenza per concludere nel senso della natura subordinata del

<sup>83</sup> Così Proia 2002, 106 laddove parla di diversa intensità, ma non natura, della sottoposizione personale all'autorità altrui.

<sup>84</sup> Tiraboschi 2003b, 125.

<sup>85</sup> Cass. 10 agosto 1999, n. 8578, NGL, 2000, 33 relativa ad un supermercato in cui gli associati svolgevano le attività di macellaio, salumiere e cassiere; Cass. 23 gennaio 1999, n. 655, RGL, 2000, II, 29 relativa ad una pasticceria i cui associati erano addetti alla

rapporto<sup>86</sup> - potrebbe ben essere correlato all'apertura dell'esercizio commerciale in cui opera l'associato<sup>87</sup>.

A queste tradizionali ragioni del contenzioso, il 2° comma dell'art. 86 del d. lg. n. 276 del 2003 aggiunge – eccedendo probabilmente gli ambiti della delega - nuovi motivi d'incertezza interpretativa. La disposizione contempla, infatti, una sorta di doppia presunzione che opera «in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora». Questa situazione fa scattare *una prima presunzione assoluta* di insussistenza dell'associazione in partecipazione e, contemporaneamente, *una seconda presunzione relativa* in base alla quale «il lavoratore ha diritto ai trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato svolto nella posizione corrispondente del medesimo settore di attività, o in mancanza di contratto collettivo, in una corrispondente posizione secondo il contratto di settore analogo». Il committente può vincere questa seconda presunzione se comprova «con idonee attestazioni o documentazioni, che la presunzione rientra in una delle tipologie di lavoro disciplinate» nel d. lg. «ovvero in un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto dall'ordinamento».

La partecipazione dell'associato dovrebbe *in primis* consistere nel controllo della gestione economica dell'impresa. Nell'associazione in partecipazione quest'ultima resta in capo all'associante e non è comune alle parti come avviene, invece, nel contratto di società. Il controllo dell'associato si sostanzia nel diritto al rendiconto periodico<sup>88</sup>, ma è d'uso suggerire all'associante di prevedere forme ulteriori di partecipazione (riunioni o assemblee, la messa a disposizione dei libri contabili, etc.).

Molto più problematico è, invece, il requisito delle adeguate erogazioni. L'associato partecipa, infatti, *normalmente* al rischio economico d'impresa, e cioè è esposto alle imprevedibili esigenze di mercato che possono determinare una riduzione dei profitti esponendo il lavoratore «sia alla mancata percezione degli utili, sia alla perdita dell'apporto lavorativo»<sup>89</sup>, un rischio estraneo all'area dell'obbligazione di lavoro subordinato. Il suo guadagno dipende, più precisamente, dagli utili di esercizio che emergono dal conto profitti e perdite. Il guadagno fissato in funzione del fatturato, con «conseguente mancata partecipazione dei medesimi al rischio di non redditività dell'impresa»<sup>90</sup>, viene, infine, considerato tradizionalmente un indice della natura subordinata del rapporto.

---

vendita, al trasporto ed alla consegna dei prodotti; Trib. Catania 3 luglio 1985, OGL, 1985, 776 relativa all'insegnamento scolastico. Cass. 4 febbraio 2002, n. 1420, RIDL, 2003, I, 26 conferma la sentenza di merito che aveva qualificato come subordinato un rapporto di lavoro (instaurato sulla base di un contratto di associazione in partecipazione) di due lavoratrici di un negozio di abbigliamento per le quali l'orario di lavoro doveva necessariamente corrispondere con quello di apertura del negozio.

<sup>86</sup> Cfr. Dell'Olio 1998, 707.

<sup>87</sup> Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, RIDL, 1999, II, 483 relativo ad un esercizio di vendita con compenso determinato in percentuale sugli incassi.

<sup>88</sup> Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, *cit.*

<sup>89</sup> Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, *cit.*

<sup>90</sup> Così Cass. 23 gennaio 1999, n. 655, RGL, 2000, II, 29; cfr. da ultimo Santoro Passarelli 2003, 414.

Ora, il massiccio ricorso alla figura dell'associazione in partecipazione<sup>91</sup> – che per il committente ha sino ad ora comportato sostanziosi risparmi sul piano della contribuzione previdenziale e una pressoché totale esenzione per quanto riguarda le tutele del lavoratore – è stata resa possibile dalla pratica di garantire al lavoratore un guadagno certo e periodico attraverso l'*escamotage* dell'acconto sugli utili di gestione garantito anche in caso di perdite<sup>92</sup> salvo il conguaglio finale. Addirittura, la Cassazione ha in qualche occasione avvallato la prassi della partecipazione agli incassi<sup>93</sup>. Il richiamo operato dall'art. 86, 1° comma del d. lg. n. 276 del 2003 al requisito delle «erogazioni» (che, con evidente richiamo alla giurisprudenza relativa al 1° comma dell'art. 36 Cost., devono essere «adeguate») sembra avvallare la richiamata prassi stabilizzando di fatto l'abnorme ricorso allo strumento delle associazioni in partecipazione. Al raggiungimento di questo obiettivo è, infine, strumentale anche la recente istituzione dell'apposita gestione previdenziale in favore degli associati in partecipazione (art. 43 del d. l. 23 settembre 2003, n. 269<sup>94</sup>) che, analogamente a quanto avvenne per le collaborazioni coordinate e continuative, favorirà il diffondersi di questo particolare contratto che non fu certamente concepito per attività quali quelle del cameriere, del cuoco, del pizzaiolo, della commessa, di chi infila gli anellini nelle spalline dei reggiseni<sup>95</sup> etc...

#### 10. Segue. C) i contratti di lavoro intermittente o ripartito.

In questa sede dobbiamo rinunciare ad un'accurata analisi della disciplina dei singoli contratti certificabili poiché si tratta più semplicemente di fornire qualche esempio sulla possibile utilità della certificazione al di là delle scontate ipotesi in cui il committente si rivolge alle competenti commissioni per evitare, almeno *medio tempore*, le onerose conseguenze legate alla qualificazione del rapporto di lavoro come subordinato a tempo pieno ed indeterminato.

Quest'ultimo interesse riemerge anche in relazione al contratto di lavoro intermittente<sup>96</sup>, caratterizzato da indubbi vantaggi previdenziali, i quali derivano direttamente dal fatto che l'obbligo contributivo sussiste solo in riferimento ai periodi effettivamente lavorati e relativamente all'indennità di disponibilità.

Al contrario, l'individuazione di possibili dubbi interpretativi è, in relazione a questo nuovo contratto di lavoro, sostanzialmente prematura poiché l'art. 34 del d. lg. n. 276 del 2003 rimette la determinazione dei casi in cui è possibile ricorrere ai contratti di lavoro intermittente ai contratti collettivi (stipulati da associazioni dei prestatori e datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale) o, in via provvisoriamente sostitutiva, al Ministero del lavoro. Comunque presumibilmente che queste fonti regolative procederanno sulla base di «clausole generali», che saranno, quindi, inevitabilmente foriere di incertezze sul piano applicativo.

Tutt'altro che chiara è, inoltre, la categoria del lavoro intermittente senza obbligo di rispondere

<sup>91</sup> Seconda una recente stima resa nota dal Consiglio di indirizzo e vigilanza dell'Inps sarebbe stati attualmente conclusi circa 500.000 situazioni riconducibili al contratto di associazione in partecipazione.

<sup>92</sup> Cass. 10 agosto 1999, n. 8578, *cit.*; Cass. 21 giugno 1988, n. 4235, GCM, 1988. È opportuno precisare che la partecipazione dell'associato alle perdite non può mai essere superiore al valore del suo apporto. Si consideri, inoltre, che la partecipazione dell'associato alle perdite è solo eventuale e cioè non costituisce un elemento caratterizzante di questa forma di rapporto di lavoro.

<sup>93</sup> Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, *cit.*, *contra* Cass. 4 febbraio 2002, n. 1420, *cit.*, 26.

<sup>94</sup> In precedenza l'unica forma di assicurazione obbligatoria era costituita dall'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali per gli associati il cui apporto di lavoro consisteva in un'attività manuale.

<sup>95</sup> Cfr. Cass. 12 gennaio 2000, n. 290, IP, 2001, 585.

<sup>96</sup> Su questa nuova tipologia contrattuale cfr. Pellicani 2003, 512 ss., peraltro relativo alla legge delega, nonché Mobiglia 2003, 96 ss.

alla chiamata. Troppo semplicistica è la conclusione che si tratterebbe di un rapporto di lavoro autonomo poiché ciò che rileva in sede di qualificazione sono pur sempre le modalità con cui viene svolta la singola attività lavorativa. In realtà, si è più bruscamente indotti a ritenere che nell'ipotesi considerata sia, addirittura, assente lo stesso vincolo giuridico. In altre parole, quando manca la clausola con la quale «il lavoratore si obbliga contrattualmente a rispondere alla chiamata del datore di lavoro» (art. 36, 6° comma), siamo in presenza di un mero accordo tra gentiluomini che ha ad oggetto la generica e non vincolante disponibilità a prendere in considerazione la possibilità di concludere di volta in volta singoli e distinti contratti per ognuna delle prestazioni lavorative richieste. La qualificazione dei singoli contratti di lavoro dipenderà poi, *more solito*, dalla volontà effettiva delle parti.

Certificabili sono poi anche i contratti di lavoro ripartito, i quali, malgrado qualche incertezza nella formulazione del 1° comma dell'art. 41 del d. lg. n. 276 del 2003, hanno senz'altro natura subordinata<sup>97</sup>. Piuttosto, la nuova disciplina ripropone una serie di dubbi che erano già affiorati in relazione alla precedente circ. m. del 7 aprile 1998, n. 43<sup>98</sup>. Considerati i numerosi rinvii alla contrattazione individuale v'è, inoltre, un ampio spazio anche per l'altra funzione della certificazione consistente nell'assistenza e nella consulenza alle parti sulla quale si tornerà *infra* §§ 19 e 20.

#### 11. *Segue*. D) il contratto di lavoro a tempo parziale.

Svariati sono i dubbi che la certificazione potrebbe contribuire a chiarire in relazione al contratto di lavoro a tempo parziale. Nella fase genetica, la certificazione potrebbe, indubbiamente, assumere rilievo per stabilire se le parti abbiano inteso, in relazione alle modalità di orario prescelte, concludere un contratto di lavoro a tempo parziale ovvero a tempo pieno e, quindi, per individuare quale sia la disciplina dell'orario di lavoro applicabile<sup>99</sup>. Sotto questo profilo il problema di qualificazione può, infatti, porsi in relazione al cosiddetto «*part time* lungo», caratterizzato da un orario di lavoro di poco inferiore al tempo pieno (ora fissato nella misura di 40 ore settimanali dal d. lg. n. 66 del 2003). È evidente che un *part time* a 38 ore settimanali potrebbe risultare un vero e proprio *full time* nelle ipotesi in cui la contrattazione collettiva preveda l'obbligo allo svolgimento del lavoro supplementare nella misura di due o più ore alla settimana. I dubbi di qualificazione si accentuano, poi, in tutte le ipotesi in cui l'orario pieno, al quale si deve comparare il *part time*, sia stabilito attraverso il modello dell'orario multiperiodale posto che, in tali casi, non esiste un unico orario settimanale pieno, ma una pluralità di orari pieni che variano di settimana in settimana e che rispettano le 40 ore soltanto come media plurisettimanale. Ebbene, i dubbi di qualificazione suscitati da tali ipotesi possono essere risolti proprio attraverso la certificazione, in forza della quale sarà possibile stabilire se il rapporto di lavoro certificato sia assoggettato alla disciplina dell'orario prevista dal d. lg. n. 66 del 2003, ovvero a quella diversa del d. lg. n. 61 del 2000, tendenzialmente ispirata alla tutela del tempo libero del lavoratore e, quindi, caratterizzata

<sup>97</sup> Iorio 2003, 90; in relazione alla legge delega cfr. Santoro Passarelli 2003, 396.

<sup>98</sup> RIDL, 1998, III, 157 ss.; per il passato cfr. Alessi 1995, 128 ss.; Tiraboschi 1998, 1406 ss.; Brignone 1998, 771 ss.

<sup>99</sup> Infatti, come ben evidenziato da Corte cost. 11 maggio 1992, n. 210, GI, 1993, I, 1, 277 il rapporto di lavoro a tempo parziale «si distingue da quello a tempo pieno per il fatto che, in dipendenza della riduzione quantitativa della prestazione lavorativa (e, correlativamente, della retribuzione), lascia al prestatore d'opera un largo spazio per altre eventuali attività, la cui programmabilità, da parte dello stesso prestatore d'opera, deve essere salvaguardata, anche all'ovvio fine di consentirgli di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente (art. 36, comma 1°, Cost.) a realizzare un'esistenza libera e dignitosa». In ciò, dunque, sta la differenza tra i due rapporti di lavoro, che deve informare la disciplina del *part-time* e che ne disegna la specialità, anche dopo le modifiche introdotte dal d. lg. n. 61 del 2000 e dal d. lg. n. 276 del 2003.

da talune rigidità per quanto riguarda la gestione flessibile dell'orario ridotto.

Sempre nella fase genetica del contratto, la certificazione potrà, inoltre, riguardare la tipologia di contratto di lavoro a tempo parziale effettivamente voluto dalle parti (orizzontale, verticale, misto). Anche questa certificazione assume una rilevanza particolare poiché dall'individuazione del sottotipo di *part time* derivano ulteriori conseguenze in tema di flessibilizzazione della prestazione ad orario ridotto. Infatti, in relazione al *part time* orizzontale è ammesso lo svolgimento del lavoro supplementare. Nelle altre due tipologie, invece, l'eventuale prolungamento dell'orario ridotto è qualificato come lavoro straordinario ed è assoggettato alla disciplina prevista per il lavoro straordinario nel contratto di lavoro a tempo pieno, cioè all'art. 5 del d. lg. n. 66 del 2003.

### 12. Segue. Due lacune: co.co.co. senza obbligo di progetto e prestazioni accessorie.

Restano, infine da considerare, per quanto riguarda la certificazione dei contratti di lavoro, due inadempienze del legislatore delegato giacché la certificazione avrebbe dovuto essere estesa – in virtù dell'art. 4 della l. n. 30 del 2003 – sia alle collaborazioni coordinate e continuative che, in secondo luogo, alle prestazioni di lavoro accessorio. Lacune che non si possono giustificare con il carattere «semplicemente» sperimentale [art. 5, 1° comma, lett. a) l. n. 30 del 2003 e art. 86, 12° comma, d. lg. n. 276 del 2003] che caratterizza l'istituto della certificazione.

Invero, per quanto riguarda le «collaborazioni coordinate e continuative» si deve ritenere che la certificazione sia richiamata dall'art. 4, 1° comma, lett. c) n. 6 della legge delega in relazione a qualsiasi forma e non solo a quella a progetto o programma. Resta, quindi, avvolto dal mistero il motivo per cui la certificazione non sia stata estesa anche a questa fattispecie.

In relazione alle prestazioni accessorie ci si aspettava che il legislatore affrontasse il nodo rappresentato dalla loro qualificazione. Sulla base di questo presupposto si era, quindi, osservato che, dovendo essere l'occasionalità fissata con criteri analitici, sarebbe rimasto ben poco spazio per l'attività qualificatoria della commissione certificante<sup>100</sup>. Probabilmente per evitare che i tempi della certificazione fossero più lunghi di quelli del rapporto, non si è comunque dato seguito al principio della legge delega. La lacuna normativa sulla natura giuridica delle prestazioni accessorie è comunque destinata sicuramente ad alimentare il contenzioso<sup>101</sup>.

### 13. Le commissioni di certificazione.

Ai sensi della lett. b) del 1° comma dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003, le commissioni di certificazione avrebbero potuto essere costituite in seno a tre entità: «in enti bilaterali costituiti ad iniziativa d'associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative», ovvero «presso strutture pubbliche aventi competenze in materia, o anche università». L'art. 76 opera una serie di opportune precisazioni, pur ereditando i punti deboli dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003.

Ma procediamo con ordine.

<sup>100</sup> Nogler 2003, 125.

<sup>101</sup> Sulla qualificabilità come subordinato del rapporto di lavoro occasionale v. Cass. 10 luglio 1999, n. 7304, GI, 2000, 1171 relativa all'attività del cameriere; in dottrina per un orientamento più restrittivo cfr. Miscione 2003, 816 il quale segnala però il problema qualificatorio delle prestazioni accessorie sul quale cfr. Nogler, Borzaga 2003, 68 ss.

a) Consideriamo, anzitutto, gli enti bilaterali. L'art. 76, 1° comma, lett. a) specifica che le commissioni possono essere istituite presso gli enti bilaterali «costituiti nell'ambito territoriale di riferimento ovvero a livello nazionale quando la commissione di certificazione sia costituita nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale». In tal modo si omette di specificare chi è legittimato a costituire gli enti bilaterali in seno ai quali possono essere costituite le commissioni di certificazione. Tuttavia, il punto può dirsi risolto dalla lett. h) del 1° comma dell'art. 2, il quale, dopo aver affermato che gli enti bilaterali sono costituiti ad iniziativa, abbandona il famoso ed ormai tradizionale plurale determinativo (delle), al posto del quale spunta la locuzione «da una o più» associazione dei datori e dei prestatori comparativamente più rappresentativa<sup>102</sup>.

Ora, è innegabile – come non si stanca di ripetere Luigi Mariucci - che la disposizione commentata affida agli enti bilaterali una funzione pubblica<sup>103</sup>, giacché la certificazione non è dotata di un'efficacia solo persuasiva o, comunque, non vincolante<sup>104</sup> dal momento che essa, oltre a valere tra le parti, inibisce, come già visto, alle autorità pubbliche interessate di adottare provvedimenti incentrati sul presupposto che il rapporto di lavoro vada qualificato in modo differente da quanto fissato nell'atto certificante.

È opportuno o no affidare agli enti bilaterali siffatta funzione? Sul punto si scontrano due approcci. Quello aprioristico o ideologico che accetta<sup>105</sup> o rifiuta<sup>106</sup> l'attribuzione della funzione senza confrontarsi con l'interrogativo se la composizione o l'assetto del soggetto interessato siano adeguati a svolgere il compito affidato. Da questo approccio si distacca, invece, la visione pragmatica di chi, non escludendo a priori l'eventuale opportunità di investire il soggetto (privato) di funzioni pubbliche, si riserva di valutare caso per caso (o meglio, funzione per funzione) se l'organismo privato considerato sia o no attrezzato a realizzare – meglio della struttura pubblica – il compito devolutogli dalla legge<sup>107</sup>.

Se adottiamo questo secondo punto di vista, a noi più congeniale, emergono due profili critici: la concorrenza tra le commissioni costituite in ambito territoriale e quelle istituite a livello nazionale

<sup>102</sup> La questione è stata al centro del dibattito parlamentare da cui è più volte emersa la profezia che l'abbandono del plurale determinativo paralizzerebbe il funzionamento degli e. b. v., ad esempio, l'intervento della senatrice Pisoni alla Commissione lavoro, previdenza sociale del Senato nella 18ª seduta del 16 luglio 2003 (in [www.senato.it](http://www.senato.it)).

<sup>103</sup> V. da ultimo, Mariucci 2003a; *contra*, ma in via di mera petizione di principio, F. Carinci 2003 secondo il quale la certificazione sarebbe perfettamente ricostruibile in chiave privatistica; ma all'assunto non segue poi l'ardua riprova concreta.

<sup>104</sup> Come sostiene sorprendentemente Tiraboschi 2003b, 126; in verità anche Treu nel suo intervento nella seduta del 17 luglio 2003 della Commissione lavoro, previdenza sociale del Senato (in [www.senato.it](http://www.senato.it)) sembra argomentare sul presupposto della natura privatistica e quindi «meramente» persuasiva dell'istituto.

<sup>105</sup> È l'impressione che si ricava spesso dalla lettura del *Libro bianco* dell'ottobre del 2001.

<sup>106</sup> Cfr. Scalfari 2002, 1. La supposizione di Speciale 2003, 281 che l'opposizione della Cgil sarebbe concentrata sulla diversa ipotesi di affidare agli e.b. il potere di erogare trattamenti previdenziali o provvidenze economiche, è stata smentita dal comunicato, dal titolo *Il lavoro non è una merce*, che annuncia lo sciopero contro la l. n. 30 del 2003; vi si legge tra l'altro che «con le nuove norme sulla certificazione, all'interno dei nuovi enti bilaterali, potrà essere lo stesso sindacato a rendere più difficile per i lavoratori far rispettare i propri diritti, certificando la tipologia contrattuale e le modalità di svolgimento dell'attività. Certificazione che avrà valore legale anche verso terzi (Inps ecc.). Sarà anche possibile per il lavoratore, decidere "liberamente" (del tipo: "se vuoi un lavoro prima passiamo insieme dall'e.b.") di rinunciare in anticipo ad alcuni suoi diritti (premio di produzione, gratifiche ecc.) e il sindacato "metterà i bollini" su tutto questo». Questa motivazione convalida il ragionamento di Liso 2002, 600 secondo il quale la Cgil non intende mettersi nella situazione di dover prendere decisioni contro il singolo lavoratore.

<sup>107</sup> Così anche Del Punta 2003a, 220 che peraltro Id. 2003b, 257 assume una posizione decisamente meno riformista.

e, soprattutto, l'inadeguatezza tecnica degli enti bilaterali rispetto al compito previsto, che consiste in un'attività di pura applicazione del diritto (v. *retro* § 3).

Sul primo profilo, si deve osservare che, pur essendo chiaro che il silenzio del legislatore delegante lasciava aperta la possibilità di richiamare entrambi i livelli, era forse auspicabile, considerata la competenza legislativa concorrente delle Regioni in tema di assistenza certificata nella conclusione dei contratti di lavoro (v. *retro* § 7), che prevalesse quello territoriale<sup>108</sup>.

In relazione al secondo aspetto di criticità, occorre tener presente che, solo in relazione all'ipotesi prevista dall'art. 68 del d. lg. n. 276 del 2003, si tratta di gestire una serie di norme dotate d'inderogabilità relativa e, quindi, di un'attività consona alle caratteristiche degli enti bilaterali. Nelle ipotesi qui considerate (in cui la certificazione è orientata alla qualificazione) si tratta, invece, di svolgere un'attività squisitamente giuridica ovvero di applicare rigorosamente una serie di fattispecie normative garantendo la massima tenuta giuridica ragionevolmente possibile anche in considerazione del fatto che (dobbiamo ripeterci) la certificazione è vincolante per gli stessi enti previdenziali e fiscali (v. *retro* § 6). In realtà, la chiamata in causa degli enti bilaterali è frutto dell'errore di prospettiva dogmatica che si è tentato di mettere in risalto nei primi paragrafi del saggio. Un conto è un conflitto d'interessi la cui soluzione sfocia nel contenuto del contratto. Un altro paio di maniche è un conflitto giuridico che può riguardare questioni, anche assai complesse, di diritto del lavoro, della previdenza sociale o di diritto tributario.

Per ovviare all'inconveniente di consegnare il potere qualificatorio a commissioni che non sono in grado di garantire la padronanza delle necessarie competenze tecniche – un inconveniente che è foriero di certificazioni «al ribasso» - commentando la legge delega avevamo avanzato la proposta di «amalgamare» i riferimenti agli enti bilaterali e all'università operati dalla lett. b) del 1° comma dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 e, quindi, contemplare l'istituzione di un *unico* soggetto che desse sufficienti garanzie di adeguatezza, sia in ordine alla rigorosa padronanza della tecnica giuridica, sia in relazione alla necessaria attitudine a percepire i reali interessi sottesi al singolo caso concreto<sup>109</sup>. Mentre la prima versione del decreto accolse questa proposta, quella finale ha opportunamente esteso la logica razionalizzante all'intero sistema delle commissioni di certificazione probabilmente per il fatto che la «plethora» di organismi previsti dal legislatore è stata oggetto di critiche crescenti<sup>110</sup>.

Infine, è stata sollevata la questione della presunta doppia illegittimità, con riferimento, rispettivamente all'art. 39 Cost. e al principio comunitario della libera concorrenza, dell'attribuzione della funzione qualificatoria agli enti bilaterali<sup>111</sup>.

La prima questione, risulta, effettivamente, aggravata dall'art. 77 del d. lg. n. 276 del 2003, il quale prevede che, «nel caso in cui le parti intendano presentare l'istanza di avvio della procedura di certificazione alle commissioni istituite a iniziativa degli enti bilaterali, esse devono rivolgersi alle

<sup>108</sup> Nogler 2003, 112; ponendosi, come nel testo sul piano della funzionalità, Mariucci 2003a, 34 ss. si sofferma più a lungo sul problema del livello al quale vengono costituiti gli enti abilitati ad istituire le commissioni di certificazione.

<sup>109</sup> Nogler 2003, 113. Dubita, un po' ingenerosamente, dell'attitudine delle strutture universitarie a dimostrare «sensibilità nel valutare la situazione specifica nella quale le parti si trovano e gli interessi coinvolti», Speciale 2003, 281.

<sup>110</sup> Cfr. Rausei 2003, XXII.

<sup>111</sup> L'individuazione delle due questioni risale a Mariucci 2003b, 35-36 nonché Id. 2003a; di possibile lesione della (tradizionalmente negletta da una parte della sinistra) libertà sindacale negativa parla anche Scarponi 2003; sull'altra questione v., invece, anche Del Punta 2003a il quale ammonisce di non sottovalutarla dal momento che la certificazione è un'attività economicamente profittevole.

commissioni costituite dalle rispettive associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro».

La seconda questione è stemperata dal fatto che la disciplina adottata non prefigura assolutamente una situazione di monopolio della funzione certificante da parte degli enti bilaterali. Deve escludersi, inoltre, che la definizione degli enti bilaterali quali «sedi privilegiate per la regolazione del mercato del lavoro attraverso», tra gli altri compiti, anche di quello della certificazione dei contratti di lavoro, sia dotata di valore prescrittivo e sia, quindi, in grado di inibire agli altri soggetti richiamati dall'art. 76 del d. lg. n. 276 del 2003 di istituire commissioni di certificazione quando queste ultime siano già state costituite ad iniziativa dei medesimi enti bilaterali.

b) Si consideri, in secondo luogo, la formula oscura, visto che la certificazione della qualificazione giuridica del contratto di lavoro rappresenta un istituto nuovo, delle «strutture pubbliche aventi competenze in materia» che sembra fatta apposta per alimentare ulteriormente il già vigoroso «sindacalismo istituzionale» che ha caratterizzato i tempi più recenti<sup>112</sup>. Nella *Relazione di accompagnamento* al d.d.l. n. 848, e nella versione provvisoria del d. lg. n. 276 del 2003, le «strutture pubbliche aventi competenze in materia» vennero senz'altro identificate con le direzioni provinciali del lavoro<sup>113</sup>. Nella versione finale sono spuntate, invece, anche le Province ovviamente «secondo quanto stabilito da apposito decreto del Ministro del lavoro e delle Politiche sociali entro sessanta giorni dalla entrata in vigore del» d. lg. n. 276 del 2003. La novità è stata veicolata nel testo finale da una delle proposte di emendamento contenute nel *Parere della Conferenza unificata sullo schema di decreto legislativo di attuazione della legge n. 30/2003* del 3 luglio 2003<sup>114</sup>; parere fatto proprio dalla Commissione lavoro della Camera<sup>115</sup>. La Conferenza unificata aveva, a sua volta, sostanzialmente recepito la richiesta espressa con forza<sup>116</sup> dall'Unione delle Province d'Italia che nell'art. 76, 1° comma, del d. lg. n. 276 del 2003 fosse inserita anche la lett. d) con la funzione di specificare che sono abilitate ad istituire commissioni di certificazione anche «i servizi per l'impiego delle Province nell'ambito territoriale di riferimento». Nel leggere questo emendamento, sorprende – sia detto per inciso – che esso si riferisca al servizio e non al soggetto che lo esercita e cioè il centro per l'impiego<sup>117</sup>. Così come è, più in generale, sorprendente che espropri la Provincia del potere di operare le scelte organizzative relative alla certificazione (delegata dallo Stato); ad esempio, del potere di istituire un organismo *ad hoc* che darebbe, tra l'altro, la garanzia di uniformità decisionale (§ 21).

Tornando allo sdoppiamento delle strutture pubbliche abilitate a costituire le commissioni di certificazione, la sensazione è di essere di fronte ad un esempio emblematico del fenomeno che De

<sup>112</sup> Fenomeno ben descritto da De Rita 2002, 7.

<sup>113</sup> Si potrebbero avanzare molte riserve sul fatto che la funzione della certificazione sia stata attribuita a soggetti che, al più tardi dall'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione, sono ormai decisamente sovraccarichi di lavoro, cfr. Nogler 2003, 112; Speciale 2003, 281.

<sup>114</sup> Si legge nel sito [www.governo.it](http://www.governo.it)

<sup>115</sup> V. il parere favorevole della Commissione e le relative osservazioni nel verbale della seduta del 30 luglio 2003.

<sup>116</sup> Vedi anche gli atti e l'ordine del giorno approvato all'Assemblea del Convegno su «Territorio e lavoro. La Provincia come dimensione ottimale per il governo del mercato del lavoro» (Macerata, 10 e 11 luglio 2003).

<sup>117</sup> Nella Proposta alternativa di parere dei deputati CORDONI ed altri (si legge nel verbale della seduta della Commissione XI<sup>a</sup> della Camera del 30 luglio 2003) si proponeva, invece, di far riferimento ai soli centri per l'impiego con soppressione del riferimento alle direzioni provinciali del lavoro.

Rita ha recentemente descritto, senza mezzi termini, quale «slabbramento del tessuto istituzionale»<sup>118</sup>. Deve essersene reso conto anche l'estensore del testo finale del d. lg. n. 276 del 2003 poiché, al posto di inserire una nuova lett. d) – la quale avrebbe cristallizzato la presenza di due distinte commissioni in seno, rispettivamente, alla direzione provinciale del lavoro e alle Province –, ha aggiunto queste ultime nella medesima lettera che abilita alla certificazione le direzioni provinciali del lavoro. Ciò consente «di ipotizzare – nel decreto ministeriale di specificazione delle modalità di costituzione delle sedi che operano la certificazione – forme di coordinamento tra soggetti che agiscono sullo stesso territorio provinciale, eventualmente in sedi *ad hoc* in cui potranno essere coinvolti gli istituti di previdenza, le parti sociali, gli ordini provinciali dei consulenti del lavoro, ecc.»<sup>119</sup>.

Comunque sia, le parti dovranno, a sensi dell'art. 77 del d. lg. n. 276 del 2003, rivolgersi alla commissione «nella cui circoscrizione si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale sarà addetto il lavoratore» o, per meglio dire, alla quale il committente dichiara, evidentemente nella istanza di avvio (ecco una «casella» da inserire nel modulo!), di voler adibire il lavoratore.

c) Resta, infine, da considerare l'Università. Sempre il 1° comma, lett. c) ed il 2° comma dell'art. 76 d. lg. n. 276 del 2003 specificano opportunamente: 1) che le commissioni possono essere costituite in seno sia alle Università pubbliche che a quelle private, comprese le Fondazioni; 2) che a tal fine le università «sono tenute a registrarsi presso un apposito albo istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali con apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'istruzione, della Università e della ricerca. Per ottenere la registrazione le Università – che possono operare, in concorrenza tra loro, sull'intero territorio nazionale come si ricava dall'assenza di regole sul conflitto di competenza (v. art. 77 del d. lg. n. 276 del 2003) - sono tenute a inviare, all'atto della registrazione, ed ogni sei mesi, studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro con riferimento a tipologie indicate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali»<sup>120</sup>; 3) che le commissioni possono essere composte, «nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza», esclusivamente di docenti di diritto del lavoro di ruolo ai sensi dell'art. 66 del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382 il quale regola l'attività di ricerca e consulenza svolta dai dipartimenti con contratti o convenzioni. Sorprende questo riferimento esclusivo ai docenti di diritto del lavoro considerata la possibilità di far certificare anche gli effetti fiscali del contratto che sono spesso ignoti ai giuslavoristi.

Ora, le Università sono state chiamate in causa da un emendamento presentato dall'on. Campa (Forza Italia) animato dall'intento di avvicinarle alla realtà produttiva del paese<sup>121</sup>. Tuttavia, la scelta operata dal Parlamento ha riscosso finora più critiche che consensi. Dal mondo professio-

<sup>118</sup> De Rita 2002, 7.

<sup>119</sup> Così Tiraboschi 2003c, 34. Sulle speranze della corporazione dei consulenti del lavoro di avere propri rappresentanti in seno alle commissioni cfr. Catalano 2003, 2.

<sup>120</sup> «Valanghe di carta, spesso ripetitiva e rindondante, che per essere valutata seriamente richiederà una squadra di studiosi sopraffini dedicati a tempo pieno» (Toffoletto 2003b, 18).

<sup>121</sup> Vedi il resoconto della seduta della camera n. 214 del 30 ottobre 2002, in [www.camera.it](http://www.camera.it); la scelta di includere le Università è condivisa e difesa da Tiraboschi 2003b, 125-126.

nale è giunto il rilievo che «il numero di docenti spesso non è sufficiente ad assicurare una proficua didattica: pertanto, ben difficilmente si potrà svolgere un'ulteriore attività di assistenza legale. Senza contare, poi, che molti docenti svolgono già un'attività professionale e perciò questo certamente potrebbe porre in essere un consistente conflitto di interessi. Sarebbe, infatti, quanto meno inopportuno, che il contratto redatto da un professore professionista per un cliente possa poi essere certificato dallo stesso soggetto o da un suo collega»<sup>122</sup>. In effetti, quest'ultimo inconveniente dovrà essere risolto dal decr. m. che istituirà l'albo delle Università abilitate all'istituzione delle commissioni.

Ultimate le precisazioni relative ai singoli soggetti abilitati ad istituire le commissioni di certificazioni, e dato conto delle molte perplessità che sono state espresse dagli analisti, pur per ragioni diverse, su ciascuno dei soggetti stessi, si deve ora analizzare l'alternativa lasciata aperta dall'art. 76 del d. lg. n. 276 del 2003. Questa disposizione, da un lato, prefigura potenzialmente una pluralità di possibili commissioni di certificazione (modello concorrenziale); dall'altro, all'ult. comma del medesimo apre la strada all'eventualità che «le commissioni istituite ai sensi dei commi che precedono possono concludere convenzioni con le quali prevedano la costituzione di una commissione unitaria di certificazione» (modello cooperativo).

Orbene, è agevole profetizzare il formarsi di un ampio accordo tra gli studiosi sul fatto che, in relazione alla delicata funzione di qualificazione dei contratti, il modello più adeguato sia quello cooperativo. In ordine ai soggetti della certificazione, la struttura dell'istituto laddove s'incentra, anzitutto, su una pluralità di commissioni di certificazione sembra modellata soprattutto sull'attività di assistenza e consulenza alle parti individuali. Ma se a questa pluralità di soggetti fosse effettivamente affidata anche la qualificazione dei contratti, allora si porrà un palese problema di *deficit* di garanzia di competenza tecnica di talune delle commissioni prefigurate dal d. lg. n. 276 del 2003, nonché il pericolo dell'assenza di una reale uniformità decisionale che potrebbe far degenerare il sistema verso certificazioni, per così dire, al ribasso<sup>123</sup>.

Il discorso relativo ai soggetti sarebbe, infine, monco se non fosse considerata anche l'opinione critica secondo cui il vero filtro deflativo consiste nella previsione che il tentativo obbligatorio (art. 410 c.p.c.) di conciliazione, per così dire, «post-certificazione», deve svolgersi dinnanzi all'organo che ha adottato il provvedimento qualificatorio (v. *infra* § 16). Pertanto, si sostiene che la composizione dell'organo preposto alla certificazione dovrebbe garantire soprattutto il successo di quest'attività di conciliazione: ciò in sorprendente controtendenza rispetto al disfavore manifestato da più parti contro la strategia di rafforzamento del momento conciliativo.

#### 14. Le procedure di certificazione.

La lett. a) del 1° comma dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 afferma che la certificazione deve avere carattere «volontario». Ciò è confermato anche dall'art. 75 d. lg. n. 276 del 2003 che qualifica la

---

<sup>122</sup> Così Toffoletto 2003b, 18.

<sup>123</sup> Torna con insistenza sul punto Rausei 2003, XVIII-XIX il quale propone di istituire sedi di coordinamento; critiche alla competenza concorrente vengono espresse anche da Speziale 2003, 280.

procedura di certificazione come «volontaria», e dal successivo art. 78, 1° comma, il quale afferma che «la procedura di certificazione è volontaria e consegue obbligatoriamente a una istanza comune delle parti del contratto di lavoro».

Nei commenti a questo fondamentale principio, l'accento è stato inizialmente posto su come garantire effettivamente la libertà decisionale del lavoratore<sup>124</sup>. In assenza di altri filtri, su questo punto non si è però andati molto oltre il pallido auspicio che il Governo richiedesse un'assistenza *effettiva* e non la sola presenza (magari passiva) dei componenti dell'organo certificante. E quest'auspicio è stato sostanzialmente soddisfatto dall'art. 81 del d. lg. n. 276 del 2003.

Resta ora da costruire un modello comportamentale che traduca in realtà il disposto normativo. Lo strumento è, invero, già prefigurato e s'identifica con il codice di buone pratiche richiamato dal 2° comma dell'art. 78. I contenuti sono, invece, ancora da scrivere ed, anzi, più radicalmente da ideare tenendo a mente che la libertà di scelta presuppone, anzitutto, il fatto di disporre delle informazioni utili ai fini dell'adozione della propria decisione. Quale assaggio sui possibili *escamotage* si pensi alla proposta di fornire al lavoratore delle schede che riassumano le principali conseguenze giuridiche – privatistiche e pubblicistiche – dei vari contratti che possono essere oggetto della certificazione.

Ma accanto al delicato profilo della volontà del lavoratore, è d'uopo segnalare che, rispetto alla legge delega, è ora notevolmente accresciuto, come già sottolineato (*retro* § 8), l'interesse dello stesso committente a varcare la soglia delle commissioni di certificazione, per lo meno nella principale ipotesi dei contratti a progetto.

Uno degli aspetti di più evidente incompletezza dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003 attiene alla procedura di certificazione. Né risultano applicabili – almeno nell'ipotesi in cui il *certifier* sia un soggetto privato - le norme sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni). Il legislatore delegato ha adottato la soluzione più garantista seguendo sostanzialmente il suggerimento di chiamare comunque in causa, gli aspetti più significativi della stessa l. n. 241 del 1990<sup>125</sup>. Infatti, il 2° comma dell'art. 78 del d. lg. n. 276 del 2003, dopo aver affermato che «le procedure di certificazione sono determinate all'atto di costituzione delle commissioni di certificazione», precisa che esse devono svolgersi nel rispetto, oltre che dei codici di buone pratiche su cui torneremo tra un attimo, di alcuni principi inderogabili:

- a) l'inizio del procedimento deve essere comunicato alla Direzione provinciale del lavoro che provvede a inoltrare la comunicazione alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto certificato è destinato a produrre effetto. Le autorità pubbliche possono presentare osservazioni alle commissioni di certificazione;
- b) il procedimento di certificazione deve concludersi entro il termine (molto breve se si considera l'obbligo di comunicazione alle autorità pubbliche e il diritto delle stesse di produrre osservazioni<sup>126</sup>) di trenta giorni dal ricevimento della istanza;

<sup>124</sup> Cfr. criticamente Alleva, Andreoni, Angiolini, Coccia, Naccari 2002, 82.

<sup>125</sup> Nogler 2003, 121. Si consideri, inoltre, che alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato, essendo i principi desumibili dalla l. n. 241 del 1990 di carattere generale, le disposizioni relative a singoli procedimenti (quali quelli di certificazione) devono essere interpretati in linea con il disegno sotteso alla fondamentale legge del 1990 (così da ultimo Cons. Stato sez. VI<sup>a</sup> 1° ottobre 2002, n. 5105, GI, 2003, I, 1266).

<sup>126</sup> Inconveniente che si potrebbe eliminare se il rappresentante dell'ente pubblico fosse già membro della commissione.

c) l'atto di certificazione deve essere motivato e contenere il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere;

d) l'atto di certificazione deve contenere esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, previdenziali o fiscali, in relazione ai quali le parti richiedono la certificazione.

L'attività dei certificatori è, inoltre, vincolata alle prescrizioni contenute in due ulteriori fonti.

In primo luogo, vanno considerate le prescrizioni contenute in un altro decr. m. che dovrà definire «appositi moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo programma negoziale, che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro». Se, come appare opportuno, il modello sarà strutturato come quello segnalato nella *Ipotesi di lavoro* del 1997, non si tratterà di un'operazione semplice e forse, non a caso, è l'unico adempimento del periodo post-riforma al quale non è stato accostato un preciso limite temporale. Nella definizione dei modelli potrebbe, infine, essere valorizzata la collaborazione che è richiesta su indicazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali alle Università abilitate. Già si ironizza, comunque, sulla libesca aspirazione che il Ministero possa svolgere «una funzione di consulente giuridico pubblico globale e gratuito e, per di più, nell'interesse di entrambe le parti» e, *outside* dal sistema universitario, si preconizza che «pare difficile che la p.a. e le Università siano in grado di svolgere un compito così ambizioso e delicato che, per essere svolto adeguatamente richiede, quanto meno, una grande velocità di esecuzione»<sup>127</sup>.

In secondo luogo, per l'attività di assistenza e consulenza alle parti vengono in considerazione anche i codici di buone pratiche relativi alle clausole (collettive) indisponibili sul quale si tornerà *infra* § 19.

### 15. I rimedi esperibili nei confronti della certificazione.

A questo punto occorrerebbe chiarire se nei confronti della certificazione sia o no possibile esperire ricorsi amministrativi. Ma se consideriamo la rubrica, ed il successivo contenuto, dell'art. 80 del d. lg. n. 276 del 2003 si deve seccamente concludere che gli unici rimedi azionabili sono, in realtà, quelli di natura giurisdizionale.

Gli interpreti si erano divisi in ordine all'interrogativo se l'art. 5 della l. n. 30 del 2003, limitasse o no le ipotesi di ricorso giurisdizionale ai due casi dell'erronea qualificazione del contratto e della difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione. Più volte, nel corso dell'*iter* parlamentare, era stata inoltre sollevata la questione di pregiudizialità costituzionale per violazione dell'art. 24, 1° comma, Cost. sul presupposto evidentemente dell'interpretazione restrittiva del disposto.

Nell'assetto finale ha prevalso la soluzione estensiva comprensiva del ricorso per vizi del consenso e della, ben più rilevante ipotesi, del ricorso al tribunale amministrativo regionale per violazione

---

<sup>127</sup> Toffoletto 2003b, 18.

del procedimento o, addirittura, per eccesso di potere<sup>128</sup> (art. 80, 1° e 5° comma, d. lg. n. 276 del 2003).

Tuttavia, in coerenza con l'impostazione di fondo adombrata nei precedenti paragrafi e al fine di tentare di razionalizzare la disciplina legislativa, proponiamo di distinguere tra i due tipi di certificazione del contratto previsti dal d. lg. n. 276 del 2003: la certificazione della *qualificazione* e quella relativa al *contenuto* dell'accordo contrattuale (che assume qui rilievo soprattutto nell'ipotesi dell'art. 68 d. lg. n. 276 del 2003).

In relazione ad entrambi i tipi di certificazione risulta esperibile il ricorso al T.a.r., «nella cui giurisdizione ha sede la commissione che ha certificato il contratto», per violazione del procedimento (che comprende anche il secco rifiuto di effettuare la certificazione<sup>129</sup>).

Sulle altre ipotesi la situazione si prospetta nei seguenti termini.

a) Il ricorso per eccesso di potere (art. 80, ult. comma) sembra prospettabile solo in caso di certificazione del contenuto dell'accordo contrattuale dato che la certificazione della qualificazione del contratto non ha carattere discrezionale. Nell'ipotesi in cui la commissione certifica la deroga peggiorativa in tema di lavoro a progetto (v. *infra* § 19) esercita, invece, effettivamente un'attività discrezionale con la quale attesta che il lavoratore è stato effettivamente assistito nella sua scelta regolativa.

b) È solo contro la certificazione-qualificazione che si può ricorrere, presso l'autorità giudiziaria di cui all'art. 413 c.p.c., per erronea qualificazione del contratto oppure per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione.

c) Infine, solo contro la certificazione del contenuto del contratto dovrebbe essere possibile ricorrere alla medesima autorità giudiziaria per vizi del consenso. Una previsione, invero, pleonastica perché sarebbero state senz'altro sufficienti le già esistenti disposizioni del codice civile.

Anche questo nuovo intervento legislativo sembra poi consolidare (ed, anzi, forse finanche spingere oltre) l'orientamento del nostro legislatore che, soprattutto a partire dalla l. n. 205 del 2000, appare incline ad avvicinare sempre di più i due – una volta rigorosamente distinti – plessi giurisdizionali civile<sup>130</sup> e amministrativo<sup>131</sup>. Infatti, dalla disposizione di cui all'art. 79 del d. lg. n. 276 del 2003, il quale stabilisce che gli effetti dell'accertamento svolto dal *certifier* permangono, *anche verso i terzi*, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi del successivo art. 80, si ricava che la sentenza civile demolisce l'atto di certificazione. Si potrà, infine, avere la mera disapplicazione degli effetti dello stesso *inter partes* nelle ipotesi della violazione del procedimento.

<sup>128</sup> «Si deve ritenere che tutte le questioni relative alla procedura, comprese le conseguenze in caso di violazione della stessa, siano trattate unicamente alla lett. d) dell'art. 5 che nella sua telegrafica formulazione non preclude certo alle parti la tutela giurisdizionale dei loro interessi legittimi. Il Governo potrà e sostanzialmente dovrà prevedere che è possibile ricorrere al giudice amministrativo» (Nogler 2003, 122).

<sup>129</sup> Cfr. Speciale 2003, 290.

<sup>130</sup> Sull'individuazione del rito, che è pressoché sempre quello del lavoro, cfr. Speciale 2003, 287-288.

<sup>131</sup> Sugli "addentellati" processualciviltistici generalmente connessi alla tematica in esame, v. Sassani 1989).

Infine, si deve ancora rilevare che se il giudice decide di dare una nuova qualificazione al contratto non sussiste né la possibilità di richiedere l'annullamento del contratto per errore di diritto (art. 1428-1433 c.c.) né quella di esperire il rimedio della risoluzione dello stesso per il venir meno di una condizione inespressa<sup>132</sup>.

L'errore di qualificazione che apre la strada alla riqualificazione giudiziale – come ben spiega Speciale – non essendo, nel nostro caso, relativo al contratto ma ad un atto amministrativo, non segue ovviamente il regime dell'errore quale vizio della volontà e, pertanto, non deve, ad esempio, essere né essenziale né riconoscibile<sup>133</sup>. Né il giudice ordinario dovrà limitarsi a sindacare la motivazione dell'atto [art. 78, 2° comma, lett. c) del d. lg. n. 276 del 2003], ben potendo analizzare direttamente il caso concreto (*alias* il testo dell'accordo contrattuale) per operare autonomamente la riconduzione alla fattispecie normativa.

A tale riguardo, giova rammentare che, nell'ipotesi in cui la riqualificazione giudiziale si basi sulla difformità tra la qualificazione, rispettivamente, certificata e quella individuata sulla base della valutazione del comportamento attuativo delle parti, non avrebbe senso chiedere l'annullamento del contratto (certificato) dal momento che quest'ultimo risulta superato nei fatti da quello tacitamente posto in essere dalle parti stesse<sup>134</sup>. Nelle ipotesi in cui sussiste, invece, un errore di qualificazione scatta il principio per cui deve sempre considerarsi irrilevante l'errore che cada sulla disciplina giuridica del contratto concluso al fine di evitare che l'errore stesso sia invocato per sottrarsi all'applicazione di una norma giuridica (*ignorantia legis non excusat*)<sup>135</sup>.

In ordine, infine, al rimedio della risoluzione per il venir meno della cosiddetta base negoziale oggettiva, basti rilevare che esso opera solo al sopraggiungere di una circostanza esterna al negozio e che la riqualificazione del contratto può essere considerata tale nelle rarissime ipotesi in cui essa è dovuta al sopraggiungere di una novità normativa la quale dovrebbe, per di più, essere dotata di efficacia retroattiva<sup>136</sup>.

## 16. Conciliazione obbligatoria e valutazione giudiziale del comportamento delle parti in sede di certificazione.

Al fine di rafforzare la certificazione, il 4° comma dell'art. 80 del d. lg. n. 276 del 2003 prevede che «chiunque presenti ricorso giurisdizionale contro la certificazione» stesa ai sensi dello stesso art. 80, commi 1° e 3°<sup>137</sup> «deve previamente rivolgersi obbligatoriamente alla commissione di certificazione che ha adottato l'atto di certificazione per espletare un tentativo di conciliazione ai

<sup>132</sup> Soluzioni ipotizzate da Ghera 2002, 535 nonché, probabilmente sulla sua scorta, da Rausei 2003, XXI.

<sup>133</sup> Speciale 2003, 282-283.

<sup>134</sup> Così lucidamente, Speciale 2003, 297 che peraltro lascia aperta l'ipotesi dell'annullamento per errore nel caso di erronea qualificazione del programma negoziale sul presupposto della prova della comunanza dell'errore.

<sup>135</sup> Carnevali 2001, 701 ss.; *contra*, ma si tratta di orientamenti risalenti ed isolati, App. Firenze 12.10.1977, DL, 1978, II, 403 con nota critica di Magno.

<sup>136</sup> Cfr. anche Speciale 2003, 298 il quale esclude la possibilità della risoluzione del contratto per venir meno di una condizione inespressa poiché quest'ultima, nella vicenda considerata non ha ad oggetto una situazione di fatto bensì di diritto e soprattutto non è venuta meno indipendentemente dall'attività di una delle parti.

<sup>137</sup> Ma, in questa seconda ipotesi, si tratta di un errore dettato dal fatto che in una primissima bozza del d. lg. il 3° comma della disposizione prevedeva il ricorso al Tar.

sensi dell'art. 410 del codice di procedura civile». È sostanzialmente quel che resta dell'imbutto prefigurato fin dall'*Ipotesi di lavoro* del 1997. Il soggetto del 4° comma dell'art. 80 («chiunque») lascia intendere che pure i soggetti terzi siano obbligati a rivolgersi alla commissione di certificazione e ciò pure nell'ipotesi in cui non abbiano partecipato alla precedente procedura di certificazione.

Sempre in conformità alla lett. f) dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003, è, infine, previsto che «il comportamento complessivo tenuto dalle parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro e di definizione della controversia davanti alla commissione di certificazione potrà essere valutato dal giudice del lavoro ai sensi degli art. 9<sup>138</sup>, 92 e 96 del codice di procedura civile» (e cioè in relazione alla condanna per le spese del giudizio e dell'eventuale risarcimento del danno per lite temeraria, da escludersi quando si agisce per la difformità tra rapporto e certificazione). Anche questa regola – che intende scoraggiare l'azione di riqualificazione del contratto del lavoratore - risente dell'impostazione primordiale prefigurata nell'*Ipotesi di lavoro* del 1997 che, contraddittoriamente, assegnava alla certificazione un'efficacia meramente probatoria della volontà qualificatoria delle parti. Una volta chiarito il diverso valore dogmatico della certificazione della qualificazione (v. *retro* § 3), si può ritenere che il richiamato comportamento delle parti possa assumere rilevanza in relazione all'interpretazione del contenuto del documento contrattuale sottoscritto dinanzi alla commissione di certificazione<sup>139</sup> più che alla qualificazione del contratto la quale è imputabile al *certifier* e non richiede di essere provata bensì argomentata.

### 17. La comparazione con altre esperienze di certificazione: A) la certificazione della natura artigiana dell'impresa.

È diffusa l'opinione che l'istituto della certificazione della qualificazione del contratto di lavoro rappresenti un *quid* totalmente nuovo, sconosciuto all'alfabeto giuridico esistente<sup>140</sup>, frutto di un esercizio intellettualistico e libresco. In realtà, esistono altre esperienze, sia di diritto interno che straniero, le quali rappresentano utili punti di riferimento per l'ulteriore e necessario affinamento dell'istituto della certificazione.

È noto che la fuga dal lavoro subordinato è spesso rafforzata dall'iscrizione – più o meno volontaria – del lavoratore nel registro delle imprese artigiane, sebbene in moltissimi casi il presunto artigiano operi senza la collaborazione di dipendenti e al più con un parente coadiuvante<sup>141</sup>. La qualità giuridica di artigiano apre al lavoratore la possibilità di godere di una posizione previdenziale e consente, contemporaneamente, al committente di realizzare sostanziosi risparmi sul piano della contribuzione previdenziale. Questa opportunità ha, ad esempio, incentivato lo spostamento dei lavoratori a domicilio nel campo degli artigiani<sup>142</sup>. Occorre riconoscere, tuttavia, che proprio in questa ipotesi del lavoro a domicilio, le parti (e, soprattutto, il committente) si trovano attualmente sovraesposte al rischio di ricevere ingiunzioni o verbali dell'ente previdenziale e di

<sup>138</sup> In realtà, si tratta dell'art. 91 c.p.c.

<sup>139</sup> Giammai alla fase attuativa del rapporto, così anche Speciale 2003, 295.

<sup>140</sup> Cfr. in tal senso Curcio 2002, 116.

<sup>141</sup> Secondo i dati Eurostat relativi all'anno 2001, la percentuale italiana di *family workers* (lavoratori familiari coadiuvanti) è del 4,2% a fronte di una media UE (a 15) dell'1,7. La media italiana è la più alta dopo la Grecia, mentre in Francia essa è dell'1,1%, in Germania dell'1,2% e nel Regno Unito dello 0,3.

<sup>142</sup> Cfr. sul punto Nogler 2000a, 188 ss.

subire, infine, le conseguenze della riqualificazione del loro rapporto. L'inconveniente nasce dal fatto che l'istituto previdenziale è facilitato nella sua azione perché l'attuale definizione di lavoratore a domicilio non esclude affatto – al contrario di ciò che presuppone la legislazione previdenziale! – che lo stesso sia munito di un proprio nucleo organizzativo, tipico connotato del piccolo imprenditore-artigiano: egli può, infatti, possedere le materie prime o accessorie nonché le attrezzature di lavoro; inoltre, può avvalersi di un aiuto accessorio di terzi e godere, infine, dell'autonomia personale che gli deriva dal fatto di svolgere l'attività lavorativa in un luogo che rientra nella sua disponibilità. In ultima analisi, non esiste, nell'attuale ordinamento, una delimitazione tra il lavoratore a domicilio e l'artigiano senza dipendenti, a grande danno della certezza del diritto.

In questa, come in altre ipotesi in cui viene in gioco la qualifica artigiana dell'impresa, la fuga, che potrebbe ben inteso essere anche genuina, verso l'autonomia appare ora, almeno *prima facie*, facilitata da quanto previsto all'8° comma dell'art. 44 del d. l. n. 269 del 2003. Infatti, a decorrere dal 1° gennaio 2004, le domande d'iscrizione alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura delle imprese artigiane e di quelle esercenti attività commerciali hanno effetto, sussistendo i presupposti di legge, anche ai fini dell'iscrizione agli enti previdenziali e del pagamento dei contributi e premi agli stessi dovuti.

Questa novità rafforza la previsione dell'art. 1 della l. 17 marzo 1993, n. 63 (istitutiva degli sportelli previdenziali) secondo cui le commissioni provinciali per l'artigianato entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'avvenuta iscrizione presso lo sportello polifunzionale provvedono d'ufficio, ovvero su richiesta del soggetto iscritto o della pubblica amministrazione interessata, alla verifica della sussistenza dei requisiti di qualifica artigiana del titolare e dell'impresa con dipendenti, adottando un provvedimento vincolante a tutti i fini previdenziali e assistenziali. Dal momento che l'art. 44, 8° comma del d. l. n. 269 del 2003 abroga l'inciso che rendeva quest'ultimo provvedimento «impugnabile ai sensi delle procedure previste dall'art. 7» della l. 8 agosto 1985, n. 443», si può ben dire che la commissione provinciale per l'artigianato certifica la qualificazione dell'impresa come artigiana. Anche in questa ipotesi (così come accade nella certificazione regolata dal d. l. n. 276 del 2003), la parte o i terzi, possono poi svincolarsi dalla certificazione amministrativa solo agendo in via giurisdizionale.

Ora, questa ipotesi è interessante perché consente di rilevare che la vincolatività della certificazione nei confronti dell'Inps si accompagna alla presenza di un rappresentante dell'ente previdenziale nella commissione certificante.

L'esempio non si segnala, invece, per i suoi effetti deflativi. Infatti, non si può sottacere che almeno nel caso in cui l'Inps contesti la natura subordinata ex l. n. 877 del 1973 del rapporto che lega l'artigiano con uno dei suoi committenti, la giurisprudenza svincola l'ente previdenziale dalla certificazione della natura artigiana dell'impresa che svolge l'attività lavorativa. Infatti, la Cassazione sostiene che, nei limiti previsti dal 2° comma dell'art. 11 della stessa l. n. 877 del 1973, una medesima persona può essere contemporaneamente iscritta all'albo delle imprese artigiane e titolare di un contratto di lavoro a domicilio. Sicché, nell'ipotesi considerata l'Inps non deve neppure, preliminarmente, contestare la certificazione della natura artigiana delle imprese di cui sono titolari i lavoratori (a domicilio)<sup>143</sup>.

<sup>143</sup> Cass. 23 settembre 1998, n. 9516, RIDL, 1999, II, 235; sia, inoltre, consentito il rinvio a Nogler 2000b, 524 ss.

### 18. Segue. B) lo *Statusfestellungsverfahren* dell'ordinamento tedesco.

Di estremo interesse risulta, infine, la comparazione tra il nuovo istituto della certificazione e quello tedesco dello *Statusfestellungsverfahren* («procedimento di accertamento dello *status*», si dovrebbe aggiungere, previdenziale) poiché entrambi sono ispirati dalla medesima esigenza pratica sebbene il meccanismo tedesco operi solo in relazione all'ambito previdenziale che è, invero, quello più rilevante<sup>144</sup>.

L'istituto dello *Statusfestellungsverfahren* è relativamente recente perché risale alla legge di promozione del lavoro autonomo del 20 dicembre 1999 (dotata di effetto retroattivo al 1° gennaio dello stesso anno)<sup>145</sup> ed è regolato da tre disposizioni (§§ 7 a-c) del libro IV° del codice della legislazione sociale (*Sozialgesetzbuch*) alle quali sono state apportate modifiche marginali ad opera della successiva l. 23 dicembre 2002 (la cosiddetta seconda legge sui servizi moderni nel mercato del lavoro). I dati relativi alla prima fase sperimentale sono considerati confortanti: al 30 settembre 2000 erano stati presentati 38.528 richieste di chiarimento sulla sussistenza o meno dell'obbligo contributivo<sup>146</sup>.

Ora, comparando il modello tedesco con quello italiano emergono cinque principali differenziazioni.

a) Il provvedimento amministrativo che conclude il procedimento tedesco assume rilevanza solo sul piano previdenziale e consiste nell'accertamento circa la sussistenza o no dell'obbligo della contribuzione previdenziale<sup>147</sup>.

A tal fine, le parti interessate possono richiedere per iscritto, compilando appositi formulari<sup>148</sup>, che la *BfA* accerti (*ex ante* ma anche, ed anzi, più spesso, *ex post* rispetto all'attuazione del rapporto<sup>149</sup>) se sussista o no un rapporto d'occupazione<sup>150</sup> soggetto alle assicurazioni obbligatorie legali regolate nel *Sozialgesetzbuch* (§ 7a, comma 1°)<sup>151</sup>.

b) A differenza della nostra certificazione, lo *Statusfestellungsverfahren* tedesco è di competenza dell'istituto federale di previdenza degli impiegati (*Bundesversicherungsanstalt für Angestellte=BfA*). Sul punto è opportuno chiarire che, se il regime pensionistico degli impiegati e degli

<sup>144</sup> Cfr. Berndt 2000, 779 ss.; Bieback 2000, 873 ss.; Roszbach 2000, 393 ss.; Schmidt 2000, 313 ss.

<sup>145</sup> Sulla legge, cfr. l'accurata sintesi di Borzaga, 2002, 655 ss.

<sup>146</sup> Roszbach 2000, 395.

<sup>147</sup> Cfr. Bieback 2000, 873, nt. 5.

<sup>148</sup> I formulari sono facilmente consultabili nel sito [www.bfa-berlin.de](http://www.bfa-berlin.de)

<sup>149</sup> Cfr. Roszbach 2000, 396 laddove afferma che la certificazione è ammessa sia in relazione a rapporti già iniziati che a quelli ormai ultimati.

<sup>150</sup> Ai sensi del § 7, comma 1 del SGB IV, per «occupazione» si deve intendere un'attività lavorativa svolta sulla base di un rapporto di lavoro. Secondo la famosa sentenza del *Bundesverfassungsgericht* 20 maggio 1996, NJW, 1996, 2644 è legittimo l'utilizzo del metodo tipologico classico al fine di specificare la fattispecie così prevista dal legislatore.

<sup>151</sup> L'assicurazione obbligatoria riguarda (§§ 1-6 SGB VI): i lavoratori dipendenti; una serie di lavoratori autonomi (es. artigiani, artisti, pubblicisti etc.); le persone durante il periodo in cui vengono loro accreditati i c.d. periodi di educazione dei figli; le persone che prestano *ex lege* servizio militare o civile per più di tre giorni; le persone per il periodo durante il quale percepiscono una serie di indennità (ad es. quella per malattia, per infortunio, per disoccupazione) qualora nell'ultimo anno antecedente all'ottenimento del sussidio era obbligata ad assicurarsi; le persone per il periodo in cui percepiscono l'indennità di prepensionamento qualora era obbligata ad assicurarsi immediatamente prima dell'inizio dell'ottenimento stesso.

operai è stato unificato nel 1992, è comunque sopravvissuta la differenziazione organizzativa (cfr. § 125 SGB VI) giacché l'assicurazione degli operai viene gestita a livello regionale mentre quella degli impiegati risulta, invece, ancor oggi, malgrado le ricorrenti proposte di regionalizzazione, accentrata a livello federale.

c) Nel sistema tedesco, l'istanza d'avvio del procedimento di accertamento dello *status* previdenziale può essere presentata anche da uno solo degli interessati (il datore di lavoro o il lavoratore); in tal caso, la *BfA* deve informare l'altra parte dell'avvio del procedimento<sup>152</sup>. Una volta presentata l'istanza, la *BfA* comunica per iscritto agli interessati quali sono le circostanze ed i documenti di cui ha bisogno per adottare la decisione. Quest'ultima deve aver luogo in base ad «una valutazione complessiva di tutte le particolarità del singolo caso concreto» (§ 7a, comma 2°). La *BfA* fissa un termine alle parti entro il quale esse devono produrre il materiale necessario all'adozione della decisione.

A questo punto, viene adottata provvisoriamente una decisione, per così dire, «anticipata» la quale, comunicata alle parti con l'evidenziazione delle circostanze su cui essa è basata, serve per sollecitare osservazioni delle parti stesse interessate (§ 7 a, comma 4°). Segue poi la decisione definitiva contro la quale si può agire in sede giurisdizionale presso gli appositi tribunali competenti per le liti previdenziali e che sono distinti dai tribunali del lavoro. Il ricorso sospende l'efficacia del provvedimento impugnato (§ 7°, comma 7°).

d) Nel sistema tedesco, la certificazione interviene normalmente dopo l'inizio della attuazione del rapporto contrattuale.

e) Uno degli aspetti più interessanti del modello tedesco è rappresentato dal fatto che la decisione finale della *BfA* può anche non retroagire al momento dell'instaurazione del rapporto d'occupazione che è oggetto dell'accertamento. Ciò sia in relazione ad un iniziale periodo di carattere transitorio, sia poi nel momento in cui l'istituto sarà a regime.

Va inoltre sottolineato che, ai sensi del § 7c SGB IV, se l'istanza di certificazione veniva presentata entro il 30 giugno 2000, l'eventuale obbligo contributivo scattava solo *ex nunc* qualora al momento della presentazione dell'istanza stessa (a) sussistesse un dubbio sulla natura del rapporto di lavoro<sup>153</sup>, (b) non fosse stato già adottato un provvedimento da parte di un'autorità pubblica sulla sussistenza dell'obbligo stesso e (c) il committente non aveva ommesso di adempiere agli obblighi nei confronti dell'ente previdenziale (*in primis*, alla denuncia di instaurazione del rapporto) con dolo o colpa grave. Indice della sussistenza del dolo veniva considerato il fatto che già in relazione ad altri analoghi rapporti, al committente fosse stato ingiunto in passato il pagamento dei contributi previdenziali. La colpa grave sussiste se, ad esempio, le stesse mansioni erano state in precedenza svolte dal medesimo soggetto in qualità di lavoratore subordinato (è il caso frequente del pensionato)<sup>154</sup>.

A regime, invece, l'efficacia *ex nunc* è possibile quando sussistono, cumulativamente i seguenti

<sup>152</sup> Così Berndt 2000, 779.

<sup>153</sup> Cfr. Bieback 2000, 878 il quale specifica che deve trattarsi di un dubbio oggettivo e non semplicemente soggettivo.

<sup>154</sup> Questi orientamenti dell'ente previdenziale sono riportati da Bieback 2000, 878.

presupposti: a) l'istanza per l'accertamento deve essere stata presentata entro un mese dall'inizio dell'attività lavorativa; b) la persona occupata deve aver dato il proprio assenso; c) il periodo che va dall'inizio dell'attività fino al momento della certificazione deve essere coperto da una assicurazione (*Absicherung*) contro i rischi finanziari in caso di malattia o di vecchiaia che corrisponda, dal punto di vista delle prestazioni a quelle garantite dall'assicurazione legale contro la malattia e pensionistica (*Rentenversicherung*)<sup>155</sup>.

### 19. La certificazione quale assistenza alla volontà derogatoria del collaboratore a progetto.

E veniamo, infine, all'altra anima della certificazione, recuperata *in extremis* grazie alla già rammentata formulazione finale dell'art. 68 del d. lg. n. 276 del 2003.

Anzitutto, anche su questo profilo ritroviamo una folta schiera di critici della tecnica della volontà assistita tutti convinti che l'aggettivo rimanga «solo nella forma e non nella sostanza» ed animati dal legittimo sospetto che si procederà con «larghe ratifiche di convenzioni in deroga»<sup>156</sup>. Si ironizza sul modello del lavoratore con piena capacità dispositiva e di individuazione dei dubbi giuridici sbandierato sotto l'insegna della certificazione al fine di allentare la tecnica protettiva: una visione della realtà «che non esiste per la stragrande maggioranza di coloro che intendono vivere del proprio lavoro»<sup>157</sup>.

Critiche ancor più vivaci si concentrano sul fatto che la tecnica della volontà assistita presuppone l'abbandono (almeno, parziale) della via italiana della flessibilità collettiva. Parte della scuola giuslavoristica barese sposa questa linea elaborata dalla Consulta giuridica della Cgil la quale esprime un netto rifiuto nei confronti della riduzione della funzione sindacale ad un «ruolo ancillare dell'autonomia individuale»<sup>158</sup>.

Tuttavia, il ristretto ambito in cui l'art. 68 relega la nuova tecnica della volontà assistita – e cioè il lavoro a progetto – riduce decisamente la rilevanza, in questa sede, delle rammentate osservazioni critiche. Infatti, si dovrebbe realisticamente riconoscere che si sta discutendo di un segmento del mercato dei lavori in cui la tradizionale funzione sindacale della contrattazione collettiva stenta decisamente ad attecchire. Semmai è criticabile la scelta di consentire alle parti individuali di introdurre nel contenuto contrattuale deroghe peggiorative in tema di recesso *ante tempus* indipendentemente dall'assistenza dei certificatori<sup>159</sup>.

Ultimata questa premessa di politica del diritto, è ora possibile entrare nel merito degli aspetti più squisitamente tecnici soffermandoci, preliminarmente, sulla pasticciata formulazione che caratterizza la disposizione commentata.

<sup>155</sup> A tal proposito si rammenta che il libro sesto del codice della legislazione sociale (SGB VI) è dedicato alle «assicurazioni pensionistiche legali» (*gesetzliche Rentenversicherung*) e che il capitolo dedicato alle *prestazioni* è suddiviso in sei sezioni: la prima dedicata alla riabilitazione; la seconda alle pensioni; la terza alle prestazioni aggiuntive; la quarta alle informazioni pensionistiche; la quinta alle prestazioni degli aventi diritto all'estero ed, infine, la sesta all'esecuzione. Bieback 2000, 876 chiarisce comunque che l'assicurazione si considera equivalente anche se le relative prestazioni sono solo di carattere minimale.

<sup>156</sup> Romeo 2003, 112.

<sup>157</sup> Speciale 2003, 277 il quale rafforza acutamente le sue argomentazioni con l'osservazione che viceversa in altri settori del diritto civile si assiste «a un processo di notevole incremento nell'uso di norme inderogabili».

<sup>158</sup> Cfr. Alleva, Andreoni, Angiolini, Coccia, Naccari 2002, 87; Pinto, Voza 2002, I, 484; Speciale 2003, 276.

<sup>159</sup> Critico anche Miscione 2003, 823.

Punto di partenza per una corretta interpretazione della disposizione deve essere la constatazione che le rinunzie e transazioni che sono l'oggetto della stessa hanno luogo «in sede di certificazione del rapporto» ovvero sia della qualificazione del contratto di lavoro a progetto. Abbiamo già avuto modo di vedere che siffatta certificazione interviene al momento della conclusione del contratto e ciò orienta a configurare l'eventuale rinunzia come preventiva e cioè alle discipline oggettive derivanti dal capo II (Lavoro a progetto e lavoro occasionale) del titolo VII (Tipologie contrattuali a progetto e occasionali). È coerente con questa conclusione anche il carattere permissivo della norma («possono essere oggetto di») così come il fatto che la certificazione delle rinunzie e transazioni dei diritti soggettivi del collaboratore a progetto è disciplinata da un'altra disposizione del d. lg. n. 276 del 2003 e cioè l'art. 82.

Stona indubbiamente il richiamo alle rinunzie ma esso è sostanzialmente assimilabile al sorprendente riferimento alla risoluzione di cui all'art. 67 del d. lg. n. 276 del 2003. D'altronde, nella versione provvisoria del d. lg. la disposizione commentata conteneva l'inciso finale «anche in deroga alle disposizioni di cui all'art. 2113 codice civile». Evidentemente qualcuno, rovistando meglio tra gli orientamenti giurisprudenziali più recenti della Cassazione, ha poi scoperto il distinguo (peraltro scolastico<sup>160</sup>) tra atti dispositivi che hanno ad oggetto diritti già acquisiti dal titolare, in quanto tali sottoposti alla disciplina dell'art. 2113 c.c., ed atti che impediscono al lavoratore l'acquisizione di un diritto, i quali, intervenendo nel momento genetico del diritto stesso, sono sottratti alla regolamentazione della norma suddetta e viziati da nullità assoluta per contrarietà a norme imperative (art. 1418 c.c.)<sup>161</sup>.

Mentre il primo ambito è oggetto dell'art. 82, il secondo viene ora innovato dall'art. 68 e ciò nel senso di immunizzare dalla regola civilistica della nullità assoluta le scelte delle parti di derogare – «in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al titolo V» - *in peius* agli *standards* di tutela che il titolo VII del d. lg. n. 276 del 2003 riconosce al collaboratore a progetto. Tecnicamente sarebbe stato, invero, opportuno eliminare non solo il riferimento all'art. 2113 c.c., ma anche l'erroneo richiamo alle rinunce e transazioni. Tuttavia, alla resa dei conti ciò che rileva è il significato operativo della disposizione e cioè le *regulae iuris* ricavate dall'interprete.

È stata, quindi, imboccata la strada volta ad orientare la certificazione anche verso la soluzione del conflitto d'interessi che inevitabilmente si crea con il mancato riconoscimento dell'inderogabilità *in peius* dei diritti del collaboratore a progetto. Il cammino si prospetta però tutt'altro che lineare.

<sup>160</sup> Sulla distinzione tra inderogabilità ed indisponibilità, cfr. Pera 1990, 2; Cester 1989, 994; per un esempio di sovrapposizione impropria dei due piani, cfr., invece, Ballestrero 1989, 391-392. Non convince neppure la tesi secondo cui i due ambiti si sovrappongono allorché una norma attribuisca diritti al lavoratore per il solo fatto di avere instaurato il rapporto di lavoro (così Novella 2003, 531) poiché anche in questa ipotesi è possibile (anzi, doveroso) distinguere tra le deroghe operate al momento della conclusione del contratto e gli atti compiuti successivamente.

<sup>161</sup> Cass. 8 luglio 1988, n. 4529, GI, 1989, I, 1, 1032 con nota di Renna; in precedenza v. già in tal senso, almeno Cass. 24 gennaio 1987 n. 672, GI, 1988, I, 1, 1039; successivamente v. Cass. 13 marzo 1992, n. 3093, MGL, 1992, 176. Alla luce di questo chiaro e condivisibile distinguo giurisprudenziale non ha senso prospettare un contrasto tra il meccanismo della volontà assistita e l'art. 2113 c.c. (così, invece, Romeo 2003, 112). L'errore di prospettiva ha natura, per così dire, *bipartisan* come dimostrano alcuni interventi di esponenti dell'opposizione (v., ad esempio, l'intervento dell'on. Guerzoni in XI<sup>a</sup> Commissione della Camera, resoconto, 22 luglio 2003).

Anzitutto, la scelta legislativa attira su di sé, oltre alle già rammentate critiche di politica del diritto, una serie di dubbi di costituzionalità.

Un acuto commentatore ha, in primo luogo, anticipato, la questione della conformità dell'art. 68 del d. lg. n. 276 del 2003 ai parametri fissati dall'art. 76 Cost. osservando che, poiché l'art. 5 della l. n. 30 del 2003, finalizza la certificazione alla deflazione del contenzioso in materia di qualificazione dei rapporti di lavoro, l'istituto potrebbe avere ad oggetto «l'atto di autonomia contrattuale (solo) al fine di inquadarlo nell'una o nell'altra delle fattispecie negoziali astratte che hanno ad oggetto il lavoro»<sup>162</sup>. A dipanare la matassa non è però sufficiente operare il confronto con il solo art. 5 della legge delega poiché la giurisprudenza costituzionale consente di ricavare i principi e criteri direttivi in connessione «al complesso contesto normativo e alle finalità che ispirano la legge delega»<sup>163</sup>. In questo senso, quando il n. 4 della lett. c) del 1° comma dell'art. 4 della l. n. 30 del 2003 afferma che devono essere previsti per il collaboratore a progetto «tutele fondamentali» non indica necessariamente la via dell'inderogabilità assoluta, ma semmai – con tacito rinvio ai parametri costituzionali – quella dell'effettività delle tutele stesse.

Peraltro, non sarebbe chiaro – e, in tal modo, si passa a considerare un secondo profilo critico – per quale ragione il collaboratore coordinato e continuativo che svolge una professione intellettuale per l'esercizio della quale è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali debba essere tutelato – su alcuni fondamentali profili – con la tecnica dell'inderogabilità *in peius* e il collaboratore a progetto più blandamente con quella della volontà assistita. Che dire poi del fatto che la tutela più incisiva si estende anche ai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società ed ai partecipanti a collegi e commissioni che sono notoriamente iscritti in massa alla gestione separata dell'Inps? E del collaboratore coordinato e continuativo dotato di pensione di vecchiaia tutelato più incisivamente del collaboratore a progetto?

Prima di concludere nel senso che «il collaboratore non ha alcuna tutela o, quel poco che ha, è derogabile con accordo individuale "certificato"»<sup>164</sup>, si dovrebbe però chiarire se la facoltà, prevista in capo al lavoratore a progetto, di rinunciare o transigere rispetto ai diritti «derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo» si riferisce soltanto ai «nuovi» diritti (privati) previsti a favore dei collaboratori a progetto (corrispettivo, invenzioni del collaboratore a progetto, sicurezza sul lavoro), oppure essa si estende anche alle discipline pubblicistiche più risalenti (processo del lavoro, tutela previdenziale e contro gli infortuni sul lavoro, tutela in caso di maternità e di degenza ospedaliera, possibilità di fruire di assegni familiari) che pure sono richiamate dall'art. 66, comma 4. Per le prestazioni erogate da enti pubblici, il committente non avrebbe, invero, nessun interesse a far rinunciare il lavoratore se esse fossero a carico della fiscalità generale<sup>165</sup>,

<sup>162</sup> Così, Garofalo 2003, 377.

<sup>163</sup> Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, FI, 2000, I, 2756; Corte cost. 5 giugno 2003, n. 199; nel contesto del dibattito sulla legge delega sul mercato del lavoro, il rilievo risale a M. T. Carinci 2003, 15 ss.

<sup>164</sup> Così, Miscione 2003, 824 in contraddizione con il lungo elenco di diritti che a suo dire non potrebbero, invece, essere oggetto di rinunzie e transazioni.

<sup>165</sup> E ciò anche considerando che, per quanto concerne i diritti relativi alla maternità, il d. m. 4 aprile 2002 (così come interpretato dalla circolare INPS n. 138 del 29 luglio 2002) prevede che le collaboratrici continuative e coordinate, pur avendo diritto all'indennità di maternità, non hanno l'obbligo di astenersi obbligatoriamente dall'attività lavorativa, in quanto quest'ultima rimane, pur sempre, di lavoro autonomo.

ma siccome ad esse è collegato un obbligo contributivo del committente stesso può insorgere un istintivo interesse di quest'ultimo ad incentivare la rinuncia. Così come potrebbe esservi interesse ad evitare le regole del processo del lavoro. Tuttavia, nel dubbio deve prevalere l'interpretazione conforme al quadro costituzionale, quindi le rinunzie e transazioni di cui all'art. 68 sono limitate ai diritti di natura privatistica e più, in particolare, solo a quelli disciplinati nel capo I del titolo VII del d. lg. n. 276 del 2003. Oltre a questo limitato ambito caratterizzato dalla derogabilità relativa, esiste poi quello – cementato dall'inderogabilità assoluta – dei diritti fondamentali più o meno implicitamente riconosciuti dal sistema<sup>166</sup>.

Esaurita la trattazione relativa ai dubbi di costituzionalità, resta da considerare l'aspetto della disciplina della certificazione, per così dire, derogatoria. Sul punto l'art. 68 rinvia genericamente alla «certificazione del rapporto di lavoro di cui al titolo V» con un evidente errore giacché il titolo richiamato è relativo al lavoro intermittente, ripartito e *part-time*, mentre la *mens legislatoris* intendeva riferirsi alle disposizioni sulle procedure di certificazione che sono collocate nel titolo VIII<sup>167</sup>.

Senonché, la fitta membratura contemplata nel titolo del d. lg. n. 276 del 2003 che è dedicato alle procedure di certificazione, che si è tentato di dipanare nei precedenti paragrafi, è stata principalmente costruita sull'altra funzione dell'istituto, quella qualificatoria. Sicché l'interprete deve ora risalire alla *ratio* di ciascuna disposizione che compone il titolo VIII al fine di stabilire se essa risulti o no applicabile anche alla certificazione delle scelte derogatorie delle parti. Fissazione della qualificazione del contratto e convalidazione delle scelte derogatorie delle parti rappresentano, infatti, contenuti totalmente eterogenei tra loro con la conseguenza di non poter fare indossare ad entrambi il medesimo vestito giuridico.

Quando la certificazione convalida le scelte derogatorie delle parti si limita a registrare un particolare contenuto contrattuale, che, in quanto tale, resta interamente imputabile alle parti stesse. In relazione a questa funzione dell'istituto è corretto imputare alla certificazione un'efficacia sostanzialmente probatoria e tale premessa deve guidare l'opera dell'interprete allorché seleziona le norme del titolo VIII applicabili alla procedura di assistenza alla volontà derogatoria del collaboratore a progetto.

Se non vi sono problemi ad applicare anche a questa prima ipotesi gli artt. 76 (organi di certificazione), 77 (competenza), 78 (procedimento di certificazione e codici di buone pratiche), si deve escludere per contro l'applicabilità dell'art. 79 (sull'efficacia giuridica della certificazione). Solo alcune parti dell'art. 80 si addicono, inoltre, a quest'ipotesi di certificazione: l'impugnazione di quest'ultima per vizi del consenso (errore, violenza, dolo) e la valutazione da parte del giudice del lavoro del comportamento complessivo tenuto dalle parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro ai sensi degli artt. 91, 92 e 96 c.p.c. Tentativo obbligatorio di conciliazione presso la commissione di certificazione che ha adottato l'atto di certificazione e ricorso al Tar per violazione del procedimento o per eccesso di potere si confanno, infine, ad entrambe le funzioni dell'istituto.

<sup>166</sup> Cfr. Miscione 2003, 823 il quale segnala che il mancato richiamo ai diritti fondamentali di libertà personale e di pensiero, di parità uomo-donna, di libertà sindacale, etc. non può significare inapplicabilità di questi diritti o loro derogabilità.

<sup>167</sup> Forse in una versione provvisoria del d. lg. erano collocate al titolo V°.

## 20. La certificazione quale consulenza nella predisposizione del contratto di lavoro.

Fin dall'apparire della lett. e) del 1° comma dell'art. 5 della l. n. 30 del 2003, che parla di «programma negoziale *concordato* dalle parti in sede di certificazione», si osservò che la procedura esaminata avrebbe potuto essere congegnata in modo tale da non tendere «unicamente» a fissare la qualificazione giuridica del contratto concluso dalle parti, ma al contempo anche a facilitare le parti stesse nel concordare il programma negoziale. Questa opera di assistenza avrebbe dovuto, peraltro, essere orientata, non alla gestione di una (per il momento inesistente) serie di norme dotate di inderogabilità solo relativa, ma a colmare la situazione di *deficit* informativo (che è direttamente proporzionale all'incertezza normativa che caratterizza gli istituti, di volta in volta, considerati) della parte debole del rapporto. Il testo del d. lg. n. 276 del 2003 accoglie alcuni dei suggerimenti che erano emersi in relazione a questa possibile funzione dell'istituto e dedica perciò un'apposita disposizione all'«attività di consulenza e assistenza alle parti»<sup>168</sup> specificando che siffatta attività deve essere effettiva (art. 81). Esso promuove, inoltre, il superamento dell'asimmetria informativa laddove richiede che l'atto di certificazione indichi l'autorità cui è possibile ricorrere [art. 78, 2° comma, lett. c) del d. lg. n. 276 del 2003]. È certo, infatti, che molti lavoratori della zona cosiddetta grigia ignorano il fatto che il loro contratto possa essere oggetto di riqualificazione giudiziale e, soprattutto, i presupposti per instaurare un contenzioso qualificatorio.

Siccome, malgrado l'obbligo di effettività, resta vero che la «partecipazione alla definizione del contratto è affatto scontata»<sup>169</sup>, come dimostra l'esperienza delle conciliazioni in sede sindacale<sup>170</sup>, sarebbe opportuno che questo profilo venisse notevolmente rafforzato nel codice di buone pratiche richiamato dal 2° comma dell'art. 78 del d. lg. n. 276 del 2003. In quella sede, si dovrebbero inserire una serie di *guidelines* come, ad esempio, un elenco di informazioni da consegnare al lavoratore sulle conseguenze (previdenziali, civili etc.) dei vari tipi di contratto che vengono in considerazione in sede di certificazione. Altri suggerimenti possono emergere da un'attenta ricognizione delle esperienze già esistenti, anche di natura semplicemente endo-sindacale<sup>171</sup>.

Infine, si deve considerare che il 4° comma dell'art. 78 del d. lg. n. 276 del 2003 prevede l'elaborazione di codici di buone pratiche, con la veste formale del decr. m. «per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro, con specifico riferimento ai diritti e ai trattamenti economici e normativi». Tali codici devono recepire, «ove esistano, le indicazioni contenute negli accordi interconfederali stipulati da associazioni dei datori di lavoro e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Si tratta, in sostanza, di un segnale dato alle parti sociali secondo cui le stesse, ove intendano adottare, in relazione alle sole clausole collettive<sup>172</sup>, la tecnica della derogabilità relativa, possono

<sup>168</sup> Considerata la collocazione sistematica dell'art. 81, si tratta delle parti (esclusivamente) dei contratti richiamati dall'art. 75 del d. lg. n. 276 del 2003.

<sup>169</sup> Così, con tono pessimistico, Speciale 2003, 285.

<sup>170</sup> Cfr. da ultimo, Cass. 3 aprile 2002, n. 4730, RIDL, 2003, II, 178 che, da un lato afferma che l'effettiva assistenza rappresenta un presupposto indefettibile della conciliazione in sede sindacale, ma dall'altro sostiene che la funzione di supporto può dirsi soddisfatta anche dalla sola presenza del sindacalista laddove sia stato lo stesso lavoratore a proporre i termini della definizione giuridica ed economica della sua posizione.

<sup>171</sup> Sugli accordi, cfr. Tiraboschi 2003b, 126; sulle esperienze endosindacali cfr. Bano, Scarponi 1999, n. 4.

<sup>172</sup> Il potere di innovare la derogabilità assoluta dei disposti legislativi avrebbe presupposto per lo meno una legittimazione esplicita.

far riferimento alle commissioni di certificazione anche se non si avvertono presentimenti che questa sarà effettivamente la direzione di marcia della futura contrattazione collettiva.

Sarebbe però più opportuno che le rivendicazioni vadano, piuttosto, nel senso di tentare di rafforzare con la certificazione quelle ipotesi – particolarmente numerose nel d. lg. n. 276 del 2003 - in cui l'attuale legislazione rimette alla semplice volontà individuale il potere regolativo di determinati aspetti del rapporto di lavoro. Il che, d'altronde, già avviene in svariati casi come, ad esempio, in quello della trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale (art. 5 del d. lg. n. 61 del 2000). E questa rivendicazione dovrebbe essere accompagnata dalla tecnica della scelta multipla precostituita in via collettiva già proficuamente praticata in altri ordinamenti.

## 21. La complessa implementazione della certificazione: un'occasione per razionalizzare l'istituto?

A questo punto non dovrebbe stupire se riteniamo che l'implementazione dell'aggravato istituto della certificazione debba necessariamente essere accompagnata da un'opera di razionalizzazione che consenta, contemporaneamente, (a) di distinguere la struttura dell'istituto in relazione alle profonde differenze che caratterizzano le due principali funzioni assolte dalla certificazione, (b) di colmare le lacune regolative, (c) di diradare i sospetti di incostituzionalità (ed incompetenza) che attualmente circondano i meccanismi di individuazione dei soggetti addetti alla certificazione, (d) di rendere possibile l'effettiva conclusione del procedimento entro trenta giorni ed, infine, (e) di conferire uniformità ai comportamenti e alle decisioni degli enti certificanti. Quest'ultimo punto si riflette sulla questione dei costi della certificazione, la quale non rappresenta una forma di mediazione e non cade nel cono d'ombra del principio, interno ed internazionale, della gratuità del servizio che peraltro formalmente non si estende neppure ai lavoratori non dipendenti (parasubordinati, associati in partecipazione etc.). Già si ragiona sull'opportunità di regolare le tariffe della certificazione negli accordi istitutivi degli enti bilaterali in seno ai quali saranno formate le commissioni di certificazione<sup>173</sup>.

Il disegno d'insieme necessario per dipanare la matassa della certificazione dovrebbe poi essere rispettato già nel contesto del vero e proprio *tourbillon* di adempimenti, soprattutto, ministeriali che devono essere eseguiti entro una serie di termini di durata differenziata ma che scattano tutti a partire dall'entrata in vigore del d. lg. n. 276 del 2003 (24 ottobre 2003) e che condizionano *de iure* la messa a regime dell'istituto il quale possiede comunque un carattere sperimentale<sup>174</sup>. Si tratta:

a) dell'adozione entro sessanta giorni di un decr. m. il quale chiarisca le modalità di costituzione delle commissioni di certificazione in seno alle Direzioni provinciali del lavoro e delle politiche sociali ed alle Province [art. 76, 1° comma, lett. b) del d. lg. n. 276 del 2003]. La speranza è che si punti su un unico soggetto e che quello prescelto – probabilmente (in qualità di delegato dallo Stato) la Provincia – istituisca un organismo *ad hoc* che darebbe la fondamentale garanzia dell'uniformità decisionale. Sul punto occorre ancora segnalare che il ruolo delle dpl viene richiamato

<sup>173</sup> Cfr. Mariucci 2003b, 34 che riporta le notizie su una bozza istitutiva relativa alla Regione Lombardia. Cfr. anche Torelli 2003 la quale segnala il pericolo che le Commissioni pur di ottenere l'incarico di certificare il contratto, si rendano disponibili ad atteggiamenti meno rigidi.

<sup>174</sup> La verifica conseguente al carattere sperimentale dell'istituto non è stata riferita alla semplice «attuazione delle disposizioni» [art. 5, 1° comma, lett. a) l. n. 30 del 2003] ma, più incisivamente, agli «effetti» di queste ultime (art. 86, 12° comma, d. lg. n. 276 del 2003).

dallo stesso 2° comma dell'art. 78 del d. lg. n. 276 del 2003 il quale alla lett. a) prevede che qualsiasi commissione di certificazione deve comunicare proprio alla dpl l'inizio del procedimento affinché essa possa provvedere ad inoltrare la comunicazione alle autorità pubbliche nei confronti delle quali l'atto certificato è destinato a produrre effetto;

b) dell'adozione (non è indicato un termine) di un secondo decr. m., adottato di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'Università e della ricerca, che disciplini l'albo delle Università abilitate alla istituzione delle commissioni di certificazione (art. 76, 2° comma, del d. lg. n. 276 del 2003). Il decreto dovrebbe tra l'altro regolare il delicato profilo delle incompatibilità;

c) dell'adozione entro sei mesi di codici di buone pratiche, con la veste formale del decr. m., «per l'individuazione delle clausole indisponibili in sede di certificazione dei rapporti di lavoro» sui quali ci siamo già soffermati *retro* § 19;

d) della definizione con un quarto decr. m. degli «appositi moduli e formulari per la certificazione del contratto o del relativo programma negoziale, che tengano conto degli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia di qualificazione del contratto di lavoro, come autonomo o subordinato, in relazione alle diverse tipologie di lavoro». Se, come appare opportuno, il modello è quello della *Ipotesi di lavoro* del 1997, non si tratterà di un'operazione semplice e, forse non a caso, è l'unico adempimento al quale non è stato accostato un preciso limite temporale. Nella definizione dei modelli si conta probabilmente sulla collaborazione che le Università abilitate dovranno necessariamente offrire su indicazione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali;

e) dell'adozione, sempre entro sei mesi, ancora una volta con la veste formale del decr. m., dei codici di buone pratiche e indici presuntivi relativi alla materia dell'interposizione illecita e dell'appalto genuino (2° comma dell'art. 84 del d. lg. n. 276 del 2003) la quale fuoriesce peraltro dall'oggetto del presente saggio.

f) della determinazione da parte delle commissioni delle procedure che devono rispettare i codici già citati sub c). Oltre agli altri contenuti, questi codici dovrebbero dare effettività all'assistenza alla parte debole del rapporto con la previsione, ad esempio, dell'obbligo di consegnare un modulo esplicativo delle forme giuridiche oggetto della certificazione.

Come si vede c'è ancora parecchio filo da tessere. Decisivi per imboccare la via dell'inevitabile razionalizzazione dell'istituto sono, a valle e a monte degli elencati adempimenti, due ulteriori strumenti configurati dal d. lg. n. 276 del 2003 come eventuali, ma che potranno fungere da vere e proprie fonti regolative degli enti e della procedura di certificazione: le convenzioni sulla commissione unitaria di certificazione di cui al 3° comma dell'art. 76 e la possibilità, prevista dal 13° comma dell'art. 86, di affidare a uno o più accordi interconfederali la gestione della messa a regime del d. lg. n. 276 del 2003 e, quindi, anche dell'istituto della certificazione.

Fin dall'accordo interconfederale di transizione, si dovrebbe dar seguito alla diversificazione strutturale delle due ipotesi di certificazione che abbiamo costantemente differenziato nella nostra analisi.

L'opportunità della commissione unica dovrebbe essere «sfruttata» prioritariamente in relazione alla funzione qualificatoria della certificazione la cui regolazione – non va dimenticato – spetta allo Stato (v. *retro* § 7). Questa via rappresenta, a ben vedere, una sorta di tasto *rewind* che consente di tornare al punto di partenza: il *Progetto* del 1998 che faceva perno su una sola Commissione incardinata presso la Direzione provinciale del lavoro. A quest'ultima furono poi aggiunti su

indicazione del *Libro bianco* del 2001 – e ciò sia per un'impropria generalizzazione della certificazione come meccanismo di volontà assistita che per motivi ideologici - gli enti bilaterali. Forse per conferire all'istituto un'aura di solennità, il Parlamento soggiunse, quindi, a sorpresa le Università. Infine, nel secondo passaggio parlamentare, sono state imbarcate anche le Province. Con l'ult. comma dell'art. 76 si può ora, come detto, tornare opportunamente al punto di partenza.

Tuttavia, a questo punto sarebbe opportuno riscrivere anche l'*incipit* della storia prendendo atto che il modo in cui essa si è dipanata dipende evidentemente anche dal fatto che le direzioni provinciali del lavoro non rappresentavano il luogo più adatto per incardinare i soggetti dotati del potere certificatorio.

In breve, se teniamo conto delle esigenze organizzative, del fondamentale aspetto della garanzia della imparzialità e della sussistenza delle conoscenze tecniche da parte del soggetto certificante (che solo per questo può essere legittimamente dotato del potere di paralizzare le autorità pubbliche), della giusta pretesa (espressa con il richiamo agli enti bilaterali) che la commissione di certificazione sia in grado di percepire l'esatta portata degli interessi in gioco, del crescente bisogno (che si è espresso anche in relazione alla certificazione) di coinvolgere comunque l'Università nella gestione del mercato del lavoro pur senza prefigurare improbabili sviamenti di funzione, ed, infine, complessivamente, del rifiuto di un sistema concorrenziale che possa incentivare certificazioni al ribasso, allora la soluzione non può che essere quella – simile tutto sommato alle (peraltro pletoriche) commissioni provinciali per l'artigianato - di un organismo *ad hoc* incardinato presso la Provincia. Un organismo composto da rappresentanti delle parti sociali (votati dagli enti bilaterali?), da rappresentanti dell'Inps (ed, eventualmente, dell'agenzia per le entrate) nonché da qualche ulteriore esperto che garantisca però, anche in relazione all'attività professionale che esercita, la necessaria imparzialità.

Se l'organismo fosse incardinato presso la Provincia, risulterebbero, inoltre, notevolmente semplificati gli aspetti della responsabilità dei certificatori<sup>175</sup> e della vigilanza sul loro operato. Inoltre, la presenza di rappresentanti delle autorità previdenziali e fiscali potrebbe stemperare le già preannunciate questioni di incostituzionalità. Infine, la presenza di rappresentanti delle autorità pubbliche che sono vincolate alla certificazione potrebbe semplificare la comunicazione di avvio del procedimento, con conseguente diritto delle autorità stesse a formulare osservazioni. Ci si potrebbe forse spingere fino al punto di considerare la presenza di loro rappresentanti in commissione come sostitutiva della suddetta comunicazione. L'Università (che dovrebbe rinunciare ad operare per tutto il territorio nazionale) potrebbe, infine, giocare il ruolo di istanza di ricorso o di decisione su casi tipo.

Tutto ciò potrà essere perseguito, come detto, a livello territoriale, con un'apposita convenzione. La *policy* unitaria ed i contenuti della convenzione, i quali dovrebbe superare i numerosi motivi di scontento, potrebbero, infine, essere opportunamente anticipati in un apposito accordo interconfederale sulla fase transitoria che potrebbe anche risolvere la questione dei costi della certificazione.

---

<sup>175</sup> Altrimenti possibile solo nell'ambito delle regole della responsabilità extracontrattuale la cui applicazione potrebbe peraltro essere esclusa nell'eventualità che le parti non abbiano fatto ricorso al tar e risulti in configurabile la tesi secondo cui la sentenza civile travolge l'atto certificatorio.

Non v'è esigenza di unitarietà della commissione, invece, riguardo all'altra funzione della certificazione e cioè l'assistenza alla volontà di derogare alle tutele legali del collaboratore a progetto. Non si vede per quale ragione non debba essere previsto che, alla stessa stregua dell'assistenza prestata agli atti di disposizione, convivano contemporaneamente più sedi di certificazione del contenuto contrattuale derogatorio (*in primis*, enti bilaterali e dpl o centri per l'impiego). Questa forma di certificazione potrebbe, inoltre, essere sostenuta dall'accordo di transizione il quale dovrebbe utilizzarla in funzione di rafforzamento della forza contrattuale del lavoratore nelle numerose ipotesi in cui il d. lg. n. 276 del 2003 rinvia la funzione regolativa al contratto individuale di lavoro. Una *policy* che dovrebbe essere accompagnata dall'adozione della tecnica delle scelte multiple precostituite a livello collettivo.

## 22. Riferimenti bibliografici.

- Alessi C. (1995), *Part-time e job sharing*, QDLRI, 17, p. 128 ss.
- Alleva P.G., Andreoni A., Angiolini V., Coccia F., Naccari G. (2002), *Un disegno autoritario nel metodo eversivo nei contenuti*, in Aa. Vv., *Lavoro ritorno al passato*, Ediesse, Roma.
- Arena G. (2001), *Certezze pubbliche e semplificazione amministrativa*, in Arena G., Bombardelli M., Guerra M.P., Masucci A. (2001), *La documentazione amministrativa*, Maggioli, Rimini, p. 45 ss.
- Ballestrero M.V. (1989), *Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi*, RIDL, I, p. 257 ss.
- Bano F., Scarponi S. (1999), *Lavoratori parasubordinati e rappresentatività sindacale*, LD, n. 4.
- Berndt J. (2000), *Das Statusfeststellungsverfahren zur Selbständigkeit nach § 7a SGB IV – Stichtagsregelung 30.6.2000*, DStR, 18, p. 779 ss.
- Biagi M. (1998), *La "flessibilità certificata" del socio di cooperativa*, GL, 38, p. 12 ss.
- Biagi M., Tiraboschi M. (1999), *Le proposte legislative in materia di lavoro parasubordinato: tipizzazione di un tertium genus o codificazione di uno Statuto dei lavori?*, LD, p. 571 ss.
- Bieback K.J. (2000), *Das neue Anfrageverfahren bei der Feststellung der Sozialversicherungspflicht*, Betriebs-Berater, p. 873 ss.
- Borzaga M. (2002), *Subordinazione e sicurezza sociale: le «riforme fallite» nella Repubblica Federale Tedesca*, DRI, p. 655 ss.
- Brignone A. (1998), *Spunti critici sul contratto di lavoro ripartito o job-sharing*, MGL, p. 771 ss.
- Cannella G. (2003), *Delega al Governo in materia di mercato del lavoro*, in Aa. Vv., *La riforma del mercato del lavoro. Dalla legge delega del Governo alle controproposte della CGIL*, Ediesse, Roma, p. 15 ss.
- Carinci F. (2003), *Il casus belli degli Enti bilaterali*, LD, p. 199.
- Carinci M.T. (2003), *La legge delega n. 30/2003 e il sistema delle fonti*, in Id. (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Ipsoa, Milano, p. 3 ss.
- Carnevali U. (2001), in *Istituzioni di diritto privato* coordinate da Bessone, 3ª ed, Giappichelli, Torino, 701 ss.

- Castelvetri L., Scarpelli F. (2003), *La legge delega sul mercato del lavoro*, RIDL, III, p. 87 ss.
- Catalano F. (2003), *La categoria protagonista nella gestione del mercato del lavoro*, *Il Consulente del lavoro*, p. 2.
- Cester C. (1989), voce *Rinunzie e transazioni (diritto del lavoro)*, ED, XL, Giuffrè, Milano, p. 994 ss.
- Consolo C., Marinelli M. (2003), *La Cassazione e il «duplice volto» dell'arbitrato in Italia (I e II)*, CG, p. 678 ss. e p. 827 ss.
- Curcio L. (2002), *Amministrazione del rapporto di lavoro e giustizia del lavoro*, in Ghezzi G., Naccari G., Torrice A. (a cura di), *Il libro bianco e la Carta di Nizza*, Ediesse, Roma, p. 115 ss.
- De Angelis L. (2003), *La Giustizia del lavoro tra crisi del processo, iniziative di riforma e specializzazione del giudice mal sopportata*, RIDL, I, p. 313 ss.
- De Angelis L. (2002), *La delega in materia di certificazione dei rapporti di lavoro*, in Carinci F., Miscione M. (a cura di), *Il diritto del lavoro dal «libro Bianco» al Disegno di legge delega 2002*, Ipsoa, Milano, p. 95 ss.
- De Rita G. (2002), *Il regno inerme. Società e crisi delle istituzioni*, Einaudi, Torino.
- De Siervo U. (2001), *Ma chi fa i decreti legislativi ?*, in Coccozza V., Staiano S. (a cura di), *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto*, I, Giappichelli, Torino, p. 497 ss.
- Del Punta R. (2003), *Enti bilaterali e modelli di regolazione*, LD, p. 219.
- Del Punta R. (2003), *Le politiche del lavoro*, DD, 1, p. 250 ss.
- Dell'Olio M. (1998), *La subordinazione nell'esperienza italiana*, ADL, p. 697 ss.
- Fazzalari E. (1989), voce *Sentenza civile*, Enc. dir., XLI, p. 1262.
- Ferraro G. (2002), *La flessibilità in entrata alla luce del libro bianco sul mercato del lavoro*, RIDL, I, p. 423 ss.
- Fornaciari (2002), *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Giappichelli, Torino.
- Garofalo M.G. (2003), *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, p. 359 ss.
- Giacchetti S. (1988), *Certificazioni I) Diritto amministrativo*, EGT, v. VI°.
- Ghera E. (2002), *Nuove tipologie contrattuali contrattuali e certificazione dei rapporti di lavoro*, DPL, p. 531.
- Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano.
- Iorio M. R. (2003), *Il contratto di lavoro ripartito o a coppia*, in Tiraboschi M. (a cura di), *La riforma Biagi*, GL suppl., 4, p. 89 ss.
- Liso F. (2002), *Collocamento e agenzie private*, DLRI, p. 591 ss.
- Magnani M. (1998), *Verso uno "Statuto dei lavori"?*, DRI, 3, p. 311 ss.
- Mariucci L. (2003a), *Interrogativi sugli enti bilaterali*, LD, p. 163.

- Mariucci L. (2003b), *La certificazione e gli enti bilaterali*, in Comitato Giuridico del Dipartimento Lavoro dei Democratici di Sinistra, *La riforma del mercato del lavoro proposta dal Governo*, in [lavoro@democraticidisinistra.it](mailto:lavoro@democraticidisinistra.it)
- Mengoni L. (2000), *Il contratto individuale di lavoro*, DLRI, p. 181 ss.
- Merusi F. (1970), *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano.
- Miscione M. (2003), *Il collaboratore a progetto*, LG, p. 812 ss.
- Mobiglia M. (2003), *Il lavoro intermittente (cosiddetto lavoro a chiamata)*, in Tiraboschi M. (a cura di), *La riforma Biagi*, GL suppl., 4, p. 96 ss.
- Nogler L., Borzaga M. (2003), *Ipotesi sulla disciplina del lavoro "accessorio": le virtù del modello belga*, *Impresa sociale*, p. 68 ss.
- Nogler L. (1997), *Sull'inutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro*, RIDL, I, p. 311 ss.
- Nogler L. (2000a), *Lavoro a domicilio. Art. 2128*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 188 ss.
- Nogler L. (2000b), *Lavoro a domicilio e artigiano senza dipendenti*, GComm, p. 524 ss.
- Nogler L. (2002), *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, ADL, 1, p. 109 ss.
- Nogler L. (2003), *Il nuovo istituto della «certificazione» dei contratti di lavoro*, MGL, p. 110 ss.
- Novella M. (2003), *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, ADL, 3, p. 509 ss.
- Pedrazzoli M. (1990), *Qualificazioni dell'autonomia collettiva e procedimento applicativo del giudice*, LD, p. 355 ss.
- Pelaggi A. (1999), *Prospettive di evoluzione normativa dei lavori atipici*, in *Le trasformazioni del lavoro*, F. Angeli, Milano, p. 140 ss.
- Pellicani G. (2003), *Prime considerazioni sul lavoro a chiamata o intermittente*, MGL, p. 512 ss.,
- Pera G. (2000), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Giuffrè, Milano.
- Pera G. (1998), *Sulle prospettive di estensione delle tutele al lavoro parasubordinato*, RIDL, I, 371 ss.
- Pinto V., Voza R. (2002), *Il Governo Berlusconi e il diritto del lavoro: dal Libro bianco al disegno di legge delega*, RGL, I, p. 453 ss.
- Proia G. (2002), *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, ADL, 1, p. 87 ss.
- Rausei P. (2003), *La certificazione del contratto di lavoro*, DPL, 10, Inserto, *La riforma del mercato del lavoro*, p. XV ss.
- Rodotà S. (1969), *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano.

- Romeo C. (2003), *Rilancio dell'autonomia privata nel diritto del lavoro e certificazione dei rapporti*, LG, 2, p. 108 ss.
- Roppo E. (2001), *Il contratto*, Giuffrè, Milano.
- Roszbach G. (2000), *Einführung eines bundeseinheitlichen Anfrageverfahrens zum sozialversicherungsrechtlichen Status*, Die Angestellten Versicherung, p. 393 ss.
- Sacco R. (1982a), *Il contenuto*, in *Tratt. Rescigno*, 10, 2, Utet, Torino, p. 243 ss.
- Sacco R. (1982b), *L'integrazione*, in *Tratt. Rescigno*, 10, 2, Utet, Torino, 1982, p. 457 ss.
- Santoro Passatelli G. (2003), *Nuove forme di lavoro e occupazione*, Diritti lavori mercati, 2, p. 383 ss.
- Sassani B. (1989), *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Cedam, Padova.
- Scalfari E. (2002), *Il miraggio del sindacato parastatale*, La Repubblica, 9 giugno 2002, p. 1.
- Scarponi S. (2003), *Gli enti bilaterali nel disegno di riforma e nuove questioni circa la funzione dei «sindacati comparativamente più rappresentativi»*, LD, p. 223.
- Schmidt W. (2000), *Statusfeststellungsverfahren und Beginn der Versicherungspflicht*, DAngVers, p. 313 ss.
- Speciale V. (2003), *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, RGL, I, p. 271 ss.
- Tiraboschi M. (1998), *La disciplina del job sharing nell'ordinamento giuridico italiano*, DPL, 22, p. 1406 ss.
- Tiraboschi M. (2003a), *La c.d. certificazione dei lavori «atipici» e la sua tenuta giudiziaria*, LD, p. 101 ss.
- Tiraboschi M. (2003b), *Le procedure di certificazione*, in Id. (a cura di), *La riforma Biagi*, GL suppl., 4, p. 123 ss.
- Tiraboschi M. (2003c), *Riforma del mercato del lavoro: approvato il decreto di attuazione della legge 30/2003*, GL, 34, p. 30 ss.
- Tiraboschi M. (2003d), *A tempo di record*, Il sole 24 ore, 10 ottobre 2003, p. 1.
- Toffoletto F. (2003a), *«Scommessa» sulla certificazione*, Il sole 24 ore, 6 settembre 2003, p. 18.
- Toffoletto F. (2003b), *La certificazione blinda i contratti*, Il sole 24 ore, 6 agosto 2003, 15.
- Travers R. (2002), *Co.co.co., trappola infernale*, Il consulente del lavoro, 10, p. 32 ss.
- Treu T. (2003), *La riforma della giustizia del lavoro: conciliazione e arbitrato*, DRI, 1, § 6.
- Treu T. (2001), *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna.
- Torelli F. (2003), *La promozione degli enti bilaterali sul mercato del lavoro: una iniziativa dal successo assicurato?*, LD, p. 243.
- Vallebona A. (1992), *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, DL, p. 479 ss.

Vallebona A. (2003), *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, 3<sup>a</sup>, Cedam, Padova.